

Artikel

De NMa staat voor de deur. Maar waar is haar rechterlijke machtiging?

Tien jaar na *Colas Est*

Mr. M.M. Slotboom*

110

Inleiding

In 2002 bepleitten Jacqueline Coumans en ik in *Het Financieele Dagblad* dat het Nederlandse wettelijke systeem dat ambtenaren van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de bevoegdheid geeft bedrijfsruimtes te bezoeken, inbreuk maakt op het recht op bescherming tegen huisvredebreuk zoals neergelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden¹ (EVRM).² Aanleiding voor ons betoog was het in 2002 gewezen arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Colas Est*.³ Wij leidden uit dit arrest af dat, indien NMa-ambtenaren een bedrijf wensen te bezoeken, zij dienen te beschikken over een rechterlijke machtiging, die voorafgaande aan dat bezoek wordt gegeven. Wij stelden dat, zonder een vooraf ver-

streckte rechterlijke machtiging, dergelijke bedrijfsbezoeken in strijd zijn met artikel 8 EVRM.

Dit artikel maakt de balans op van tien jaar *Colas Est*. In de afgelopen tien jaar is over *Colas Est* veel geschreven in de Nederlandse juridische vakliteratuur. De meeste auteurs nemen het standpunt in dat het Nederlandse systeem van onderzoeksbevoegdheden van de NMa op zijn minst op gespannen voet staat met artikel 8 EVRM. Gesteund door NMa-besluiten en enkele rechterlijke uitspraken stellen anderen zich op het standpunt dat de regeling inzake NMa-bedrijfsbezoeken wel in overeenstemming is met artikel 8 EVRM.⁴ In dit artikel zet ik uiteen waarom ik – mede in het licht van recentere rechtspraak van het EHRM – bij ons in 2002 ingenomen standpunt blijf. De Nederlandse wetgever zou een einde moeten maken aan de discussies en zou het wettelijk kader zodanig moeten aanpassen dat NMa-ambtenaren die de opdracht krijgen een bedrijfsruimte te betreden, te allen tijde beschikken over een vooraf gegeven rechterlijke machtiging. Net zoals dat sinds 2007 ook het geval is voor het betreden van privéwoningen.

* Mr. M.M. Slotboom is partner bij Simmons & Simmons LLP te Brussel. De auteur bedankt mr. S.G.H. ter Wee (tevens werkzaam bij Simmons & Simmons LLP) voor zijn medewerking bij het schrijven van dit artikel.

1. Verdrag van 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154 (rectificatie *Trb.* 1961, 8 en 1979, 150), laatstelijk gewijzigd 11 mei 1994, *Trb.* 1994, 165.
2. M.M. Slotboom en J. Coumans, 'Bedrijven machteloos tegen willekeurige invallen NMa', *Het Financieele Dagblad* 5 november 2002. Zoals reeds in algemene zin M.M. Slotboom, 'De NMa staat voor de deur, Toezicht en onderzoek in het kader van de Mededingingswet', *TVVS* 1997, nr. 97/11, p. 323-328.
3. EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *Colas Est e.a.*, *ECHR Reports* 2002-III, *AB Rechtspraak Bestuursrecht* 2002, 277 m.nt. Jansen, *NJ* 2003, 452 m.nt. Dommering, *M&M* 2002/7, p. 239-243 m.nt. Kranenborg (hierna: *Colas Est*).

4. Zie voor een overzicht van literatuur het redactioneel van W.W. Geurzen, 'Inbreuken op art. 8 EVRM: rechterlijke toetsing vooraf, uitsluiting van bewijs en schadevergoeding', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010/6, p. 131-134, voetnoten 7 en 8. Zie over de relevantie van art. 8 EVRM voor het Europese mededingingsrecht Temple Lang en Rizza, 'Case Comment – Sté Colas Est v. France (3791/97)', *ECLR* 2002, p. 413-416, Berghe en Dawes, "'Little pig, little pig, let me come in': an evaluation of the European Commission's powers of inspection in competition cases", *ECLR* 2009, p. 407-423, en I. Aslam en M. Ramsden, 'EC Dawn Raids: A Human Rights violation?', *Competition Law Review* 2008, vol. 5 (1), p. 61-87.

Het *Colas Est*-arrest

Artikel 8 lid 1 EVRM bepaalt: ‘Een ieder heeft recht op respect voor zijn (...) woning (...)’. In lid 2 van artikel 8 EVRM wordt een inbreuk op het in lid 1 neergelegde recht slechts onder bepaalde voorwaarden toegestaan: ‘Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van (...) het economisch welzijn van het land (...)’. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM kunnen in artikel 8 lid 2 EVRM drie voorwaarden worden onderscheiden.⁵ Ten eerste dient de inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM ‘bij de wet’ te zijn voorzien. Ten tweede moet de inmenging strekken tot bescherming van een van de in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde gerechtvaardigde belangen. Ten derde dient zij ‘in een democratische samenleving noodzakelijk’ te zijn ter bescherming van dergelijke gerechtvaardigde belangen. Het EHRM onderzoekt bij de toepassing van deze noodzakelijkheidstoets of de inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde belang.

In het *Colas Est*-arrest kwam het EHRM in tien vrij bondige overwegingen tot de conclusie dat de toenmalige Franse wetgeving inzake de onderzoeksbevoegdheden van ambtenaren van de Franse mededingingsautoriteit in strijd was met artikel 8 EVRM.⁶ Allereerst stelde het EHRM vast dat, ook al is artikel 8 EVRM in de eerste plaats geschreven voor woningen van natuurlijke personen, ook rechtspersonen een beroep kunnen doen op deze bepaling.⁷ Ook al had het EHRM in het *Niemietz*-arrest uit 1992 beslist dat ‘[the] entitlement [van verdragsluitende partijen wat betreft inmenging in de zin van artikel 8 EVRM lid 1] might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case’,⁸ het EHRM maakte in *Colas Est* weinig woorden vuil aan de vaststelling dat de desbetreffende bedrijfsbezoeken huisvredebreuk in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM opleverden.⁹ Vervolgens toetste het EHRM of Frankrijk zich op de uitzondering van artikel 8 lid 2 EVRM kon beroepen. Wat de eerste voorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM betreft, stelde het EHRM in *Colas Est* vast dat de onderzoeksbevoegdheden van de Franse mededingingsautoriteit neergelegd waren in Franse wetgeving. Derhalve waren zij ‘bij de wet (...) voorzien’.¹⁰ Ook aan de tweede voorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM was naar de mening van het EHRM voldaan. Het EHRM aanvaardde dat kartelonderzoeken zeer duidelijk het economisch belang van Frankrijk nastreven.¹¹

5. Zie EHRM 24 april 1991, nr. 11801/85, *Kruslin*, Series A, nr. 176-B.

6. *Colas Est*-arrest.

7. *Colas Est*, r.o. 41. Dit volgde ook reeds uit EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, *Niemietz/Duitsland*, Series A, nr. 251-B (hierna: *Niemietz*).

8. *Niemietz*, r.o. 31.

9. *Colas Est*, r.o. 42.

10. *Colas Est*, r.o. 43.

11. *Colas Est*, r.o. 44.

In een vijftal vrij korte overwegingen stelde het EHRM echter vast dat de bevoegdheden van de toenmalige Franse mededingingsautoriteit niet voldeden aan het derde vereiste van artikel 8 lid 2 EVRM, omdat zij geen ‘adequate and effective safeguards against abuse’ boden. Het EHRM gaf twee vrij bondig geformuleerde redenen om tot deze conclusie te komen. Allereerst had de Franse mededingingsautoriteit ‘very wide powers which (...) gave them exclusive competence to determine the expediency, number, length and scale of inspections’. Ten tweede vonden bezoeken van de bedrijfsruimtes plaats ‘without any prior warrant being issued by a judge and without a senior police officer being present’.¹² Om deze reden waren de bevoegdheden van de ambtenaren van de Franse mededingingsautoriteiten niet proportioneel ten opzichte van het nagestreefde belang van het economische welzijn. De regeling inzake bedrijfsbezoeken door ambtenaren van de Franse mededingingsautoriteit maakte dan ook inbreuk op artikel 8 EVRM.

De bevoegdheden van NMa-ambtenaren om bedrijfsruimtes te betreden

Bij toezicht¹³ en onderzoek¹⁴ zijn NMa-ambtenaren¹⁵ bevoegd om ‘elke plaats’ – en dus ook bedrijfsruimtes – te betreden. Deze bevoegdheid is neergelegd in artikel 5:15 lid 1 en 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Krachtens de artikelen 5:16 en 5:17 Awb mogen NMa-ambtenaren in het kader van het betreden van een plaats¹⁶ – en dus ook van een bedrijfsruimte – inlichtingen en inzage van zakelijke gegevens en bescheiden vorderen. De bevoegdheid van artikel 5:15 Awb geldt ook, indien de onderneming wier bedrijfsruimtes betreden wordt, geen toestemming voor het bedrijfsbezoek geeft. In dat laatste geval kunnen NMa-ambtenaren zich ingevolge artikel 5:15 lid 2 Awb de toegang verschaffen met behulp van de sterke arm. Bovendien handelt de weigerachtige onderneming mogelijkerwijze in strijd met de medewerkingsplicht van artikel 5:20 lid 1 Awb.¹⁷ Een

12. *Colas Est*, r.o. 48-49.

13. Zie art. 50 Mw. In geval van toezicht gaat het om de controle op de naleving van de Mw en de daarop berustende bepalingen, zonder dat sprake hoeft te zijn van concrete ‘naspeuringen’ of al dan niet een overtreding is begaan (*Kamerstukken II 1995/96*, 24 707, nr. 3, p. 81-82 (MvT)).

14. Zie art. 52 Mw. Van onderzoek is sprake als de activiteiten van de NMa-ambtenaren erop zijn gericht vast te stellen of al dan niet sprake is van een overtreding (zonder dat sprake behoeft te zijn van een vermoeden dat er een overtreding is gepleegd) (*Kamerstukken II 1995/96*, 24 707, nr. 3, p. 83 (MvT)).

15. Het gaat om de NMa-ambtenaren die zijn aangewezen op grond van het Besluit organisatie, Mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009 (*Stcrt.* 2009, 14819, gewijzigd bij *Stcrt.* 2010, 9370).

16. Maar uiteraard ook buiten dat kader.

17. Krachtens deze bepaling is eenieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

schending van artikel 5:20 lid 1 Awb kan leiden tot sanctieoplegging. Krachtens artikel 69 lid 1 Mw kan de raad van bestuur van de NMa een boete opleggen die kan oplopen tot 1% van de (groeps)omzet van de desbetreffende onderneming. Ingevolge artikel 70 Mw is ook het opleggen van dwangsommen mogelijk. Gezien deze mogelijke nadelige gevolgen verlenen ondernemingen die zich geconfronteerd zien met een bedrijfsbezoek van de NMa doorgaans toestemming. Veelal gebeurt dit onder protest. Soms wordt de sterke arm ingezet.¹⁸

De uitoefening door NMa-ambtenaren van de bevoegdheden van de artikelen 5:15, 5:16 en 5:17 Awb (en andere in deze bijdrage niet besproken onderzoeksbevoegdheden) wordt begrensd door het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb.¹⁹ Noch de Mw noch de Awb bevat echter een procedurele regeling die het mogelijk maakt, laat staan voorschrijft, dat NMa-ambtenaren – voordat zij krachtens artikel 5:15 Awb gebruik maken van hun bevoegdheid om bedrijfsruimtes te betreden – een rechterlijke machtiging vragen en verkrijgen. Wel kan een onderneming in het kader van een civiele procedure zich op de onrechtmatigheid van een bedrijfsbezoek beroepen.²⁰ Voorts kan een onderneming in geval van een eventueel boetebesluit aanvoeren dat het bewijs waarop het boetebesluit gebaseerd is om die redenen onrechtmatig verkregen is.²¹

Wat betreft bevoegdheden van de NMa-ambtenaren onderscheiden bedrijfsruimtes zich van privéwoningen. Sinds 1 oktober 2007 bevatten artikel 55a, b en c Mw immers een specifieke regeling voor privéwoningen.²² Anders dan voor het betreden van bedrijfsruimtes is voor het betreden of het ‘doorzoeken’²³ van woningen een voorafgaande machtiging vereist van de rechter-

commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de Rechtbank Rotterdam.²⁴

De NMa-bevoegdheden inzake bedrijfsbezoeken zijn in strijd met artikel 8 EVRM

Past men de in *Colas Est* gevolgde redenering toe op het Nederlandse mededingingsrecht, dan luidt mijns inziens de conclusie dat de bevoegdheid van NMa-ambtenaren om bedrijfsruimtes te betreden in strijd is met artikel 8 EVRM, omdat – zoals in *Colas Est* – wettelijk niet voorzien is in een vooraf gegeven rechterlijke machtiging. Nu NMa-bedrijfsbezoeken doorgaans (1) enkele dagen in beslag nemen, (2) ertoe leiden dat de bezochte onderneming een groot aandeel NMa-ambtenaren ‘over de vloer’ heeft, en (3) leiden tot inzage en kopiëren van duizenden digitale en analoge documenten, maar veelal ook tot (4) ondervragingen en (5) verzegelingen, kan moeilijk ontkend worden dat NMa-bedrijfsbezoeken inbreuk maken op het recht van ondernemingen op eerbiediging van hun ‘woning’ in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM. Weliswaar voldoet de wettelijke regeling inzake de bevoegdheden van de NMa betreffende bedrijfsbezoeken aan de tweede voorwaarde van de uitzonderingsbepaling van artikel 8 lid 2 EVRM (een gerechtvaardigd belang), maar zij voldoet niet aan de eerste en/of derde voorwaarde van deze bepaling.

Uit het Sanoma-arrest volgt dat niet is voldaan aan het vereiste van ‘bij de wet (...) voorzien’

In *Colas Est* nam het EHRM zonder meer aan dat voldaan was aan de eerste voorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM, ‘bij de wet (...) voorzien’, nu de bevoegdheden van de Franse ambtenaren waren neergelegd in Franse wetgeving. Omdat de bevoegdheden van de NMa-ambtenaren inzake bedrijfsbezoeken zijn neergelegd in de Awb en de Mw, zou men derhalve kunnen menen dat de Nederlandsrechtelijke regeling voldoet aan het vereiste van ‘bij de wet voorzien’.

In het *Sanoma*-arrest van 14 september 2010 koos het EHRM echter voor een andere, striktere, insteek dan in *Colas Est* inzake het vereiste ‘bij de wet (...) voorzien’.²⁵ Het EHRM wees erop dat dit vereiste niet alleen voorschrijft dat er een wettelijke grondslag dient te zijn ter rechtvaardiging van een inbreuk op een fundamenteel recht, maar dat de desbetreffende wet ook aan bepaalde kwaliteitseisen dient te voldoen. In het kader van bedoelde kwaliteitseisen achtte het EHRM een rechterlijke toetsing vooraf de belangrijkste vorm van een pas-

18. Zie Rb. Den Haag 9 april 2003, nr. KG 03/342, *HBG Civiel BV/NMa*, LJN AF7087, r.o. 2.4 en nr. KG 03/341, *Van Hattum en Blankevoort BV/NMa*, LJN AF7069, r.o. 2.4.

19. ‘Een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.’

20. Zie voor een voorbeeld voetnoot 18.

21. Zie voor voorbeelden de voetnoten 37 en 40.

22. Vóór de wetswijziging (*Stb.* 2007, 284), in werking getreden op 1 oktober 2007, was het voor NMa-ambtenaren niet toegestaan zonder toestemming van bewoners privéwoningen te onderzoeken.

23. NMa-ambtenaren hebben als regel geen doorzoekingsbevoegdheid, maar toezichts- en onderzoeksbevoegdheden (zie art. 50 en 52 Mw, voetnoten 13 en 14). Doorzoeken en onderzoeken dienen te worden onderscheiden: ‘De bevoegdheid tot het betreden van plaatsen houdt niet het “doorzoeken” van die plaatsen in. De [Awb] geeft toezichthouders dus niet de bevoegdheid om willekeurig kasten, laden en andere bergplaatsen te openen’ (MvT bij de Awb, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 143-144) (zie ook M.M. Slotboom, ‘De Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen’, *SEW* 1998, 3, p. 96-100 en de uitspraak *HBG Civiel BV/NMa* en *Van Hattum en Blankevoort BV/NMa*, r.o. 4.6). Enkel in het kader van (1) de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen en (2) assistentie van NMa-ambtenaren van Commissie-inspecteurs krachtens art. 89c en art. 89f Mw wordt aan NMa-ambtenaren een bevoegdheid tot doorzoeking gegeven. Mijns inziens zou een verwijzing naar deze wet en bepalingen van de Mw in art. 55a Mw op haar plaats zijn geweest.

24. Zie ook M.M. Slotboom en J. Coumans, ‘Important Amendments to the Dutch Competition Act’, *ECLR* 2007, p. 608-609, waarin wordt opgemerkt dat het een gemiste kans was dat de wetgever art. 55a Mw beperkte tot privéwoningen en niet ook voorzag in een regeling voor bedrijfsruimtes.

25. EHRM 14 september 2010, nr. 38224/03, *Sanoma*. Zie ook Geursen 2010, p. 132-133.

sende en effectieve waarborg tegen ongepaste inmenging van overheidsgezag. De overheidsinstantie die gebruik maakt van haar onderzoeksbevoegdheden kan immers – aldus het EHRM – niet als objectief en onpartijdig gezien worden voor wat betreft het maken van een afweging of de uitoefening van haar bevoegdheden gerechtvaardigd is.²⁶ Het feit dat een rechter achteraf – na uitoefening van onderzoeksbevoegdheden – de wetmatigheid van de inmenging kan toetsen, neemt niet weg dat de inbreuk dan al heeft plaatsgevonden en niet meer ongedaan gemaakt kan worden.²⁷

Het *Sanoma*-arrest ziet niet op artikel 8 EVRM, maar op artikel 10 EVRM inzake de vrijheid van meningsuiting. Toch is het *Sanoma*-arrest ook van belang voor de interpretatie van artikel 8 EVRM.²⁸ Het EHRM legt in dit arrest zelf een verband tussen de artikelen 11 EVRM en 8 EVRM en wekt (op zijn minst) de indruk dat de gelijkkluidende term ‘bij de wet (...) voorzien’ in de artikelen 8 tot en met 11 EVRM op dezelfde manier geïnterpreteerd dient te worden. In het hoofdstuk van het arrest, getiteld ‘Applicable principles’ stelde het EHRM immers:

‘The Court reiterates its settled case-law according to which the expressions “prescribed by law” and “in accordance with the law” in Articles 8 to 11 of the Convention not only require that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refer to the quality of the law in question.’²⁹

Nog steeds in het kader van de artikelen 8 tot en met 11 EVRM merkte het EHRM vervolgens op dat, wat betreft de kwaliteitseisen, nationale wetgeving ‘must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention’.³⁰

Er is geen reden waarom de in het *Sanoma*-arrest gevolgde redenering niet ook zou gelden voor artikel 8 EVRM. Wellicht is een rechterlijke toetsing voorafgaande aan het verplicht overhandigen van bronnen door journalisten (want daar ging het in het *Sanoma*-arrest om) pregnanter dan in het geval van een bedrijfsbezoek door NMa-ambtenaren. De gevolgen van het openbaar maken van bronnen door journalisten zijn immers potentieel groter en achteraf moeilijker ‘uit te wissen’ dan huisvredebreuk van een onderneming. Niettemin is ook in dat geval sprake van een inbreuk op een fundamenteel recht. Ook bij een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM is een rechterlijke machtiging vooraf de belangrijkste vorm van een passende en effectieve waarborg tegen ongepaste (met name willekeurige en/of onevenredige) inmenging van overheidsgezag. Ook in het geval van een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM geldt dat de overheidsinstantie, die gebruik maakt van haar onderzoeksbevoegdheden, niet als objectief en onpartijdig

gezien kan worden voor wat betreft het maken van een afweging of de uitoefening van haar bevoegdheden gerechtvaardigd is.

Indien de in *Sanoma* gevolgde aanpak ook geldt voor artikel 8 lid 2 EVRM, kiest het EHRM thans voor een andere aanpak dan in *Colas Est*. De vraag of artikel 8 lid 2 EVRM een rechterlijke machtiging vooraf voorschrijft, wordt dan niet meer (zoals in *Colas Est*) gezien in het kader van de derde voorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM (noodzakelijkheid) maar bij de eerste voorwaarde van ‘bij de wet (...) voorzien’.³¹ Dit lijkt een aanscherping ten opzichte van *Colas Est*, omdat de eerste voorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM – anders dan de derde voorwaarde – geen proportionaliteitstoets behelst (ook al gaf het EHRM in *Colas Est* in feite geen ruimte aan proportionaliteit om te concluderen dat niet aan de derde voorwaarde was voldaan). In ieder geval kan uit het *Sanoma*-arrest worden afgeleid dat de Nederlandse regeling inzake de NMa-bedrijfsbezoeken struikelt over de eerste voorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM vanwege de afwezigheid van een rechterlijke machtiging vooraf.

Niet voldaan is aan de noodzakelijkheidsvoorwaarde

Indien de door het EHRM ter zake van artikel 10 EVRM gevolgde redenering in het *Sanoma*-arrest niet zou opgaan voor artikel 8 EVRM, dan volgt uit *Colas Est* dat de Nederlandse regeling inzake NMa-bedrijfsbezoeken niet voldoet aan de derde voorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM. Het is de NMa zelf³² die – net zoals de Franse mededingingsautoriteit in *Colas Est* – beschikt over ‘exclusive competence to determine the expediency, number, length and scale of inspections’.³³ Uit *Colas Est* volgt niet dat bij toetsing aan de derde voorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM de omvang van de onderzoeksbevoegdheden van de Franse mededingingsactiviteit doorslaggevend was. In ieder geval waren de verschillen tussen de bevoegdheden van de NMa en de Franse mededingingsautoriteit destijds gering. Weliswaar beschikten de Franse ambtenaren (anders dan NMa-ambtenaren) over de bevoegdheid om documenten in beslag te nemen,³⁴ maar uit *Colas Est* volgt geenszins dat deze specifieke bevoegdheid een (doorslaggevende) rol heeft gespeeld bij de overwegingen van het EHRM. Uit *Colas Est* volgt naar mijn mening dan ook dat de Nederlandse situatie niet aan het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM voldoet. Hierbij moet bedacht worden dat voor nuancerende en onderscheidende argumenten om de Nederlandse situatie van de toenmalige

26. *Sanoma*, r.o. 90.

27. *Sanoma*, r.o. 91.

28. Zie ook Geursen 2010.

29. *Sanoma*, r.o. 81.

30. *Sanoma*, r.o. 82.

31. Het EHRM erkende in r.o. 91 van het *Sanoma*-arrest dat er in sommige urgente gevallen geen ruimte voor een rechterlijke machtiging vooraf bestaat. Bij bedrijfsbezoeken van de NMa zal er in beginsel geen sprake zijn van een dergelijke urgentie, die rechterlijke machtiging vooraf praktisch onuitvoerbaar maakt (zie ook Geursen 2010, p. 133, en voetnoot 22).

32. Art. 2 Digitale Werkwijze 2007 vermeldde dat daartoe een besluit van de Raad van Bestuur genomen zou worden. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in de Bekendmaking NMa analoog en digitaal rechercheren 2010. De term rechercheren als bevoegdheid van de NMa is overigens niet in de wet terug te vinden.

33. *Colas Est*, r.o. 49.

34. Zie *Colas Est*, r.o. 22 voor de destijds geldende bevoegdheden.

Franse situatie te onderscheiden weinig of geen plaats is. Het EHRM benadrukte in *Colas Est* dat de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 8 lid 2 EVRM beperkt uitgelegd dienen te worden en de noodzaak van een uitzondering op artikel 8 lid 1 EVRM op overtuigende wijze vastgesteld dient te kunnen worden.³⁵ De hierna te bespreken pogingen van de NMa en de Nederlandse rechter om de Nederlandse situatie te onderscheiden van de situatie in *Colas Est* zijn mijns inziens in dit licht niet overtuigend.

De overwegingen van de NMa inzake het 'artikel 8 EVRM proof' zijn van de bevoegdheden van NMa-ambtenaren zijn niet overtuigend

In tal van zaken heeft de NMa³⁶ zich verweerd tegen beschuldigingen van beboete ondernemingen dat het bewijs waarop sanctiebesluiten beruisten, was verkregen door middel van bedrijfsbezoeken die onrechtmatig waren, omdat de desbetreffende NMa-ambtenaren niet beschikten over een door artikel 8 EVRM voorgeschreven rechterlijke machtiging.

Argumenten van de NMa om een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM te ontkennen

Aanvankelijk betoogde de NMa dat haar bedrijfsbezoeken geen huisvredebreuk vormden in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM,³⁷ omdat de desbetreffende onderzoeken in *Colas Est* – wat het aantal bedrijven en de reikwijdte van de uitgeoefende bevoegdheden betreft – veel verstrekkender zouden zijn geweest dan die in de genoemde NMa-zaken. De NMa verwees ter ondersteuning van dit argument naar *Colas Est*, waarin het EHRM in algemene termen een zekere beperking had gemaakt wat betreft de toepassing van artikel 8 lid 1 EVRM op rechtspersonen.³⁸

35. *Colas Est*, r.o. 47. De soepelere aanpak bij bedrijfsruimtes in vergelijking met privéwoningen, waarnaar het EHRM in *Niemietz* verwijst, geldt voor de vraag of sprake is van inmenging in de zin van art. 8 lid 1 EVRM. Is een dergelijke inmenging eenmaal vastgesteld, dan dienen de uitzonderingsvoorwaarden van art. 8 lid 2 EVRM strikt te worden uitgelegd. Dit volgt uit het in deze voetnoot weergegeven citaat uit *Colas Est* maar ook uit de rechtsoverweging in *Niemietz*, waarnaar voetnoot 8 verwijst.

36. De term 'NMa' verwijst hierna naar zowel de directeur-generaal van de NMa als de raad van bestuur van de NMa.

37. Zie o.a. besluit in zaak 3594, *Homij*, 12 december 2003, nr. 30, besluit in zaak 2873, *NH8*, 18 december 2003, nr. 270, besluit in zaak 3064, *Asfaltware werkenprojecten Noord-Nederland*, 18 december 2003, nr. 70, het primaire besluit in zaak 3376, *GTI*, 12 december 2003, nrs. 29-34, besluit in zaak 3691, *Aanbesteding Dakrenovaties Emmtec*, 14 juni 2004, nrs. 100-104.

38. Zie de tekst bij voetnoot 9.

Dit argument is niet sterk. Zoals uiteengezet zijn de verschillen tussen bedrijfsbezoeken van de NMa en de Franse mededingingsautoriteit in de *Colas Est*-zaak niet zo groot als de NMa tracht te doen geloven. In bijvoorbeeld *NH8* en *Asfaltverwerking Noord-Nederland*, waarin de NMa een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM ontkent, ging het – net zoals in *Colas Est* – om dagenlange zeer intensieve bedrijfsbezoeken door een groot aantal NMa-ambtenaren bij een groot aantal bouwondernemingen. De door de NMa in deze besluiten gebruikte vrij vage bewoordingen ('gezien de context van de toepasselijke nationale wetgeving in de zaak *Colas Est*' en 'gezien de strekking van het onderzoek van de NMa') ter onderbouwing van haar standpunt dat geen sprake was van een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM,³⁹ onderschrijven mijns inziens de ongeloofwaardigheid van de stelling van de NMa dat er geen sprake zou zijn van een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM. Mede gezien het feit dat het EHRM in *Colas Est* weinig woorden vuil maakte om te concluderen dat sprake was van een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM, is mijns inziens evident dat invallen van de NMa inbreuk maken op artikel 8 lid 1 EVRM.

Argumenten van de NMa dat aan de voorwaarden van artikel 8 lid 2 EVRM is voldaan

Subsidiar stelde de NMa zich op het standpunt dat voldaan was aan de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 8 lid 2 EVRM.⁴⁰ Ook op dit punt trachtte de NMa de Nederlandse situatie te onderscheiden van die in *Colas Est*.

Ten eerste stelde de NMa bijvoorbeeld in *Betonmortelcentrales* dat, anders dan de ambtenaren van de Franse mededingingsautoriteit, NMa-ambtenaren niet zelf over alle bevoegdheden beschikken tot het gebruik van dwangmiddelen. Dat laatste dient, volgens de NMa, aan de sterke arm te worden overgelaten die een eigen beoordeling dient te maken van de evenredigheid daarvan. De NMa haalde op dit punt echter de zaken door elkaar: de evenredigheid waaraan de sterke arm zijn inzet dient te toetsen om de NMa-ambtenaren in de afwezigheid van toestemming toegang te verstrekken is van een andere orde dan die waaraan de NMa-ambtenaren zijn gebonden. De sterke arm zal zich uitsluitend afvragen welke middelen ingezet mogen worden om NMa-ambtenaren toegang te verschaffen, terwijl voor de toepassing van artikel 8 EVRM van belang is (vooraf) te toetsen of het eventueel door de sterke arm af te dwingen bedrijfsbezoek zelf wel of niet onrechtmatig is. Ten tweede wees de NMa er in *Scheemda* en *Betonmortelcentrales* op dat NMa-ambtenaren – anders dan de Franse ambtenaren destijds – niet beschikken over de bevoegdheid tot inbeslagname. Zoals hierboven uiteen-

39. Zie *Aanbesteding Dakrenovaties Emmtec*, nr. 101.

40. Besluit in zaak 3152, *Groenewoud*, 16 december 2002, nrs. 20-22, besluit in zaak 3594, *Homij*, 12 december 2003, nrs. 30-32, het primaire besluit in zaak 3376, *GTI*, 12 december 2003, nrs. 28-34, besluit in zaak 3055, *Scheemda*, 25 april 2003, nr. 132 alsmede besluit in zaak 2112, *Betonmortelcentrales*, 11 januari 2006, nr. 60-63. In *Betonmortelcentrales* en *Scheemda* wordt overigens niet langer ontkend dat er sprake is van een inbreuk op art. 8 lid 1 EVRM.

gezet, volgt echter uit *Colas Est* niet dat deze bevoegdheid een rol heeft gespeeld in de overwegingen van het EHRM in *Colas Est*.

Ten slotte zou volgens de NMa in *Scheemda* en *Betonmortelcentrales* in het kader van de desbetreffende bedrijfsbezoeken de redelijkheidseis van artikel 5:13 Awb strikt in acht zijn genomen. Ook onder het Franse administratief recht dient de Franse overheid zich echter conform de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zoals redelijkheid) te gedragen. In *Colas Est* onderzocht het EHRM terecht niet of de ambtenaren van de Franse mededingingsautoriteit tijdens de onderhavige bedrijfsbezoeken in strijd met deze algemene beginselen hadden gehandeld. Uit *Colas Est* volgt inderdaad dat de toetsing aan artikel 8 lid 2 EVRM niet alleen ziet op de uitoefening van bevoegdheden in specifieke gevallen maar vooral op de wettelijke regeling als zodanig.⁴¹ Waar het bij toetsing aan artikel 8 EVRM om gaat is dat, omdat een bedrijfsbezoek huisvredebreuk in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM oplevert, de inbreukmakende overheid niet zelf⁴² op basis van bijvoorbeeld een redelijkheidseis dient te bepalen of deze inbreuk niettemin toegestaan is vanwege artikel 8 lid 2 EVRM, maar dat een onafhankelijke rechterlijke instantie deze beoordeling voorafgaande aan het bedrijfsbezoek dient te maken.

De overwegingen van de Nederlandse rechter inzake het 'artikel 8 EVRM proof' zijn van de NMa-bevoegdheden overtuigen niet

Vrij snel na *Colas Est* werd de vraag naar verenigbaarheid met artikel 8 EVRM van de Nederlandse regeling inzake bedrijfsbezoeken in een civiel kort geding voorgelegd in zaak *HBG en Van Hattum en Blankevoort/NMa*.⁴³ De voorzieningenrechter concludeerde dat geen sprake was van schending van artikel 8 EVRM:

'Van Hattum heeft betoogd dat nu de ambtenaren van de NMa niet beschikten over een rechterlijke machtiging, hun optreden ook reeds om die reden onrechtmatig was. Dit betoog faalt, nu in het voorgaande is geoordeeld dat de ambtenaren bij het onderzoek zijn gebleven binnen de grenzen van hetgeen in artikel 5:15 Awb is bepaald en dat artikel de eis van een rechterlijke machtiging niet stelt. Ook de overige grondslagen van de vordering leiden niet tot een ander oordeel. Aan de uit artikel 8 EVRM voort-

vloeiende verplichtingen is in voldoende mate voldaan.'⁴⁴

De overwegingen van de voorzieningenrechter en de Rechtbank Rotterdam overtuigen niet. Voor toetsing aan artikel 8 EVRM is niet doorslaggevend of in een bepaald geval de NMa wel of niet artikel 5:15 Awb inzake de bevoegdheid om 'elke plaats' te betreden heeft geschonden.⁴⁵ Zoals hierboven opgemerkt, gaat het bij toetsing van artikel 8 lid 2 EVRM niet alleen om de vraag of de *de facto* uitoefening van bevoegdheden in individuele zaken in strijd is met artikel 8 EVRM. Waar het in eerste instantie om gaat, is of het nationaal wettelijk systeem, waarop deze bevoegdheden gebaseerd zijn, als zodanig de toets van artikel 8 EVRM kan doorstaan. In het *Colas Est*-arrest was louter doorslaggevend het feit dat de Franse wet niet voorzag in een regeling, waarbij een rechter vooraf diende te toetsen of sprake was van willekeur of onevenredigheid bij het betreden van de kantoren van de ondernemingen in kwestie.⁴⁶ In dit licht is het oordeel van de voorzieningenrechter dat artikel 5:15 Awb geen rechterlijke machtiging voorschrijft op zich correct, maar bepaald niet voldoende. Het heikele punt dat de voorzieningenrechter nu juist ten onrechte omzeilt, is dat uit *Colas Est* volgt dat het enkele feit dat artikel 5:15 Awb of andere wettelijke bepalingen geen rechterlijke machtiging voorschrijven een inbreuk op artikel 8 EVRM oplevert. Weliswaar kan een Nederlandse rechter na een bedrijfsbezoek van de NMa de rechtmatigheid van dit bedrijfsbezoek toetsen, maar deze toetsing is te laat om een eventuele strijdigheid met artikel 8 EVRM te voorkomen. Juist daarom hecht het EHRM in r.o. 49 van *Colas Est* een doorslaggevend belang aan de afwezigheid van een voorafgaande rechterlijke machtiging om te komen tot de conclusie dat de Franse wetgeving niet voldeed aan het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM.⁴⁷

41. Zie noot bij *Colas Est* van Dommering in *NJ* 2003, 452, par. 6.

42. Los van de vraag of dit nu de raad van bestuur van de NMa is (zie voetnoot 32) of de NMa-ambtenaren zelf.

43. Zie r.o. 4.15.

44. In de latere uitspraak in de *Bredase notarissen*-zaak kwam de Rechtbank Rotterdam op basis van een vrijwel identieke redenering tot dezelfde vaststelling (Rb. Rotterdam 18 juni 2003, MEDED 01/621 - RIP, LJN AH9702, r.o. 2.3.2 – ook aangehaald door de NMa in het primaire besluit in zaak 3376, *GTI* 12 december 2003, nrs. 29-34). In de hogerberoepzaak van de *Bredase notarissen* kwam art. 8 EVRM niet meer aan de orde (LJN AO6479). In de zaak *E.ON/directeur DTe* van 28 maart 2003 (LJN AF7150) komt het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet toe aan een toetsing van art. 8 EVRM, omdat geen sprake was van een bedrijfsonderzoek maar een enkel verzoek om inzage in gegevens en bescheiden. In *Fortis Corporate Insurance N.V./de Staat* en *Allianz Nederland Schadeverzekering N.V./de Staat* (Rb. 's-Gravenhage 13 oktober 2008, KG ZA 08-1043 en 318855/KG 08-1128, LJN BH2647, r.o. 4.3) komt de voorzieningenrechter tot eenzelfde conclusie als in *HBG Civiel BV/NMa* en *Van Hattum en Blankevoort BV/NMa*.

45. Art. 5:15 Awb valt overigens moeilijk te schenden is, nu het slechts een bevoegdheid creëert.

46. Zie ook bijv. EHRM 16 december 1997, *Camezind*, *ECHR Reports* 1997-VIII, waarin een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen toetsing van de geschiktheid van waarborgen in nationale wetgeving en de toets of deze waarborgen in de praktijk waren geschonden.

47. Zie r.o. 90-93 van het *Sanoma*-arrest voor wat betreft het belang van een rechterlijke toetsing vooraf in het kader van art. 10 lid 2 EVRM.

Afronding

Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat, vanwege de afwezigheid van een rechterlijke machtiging voorafgaande aan een bedrijfsbezoek van de NMa, de Awb en de Mw niet voldoen aan artikel 8 EVRM.⁴⁸ Er bestaat geen 'adequate en effective safeguard against abuse' door de NMa, zoals naar de mening van het EHRM wel door artikel 8 EVRM vereist wordt.⁴⁹

De voor privéwoningen bestaande regeling van rechterlijke machtiging voorafgaande aan bezoeken van NMa-ambtenaren zou dan ook uitgebreid moeten worden tot bedrijfsruimtes. In dat geval is er meteen ook toezicht van een rechter-commissaris gedurende het bedrijfsbezoek.⁵⁰ Enerzijds bezwaart de invoering van een rechterlijke machtiging vooraf de uitoefening van de bevoegdheden van de NMa niet aanzienlijk. Zij leidt niet tot complexiteiten en behoeft in geval van goede procedureafspraken ook niet te leiden tot een vertraging. Net zo min als dat het geval is voor een rechterlijke machtiging voor bezoeken aan privéwoningen. Er bestaat dan ook geen prangende reden om geen systeem van *ex ante* rechterlijke controle op bedrijfsbezoeken van NMa-ambtenaren in te voeren. Anderzijds zou een systeem van rechterlijke machtiging vooraf elke twijfel over de verenigbaarheid met artikel 8 EVRM wegnemen. Het valt dan ook niet goed te begrijpen waarom de Nederlandse wetgever tien jaar na *Colas Est* niet is overgegaan tot deze (beperkte) aanpassing van het wettelijke systeem van de bevoegdheden van NMa-ambtenaren. De Nederlandse wetgever zou invoering van een regeling inzake rechterlijke machtigingen vooraf gemakkelijk kunnen bewerkstelligen door artikel 55 a, b en c niet alleen op privéwoningen van toepassing te laten zijn, maar op alle 'woningen' in de zin van artikel 8 EVRM, dus inclusief bedrijfsruimtes. Een andere mogelijkheid is de invoering in de Awb van een stelsel van voorafgaande rechterlijke machtiging.⁵¹

Dat de Europese Commissie in geval van inspecties van bedrijfsruimtes ook niet over een rechterlijke machtiging hoeft te beschikken, is geen valide reden om het Nederlandse rechtssysteem niet in overeenstemming te brengen met artikel 8 EVRM. De Europese Unie is op dit moment geen partij bij het EVRM. In het verleden heeft het Hof van Justitie het Europeesrechtelijke beginsel dat bescherming biedt tegen willekeurige of onevenredige ingrepen van het openbaar gezag in de privésfeer van een natuurlijke of rechtspersoon op een beperktere

wijze uitgelegd dan het EHRM.⁵² Het is echter de vraag of de *light* versie van het recht op *privacy* van het Hof van Justitie ongewijzigd zal blijven, nu krachtens artikel 6 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie onderdeel is geworden van het Europese recht en toetreding van de Europese Unie tot het EVRM voorzien is.⁵³ In zaak T-521/11, *Deutsche Bahn/Commissie*, aanhangig gebracht op 3 oktober 2011, stelt Deutsche Bahn dat artikel 20 lid 4 van Verordening (EG) nr. 1/2003, waarin de inspectiebevoegdheden van de Europese Commissie worden geregeld, in strijd is met artikel 7 van het Handvest, dat overeenstemt met artikel 8 lid 1 EVRM, vanwege de afwezigheid van een rechterlijke toetsing vooraf van de inspectiebeschikking van de Commissie.⁵⁴ In de aankomende jaren zal derhalve naar alle waarschijnlijkheid de vraag of het Europese systeem van onderzoeksbevoegdheden '*Colas Est proof*' is door de Europese rechters onderzocht worden in een nieuw klimaat waarin fundamentele rechten een steeds belangrijker rol spelen. Nederland is een van de weinige lidstaten in de Europese Unie, die geen stelsel van rechterlijke machtiging vooraf kent bij het betreden van bedrijfsruimtes. De meeste (en in ieder geval de omringende) EU-lidstaten kennen inderdaad een systeem waarbij hun nationale mededingingsautoriteiten een rechterlijke machtiging dienen te verkrijgen alvorens zij mogen overgaan tot een bedrijfsbezoek.⁵⁵ In Frankrijk was de wetgeving op dit punt al aangepast voordat het EHRM uitspraak deed in *Colas Est*.⁵⁶ Tien jaar na het *Colas Est*-arrest wordt het tijd dat ook de NMa bij een bedrijfsbezoek haar rechterlijke machtiging kan tonen.

48. Zie Geursen 2010, p. 133 over de gevolgen die een inbreuk op art. 8 EVRM kan hebben, en T. Barkhuysen, 'Het betreden van bedrijfsruimtes aan banden gelegd op grond van artikel 8 EVRM?', *NTB* 2002/8, p. 236-241.

49. Deze conclusie is wellicht niet beperkt tot het Nederlandse mededingingsrecht. Barkhuysen 2002, p. 238 noemt de betredingsbevoegdheid van AFM-ambtenaren.

50. Vgl. r.o. 48 van *Colas Est*, waaruit volgt dat het EHRM ook toezicht gedurende het bedrijfsbezoek van belang acht.

51. Zie E.J. Daalder, 'Een bestuursrechtelijk exequatur', *NTB* 2002/8, p. 242-243.

52. Zie bijv. HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst*, *Jur.* 2859, r.o. 17-19, HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères SA*, *Jur.* p. I-09011. Zie voor kritiek onder meer Temple Lang en Rizza, voetnoot 4, p. 415-416, Berghe en Dawes, voetnoot 4, p. 421-422 en Aslam en Ramsden, voetnoot 4, p. 74-77.

53. Zie art. 6 lid 2 VWEU.

54. Pb. 2011, C 355/23.

55. Zie Temple Lang en Rizza, voetnoot 4, p. 416.

56. Vandaar dat het arrest van het EHRM in Frankrijk tot weinig discussie leidde.