

IV R

NJ noot bij EHRM 16 april 2002 inzake Colas Est door E.J. Dommering

1. Dit arrest van het EHRM gaat over de bescherming van de bedrijfsruimten van een onderneming-rechtspersoon onder artikel 8 EVRM. Het heeft reeds voor de nodige commentaren gezorgd, in de Nederlandse rechtsliteratuur alleen al: H.J. Janssen in: *EHCR* (European Human Rights Cases, Koninklijke Vermande) 19-6-2002, afl. 6 p. 420 e.v., H.R. Kranenborg, in: *M&M* (Markt en Mededinging) 2002 nr. 7, p. 239 e.v., G. van der Wal, in: *NTER* (Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht) 2002, nr. 7/8, p. 191 e.v., annotator OJ in: *AB Rechtspraak Bestuursrecht* 2002, afl. 32, 1186 e.v., A.Q.C. Tak in: *NJCM Bulletin* 2003, nr. 1 p. 42 e.v., T. Barkhuysen, "Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van artikel 8. EVRM?", in: *NTB* 2002/8, p. 236 e.v. Gelet op de hoek waaruit de commentaren komen is dit arrest van belang voor de mededingingspraktijk en de bestuurlijke handhaving. Vooral mededingingsadvocaten hebben dit arrest met gejuich begroet. Van der Wal (t.a.p. p. 199) schrijft: "Het is nog te vroeg voor een conclusie. Eén zwaluw maakt nog geen lente, maar voorlopig heb ik de zomer in mijn hoofd." Die ontboezeming geeft meer inzicht in de karaktertrekken van mededingingsadvocaten dan in die van de trek van de zwaluwen.

2. Tot goed begrip van de beslissing analyseer ik eerst de feiten en de toepasselijke nationale rechtsregels, omdat op basis daarvan de implicaties van de beslissing van het Hof beter zijn in te schatten. In 1985 startte de Franse Mededingingsautoriteit een onderzoek naar illegale praktijken van bouwondernemingen (sic!) bij de uitvoering van publieke werken. Het ging om een breed onderzoek tegen tenslotte wel 52 ondernemingen, waaronder de klagers in Straatsburg. Het onderzoek werd uitgevoerd op basis van een uit 1945 daterende verordening die het onderzoeken van kantoorruimten toeliet zonder enige rechterlijke machtiging. Bij deze 'invallen' werden documenten in beslag genomen die bewijs konden opleveren voor de vermeende illegale praktijken. Op basis van het onderzoek werd de zaak voorgelegd aan het 'Conseil de la Concurrence' die overtredingen bewezen achtte en stevige boetes oplegde. De zaak werd uiteindelijk op vormfouten gecasserd en terugverwezen naar het Hof van Appel waar zich een interessante discussie over de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM ontspan. Het Hof (en later het Cour de Cassation) verwierpen het beroep op artikel 8, omdat de ambtenaren een recht op inlichtingen uitoefenden, versterkt door de mogelijkheid van in belagname van documenten die zij in het kader van de uitoefening van die bevoegdheden tegenkwamen ("un droit général de communication de documents renforcé par un pouvoir de saisie"). Er was niet sprake van een gerechtelijke huiszoeking ("une perquisition"). Bij het EHRM vindt er een verdere discussie plaats over de inhoud van het Franse recht. Het Conseil constitutionnel had namelijk in een uitspraak van 1983 een soortgelijke onderzoeksbevoegdheid in het fiscale recht onconstitutioneel geoordeeld, omdat de onschendbaarheid van het domicilie in het geding is en dit een rechterlijk toezicht verlangt. Deze beslissing had een discussie in gang gezet over het gebrek aan constitutionele waarborgen bij bestuurlijke onderzoeken en ook de geldigheid van de onderzoeksbevoegdheid van de verordening van 1945 op de agenda gezet. Dit voerde de Franse regering ook als verweer in Straatsburg. Deze gegevens zijn van belang voor de overwegingen van het Hof over de proportionaliteitstoetsing.

3. In Straatsburg werd door de bouwondernemingen geklaagd over schending van artikel 8 EVRM. De vraag of het Hof zonder voorbehoud het woonplaatsbegrip in artikel 8 EVRM op kantoorruimten van toepassing zou verklaren, ongeacht de rechtsvorm van de onderneming, was na de arresten Chappell (EHRM 30 maart 1989 NJ 1991, 522 mnt. EJD) en Niemietz (EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 mnt. EJD), naar mijn oordeel, geen vraag meer. Het enige overgebleven punt was volgens sommigen dat het in die zaken ging om 'kantoren aan huis' van natuurlijke personen. Het zou daarom kunnen gaan om een extensie van het privéleven en

privéhuis. Ik heb er destijds in de twee annotaties bij deze arresten op gewezen dat het geen zin heeft om een onderscheid te maken tussen bedrijfsruimten van natuurlijke en van rechtspersonen. De argumentatie in het arrest Niemietz was, wat dit betreft, bovendien ondubbelzinnig. Het Hof herhaalt in overweging 40 dan ook in verkorte vorm het argument uit Niemietz. In de Franse procestaal van de ondehavige zaak kon het des te gemakkelijker aanknopen bij de term 'domicile' in de Franse tekst dat een ruimere betekenis heeft dan 'home' in de Engelse tekst (die ook in de Nederlandse vertaling wordt gevolgd). In 1992 vlogen er dus al behoorlijk wat zwaluwen rond, maar werden zij nog niet door iedere vogelliefhebber opgemerkt. Ik zie de overweging 41 waarin het Hof uitlegt dat rechtspersonen grondrechtelijke bescherming kunnen genieten (zie daarover de annotatie bij Chappell) dan ook meer als een overweging ten overvloede die antwoordt op het discussiepunt dat er volgens sommigen nog bestond, zonder dat die overweging bijzonder verrassend is.

4. Eenmaal vastgesteld zijnde dat artikel 8 EVRM van toepassing is, moet de drie stappen test worden uitgevoerd: was de inbreuk gebaseerd op een wetsbepaling (ja: de verordening van 1945), was er een legitiem doel (ja: opsporing onwettige handelingen), maar was zij ook noodzakelijk? Die laatste test valt negatief voor Frankrijk uit en op dit punt verdient het arrest zorgvuldige bestudering, omdat het, naar mijn mening, vergaande consequenties kan hebben voor Nederland.

5. Het Hof weegt in de overwegingen 45 en 46 de argumenten van de Franse regering die had aangevoerd dat het niet ging om een 'huiszoeking' ('visite domiciliaire', 'perquisition'). Dat zou rechtvaardigen dat er geen rechterlijke machtiging ('autorisation judiciaire préalable') nodig was. Het Hof antwoordt op dat verweer in overweging 46 dat de aard van de onderzoeken inbreuk vormden op het domicile. Het gaat vervolgens voorbij aan het door de klagers opgeworpen punt dat de Franse regering onvoldoende het 'droit de communication' onderscheidt van het recht van huiszoeking of binnentreden ('droit de perquisition ou de visite'), omdat de inbreuk om andere redenen niet door de beugel kan. Het citeert daarbij onder meer het Funke-arrest (EHRM 25 februari 1993, A-256A, in: R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 500 e.v.). Deze zaak speelde ook in Frankrijk en ging over een fiscale huiszoeking in het huis van de heer Funke waarbij documenten in beslag waren genomen. In navolging van dat arrest overweegt het Hof dat dit soort 'invallen' gerechtvaardigd kunnen zijn, maar dat artikel 8 verlangt dat er adequate waarborgen tegen misbruik van deze bevoegdheid moeten bestaan ('garanties adéquates', in Funke: 'adequate and effective safeguards'). Die waren er niet. De op handen zijnde constitutionele hervorming had ten tijde van de voorgevallen feiten nog geen effect. De bevoegde minister was als enige bevoegd de noodzaak, het aantal, de duur en de reikwijdte van de maatregelen te beoordelen. Daarenboven konden de maatregelen worden genomen zonder een voorafgaande rechterlijke last en zonder dat er een inspecteur van politie bij aanwezig was. Aangenomen dat de bevoegdheid dit soort maatregelen te treffen bij commerciële ruimten verder gaat dan bij privé ruimten, is, aldus het Hof, in het licht van de afwezigheid van iedere waarborg de inbreuk disproportioneel. De argumentatie is gelijk aan die in de Funke zaak.

6. Evenals in de Funke zaak wordt er een toetsing in abstracto verricht (vgl. Lawson & Schermers t.a.p., p. 509, nr. 18). Het *systeem* waarbinnen de 'invallen' zijn toegelaten, wordt veroordeeld, omdat het *systeem* geen juridische waarborgen biedt. Het ontbreken van rechterlijke controle is daarbij een belangrijk element, maar niet het enige. Wat betekent dit voor Nederland? Het betekent mijns inziens dat handhavingsbevoegdheden zoals zij in de Awb zijn neergelegd niet voorzien in adequate rechtswaarborgen. Het gaat om de artikelen 5.15 – 5.20 Awb (betreden van plaatsen, vorderen inlichtingen, inzage gegevens en bescheiden, onderzoeksbevoegdheid, en medewerkingsplicht). De Awb voorziet niet in een systeem van rechtsbescherming om deze maatregelen voor of tijdens het onderzoek rechterlijk te laten toetsen. Dit stuit immers af op artikel 6.3 Awb dat afzonderlijk beroep tegen voorbereidingshandelingen, waartoe het onderzoek van het bestuursorgaan volgens geldende jurisprudentie van de bestuursrechter wordt gerekend, uitsluit. Weliswaar zal de bestuursrechter deze aspecten bij de beoordeling van het voor beroep

vatbare besluit (sanctie of dwangmaatregel) moeten meenemen op grond van het beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten zorgvuldig moeten worden voorbereid (waarbij 5.13 Awb uitdrukkelijk toetsing op evenredigheid voorschrijft), maar dat is 'mosterd na de maaltijd'. De eis van rechterlijke controle op het *proces* die het EHRM als een van de belangrijke elementen noemt is daarvoor te belangrijk. Eenzelfde gebrek kleeft aan het systeem van handhaving van de Mededingingswet (artt. 50-55) en andere bijzondere handhavingsregels die immers het systeem van de Awb volgen (aldus ook Barkhuysen t.a.p. 238 e.v.). Zolang de bestuursrechter vasthoudt aan de strikte uitleg van de uitzondering op artikel 6.3 Awb ('tenzij de beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft'), herleeft de restcompetentie van de burgerlijke rechter in kort geding om de proportionaliteit van de inbreuk op het domicilie te toetsen (de burgerlijke rechter acht zich van oudsher bevoegd om van voorbereidingshandelingen kennis te nemen: zie Kluwer Losbladige Onrechtmatige daad V, nrs 34 e.v. (L.J.A. Damen). Het systeem van restcompetentie corrigeert hier de systeemfout. Of dat op den duur wenselijk is, is een andere zaak. Mijns inziens verdient het aanbeveling de hele onderzoeksparagraaf van de Awb op de helling te zetten, omdat er allerlei problemen bij feitelijk gecompliceerde handhavingsprocedures rijzen die rechterlijke controle tijdens het onderzoek, ook buiten het geval dat door artikel 8 EVRM wordt bestreken, wenselijk maken.

7. Er lag nog het 'vuiltje', als ik het zo mag noemen, tussen het EHRM en het HvJEG over de vraag of de onderzoeksbevoegdheden van de EG Commissie op dezelfde manier aan artikel 8 EVRM moeten worden getoetst. Het EVRM is niet rechtstreeks van toepassing in de EG rechtsorde, maar indirect via de rechtsbeginselenconstructie, dat is de constructie waarin de grondrechten van het EVRM worden gerekend tot de rechtsbeginselen die gemeen zijn aan de rechtsorde van de Lidstaten en die als zodanig mede inhoud geven aan de communautaire rechtsorde (zie o.a. Van der Wal t.a.p. 193, mijn noot bij Niemietz en de uitvoerige dissertatie van R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 1999 en Van der Wal t.a.p.). Evenals in de Niemietz zaak somt het Hof zonder commentaar de EG jurisprudentie op, te beginnen bij het Hoechst arrest van het HvJEG uit 1989 (waarin zich de controverse tussen de Niemietz lijn van het EHRM en beperktere lijn van het HvJEG openbaarde) en het arrest TPI van het GvEA uit 1999 waarin wordt vastgehouden aan de Hoechstlijn. Het feit dat het Hof de Luxemburgse jurisprudentie (zeer ongebruikelijk) opnieuw onder de paragraaf van het toepasselijke recht noemt, is opnieuw een vingervijzing vanuit Straatsburg richting Luxemburg. Het HvJEG heeft op 22 oktober 2002 in de zaak Roquette (zaak C-94/00), dus na het arrest Cola, maar op basis van een conclusie van de AG van september 2001, dus van voor het arrest Cola, een belangrijk arrest gewezen. Evenals bij de Hoechstzaak ging het om de voorwaarden waaronder de nationale autoriteiten dienen mee te werken aan een onderzoek van de EG Commissie (in Nederland geregeld in de wet van 27 februari 1997, *Stbl.* 129 houdende enige regels ter uitvoering van een aantal EG verordeningen). Het ging om een zogenaamde verificatiebeschikking op grond van verordening nr. 17 (onderzoek naar mededingingvervalsende praktijken van ondernemingen waarbij huiszoeken kunnen worden gedaan en documenten ingezien en gevorderd). Het HvJEG voert in dit arrest een uitgebreide proportionaliteitstoetsing uit van de wijze waarop de Commissie gemotiveerd medewerking mag vragen en de wijze waarop de nationale autoriteiten die medewerking moeten uitvoeren. Een cruciale overweging in het arrest (nr 52) luidt: "Gelet op het vorenstaande (uitvoerige overwegingen over de vereisten van proportionaliteit: toevoeging EJD) moet worden opgemerkt, dat de nationale rechter die bevoegd is toestemming voor dwangmaatregelen te geven (...) hem niet mag beletten, zich er in een individueel geval van te vergewissen dat de beoogde dwangmaatregel niet willekeurig is of onevenredig in verhouding tot het doel van de bevolen verificatie (zie *in analoge zin* (sic! EJD), EHRM, arresten Funke en Colas Est)." Het HvJEG probeert hiermee dus de kloof te dichten door zijn eigen *communautaire* invulling aan de proportionaliteitstoetsing die artikel 8 EVRM vergt, te geven.

8. Toch blijft de vraag open of de nationale rechter de verrichtingen van de nationale autoriteiten in het kader van de uitvoeringshulp van de EG Commissie niet ook moet toetsen aan het interne onrechtmatige daadsrecht waarin immers (in Nederland) artikel 8 EVRM directe werking heeft. Dit hoeft niet te betekenen dat die proportionaliteitstoetsing wezenlijk anders uitvalt dan die welke het HvJEG betrekkelijk gedetailleerd voorschrijft in de zaak Roquette, maar er kunnen extreme gevallen zijn (vaag gemotiveerde *fishing expeditions* of uitvoeringsperikelen) waarin de restcompetentie van de burgerlijke rechter wordt ingeroepen als er (nog) geen duidelijke bestuursrechtelijke rechtsbescherming aanwezig is. Wenselijk is dat allemaal niet. Daarom dat ik de hierboven gestelde vraag iets pregnanter herhaal: moeten wij de bestuurlijke huiszoeking en documentenverzameling wettelijk niet meer in lijn brengen met het strafvorderlijke regiem?

EJD