

# Begrensd machtig: wat mag een toezichthouder eigenlijk?

VAST 2021 / P-031

21 juli 2021

Het is vaak een ingrijpende gebeurtenis voor een bedrijf: een (onaangekondigd) bezoek door toezichthouders. Zo een bezoek (ook wel 'dawn raid' genoemd) is bedoeld om informatie op te halen bij het bedrijf. Doorgaans is er op de werkvloer van een bedrijf weinig kennis aanwezig over de rechten en plichten van bedrijven in verhouding tot toezichthouders. Dat kan ertoe leiden dat mensen zich overvallen voelen, niet het overzicht behouden en daardoor zichzelf of de werkgever onbedoeld benadelen. Een goede basiskennis van de rechten en plichten van bedrijven ten opzichte van een toezichthouder is dan ook onontbeerlijk. In dit artikel bespreken wij op een praktische manier de rol en bevoegdheden van toezichthouders.

Wat mogen zij? En wat moeten zij? Mag een toezichthouder zo maar overal naar binnen? En wat gebeurt er als iemand niet meewerkt of als de toezichthouder de regels niet naleeft? Hierbij nemen wij financiële ondernemingen als uitgangspunt. Deze kunnen te maken krijgen met de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') en De Nederlandsche Bank ('DNB'), maar ook met de Autoriteit Consument & Markt ('ACM').

## 1. De toezichthouder en zijn bevoegdheden

Hoewel de term 'toezichthouder' in de Wet op het financieel toezicht ('Wft') wordt gebruikt om de toezichthoudende organisatie als geheel te duiden (dus bijvoorbeeld DNB of de AFM), is dat gebruik vanuit het perspectief van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') onjuist. Een toezichthouder in de zin van de Awb is namelijk altijd een natuurlijk persoon, die als zodanig is aangewezen door een bestuursorgaan (artikel 5:11 Awb). Toezichthouders worden bij hun aanwijzing belast met het *toezicht op de naleving* van bepaalde wet- en regelgeving. Zij krijgen met hun status op grond van de Awb automatisch een aantal bijzondere bevoegdheden. Dit zijn de 'toezichthoudersbevoegdheden'.

De wettelijke bepalingen over toezichthouders zijn in titel 5.2 Awb (artikel 5:11 t/m 5:20 Awb) opgenomen. Er zijn een paar algemene rechten en plichten. Zo is in artikel 5:12 Awb bepaald dat toezichthouders een legitimatiebewijs van het bestuursorgaan bij zich moeten dragen en dat, indien gevraagd, moeten tonen. Op grond van artikel 5:13 Awb geldt verder een algemene begrenzing voor toezichthoudersbevoegdheden. Dit artikel bepaalt dat een toezichthouder slechts van zijn bevoegdheden gebruikmaakt, voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van zijn taak. De taken van DNB en AFM zijn vastgelegd in respectievelijk artikel 1:24 en artikel 1:25 Wft. De concrete uitwerking van de evenredigheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar uit dit beginsel vloeit voort dat een bevoegdheid gericht moet worden ingezet. Er mag bijvoorbeeld geen sprake zijn van een 'fishing expedition'.<sup>1</sup> Dit beginsel hebben de ACM, DNB en AFM in hun Digitale Werkwijze (die wij hierna nader zullen bespreken) opgenomen door vast te leggen dat de toezichthouder zich moet richten op het doel en voorwerp van het onderzoek. Het onderzoek moet dus zowel qua subject (personen) als object (onderwerp) gericht zijn. Uit het

evenredigheidsbeginsel volgt tot slot dat, indien mogelijk, een minder ingrijpende bevoegdheid worden ingezet, voordat naar een zwaarder middel wordt gegrepen.<sup>2</sup>

In artikel 5:20 Awb is als 'stok-achter-de-deur' opgenomen dat eenieder verplicht is om mee te werken aan de uitoefening van het toezicht. Zo nodig kan die medewerking worden afgedwongen via een last onder dwangsom of bestuursdwang (artikel 5:20 lid 3 Awb). Er zijn wel grenzen aan die medewerkingsplicht – bijvoorbeeld op het moment dat sprake is van een bestraffende sanctie (en daarmee een zwijgrecht voor de overtreder). Hierop zullen wij later nader ingaan.

In artikelen 5:15 tot en met 5:19 Awb wordt vervolgens een aantal algemene bevoegdheden aan toezichthouders toegekend. Deze bevoegdheden zullen wij hierna per bevoegdheid bespreken. Let wel op dat bij de bijzondere wet van de Awb kan worden afgeweken. Daarbij kunnen bevoegdheden van toezichthouders worden beperkt of uitgebreid. Een toezichthouder die toeziet op naleving van de Wft mag bijvoorbeeld geen voorwerpen en auto's onderzoeken of monsters nemen. De bevoegdheden van artikel 5:18 en 5:19 Awb zijn in artikel 1:73 lid 1 Wft namelijk uitgesloten.

In dit artikel bespreken wij de bevoegdheden die voor financiële ondernemingen die te maken krijgen met een bezoek door toezichthouders van DNB, de AFM en de ACM van belang zijn. Die bevoegdheden zijn: de bevoegdheid om plaatsen te betreden (artikel 5:15 Awb), de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen (artikel 5:16 Awb) en de bevoegdheid om inzage van zakelijke gegevens en bescheiden te vorderen (artikel 5:17 Awb).

## 2. Het betreden van plaatsen (artikel 5:15 Awb)

Artikel 5:15 Awb geeft toezichthouders de bevoegdheid om *elke plaats* te betreden. Hierbij kan letterlijk worden gedacht aan 'elke plaats', zowel binnen als buiten. Denk bijvoorbeeld aan erven, terreinen, kantoren, winkels, fabrieken enzovoorts. Als niemand aanwezig is of er wordt geweigerd om open te doen, kan de toezichthouder hulp inroepen van *de sterke arm* (artikel 5:15 lid 2 Awb). Hij kan dan dus de politie vragen om een hek of deur voor hem open te breken. De inzet hiervan dient wel evenredig te zijn (artikel 5:13 Awb). Als een toezichthouder dus zonder goede reden om 3 uur 's nachts de toegang vordert, maar dat niet krijgt, dan is het niet evenredig om de toegang met hulp van de politie te forceren. Dat ligt anders als de toezichthouder om 10 uur 's ochtends op een normale werkdag de toegang vordert, als er gewoon werknemers aanwezig zijn.

In de regel betekent het voorgaande dat toezichthouders onaangekondigd een bedrijfsbezoek kunnen afleggen en zich overal binnen dat bedrijf mogen begeven – mits dat redelijk is en noodzakelijk is voor het toezicht uiteraard.

Het betreden van een woning is strenger gereguleerd. Een woning is een plaats waar zich daadwerkelijk privé-huiselijk leven afspeelt. Dat kan dus ook een gekraakt pand zijn, een boomhut of een caravan – zo lang iemand daar maar feitelijk woont. Het huisrecht is een grondwettelijk en verdragsrechtelijk beschermd recht (zie artikel 12 Grondwet en artikel 8 EVRM). Alleen als dat bij wet is geregeld, mag daar een inbreuk op worden gemaakt. De Awb geeft toezichthouders slechts de bevoegdheid om een woning binnen te treden met toestemming van de bewoner. Binnentreden zonder toestemming is daarom slechts mogelijk als een bijzondere wet dat expliciet toestaat. Een voorbeeld hiervan is artikel 12c Instellingswet ACM. De toezichthouders van de AFM<sup>3</sup> en DNB

hebben dus niet de bevoegdheid om een woning te betreden. Daarnaast is bij het binnentreden een machtiging vereist op grond van de Algemene wet op het binnentreden. Omdat toezichthouders van de AFM en DNB niet de bevoegdheid hebben om een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner, bespreken wij de details van het binnentreden van woningen hier verder niet.<sup>4</sup>

### 3. Wat mag de toezichthouder als hij binnen is en wie en wat mag hij meenemen?

De bevoegdheid om te betreden omvat meer dan alleen het enkel binnenlopen. Zo mag de toezichthouder zich bij het betreden *doen vergezellen* en noodzakelijk materiaal meenemen (artikel 5:15 lid 1 en 3 Awb). Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan deskundigen of ICT'ers die kopieën van de servers van het bedrijf zullen maken. De personen die de toezichthouder vergezellen hoeven niet zelf toezichthouder of ambtenaar te zijn.<sup>5</sup>

De bevoegdheid om plaatsen te betreden is echter wat anders dan de bevoegdheid om iets te onderzoeken of te doorzoeken. De bevoegdheid tot onderzoek, zoals wegen van voorwerpen, openen van dozen en het nemen van monsters, is neergelegd in artikel 5:18 Awb en 5:19 Awb. Die bevoegdheden hebben toezichthouders van DNB en de AFM niet. Verder is het goed om op het netvlies te hebben dat een strafrechtelijke doorzoeking (artikel 96c Strafvordering) iets totaal anders is dan het binnentreden als toezichthouder. Het kan overigens voorkomen dat toezichthouders ook aanwezig zijn bij een strafrechtelijke doorzoeking, maar de bevoegdheid tot doorzoeken hebben zij zelf niet.

Wat mag dan wel bij het betreden van een plaats op grond van artikel 5:15 Awb? De toezichthouder mag *zoekend rondkijken*. Daarbij mogen wel deuren naar vertrekken worden geopend, maar doorzoeken van ruimten, zoals het openen van kasten en papier uit de papierbak halen, mag niet. Advocaat-Generaal Hofstee somde de bevoegdheid van artikel 5:15 Awb zo op dat de toezichthouder '*bij wijze van spreken met de handen op de rug mag rondkijken*'.<sup>6</sup> In zoverre mag de toezichthouder op dit vlak dus beslist minder dan veel burgers denken.

### 4. Het stellen van vragen en informatie verzoeken (artikel 5:16 Awb)

Een toezichthouder mag vragen stellen. Hij maakt hierbij gebruik van de bevoegdheid om *inlichtingen te vorderen*, neergelegd in artikel 5:16 Awb. Deze bevoegdheid is in artikel 1:74 Wft ook aan DNB en de AFM als instelling toegekend. Inlichtingen vorderen kan zowel mondeling als schriftelijk. In beginsel moeten de vragen worden beantwoord. Dit vloeit voort uit de in artikel 5:20 Awb opgenomen medewerkingsplicht. De vragen moeten uiteraard wel te relateren zijn aan de taak van de toezichthouder en de handhaving van wet- en regelgeving (artikel 5:13 Awb). De bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen is niet beperkt tot de (vermeende) overtreder. Een toezichthouder mag zijn vragen aan iedereen stellen. Of in een concreet geval vragen mogen worden gesteld aan een derde, is wel afhankelijk van de evenredigheid daarvan. Een toezichthouder moet er bijvoorbeeld rekening mee houden dat een personeelslid door het beantwoorden van vragen van de toezichthouder in een loyaliteitsconflict komt. Indien mogelijk, moeten de vragen dan ook eerst aan een leidinggevende (bij voorkeur de directie) worden gericht.<sup>7</sup>

Op de plicht om vragen van een toezichthouder te beantwoorden gelden twee belangrijke uitzonderingen. In artikel 5:20 lid 2 Awb is geregeld dat iemand die een ambtelijke, beroepsmatige of uit de wet voortvloeiende geheimhoudingsplicht heeft, zoals artsen en advocaten, niet hoeft mee te werken, voor zover dit uit de geheimhoudingsplicht voortvloeit. De tweede uitzondering geldt voor degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Zodra naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat van een zodanig verhoor sprake is, geldt voor de (vermeende) overtreder met betrekking tot de overtreding een zwijgrecht en rust op de toezichthouder een cautieplicht: hij moet de betrokkene voorafgaand aan het verhoor op het zwijgrecht wijzen.<sup>8</sup> Dit volgt uit artikel 5:10a Awb, maar vloeit tevens voort uit artikel 6 EVRM. Bij een verhoor door de ACM geldt ingevolge artikel 12i Instellingswet ACM het zwijgrecht eveneens voor alle voor het bedrijf werkzame personen. Als ten onrechte geen cautie is gegeven voorafgaand aan het verhoor, kan de afgelegde verklaring niet als bewijs aan het opleggen van een bestraffende sanctie ten grondslag worden gelegd. Bij twijfel over de vraag of sprake is van een verhoor met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie, is het verstandig om de toezichthouder te vragen of het zwijgrecht al geldt. Het is ook verstandig om het antwoord op deze vraag (en de eventuele verplichting tot beantwoording) in de uiteindelijke verklaring uitdrukkelijk op te laten nemen. Er bestaat geen algemeen recht op bijstand van een advocaat bij een verhoor door een toezichthouder en evenmin tijdens een bedrijfsbezoek.<sup>9</sup> In de praktijk zijn toezichthouders echter vaak wel bereid om te wachten indien een advocaat binnen afzienbare tijd aanwezig kan zijn.

Er is geen zwijgrecht bij toezicht of als er geen bestraffende (ook wel punitieve) sanctie zal worden opgelegd. Het zwijgrecht geldt immers alleen bij een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM (waarbij het zwijgrecht geldt op grond van het EVRM) of een *bestraffende sanctie* in de zin van artikel 5:2 Awb (waarbij het zwijgrecht geldt op grond van artikel 5:10a Awb).

De begrippen *bestraffende sanctie* en *criminal charge* komen overigens grotendeels overeen, maar er zitten subtiele verschillen tussen. Het kan dus voorkomen dat er naar nationaal recht geen zwijgrecht bestaat, maar op grond van het EVRM wel. Het voert te ver om dit in dit praktijkartikel helemaal uit te werken. Een eenvoudige goede vuistregel is dus dat de bescherming in de meeste gevallen gelijk is en dat die bescherming inhoudt dat er bij een mogelijke bestuurlijke boete wel een zwijgrecht geldt, maar bij een herstelsanctie, zoals een mogelijke last onder dwangsom of last onder bestuursdwang, niet.

Regelmatig vindt voorafgaand aan een verhoor met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie eerst nog een gesprek in de toezichtsfase plaats. Bijvoorbeeld als toezichthouders eerst algemene vragen stellen en dat pas naar aanleiding van de antwoorden op die vragen een concrete verdenking ontstaat. In een dergelijk geval gaat er wel 'reflexwerking' uit van de waarborgen van artikel 5:10a Awb en het EVRM. Dit betekent dat een in de toezichtsfase onder dwang afgelegde verklaring niet aan een bestraffende sanctie ten grondslag kan worden gelegd. Van een zodanige verklaring is sprake, indien de betrokkene op grond van de in artikel 5:20 Awb opgenomen medewerkingsplicht gehouden was om te antwoorden.<sup>10</sup> Een vrijwillig antwoord kan echter wel tegen de overtreder worden gebruikt. Indien de verwachting is dat een verklaring gaat leiden tot een bestraffende sanctie, dan doet de overtreder er dus goed aan om die verklaring te weigeren en pas na daartoe (schriftelijk) te zijn gevorderd op grond van artikel 5:20 Awb medewerking te geven. Op die manier kan de verklaring niet tegen hem worden gebruikt bij het opleggen van de straf.

## 5. Stukken en gegevens inzien en kopiëren (artikel 5:17 Awb)

Een toezichthouder mag op grond van artikel 5:17 Awb de administratie van een bedrijf inzien en kopiëren. Artikel 5:17 Awb geeft namelijk de bevoegdheid om inzage te vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden. Uit lid 2 volgt dat een toezichthouder vervolgens kopieën mag maken. Als dat ter plaatse niet mogelijk is, mag hij de documenten voor dat doel ook voor korte tijd meenemen (lid 3). Toezichthouders van de ACM mogen, als dat voor de inzagevordering nodig is, ook bedrijfsruimten en voorwerpen verzegelen en hulp van de sterke arm inroepen (artikel 12b Instellingswet ACM).

In de Awb is niet bepaald wat onder *gegevens en bescheiden* moet worden verstaan. Het kan zowel gaan om de fysieke administratie, als om elektronisch vastgelegde gegevens. Ook informatie op USB-sticks en opgeslagen op servers en harde schijven valt hier dus onder. De bevoegdheid om inzage te vorderen is beperkt tot zakelijke gegevens. Dat kan ook informatie zijn die betrekking heeft op personen, zoals de leerlingenadministratie van een school.<sup>11</sup> Gegevens worden als zakelijk aangemerkt als het informatie betreft, die wordt gebruikt ten dienste van het maatschappelijk verkeer. Privégegevens mogen dus niet worden ingezien en gekopieerd. Een inzagevordering kan evenmin betrekking hebben op correspondentie met een advocaat (geprivilegieerde gegevens).

Net als het vorderen van inlichtingen, kan de vordering tot inzage aan anderen dan de vermeende overtreder worden gericht, zolang dat niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel (artikel 5:13 Awb). Zo heeft de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat de minister in een onderzoek naar fraude met studiefinanciering de reisgegevens van betrokkene mocht opvragen bij Trans Link Systems (de uitgever van de OV Chipkaart), in plaats van bij de betrokkene, om mede aan de hand daarvan vast te stellen waar betrokkene woonde.<sup>12</sup>

Als het gaat om inzage in elektronisch opgeslagen gegevens, is de toezichthouder bevoegd om op grond van artikel 5:20 Awb toegang tot systemen te vorderen. De betrokkene is dus verplicht om daartoe het wachtwoord of een toegangscode te verstrekken. Er kan overigens verschillend over worden gedacht of hierbij het zwijgrecht geldt. Immers, een wachtwoord dat enkel in iemands hoofd zit, kan niet zonder de wil van diegene worden verkregen. Verderop in dit artikel gaan wij nader in op het verschil tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Een toezichthouder mag ook software gebruiken waarmee forensische kopieën worden gemaakt. Daarmee kan bijvoorbeeld inzage worden verkregen in verwijderde bestanden en de historie van bestanden.<sup>13</sup>

De ACM, de AFM en DNB hanteren bij het veiligstellen van data tijdens een bedrijfsbezoek de 'Digitale Werkwijze'.<sup>14</sup> Die werkwijzen komen erop neer dat tijdens een bedrijfsbezoek op basis van doel en voorwerp van het onderzoek een grote hoeveelheid data wordt 'veiliggesteld' en deze set daarna wordt toegespitst en gefilterd, voordat de onderzoekers ermee aan de slag gaan. Nadat de data zijn gekopieerd, kan de betrokkene aangeven of er naar zijn mening correspondentie met advocaten, en niet-zakelijke gegevens bij de set zitten. Deze 'claim' wordt beoordeeld door een 'functionaris verschoningsrecht', die niet betrokken is bij het inhoudelijke onderzoek. Na het opschonen van de dataset krijgen de ambtenaren, die gaan onderzoeken of sprake is van een overtreding, toegang. Zij selecteren de informatie voor het dossier aan de hand van gerichte zoektermen en -vragen. Het gerechtshof Den Haag heeft geoordeeld dat deze werkwijze in overeenstemming met (onder meer) artikel 5:13 Awb is.<sup>15</sup>

## 6. Verzoek om beantwoorden van vragen en sturen van stukken ineen

In plaats van een bezoek te brengen, kan een toezichthouder ervoor kiezen in een brief om de benodigde informatie te vragen. Hij kan in zo een brief concrete vragen stellen waarop hij antwoord wil en ook verzoeken om kopieën van gegevens en stukken bij te voegen.

Bij een schriftelijk informatieverzoek worden de bevoegdheden om inlichtingen te vragen (artikel 5:16 Awb) en inzage te vorderen (artikel 5:17 Awb) dus vaak gecombineerd. Ook bij een mondeling verzoek om informatie is dit denkbaar. De scheidslijn tussen de verschillende bevoegdheden is dan dun. Het gaat immers allebei om het uitwisselen van informatie. Bij het vorderen van inlichtingen gaat het om het verkrijgen van een antwoord dat betrokkene zelf mondeling of schriftelijk formuleert. Een inzagevordering ziet op het verkrijgen van gegevens, die reeds (in documenten, of digitaal) zijn vastgelegd en waarvan een kopie kan worden verkregen.

Bij zo een gecombineerd informatieverzoek is het lastig om de reikwijdte van het zwijgrecht van de (vermeende) overtreder te bepalen. Degene aan wie de informatie wordt gevraagd met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, heeft ten aanzien van wilsafhankelijk materiaal recht om te zwijgen (artikelen 5:10a Awb en 6 EVRM), terwijl ten aanzien van wilsonafhankelijk materiaal voor hem de medewerkingsplicht (artikel 5:20 Awb) geldt. Wilsonafhankelijk materiaal is materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. De kwalificatie is afhankelijk van de aard van het materiaal, namelijk of het in fysieke zin 'bestaat' onafhankelijk van de wil van de betrokkene. Volgens de Hoge Raad is het hierbij niet relevant of het materiaal alleen met medewerking van betrokkene kan worden verkregen.<sup>16</sup> Er wordt evenwel op gewezen dat de rechtspraak van het EHRM op dit punt genuanceerder is.<sup>17</sup> Van wilsonafhankelijk materiaal is in ieder geval sprake als het gaat om bestaande documenten of gegevens die digitaal zijn opgeslagen. Als echter speciaal een rekenmethode moet worden ontwikkeld om cijfers bij benadering te construeren, is volgens het CBb sprake van wilsafhankelijk materiaal.<sup>18</sup> Gaat het om een informatieverzoek in de toezichtsfase, maar kan niet worden uitgesloten dat de verkregen informatie zal worden gebruikt voor een bestraffende sanctie, dan moet de toezichthouder volgens het CBb de betrokkene erop wijzen dat het met dat verzoek gevraagde wilsafhankelijke materiaal niet kan worden gebruikt voor het opleggen van een bestraffende sanctie.<sup>19</sup> Gaat het om een (al dan niet met een inzagevordering gecombineerd) verzoek om vragen te beantwoorden met het oog op het aan de betrokkene opleggen van een bestraffende sanctie, dan gelden het zwijgrecht en de cautieplicht (artikel 5:10a Awb) en kan medewerking aan het verstrekken van wilsafhankelijk materiaal niet worden afgedwongen.

## 7. Wat kan een toezichthouder doen als er niet wordt meegewerkt?

Een toezichthouder kan voor het betreden van plaatsen de hulp inroepen van *de sterke arm*. Hij kan dus de politie vragen om gesloten hekken en deuren voor hem open te breken. Voor informatie en inzagevorderingen is de bijstand van de politie, behalve voor toezichthouders van de ACM, niet beschikbaar. Als iemand ten onrechte weigert mee te werken aan een vordering van een toezichthouder, handelt hij echter wel in strijd met artikel 5:20 Awb. Sinds kort (1 juli 2021) bevat de Awb een algemene bevoegdheid voor bestuursorganen om de medewerkingsplicht door het opleggen van een last onder dwangsom of bestuursdwang te handhaven. Sommige bestuursorganen, zoals de ACM (artikel 12m Instellingswet ACM) en de AFM en DNB (artikel 1:80

Wft), zijn hiernaast bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen als er niet wordt meegewerkt. Die kunnen fors oplopen (met een basisbedrag van € 500.000).<sup>20</sup> Tot slot is het niet voldoen aan een vordering van een toezichthouder strafbaar gesteld in artikel 184 Wetboek van Strafrecht, met een maximale gevangenisstraf van drie maanden.

## 8. Wat kan de betrokkene doen als de toezichthouder zich niet aan de regels houdt?

De inzet van een toezichthoudersbevoegdheid zelf betreft een feitelijk handelen.<sup>21</sup> Dat is dus geen voor bezwaar en beroep vatbaar besluit. Dit betekent dat het bedrijf de overheid zal moeten dagvaarden bij de civiele rechter (meestal in kort geding) om een halt toe te roepen aan (vermeend) onrechtmatig handelen. Dat gebeurt in de praktijk ook daadwerkelijk. Zo heeft een bedrijf, waar bij een bezoek data was veiliggesteld, in een kort geding de Digitale Werkwijze van de ACM aan de orde gesteld.<sup>22</sup>

Als het toezicht heeft geleid tot het nemen van een handhavingsbesluit, dan kan in een procedure tegen dat besluit de inzet van de toezichtsbevoegdheden ook aan de orde worden gesteld. In dat geval is er rechtsbescherming mogelijk bij de bestuursrechter. Dat een toezichthouder zijn bevoegdheid niet op rechtmatige wijze heeft aangewend, leidt echter zelden tot uitsluiting van het daarmee verkregen bewijs. Uitsluiting is pas aan de orde als het bewijs is verkregen op een wijze die 'zozeer indruist' tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat gebruik van het bewijs ontoelaatbaar moet worden geacht.<sup>23</sup> Onrechtmatige inzet van bevoegdheden door een toezichthouder kan tot slot leiden tot matiging van een op te leggen boete of het moeten afzien van kostenverhaal door het bestuursorgaan.<sup>24</sup>

Omdat de opbrengst van de rechtsbescherming achteraf in een bestuursrechtelijke procedure vaak relatief mager is, trachten bedrijven veelal al tijdens de uitoefening van de bevoegdheid een toetsing van de rechtmatigheid daarvan te bewerkstelligen. Dat kan als gezegd door het dagvaarden van de overheid en het voeren van de discussie bij de civiele rechter (in kort geding), maar het kan ook door te weigeren om mee te werken. In dat geval zal het bestuursorgaan in de regel een besluit op grond van artikel 5:20 lid 3 Awb nemen, teneinde medewerking af te dwingen. Tegen dat besluit kan dan bezwaar worden gemaakt en kan de bestuursrechter in een voorlopige voorziening procedure een oordeel worden gevraagd over de rechtmatigheid van het uitoefenen van de toezichthoudersbevoegdheden.

## 9. Conclusie en aanbevelingen voor de praktijk

Aan toezichthouders zijn verregaande bevoegdheden toegekend om toezicht te houden op naleving van wet- en regelgeving. Zij zijn machtig, maar de bevoegdheden zijn niet onbegrensd. Het is dan ook van belang om goed van de beperkingen en waarborgen op de hoogte te zijn en voorbereid te zijn op een bedrijfsbezoek ('dawn raid') van een toezichthouder. Stel intern een plan op hoe te handelen bij een onverwacht bezoek en breng het personeel daarvan op de hoogte. Van belang is om zo snel mogelijk contact op te nemen met een advocaat. Vraag de toezichthouders te wachten (bijvoorbeeld in de kantine) tot de advocaat en intern verantwoordelijke personen aanwezig zijn. Noteer en kopieer alle relevante gegevens, zoals namen van de ambtenaren, doel van het onderzoek en registreer alle handelingen die de toezichthouders verrichten. Let tijdens het onderzoek goed op de beperkingen en waarborgen bij de inzet van toezichthoudersbevoegdheden,

zoals de evenredigheid en gerichtheid van het onderzoek en het recht om te zwijgen indien bevoegdheden worden ingezet met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie.

## Noten

<sup>1</sup> Rb. 's-Gravenhage 13 oktober 2008, [ECLI:NL:RBSGR:2008:BH2647](#).

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld: CRvB 11 oktober 2018, [ECLI:NL:CRVB:2018:3205](#).

<sup>3</sup> Rb. Rotterdam 5 september 2012, [ECLI:NL:RBROT:2012:BX6988](#).

<sup>4</sup> Zie uitgebreider het artikel hierover op [www.handhavingsrecht.nl](http://www.handhavingsrecht.nl)

<sup>5</sup> ABRvS 16 september 2009, [ECLI:NL:RVS:2009:BJ7784](#).

<sup>6</sup> Concl. A-G E.J. Hofstee 13 februari 2018, [ECLI:NL:PHR:2018:128](#).

<sup>7</sup> HR 27 september 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD8780](#).

<sup>8</sup> ABRvS 27 juni 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:2115](#).

<sup>9</sup> CBb 10 april 2014, [ECLI:NL:CBB:2014:116](#); CRvB 7 september 2009, [ECLI:NL:CRVB:2009:BJ7968](#).

<sup>10</sup> ABRvS 27 juni 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:2115](#); CBb 7 mei 2019, [ECLI:NL:CBB:2019:177](#).

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 144.

<sup>12</sup> CRvB 5 februari 2018, [ECLI:NL:CRVB:2018:269](#).

<sup>13</sup> Rb. 's-Gravenhage 9 april 2003, [ECLI:NL:RBSGR:2003:AF7069](#); Rb Den Haag 12 juli 2017, [ECLI:NL:RBDHA:2017:7968](#).

<sup>14</sup> ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014, Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens, DNB Werkwijze inzien en kopiëren van digitale gegevens. Zie tevens de ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014.

<sup>15</sup> Gerechtshof Den Haag 12 februari 2019, [ECLI:NL:GHDHA:2019:470](#).

<sup>16</sup> HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1130](#).

<sup>17</sup> J.W. Zwemmer, noot bij HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1130](#), *NJ* 2015, 265; S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM', *DD* 2019, 16; zie ook Concl. A-G P.J. Wattel 19 december 2014, [ECLI:NL:PHR:2014:2347](#).

<sup>18</sup> CBb 7 mei 2019, [ECLI:NL:CBB:2019:177](#).

<sup>19</sup> CBb 10 januari 2018, [ECLI:NL:CBB:2018:3](#).

<sup>20</sup> Zie artikel 1:81 Wft in samenhang met het Artikel 5 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector.

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 juli 2013, [ECLI:NL:RVS:2013:199](#).



[22](#) Rb. Den Haag 10 oktober 2018, [ECLI:NL:RBDHA:2018:12722](#); Gerechtshof Den Haag 12 februari 2019, [ECLI:NL:GHDHA:2019:470](#).

[23](#) HR 8 november 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1715](#); CBb 22 februari 2017, [ECLI:NL:CBB:2017:47](#); ABRvS 3 juni 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:1723](#).

[24](#) CBb 7 mei 2019, [ECLI:NL:CBB:2019:177](#); ABRvS 23 augustus 2017, [ECLI:NL:RVS:2017:2233](#).

## Keywords

Bedrijfsbezoek  
Dawn raid  
Financieel recht  
Informatieverzoek  
Mededingingsrecht  
Toezicht  
Toezichthouder

## Auteur(s)

### Thomas Sanders

Advocaat bij AKD

Thomas beheert tevens de site [www.handhavingsrecht.nl](http://www.handhavingsrecht.nl), waar veel praktische tips en tricks voor toezichthouders en bedrijven te vinden zijn.

[LinkedIn](#)

### Elise Noordhoek

Advocaat bij AKD

[LinkedIn](#)