

# Inbreuken op art. 8 EVRM: rechterlijke toetsing vóóraf, uitsluiting van bewijs én schadevergoeding

Heeft de NMa nu wel of niet een rechterlijke machtiging nodig vóórdát haar ambtenaren<sup>1</sup> van hun onderzoeksbevoegdheden van hoofdstuk 5 Awb gebruik mogen maken<sup>2</sup> en dan met name die van het betreden van plaatsen (anders dan een woning) en het vorderen van inzage in zakelijke gegevens/bescheiden.<sup>3</sup> Na de uitspraken van het EHRM in de zaak Colas Est<sup>4</sup> en van het HvJ in de zaak Roquette Frères<sup>5</sup> zijn de meningen daarover verdeeld;<sup>6</sup> er zijn voor-<sup>7</sup> en tegenstanders.<sup>8</sup> Feit is dat de Awb, noch de Mededingingswet een dergelijke ex ante rechterlijke toetsing kent.

In het kader van de nieuwsgaringsvrijheid van art. 10 EVRM heeft het EHRM in het recente Sanoma-arrest geoordeeld dat het vereiste van 'voorzien bij wet' geïnterpreteerd in het licht van het rechtstatelijkheidsbeginsel/rule of law, met zich brengt dat bronbescherming alleen na voorafgaande toetsing door een onafhankelijk rechter kan worden doorbroken. Hierdoor rijst de vraag of ook art. 8 EVRM een voorafgaand rechterlijk verloop vereist. Daarnaast heeft de Centrale Raad voor Beroep (CRvB) onlangs geoordeeld dat een huisbezoek in strijd met art. 8 EVRM ook immateriële schade oplevert die voor vergoeding in aanmerking komt op grond van art. 8:73 Awb; overigens nadat de rechtbank in die zaak reeds had geoordeeld dat het verkregen bewijs uitgesloten diende te worden.

## Colas Est

De NMa en overigens ook de OPTA (wier ambtenaren van dezelfde bevoegdheden van hoofdstuk 5 Awb gebruikmaken, net als die van de NZa en (n)VVA) zijn van mening dat een rechterlijk verloop niet nodig is alvorens een plaats (anders dan een woning) mag worden betreden en inzage mag worden gevorderd in zakelijke gegevens en bescheiden.

Net als de voorzieningenrechter in de zaak HBG Civiel<sup>9</sup> stelt de NMa vast "dat er geen wettelijke vereiste (of procedure) bestaat die in een dergelijke machtiging voorziet".<sup>10</sup> "Het bedrijfsbezoek dat de toezichthoudende ambtenaren van de NMa [uitvoeren, heeft] een minder ingrijpend karakter en [is] met meer waarborgen omkleed dan het Franse onderzoek dat tot het [Colas Est]-arrest heeft geleid.<sup>11</sup>" De NMa is van mening "dat de inmenging bij wet is voorzien."<sup>12</sup> Voor de NMa zijn dat de redenen om geen rechterlijke machtiging 'te halen' vóórdát een bedrijfsbezoek plaatsvindt.

Volgens de OPTA is het Colas Est-arrest casuïstisch en zijn de haast onbegrensde bevoegdheden uit de Franse regeling uit 1945 niet vergelijkbaar met de – volgens de OPTA – beperkte(re) bevoegdheden van Nederlandse toezichthouders, waardoor het Colas Est-arrest niet kan worden doorgetrokken naar de Nederlandse praktijk.<sup>13</sup> Bovendien had KPN in die zaak volgens de OPTA

- 1 Het is niet de NMa (als ZBO) die onderzoeksbevoegdheden heeft, maar op grond van art. 5:11 Awb de individuele ambtenaren die zijn aangewezen op grond van het Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009 (Stcrt. 2009, 14819, gewijzigd bij Stcrt. 2010, 9370); zie ook: A.B. Blomberg, 'Handhaving en toezicht', in: F.C.M.A. Michiels, E.R. Muller (red.), Handhaving: Bestuurlijk handhaven in Nederland, Deventer: Kluwer, 2006, p. 19, op p. 25 en 26.
- 2 Niet alleen het binnentreden, maar ook voor het doorzoeken zelf vormt een inbreuk op art. 8 EVRM; C.T. Dekker, 'De inzagebevoegdheid van de NMa – verduidelijking gewenst bij uitbreiding bevoegdheden', Markt & Mededinging 2004/6, p. 196.
- 3 Art. 5:15, lid 1 en 5:17 Awb.
- 4 EHRM 16 april 2002, Société Colas Est e.a./Frankrijk, ECHR Reports 2002-III.
- 5 In zijn arrest van 22 oktober 2002 in zaak C-94/00, Roquette Frères (Jurispr. 2002, p. I-9011) volgde het HvJ het oordeel van het EHRM in de zaak Colas Est, terwijl het in zijn arrest van 21 september 1989 in zaak 46/87 en 227/88, Hoechst, (Jurispr. 1989, p. 2859) nog had geoordeeld dat rechtspersonen geen recht hebben op eerbiediging van hun privéleven en er dus geen 'huiszoekingsbevel' nodig was alvorens Commissieambtenaren een bedrijfsbezoek mochten brengen; zie ook H.R. Kranenborg, Markt & Mededinging 8/2002, p. 275.
- 6 Ik heb wel geteld één auteur kunnen vinden die hierover neutraal is: H.L. Janssen in: EHRC 2002, 46.
- 7 T. Barkhuysen, 'Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van artikel 8 EVRM?', NTB 2002, p. 236; Dekker, a.w.; E.J. Dommering in zijn noot in NJ 2003, 453; O.J.D.M.L. Jansen in zijn noot in AB 2002/277; H.R. Kranenborg, 'Artikel 8 EVRM. Rechtspersonen en het recht op onschendbaarheid van de woning nader verklaard', Markt&Mededinging 2002/7, p. 239; H.R. Kranenborg, 'Art. 8 EVRM en de verificatiebevoegdheden van de Commissie. Colas Est en Roquette Frères', SEW 2003, nr. 2, p. 49; A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie: de bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt', preadvies VAR Vereniging voor Bestuursrecht, in: B.M.J. van der Meulen & A.T. Ottow, Toezicht op markten, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij, 2003, p. 18; A.T. Ottow, Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006 p. 301; H.M.J. Quadvlieg, 'Stés Colas: bouwstenen voor een stevige rechtsbescherming', Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht 2003, p. 149; H.M.H. Speyart, 'Tamosius, Petri Sallinen en Wieser: de opsporingspraktijk van NMa op losse schroeven', AM 2008, p. 111; H.M.H. Speyart, 'De Werkwijze onderzoeken van de NMa: het spanningsveld tussen rechtmatigheid en effectiviteit', AM 2010, p. 81; G.J. Vossestein in: JOR 2002, 157; G. van der Wal, 'EHRM: het kantoor als woning', Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2002, p. 191.
- 8 A.B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: 'De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht', VAR preadviezen 2004, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij, p. 115; E.T.W.M. van Leeuwen, A.C.M.P. Punt-Le Guellac, 'Binnentreden of overtreden: toezichts- en onderzoeksbevoegdheden van de NMa na Colas Est', AM 2002, p. 201; A.Q.C. Tak in: NJCM Bulletin 2003/1, p. 42 (die tegen was, omdat hij het te ver vond gaan dat ook rechtspersonen zich op 'bescherming van het privéleven' mogen beroepen); L.F.M. Verhey & N. Verheij,

<sup>9</sup> 'De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief', Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 135e jaargang/2005-1, p. 135.

<sup>10</sup> Pres. Rechtbank Den Haag, 9 april 2003, HBG Civiel B.V. tegen de Staat der Nederlanden (d-g NMa), LJN: AF7069, AM 2003, p. 86, m.nt. H.M.H. Speyart en AB 2003/199, m.nt. O. Jansen.

<sup>11</sup> NMa-Besluit van 12 december 2003 in zaak 3376/ GTI Utiliteit Noord B.V., nr. 28.

<sup>12</sup> Daarbij verwijst de NMa naar Rechtbank Rotterdam van 18 juni 2003, Bredase notarissen/NMa, LJN: AH9702, AM 2003, 6, p. 137, m.nt. A.J. Vossestein.

<sup>13</sup> NMa-Besluit van 12 december 2003 in zaak 3376/ GTI Utiliteit Noord B.V., nr. 32.

<sup>14</sup> OPTA, Beslissing op bezwaar van 12 november 2003 in zaak JB 03033: boetebe-

haar medewerking en daarmee toestemming verleend voor het bedrijfsbezoek. In de *mobiele operators*-zaak sneuvelde een beroep door KPN op art. 8 EVRM bij de Rechtbank Rotterdam om dezelfde reden.<sup>14</sup> Gezien de medewerkingsplicht van art. 5:20 lid 1 Awb en de (af)dreiging van een boete wegens het niet meewerken op grond van art. 69 lid 1 Mw respectievelijk art. 15.4 lid 1 Telecommunicatiewet, is wat mij betreft wel wat af te dingen op deze 'toestemming'.

### Sanoma

Op 14 september 2010 wees de Grote Kamer van het EHRM arrest in een zaak aangespannen door Sanoma Uitgevers B.V. tegen Nederland.<sup>15</sup> Sanoma geeft onder meer het blad *Autoweek* uit. Journalisten van dat weekblad woonden in januari 2002 een illegale straatrace bij op een industrieterrein in Hoorn, op uitnodiging van de organisatie van de race. Zij mochten daar foto's maken op voorwaarde dat de anonimiteit van de deelnemers zou worden gegarandeerd. De politie was ook bij de straatrace aanwezig en beëindigde deze uiteindelijk, zonder arrestaties te verrichten. Het was de bedoeling dat de (geanonimiseerde) foto's zouden worden geplaatst bij een artikel in *Autoweek*. De originele foto's waren op een cd-rom opgeslagen. Enige tijd later ontstond bij de politie belangstelling voor deze foto's, omdat één van de betrokken auto's mogelijk was gebruikt als vluchtauto bij een serie ramkraken van pinautomaten, waarbij in één geval een omstander met een vuurwapen was bedreigd. Daarom hadden politieambtenaren (op grond van art. 96a Wetboek van Strafvordering), de hoofdredacteur van *Autoweek* het bevel gegeven de cd-rom aan hen over te dragen; overigens zonder de reden te vermelden waarvoor zij de foto's nodig hadden. De vraag was of dit in strijd was met art. 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting, waaronder ook nieuwsgaring en bescherming van bronnen vallen). De betrokken politieambtenaren en officier van justitie dreigden de hoofdredacteur op te sluiten en Sanoma's kantoren te sluiten en te doorzoeken als hij niet meewerkte aan dat bevel (op grond van art. 184 Wetboek van Strafrecht). Sanoma heeft uiteindelijk de cd-rom onder protest overhandigd en in beroep bij de rechtbank Amsterdam en in cassatie bij de Hoge Raad bot gevangen voor wat betreft een gebod aan het OM de foto's niet te gebruiken, teneinde de anonimiteit te waarborgen.<sup>16</sup> Vóór 2000 kon het gewraakte bevel overigens slechts door een rechter worden gegeven.

Allereerst geeft het EHRM aan dat de gelijkkluidende term 'voorzien bij wet' in de art. 8-11 EVRM niet alleen betekent dat er een wettelijke grondslag moet zijn voor

de inbreuk op de fundamentele rechten, maar dat die wetten ook aan bepaalde kwaliteitseisen moet voldoen.<sup>17</sup> Het EHRM kwam vervolgens ten aanzien van art. 10 EVRM tot het volgende oordeel.

*"For domestic law to meet these requirements it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention."*<sup>18</sup> (...) *"First and foremost among these safeguards is the guarantee of review by a judge or other independent and impartial decision-making body."*<sup>19</sup> *"In the Netherlands, since the entry into force of Article 96a of the Code of Criminal Procedure this decision is entrusted to the public prosecutor [in de wet staat opsporingsambtenaren; WG] rather than to an independent judge. Although the public prosecutor, like any public official, is bound by requirements of basic integrity, in terms of procedure he or she is a "party" defending interests potentially incompatible with journalistic source protection and can hardly be seen as objective and impartial so as to make the necessary assessment of the various competing interests."*<sup>20</sup> *"These failings were not cured by the review post factum offered by the Regional Court, which was likewise powerless to prevent the public prosecutor and the police from examining the photographs stored on the CD-ROM the moment it was in their possession."*<sup>21</sup>

Ondanks dat het in deze zaak niet om art. 8 EVRM ging, is deze uitspraak mijns inziens relevant voor de controverse die *Colas Est* heeft opgeleverd. De toetsing van de rechter vóóraf is de belangrijkste vorm van een 'passende en effectieve waarborg' tegen (i) willekeur (door te controleren of er voldoende ernstige aanwijzingen zijn voor de verdenking van een inbreuk (op de mededingingsregels) en (ii) onevenredigheid (door te voorkomen door te toetsen of de beoogde dwangmaatregelen geschikt zijn en niet te nadelig voor de bezochte onderneming in verhouding tot het doel van de verificatie). In *Sanoma* plaatste het EHRM de eis van een *ex ante* rechterlijke toetsing niet alleen in de sleutel van het voorkomen van willekeur, maar ook in de sleutel van de rechtstatelijkheid. Zou daar dan de conclusie uit mogen worden getrokken dat 'voorzien bij wet' in de art. 8-11 EVRM niet alleen een wettelijke grondslag vereist, maar ook een *ex ante* rechterlijke toetsing vereist? Of slechts wanneer het om bescherming van journalistieke bronnen onder art. 10 EVRM gaat? De eerder genoemde voor- en tegenstanders zullen dit waarschijnlijk weer in ieders eigen voordeel uitleggen.

De NMa en OPTA doen *Colas Est* af als casuïstisch en achten de Franse regeling vooral niet te vergelijken met de onderzoeksbevoegdheden van hoofdstuk 5 Awb die in hun ogen veel beperkter zijn. Het is nog maar de vraag of het EHRM inderdaad concreet en zaakspecifiek

sluit KPN informatievoorziening RA ULL.

14 Rb. Rotterdam 13 juli 2006, *Mobiele operators-zaak* (LJN AY4035), Markt & Mededinging 2007, p. 224, m.nt. L.E.J. Korsten; in het hoger beroep in deze zaak is dit punt niet in oordeel van het CBb terug te vinden; College van Beroep voor het bedrijfsleven, 12 augustus 2010, *mobiele operators* (LJN BN3895).

15 Zaaknr. 38224/03, te vinden in de HUDOC Database op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Gewezen na een arrest van de derde kamer van het EHRM van 31 maart 2009, NJ 2009, 450, waarin het oordeelde dat er geen schending van art. 10 EVRM was geweest.

16 Zie voor een overzicht van de nationale procedures: W. Hins, 'Wat is de belofte van een journalist waard? Vrijheid van nieuwsgaring na het arrest Sanoma tegen Nederland', *Mediaforum* 2009-5, p. 202.

17 R.o. 81; over de voorzienbaarheid van de inbreuk, zie mijn commentaar bij Rechtbank 's-Gravenhage 26 juni 2009, *Janssen de Jong/Staat*, LJN BJ0047, AM 2009, p. 128 betreffende het verstrekken van telefoontaps door het OM aan de NMa.

18 R.o. 82.

19 R.o. 90.

20 R.o. 93.

21 R.o. 99.

heeft geoordeeld, dan wel of dat een meer abstracte en algemene toets heeft plaatsgevonden. Bovendien zijn de onderzoeksbevoegdheden van hoofdstuk 5 Awb wat mij betreft bepaald niet beperkt, met name niet door de medewerkingsplicht en de (af)dreiging van een boete wegens niet-meewerken. Wat daar ook van zij, de bestuursrechtelijke bevoegdheden in combinatie met de medewerkingsplicht tonen wat mij betreft een sterke gelijkenis met de strafrechtelijke bevoegdheden in de *Sanoma*-zaak waarin de hoofdredacteur van Autoweek werd bedreigd met opsluiting als hij niet meewerkte. Een tegenstander zou kunnen beweren dat (af)dreiging met een geldboete minder erg is dan een weekendje cel, hoewel ik nog zo net niet weet wat erger is: een persoonlijke boete van maximaal EUR 450.000 of dat weekendje cel. Het EHRM oordeelt in het *Sanoma*-arrest dat het Openbaar Ministerie (ik neem aan dat het daarmee ook de opsporingsambtenaren van art. 96a WSV bedoelt) niet als voldoende objectief en onpartijdig kan worden aangemerkt om de noodzakelijke afweging te maken tussen de verschillende strijdige belangen. Het OM is immers partij bij dat geding. Die overweging geldt wat mij betreft ook voor de NMa en de OPTA en dan met name voor de afweging die de toezichthoudende ambtenaren zelf moeten maken of de inzet van hun bevoegdheden de redelijkheidstoets van 5:13 Awb kunnen doorstaan, terwijl zij partij zijn bij het onderzoek.

Ik kan niet anders concluderen dan dat het *Sanoma*-arrest nieuwe ammunities geeft aan de voorstanders van een voorafgaande rechterlijke toetsing; de tegenstanders zullen zich daartegen verweren dat het hier art. 10 EVRM betreft en dat dat vooral niet kan worden doorgetrokken naar art. 8 EVRM.

Strijd met art. 8 EVRM is er overigens niet alleen wanneer er geen rechterlijke toetsing vóóraf plaatsvindt,<sup>22</sup> maar ook wanneer er geen redelijke verdenking is,<sup>23</sup> of wanneer er geen voldoende mededeling van doel en voorwerp van het onderzoek plaatsvindt<sup>24</sup> (in een voor beroep vatbaar besluit).<sup>25</sup>

### Uitsluiting bewijs en schadevergoeding

De vraag die dan nog rest is of bewijsmateriaal dat is verkregen in strijd met art. 8 EVRM (categorisch) moet worden uitgesloten, de zogenaamde *fruits of the poisonous tree*. Zoals ik reeds eerder heb vastgesteld,<sup>26</sup> is het EHRM van oordeel dat bewijsmateriaal verzameld met schending van art. 8 EVRM niet per se hoeft te worden

uitgesloten en dat het gebruik van dat bewijsmateriaal niet automatisch een inbreuk op art. 6 EVRM oplevert.<sup>27</sup> Toch vindt in het Nederlandse bestuursrecht uitsluiting van dat bewijs plaats, zoals blijkt uit een bijstandsuitkeringszaak voor de rechtbank Arnhem<sup>28</sup> en de Centrale CRvB.<sup>29</sup> Het betrof in die zaak twee in de gemeente Nijmegen wonende gerechtigden van een bijstandsuitkering. Zij hadden verscheidende kasstortingen ontvangen van hun broers om te voorzien in levensonderhoud. Volgens de uitkeringsgerechtigden betroffen dit leningen. Volgens het college van B&W van de gemeente Nijmegen was dat niet het geval en betroffen dit middelen die de uitkeringsgerechtigden hadden moeten opgeven.<sup>30</sup> Het college besloot daarop de uitkering in te trekken, het teveel betaalde terug te vorderen en een sanctie op te leggen wegens het niet opgeven van die middelen. Gemeentebambtenaren hadden een huisbezoek afgelegd bij de uitkeringsgerechtigden en gedurende dat bezoek inzage gekregen in bankafschriften waaruit de kasstortingen bleken.<sup>31</sup> De reden van dat huisbezoek was echter gelegen in het feit dat de uitkeringsgerechtigden een meerderjarige dochter hadden die bij hen inwoonde en een auto die op hun naam stond. Dat had niets van doen met de (vermeende) leningen. Van het bestaan van de kasstortingen werd eerst tijdens het huisbezoek ontdeking gedaan. Informatie over de dochter en de auto die van invloed kon zijn op de hoogte van de uitkering had volgens de rechtbank ook zonder huisbezoek kunnen worden verkregen. Volgens de rechtbank Arnhem was om die reden geen redelijke grond aanwezig om tot een huisbezoek over te gaan.

*“Dit brengt naar het oordeel van de rechtbank mee dat de tijdens het huisbezoek aangetroffen bewijsmiddelen door verweerder zijn verkregen op een wijze die zodanig indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Dit heeft naar het oordeel van de rechtbank evenzeer te gelden voor de financiële gegevens die eisers tijdens en na afloop van de hoorzitting in bezwaar aan verweerder hebben overgelegd. Deze gegevens bouwen immers voort op de tijdens het huisbezoek verstrekte informatie inzake de stortingen op eisers bankrekeningen en zijn om die reden evenzeer als resultaat van het onrechtmatig huisbezoek te beschouwen. De hiervan bedoelde gegevens kunnen gelet op het bepaalde in artikel 6, eerste lid, van het EVRM derhalve niet als bewijs worden geaccepteerd dat eisers gedurende de periode hier in geding de inlichtingenplicht niet zijn nagekomen. Ander bewijs hiervoor is er niet.”*

Een schadevergoeding op grond van art. 8:73, lid 1, Awb wees de rechtbank af, omdat het hier slechts immateriële schade betrof.

In hoger beroep bij de CRvB ging het vervolgens alleen

22 Zie voor een overzicht van andere gronden Speyart, a.w.; overigens is het rechterlijke toetsing vooraf niet altijd nodig getuige EHRM, 14 januari 2010, Mastepan/Rusland, 3708/03, r.o. 43 op voorwaarde dat in de gehele procedure een afdoende rechterlijke toetsing plaatsvond. Het betrof in die zaak overigens een bevoegdheid tot binnentreden van een woning in verband met het op heterdaad betrappen van een overtreder. Vanuit de doeltreffendheid van het betrappen op heterdaad is het binnentreden zonder voorafgaand rechterlijke verlof mijns inziens inderdaad evenredig. Die vlieger gaat niet op voor het gemiddelde bedrijfsbezoek van de NMa.

23 EHRM 8 januari 2002, Keslassy/Frankrijk, zaak 51578/99.

24 EHRM, 9 december 2004, Van Rossem/België (41872/98), r.o. 47.

25 Huber concludeert dat dat het geval moet zijn naar aanleiding van EHRM 15 juli 2003, Ernst e.a./België, nr. 33400/96; P.U.J. Huber, 'De nieuwe inspectiebevoegdheden in Vo. 1/2003: Is het de Commissie Ernst met artikel 8 EVRM?', Nederlands tijdschrift voor Europees recht 2004, p. 84; in gelijke zin: Speyart (2010) a.w.

26 W.W. Geursen, 'Fruits of the poisonous tree in het kartelrecht: onrechtmatig verkregen bewijs hoeft niet per se te worden uitgesloten', AM 2009, p. 115.

27 EHRM 12 mei 2000, Khan vs. VK, 35394/97 (Sect. 3), RJD 2000-V, NJ 2002, 180 en meer recentelijk EHRM 10 maart 2009, Bykov/Rusland, 4378/02 en EHRM 1 juni 2010, Gäfgen/Duitsland, 22978/05.

28 Rechtbank Arnhem, 17 januari 2008, LJN BC6852.

29 Centrale Raad van Beroep, 08 juni 2010, LJN BM8044, «USZ» 2010/234 m.nt. Moesker.

30 Op grond van art. 17, lid 2, van de Wet Werk en Bijstand (WWB).

31 Overigens niet op basis van hoofdstuk 5 Awb, maar op basis van 53a tweede volzin WWB; art. 17, lid 2, WWB voorziet in een medewerkingsplicht van de uitkeringsgerechtigden.

nog over de schadevergoeding. De onrechtmatige besluiten vormen volgens de CRvB een onrechtmatig daad (art. 6:162 BW) die is toe te rekenen aan het bestuursorgaan. Hij oordeelde voorts dat er sprake is van “een ernstige inbreuk op artikel 8 van het EVRM, nu het hier gaat om een schending van de integriteit en het zelfbeschikkingsrecht van appellanten in de beslotenheid van hun eigen woning. Een dergelijke inbreuk op een fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting van de persoon in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, van het BW. De vraag of sprake is van feitelijk letsel is daarbij niet van belang (vergelijk de arresten van de Hoge Raad van 9 juli 2004, LJN AO7721 en 18 maart 2005, LJN AR5213). Deze inbreuk en de eventueel daaruit voortvloeiende schade moeten bij de toepassing van artikel 8:73 van de Awb, mede in aanmerking genomen het in artikel 13 van het EVRM opgenomen beginsel van een ‘effective remedy’, als een gevolg van die besluiten aan het College worden toegerekend.” Vanwege de nodige onrust, spanning en frustratie die het onrechtmatige huisbezoek teweeg heeft gebracht kent de CRvB de uitkeringsgerechtigden ieder een schadevergoeding van € 200 toe.

Ik kan mij zo voorstellen dat de (vermeende) overtreder van de Mededingingswet/Telecommunicatiewet bij wie een bedrijfsbezoek heeft plaatsgevonden in strijd met art. 8 EVRM materiële en immateriële schade heeft

opgelopen die ook voor schadevergoeding in aanmerking komen; bijvoorbeeld omdat het bedrijfsproces vertraging heeft opgelopen, of reputatieschade, omdat de media hebben bericht over een bedrijfsbezoek van de NMa.<sup>32</sup>

Het Sanoma-arrest vormt nieuwe ammunities om te argumenteren dat voor de uitoefening van de bevoegdheden van hoofdstuk 5 Awb een rechterlijk verlot nodig is. Gebeurt dat niet, dan kan het aldus verkregen bewijs door de rechter worden uitgesloten en aan diegene bij wie een bedrijfs-/huisbezoek in strijd met art. 8 EVRM heeft plaatsgevonden ook nog een schadevergoeding worden toegekend. Die laatste twee risico's zouden ook voor de tegenstanders van een voorafgaand rechterlijk verlot – en ook voor de OPTA en NMa – reden moeten zijn om te pleiten voor een wettelijk systeem dat in een *ex ante* toetsing voorziet: *better be safe than sorry*.

WG<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Immateriële schadevergoedingen aan rechtspersonen wegens schendingen van het EVRM zijn niet uitgesloten; zie: EHRM 6 april 2000, Comingersoll S.A./Portugal, 35382/97. Vergelijkbaar zijn de schadevergoedingszaken wegens reputatieschade van nog niet onherroepelijk geworden boetes; zie daarover nader: B.N. Nijs, ‘Boetebeschikkingen – paal en perk aan “naming and shaming”?’, AM 2010, p. 3.

<sup>33</sup> Met dank aan H.R. Kranenborg en H.M.H. Speyart voor hun kritische blik en nuttige commentaar. De door de auteur ingenomen standpunten blijven vanzelfsprekend voor zijn rekening.