de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat
mr. drs. M.C.G. Keijzer
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Afdeling strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 00 00
f (088) 361 00 22
www.rechtspraak.nl

datum	14 oktober 2020
doorkiesnummer	088-
e-mail	wetgeving.rvdr@rechtspraak.nl
ons kenmerk	UIT 12312 STRA/RMD
uw kenmerk	CE-MC / 20200798
onderwerp	Advies inzake de concept uitvoeringswet markttoezichtverordening

Geachte mevrouw Keijzer,

Bij brief van 27 juli 2020, kenmerk CE-MC / 20200798, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake de concept uitvoeringswet markttoezichtverordening (het 'Wetsvoorstel').

Op 17 oktober 2018 heeft de Raad geadviseerd[1] over een aanpalend wetsvoorstel, te weten de Uitvoeringswet Verordening samenwerking consumentenbescherming. Dit wetsvoorstel is op 5 februari 2020 verheven tot wet (Stb. 2020, 64). Helaas moet de Raad constateren dat met name zijn opmerkingen over de rol van de rechter-commissaris straf in het onderdeel 'beperkingen ten aan zien van online interfaces' niet zijn overgenomen in het ingediende wetsvoorstel en de aangenomen wet. Dit is echter voor de Raad geen reden om in het onderhavige advies af te wijken van zijn eerder ingenomen standpunt hierover.

HET WETSVOORSTEL

Het Wetsvoorstel voorziet in een wijziging van verschillende wetten ter uitvoering van de Europese Markttoezichtverordening van 16 juli 2019 ((EU) nr. 2019/1020; hierna: markttoezichtverordening). De markttoezichtverordening regelt het markttoezicht op producten en is gericht op het verbeteren van het toezicht op producten in de interne markt om zo bij te dragen aan betere naleving van Europese wet- en regelgeving inzake onder andere veiligheid, gezondheid en milieu. Zij vervangt daarmee de artikelen 15 tot en met 29 van verordening (EG) nr. 765/2008 inzake accreditatie en markttoezicht (hierna: oude markttoezichtverordening).

Het Wetsvoorstel implementeert, voor zover nodig, de markttoezichtverordening en brengt wijzigingen aan in de Algemene douanewet, Meststoffenwet, Metrologiewet, Tabaks- en rookwarenwet, Telecommunicatiewet, Warenwet, Wegenverkeerswet 1994, Wet explosieven voor civiel gebruik, Wet implementatie EU-richtlijnen energie-efficiëntie, Wet kabelbaaninstallaties, Wet luchtvaart, Wet medische hulpmiddelen, Wet milieubeheer, Wet op de economische delicten, Wet pleziervaartuigen

[1] https://www rechtspraak.nl/advies-implementatie-verordening-samenwerking-consumentenbescherming.pdf

2016, Wet scheepsuitrusting 2016, Wet vervoer gevaarlijke stoffen, Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van geldelijke sancties en beslissingen tot confiscatie en Woningwet.

De nieuwe markttoezichtverordening voorziet in onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden waarover elke bevoegde autoriteit ten minste dient te beschikken (artikel 14, vierde lid). Voor de meeste door de nieuwe markttoezichtverordening voorgeschreven bevoegdheden geldt dat deze ook waren voorgeschreven door de oude markttoezichtverordening. De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en de productspecifieke regelgeving voorzien in deze bevoegdheden. Voor de bevoegdheden in artikel 14, vierde lid, onderdelen e, j en k is wel een nadere wettelijke voorziening vereist, hetgeen met dit Wetsvoorstel wordt geregeld.

a) Betreden van woningen
Artikel 14, vierde lid, onder e, van de markttoezichtverordening kent markttoezichtautoriteiten de bevoegdheid toe om gebouwen, terreinen en vervoermiddelen te betreden die de marktdeelnemer bij zijn handels-, ondernemings-, ambachtelijke of beroepsactiviteiten gebruikt, om non-conformiteit op te sporen en bewijsmateriaal te verkrijgen. Als een marktdeelnemer handelsactiviteiten onderneemt vanuit zijn woning, kan het nodig zijn dat een markttoezichthouder de bevoegdheid heeft om die woning te betreden. Nu deze bevoegdheid uit de verordening ruimer is dan die is opgenomen in artikel 5:15 van de Awb, is deze bevoegdheid opgenomen in het Wetsvoorstel. De voorwaarden van betreden zoals vermeld in de Awb blijven wel van kracht.

b) Toezicht met fictieve identiteit en hoedanigheid
Met artikel 14, vierde lid, onder j, van de markttoezichtverordening krijgen markttoezichthouders de bevoegdheid om producten onder valse identiteit aan te kopen ('mystery shopper'). Om te bewerkstelligen dat een Nederlandse markttoezichthouder kan handelen met een fictieve identiteit als ware hij een eindgebruiker, voorziet dit Wetsvoorstel in een uitzondering op de identificatieplicht van artikel 5:12, tweede lid, van de Awb bij de uitoefening van deze bevoegdheid.
In dit verband wijst de Raad erop dat mystery shopping in het kader van opsporing voor strafbare feiten is geregeld in artikel 126i Wetboek van Strafvordering (psuedokoop). In dat geval is een bevel van de officier van justitie vereist.

c) Beperkingen ten aanzien van online interfaces
Markttoezichtautoriteiten krijgen op grond van artikel 14, vierde lid, onderdeel k, van de markttoezichtverordening de bevoegdheid om indien nodig maatregelen te nemen, waaronder het gelasten van het verwijderen van inhoud van een online interface of eisen dat een duidelijk zichtbare waarschuwing wordt getoond wanneer gebruikers zich toegang tot de online interface verschaffen (artikel 14, vierde lid, onderdeel k, onder i). De hiervoor vereiste bevoegdheden worden aan het bestuursrechtelijke instrumentarium van de betrokken bevoegde autoriteiten toegevoegd in de vorm van een zelfstandige last, gericht aan een aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij dan wel aan een andere partij die ertoe in staat is om de last uit te voeren, nadat de dringende noodzaak daarvan is aangetoond. Aan de zelfstandige last kan een dwangsom worden verbonden bij niet-naleving.
Voorgesteld wordt om de inzet van de bevoegdheid afhankelijk te stellen van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank

Rotterdam. Na oplegging van de voorgestelde zelfstandige last staat voor belanghebbenden bezwaar en beroep open op grond van de Awb. De machtiging van de rechter-commissaris kan in deze procedure betrokken worden.

d) Rechtsbescherming
Het Wetsvoorstel verandert niets in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming ten aanzien van de diverse wetten. Wel wordt zoals hiervoor beschreven een procedure tot afgifte van een voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris ingesteld.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[2]

ADVIES

Betreden van woningen
Volgens artikel 12 van de Grondwet en de Algemene wet op het binnentreden gelden er vereisten voor het betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner. In artikel 2, eerste lid, van de Algemene wet op het binnentreden is bepaald dat voor het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner een schriftelijke machtiging is vereist, tenzij *en voor zover* bij wet aan rechters, rechterlijke colleges, leden van het openbaar ministerie, burgemeesters, gerechtsdeurwaarders en belastingdeurwaarders de bevoegdheid is toegekend tot het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner. De markttoezichtverordening doet aan dergelijke grondwettelijke en nationale vereisten uitdrukkelijk niet af (zie artikel 14, tweede lid, van deze verordening en ook punt 42 van de overwegingen). In het Wetsvoorstel is niet uitdrukkelijk ingegaan op de vraag in hoeverre deze vereisten gelden bij het betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner op grond van de voorgestelde artikelen. Omdat binnentreden van een woning zonder toestemming een ingrijpende bevoegdheid is die inbreuk maakt op grondrechten adviseert de Raad in de wet kaders te stellen voor de inzet van deze bevoegdheid. Deze bevoegdheid zou bijvoorbeeld alleen kunnen worden toegekend voor gevallen waarin er (onmiddellijk) gevaar dreigt voor de (consumenten)veiligheid, (volks)gezondheid of het milieu.

Volgens artikel 5:15, eerste lid, van de Awb is een toezichthouder bevoegd elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. Het Wetsvoorstel voegt echter aan diverse wetten een bevoegdheid aan de aangewezen ambtenaar toe om een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner. Hierin wijkt het Wetsvoorstel af van artikel 5:15 van de Awb. Alleen in artikel 15.7 van de Telecommunicatiewet (onderdeel D van het Wetsvoorstel) is uitdrukkelijk bepaald dat artikel 5:15, eerste lid, van de Awb niet van toepassing is. Voor de overige betreffende wetten wordt

[2] De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

dit niet uitdrukkelijk bepaald.[3] De Memorie van Toelichting (hierna: MvT) verklaart niet waarom dit onderscheid is gemaakt. Het verdient aanbeveling het Wetsvoorstel hierop aan te passen dan wel nader toe te lichten waarom dit onderscheid is gemaakt. Daarbij zou ook aandacht besteed kunnen worden aan het feit dat in de voorgestelde artikelen over het aannemen van een valse identiteit wel steeds expliciet is opgemerkt dat het relevante artikel uit de Awb, te weten artikel 5:12, tweede lid, van de Awb, niet van toepassing is.

Het Wetsvoorstel heeft de bevoegdheid om een woning zonder toestemming van de bewoner te betreden niet expliciet geclausuleerd tot een woning die een marktdeelnemer bij zijn handels-, ondernemings-, ambachtelijke of beroepsactiviteiten gebruikt zoals in artikel 14, vierde lid, onder e, van de markttoezichtverordening is bepaald. In het Wetsvoorstel is enkel opgenomen dat de aangewezen ambtenaren bevoegd zijn een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner voor de uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in artikel 14, vierde lid, onderdelen a, d en e, van de markttoezichtverordening. Deze formulering lijkt meer ruimte te bieden dan markttoezichtverordening voorschrijft. De enkele verwijzing naar deze verordening kan namelijk ook alleen betrekking hebben op het doel van de bevoegdhedenuitoefening en sluit de voornoemde clausulering niet per se in. De Raad adviseert om het Wetsvoorstel hierop aan te passen waarbij in de MvT zou kunnen worden toegelicht wat onder de genoemde clausulering wordt verstaan.

Tot slot adviseert de Raad om de in artikel 2, eerste lid, van de Algemene wet op het binnentreden genoemde functionarissen aan te vullen met de in het Wetsvoorstel aangewezen toezichthouders.

Toezicht met fictieve identiteit en hoedanigheid
Zoals in voormeld advies van de Raad van 17 oktober 2018 (zie noot 1) reeds is opgemerkt, bestaat er in het bestuursrecht al een buitenwettelijke variant van de 'mystery shopper' die volgens vaste rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven toelaatbaar is. De Raad adviseert om hiervoor een algemene regeling in de Awb op te nemen in plaats van zoals nu in afzonderlijke regelingen. Dit laatste lijkt namelijk te suggereren dat het buiten deze regelingen niet is toegestaan om een 'mystery shopper' in te zetten terwijl dat op grond van de jurisprudentie wel is toegestaan.

Beperkingen ten aanzien van online interfaces
De Raad houdt vast aan de opmerkingen die hij heeft gemaakt in zijn advies van 17 oktober 2018 (zie noot 1) over de voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. Die opmerkingen gelden ook voor de vergelijkbare, in onderhavig Wetsvoorstel opgenomen bevoegdheden, zij het dat in dit Wetsvoorstel wel is opgenomen bij welke afdeling van de rechtbank het beroep moet worden ingesteld. Namelijk bij de 'sector strafrecht'. De rechtbank Rotterdam kent een dergelijke sector echter niet. Dit roept de vraag op of het praktisch is in dit verband te verwijzen naar een organisatorische eenheid binnen een rechtbank, terwijl de Raad zich ook kan voorstellen dat verwezen zou worden naar de raadkamer van de rechtbank, zoals bedoeld in artikel 21 Sv.
Aanvullend merkt de Raad op dat voorkomen zou moeten worden dat de rechter-commissaris, de raadkamer gevangenhouding (waarbij de minister kan opkomen tegen een weigering een machtiging te

[3] Zie bijvoorbeeld artikel II Wijziging Meststoffenwet, onderdeel A artikel 47a

geven) en de bestuursrechter in de daarna volgende inhoudelijke procedure verschillende richtingen uitgaan in hun beoordelingen. Zo kan zich de opmerkelijke situatie voordoen dat de rechter-commissaris of de raadkamer een machtiging geeft, waarna de last – waarvoor de strafrechter de machtiging verleende - in een bezwaar- en beroepsprocedure integraal door de bestuursrechter kan worden getoetst. Dat kan tot onwenselijke uitkomsten leiden wanneer de bestuursrechter wezenlijk anders oordeelt over subsidiariteit en proportionaliteit.
De Raad adviseert nogmaals om op dit punt een besluitbevoegdheid toe te kennen aan de diverse bestuursorganen met een mogelijkheid om deze besluiten in een voorlopige voorziening en in een bodemzaak ter toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter (zie ook het advies van de Raad uit 2018, noot 1).

Indien de rol van de rechter-commissaris in het Wetsvoorstel niet zou worden heroverwogen, merkt de Raad tot slot het volgende op. Gezien de beperkte complexiteit van de machtigingszaken (zie ook het advies van de Raad uit 2018, noot 1) is het op grond van het toetsingskader wettelijke concentratie van de Rechtspraak, niet noodzakelijk om de machtigingszaken te concentreren. Daarnaast speelt dat niet alle wetten die in het Wetsvoorstel gewijzigd worden een concentratie van de bestuursrechtelijke zaken bij de rechtbank Rotterdam kennen. Dit alles overwegende ziet de Raad niet in waarom alle machtigingszaken bij de rechtbank Rotterdam zouden moeten worden geconcentreerd. De Raad adviseert dan ook om ten aanzien van deze zaken af te zien van concentratie bij deze rechtbank.

WERKLAST

Het Wetsvoorstel heeft gevolgen voor de werklast van de Rechtspraak. De Raad verwacht namelijk een toename van het aantal zaken omdat de bevoegdheden van de autoriteiten worden uitgebreid. Daarnaast kunnen de procedures over de uitoefening van de bevoegdheden complex zijn. De Raad schat het aantal extra zaken echter beperkt in en verwacht daardoor dat de toename van de werklast niet substantieel is.

CONCLUSIE

Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm op een aantal bezwaren. De Raad voor de rechtspraak vraagt u daarom om het Wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken en aan te passen

TOT SLOT

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.



Lid Raad voor de rechtspraak

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE: WETSTECHNISCH EN REDACTIONEEL COMMENTAAR

- Het Wetboek van strafvordering hanteert het onderscheid verzoek-vordering. Nu de machtiging wordt aangevraagd door hetzij het openbaar ministerie/de officier van justitie dan wel de minister van Justitie en Veiligheid lijkt het begrip 'vordering' van toepassing. Verzoeken worden gedaan door de verdachte/de raadsman.

- Alvorens een last te geven is derhalve een voorafgaande machtiging vereist van de rechter-commissaris, echter door wie de machtiging mag worden aangevraagd is niet duidelijk. Het lijkt de officier van justitie nu de rechter-commissaris het openbaar ministerie kan horen alvorens te beslissen. Verheldering op dit punt in de wettelijke bepalingen, is gewenst. Daarnaast dringt de vraag zich op of de betrokkene als dan niet ook gehoord moet worden, zo wenselijk bijgestaan door een advocaat.

- Artikel 171 van het Wetboek van Strafvordering inzake de griffier van de rechter-commissaris is van overeenkomstige toepassing. Niet geheel duidelijk is waarom specifiek dit artikel van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

- Niet bepaald is op welke wijze de rechter-commissaris zijn beslissing kenbaar maakt. Aangenomen mag worden dat de beslissing schriftelijk wordt vastgelegd in een beschikking.

- Niet bepaald is op welke wijze de beschikking kenbaar gemaakt wordt aan het openbaar ministerie of de minister. Ook is niet bepaald of de betrokkene wordt geïnformeerd en op welke wijze.

- Artikel 446 lid 1 Sv is niet van toepassing omdat het in alle gevallen niet betreft een krachtens dit wetboek (lees Sv) genomen vordering. Ook op dit punt is nadere uitwerking en toelichting wenselijk.

- Gelet op de termijn van veertien dagen waarbinnen beroep kan worden ingesteld, dient de begindatum van die termijn helder te zijn: is dit de datum van de beschikking die onverwijld kenbaar gemaakt wordt aan het openbaar ministerie/de minister of is dit de datum van betekening.
  Staat beroep in cassatie open voor het openbaar ministerie/de minister en de betrokkene?

- Onze Minister maakt de machtiging van de rechter-commissaris gelijktijdig met de zelfstandige last bekend. Aangenomen mag worden dat hier de bekendmaking aan de betrokkene van de onherroepelijke machtiging is bedoeld. De wijze van bekendmaking ontbreekt. Ook hier is een nadere uitwerking gewenst.