OPENBAAR MINISTERIE

College van procureurs-generaal

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
T +31 88 699 11 00
www.om.nl

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
Directie Mededinging en Consumenten
[redacted]
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Datum 11 maart 2021
Onderdeel WBOM
Ons kenmerk WBOM/18555
Uw kenmerk CE/21033990
Onderwerp Advies wetsvoorstel ter uitvoering van de Markttoezichtverordening (EU) 2019/1020

Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden.

Geachte [redacted],

Bij brief van 9 februari 2021 hebt u namens de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat het College van procureurs-generaal gevraagd om te adviseren over een wetsvoorstel ter uitvoering van de Markttoezichtverordening (EU) 2019/1020 (Verordening). Daarbij hebt u speciaal aandacht gevraagd voor de wijzigingen in de Wet op de economische delicten (WED).

Het College heeft met belangstelling kennis genomen van het wetsvoorstel en is gaarne bereid om daarover te adviseren.

De eerste vraag die zich opdringt is de vraag waarom er is gekozen voor een duaal stelsel, waarbij naast bestuursrechtelijke handhaving ook is voorzien in strafrechtelijke handhaving. In paragraaf 4.6 van de memorie van toelichting wordt uitsluitend aangestipt dat ter uitvoering van artikel 41 Verordening, dat gaat over sancties, zoveel mogelijk wordt aangesloten bij al bestaande sanctieregimes in de verschillende wetten ten aanzien van productgroepen die onder de nieuwe markttoezichtverordening vallen. Veelal is er in die regimes sprake van een duaal stelsel. Overtredingen van de verordening en van de bij bijlage II bij de verordening opgenomen harmonisatiewetgeving van de Unie kunnen volgens de memorie van toelichting zowel bestuursrechtelijk (last onder

bestuursdwang/dwangsom en bestuurlijke boete) als strafrechtelijk (WED-boete) worden gehandhaafd.
Het College merkt op dat de uitleg voor wat betreft het strafrechtelijke element van de duale handhaving ontbreekt. De Verordening noopt niet met zoveel woorden tot een strafrechtelijke handhaving. Artikel 41 Verordening heeft het uitsluitend over sancties die doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. Voor bestuursrechtelijke sancties kunnen die kwalificaties evenzeer gelden. Indien er daarnaast voor een strafrechtelijke handhaving wordt gekozen, wat het geval is, zou toch ten minste mogen worden verwacht dat in de memorie van toelichting wordt uitgelegd waarom een strafrechtelijke handhaving onontbeerlijk is. Welke maatschappelijke opvattingen over de ernst en de aard van de overtreding of de afschrikwekkende werking die van een strafrechtelijke bedreiging kan uitgaan zijn in het geding? Welke indicaties vormen de aanleiding voor het toepassen van het strafrecht?

Een toelichting die slechts bestaat uit de constatering dat er in verschillende wetten al sprake is van een duaal stelsel en dat andere overtredingen al bestuursrechtelijk en strafrechtelijk worden gehandhaafd is onvoldoende. Concluderend is het College van oordeel dat de keuze voor een strafrechtelijke handhaving voor de diverse onderdelen van het wetsvoorstel zodanig dient te worden gemotiveerd dat daaruit blijkt dat de keuze voor het strafrecht noodzakelijk is.

Wanneer dan toch gebruik wordt gemaakt van strafrechtelijke normen, dienen de door sancties te handhaven bepalingen zo nauwkeurig mogelijk te worden geformuleerd. Dat brengt het legaliteitsbeginsel met zich mee: het moet voor de burger duidelijk zijn welk gedrag wel en welk gedrag niet strafbaar is. Voor het openbaar ministerie is een goede strafbepaling ook belangrijk, er moet immers een strafrechtelijke vervolging op zo'n bepaling worden gebaseerd. En hoewel in de praktijk enige ruimte in de formulering is toegestaan, zal uit de voorgestelde strafbepaling toch minimaal de strafbare gedraging moeten kunnen worden afgeleid.
In de memorie van toelichting wordt uitgelegd dat een EU-verordening rechtstreeks doorwerkt in de rechtsorde van de lidstaten en dat de lidstaten van de Europese Unie verplicht zijn om alle maatregelen te nemen die nodig zijn voor de volledige verwezenlijking van een verordening. Gesteld wordt dat, gelet op het rechtstreekse karakter ervan, een verordening automatisch deel uitmaakt van de nationale rechtsorde en dat het verboden is om bepalingen ervan in het nationale recht over te nemen (het zogenaamde overschrijfverbod). Daarbij wordt uitgelegd dat het voor de operationalisering van een verordening nodig kan zijn om bepalingen met betrekking tot procedures, handhaving, rechtsbescherming en aanwijzing van uitvoeringsorganen op te nemen in nationale regelgeving. In de memorie van toelichting wordt ten slotte het standpunt ingenomen dat dit

wetsvoorstel daarin voorziet, waarbij het uitgangspunt van de rechtstreekse werking van de verordening en minimumomzetting wordt gerespecteerd.

Het is de bedoeling van het wetsvoorstel te bewerkstelligen dat onder meer artikel 7 Verordening strafrechtelijk wordt gehandhaafd. Dit gaat gebeuren door artikel 7 te vervlechten in een aantal nationale wetten. In die wetten komen verbodsbepalingen van het type: "Het is verboden bij [volgt een kernhandeling uit de nationale wet] te handelen in strijd met artikel 7 van de Verordening." Een aantal van die verbodsbepalingen worden als economisch delict aangemerkt en langs die weg met straf bedreigd.

Artikel 7 Verordening luidt als volgt:

> *Artikel 7*
> **Samenwerkingsplicht**
> *1.De marktdeelnemers werken bij het nemen van maatregelen voor het wegnemen of beperken van de risico's die veroorzaakt worden door producten die marktdeelnemers op de markt aanbieden, samen met de markttoezichtautoriteiten.*
> *2.Aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij werken op verzoek van de markttoezichtautoriteiten en in specifieke gevallen met de markttoezichtautoriteiten samen ter bevordering van maatregelen om de risico's van een product dat via hun diensten online te koop aangeboden wordt of werd, weg te nemen of, als dat niet mogelijk is, te beperken.*

Het College merkt op dat artikel 7 Verordening in algemene termen is opgesteld. De verschillende begrippen van het artikel, zoals 'maatregelen', 'risico's' en 'samenwerken' worden in de Verordening niet nader uitgewerkt. Als zodanig is de samenwerkingsplicht goeddeels een in elk geval vage en misschien zelfs wel open norm. Uitgerekend bij strafbepalingen, waaronder dus ook degene die door het wetsvoorstel op de zojuist beschreven wijze tot stand zullen komen, geldt als uitgangspunt het lex-certabeginsel, oftewel het uitgangspunt dat strafbare gedragingen zo scherp en duidelijk mogelijk omschreven dienen te zijn. Open normen zijn als het ware per definitie met dit uitgangspunt in strijd. Tenzij ze onvermijdelijk zijn, dienen ze dus zoveel mogelijk te worden vermeden. Voor de toekomstige WED-delicten moeten voor de onder toezicht staande marktdeelnemers de normen voldoende bepaalbaar zijn.

Artikel 7 Verordening bevat, zoals het opschrift al zegt, een samenwerkingsplicht: marktdeelnemers moeten bij het nemen van maatregelen voor het wegnemen van de risico's die veroorzaakt worden door producten die zij op de markt aanbieden, samenwerken met de markttoezichtautoriteiten. Het gaat hier dus uitsluitend om de specifieke relatie tussen de marktdeelnemer en de markttoezichtautoriteit. Dat

roept de vraag op: 'Waaruit bestaat de verplichting tot samenwerking en wanneer is al dan niet aan deze verplichting voldaan?' Hoewel samenwerken in het algemeen iets is wat van beide kanten moet komen, rust hier de verplichting (op zichzelf niet onbegrijpelijk) uitsluitend op de marktdeelnemer. Maar waartoe de marktdeelnemer ingevolge die verplichting zoal gehouden is, is niet nader geregeld. Hier is de norm open. Dit betekent dat daarvoor een invulling moet komen van de zijde van de markttoezichtautoriteit. Deze krijgt kennelijk een bepaalde mate van flexibiliteit toegekend met het oog op de effectiviteit van het toezicht. De markttoezichtautoriteit zal daarbij een vorm moeten vinden waarin enerzijds de norm duidelijk wordt gespecificeerd, zonder daarmee af te doen aan de ruimte die Europa of de nationale wetgever de marktdeelnemers beoogde te geven. Daardoor krijgt de verhouding tussen marktdeelnemer en markttoezichtautoriteit bijzondere kenmerken. Wat er in het concrete geval onder 'samenwerken' in de zin van artikel 7 wordt verstaan zal dus vooral afhankelijk worden van de invulling die de markttoezichthouder daaraan geeft en van de manier waarop hij over die invulling met de marktdeelnemer heeft gecommuniceerd. Deze bijzondere kenmerken – er is als het ware sprake van een dialoog tussen markttoezichtautoriteit en marktdeelnemer – nopen ertoe dat eventuele conflicten binnen die verhouding op het terrein van het bestuursrecht blijven. Zeker als de 'samenwerkingsplicht' een extra invulling blijkt te zijn van de toch al aanwezige verplichting van de marktdeelnemer om te doen wat de toezichtautoriteit voorschrijft, wordt een strafrechtelijke handhaving van die samenwerkingsplicht buitengewoon ingewikkeld. Het College werkt dit graag nog iets verder uit.

In sommige gevallen wordt de verplichting om samen te werken in de nationale wet omgeven met nadere criteria, waarbij die nadere criteria ook weer additionele vragen oproepen. Zo wordt in artikel 2.1 van het thans voorliggende wetsvoorstel voor een nieuw artikel 5a van de Meststoffenwet de volgende constructie gebruikt: "Het is verboden een meststof waar [de] verordening (...) op van toepassing is te verhandelen, indien niet wordt voldaan aan artikel 7 (...)."
De gedraging in het nieuwe artikel 5a is het reeds gekende begrip 'verhandelen' (zie artikel 1 lid 1 sub e Meststoffenwet). De Meststoffenwet bevat reeds een verbodsbepaling die over het verhandelen van meststoffen gaat en die betrekkelijk eenduidig is, namelijk artikel 5, in verbinding met artikel 4. Bij artikel 5 weet de marktdeelnemer wanneer hij in overtreding is en wanneer niet. Dankzij artikel 4 en de daaronder hangende lagere regelgeving weet hij immers waaraan hij toe is. Bij artikel 5a rijst evenwel de volgende belangrijke vraag. Kan artikel 5a uitsluitend gepleegd worden wanneer de verdachte voor het overige niet in overtreding is (dus wanneer hij niet tevens artikel 5 overtreedt)? Als deze vraag ontkennend beantwoord moet worden, dan lijkt het logisch dat de overtreding van artikel 5 altijd voorgaat (waardoor de toegevoegde waarde van artikel 5a buitengewoon gering is). Als de vraag echter bevestigend moet worden

beantwoord, dan hangt bij artikel 5a, nadat 'verhandelen' als zodanig is aangetoond, de strafbaarheid van de verdachte volledig af van datgene wat in het kader van de samenwerkingsrelatie door de marktoezichtautoriteit aan de marktdeelnemer is opgelegd als door deze na te komen verplichting. (En die verplichting is dan dus een verplichting die de wet niet reeds zelf oplegt.)

Als we inderdaad te maken hebben met de overtreding van artikel 5a, gepleegd in de vorm van het door de marktdeelnemer niet nakomen van een verplichting die door de marktoezichtautoriteit is opgelegd in het kader van de samenwerkingsrelatie, wanneer geldt die overtreding dan als gepleegd? Met andere woorden: wanneer hebben we te maken met een voltooid delict? Een factor die bij de beantwoording van deze vraag van belang kan zijn is de vraag of het opleggen van de verplichting door de marktoezichtautoriteit te kwalificeren valt als het nemen een besluit waartegen de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen van bezwaar, beroep en hoger beroep aan te wenden zijn. Zo ja, dan is strafrechtelijk ingrijpen eigenlijk pas reëel mogelijk (maar doorgaans allang niet meer opportuun) als uit de bestuursrechtelijke procedure is gebleken dat er inderdaad sprake is van het ten onrechte niet naleven van de bewuste verplichting. Gaat het om een andersoortige (niet bestuursrechtelijk aan te vechten) aanwijzing/aansporing/oekaze/handeling van de marktoezichthouder dan is vermoedelijk gemakkelijker te bepalen wanneer het delict als voltooid geldt. Maar voor elk van beide varianten – wel of niet bestuursrechtelijk aanvechtbaar – geldt dat de te bestraffen gedraging zich zó zeer afspeelt binnen de (dialoog)relatie tussen marktdeelnemer enerzijds en marktoezichthouder anderzijds, dat het openbaar ministerie vindt dat conflicten vooral binnen die relatie en dus bij uitstek met hulp van het bestuursrechtelijk instrumentarium dienen te worden beslecht. Anders gezegd: het College meent, zoals reeds gezegd, dat vanuit deze invalshoek de voorgestelde constructie noopt tot uitsluitend bestuursrechtelijk handhaven.

In deze context, zowel voor wat betreft de omstandigheden die bepalen of er naar het oordeel van de markttoezichtautoriteit voldoende wordt samengewerkt, als voor het moment waarop de overtreding ontstaat, heeft de kwalificatie als economisch delict geen toegevoegde waarde en ziet het College, in antwoord op de vragen die in de inleidende passages van dit advies zijn gesteld, geen aanleiding voor het toepassen van het strafrecht.

Redactioneel

Het College heeft geconstateerd dat in artikel 2.14 (Wet milieubeheer) een aantal onderdelen dubbel zijn opgenomen. Onderdeel K bevat exact dezelfde drie artikelen als in het daarvoor opgenomen onderdeel J.

Voorts wordt in onderdeel L een wijziging opgenomen van artikel 18.20, tweede lid, onderdeel i, die al is opgenomen in zowel onderdeel J als onderdeel K.
En ten slotte wordt in onderdeel M een nieuw artikel 18.22 voorgesteld dat ook al is opgenomen in onderdeel J en onderdeel K.

Conclusie

Tenzij er alsnog zeer goede redenen zijn aan te voeren waaruit blijkt dat een strafrechtelijke handhaving onontbeerlijk is, is het College, alles afwegende, van oordeel dat het strafrechtelijke deel van dit wetsvoorstel beter kan worden geschrapt. Artikel 7 Verordening leent zich zonder nadere invulling niet voor een strafrechtelijke handhaving. Indien het wetsvoorstel in zijn huidige vorm in werking treedt, zal de praktijk worden geconfronteerd met een aantal strafrechtelijk niet handhaafbare bepalingen. Het College voorziet dat de nu voorgestelde strafbepalingen in de praktijk nooit tot een strafvervolging zullen leiden en dus een dode letter zullen blijken te zijn.

Hoogachtend,

