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

www.rechtspraak.nl

datum 17 oktober 2018
doorkiesnummer
e-mail wetgeving.rvdr@rechtspraak.nl
ons kenmerk UIT 11228 STRA/RMD
uw kenmerk DGETM-MC / 18197601
cc De Minister voor Rechtsbescherming
bijlage(n)
onderwerp Advies wetsvoorstel uitvoeringswet Verordening samenwerking consumentenbescherming

Geachte mevrouw Keijzer,

Bij brief van 31 juli 2018, kenmerk DGETM-MC / 18197601, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake het concept wetsvoorstel uitvoeringswet Verordening samenwerking consumentenbescherming (het 'Wetsvoorstel').

HET WETSVOORSTEL

Het Wetsvoorstel brengt wijzigingen aan in de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) ter uitvoering van de Verordening samenwerking consumentenbescherming (hierna: CPC-verordening). Deze verordening is op 17 januari 2018 in werking getreden en vervangt de Verordening (EG) nr. 2006/2004. Deze laatste verordening is in Nederland geïmplementeerd met de inwerkingtreding van de Whc. Met de CPC-verordening wordt beoogd in de hele EU een hoog niveau van consumentenbescherming te realiseren.

Het Wetsvoorstel voegt onder meer twee nieuwe bestuursrechtelijke bevoegdheden toe aan de Whc, te weten de bevoegdheid om toezicht te houden met een fictieve identiteit en de bevoegdheden ten aanzien van online interfaces en domeinnamen.
In artikel 2.2a van het Wetsvoorstel wordt een bevoegdheid gegeven aan de toezichthouders om gebruik te maken van een fictieve identiteit en een valse hoedanigheid ('mystery shopper').
Artikel 2.7 van het Wetsvoorstel voorziet in de bevoegdheid om aanbieders van communicatiediensten en beheerders van domeinregisters en registrerende instanties, verplichtingen op te leggen om ernstige schade aan de collectieve belangen van consumenten te voorkomen. Daartoe kan door de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) en de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) een zelfstandige last worden opgelegd. De ACM en de AFM behoeven ingevolge het tweede lid voorafgaand aan het opleggen van de last wel een machtiging van de rechter-commissaris strafrecht (hierna: rc straf) van de rechtbank Rotterdam.

De rechtbank Rotterdam is in eerste aanleg bevoegd om te oordelen over besluiten ingevolge de Whc. Hoger beroep kan worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb). Met dit Wetsvoorstel wordt hierin geen wijziging aangebracht.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[1]

ADVIES

a. Bestuursrechtelijke bevoegdheden
De Raad kan instemmen met het bestuursrechtelijke karakter van de voorgestelde bevoegdheden omdat deze passen in het huidige bestuursrechtelijke handhavingsinstrumentarium. Zoals in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel (hierna: MvT) ook wordt opgemerkt[2] heeft de bevoegdheid met betrekking tot online interfaces en domeinnamen het karakter van een herstelsanctie. Deze is gericht op het herstel van de rechtmatige situatie. Dit past goed binnen het systeem van de bestuursrechtelijke handhaving.
Zie in dit verband ook de opmerkingen die in dit kader worden gemaakt in de hiernavolgende paragrafen.

b. Fictieve identiteit en hoedanigheid: artikel 2.2a van het Wetsvoorstel
Zoals in de MvT wordt opgemerkt[3], bestaat er in het bestuursrecht al een buitenwettelijke variant van de 'mystery shopper' die volgens het CBb toelaatbaar is. Het zo specifiek regelen van deze bevoegdheid in dit Wetsvoorstel roept de vraag op of de wetgever een uitdrukkelijke voorafgaande wettelijke basis desalniettemin nodig acht en of het bij gebreke daarvan niet langer mogelijk zou moeten zijn deze bevoegdheid in te zetten. De Raad adviseert u dit in de MvT te verduidelijken.
Op uw in de adviesaanvraag gestelde vraag over een alternatieve strafrechtelijke regeling kan geantwoord worden dat een strafrechtelijke regeling van deze bevoegdheid volgens de Raad niet nodig is. Er is hiermee in het bestuursrecht al ervaring opgedaan en deze praktijk is niet op bezwaren is gestuit.

c. Online interfaces en domeinnamen: artikel 2.7 van het Wetsvoorstel

Machtingsprocedure rc straf
De Raad vindt de argumenten voor de afgifte van een machtiging voor het opleggen van een zelfstandige last door de rc straf niet overtuigen. Er is bij de uitoefening van de hier bedoelde bevoegdheden geen rechtstreeks verband met het strafrecht en de uitoefening van

[1] 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.

[2] Zie MvT, blz. 19

[3] Zie MvT, blz. 22

opsporingsbevoegdheden. Bij overtreding van de consumentenregelgeving is gekozen voor een exclusief bestuursrechtelijke handhaving. Een (geheel) bestuursrechtelijke variant/rechtsgang heeft volgens de Raad de voorkeur. De Raad adviseert dan ook om de keuze voor bemoeienis van de rc straf, en daarmee de keuze voor een strafvorderlijke invalshoek voorafgaand aan het opleggen van een zelfstandige last, te heroverwegen.
Voorgesteld wordt om in plaats van de machtigingsprocedure bij de rc straf een besluitbevoegdheid van de ACM (en AFM) in het Wetsvoorstel op te nemen. Om de rechtsbescherming te waarborgen, kan worden bepaald dat de last vijf werkdagen na bekendmaking in werking treedt zodat er in die periode desgewenst een voorlopige voorziening kan worden gevraagd bij de bestuursrechter. Op die manier kan de rechter die toch al is aangewezen om het toezicht van de ACM (en AFM) op de Whc te beoordelen en die dus vertrouwd is met de materie, ook de toepassing van deze nieuwe bevoegdheid van de ACM (en AFM) beoordelen.

In het vierde lid van artikel 2.7 is bepaald dat de ACM (en de AFM) binnen vijf werkdagen beroep kan aantekenen tegen een beslissing van de rc straf bij de rechtbank Rotterdam. Onduidelijk is of dit een beroepsprocedure bij de bestuursrechter of een beroep op de raadkamer van de afdeling strafrecht van de rechtbank is. De Raad adviseert om dit in het Wetsvoorstel te verduidelijken.
Beroep op de bestuursrechter lijkt niet goed mogelijk omdat de bestuursrechter geen beslissing van de rc straf kan toetsen omdat deze geen bestuursorgaan is. Indien wordt gedoeld op voornoemde raadkamer bevreemdt dit, omdat in die gevallen waarin de ACM en AFM wel gemachtigd zijn om de last op te leggen, tegen het daaropvolgende besluit van ACM en AFM kan worden opgekomen bij de bestuursrechter. Dat betekent dat een vergelijkbare afweging en beoordeling in zowel procedures voor de raadkamer als in beroepsprocedures voor de bestuursrechter zullen plaatsvinden (weging van grondrechten). Ook omwille van het bevorderen van de rechtseenheid heeft het de voorkeur om de rechtsbescherming bij één onderdeel van de rechtspraak, in dit geval de bestuursrechter, onder te brengen.

Indien de rol van de rc straf in het Wetsvoorstel niet zou worden heroverwogen, merkt de Raad het volgende op.

In het derde lid van artikel 2.7 van het Wetsvoorstel staat dat een machtiging als bedoeld in het tweede lid niet wordt afgegeven dan nadat de aanbieder van een communicatiedienst, de beheerder van een domeinregister, onderscheidenlijk de registrerende instantie, bedoeld in het eerste lid, in de gelegenheid is gesteld om te worden gehoord. In dit verband wordt opgemerkt dat het horen van een betrokkene te wiens laste een machtiging wordt afgegeven slecht past in het werk van de rc straf. De rc toetst in het strafrecht juist in veel gevallen een vordering van de officier van justitie zonder de betrokkene te horen. Het kader waarbinnen getoetst wordt is in de wet gegeven. Het kader waarbinnen getoetst moet worden bij de beoordeling van het verzoek om afgifte van een machtiging voor het opleggen van een zelfstandige last, is een kader dat de rc straf vreemd is.

Onvoldoende duidelijk is voorts waarom de mogelijkheid wordt geboden het openbaar ministerie op het verzoek te horen. De MvT[4] wijst in dit verband op de wenselijkheid van een eenduidige toepassing van de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing ter beperking of verwijdering van online inhoud binnen het bestuursrecht en het strafrecht. Het komt inderdaad voor in Wetboek van Strafvordering dat het openbaar ministerie wordt gehoord naar aanleiding van verzoeken van verdachten, veroordeelden of derden. Echter het strafrecht heeft geen rol van betekenis in de handhaving van consumentenbescherming. Om die reden lijkt dan ook geen sprake te zijn van een noodzakelijke ontwikkeling tot een eenduidige toepassing van de bevoegdheid. Overigens blijkt uit de MvT niet wie bedoeld wordt met "het openbaar ministerie". Ook op dit punt adviseert de Raad om de MvT aan te vullen.

Ten aanzien van de voorgestelde concentratie van machtingszaken bij rc straf van de rechtbank Rotterdam merkt de Raad het volgende op. Gezien de beperkte complexiteit van de machtigingszaken is het op grond van het toetsingskader wettelijke concentratie van de Rechtspraak, niet noodzakelijk om deze zaken te concentreren bij rechtbank Rotterdam. De Raad kan zich echter voorstellen dat gezien het feit dat de bestuursrechtelijke zaken op grond van de Whc zijn geconcentreerd bij de rechtbank Rotterdam, ook de zaken die uit dit Wetsvoorstel voortvloeien bij die rechtbank geconcentreerd worden.

Rechtsgevolg zelfstandige last
Het is volgens de Raad niet duidelijk wat het rechtsgevolg is van de "zelfstandige last" als bedoeld in het eerste en het zevende lid, behalve dat daartegen bij een nader te nemen besluit (vgl. artikel 2.7, zesde lid) handhavend kan worden opgetreden. Volgens de Raad zou het, zeker in spoedeisende situaties, mogelijk moeten zijn dat de besluiten als bedoeld in het eerste en het zevende lid en het nadere besluit tot oplegging van een last onder dwangsom als bedoeld in het zesde lid gelijktijdig worden genomen. Volgens artikel 2.7, zesde lid van het Wetsvoorstel moet nu eerst worden vastgesteld dat het vijfde lid is overtreden voordat een last onder dwangsom kan worden opgelegd. De Raad vindt dit geen efficiënte vorm van handhaving, zeker als wordt bedacht dat ook voor het opleggen van de hieraan voorafgaande zelfstandige last als bedoeld in het eerste en het zevende lid vereist is dat eerst wordt vastgesteld dat sprake is van een inbreuk. De Raad adviseert het Wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

<u>d. Rechtsbescherming</u>
De Raad merkt op dat de positie van derde-belanghebbenden in het Wetsvoorstel onvoldoende tot uitdrukking wordt gebracht. Zo zal er normaal gesproken als er een last wordt gericht tot bijvoorbeeld een beheerder van een domeinregister of een communicatiedienst, ook een aanbieder zijn die belanghebbende is bij het tot de beheerder gerichte besluit. Het is niet duidelijk hoe wordt gewaarborgd dat dergelijke aanbieders zo mogelijk als derde-partij bij de procedure worden betrokken.
Verder is er in het Wetsvoorstel geen aandacht voor overige belanghebbenden, zoals bijvoorbeeld consumentenorganisaties, die ingevolge het bepaalde in artikel 7.2 van de Whc als belanghebbenden worden aangemerkt. Deze belanghebbenden kunnen de ACM dan wel de AFM verzoeken om een besluit als bedoeld in artikel 2.7, eerste of zevende lid, te nemen.

---

[4] Zie MvT, blz. 27

In tegenstelling tot de beroepsmogelijkheid die in het vierde lid aan de ACM en de AFM wordt gegeven, geldt voor beroepen door anderen, zoals de aanbieder of beheerder als bedoeld in artikel 2.7, eerste lid, maar ook consumentenorganisaties als bedoeld in artikel 7.2 van de Whc, de hoofdregel van artikel 8:7 van de Awb en de reguliere beroepstermijn van zes weken. De Raad adviseert om in de MvT nader te motiveren waarom dit verschil zowel wat betreft de bevoegdheid als de lengte van de beroepstermijn in het Wetsvoorstel is aangebracht.

WERKLAST

Het Wetsvoorstel heeft gevolgen voor de Rechtspraak. De Raad verwacht dat door de uitoefening van de bevoegdheid ingevolge artikel 2.7 van het Wetsvoorstel, de gemiddelde zaakzwaarte toeneemt. Gelet echter op het feit dat het aantal zaken per jaar naar verwachting laag zal zijn, zal dit geen substantiële verhoging van de werklast opleveren.

De Raad wijst hierbij op bijlage 1 punt 7c van de MvT[5]. Daar wordt aangekondigd dat een vinger aan de pols wordt gehouden en zo nodig een oplossing zal worden gevonden wanneer de nieuwe taak voor de rechter-commissaris toch leidt tot een toename in werklast. De Raad gaat er van uit dat dit betekent dat de Rechtspraak in dat geval wordt gecompenseerd voor die gevolgen en dat dit ook zal gelden als de (nieuwe) bevoegdheden van toezichthouders op grond van de CPC-verordening leiden tot een toename in werklast. Bijvoorbeeld door de ontwikkeling van het aantal zaken dat in Europees kader wordt opgepakt waarvan nu is aangegeven dat het een onvoorspelbare factor is.

CONCLUSIE

De Raad voor de rechtspraak onderkent het belang van het Wetsvoorstel. Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm echter op een aantal bezwaren. De Raad vraagt u daarom om het Wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken dan wel 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 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

[5] Zie MvT, blz. 37 en 38

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

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.

Hoogachtend,

Voorzitter Raad voor de rechtspraak

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE: WETSTECHNISCH EN REDACTIONEEL COMMENTAAR

De inhoud van artikel 2.7 lid 3 van het Wetsvoorstel roept de volgende vragen op:
- Gezien de belangen zal er enige spoed zijn om de machtiging te verkrijgen. Hoe verhoudt deze spoed zich tot het horen van de aanbieder?
- In de MvT worden ook de belangen van degene die de gegevens op internet gepubliceerd heeft genoemd. Hoe dient hiermee rekening te worden gehouden? De MvT biedt hier geen aanknopingspunten voor.
- Onduidelijk is wat er moet gebeuren wanneer de aanbieder in het buitenland gevestigd is. De aanbieder zal moeten worden opgeroepen. Onduidelijk is aan wie de oproep gericht moet zijn: de rechtspersoon of de bestuurders?
De Raad adviseert in de MvT aan bovengenoemde punten aandacht te besteden.

In artikel 2.7 lid 2 van het Wetsvoorstel is een verwijzing opgenomen naar artikel 171 van het Wetboek van Strafvordering. Dit artikel bepaalt dat een rc straf wordt bijgestaan door een griffier. Het is de Raad niet duidelijk waarom deze verwijzing nodig is.

In paragraaf 4.2.3 van de MvT[6] wordt gesproken over de artikelen 12, 13 en 14 van de EU richtlijn economische handel. Op blz. 26 van de MvT lijken de termen 'hosting provider' en 'communicatiedienstverlener' door elkaar gebruikt te worden. Dit zou voor problemen kunnen zorgen aangezien artikelen 12-14 over communicatiedienstverleners gaan, maar alleen artikel 14 over hosting providers. De andere soorten providers (art 12: mere conduit provider en art 13: caching provider) worden niet als zodanig genoemd. Het is onduidelijk of met communicatiedienstverleners dus alleen hosting providers (art 14) of ook de andere soorten providers bedoeld worden.

De Raad adviseert in de MvT aandacht te besteden aan de samenhang tussen artikel 2.7 lid 6 van het Wetsvoorstel en het bestaande artikel 2.9 van de Whc.

---

[6] Zie MvT, blz. 24