Advies Raad van State

No.W18.19.0073/IV

's-Gravenhage, 3 juni 2019

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 18 maart 2019, no.2019000546, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming ter uitvoering van Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2006/2004, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) ter uitvoering van de Europese verordening betreffende samenwerking consumentenbescherming.[[1]](#footnote-1) Op grond van deze verordening dienen de nationale autoriteiten die met de bescherming van consumentenregelgeving zijn belast onder meer over twee nieuwe bevoegdheden te beschikken. Met dit wetsvoorstel worden deze bevoegdheden in de Whc geïntroduceerd.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de waarborgen waarmee deze bevoegdheden omkleed. In verband daarmee is aanpassing van het voorstel wenselijk.

In dit wetsvoorstel krijgen de aangewezen toezichthouders in de eerste plaats de bevoegdheid om onder verstrekking van een fictieve identiteit een overeenkomst tot koop of dienstverlening te sluiten. In de tweede plaats krijgen deze toezichthouders de bevoegdheid een zelfstandige last op te leggen aan degene die in staat is om de inhoud van een online interface te verwijderen, dan wel aan de aanbieder van een hostingdienst om maatregelen te treffen om de toegang tot een online interface te deactiveren of een volledig gekwalificeerde domeinnaam te schrappen.

In de toelichting wordt onderkend dat bij het gebruik van beide bevoegdheden de bescherming van grondrechten in het geding kan zijn.[[2]](#footnote-2) In het wetsvoorstel is om die reden voorzien in een aantal waarborgen voor de proportionele toepassing van deze bevoegdheden. Bij het gebruik van de bevoegdheden ten aanzien van online interfaces en domeinnamen is voorzien in een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris bij de strafkamer van de rechtbank Rotterdam. Bij de bevoegdheid om toezichtshandelingen te verrichten met gebruik van een fictieve identiteit is niet voorzien in een voorafgaande toetsing. In de toelichting wordt niet duidelijk gemaakt waarom bij de bevoegdheid om gebruik te maken van een fictieve identiteit niet is gekozen voor een voorafgaande (externe) toetsing. Bij die toetsing wordt dan beoordeeld of het gebruik van deze bevoegdheid nodig en proportioneel is. Wel blijkt uit de toelichting dat de handelwijze van de toezichthouder achteraf toetsbaar moet zijn voor de bestuursrechter. Om die reden bevat het nieuwe artikel 2.2a Whc de verplichting voor de toezichthoudend ambtenaar achteraf een ambtsedig schriftelijk verslag op te maken van het onderzoek.

De Afdeling merkt op dat ook bij het gebruik van een fictieve identiteit door een overheidsorgaan een voorafgaande toetsing noodzakelijk is. In dit verband wordt bijvoorbeeld verwezen naar het strafrecht en de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017. Daar is voor het gebruik van vergelijkbare bevoegdheden ook voorzien in een voorafgaande toetsing. Denkbaar is dat voor deze bevoegdheid de keuze wordt gemaakt voor een voorafgaande interne toetsing. Indien daarvoor gekozen wordt, ligt het in de rede de toetsing te laten uitvoeren door een functionaris bij de toezichthouder, die niet is belast met de uitoefening van toezicht.[[3]](#footnote-3)

Ter ondersteuning van een zorgvuldige en eenduidige toetsing adviseert de Afdeling aandacht te besteden aan een uniform afwegingskader, dat duidelijk maakt in welke gevallen en op welke wijze van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt. Dat komt zowel een toetsing voorafgaand aan de inzet van de bevoegdheid, als een eventuele rechterlijke toetsing achteraf ten goede. Een dergelijk afwegingskader of protocol is des te meer van belang, nu het wetsvoorstel de bevoegdheid tot het doen van een testaankoop met gebruikmaking van een fictieve identiteit toekent aan verschillende toezichthouders, die deze bevoegdheid eerder niet hadden.[[4]](#footnote-4) De Afdeling acht een uniform afwegingskader voor de betreffende toezichthouders geboden om een evenredige, effectieve en eenduidige inzet van deze nieuwe toezichtsbevoegdheid te waarborgen.[[5]](#footnote-5)

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.   
  
  
De vice-president van de Raad van State,

Th. C. de Graaf

1. Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2006/2004, PbEU 2017, L 345. [↑](#footnote-ref-1)
2. Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Zo kent de Autoriteit Consument & Markt (ACM) bijvoorbeeld al een functionaris verschoningsrecht, die (vooraf) toeziet op de naleving van het recht van ondernemingen op geprivilegieerde correspondentie met een advocaat. Vergelijk artikel 2 van de ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, Stcrt. 2014, 3991. [↑](#footnote-ref-3)
4. Memorie van toelichting, paragraaf 4.2.1 onder c. [↑](#footnote-ref-4)
5. Op te stellen bijvoorbeeld onder auspiciën van de ACM als verbindingsbureau in de zin van artikel 2.3 Whc. [↑](#footnote-ref-5)