

Toezicht en handhaving van Europees voedselveiligheidsrecht door de NVWA; de Nieuwe Controleverordening (EU) 2017/625

Mr. S.A. Gawronski*

Ambtenaren van de NVWA houden toezicht op de naleving van het Europese en nationale voedselveiligheidsrecht. De bevoegdheden daartoe ontleen zij aan de Algemene wet bestuursrecht en de Warenwet. Op 14 december 2019 is Verordening (EU) 2017/625 inzake deze officiële controles van toepassing geworden. Deze verordening gaat ook in op onderwerpen die niet (afdoende) zijn geregeld in het nationale recht. Dit artikel laat zien hoe het toezicht van voedselveiligheidsrecht is geregeld in de context van de nieuwe Verordening (EU) 2017/625 inzake officiële controles en toont de impact op het bestuursrecht op drie onderwerpen: de *mystery shopper*, risicogeorieëntoed toezicht en verplichte handhaving.

Verordening (EU) 2017/625 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2017 betreffende officiële controles en andere officiële activiteiten die worden uitgevoerd om de toepassing van de levensmiddelen- en diervoederwetgeving en van de voorschriften inzake diergezondheid, dierenwelzijn, plantgezondheid en gewasbeschermingsmiddelen te waarborgen (...), PbEU 2017, L 95/1.

Inleiding

Elk levensmiddelenbedrijf – *from farm to fork* – heeft zich te houden aan de grote hoeveelheid regels ten aanzien van voedselveiligheid. Regels omtrent residuen, allergenen en contaminanten, maar ook inzake verpakkingen, gezondheidsclaims en hygiëne op de werkvloer. Deze materiële regels komen voornamelijk voort uit Europese verordeningen en richtlijnen, waarvan de

* Mr. S.A. (Silvia) Gawronski M.Jur. is advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam en gespecialiseerd in het bestuursrecht, met name op het gebied van Quality, Health, Safety & Environment (QHSE), Voedsel & Waren en Toezicht & Handhaving.

Algemene Voedselveiligheidsverordening¹ de belangrijkste en bekendste is.

Ambtenaren van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) houden toezicht op de naleving van deze regels, zij ontvangen meldingen over incidenten via het *Rapid Alert System for Food and Feed*-systeem (RASFF) en controleren de handel via het *Trade Control and Expert System* (TRACES).² Ook controleren deze toezichthouders de uitvoering van maatregelen en terugroepacties in het geval van incidenten en handhaven zij (in mandaat) indien nodig door te waarschuwen, herstelmaatregelen te eisen en boetes op te leggen. Deze toezicht- en handhavingsbevoegdheden ontleent de betreffende ambtenaar respectievelijk de NVWA aan het nationale recht, en dan voornamelijk aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Warenwet met de daarop hangende warenwetbesluiten en voor bepaalde productgroepen ook de Wet dieren.³ Tot dusver een overzichtelijk landschap.

Op 14 december 2019 is de nieuwe Controleverordening van de Europese Unie (EU) 2017/625 ('Nieuwe Controleverordening')⁴ van toepassing geworden, ter ver-

1. Verordening (EG) nr. 178/2002 van het Europees parlement en de Raad van 28 januari 2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden, *PbEU* 2002, L 31/1.
2. Naast de NVWA zijn er nog andere toezichthoudende instanties die betrokken zijn bij het toezicht op en de handhaving van het levensmiddelenrecht, bijvoorbeeld de Stichting Skal en COKZ, bestuursorganen die een publieke taak op het toezicht op en de naleving van regelgeving op het gebied van biologische kwaliteit hebben. Maar ook de Douane en de Inspectie Leefomgeving en Transport hebben een belangrijke rol in het kader van het levensmiddelenrecht. Als het echter gaat om voedselveiligheid is de NVWA wel veruit de belangrijkste instantie.
3. Om de omvang van het artikel beperkt te houden beperk ik mij tot de Warenwetgeving.
4. Verordening (EU) 2017/625 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2017 betreffende officiële controles en andere officiële activiteiten die worden uitgevoerd om de toepassing van de levensmiddelen- en diervoederwetgeving en van de voorschriften inzake diergezondheid, dierenwelzijn, plantgezondheid en gewasbeschermingsmiddelen te waarborgen, (...), *PbEU* 2017, L 95/1.

vang van de oude Controleverordening (EG) nr. 882/2004 ('Oude Controleverordening').^{5, 6} De Nieuwe Controleverordening heeft nog geen aandacht gekregen in Nederland als het aankomt op de impact op de Awb en het nationale levensmiddelenrecht.⁷ Het Warenwetbesluit uitvoering verordening officiële controles en andere officiële activiteiten 'heeft een technisch karakter, gericht op uitvoering van de OCR, en bevat geen inhoudelijke regels' aldus de toelichting van de wetgever.⁸ Op het eerste gezicht is dat niet gek: deze Nieuwe Controleverordening is vooral een redactionele slag door bestaande regels op dit gebied in één document samen te brengen. Daarnaast bevat de Controleverordening vooral ook normen die zien op de samenwerking tussen de controlerende instanties van de lidstaten *onderling*. Bij nadere bestudering van de Nieuwe Controleverordening blijkt de radiostilte echter misplaatst: op het gebied van toezicht gaat de Nieuwe Controleverordening namelijk in op onderwerpen die thans niet, of anders, zijn geregeld in het Nederlandse nationale recht. In dit artikel behandel ik drie onderwerpen uit de Nieuwe Controleverordening: de *mystery shoppers*, het risicogeorïenteerde toezicht⁹ door de NVWA en de beginselplicht tot handhaving, en de gevolgen die de Nieuwe Controleverordening (dient te) hebben voor het nationale bestuursrecht voor deze drie onderwerpen.

5. Verordening (EG) nr. 882/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 inzake officiële controles op de naleving van de wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn, *PbEU* 2004, L 165/1.
6. Deze Oude Verordening heeft bij inwerkingtreding niet geleid tot noemenswaardige wijzigingen in de Awb of de Warenwet. Wel zorgde de Oude Controleverordening tot het van toepassing verklaren van een tweetal bestaande handhavingsmaatregelen op bepaalde overtredingen van het levensmiddelenrecht: namelijk het opleggen van een last en de strafbaarstelling van overtredingen van de Warenwet via de Wet op de economische delicten.
7. Omdat het toepassingsgebied van de Nieuwe Controleverordening een aanzienlijke uitbreiding kent ten opzichte van de Oude Controleverordening – namelijk als het aankomt op andere onderwerpen dan voedsel en diervoeder (namelijk diergezondheid, dierenwelzijn, plantgezondheid en gewasbeschermingsmiddelen) – heeft deze Nieuwe Controleverordening wel degelijk grote impact op de nationale wet- en regelgeving op deze rechtsgebieden. Dat gaat echter het onderwerp van dit artikel te buiten.
8. Besluit van 30 augustus 2019, houdende vaststelling van regels in verband met de uitvoering van Verordening (EU) 2017/625 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2017 betreffende officiële controles en andere officiële activiteiten die worden uitgevoerd om de toepassing van de levensmiddelen- en diervoederwetgeving en van de voorschriften inzake diergezondheid, dierenwelzijn, plantgezondheid en gewasbeschermingsmiddelen te waarborgen en tot wijziging van enkele Warenwetbesluiten (Warenwetbesluit uitvoering verordening officiële controles en andere officiële activiteiten), *Stb.* 2019, 295.
9. Ik ga in dit artikel niet in op de strafrechtelijke *opsporingsbevoegdheden* die – vaak dezelfde – ambtenaren hebben onder de Wet op de Economische delicten noch op de strafbaarstelling van bepaalde overtredingen en de strafrechtelijke vervolging die met deze overtredingen gepaard kan gaan. Ook ga ik niet in op wat wordt genoemd *Private Food Law*. Zie hierover meer: B.M.J. van der Meulen (red.), *Private food law, Governing food chains through contract law, self-regulation, private standards, audits and certification schemes*, Wageningen: Wageningen University 2011.

Voedselveiligheidsregelgeving: 'from farm to fork'

Omdat het voedselveiligheidsrecht een 'jungle' is als het aankomt op onderwerpen als inhoud, toepassingsgebied en normadressaat, begin ik dit artikel met een kort overzicht hiervan. Dit doe ik ook om hiermee in één oogopslag duidelijk te maken dat de Nieuwe Controleverordening voor een groot aantal bedrijven in Nederland gevolgen zal hebben en waarom dus de radiostilte onterecht is.

De Algemene Voedselveiligheidsverordening is een kaderverordening voor al het Europese voedselveiligheidsrecht. De hoofdregels inzake de inhoud, het toepassingsgebied en de normadressaat van de voedselveiligheidsregelgeving worden bij deze verordening bepaald en gelden voor alle (uitvoerings)verordeningen die daaronder hangen.¹⁰ Ook de belangrijkste uitgangspunten van voedselveiligheid en de meld- en zorgplichten zijn in deze verordening geregeld.

Inhoud: veiligheid

Op basis van artikel 14 Algemene Voedselveiligheidsverordening worden levensmiddelen niet in de handel gebracht indien zij onveilig zijn. Dit is de kern van Europees voedselveiligheidsrecht. Voldoet een levensmiddel aan specifieke wet- en regelgeving, bijvoorbeeld met betrekking tot de maximale hoogte van bepaalde residuen, dan mag je ervan uitgaan dat het veilig is. Maar het feit dat een levensmiddel voldoet aan de voor dat levensmiddel geldende specifieke bepalingen, belet de bevoegde autoriteiten niet de nodige maatregelen te nemen om beperkingen op te leggen aan het in de handel brengen of te eisen dat het uit de handel wordt genomen indien er redenen zijn om te vermoeden dat het levensmiddel onveilig is.¹¹ Hiermee wordt duidelijk dat de ambtenaar van de NVWA zijn bevoegdheden vrij gemakkelijk kan inzetten; zolang de ambtenaar van de NVWA summier motiveert dat de inzet van zijn toezichthoudende bevoegdheden nodig en evenredig is om te controleren of een levensmiddel veilig is, is het juridisch houdbaar.

Toepassingsgebied: levensmiddelen

De Algemene Voedselveiligheidsverordening is van toepassing op (o.a.) levensmiddelen. In de verordening wordt verstaan onder 'levensmiddel' of 'voedingsmiddel': 'alle stoffen en producten, verwerkt, gedeeltelijk verwerkt of onverwerkt, die bestemd zijn om door de mens te worden geconsumeerd of waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat zij door de mens worden geconsumeerd'.¹² Dit begrip omvat tevens drank,

10. Tenzij bij die verordening anders bepaald.

11. Art. 14 lid 8 Algemene Voedselveiligheidsverordening.

12. Art. 14 lid 3 Algemene Voedselveiligheidsverordening: 'Bij de beoordeling of een levensmiddel onveilig is, worden de volgende punten in aanmerking genomen: a) de normale omstandigheden van het gebruik van het levensmiddel door de consument, alsmede in alle stadia van productie, verwerking en distributie, en b) de informatie die aan de consument wordt verstrekt, inclusief de informatie op het etiket, of andere informa-

sprinkhanen, kauwgom alsmede iedere stof, daaronder begrepen water, die opzettelijk tijdens de vervaardiging, de bereiding of de behandeling aan het levensmiddel wordt toegevoegd. Belangrijk is om te benadrukken dat de voedselveiligheidsregelgeving niet alleen van toepassing is op alle soorten levensmiddelen zelf, maar ook op alle stadia van de productie, verwerking en distributie van levensmiddelen, met inbegrip van invoer, vanaf de primaire productie¹³ van een levensmiddel tot en met opslag, vervoer, verkoop of levering daarvan aan de eindverbruiker. De enige uitzonderingen zijn de primaire productie zelf en particulier huishoudelijk gebruik, opslag en bereiding.¹⁴

Normadressaat: exploitanten

Het zijn de *exploitanten van levensmiddelenbedrijven* die ervoor moeten zorgen dat de levensmiddelen in alle stadia van de productie, verwerking en distributie in de bedrijven onder hun beheer voldoen aan de voorschriften van de levensmiddelenwetgeving die van toepassing zijn op hun bedrijvigheid en dienen te controleren of deze voorschriften metterdaad worden nageleefd.¹⁵ Uit deze zorgplicht blijkt nogmaals de ruime reikwijdte van voedselveiligheidsregelgeving. Dus het is niet alleen de koekjesfabriek, maar ook de barista die zijn eigen koffie brandt en verkoopt in de winkel. Het is niet alleen de supermarkt, maar ook de *commodity trader*, de *food truck*, de kleine bierbrouwerij en de scouting die huisgemaakte koekjes verkoopt op de streekmarkt, die een zorgplicht heeft om – in meer of mindere mate – te zorgen voor voedselveiligheid.

Stelsel van officiële controles: toezicht en handhaving in Nederland

Toezicht door NVWA

Het is in Nederland aan de NVWA om na te gaan of de exploitanten van levensmiddelenbedrijven in alle stadia van de productie, verwerking en distributie de toepasselijke voorschriften van de levensmiddelenwetgeving naleven. Daartoe moeten zij een zogenoemd *stelsel van officiële controles* onderhouden.¹⁶ En zie daar ineens het belang van de Nieuwe Controleverordening; de Nieuwe Controleverordening die wijzigingen aanbrengt in de wijze waarop de NVWA dit toezicht uitoefent en welke

tie die algemeen voor consumenten beschikbaar is betreffende het vermijden van specifieke nadelige gezondheidseffecten van een bepaald levensmiddel of een categorie levensmiddelen.'

13. Art. 3 lid 17 Algemene Voedselveiligheidsverordening: "'primaire productie": de productie, het fokken en het telen van primaire producten tot en met het oogsten, het melken en de productie van landbouwhuisdieren, voorafgaande aan het slachten; dit begrip omvat tevens de jacht, de visvangst, en de oogst van wilde producten; (...).'
14. Art. 4 lid 1 Algemene Voedselveiligheidsverordening.
15. Art. 17 Algemene Voedselveiligheidsverordening.
16. Art. 17 lid 2 Algemene Voedselveiligheidsverordening.

middelen zij hiervoor inzet, raakt dus alle spelers in dit brede veld.

Wie houdt er toezicht?	Ambtenaar NVWA
Waarop houdt men toezicht?	Veiligheid levensmiddelen
Bij wie houdt men toezicht?	Exploitanten van levensmiddelenbedrijven
Hoe houdt men toezicht?	Conform Controleverordening, Awb en Warenwet

Handhaving

Het systeem voor officiële controles wordt vormgegeven door een inbedding van de Europese inhoudelijke normen in het nationale systeem van toezicht en handhaving. Ter illustratie: artikel 2 lid 10 Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen zorgt ervoor dat het ook naar Nederlands recht verboden is in strijd te handelen met het Europese verbod om onveilige levensmiddelen op de markt te brengen. Reden hiervoor is dat daaraan dan nationale toezicht- en handhavingsbevoegdheden kunnen worden gekoppeld.¹⁷ Dit wordt vervolgens op een gelaagde wijze in de Nederlandse wet vormgegeven: het hiervoor genoemde warenwetbesluit hangt onder de Warenwet en sanctioneert¹⁸ deze overtreding met een boete van 525 of 1050 euro¹⁹ of met een omzetgerelateerde boete gelijk aan één procent van de jaaromzet in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding met een maximum gelijk van 830.000 euro.²⁰ Deze boete wordt opgelegd indien sprake is van een omzet van ten minste tien miljoen euro in het boekjaar voorafgaande aan de overtreding.²¹ Naast een punitieve bestuursrechtelijke sanctie kan de handhaver ook overgaan tot het opleggen tot herstelmaatregelen als de last onder bestuursdwang²² – zoals een terugroepverplichting²³ – en/of last onder dwangsom.²⁴ Ook kent de handhaver de bevoegdheid tot tijdelijk verbieden van de

17. Reden hiervoor is dat het in beginsel aan de lidstaten zelf is om het toezicht op, en de handhaving van, Europese normen in te richten. Dit wordt de procedurele autonomie van lidstaten genoemd.
18. In afwijking van het eerste lid kan de overtreding niet met een bestuurlijke boete worden afgedaan, indien voor de overtreding op basis van de Wet op de economische delicten een hogere geldboete kan worden opgelegd dan de in de bijlage ter zake van de overtreding voorziene bestuurlijke boete, en: a. de opzettelijke of roekeloze overtreding een direct gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de mens tot gevolg heeft; of b. de in de bijlage ter zake van de overtreding voorziene bestuurlijke boete aanmerkelijk wordt overschreden door het met de overtreding behaalde economisch voordeel. Zie art. 32a lid 3 Warenwet.
19. Art. 32a Warenwet jo. art. 2 lid 1 Warenwetbesluit bestuurlijke boeten, jo. bijlage onder C-20.33.
20. Art. 2 lid 2 Warenwetbesluit bestuurlijke boeten, jo. art. 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht (Sr). De berekening van de omzet geschiedt op voet van het bepaalde voor de netto-omzet in art. 2:377 zesde lid 6 Burgerlijk Wetboek (BW).
21. Art. 3 lid 3 Warenwetbesluit bestuurlijke boeten.
22. Art. 32 Warenwet.
23. Art. 21 Warenwet.
24. Art. 5:32 Awb jo. art. 32 Warenwet.

verhandeling van levensmiddelen,²⁵ de levensmiddelen in beslag te nemen²⁶ en zelfs te vernietigen.²⁷ Uiteraard zijn alle kosten hieraan verbonden voor de overtreder.²⁸ Hoe de NVWA, namens de handhaver, van haar bevoegdheden gebruikmaakt is tot slot vastgesteld in verschillende beleidsdocumenten.²⁹

Toezicht

Essentieel onderdeel van handhaving is toezicht: met het toezicht op de naleving van de voedselveiligheidsnormen zijn – kort gezegd – belast de controleambtenaren van de NVWA.³⁰ Dit is dus niet de NVWA als organisatie, maar de desbetreffende natuurlijke personen die werkzaam zijn bij de NVWA. Onder een toezichthouder wordt immers in de Awb verstaan: een *persoon*, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.³¹

De toezichthoudende bevoegdheden worden toegewezen aan de toezichthouder in de Awb, waarbij de bijzondere materiële wet – zoals in dit geval de Warenwet³² – de bevoegdheden kan verruimen of beperken.³³ Zo kan de NVWA plaatsen betreden³⁴ met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner.³⁵ Zo nodig met hulp van politie of vergezeld door personen die daartoe door hem zijn aangewezen, zoals (ICT-)deskundigen. Ook is de toezichthouder bevoegd inlichtingen te vorderen.³⁶ Hier is het wel belangrijk dat er een verschil is tussen ‘inlichtingen vorderen’ en het stellen van vragen. Vragen stellen staat iedereen vrij, ook de ambtenaar van de NVWA. Dan is er geen sprake van de inzet van toezichtbevoegdheden. Pas als bepaalde inlichtingen worden *gevorderd*, is er ook sprake van een medewerkingsplicht. Dit is ook voor de praktijk relevant, omdat dan ook pas een wettelijke plicht – via artikel 5:20 Awb – ontstaat om hieraan mee te werken. Zonder deze wettelijke plicht kan het verschaffen van informatie aan een derde – ook al is het een toezichthouder – een schending van de regels omtrent privacy of contractuele geheimhouding opleveren. Daarnaast is de

toezichthouder bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.³⁷ Hij mag hier ter plaatse ook een kopie van maken (dus ook van digitale bescheiden), en desnoods ook bepaalde bescheiden (ook laptop, telefoon) tijdelijk meenemen. Deze bevoegdheid gaat overigens niet zo ver dat de toezichthouder mag vragen bepaalde bescheiden te produceren. Een van de belangrijkste bevoegdheden voor de NVWA in de praktijk is tot slot dat de toezichthouder bevoegd is zaken, zoals ook levensmiddelen, te onderzoeken, aan opname te onderwerpen en daarvan monsters te nemen.³⁸ Hij is bevoegd daartoe verpakkingen te openen en mag vervoermiddelen onderzoeken met betrekking waartoe hij een toezichthoudende taak heeft.³⁹

De Awb bepaalt dat als de NVWA-ambtenaar zijn bevoegdheden inzet eenieder – dus niet alleen de onder toezicht gestelde of de mogelijke overtreder – verplicht is alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen.⁴⁰ Niet-medewerking levert niet alleen een strafbaar feit⁴¹ op, maar medewerking kan eveneens worden afgedwongen door een last tot medewerking op straffe van een dwangsom.⁴² De inzet van deze bevoegdheden kent echter wel een belangrijke grens in de Awb. De Awb bepaalt dat de toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruikmaakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.⁴³ Dit ziet zowel op het object als het subject van toezicht; zo zijn *fishing expeditions* niet toegestaan en moet de bedrijfsvoering zo ver als mogelijk kunnen doorgaan. En uiteraard moet de toezichthouder zich desgevraagd identificeren.⁴⁴

Nieuwe Controleverordening

Hoe verhoudt dit hiervoor geschetste toezichtkader zich nu tot de Nieuwe Controleverordening? De Nieuwe Controleverordening is in ieder geval van toepassing op alle officiële controles op naleving van de regels op het gebied van levensmiddelen en voedselveiligheid, integriteit en heilzaamheid in elk stadium van de productie, verwerking en distributie van levensmiddelen, met inbegrip van voorschriften om eerlijke handelspraktijken te waarborgen, de belangen van de consument te beschermen en consumenten te informeren, alsook betreffende de vervaardiging en het gebruik van materialen en voorwerpen die bestemd zijn om met levensmiddelen in contact te komen.⁴⁵

25. Art. 32k Warenwet.

26. Art. 32l Warenwet.

27. Art. 32m Warenwet.

28. Art. 32n Warenwet en art. 5:25 Awb.

29. Toezichtkader NVWA, *Leidende principes voor toezicht en handhaving*, Ministeries van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en Economische Zaken. Den Haag 2015 en algemeen en specifiek interventiebeleid NVWA.

30. Art. 25 Warenwet jo. de Aanwijzing toezichthoudende ambtenaren Voedsel en Waren Autoriteit. Naast de controleambtenaren van de NVWA zijn er ook afspraken met de Douane over de taakverdeling: zie art. 25 lid 3 Warenwet.

31. Art. 5:11 Awb.

32. Naast de toezichtbevoegdheden van de Awb kent de Warenwet ook nog een aantal aanvullende bepalingen, maar die zien op technische voortbrengselen en niet op levensmiddelen (art. 25a Warenwet).

33. Art. 5:14 Awb.

34. Art. 5:15 Awb.

35. Op basis van art. 29 Warenwet zijn de toezichthoudende ambtenaren wel bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, een woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner, voor zover deze bevoegdheid strekt tot het zich begeven naar en het betreden van in de woning aanwezige bedrijfsruimten.

36. Art. 5:16 Awb.

37. Art. 5:17 Awb

38. Art. 5:18 Awb.

39. Art. 5:19 Awb.

40. Art. 5:20 Awb.

41. Art. 184 Sr.

42. Art. 32 onder c Warenwet jo. 5:32 Awb.

43. Art. 5:13 Awb.

44. Art. 5:12 Awb.

45. Maar ook op b) doelbewuste introductie in het milieu van genetisch gemodificeerde organismen (ggo's) met het oog op de productie van levensmiddelen en diervoeders; c) diervoeders en de veiligheid van diervoeders, in elk stadium van de productie, verwerking en distributie van diervoeders en het gebruik van diervoeders, met inbegrip van voor-

De Nieuwe Controleverordering schijft vervolgens voor welke methoden en technieken voor die officiële controles de nationale autoriteiten in ieder geval tot hun beschikking moeten hebben.⁴⁶ De *algemene* bevoegdheden die aan elke toezichthouder toekomen, komen in grote lijnen overeen met de bestaande toezichtbevoegdheden in de Awb en de Warenwet en zorgen niet voor veel problemen. Al zou men zich natuurlijk kunnen afvragen wat de impact of waarde is van de bevoegdheid uit artikel 14 sub j Nieuwe Controleverordering tot ‘elke andere activiteit die nodig is om gevallen van niet-naleving te constateren’.

Naast deze algemene regels voor controlemethoden en -technieken bevat de Nieuwe Controleverordering ook meer *productspecifieke* bevoegdheden. Op een van die bevoegdheden wil ik hier nader ingaan: de *mystery shopper*.

Mystery shopper: aanpassing Warenwet noodzakelijk

In artikel 36 Nieuwe Controleverordering wordt specifiek voor levensmiddelen die via het internet worden aangeboden een nieuwe bevoegdheid gecreëerd: ‘Wanneer dieren en goederen met middelen voor communicatie op afstand te koop worden aangeboden, mogen voor een officiële controle monsters worden gebruikt die de bevoegde autoriteiten van de exploitanten hebben opgevraagd zonder zichzelf bekend te maken.’ In andere woorden: artikel 36 Nieuwe Controleverordering bepaalt dat *mystery shopping* – de modieuze benaming voor verschillende vormen van heimelijk toezicht – op internet wordt toegestaan.

Ik ben samen met mijn collega Saskia Nuyten⁴⁷ – ondanks de uitspraken⁴⁸ hierover die *mystery shopping* niet in strijd achten met het recht – kritisch over het concept van de *mystery shopper* zonder inbedding van deze bevoegdheid in de Awb of Warenwet, omdat ik mij – kort gezegd – afvraag of een punitieve sanctie die is gebaseerd op informatie vergaard zonder wettelijke grondslag, de *fair trial*-toets⁴⁹ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zou kunnen doorstaan.

Maar wat er hier verder ook van zij, de Nederlandse wetgever heeft inmiddels in het kader van de inbedding van artikel 9 lid 3 onder d Verordening (EU) 2017/2394 (inzake consumentenbescherming) al aangegeven dat

schriften om eerlijke handelspraktijken te waarborgen, de gezondheid en de belangen van de consument te beschermen en consumenten te informeren; d) die gezondheidsvoorschriften; e) voorkoming en minimalisering van de risico's voor de gezondheid van mensen en dieren als gevolg van dierlijke bijproducten en daarvan afgeleide producten; f) dierenwelzijnsvoorschriften; g) beschermende maatregelen tegen schadelijke organismen bij planten; h) voorschriften voor het in de handel brengen en het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen en het duurzaam gebruik van pesticiden, met uitzondering van apparatuur voor de toepassing van pesticiden; i) biologische productie en etikettering van biologische producten; j) gebruik en etikettering van beschermde oorsprongsbenamingen, beschermde geografische aanduidingen en gegarandeerde traditionele specialiteiten.

46. Art. 14 Nieuwe Controleverordering.

47. S.M.C. Nuyten, ‘De “Mystery-shopper” in het bestuursrecht’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2013, nr. 2/3, p. 75-80.

48. Zie bijvoorbeeld CBB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

49. Art. 6 EVRM.

voor het gebruiken van een fictieve identiteit bij het doen van aankopen op afstand tóch een wettelijke grondslag nodig is.⁵⁰

In de memorie van toelichting bij de Wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming ter uitvoering van deze verordening⁵¹ wordt door de Nederlandse wetgever gesteld dat het voor effectief toezicht nodig kan zijn dat een toezichthouder zonder zich als zodanig bekend te maken, deelneemt aan het handelsverkeer om te bezien of een handelaar zich in de praktijk houdt aan de regels ter bescherming van consumenten. De digitalisering van de maatschappij en van de handel brengt immers mee dat veel aankopen ook online plaatsvinden. Bij aankopen via webpagina's doet zich vaak de situatie voor dat een toezichthouder contactgegevens moet verstrekken. Wanneer een toezichthouder handelt met een fictieve identiteit, als ware hij een consument, verricht een toezichthouder handelingen ten aanzien van een handelaar zonder zich bekend te maken als toezichthouder.

Daarbij kan het niet alleen gaan om rechtshandelingen, zoals het sluiten van een overeenkomst tot koop of het afnemen van een dienst, of het doen van een verzoek tot vergoeding van schade aan de handelaar vanwege een wanprestatie, maar ook om andere feitelijke handelingen. Om te voorkomen dat de handelaren hun werkwijze zo inrichten dat een toezichthouder als zodanig wordt herkend en vervolgens wordt misleid, is het volgens de Nederlandse wetgever nodig dat toezichthouders niet als zodanig door de handelaar kunnen worden herkend. Het wetsvoorstel bevat daarom een uitzondering op de identificatieplicht van artikel 5:12 Awb bij de uitoefening van de bevoegdheid te handelen met een fictieve identiteit. Deze uitzondering wordt doorgevoerd in een nieuw artikel 2.2a Instellingswet ACM en geldt alleen voor de gevallen bij die wet voorzien.

De toelichting die de wetgever daarvoor geeft – namelijk dat de uitspraak van het CBB⁵² alleen zou zien op anoniem toezicht en niet op het gebruik van een fictieve identiteit en/of hoedanigheid – gaat mijns inziens niet op: ook in de situatie waar het CBB destijds over oordeelde, moest immers de toezichthouder een civielrechtelijk contract aangaan onder een fictieve identiteit. De wet bood namelijk toen ook geen wettelijke basis voor de inzet van *mystery shoppers* en was zelfs in strijd met artikel 5:12 Awb (identificatieplicht toezichthouders). De AFM verzocht aanvankelijk dan ook om wetswijziging om de inzet van *mystery shoppers* mogelijk te maken. In 2011 meende de AFM echter dat toch geen wetswijziging nodig was en kondigde zij aan *mystery shoppers* structureel te gaan inzetten bij toezichtonderzoeken. Het CBB keurde dat toen goed. Het feit dat de wetgever nu in de toelichting van dit wetsvoorstel aangeeft dat voor een *mystery shopper* tóch een wettelijke

50. *Kamerstukken II* 2018/19, 35251, nr. 3 en mijn blog daarover: www.nautadutilh.com/nl/information-centre/nieuws/wijzigingen-in-wet-handhaving-consumentenbescherming.

51. *Kamerstukken II* 2018/19, 35251, nr. 3, p. 17 e.v.

52. Zie bijvoorbeeld CBB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

grondslag nodig is, is daarom ook opmerkelijk te noemen.

Maar nu het ook in artikel 36 Nieuwe Controleverordening gaat om het gebruiken van een fictieve identiteit, lijkt mij dat op dit punt de Warenwet eveneens gemotiveerd dient te worden aangepast; al was het alleen om als wetgever consequent te zijn.

Risicogeoriënteerd toezicht: een besluit?

Los van de voorgeschreven algemene en meer product-specifieke controlemethoden en -technieken, bepaalt de Europese wetgever met deze Nieuwe Controleverordening ook *hoe* deze bevoegdheden worden ingezet door de nationale toezichthouders. ‘De bevoegde autoriteiten verrichten regelmatig met passende frequentie risicogeoriënteerde officiële controles met betrekking tot alle exploitanten, en houden daarbij rekening met:’⁵³

- vastgestelde risico’s;
- informatie die erop wijst dat consumenten waarschijnlijk worden misleid, met name wat betreft de aard, identiteit, eigenschappen, samenstelling, hoeveelheid, duurzaamheid, land van oorsprong of plaats van herkomst, fabricage- of productiemethode van het voedingsmiddel;
- de resultaten van eerdere officiële controles betreffende exploitanten en de mate waarin de exploitant de regels naleeft;
- de betrouwbaarheid en de resultaten van eigen controles die door de exploitanten of op hun verzoek door een derde zijn verricht, ook, waar passend, die van particuliere kwaliteitsborgingssystemen, om na te gaan of de regels worden nageleefd, en
- informatie die erop kan wijzen dat de regels niet worden nageleefd.

In de eerste plaatst roept deze bepaling bij mij vragen op vanuit een meer rechtstheoretisch kader en dan in het bijzonder als het gaat om de procesautonomie van lidstaten: op Europees niveau worden de materiële normen vastgesteld, maar het is aan de lidstaten hoe het toezicht op de naleving van de normen en de eventuele handhaving daarvan wordt geregeld. Op Europees niveau inkaderen welke toezicht- en handhavingsbevoegdheden er naar nationaal recht bij wet dienen te worden geregeld, is misschien niet nieuw, maar het is wel een uitholling van deze procedurele autonomie.⁵⁴ En hoewel het lijkt te passen in een grotere Europese trend (zie bijvoorbeeld ook 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), kan men zich afvragen of dit wenselijk is. De grens wordt overschreden als de (Europese) wetgever ook nog invult *hoe*

van een toezichtbevoegdheid gebruik wordt gemaakt. Men zou zich zelfs kunnen afvragen of dit verenigbaar is met het uitgangspunt van de scheiding der machten: de wetgevende, uitvoerende en controlerende macht. De democratisch gekozen wetgever creëert de normen en bevoegdheden en begrenst deze zover als hij nodig acht. Maar binnen de ruimte die de wetgever heeft gelaten, is het vervolgens aan de *uitvoerende* macht om hier vorm aan te geven. De Europese wetgever heeft de bevoegdheid om de materiële normen voor voedselveiligheid vast te stellen, maar dient uitvoering daarvan door de lidstaten te respecteren. Op dit punt gaat de Europese wetgever met deze Nieuwe Controleverordening op de stoel van de uitvoerende macht zitten door strikte criteria aan te geven voor de wijze van de inzet van toezichtbevoegdheden.

Hoe de NVWA dit risicogeoriënteerde toezicht in Nederland wil vormgeven is tot op heden niet bekend, maar niet onvoorstelbaar is dat de NVWA gebruik zal maken van ICT-hulpmiddelen of algoritmen om tot beslissingen over de concrete inzet van haar middelen te komen. De vraag die daarbij rijst, is of een ondertoezichtgestelde zich hiertegen kan verzetten, en zo ja, hoe. Een beleidsregel van de NVWA waarin dit zou worden uitgewerkt, is helaas niet vatbaar voor bezwaar en beroep.⁵⁵ En ook de inzet van toezichthandelingen is al vroeg in de bestuursrechtelijke jurisprudentie gekwalificeerd als *feitelijk handelen* waartegen geen bezwaar en beroep openstaat.⁵⁶ Er rest in dat geval slechts een onrechtmatigedaadsactie bij de civiele rechter die in de praktijk weinig kans van slagen heeft omdat de civiele rechter eerder aanstuurt op de afwachting van de eventuele handhaving en de opening die dan bij de bestuursrechter ontstaat tot exceptieve toetsing van het beleid of het bewijs. Maar dan is het leed al geschied. Dat het ook anders kan, bewijst bijvoorbeeld het belastingrecht waar de informatievordering van de Belastinginspecteur *wel* een voor bezwaar en beroep vatbare beschikking is.⁵⁷ Bovendien is bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer van titel 5.2 niet uitgesloten dat soms sprake kan zijn van een besluit in de zin van de Awb, met name als de uitoefening voldoet aan het schriftelijkheidsvereiste van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, al heeft de rechtspraak daar tot op heden geen doorslaggevende waarde aan gehecht.⁵⁸ Het is wenselijk dat de bestuursrechtspraak op dit punt zal veranderen zodat ofwel de vaststelling van een algoritme ofwel de inzet van toezichthandelingen op basis van een dergelijk algoritme als besluit zal worden gezien – of daarmee zal worden gelijkgesteld. De Awb(-jurisprudentie) biedt m.i. voldoende mogelijkheden om het rechtsgevolg te construeren:

‘Heeft de beslissing betrekking op een feitelijke handeling die het bestuursorgaan moet verrichten, dan is

53. Art. 9 Nieuwe Controleverordening.

54. Inhoudelijk ben ik hier overigens geen tegenstander van, omdat ik in mijn praktijk zie dat het toezicht op en de handhaving van levensmiddelenrecht steeds meer internationale vormen aanneemt, gelet op de eveneens internationale ontwikkelingen in die markt. Het kan m.i. dan ook alleen maar positief uitwerken als de verschillende toezichthouders hier op dezelfde wijze mee omgaan.

55. Art. 8:3 lid 1 onder a Awb.

56. T.C. Borman e.a., *T&C Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, Titel 5.2, aant. 6.

57. Art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR).

58. Art. 47 AWR.

zo'n beslissing daarmee niet op rechtsgevolg gericht. (...) desondanks is in sommige gevallen zo'n beslissing als besluit aan[ge]merkt.⁵⁹

'(...) zeker wanneer voor een bestuursbeslissing een publiekrechtelijke grondslag valt aan te wijzen en er goede redenen zijn om de betrokken beslissingen vatbaar te maken voor rechtsbescherming.'⁶⁰

In ieder geval zou de concrete uitwerking van artikel 14 Nieuwe Controleverordening een aanleiding moeten zijn om over deze rechten van verdediging in het Nederlandse bestuursrecht na te denken.

Beginselplicht tot handhaving en prioriteringsbeleid

Tot slot, ook de wijze van handhaving wordt door de Nieuwe Controleverordening voorgeschreven. In de eerste plaats wordt voorgeschreven:

'Bij hun optreden (...) verlenen de bevoegde autoriteiten voorrang aan acties die moeten worden ondernomen om risico's voor de gezondheid van mensen, dieren en planten, voor het dierenwelzijn of, wat ggo's en gewasbeschermingsmiddelen betreft, ook voor het milieu, weg te nemen of in te perken.'⁶¹

Wanneer niet-naleving is vastgesteld, nemen de bevoegde autoriteiten bovendien

'elke actie die noodzakelijk is om de oorsprong en de omvang van de niet-naleving te bepalen en de verantwoordelijkheid van de exploitant vast te stellen, en passende maatregelen om te waarborgen dat de betrokken exploitant de niet-naleving verhelpt en vermijdt dat dergelijke niet-naleving zich opnieuw voordoet.'⁶²

Dit is vanuit juridisch oogpunt op het eerste gezicht minder problematisch naar Nederlands recht dan de wijze van inzet van toezichtbevoegdheden, daar in Nederland ook een beginselplicht tot handhaving geldt. Wel is de vraag of de verplichting uit de Nieuwe Controleverordening dan onder omstandigheden zou kunnen leiden tot het passeren van een uitzondering die we naar Nederlands bestuursrecht kennen op deze leer. De Nieuwe Controleverordening werpt dus nog voldoende vragen op.

Concluderend: ontorechte stilte

Bij het afronden van dit artikel begin december 2019 is nog steeds niet veel meer bekend dan dat de NVWA op haar website heeft vermeld: 'De Controleverordening (EU) 2017/625 is niet alleen van toepassing op plantgezondheid, maar voor meer domeinen binnen de NVWA. De implementatie van deze verordening wordt in breder verband binnen de NVWA opgepakt.' Vermoedelijk wordt hiermee bedoeld dat de Nieuwe Controleverordening wordt besproken in het zogenoemde Regulier Overleg Warenwet,⁶³ maar of dat al is gebeurd en wat de uitkomst daarvan is, is mij niet bekend.

Deze radiostilte is niet terecht omdat de Warenwet in ieder geval op één punt dient te worden aangepast zoals hiervoor besproken: het mogelijk maken naar nationaal recht dat de NVWA gebruik kan maken van een fictieve identiteit bij het uitoefenen van haar toezichtbevoegdheden. Daarnaast zou deze bevoegdheid, maar ook de Europese verplichting tot het uitoefenen van risico-georiënteerd toezicht dienen te leiden tot een bredere discussie tussen de Europees recht- en de bestuursrechtgeleerden, de politiek en de levensmiddelenwereld over de concrete uitvoering, waarbij in ieder geval het recht op een effectieve verdediging tegen de inzet van deze bevoegdheden niet onderbelicht zou moeten blijven.

Hoe dient iemand zich te verdedigen als de NVWA op basis van een uitkomst van een voor het bedrijfsleven onbekend algoritme bij zijn bedrijf onder het gebruik van een fictieve identiteit een product koopt om dan op basis van een vage, open, norm of zorgplicht tot de conclusie te komen dat er sprake is van een overtreding? Hoe kan iemand zich dan nog – effectief – verweren tegen *phishing expeditions* of aantonen dat het feitelijk handelen in strijd is met willekeur, *fair play* of evenredigheid?

Al met al gaat deze verordening in op onderwerpen die niet (afdoende) zijn geregeld in het nationale bestuursrecht. Daarom is de radiostilte rondom deze Nieuwe Controleverordening ontorecht.

59. Van Wijk, Konijnnebelt & Van Male, *Hoofdstukken van het bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2016, p. 162.

60. Van Wijk, Konijnnebelt & Van Male, *Hoofdstukken van het bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2002, p. 159. (Reden om het citaat uit de oude druk te nemen, is dat de betreffende tekst duidelijker en uitgebreider is dan in de nieuwe druk.)

61. Art. 137 Nieuwe Controleverordening.

62. Art. 138 Nieuwe Controleverordening.

63. www.row-minvws.nl/wetgeving/controle.