

De Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit**28 JAN 2011****CA/NCB/522/70**

Advies inzake het bezwaarschrift van

BCC (Elektro-Specialzaken) B.V.,

van 16 augustus 2010, ingediend namens gemachtigde mevr. mr. E.H.M. Bieleveld

tegen**het besluit van de Consumentenautoriteit van 6 juli 2010 ("bestreden besluit"),**
met kenmerk CA/NCB/522/17**1 Procedureverloop**

- 1.1 Uit de stukken en het verhandelde ter hoorzitting is de Commissie – samengevat – het volgende gebleken.
- 1.2 De Consumentenautoriteit is een onderzoek gestart naar de naleving door BCC (Elektro-Specialzaken) B.V. ("**BCC**") van de verplichtingen voortvloeiend uit het Burgerlijk Wetboek ("**BW**") naar aanleiding van onderzoek van de Consumentenbond en een toezegging van de toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken over onderzoek door de Consumentenautoriteit, over de wijze waarop BCC zogenaamde bijkoopgaranties bij elektrische huishoudelijke apparaten aan consumenten aanbood, over nut en noodzaak van dergelijke bijkoopgaranties, en over de wijze waarop BCC klachten van consumenten afhandelde over defecten aan verkochte apparaten.
- 1.3 Op 29 maart 2010 is op basis van het onderzoek een rapport van overtreding opgemaakt als bedoeld in artikel 5:48 Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**"). Dit rapport is bij brief van diezelfde datum aan BCC toegezonden.
- 1.4 Bij brief van 30 maart 2010 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van het bestreden besluit BCC in de gelegenheid gesteld om schriftelijk of mondeling haar zienswijze te geven.
- 1.5 Op 19 mei 2010 heeft de Consumentenautoriteit een (besloten) hoorzitting gehouden waarbij BCC mondeling haar zienswijze heeft gegeven. Tijdens de hoorzitting heeft de Consumentenautoriteit BCC verzocht om nadere informatie toe te zenden. Bij brief van 1 juni 2010 heeft BCC aan de Consumentenautoriteit de tijdens de hoorzitting gevraagde nadere informatie toegezonden. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 22 juni 2010 aan BCC is toegezonden.
- 1.6 Bij bestreden besluit van 6 juli 2010, met kenmerk CA/NCB/522/17 heeft de Consumentenautoriteit:
 - a) vastgesteld dat BCC een overtreding heeft begaan van:

- 1) artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming ("Whc"), jo. artikel 6:193g, aanhef en onder j, BW;
 - 2) artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g, BW;
 - b) de onder a) genoemde overtredingen toegerekend aan BCC;
 - c) in totaal twee boetes opgelegd voor deze overtredingen:
 - 1) van € 135.000,- voor de onder a)1) bedoelde overtreding;
 - 2) van € 90.000,- voor de onder a)2) bedoelde overtreding.
- 1.7 Bij brief van 16 augustus 2010 heeft mevr. mr. E.H.M. Bieleveld namens BCC bezwaar ingediend tegen het bestreden besluit. De Consumentenautoriteit heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd bij brief van 17 augustus 2010.
- 1.8 Bij brief van 26 oktober 2010 heeft de Commissie BCC uitgenodigd haar bezwaarschrift op 17 november 2010 mondeling toe te lichten en is zij gewezen op het recht om tot 8 november 2010 nadere stukken in te dienen. Bij brief van dezelfde datum heeft zij de Consumentenautoriteit uitgenodigd om tijdens die hoorzitting een toelichting op het bestreden besluit te geven.
- 1.9 Bij brief van 5 november 2010 heeft de Consumentenautoriteit de Commissie en de gemachtigde van BCC een schriftelijke toelichting op het besluit gestuurd.
- 1.10 Op 17 november 2010 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij BCC haar bezwaren en de Consumentenautoriteit haar besluit heeft toegelicht. Tijdens de hoorzitting heeft de Commissie de Consumentenautoriteit om toezending van enige nadere informatie verzocht. Bij brief van 23 november 2010 heeft de Consumentenautoriteit deze informatie aan de Commissie en aan BCC gestuurd. Bij fax en brief van 24 november 2010 heeft de Commissie aan BCC de gelegenheid geboden uiterlijk op 2 december 2010 een schriftelijke reactie in te dienen op deze informatie. BCC heeft die schriftelijke reactie ingediend bij brief van 1 december 2010, die is toegevoegd aan het dossier.
- 1.11 Van de hoorzitting van 17 november 2010 is een verslag gemaakt dat bij brieven van 3 december 2010 aan BCC en de Consumentenautoriteit is toegezonden en geacht wordt deel uit te maken van dit advies. Bij brief van 14 december 2010 heeft de Consumentenautoriteit naar aanleiding van het verslag enkele opmerkingen gemaakt die zijn toegevoegd aan het dossier. Bij brief van 14 december 2010 heeft BCC naar aanleiding van het verslag enkele opmerkingen gemaakt die zijn toegevoegd aan het dossier. Die opmerkingen zagen onder meer op de openbaarheid van de hoorzitting en het verslag. Hierover merkt de Commissie het volgende op. De voorzitter van de Commissie beslist omtrent de openbaarheid van de hoorzitting; nu er geen anderen dan betrokken personen van BCC en de Consumentenautoriteit aanwezig waren, heeft de voorzitter aangegeven dat die hoorzitting – conform het reglement van de Commissie – openbaar was. BCC heeft daar ter zitting geen protest tegen aangetekend. De Commissie geeft de Consumentenautoriteit in overweging om met het oog op het belang van BCC het verslag van de hoorzitting en het onderhavige advies van de Commissie slechts openbaar te maken tegelijk met de openbaarmaking van de beslissing op bezwaar. Tot die tijd zou de Consumentenautoriteit

de openbaarmaking hiervan met een beroep op een van de weigeringsgronden van artikel 10 en 11 van de Wet openbaarheid van bestuur moeten weigeren.

2 Standpunt BCC

- 2.1 BCC heeft bezwaren aangevoerd die hierna genummerd 1 t/m 5 samengevat weergegeven worden.

1. Ontbreken handhavende bevoegdheid Consumentenautoriteit (bezwaarschrift randnrs. 2.1 t/m 2.5 en 3.18 t/m 3.21 en pleitnota randnrs. 2.1 t/m 2.8 en 3.1 t/m 3.3)

- 2.2 BCC heeft aangevoerd dat haar aankoopgaranties meer bieden dan wettelijke rechten waar de consument sowieso al recht op heeft, zodat de aankoopgaranties moeten worden gekwalificeerd als financiële producten. Als gevolg daarvan is de Autoriteit Financiële Markten ("AFM") op basis van artikel 3.1 Whc belast met toezicht en bevoegd tot handhavend optreden onder de Whc; de Consumentenautoriteit is derhalve op basis van artikel 2.3, lid 2 Whc niet bevoegd toezicht te houden en handhavend op te treden.

- 2.3 De meerwaarde van het product 'Verlengde Garantie' (dat tussen december 2008 en juli 2009 is verkocht) en – voor zover relevant – van het product 'Service Plus Pakket', dat werd verkocht vanaf juli 2009 t/m 1 november 2009 (datum einde onderzoek), is volgens BCC gelegen in verschillende elementen:

- (i) de aangekochte garantieperiode van vier tot zes jaar overschrijdt voor een aanzienlijk aantal producten de wettelijke termijn waarbinnen kosteloos zou moeten worden gerepareerd;
- (ii) gedurende de overeenkomen garantietermijn hoeft de consument geen non-conformiteit aan te tonen, terwijl dat op grond van de wet wel na zes maanden mag worden verlangd;
- (iii) er hoeven geen geval voorrij-, herstel- en/of vervangingskosten te worden betaald, terwijl dat bij levensduurverlengende reparatie wel zou mogen (redelijke vergoeding).

2. Dwingendwettelijke wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit wordt in het bestreden besluit onjuist toegepast (bezwaarschrift randnrs. 3.1 t/m 3.17).

- 2.4 BCC stelt dat de Consumentenautoriteit op onjuiste gronden aanneemt dat BCC artikel 6:193g, aanhef en onder j, en 6:193c, lid 1, onder g, BW heeft geschonden. Volgens BCC stelt de Consumentenautoriteit namelijk ten onrechte dat, nu de bewijsvoering ten aanzien van normaal gebruik en opvolgen van de gebruiksaanwijzing op basis van de wet ook bij de consument liggen, het product 'Verlengde Garantie' (dat tussen december 2008 en juli 2009 is verkocht) géén toegevoegde waarde zou hebben, zodat BCC volgens de Consumentenautoriteit artikel 6:193g, aanhef en onder j, en 6:193c, lid 1, onder g, BW zou hebben geschonden. De Consumentenautoriteit geeft volgens BCC blijk van een te simplistische uitleg van de rechten van consumenten op kosteloos herstel of vervanging bij normaal gebruik en opvolgen van de gebruiksaanwijzing. Volgens BCC gaat de Consumentenautoriteit er ten onrechte van uit dat een gebrekkig product per definitie non-conform is. Voorts gaat de Consumentenautoriteit er volgens BCC ten onrechte van uit dat

ingeval er sprake is van een non-conform product (in de ogen van de Consumentenautoriteit volgens BCC kennelijk gelijk aan een gebrekkig product) de consument per definitie recht zou hebben op kosteloos herstel c.q. vervanging. Beide voorstellingen zijn volgens BCC een te simplistische uitleg van de wet, zodat niet gezegd kan worden dat BCC 'een sigaar uit eigen doos aanbiedt' en derhalve artikel 6:193g, aanhef en onder j, BW overtreedt.

- 2.5 De meerwaarde van het product 'Verlengde Garantie' is volgens BCC gelegen in verschillende elementen:
- (i) de aangekochte garantieperiode van vier tot zes jaar overschrijdt voor een aanzienlijk aantal producten de wettelijke termijn waarbinnen kosteloos zou moeten worden gerepareerd;
 - (ii) gedurende de overeenkomen garantietermijn hoeft de consument geen non-conformiteit aan te tonen, terwijl dat op grond van de wet wel na zes maanden mag worden verlangd;
 - (iii) er hoeven in geen geval voorrij-, herstel- en/of vervangingskosten te worden betaald, terwijl dat bij levensduurverlengende reparatie wel zou mogen (redelijke vergoeding).
- 2.6 Daarnaast stelt de Consumentenautoriteit volgens BCC ten onrechte dat, omdat BCC de voorwaarde stelt dat het product normaal gebruikt moet worden en de gebruiksaanwijzing moet worden opgevolgd, BCC geen "maximale zekerheid" zou bieden, terwijl zij het wel zo richting consumenten zou doen voorkomen. Nu dit volgens BCC een 'volstrekt logische' voorwaarde is, meent BCC dat deze geen afbreuk doet aan de "maximale zekerheid" die BCC zegt te bieden. Datzelfde geldt voor de kreet "zorgeloos jarenlang kunnen genieten".
- 2.7 Voorts meent BCC dat schriftelijk materiaal van BCC waarop de Consumentenautoriteit zich beroept bij haar oordeel dat artikel 6:193g, aanhef en onder j, en 6:193c, lid 1, onder g, BW is overtreden, moet worden gekwalificeerd als reclame-uitingen richting consumenten, en gelet op het licht overdrijvende karakter van reclame-uitingen als zodanig niet misleidend is.

3. De door de Consumentenautoriteit aangedragen bewijsmiddelen zijn onvoldoende om de geconstateerde overtredingen te dragen, en de motivering van de geconstateerde overtreding en op te leggen sancties op basis van de bewijsmiddelen is onvoldoende (bezwaarschrift randnrs. 4.1 t/m 4.19, zienswijze 4.17 t/m 4.30 en pleitnota hoorzitting 4.1 t/m 4.16)

- 2.8 Voor overtreding van artikel 6:193g, aanhef en onder j, BW heeft de Consumentenautoriteit zich volgens BCC gebaseerd op:
- de voorwaarden bij de Verlengde Garantie van BCC;
 - mededelingen van verkopers tijdens het zogenaamde *mystery shoppin*;
 - klachten van consumenten via ConsuWijzer, met nader onderzoek naar vijf klachten.

Voor overtreding van artikel 6:193c, lid 1, onder g, BW heeft de Consumentenautoriteit zich volgens BCC gebaseerd op:

- informatie van de website van BCC ten aanzien van het Privé Garantieplan;

- de voorwaarden van het Privé Garantieplan;
- de folder Verlengde Garantie;
- de voorwaarden van de Verlengde Garantie;
- mededelingen van de verkopers tijdens het zogenaamde *mystery shoppen*;
- mededelingen van de projectmanager en de directeur van BCC;
- klachten van consumenten via ConsuWijzer, met nader onderzoek naar vijf klachten.

2.9 BCC stelt dat de geconstateerde overtredingen niet gebaseerd kunnen worden op de gebruikte onderzoeksmethoden.

2.10 Daartoe stelt BCC dat de mededelingen van verkopers en de klachten niet representatief zijn, ook statistisch gezien niet. Ook heeft de Consumentenautoriteit de mededelingen van de projectmanager en de directeur van BCC verkeerd geïnterpreteerd volgens BCC (zie par. 6.3 – 6.5 van het bezwaarschrift van 16 augustus 2010). Verder stelt BCC dat het rapport onzorgvuldig en oncontroleerbaar is. Het onderzoek had volgens BCC door een onafhankelijk en deskundig bureau uitgevoerd moeten worden. De reclame-uitingen zijn volgens BCC niet geschikt als 'bewijs' van de overtredingen omdat die uitingen naar hun aard een overdrijving in zich hebben.

2.11 Voorts stelt BCC dat de motivering van het bestreden besluit de door de Consumentenautoriteit geconstateerde overtreding niet kan dragen, met name ook omdat de bewijsmiddelen onvoldoende zijn om tot constatering van de overtredingen te komen en vervolgens de opgelegde sancties te dragen.

4. Subsidiair: bestuursrechtelijke handhaving is disproportioneel; er had een toezeggingstraject gevolgd moeten worden, en tot zelfregulering moeten worden aangezet. Er is sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel (bezwaarschrift randnrs. 5.1 t/m 5.14 en pleitnota hoorzitting 5.1 t/m 5.16)

2.12 BCC stelt dat het probleem branchebreed zou zijn, en dit probleem daarom branchebreed, middels een toezeggingstraject, of zelfregulering aangepakt had moeten worden, althans dat de Consumentenautoriteit had moeten onderzoeken of dit een betere aanpak zou zijn, dan wel had moeten motiveren waarom dat géén betere aanpak zou zijn. Uit de wetsgeschiedenis van de Whc en van de Wet OHP volgt volgens BCC dat zelfregulering de voorkeur verdient boven handhavingsbeschikkingen.

2.13 BCC is – middels aansluiting bij de in UNETO-VNI verenigde ondernemers – bezig te komen tot een gedragscode om daarmee zelf invulling te geven aan de wet- en regelgeving met betrekking tot garantie en conformiteit. Om deze reden had de Consumentenautoriteit volgens BCC in redelijkheid niet het bestreden besluit mogen nemen.

2.14 Daarnaast stelt BCC dat er vergelijkbare procedures zijn (zoals bijvoorbeeld ten aanzien van Garant-O-Matic B.V.) waarbij de Consumentenautoriteit wél heeft gekozen voor een toezeggingstraject. Deze stelling is door de Consumentenautoriteit volgens BCC ten onrechte afgedaan met een verwijzing naar de verschillen met BCC.

- 2.15 Ook stelt BCC dat, nu de Wet OHP pas op 15 oktober 2008 in werking is getreden (par. 5.14 van het bezwaarschrift van 16 augustus 2010), de Consumentenautoriteit het bestreden besluit niet had mogen nemen, kennelijk omdat er nog veel onduidelijkheden bestonden over de reikwijdte van de verplichtingen op basis van de Wet OHP.

5. De hoogte van de boete is niet redelijk en zorgvuldig vastgesteld en er heeft geen evenwichtige afweging van belangen plaatsgevonden (bezwaarschrift randnr.7.2)

- 2.16 Nu het bestreden besluit (i) gebaseerd is op onzorgvuldig en onbetrouwbaar onderzoek, (ii) er geen sprake is van structurele, patroonmatige overtredingen, (iii) de desbetreffende producten sinds het opleggen van de boete niet meer worden aangeboden, en (iv) de hoogte van de boete (en de matiging daarvan) niet is gemotiveerd, terwijl (v) [REDACTED] (vi) de schade van het opleggen van een boete voor BCC groot is, en (vii) concurrenten van BCC die vergelijkbare producten aanboden géén boete opgelegd hebben gekregen, is de hoogte van de opgelegde boete van totaal € 225.000,- volgens BCC te hoog, en is geen sprake van een redelijke, zorgvuldige en evenwichtige afweging van belangen.

3 Standpunt Consumentenautoriteit

- 3.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de Consumentenautoriteit zich op het standpunt gesteld dat de bezwaren van BCC ongegrond zijn. De Consumentenautoriteit heeft het volgende naar voren gebracht:

Ad 1 Ontbreken handhavende bevoegdheid Consumentenautoriteit (schriftelijke reactie randnrs. 3.1.1 t/m 3.1.22 en pleitnota randnrs. 2.1 t/m 2.11)

- 3.2 De Consumentenautoriteit stelt dat zij bevoegd was om handhavend op te treden, althans ten aanzien van de producten 'Privé Garantieplan' en 'Verlengde Garantie' (hierna ook: bijkoopgaranties). Overigens maakt de Consumentenautoriteit in de schriftelijke toelichting geen onderscheid tussen deze beide producten, maar spreekt zij over 'bijkoopgaranties'. Ten aanzien van het product 'Service Plus Pakket', verkocht vanaf juli 2009, stelt de Consumentenautoriteit dat zij niet bevoegd is om handhavend op te treden, nu dat product moet worden gekwalificeerd als financieel product (zodat de AFM bevoegd is handhavend op te treden).
- 3.3 Ten aanzien van de bijkoopgaranties stelt de Consumentenautoriteit dat deze géén financiële producten zijn, omdat deze geen 'meerwaarde' bieden boven de wettelijke rechten van de consument. Er is daarom volgens de Consumentenautoriteit ook geen sprake van een verzekeringsovereenkomst (in de zin van artikel 7:925 en 7:944 BW), omdat BCC niet uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst een prestatie levert (het doen van een uitkering als het gedekte risico zich realiseert). BCC dekt volgens de Consumentenautoriteit geen risico omdat de voorwaardelijke gebeurtenissen waarop de bijkoopgaranties betrekking hebben al worden "getackeld door de normale aanspraken uit het consumentenrecht" (randnr. 3.1.7 schriftelijke toelichting).

3.4 Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat ook als aangenomen zou moeten worden dat de aankoopgaranties "iets verder gaan dan de aanspraken die de wet aan consumentenkoop verbindt", dit niet betekent dat deze kwalificeren als financieel product. Het betreft dan volgens de Consumentenautoriteit 'bovenwettelijke garanties' (randnr. 3.1.12 schriftelijke toelichting).

3.5 Daarnaast stelt de Consumentenautoriteit dat wanneer wordt gekeken "naar dat wat contractspartijen in de feitelijke omstandigheden en gegeven de uitlatingen over en weer van elkaar mogen verwachten", de aankoopgaranties niet als financieel product (verzekering) kwalificeren, omdat BCC zich presenteert als verkoper en niet als verzekeraar. Dit wordt volgens de Consumentenautoriteit onderschreven in de parlementaire geschiedenis van de Whc, waaruit volgt dat de AFM toezicht houdt op de financiële sector, terwijl BCC zich niet in de financiële sector begeeft.

Ad 2. Dwingendwettelijke wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit wordt in het bestreden besluit onjuist toegepast (bestreden besluit randnrs. 27-35, schriftelijke toelichting randnrs. 3.2.1-3.4.9, pleitnotities hoorzitting randnrs. 3.1-4.10).

3.6 De Consumentenautoriteit stelt dat zij de wettelijke bepalingen juist uitlegt. Nu BCC het ten aanzien van de aankoopgaranties jegens klanten doet voorkomen dat zij eventuele reparatiekosten na afloop van de fabrieksgarantie altijd moet betalen, overtreedt BCC volgens de Consumentenautoriteit de artikelen 6:193c, lid 1, onder g, BW en 6:193g, aanhef en onder j, BW. Immers, zo stelt de Consumentenautoriteit, wanneer producten niet de eigenschappen bezitten die de koper bij normaal gebruik hiervan mocht verwachten, is vrijwel altijd sprake van een non-conform product waarbij de consument reeds op grond van de wet recht heeft op bijvoorbeeld kosteloos herstel, wanneer hij kan aantonen dat hij normaal gebruik heeft gemaakt van het product. De Consumentenautoriteit stelt dan (randnr. 3.2.8 schriftelijke toelichting):

"Voor de Verlengde Garantie geldt de volgende voorwaarde: "BCC garandeert dat het gekochte apparaat binnen de door u gekozen maximale garantieduur van 4 of 6 jaar na afleverdatum kosteloos wordt hersteld of vervangen indien bij normaal gebruik, met inachtneming van de aanwijzingen die op de gebruiksaanwijzing zijn aangenomen, fabricage- en of materiaalfouten optreden". Dit betekent concreet dat consumenten, als zij aanspraak willen maken op de Verlengde Garantie dienen aan te tonen dat er sprake is van normaal gebruik, met inachtneming van de aanwijzingen in de gebruiksaanwijzing. In dat opzicht verschilt de Verlengde Garantie niet wezenlijk van de geldende wettelijke aanspraken die de consument op grond van artikel 7:17 BW al heeft." (randnummer 3.2.8 schriftelijke toelichting)

3.7 In zoverre is volgens de Consumentenautoriteit de stelling van BCC dat zij de consument 'maximale zekerheid' biedt – die niet wezenlijk verschilt van de wettelijke rechten van die consument – misleidend. De enkele algemene *disclaimer* dat de garantie de rechten of vorderingen die de wet aan de koper toekent onverlet laat, maakt dat volgens de Consumentenautoriteit niet anders (par. 3.4.7 schriftelijke toelichting).

3.8 De handelwijze van BCC is volgens de Consumentenautoriteit in strijd met artikel 6:193g, aanhef en onder j, BW omdat de aankoopgaranties wettelijke rechten voorstellen als onderscheidend kenmerk van die aankoopgaranties.

3.9 De Consumentenautoriteit meent voorts dat het bezwaar van BCC dat reclame-uitingen naar hun aard enigszins overdrijven, onjuist is, nu geen sprake is van reclame-uitingen maar van algemene voorwaarden die naar hun aard objectief en betrouwbaar zijn, en van folders die bedoeld zijn om klanten te informeren.

3.10 Bovendien zou BCC bij het informeren van haar klanten volgens de Consumentenautoriteit juist 'extra zorgvuldigheid' moeten betrachten, nu de wettelijke rechten van de klanten niet eenvoudig zijn. Van die extra zorgvuldigheid is volgens de Consumentenautoriteit niet gebleken.

Ad 3. De door de Consumentenautoriteit aangedragen bewijsmiddelen zijn onvoldoende om de geconstateerde overtredingen te dragen, en de motivering van de geconstateerde overtreding en op te leggen sancties op basis van de bewijsmiddelen is onvoldoende (schriftelijke toelichting randnr. 3.5.1 t/m 3.5.12)

3.11 De Consumentenautoriteit stelt dat het onderzoek zorgvuldig is geweest en een solide onderbouwing vormt voor het bestreden besluit. De overtredingen zijn geconstateerd met behulp van verscheidene bewijsmaterialen, die – afzonderlijk en in hun onderlinge samenhang beschouwd – bevestigen dat de consument door BCC wordt misleid ten aanzien van zijn wettelijke rechten op garantie. Die misleiding komt volgens de Consumentenautoriteit voort uit een consequente en uniforme aansturing van medewerkers (randnr. 3.5.3 schriftelijke toelichting). Bovendien zijn de verscheidene (schriftelijke en mondelinge) uitingen van BCC door de Consumentenautoriteit in hun 'totale context' gezien (randnr. 3.4.9 schriftelijke toelichting).

3.12 De Consumentenautoriteit stelt dat het bestreden besluit is gebaseerd op de volgende bewijsmiddelen: algemene voorwaarden van de aankoopgaranties, folders over de aankoopgaranties, mededelingen van verkoopmedewerkers tijdens het *mystery shoppen*, mededelingen van de projectmanager en de directeur van BCC en de meldingen die ConsuWijzer heeft ontvangen van consumenten over de aankoopgaranties van BCC. Daarbij stelt de Consumentenautoriteit dat algemene voorwaarden en folders naar hun aard als "zeer betrouwbaar en objectief bewijsmateriaal moeten worden aangemerkt" (randnr. 3.5.3 schriftelijke toelichting).

3.13 De bewijsmiddelen roepen volgens de Consumentenautoriteit "het beeld op dat de wijze waarop consumenten geïnformeerd worden over garantie, voortkomen [sic] uit een consequente en uniforme aansturing van de medewerkers." (randnr. 3.5.3 schriftelijke toelichting)

3.14 De Consumentenautoriteit stelt dat het niet relevant is of de overtredingen statistisch gezien representatief zijn voor gedragingen van de onderneming in het algemeen, aangezien uit het onderzoek naar voren komt dat geen sprake is van incidenten, maar dat mededelingen van verkoopmedewerkers zijn terug te voeren op het schriftelijke materiaal van BCC en passen binnen de handelspraktijk van BCC. Het aantal filialen dat door *mystery shoppers* is bezocht is daarom niet relevant. Voorts is er geen wettelijke verplichting voor de

Consumentenautoriteit om de gesprekken van toezichthouders woordelijk in een verslag neer te leggen. Dat de verkoopmedewerkers zich niet op hun gemak zouden hebben gevoeld door de vragen van de *mystery shoppers* is niet aannemelijk geworden, en bovendien niet relevant volgens de Consumentenautoriteit, omdat in geen van die gesprekken de rechten van de consument op wettelijke garantie juist zijn weergegeven. Ten slotte stelt de Consumentenautoriteit dat voor de uitlatingen van de directeur en de projectmanager van BCC geldt, dat zij een grote mate van zorgvuldigheid moeten betrachten in de wijze waarop zij over garanties en non-conformiteit communiceren binnen BCC. De Consumentenautoriteit meent dat zij de stellingen van de directeur en de projectmanager van BCC, die ten onrechte de indruk wekken dat het voor voortzetting van de wettelijke garantie na twee jaar noodzakelijk is om garantie bij te kopen, "terwijl de consument reeds op grond van de wet aanspraken heeft op bijvoorbeeld kosteloos herstel", niet onjuist heeft geïnterpreteerd. (randnr. 3.5.12 schriftelijke toelichting)

Ad 4. Subsidiar: bestuursrechtelijke handhaving is disproportioneel; er had een toezeggingstraject gevolgd moeten worden, en tot zelfregulering moeten worden aangezet. Er is sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel (schriftelijke toelichting randnrs. 3.1.16-3.1.22 en 3.6.1-3.6.8, pleitnota hoorzitting 5.1-5.2)

- 3.15 De Consumentenautoriteit stelt in de eerste plaats dat het schaden van collectieve consumentenbelangen naar zijn aard een zeer ernstige overtreding is, en dat misleidende handelspraktijken grote schade kunnen toebrengen aan consumenten en aan het consumentenvertrouwen (randnr. 3.6.2 schriftelijke toelichting). Van het opleggen van een boete gaat speciale en generale preventieve werking uit.
- 3.16 De Consumentenautoriteit stelt voorts dat de sector sinds 2007 – de inwerkingtreding van de Richtlijn 2005/29/EG – voldoende gelegenheid heeft gehad om zelfregulering gestalte te geven. Bovendien, zo stelt de Consumentenautoriteit, verplicht de Richtlijn 2005/29/EG tot het nemen van passende en doeltreffende maatregelen opdat naleving van de richtlijn kan worden afgedwongen, waar nodig met sancties. (randnr. 3.1.20 en 3.1.21 schriftelijke toelichting)
- 3.17 Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat BCC als professionele en ervaren marktpartij ervoor dient te zorgen dat zij op de hoogte is van de wettelijke eisen, en dat zij haar verkoopproces inricht conform die wettelijke eisen. Bovendien is BCC aangesloten bij de ondernemersorganisatie UNETO-VNI. De Consumentenautoriteit is daarom van mening dat zij weldegelijk een boete mocht opleggen aan BCC, ook nu de Wet OHP pas op 15 oktober 2008 in werking is getreden.
- 3.18 De Consumentenautoriteit heeft op basis hiervan in redelijkheid kunnen besluiten dat voor een toezeggingstraject geen plaats is (randnr. 3.6.4 schriftelijke toelichting).

Ad 5. De hoogte van de boete is niet redelijk en zorgvuldig vastgesteld en er heeft geen evenwichtige afweging van belangen plaatsgevonden (schriftelijke toelichting randnrs. 3.7.1-3.1.17 en 6.1-6.3 pleitnota)

- 3.19 De Consumentenautoriteit stelt dat zij in het bestreden besluit zeer uitvoerig de hoogte van de opgelegde boete heeft gemotiveerd (randnrs. 162-178). Daarbij heeft de Consumentenautoriteit gemotiveerd dat de volgende criteria een rol spelen: ernst en duur van de overtreding, verwijtbaarheid, de omstandigheden van het geval, speciale en generale preventie (randnr. 3.7.3 schriftelijke toelichting). De boete is met 10% verlaagd omdat BCC de verkoop van het product 'Service Plus Pakket' heeft gestaakt.
- 3.20 De Consumentenautoriteit stelt dat het niet zoveel zegt dat het bedrijfsresultaat van BCC negatief is; wat relevant is, is de financiële draagkracht. Volgens de Consumentenautoriteit is de boete, gelet op de totale omzet van BCC, niet onevenredig hoog. (randnr. 3.7.10 schriftelijke toelichting)
- 3.21 Van willekeur, hetgeen tot verlaging van de boete zou moeten leiden, is volgens de Consumentenautoriteit geen sprake. Aan het gelijkheidsbeginsel komt bij toezichtsbevoegdheden volgens de Consumentenautoriteit minder betekenis toe. De Consumentenautoriteit heeft de vrijheid haar toezichtscapaciteit doelmatig in te zetten. Bovendien heeft BCC niet aangetoond dat zij anders wordt behandeld dan andere, gelijke gevallen.

4 Toepasselijke regelgeving

- 4.1 Op 1 juli 2009 zijn de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 264) en de Aanpassingswet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 265) in werking getreden. Door de betrokken wetgeving is de Whc met ingang van die dag gewijzigd. Op grond van artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is *in casu* het recht van vóór 1 juli 2009 van toepassing, nu het bestreden besluit is opgelegd voor overtredingen die hebben plaatsgevonden vóór 1 juli 2009.
- 4.2 De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.2 jo. artikel 2.7, eerste lid, jo. bijlage b van de Whc belast met onder meer de bestuursrechtelijke handhaving van artikel 8.8 Whc.
- 4.3 Artikel 8.8 Whc luidt – voor zover hier relevant – als volgt:
- "Een handelaar neemt de bepalingen van afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht."
- 4.4 Artikel 6:193c BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:
- "1. Een handelspraktijk is misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van:
- a. [...]
[...]
- g. de rechten van de consument waaronder het recht van herstel of vervanging van de afgeleverde zaak of het recht om de prijs te verminderen, of de risico's die de consument eventueel loopt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.
2. [...]"
- 4.5 Artikel 6:193g BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"De volgende handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden misleidend:

a. [...]

[...]

j. wettelijke rechten van consumenten voorstellen als een onderscheidend kenmerk van het aanbod van de handelaar;

[...]"

4.6 Artikel 1.1 Whc luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

[...]

e. financiële dienst of activiteit:

1°. een financiële dienst als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht en het aanbieden van effecten aan het publiek of het doen toelaten van effecten tot de handel op een in Nederland gelegen of functionerende gereguleerde markt, bedoeld in artikel 5:2 van de Wet op het financieel toezicht;

2°. het in de uitoefening van een bedrijf buiten besloten kring aantrekken, ter beschikking verkrijgen of ter beschikking hebben van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen als bedoeld in artikel 3:5, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht, dan wel het als tussenpersoon werkzaamheden verrichten in de zin van artikel 4:3, eerste lid, van laatstgenoemde wet;

3°. een geldtransactie als bedoeld in artikel 1 van de Wet inzake geldtransactiekantoren;

4°. het exploiteren of beheren van een gereguleerde markt waarvoor een vergunning als bedoeld in artikel 5:26, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht is verleend of het exploiteren van een multilaterale handelsfaciliteit waarvoor een vergunning als bedoeld in artikel 2:96 van de Wet op het financieel toezicht is verleend;

5°. een dienst als bedoeld onder 6 van de bijlage van richtlijn nr. 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG (PbEU L 319);

[...]"

4.7 Artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht ("**Wft**") luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt, voorzover niet anders is bepaald, verstaan onder:

aanbieden:

a. het in de uitoefening van een beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een consument inzake een financieel product dat geen financieel instrument of verzekering is of het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aangaan, beheren of uitvoeren van een dergelijke overeenkomst;

b. het in de uitoefening van een beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst inzake een verzekering of het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aangaan, beheren of uitvoeren van een dergelijke overeenkomst; of

c. het rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst inzake een recht van deelneming in een beleggingsinstelling of het rechtstreeks of middellijk vragen of verkrijgen van gelden of andere goederen van een cliënt ter deelneming in een beleggingsinstelling;

[...]

financieel product:

a. een beleggingsobject;

b. een betaalrekening met inbegrip van de daaraan verbonden betaalfaciliteiten;

c. elektronisch geld;

d. een financieel instrument;

e. krediet;

f. een spaarrekening met inbegrip van de daaraan verbonden spaarfaciliteiten;

g. een verzekering die geen herverzekering is; of

h. een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen ander product;

financiële dienst:

a. aanbieden;

b. adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten;

c. bemiddelen;

d. herverzekeringsbemiddelen;

- e. optreden als clearinginstelling;
- f. optreden als gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent; of
- g. verlenen van een beleggingsdienst;
- h. verrichten van een beleggingsactiviteit;
- [...]

schadeverzekering:

- a. schadeverzekering als bedoeld in artikel 944 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, niet zijnde een natura-uitvaartverzekering;
- b. ongevallenverzekering; of
- c. sommenverzekering als bedoeld in artikel 964 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, niet zijnde een levensverzekering of een financieel instrument, met dien verstande dat voor de toepassing van deze wet een verzekering slechts als schadeverzekering wordt aangemerkt indien sprake is van een uitkeringsplicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen;

[...]

verzekering:

- a. herverzekering;
- b. levensverzekering;
- c. natura-uitvaartverzekering; of
- d. schadeverzekering;
- [...]"

4.8 Artikel 7:6a BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

- "1. Indien in geval van een consumentenkoop in een garantie door de verkoper of de producent bepaalde eigenschappen zijn toegezegd, bij het ontbreken waarvan de koper bepaalde rechten of vorderingen worden toegekend, dan kan de koper deze uitoefenen onverminderd alle andere rechten of vorderingen die de wet de koper toekent.
2. In een garantie moet op duidelijke en begrijpelijke wijze worden vermeld welke in lid 1 bedoelde rechten of vorderingen een koper worden toegekend en moet worden vermeld dat deze een koper toekomen onverminderd de rechten of vorderingen die de wet hem toekent. Voorts moeten in een garantie de naam en het adres worden vermeld van de verkoper of de producent van wie de garantie afkomstig is, alsmede de duur en het gebied waarvoor de garantie geldt.
3. De in lid 2 bedoelde gegevens moeten de koper op zijn verlangen worden verstrekt. Dit geschiedt schriftelijk of op een andere ter beschikking van de koper staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager.
4. De aan de koper door de verkoper of de producent in een garantiebewijs toegekende rechten of vorderingen komen hem ook toe indien de zaak niet de eigenschappen bezit die in een reclame door deze verkoper of producent zijn toegezegd.
5. In dit artikel wordt verstaan onder:
 - garantie: een in een garantiebewijs of reclame gedane toezegging als bedoeld in lid 1;
 - producent: de fabrikant van de zaak, degene die de zaak in de Europese Economische Ruimte invoert, alsmede een ieder die zich als producent presenteert door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op de zaak aan te brengen."

4.9 Artikel 7:17 BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

- "1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
2. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.
- [...]"

4.10 Artikel 7:925 BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

- "1. Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.
2. [...]"

4.11 Artikel 7:944 BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden."

4.12 Artikel 7:951 BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"De verzekeraar vergoedt geen schade aan een verzekerde zaak indien die is veroorzaakt door de aard of een gebrek van die zaak."

4.13 Op grond van artikel 2.9 Whc is de Consumentautoriteit bevoegd om een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen als zij van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden. In de artikelen 2.10 tot en met 2.23 Whc worden nadere voorschriften voor de uitoefening van deze bevoegdheid gegeven.

4.14 Op grond van artikel 2.15 Whc bedraagt de bestuurlijke boete ten hoogste € 450.000,-.

4.15 Artikel 2.21, eerste lid, Whc – zoals dat gold in het tijdvak waarop het handhavend optreden van de Consumentenautoriteit betrekking heeft – bepaalt dat de Consumentenautoriteit de bestuurlijke boete afstemt op de ernst en duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij dient de Consumentenautoriteit zo nodig rekening te houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

5 Overwegingen Commissie

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van BCC

5.1 Het bezwaarschrift is tijdig ontvangen en voldoet ook overigens aan alle vereisten voor ontvankelijkheid.

Ad 1 - 1. Ontbreekt de handhavende bevoegdheid van de Consumentenautoriteit?

5.2 In de onderzoeksperiode van de Consumentenautoriteit heeft BCC volgens de Consumentenautoriteit drie verschillende productvormen van aankoopgaranties aangeboden:

- het Privé Garantieplan – van 15 oktober 2008 tot december 2008;
- de Verlengde Garantie – van december 2008 tot juli 2009;
- het Service Plus Pakket – van juli 2009 tot 1 november 2009.

5.3 BCC bestrijdt dat zij in de periode van 15 oktober 2008 tot december 2008 het Privé Garantieplan verkocht; zij stelt dat zij in die periode reeds de Verlengde Garantie verkocht. Hierop zal de Commissie nader ingaan onder randnr. 5.36 en 5.37. Voor de bevoegdheidsvraag neemt de Commissie hier veronderstellenderwijs aan dat BCC in de genoemde periode een handelspraktijk met betrekking tot het Privé Garantieplan heeft gebezigd.

- 5.4 Om te bepalen of de Consumentenautoriteit bevoegd was om jegens BCC handhavend op te treden en in het bestreden besluit een boete op te leggen aan BCC, is van belang of bij de drie verschillende productvormen van aankoopgaranties sprake is van 'financiële diensten of activiteiten'. Immers, indien sprake is van financiële diensten of activiteiten, is de Consumentenautoriteit op basis van artikel 2.2 Wvc niet bevoegd tot handhaving.
- 5.5 Of sprake is van een financiële dienst of activiteit moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 1.1, aanhef en onder e, Wvc, jo. artikel 1:1 Wft. Ten eerste bepaalt artikel 1.1, aanhef en onder e, Wvc dat een financiële dienst of activiteit o.a. een 'financiële dienst' als bedoeld in artikel 1:1 Wft is. Artikel 1:1 Wft bepaalt dat een financiële dienst o.a. 'aanbieden' is; aanbieden betreft onder meer het aanbieden van 'een verzekering'. Een verzekering is krachtens artikel 1:1 Wft o.a. een 'schadeverzekering'. Een schadeverzekering is krachtens artikel 1:1 Wft o.a. een 'schadeverzekering als bedoeld in artikel 944 van Boek 7 BW, met dien verstande dat voor de toepassing van de Wft een verzekering slechts als schadeverzekering wordt aangemerkt indien sprake is van een uitkeringsplicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen.'
- 5.6 De vraag of de Consumentenautoriteit bevoegd is handhavend op te treden jegens BCC wordt *in casu* dan ook beheerst door de vraag of de drie verschillende productvormen van aankoopgaranties kwalificeren als 'schadeverzekering als bedoeld in artikel 944 van Boek 7 BW (de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden), met dien verstande dat voor de toepassing van de Wft een verzekering slechts als schadeverzekering wordt aangemerkt indien sprake is van een uitkeringsplicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen'. Daarbij moet verder zijn voldaan aan de overige criteria van 'verzekering' ex artikel 7:925 BW; die criteria¹ zijn dat sprake moet zijn van (i) een overeenkomst, (ii) een verbintenis tot premiebetaling, (iii) een verbintenis tot uitkering en (iv) onzekerheid.
- 5.7 Van belang bij de beoordeling van de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit is voorts dat er overleg heeft plaatsgevonden tussen AFM, Consumentenautoriteit en DNB over het verschijnsel 'aankoopgaranties'. In een ongedateerd document "Gezamenlijke standpunten" (CA/NCB/338/31) valt hierover onder meer te lezen:

"Gedurende het onderzoek heeft op verschillende momenten overleg en afstemming plaatsgevonden tussen de CA en DNB/AFM teneinde te bepalen welke toezichthouder bevoegd zou zijn onderzoek te doen en op te treden in het geval overtredingen zouden worden geconstateerd. Daarbij draaide het om de volgende vraag:
Is er sprake van een verzekering m.b.t. een aankoop garantie en derhalve van een financieel product?
Volgens DNB/AFM wordt een overeenkomst als schadeverzekering aangemerkt indien er sprake van een verzekering die in ieder geval voldoet aan de volgende voorwaarden:
een overeenkomst,
een verbintenis tot premiebetaling,
een verbintenis tot uitkering,
onzekerheid.

¹ Zie de website van De Nederlandsche Bank ("DNB") over de vraag of sprake is van een verzekering, zodat de verzekeraar ex artikel 2:27 Wft verplicht is een vergunning te hebben van DNB. Zie ook Bijlage 31, voor het gemeenschappelijk standpunt van AFM/CA/DNB op dit punt.

Meer specifiek met betrekking tot een bijkoop garantie moet ook aan de volgende voorwaarde worden voldaan: Er wordt meer geboden dan waar een consument recht op heeft op basis van de wet (surplus).

Conclusie van de overleggen was dat bij de toen onderzochte bijkoop garantie geen sprake was van een verzekering en derhalve niet van een financieel product aangezien er geen sprake was van een surplus. De 'bijkoop garanties' boden inhoudelijk niet meer rechten dan de consument reeds bezat op grond van de wet. Gezien de uitkomsten van dit overleg heeft de CA haar onderzoek naar het bijkopen van garantie voortgezet.

Uit het nadere onderzoek [...] is gebleken dat [bepaalde ondernemingen] de inhoud van hun bijkoop garantie na de rapportage van april 2009 hebben aangepast. Inhoud van deze wijziging is, dat normale slijtage en ondeskundig gebruik nu ook binnen de 'dekking' van de bijkoop garantie vallen. Gevolg hiervan is, dat de gewijzigde bijkoop garantie nu wel meer biedt dan de rechten die een consument heeft op basis van de wet. Er is derhalve sprake van een surplus waardoor de bijkoopgarantie als een verzekering moet worden gekwalificeerd. Na de wijziging is dus sprake van een verzekering en daarmee van een financieel product. Met ingang van het moment van wijziging heeft de CA derhalve geen bevoegdheid meer om op te treden tegen overtredingen die betrekking hebben op de bijkoopgarantie. De ondernemingen verkopen illegaal, namelijk zonder een daarvoor bestemde vergunning, een verzekering. De AFM is bevoegd op te treden tegen overtredingen die betrekking hebben op de bijkoopgarantie als verzekering zodra een dergelijke vergunning is verleend."

- 5.8 De Commissie oordeelt als volgt. De overkoepelende vraag die hier voorligt is of een 'bijkoopgarantie' een verzekeringsovereenkomst is. Heel algemeen omschreven is een bijkoopgarantie een aparte overeenkomst tussen verkoper en koper waarbij een verkoper van een zaak zich tegen betaling van een geldbedrag verplicht om in het geval van een onzeker toekomstig voorval met betrekking tot die zaak, bepaalde schade die de wederpartij lijdt, weg te nemen, hetgeen als verzekeringsovereenkomst kan worden gezien.
- 5.9 De vraag is dus niet zozeer of de bijkoopgaranties 'meer bieden dan wettelijke rechten', – welke vraag door BCC en de Consumentenautoriteit verschillend wordt beantwoord – maar of de bijkoopgaranties een uitkeringsplicht kennen tot vergoeding van vermogensschade ten gevolge van een onzeker voorval.
- 5.10 De Consumentenautoriteit heeft gesteld dat indien de bijkoopgaranties enkel leiden tot een uitkeringsplicht in gevallen waarin consumenten al op basis van hun wettelijke rechten recht zouden hebben op schadevergoeding, alsdan geen sprake is van een financiële dienst. De uitkeringsplicht zou dan niet het gevolg van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid zijn, maar van een wettelijk recht. Deze opvatting deelt de Commissie niet.
- 5.11 Het komt de Commissie voor dat een bijkoopgarantie als waarvan hier sprake is, heel wel (ook) als verzekeringsovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Het gaat immers om een aparte overeenkomst – die geen onderdeel uitmaakt van de initiële koopovereenkomst en die bovendien ook kan worden gesloten enige tijd ná de aankoop – uit hoofde waarvan een apart bedrag (premie) wordt betaald door de consument, en waarbij de voorwaardelijke wederprestatie door BCC hierin bestaat dat BCC de wederpartij schadeloos zal stellen (dus: het vergoeden van vermogensschade) ingeval zich een onzeker toekomstig voorval voordoet. Dat voorval is al naar gelang het type bijkoopgarantie ruimer of minder ruim omschreven, maar steeds betreft het het niet of niet correct functioneren van de gekochte zaak. Bij aanvang van de overeenkomst is onzeker of en zo ja wanneer dat disfunctioneren zich zal voordoen. Daarmee is op het eerste gezicht aan de definitie van verzekeringsovereenkomst voldaan, zo komt het de Commissie voor.

- 5.12 Daaraan doet niet af dat de overeenkomst mogelijk geen 'surplus' biedt bovenop de wettelijke rechten. De Commissie kan niet achterhalen waarop dit surplus-criterium in het gezamenlijk standpunt van AFM, Consumentenautoriteit en DNB is gestoeld: het vereiste van 'surplus' maakt geen onderdeel uit van de relevante wetsbepalingen, en is voor zover de Commissie heeft kunnen achterhalen evenmin te baseren op de relevante wetsgeschiedenis, rechtspraak of gangbare interpretatie van het begrip 'verzekeringsovereenkomst'. De Consumentenautoriteit heeft het surplus-criterium aldus verwoord dat geen sprake zou zijn van dekking van een risico, "want de eventualiteiten waarop de aankoopgaranties betrekking hebben worden reeds getackeld door de normale aanspraken uit het consumentenrecht. Tegenover de prijs die de consument aan BCC betaalt staat dus geen afzonderlijke civielrechtelijke prestatie" (schriftelijke toelichting, 3.1.7). Dit komt de Commissie voor als een onjuiste uitleg van de strekking van het begrip verzekering: ook een verzekering die ertoe strekt de schadelijke gevolgen van een onzeker voorval weg te nemen, welke mogelijkerwijs al door een andere overeenkomst 'getackeld' worden, biedt de verzekering dekking van een verzekerd belang tegen een onzeker voorval.
- 5.13 Het komt de Commissie kortom voor dat ook een verzekeringsovereenkomst die niet meer of anders biedt dan hetgeen de verzekerde reeds uit hoofde van een andere overeenkomst met dezelfde partij kan vorderen ingeval van het intreden van het onzekere voorval, nog steeds kan kwalificeren als een verzekeringsovereenkomst. Dat BCC in voorkomend geval presteert uit hoofde van de ene overeenkomst terwijl zij (mogelijkerwijs) ook reeds zou moeten presteren uit hoofde van de andere overeenkomst, doet aan die kwalificatie als zodanig niet af.
- 5.14 De standpunten omtrent de drie specifieke aankoopgaranties nader in detail besprekende, oordeelt de Commissie als volgt.
- 5.15 Wat betreft het 'eerste' product 'Privé Garantieplan' overweegt de Commissie als volgt. Bijlage 4 (CA/NCB/338/4) in het dossier bevat een uittreksel van de website van BCC, met wat lijken te zijn de algemene voorwaarden van levering van BCC, waarin in artikel 7.3 wordt verwezen naar het 'Privé Garantieplan', waarvan de voorwaarden kunnen worden opgevraagd bij het BCC Service Center. Die voorwaarden van het 'Privé Garantieplan' bevinden zich niet in het dossier, zodat niet goed kan worden beoordeeld wat de inhoud is van dit product, en of het kan worden gekwalificeerd als 'financiële dienst of activiteit' ex artikel 1.1, aanhef en onder e, Whc. Artikel 7.3 van dat document bepaalt enkel:
- "BCC biedt de koper met het BCC Privé Garantie Plan de mogelijkheid om de garantietermijn met maximale zekerheid te verlengen tot maximaal, afhankelijk van het artikel, drie of vijf jaar. De kosten, en voorwaarden, van een dergelijke garantieterlenging kunnen opgevraagd worden bij het BCC Service Center."
- 5.16 BCC heeft niet aangegeven waarin volgens haar de meerwaarde van het product 'Privé Garantieplan' (het eerste product) is gelegen, waarschijnlijk omdat zij stelt dat product niet meer te hebben verkocht binnen de onderzoeksperiode van de Consumentenautoriteit.
- 5.17 De Consumentenautoriteit stelt dat het product 'Privé Garantieplan' niet kwalificeert als financiële dienst of activiteit, nu het geen toegevoegde waarde biedt. Voorts stelt de

Consumentenautoriteit dat ook als aangenomen zou moeten worden dat de bijkoopgarantie "iets verder gaa[t] dan de aanspraken die de wet aan consumentenkoop verbindt", dit niet betekent dat deze kwalificeert als financieel product; het betreft dan volgens de Consumentenautoriteit 'bovenwettelijke garanties' (randnr. 3.1.12 schriftelijke toelichting).

- 5.18 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit om nader te motiveren waarom het Privé Garantieplan niet zou kwalificeren als 'verzekering'. Zoals hiervoor uiteengezet, komt het de Commissie namelijk voor dat ook een bovenwettelijke garantie als verzekeringsovereenkomst kan kwalificeren indien sprake is van een apart gesloten overeenkomst met een apart berekende premie, die recht geeft op schadeloosstelling bij een onzeker toekomstig voorval.
- 5.19 Wat betreft het 'tweede' product, de Verlengde Garantie, oordeelt de Commissie als volgt. Bijlage 6 (CA/NCB/338/6) in het dossier bevat (o.a.) een folder over het product 'Verlengde Garantie' (dat tussen december 2008 en juli 2009 is verkocht), en wat *lijken* te zijn de algemene voorwaarden van de 'Verlengde Garantie'. Daarin staat onder meer het volgende:

"Binnen de looptijd van uw BCC Verlengde Garantie worden, bij normaal gebruik alle fabricage- en of materiaalfouten kosteloos hersteld."

"Waarom verlengde garantie afsluiten bovenop de reguliere garantie? Natuurlijk mag u verwachten dat het apparaat langer meegaat dan de garantietermijn. Echter storingen en mankementen zijn nooit helemaal uit te sluiten. Door middel van de BCC Verlengde Garantie kunt u de duur van de reguliere garantie met maximale zekerheid verlengen tot maar liefst 4 of 6 jaar. U betaalt bij storing dan geen materiaal-, loon- en/of voorrijkosten."

"BCC garandeert dat het gekochte apparaat binnen de door u gekozen maximale garantieduur van 4 of 6 jaar na afleverdatum kosteloos wordt hersteld of vervangen indien bij normaal gebruik, met inachtneming van de aanwijzingen die in de gebruiksaanwijzing zijn opgenomen, fabricage- en of materiaalfouten optreden. Onder fabricage- en of materiaalfouten wordt verstaan: gebreken aan het apparaat waardoor normaal gebruik daarvan onmogelijk wordt."

Voor reparaties waarvan blijkt dat de reparateur deze bij u thuis middels een aan-huis-service dient uit te voeren worden geen voorrijkosten in rekening gebracht, voor zover het geconstateerde gebrek is aan te merken als een fabricage- of materiaalfout."

- 5.20 De Consumentenautoriteit stelt dat het product 'Verlengde Garantie' niet kwalificeert als financiële dienst of activiteit, nu het geen toegevoegde waarde biedt. BCC stelt daarentegen dat de meerwaarde van de 'Verlengde Garantie' is gelegen in de volgende omstandigheden:
- (i) de aangekochte garantieperiode van vier tot zes jaar overschrijdt voor een aanzienlijk aantal producten de wettelijke termijn waarbinnen kosteloos zou moeten worden gerepareerd;
 - (ii) gedurende de overeenkomen garantietermijn hoeft de consument geen non-conformiteit aan te tonen, terwijl dat op grond van de wet wel na zes maanden mag worden verlangd;
 - (iii) er hoeven in geen geval voorrij-, herstel- en/of vervangingskosten te worden betaald, terwijl dat bij levensduurverlengende reparatie wel zo mogen (redelijke vergoeding).
- 5.21 Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat ook als aangenomen zou moeten worden dat de bijkoopgarantie "iets verder gaa[t] dan de aanspraken die de wet aan consumentenkoop verbindt", dit niet betekent dat deze kwalificeert als financieel product; het betreft dan

volgens de Consumentenautoriteit 'bovenwettelijke garanties' (randnr. 3.1.12 schriftelijke toelichting).

- 5.22 Het komt de Commissie voor dat ook ten aanzien van het product 'Verlengde Garantie' primair getoetst moet worden aan het begrip 'financiële dienst of activiteit' c.q. 'verzekeringsovereenkomst'. Op het eerste gezicht voldoet ook de 'Verlengde Garantie' aan de kenmerken van een 'verzekering'. Onduidelijk is waar het nadere vereiste van toegevoegde waarde c.q. surplus op gestoeld is; ook een verzekeringsovereenkomst die volslagen overbodig is, is een verzekeringsovereenkomst. In het licht van een en ander adviseert de Commissie aan de Consumentenautoriteit om nader te motiveren wat de kenmerken zijn van het product 'Verlengde Garantie' die maken dat niet gesproken kan worden van een 'verzekering'. Dat een bijkoopgarantie in bepaalde gevallen mogelijk zowel onder de definitie van 'verzekering' valt als onder de definitie van een 'bovenwettelijke garantie' als bedoeld in art. 7:6a BW, doet aan die noodzaak tot nadere motivering niet af.
- 5.23 Concluderend ten aanzien van het 'eerste' en het 'tweede' product adviseert de Commissie de Consumentenautoriteit in het besluit op bezwaar op voornoemde punten haar bevoegdheid nader te motiveren en, indien de Consumentenautoriteit zou constateren dat het product 'Privé Garantieplan' en/of 'Verlengde Garantie' moet(en) worden gekwalificeerd als financiële dienst of activiteit, zichzelf onbevoegd te verklaren, het bezwaar op dit punt gegrond te verklaren en het bestreden besluit te herroepen.
- 5.24 Mocht de Consumentenautoriteit op grond van heroverweging niettemin constateren dat het product 'Privé Garantieplan' en/of 'Verlengde Garantie' *niet* moet(en) worden gekwalificeerd als financiële dienst of activiteit, dan geldt het navolgende als advies van de Commissie met betrekking tot de overige bezwaren van BCC.
- 5.25 Ten aanzien van het (derde) product 'Service Plus Pakket' stelt de Consumentenautoriteit dat zij niet bevoegd is om handhavend op te treden, nu dat product moet worden gekwalificeerd als financiële dienst of activiteit. Nu de Consumentenautoriteit zichzelf ten aanzien van dit product niet bevoegd heeft geacht, en geen boete heeft opgelegd, kan in het midden blijven of de Consumentenautoriteit terecht tot deze conclusie is gekomen.
- 5.26 Wel merkt de Commissie hierover op dat de Consumentenautoriteit de boete heeft opgelegd voor de geconstateerde overtreding in de periode van 15 oktober 2008 tot 1 november 2009. Nu de Consumentenautoriteit zelf heeft vastgesteld dat BCC vanaf 1 juli 2009 het product 'Service Plus Pakket' verkocht, zodat de Consumentenautoriteit vanaf die datum – zoals zij zelf stelt – niet langer bevoegd was handhavend op te treden (maar de AFM bevoegd zou zijn om handhavend op te treden), had de Consumentenautoriteit de boete niet kunnen opleggen voor de periode van 1 juli 2009 tot 1 november 2009. Hiermee is naar het oordeel van de Commissie in het bestreden besluit ten onrechte geen rekening gehouden. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit met deze omstandigheid in de beslissing op bezwaar rekening te houden.

Ad 2 – Wordt dwingendwettelijke wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit in het bestreden besluit onjuist toegepast?

- 5.27 Ervan uitgaande dat de Consumentenautoriteit bevoegd was handhavend op te treden jegens BCC voor de verkoop van het 'Privé Garantieplan' en de 'Verlengde Garantie' als deze niet kwalificeren als 'financiële dienst of activiteit' ex artikel 1.1 Whc, overweegt de Commissie het volgende ten aanzien van de vraag of de verkoop door BCC van deze beide producten een overtreding van de artikelen 8.8 Whc jo. 6:193c, lid 1, onder g, BW en 6:193g, aanhef en onder j, BW oplevert.
- 5.28 De Consumentenautoriteit heeft vastgesteld dat BCC twee overtredingen heeft begaan. In de eerste plaats is sprake van overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193g, aanhef en onder j, BW, doordat BCC kort gezegd de Verlengde Garantie in haar schriftelijke materiaal en in verkoopsgesprekken heeft voorgesteld als een onderscheidend kenmerk van het aanbod van BCC, terwijl consumenten in werkelijkheid extra geld betaalden voor een recht dat ze al uit anderen hoofde (de koopovereenkomst) toekwam.
- 5.29 In de tweede plaats is sprake van overtreding van art. 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, sub g, BW doordat BCC kort gezegd door middel van haar website, de voorwaarden van het Privé Garantieplan, de folder en voorwaarden bij de Verlengde Garantie, alsmede in gesprekken met consumenten de misleidende indruk wekt dat consumenten na afloop van de fabrieksgarantie geen rechten meer hebben en dat BCC aldus consumenten heeft misleid ten aanzien van het recht van herstel of vervanging of de risico's die de consument eventueel loopt.
- 5.30 De bezwaren van BCC op dit punt komen er kort gezegd op neer dat de bijkoopgaranties wel toegevoegde waarde hebben en dat, nu de wettelijke regeling onduidelijk en onvoorspelbaar is, deze producten zekerheid bieden waar de wettelijke regeling die niet biedt. Meer in het bijzonder stelt BCC dat de Consumentenautoriteit er te makkelijk van uitgaat dat (i) een 'gebrekig product' per definitie 'non-conform' is zodat de consument recht zou hebben op kosteloos herstel of vervanging, en dat (ii) een non-conform product (wat in de ogen van de Consumentenautoriteit kennelijk gelijk is aan een gebrekig product) de consument per definitie recht geeft op kosteloos herstel of vervanging. Beide veronderstellingen zijn een te sterke versimpeling van de werkelijkheid, zo stelt BCC, zodat de Consumentenautoriteit ten onrechte concludeert dat BCC 'een sigaar uit eigen doos aanbiedt' en derhalve artikel 6:193g, onder j, en artikel 6:193g, aanhef en onder j, BW overtreedt.
- 5.31 BCC lijkt hiermee te betogen dat er producten en omstandigheden zijn waarvoor geldt dat weliswaar sprake is van een gebrekig product, maar dat de consument toch geen recht heeft kosteloos herstel of vervanging omdat geen sprake is van non-conformiteit. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij de goedkopere elektronica producten zoals een waterkoker van een goedkoop merk, die na drie jaar stuk gaat. Voor die gevallen biedt de bijkoopgarantie volgens BCC wél meerwaarde, zodat de artikelen 6:193g, onder j, en 6:193g, aanhef en onder j, BW niet worden overtreden. Dit is volgens BCC voor een "aanzienlijk aantal producten" het geval, nu voor die producten (zoals bijv. waterkokers) geldt dat de aangekochte garantieperiode van vier tot zes jaar de wettelijke termijn waarbinnen kosteloos zou moeten worden gerepareerd, overschrijdt.

- 5.32 BCC ontkent met haar bezwaren niet dat er tevens producten en omstandigheden zijn waarvoor wél geldt dat sprake is van een gebrekkig product dat non-conform is en waarvoor de consument recht heeft op kosteloos herstel of vervanging zodat de bijkoopgarantie géén meerwaarde biedt. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij een wasmachine van een goed merk, waarvan de consument mag verwachten dat deze langer mee gaat dan de fabrieksgarantie van twee jaar. Als een dergelijke wasmachine na de wettelijke garantietermijn van twee jaar een defect aan bijvoorbeeld temperatuurregelaar krijgt, is goed denkbaar dat de consument met recht kan stellen dat hij recht heeft op kosteloos herstel of vervanging ex artikel 7:21 BW.
- 5.33 Voor laatstgenoemde producten en omstandigheden stelt BCC wel dat het voordeel voor consumenten van de bijkoopgarantie is gelegen in de omstandigheid dat (i) de consument gedurende de overeengekomen garantietermijn de non-conformiteit niet hoeft aan te tonen, terwijl dat op grond van de wet na zes maanden mag worden verlangd, en (ii) de consument geen voorrij-, herstel- en/of vervangingskosten hoeft te betalen terwijl dat bij levensduurverlengende reparatie wel mag worden verlangd (een redelijke vergoeding).
- 5.34 Hiertegenover stelt de Consumentenautoriteit dat het niet relevant is of men bij bepaalde kapotte producten geen recht op kosteloos herstel of vervanging heeft omdat geen sprake zou zijn van non-conformiteit (het geval van de goedkope waterkoker). Het gaat er volgens de Consumentenautoriteit kennelijk om dat – nu BCC het ten aanzien van de bijkoopgaranties jegens klanten doet voorkomen dat zij eventuele reparatiekosten na afloop van de fabrieksgarantie altijd moeten betalen – BCC de artikelen 6:193c, lid 1, onder g, en 6:193g, aanhef en onder j, BW overtreedt. Nu volgens de Consumentenautoriteit, in het geval producten niet de eigenschappen bezitten die de koper bij normaal gebruik hiervan mocht verwachten, vrijwel altijd sprake is van een non-conform product waarbij de consument op grond van de wet recht heeft op kosteloos herstel, is ook vrijwel altijd sprake van misleiding van de klant ten aanzien van wettelijke rechten als bedoeld in de artikelen 6:193c, lid 1, onder g, en 6:193g, aanhef en onder j, BW (zie randnummer 3.2.8 schriftelijke toelichting). Op deze manier worden wettelijke rechten volgens de Consumentenautoriteit door BCC immers 'vrijwel altijd' voorgesteld als onderscheidend kenmerk van de bijkoopgarantie (strijd met artikel 6:193g BW), en wordt voorts informatie verstrekt aan de consument die 'vrijwel altijd' feitelijk onjuist is of de gemiddelde consument kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van het recht van herstel of vervanging (strijd met artikel 6:193c BW).
- 5.35 De Commissie overweegt hieromtrent allereerst dat de geconstateerde handelspraktijk zich uitstrekt over de verkoop van bijkoopgaranties van zo goed als alle elektronische producten die BCC verkoopt. Dat wil zeggen dat BCC bijkoopgaranties aanbiedt bij zowel producten zoals 'goedkope waterkokers' als bij producten zoals 'dure wasmachines'. Dat betekent volgens de Commissie dat het voor het oordeel over de vraag of BCC de artikelen 8.8 Whc jo. 6:193c, lid 1, onder g, en 6:193g, aanhef en onder j, BW overtreedt, niet uitmaakt of die overtreding slechts betrekking zou hebben op de verkoop van bijkoopgaranties bij dure wasmachines en niet op de verkoop van bijkoopgaranties van goedkope waterkokers. Voor

het constateren van een overtreding is immers enkel noodzakelijk dat geconstateerd wordt dat sprake is van een handelspraktijk; daarvan is naar het oordeel van de Commissie sprake. Het maakt dan ook niet uit of die handelspraktijk dan enkel misleidend is wanneer zij 'dure wasmachines' betreft, en niet wanneer zij 'goedkope waterkokers' betreft.

- 5.36 Dit leidt ten aanzien van het 'eerste' en het 'tweede' product van BCC tot het volgende oordeel van de Commissie.
- 5.37 Ten aanzien van het product 'Privé Garantieplan' stelt BCC dat zij dit product in de gestelde periode van 15 oktober 2008 tot december 2008 niet verkocht heeft en dat zij reeds was overgegaan op de verkoop van het product 'Verlengde Garantie'. De Consumentenautoriteit baseert haar stelling dat BCC dit product verkocht op één bedrijfsbezoek bij BCC te Den Bosch op 16 oktober 2008, zo blijkt uit Bijlage CA/NCB/338/2 in het dossier, waar ook wordt verwezen naar de achterkant van een kassabon waarop verwezen zou worden naar het 'Privé Garantieplan' (welke kassabon zich niet in het dossier bevindt), en op een uitdraai van de website van BCC op 26 november 2008, alwaar verwezen wordt naar het product 'Privé Garantieplan' (zie Bijlage CA/NCB/338/4).
- 5.38 Gelet op de gemotiveerde stellingen van BCC (zie met name paragraaf 4.3 en 4.4 van de zienswijze) dat BCC het product 'Privé Garantieplan' niet langer verkocht vanaf oktober 2008, adviseert de Commissie de Consumentenautoriteit nader te onderbouwen waarom BCC niettemin een oneerlijke handelspraktijk pleegde met betrekking tot dit product. Immers, de constatering van de Consumentenautoriteit is enkel gebaseerd op één bedrijfsbezoek en een uitdraai van de website, zodat de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie nader zou moeten motiveren waarom toch sprake is van een 'handelspraktijk' in de periode van 15 oktober tot december 2008 ten aanzien van de verkoop van het 'Privé Garantieplan' als betwist wordt dat dit bijkoopproduct daadwerkelijk verkocht is in die periode.
- 5.39 Met betrekking tot de 'Verlengde Garantie' oordeelt de Commissie dat uit het onderzoek van de Consumentenautoriteit genoegzaam is komen vast te staan dat BCC er voor heeft gekozen om actief bijkoopgaranties aan te bieden aan consumenten. Ook staat voor de Commissie vast dat de voorwaarden van het product 'Verlengde Garantie' en de wijze waarop dit product in het materiaal van BCC werd aangeprezen, de suggestie wekten dat de 'Verlengde Garantie' een bijzonder recht gaf bij fabricage- en of materiaalfouten dat niet reeds op grond van de koopovereenkomst bestond. Met de Consumentenautoriteit oordeelt de Commissie dat voor een niet onaanzienlijk aantal producten een dergelijk recht reeds uit hoofde van de wettelijke regeling van de consumentenkoop bestaat. Door deze informatie niet actief aan consumenten mede te delen heeft BCC met de 'Verlengde Garantie' in zoverre de reeds bestaande wettelijke rechten van de consument voorgespiegeld als een onderscheidend kenmerk van de 'Verlengde Garantie' van BCC.
- 5.40 Dit is in de gegeven omstandigheden een overtreding van artikel 8.8 Whc jo. 6:193g, onder j, BW, temeer nu niet is komen vast te staan dat verkoopmedewerkers *geïnstureerd* waren om aan consumenten *duidelijk te maken* wat de precieze meerwaarde van de 'Verlengde Garantie' is ten opzichte van de wettelijke rechten van consumenten. De standaard van

professionele toewijding als bedoeld in artikel 6:193b BW brengt naar het oordeel van de Commissie met zich dat een handelaar in consumentengoederen die tegen een extra betaling een secundair garantieproduct aanbiedt dat op enigerlei wijze bescherming beoogt te bieden tegen disfunctioneren van het gekochte, zich inspant om aan de gemiddelde consument duidelijk te maken of en in hoeverre dat garantieproduct meerwaarde vertegenwoordigt. Onder omstandigheden brengt die standaard de plicht met zich om niet alleen te verwijzen naar de wettelijke rechten van de consument maar om ook uiteen te zetten wat die wettelijke rechten dan zijn en hoe de bijkoopgarantie daarop aanvulling, verduidelijking of verbetering aanbrengt.

- 5.41 Daaraan doet niet af dat de wettelijke regeling inzake non-conformiteit bij consumentenkoop niet met eenvoudige en duidelijke garantietermijnen werkt. Aan BCC kan weliswaar worden toegegeven dat die wettelijke regeling *in concreto* tot meningsverschil tussen verkoper en koper aanleiding kan geven, maar het gaat niet aan om – zoals BCC lijkt te hebben gedaan – zich als handelaar per definitie op het standpunt te stellen dat bij ommekomst van een vaste garantietermijn nooit enig wettelijk recht uitgeoefend kan worden tenzij de consument een bijkoopgarantie heeft aangeschaft. Door tegen die achtergrond actief tot verkoop van bijkoopgaranties over te gaan, die – althans in een aanzienlijk aantal gevallen – geheel of gedeeltelijk overlappen met wettelijke rechten, en zonder consumenten juist en volledig te informeren over hun wettelijke rechten en dus de toegevoegde waarde van de bijkoopgarantie, heeft BCC gehandeld in strijd met de Wet OHP.
- 5.42 Immers, uit (in elk geval) de combinatie van schriftelijk materiaal, websites, folders, bordjes, algemene voorwaarden en de verklaringen van de zijde van BCC over het verkoopproces, blijkt naar het oordeel van de Commissie afdoende dat BCC met de verkoop van 'Verlengde Garantie' aan consumenten heeft voorgehouden dat zij, zonder de bijkoopgarantie, in alle gevallen gebreken aan de verkochte elektronica-producten niet vergoed zouden krijgen. Nu er veel verschillende gevallen denkbaar zijn waarin de consument weldegelijk recht zou hebben op (in ieder geval gedeeltelijke) kosteloze reparatie of vervanging van een product dat buiten de wettelijke garantieperiode gebreken vertoont, heeft BCC in ieder geval in *die* gevallen de misleidende indruk gewekt dat consumenten na afloop van de fabrieksgarantie geen rechten meer hebben, en heeft BCC aldus consumenten misleid ten aanzien van het recht van herstel of vervanging of de risico's die de consument eventueel loopt.
- 5.43 In dat licht is de vraag of BCC de klant kon voorhouden dat de 'Verlengde Garantie' de consument 'maximale zekerheid' biedt, naar het oordeel van de Commissie enkel relevant in het kader van de vraag hoe de handelspraktijk van BCC in elkaar zat. De aanprijzing van de 'Verlengde Garantie' dat deze 'maximale zekerheid' biedt, is daarvan een onderdeel, dat naar het oordeel van de Commissie kan bijdragen aan het oordeel dat sprake is van een misleidende handelspraktijk. De vraag of bij deze uiting sprake is van een toegestane overdrijving van een reclame-uiting is in dat licht niet relevant. Ook deze uiting kan immers bijdragen aan het oordeel dat BCC ten onrechte heeft nagelaten consumenten te informeren over hun wettelijke rechten, terwijl BCC consumenten tegelijkertijd wél de bijkoopgarantie aanprijst met termen als 'maximale zekerheid' en 'zorgeloos jarenlang

kunnen genieten'. Het gaat er dan ook niet om of deze termen reclame-uitingen zijn die op zichzelf bezien niet misleidend zouden zijn, maar dat deze termen in het licht van de geconstateerde feiten en omstandigheden als geheel een misleidende handelspraktijk opleveren.

5.44 Ten overvloede merkt de Commissie op dat de vraag of de wettelijke regeling waarvan de Consumentenautoriteit overtreding heeft geconstateerd ingewikkeld is of niet, uiteraard niet relevant is voor de vraag of de Consumentenautoriteit terecht de overtreding van die wettelijke regeling heeft geconstateerd. Uit de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("**CBb**") volgt dat het op de weg van een professionele en ervaren marktpartij, in dit geval BCC, ligt om zichzelf tijdig op de hoogte te stellen van de reikwijdte van wettelijke bepalingen. Ook ontslaat de mogelijke complexiteit daarvan BCC uiteraard niet van haar verantwoordelijkheid om die wettelijke regeling na te leven. Het is vaste rechtspraak van het CBb dat het in eerste instantie de verantwoordelijkheid is van de onderneming – hier: BCC – om zich aan de wet te houden en dat bij iedere norm wel een zekere mate van discussie mogelijk is of deze in een specifiek geval van toepassing is.²

5.45 De Commissie overweegt dan ook dat naar haar oordeel de Consumentenautoriteit terecht heeft geconstateerd dat BCC met haar handelspraktijk omtrent de verkoop van de 'Verlengde Garantie' de geconstateerde overtreding van de artikelen 6:193c, lid 1, onder g, en 6:193g, onder j, BW heeft begaan.

5.46 De Commissie adviseert de bezwaren van BCC op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 3 – Zijn de door de Consumentenautoriteit aangedragen bewijsmiddelen onvoldoende om de geconstateerde overtredingen te dragen, en is de motivering van de geconstateerde overtreding en op te leggen sancties op basis van de bewijsmiddelen onvoldoende?

5.47 De Consumentenautoriteit heeft, zoals uit het bestreden besluit blijkt, haar conclusie dat BCC de wettelijke bepalingen van artikel 6:193c, lid 1, onder g, en 6:193g, aanhef en onder j, BW heeft overtreden, gebaseerd op de combinatie van schriftelijk materiaal (websites, folders, bordjes, opgevraagd schriftelijk materiaal zoals algemene voorwaarden), feitelijke verkoopmethodiek in de winkels, informatie over het verkoopproces vanuit het hoofdkantoor, en – ondersteunend – meningen van consumenten via ConsuWijzer. BCC heeft ten aanzien van deze bewijsmiddelen gesteld dat deze onvoldoende zijn om de geconstateerde overtredingen te dragen.

5.48 Voor overtreding van artikel 8.8 Whc jo. 6:193g, onder j, BW heeft de Consumentenautoriteit zich blijkens het bestreden besluit gebaseerd op:

- de voorwaarden bij de Verlengde Garantie van BCC;
- mededelingen van verkopers tijdens het zogenaamde *mystery shoppen*;
- klachten van consumenten via ConsuWijzer, met nader onderzoek naar vijf klachten.

² CBb 20 december 2007, AB 2008/56; CBb 1 april 2008, LJN BC 8268; CBb 26 augustus 2008, AB 2009/125; en CBb 30 januari 2009, AWB 08/233, 234 en 235.

- 5.49 Voor overtreding van artikel 6:193c, lid 1, onder g, BW heeft de Consumentenautoriteit zich blijkens het bestreden besluit gebaseerd op:
- informatie van de website van BCC ten aanzien van het Privé Garantieplan;
 - de voorwaarden van het Privé Garantieplan;
 - de folder Verlengde Garantie;
 - de voorwaarden van de Verlengde Garantie;
 - mededelingen van de verkopers tijdens het zogenaamde *mystery shoppen*;
 - mededelingen van de projectmanager en de directeur van BCC;
 - klachten van consumenten via ConsuWijzer, met nader onderzoek naar vijf klachten.
- 5.50 Ten aanzien van de vraag of de bewijsmiddelen de geconstateerde overtreding ten aanzien van het product 'Privé Garantieplan' kunnen dragen, verwijst de Commissie naar wat zij hierboven (onder randnr. 5.37 en 5.38) heeft geoordeeld. Nu BCC gemotiveerd heeft gesteld dit product in de periode van 15 oktober 2008 tot december 2008 niet te hebben verkocht, terwijl de Consumentenautoriteit de overtreding enkel baseert op één bedrijfsbezoek bij BCC (te Den Bosch op 16 oktober 2008), de achterkant van een kassabon (die zich niet in het dossier bevindt), en op een uitdraai van de website van BCC (op 26 november 2008), adviseert de Commissie de Consumentenautoriteit nader te onderbouwen waarom BCC niettemin een oneerlijke handelspraktijk pleegde met betrekking tot dit product.
- 5.51 Ten aanzien van de verscheidene bewijsmiddelen stelt de Commissie voorts vast dat de Consumentenautoriteit heeft opgemerkt dat deze in hun 'totale context' moeten worden gezien. Uit de verzamelde bewijsmiddelen, gezien in hun context en algemene presentatie, leidt de Consumentenautoriteit af of sprake is van een 'handelspraktijk' in de zin van artikel 6:193a BW. Hierbij past naar het oordeel van de Commissie een aantal kanttekeningen.
- 5.52 Allereerst merkt de Commissie op dat zij in eerdere adviezen onderscheid heeft gemaakt tussen structurele en incidentele inbreuken voor wat betreft de toepassing van het bevoegdheidsvereiste 'collectieve belangen van consumenten' en heeft zij aan dit onderscheid ook belang toegekend voor wat betreft de bewijsvoering terzake van overtredingen. Het ligt naar het oordeel van de Commissie voor de hand om bij het opleggen van sancties ten aanzien van een verzameling incidentele inbreuken hogere eisen te stellen aan de kwantitatieve onderbouwing, dan in het geval de overtreding bestaat in een structurele inbreuk.³ Het is dus van belang om te bepalen of de oneerlijke handelspraktijk met betrekking tot aankoopgaranties door de Consumentenautoriteit teruggevoerd wordt op de al dan niet bewuste inrichting van de bedrijfsorganisatie en de werkprocessen van een onderneming of alleen op een beperkt aantal waarnemingen van misleidende verkoopgesprekken. Zou dat laatste het geval zijn, dan is het namelijk de vraag in hoeverre dergelijke incidentele misleidende gesprekken een inbreuk op collectieve belangen kunnen opleveren. Zou de Consumentenautoriteit uitsluitend met verwijzing naar individuele verkoopgesprekken willen aantonen dat sprake is van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen, dan zouden nadere eisen aan representativiteit van die gesprekken en de methode van steekproefgewijze selectie van de filialen moeten worden gesteld.

³ Zie het advies van deze Commissie in zaak CA/NCB/17/232 (UPC), randnrs. 5.2.6-5.2.8.

- 5.53 In haar bestreden besluit heeft de Consumentenautoriteit dat echter niet gedaan. De Consumentenautoriteit heeft niet de incidentele overtredingen die bij 'mystery shopping' aan het licht zijn gekomen tot uitgangspunt voor het sanctiebesluit genomen, maar deze gezien als 'uitingen van patroonmatige gedragingen in de handelspraktijken van de onderneming'.
- 5.54 In de tweede plaats wijst de Commissie er op dat het uitgangspunt dat de verscheidene bewijsmiddelen in hun 'totale context' moeten worden gezien ter staving van de vaststelling van een overtreding, er niet toe mag leiden dat door het – populair uitgedrukt – 'aan elkaar plakken' van bewijsmiddelen een samenstel van handelingen als handelspraktijk wordt geconstrueerd en het zicht op elk van de afzonderlijke bewijsmiddelen vertroebeld raakt. Juist bij het ruime begrip 'handelspraktijk' is het daarom van belang dat elk van de afzonderlijke bewijsmiddelen relevant en zomogelijk direct bewijs voor de geconstateerde overtreding oplevert, en dat duidelijk is wat de constituerende elementen van die overtreding precies zijn. De Commissie acht in dit verband zowel de bewijsmiddelen verkregen tijdens het zogenaamde 'mystery shoppen' als door het nader onderzoeken van vijf klachten van consumenten, problematisch.
- 5.55 Kennelijk dienen de uitkomsten van het 'mystery shopping' blijkens de plaatsing in par. 8.2 van het bestreden besluit tot bewijs van overtreding van artikel 8.8 Whc jo. 6:193g, onder j, BW met betrekking tot de verkoop van de 'Verlengde Garantie' in de periode van 15 oktober 2008 tot juli 2009. De Consumentenautoriteit heeft gedragingen en uitlatingen van verkoopmedewerkers zoals die zijn gedaan in drie gevallen van 'mystery shopping' in het boeterapport en bestreden besluit opgenomen.⁴ Echter, twee van die drie gevallen van 'mystery shopping' vonden plaats op 8 oktober 2009 en dus in de periode dat sprake was van aanprijzing van het Service Plus Pakket, ten aanzien waarvan de Consumentenautoriteit zichzelf niet bevoegd acht.⁵ Voor zover deze gesprekken de aanprijzing van het Service Plus Pakket betroffen, kunnen ze dus niet zonder meer tot bewijs dienen van een patroonmatige gedraging in de handelspraktijken van BCC ten aanzien van de 'Verlengde Garantie'. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit om in haar besluit op bezwaar nader te motiveren dat en waarom deze door haar gestelde bevindingen kunnen bijdragen aan bewijs van de geconstateerde overtreding.
- 5.56 Een volgende categorie bewijsmiddelen betreft vijf verklaringen van consumenten afgelegd tegenover de Consumentenautoriteit. Deze consumenten zijn naar aanleiding van hun klachten bij ConsuWijzer nagebeld door de Consumentenautoriteit. Vier van deze verklaringen worden genoemd in het besluit. Het betrof consumenten die bij BCC duurzame artikelen hadden gekocht, respectievelijk een computer, een lcd-televisie, een DVD speler en een wasmachine. Blijkens de door de afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit ingevulde klachtenformulieren hebben de verkoopmedewerkers van BCC bij elk van die aankopen bij de consumenten er op gewezen dat zij een bijkoopgarantie konden kopen en dat ze anders – kort gezegd – na ommekomst van fabrieksgarantietermijn geen rechten zouden hebben. De vier betrokken consumenten hadden geen garantie bijgekocht en

⁴ CA/NCB/338/2 (16 oktober 2008), CA/NCB/338/19 (8 oktober 2009), CA/NCB/338/21 (8 oktober 2009).

⁵ Dossierstuk CA/NCB/338/19 en CA/NCB/338/21.

ondervonden vervolgens problemen bij het vorderen van herstel of vervanging na ommekomst van de garantietermijn.

- 5.57 De Commissie is van oordeel dat het gebruik van deze verklaringen nadere motivering verdient. De aankoop van de computer speelde buiten de onderzoeksperiode (maart 2007); dat geldt ook voor de wasmachine (maart 2006). Van de andere verklaringen is onduidelijk in welke periode de verkoopgesprekken plaatsvonden. Daarom behoeft nadere motivering hoe deze verklaringen kunnen bijdragen aan het bewijs van overtreding van artikel 6:193g, onder j, BW in de periode tussen 15 oktober 2008 en juli 2009.
- 5.58 Hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de bewijsmiddelen ontleend aan '*mystery shopping*' en de onderzochte klachten, geldt ook voor het gebruik in het bestreden besluit (randnr. 124) van dossierstuk CA/NCB/338/19 als bewijsmiddel ter onderbouwing van de geconstateerde overtreding van artikel 6:193c, lid 1, onder g, BW. Indien een verkoopmedewerker bij een verkoopgesprek misleidende mededelingen doet over het recht op herstel uit de koopovereenkomst teneinde consumenten te bewegen een Service Plus Pakket aan te schaffen, behoeft nadere motivering in welke zin die mededelingen tot het bewijs van misleidende handelspraktijken ten aanzien van het Privé Garantieplan en/of de Verlengde Garantie kunnen bijdragen.
- 5.59 Deze kanttekeningen van de Commissie bij het gebruik door de Consumentenautoriteit van de uitkomsten van het '*mystery shopping*' en verklaringen van consumenten als bewijs, laten onverlet dat de geconstateerde overtredingen naar het oordeel van de Commissie bewezen kunnen worden geacht op grond van de overige aangevoerde bewijsmiddelen.
- 5.60 Voor het overige is de Commissie van oordeel dat de resterende gronden van bezwaar ad 3 geen doel treffen. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat het opgestelde boeterapport van de Consumentenautoriteit onzorgvuldig is, een verkeerde interpretatie bevat van de mededelingen van de projectmanager en de directeur van BCC of oncontroleerbaar zou zijn. Hetgeen BCC daartoe heeft aangedragen is onvoldoende om deze stellingen te kunnen onderbouwen. Daarbij meent de Commissie – met de Consumentenautoriteit – dat met name de directeur en de projectmanager van BCC een grote mate van zorgvuldigheid moeten betrachten in de wijze waarop zij over garanties en non-conformiteit communiceren binnen BCC. Naar het oordeel van de Commissie kon de Consumentenautoriteit uit de gesprekken met de directeur en de projectmanager van BCC de conclusie trekken dat die ten onrechte de indruk wekken dat het voor voortzetting van de wettelijke garantie na twee jaar *altijd* noodzakelijk is om garantie bij te kopen.
- 5.61 Naar het oordeel van de Commissie was in dit dossier voorts niet noodzakelijk dat de Consumentenautoriteit in het kader van haar toezichtstaken onderzoek zou laten uitvoeren door een onafhankelijk en deskundig bureau. De Consumentenautoriteit kan als toezichthouder bij uitstek als deskundig worden gezien om vast te stellen of overtreding plaatsvindt van de relevante wettelijke bepalingen die consumentenbescherming beogen te behartigen.

- 5.62 Ook de stelling van BCC dat de reclame-uitingen niet geschikt zouden zijn als bewijs van de overtredingen omdat die naar hun aard een overdrijving in zich hebben, kan volgens de Commissie niet slagen. De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat de bedoelde mededelingen die door de Consumentenautoriteit als misleidend worden gekwalificeerd, zijn te vinden in bij uitstek objectieve documenten als productfolders en algemene voorwaarden. Daarnaast volgt ook uit artikel 6:193c, lid 1 BW dat een handelspraktijk kan misleiden "door de algemene presentatie van de informatie"; hierbij moet naar het oordeel van de Commissie met name ook aan productfolders en algemene voorwaarden worden gedacht.
- 5.63 Voorts is er geen wettelijke verplichting voor de Consumentenautoriteit om de gesprekken van toezichthouders woordelijk in een verslag neer te leggen, zodat het ontbreken hiervan niet als onzorgvuldig kan worden aangemerkt. Er is naar het oordeel van de Commissie geen aanleiding om te twifelen aan de juistheid van de verslaglegging van de toezichthouders.
- 5.64 Concluderend adviseert de Commissie de Consumentenautoriteit de bezwaren van BCC ad 3 ongegrond te verklaren met dien verstande dat de Commissie adviseert om het hiervoor bedoelde gebruik van bewijsmiddelen uit genoemde 'mystery shopping' en de vijf verklaringen van consumenten (zo de Consumentenautoriteit haar besluit op bezwaar mede daarop wenst te baseren) nader te motiveren of anders achterwege te laten.
- Ad 4 - Subsidiair: Is bestuursrechtelijke handhaving disproportioneel? Had een toezeggingstraject gevolgd moeten worden, en tot zelfregulering moeten worden aangezet? Is er sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel?*
- 5.65 BCC stelt dat het probleem branchebreed zou zijn, en daarom branchebreed, middels een toezeggingstraject, of zelfregulering aangepakt had moeten worden door de Consumentenautoriteit, althans dat de Consumentenautoriteit had moeten onderzoeken of dit een betere aanpak zou zijn, of had motiveren waarom het géén betere aanpak zou zijn.
- 5.66 De Commissie volgt BCC niet in deze argumentatie. Vast staat dat de wetgever aan de Consumentenautoriteit de bevoegdheid tot handhaving van – onder meer – de Wet OHP heeft toegekend. De Consumentenautoriteit mag dan ook van die bevoegdheid gebruik maken, waarbij de afweging of het opleggen van een boete en/of een last onder dwangsom opportuun is, in beginsel tot de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit behoort. Overigens stelt de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie terecht dat de sector sinds 2007 (uiterlijk 12 juli 2007 moest Richtlijn 2005/29/EG zijn geïmplementeerd in de Nederlandse regelgeving) voldoende gelegenheid heeft gehad om zelfregulering gestalte te geven. Dat de Wet OHP pas op 15 oktober 2008, de datum waarop het onderzoek van de Consumentenautoriteit aanving, in werking is getreden, doet daaraan volgens de Commissie niet af, nu BCC ook zelf heeft aangegeven op de hoogte te zijn geweest van de Richtlijn 2005/29/EG zodat zij op de hoogte was c.q. kon zijn van haar wettelijke verplichtingen. Daarbij is van belang dat BCC een professionele en ervaren marktpartij is, in welke hoedanigheid BCC er zorg voor dient te dragen dat zij op de hoogte

is van haar wettelijke verplichtingen, en dat zij haar handelpraktijk vorm geeft conform de wettelijke eisen.

- 5.67 Nu volgens de Consumentenautoriteit sprake was van naar hun aard zeer ernstige overtredingen (het schaden van collectieve consumentenbelangen), terwijl misleidende handelspraktijken grote schade kunnen toebrengen aan consumenten en aan het consumentenvertrouwen, heeft de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie op juiste wijze invulling gegeven aan haar bevoegdheid tot het opleggen van het bestreden besluit.
- 5.68 Ten aanzien van de stelling van BCC dat er vergelijkbare procedures zijn (zoals bijvoorbeeld ten aanzien van Garant-O-Matic B.V.) waarbij de Consumentenautoriteit wél heeft gekozen voor een toezeggingstraject, is de Commissie van oordeel dat dit – wat er ookzij van de overeenkomsten en verschillen tussen die andere producten en de onderhavige zaak – in beginsel niet afdoet aan de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om handhavend op te treden tegen geconstateerde overtredingen. De Consumentenautoriteit heeft naar het oordeel van de Commissie overigens afdoende aangegeven waarin de positie van BCC verschilt van andere ondernemingen en waarom de Consumentenautoriteit het opportuun achtte tegen BCC handhavend op te treden. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan derhalve niet slagen.

- 5.69 De Commissie adviseert de bezwaren van BCC op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 5 - Is de hoogte van de boete niet redelijk en zorgvuldig vastgesteld en heeft er geen evenwichtige afweging van belangen plaatsgevonden?

- 5.70 Nu naar de stellingen van BCC (i) het bestreden besluit gebaseerd is op onzorgvuldig en onbetrouwbaar onderzoek, (ii) er geen sprake is van structurele, patroonmatige overtredingen, (iii) de desbetreffende producten na het opleggen van de boete niet meer worden aangeboden, en (iv) de hoogte van de boete (en de matiging daarvan) niet is gemotiveerd, terwijl (v) [REDACTED] (vi) de schade van het opleggen van een boete groot is, en (vii) concurrenten van BCC die vergelijkbare producten aanboden géén boete opgelegd hebben gekregen, is de hoogte van de opgelegde boete van totaal € 225.000,- volgens BCC te hoog, en is geen sprake van een redelijke, zorgvuldige en evenwichtige afweging van belangen.

- 5.71 De Consumentenautoriteit stelt dat zij in het bestreden besluit uitvoerig de hoogte van de opgelegde boete heeft gemotiveerd (randnummers 162-178). Daarbij heeft de Consumentenautoriteit gemotiveerd dat de volgende criteria een rol spelen: ernst en duur van de overtreding, verwijtbaarheid, de omstandigheden van het geval, speciale en generale preventie (randnr. 3.7.3 schriftelijke toelichting). De boete is met 10% verlaagd omdat BCC de verkoop van het product Service Plus Pakket heeft gestaakt. [REDACTED]

[REDACTED] Gelet op de totale omzet van BCC is de boete niet onevenredig hoog volgens de Consumentenautoriteit (randnr. 3.7.10

- schriftelijke toelichting). Van strijd met het willekeurverbod ten slotte, hetgeen tot verlaging van de boete zou moeten leiden, is volgens de Consumentenautoriteit geen sprake; aan het gelijkheidsbeginsel komt bij toezichtsbevoegdheden minder betekenis toe. De Consumentenautoriteit heeft de vrijheid haar toezichtscapaciteit doelmatig in te zetten. Bovendien heeft BCC niet aangetoond dat zij anders wordt behandeld dan andere, gelijke gevallen.
- 5.72 De Commissie overweegt hierover als volgt. De Commissie constateert dat tot op heden de Consumentenautoriteit geen beleid heeft vastgesteld ten aanzien van het opleggen van boetes. Zoals ook in haar eerdere adviezen, zoals in zaak 35 (Sana Direct B.V.) en zaak 17 (UPC), opgemerkt, acht de Commissie van belang dat het gaat om betrekkelijk nieuwe wetgeving, waardoor het niet onzorgvuldig is te achten dat de Consumentenautoriteit in de praktijk zoekt naar de gedragslijn bij het bepalen van hoogte van de boete die het meest doeltreffend is en bovendien in rechte stand kan houden. Dit kan ertoe leiden dat verschillende mogelijkheden worden afgetast, om te komen tot een uitgebalanceerd toemetingsbeleid. Hiertegen bestaan naar het oordeel van de Commissie vooralsnog geen bedenkingen. Dit neemt echter niet weg dat de gemaakte keuzes moeten voldoen aan de eisen van stelselmatigheid en dat – nu geen beleidsregels zijn bekendgemaakt over de hoogte van de boete – steeds een adequate en consistente motivering van die hoogte moet worden gegeven.
- 5.73 Ten tijde van het bestreden besluit bedroeg het maximale bedrag voor de door de Consumentenautoriteit geconstateerde overtredingen € 450.000,- per overtreding (artikel 2.15, lid 2, Whc). De opgelegde boetes bedragen € 135.000 voor overtreding van artikel 6:193g, aanhef en onder j, BW, en € 90.000,- voor overtreding van artikel 6:193c, lid 1, onder g, BW.
- 5.74 De Consumentenautoriteit heeft in de randnrs. 162 tot en met 178 van het bestreden besluit gemotiveerd hoe zij de hoogte van de opgelegde boete aan de hand van de in artikel 2.21 Whc genoemde criteria (ernst en duur van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd) heeft bepaald. De klacht van BCC dat de hoogte van de boete niet gemotiveerd zou zijn, is feitelijk onjuist.
- 5.75 De Commissie plaatst bij de motivering van de hoogte van de boete wel de volgende kanttekeningen. In de eerste plaats merkt de Commissie op dat, met de constatering van de Consumentenautoriteit dat BCC met haar handelspraktijk de artikelen 6:193c, lid 1, onder g, en 6:193g, aanhef en onder j, BW heeft overtreden, sprake lijkt te zijn van een zogenaamde eendaadse samenloop: door één handelspraktijk overtreedt BCC twee verschillende wetsbepalingen. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit in haar besluit op bezwaar nader te motiveren of en in hoeverre sprake is van eendaadse samenloop en in hoeverre dat gevolgen heeft voor de (hoogte van de) opgelegde boete.
- 5.76 Voorts adviseert de Commissie de Consumentenautoriteit – zoals hierboven reeds uiteengezet – nader te motiveren waarom en in hoeverre de Consumentenautoriteit bij de oplegging van de boete en het bepalen van de hoogte daarvan mede ervan is uitgegaan

dat BCC in de periode van 15 oktober 2008 tot november 2008 het product 'Privé Garantieplan' verkocht en aldus ook in die periode de desbetreffende overtredingen heeft begaan. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit in de beslissing op bezwaar voorts te motiveren wat daarvan de gevolgen zijn voor de hoogte van de boete.

- 5.77 Ten aanzien van de periode van 1 juli 2009 tot 1 november 2009 heeft de Consumentenautoriteit zelf reeds geconstateerd dat zij niet bevoegd is handhavend op te treden, nu het 'Service Plus Pakket' volgens de Consumentenautoriteit als financiële dienst of activiteit gekwalificeerd moet worden. Op het punt van de 'duur van de overtreding' in paragrafen 172 en 173 is het bestreden besluit daarom onjuist gemotiveerd, hetgeen volgens de Commissie gevolgen moet hebben voor de hoogte van de opgelegde boete. De stelling van de gemachtigde van de Consumentenautoriteit ter hoorzitting dat het misleidende karakter van de mededelingen van BCC niet per 1 juli 2009 is gestopt, kan – wat daar ook van zij – volgens de Commissie niet tot de conclusie leiden dat daarmee rekening mag worden gehouden bij de hoogte van de opgelegde boete. De Consumentenautoriteit heeft immers zelf geconstateerd niet langer bevoegd te zijn vanaf 1 juli 2009, zodat alle feiten en omstandigheden van na die datum naar het oordeel van de Commissie geen deel kunnen uitmaken van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Consumentenautoriteit, en derhalve ook niet van het bestreden besluit.
- 5.78 De Consumentenautoriteit heeft de opgelegde boete met 10% verlaagd, gelet op de omstandigheid dat BCC de verkoop van het product 'Service Plus Pakket' heeft gestaakt. De Commissie volgt BCC niet in haar bezwaar dat de Consumentenautoriteit ten onrechte de opgelegde boetes niet ook op grond van andere, door haar genoemde omstandigheden heeft verlaagd. De Commissie licht dat als volgt toe.
- 5.79 Ten aanzien van de klacht van BCC dat het bestreden besluit is gebaseerd op onzorgvuldig en onbetrouwbaar onderzoek, heeft de Commissie hierboven (Ad 2 en Ad 3) reeds gemotiveerd waarom daarvan naar haar oordeel geen sprake is.
- 5.80 Ten aanzien van de klacht van BCC dat er geen sprake is van structurele, patroonmatige overtredingen is de Commissie van oordeel dat deze klacht geen doel treft. Het structurele en patroonmatige karakter van de overtredingen is naar het oordeel van de Commissie gelegen in de constatering dat BCC niet actief heeft gewezen op de betrekkelijke waarde van de aankoopgaranties.
- 5.81 De stelling van BCC dat de desbetreffende producten na het opleggen van de boete niet meer worden aangeboden, hoeft naar het oordeel van de Commissie niet tot verdere verlaging van de boete te leiden nu dit in het bestreden besluit reeds tot verlaging van de boete met 10% heeft geleid (randnr. 178 bestreden besluit). Dit komt de Commissie niet onredelijk voor.
- 5.82 Ten aanzien van de klacht van BCC dat de Consumentenautoriteit er onvoldoende rekening mee heeft gehouden dat [REDACTED] merkt de Commissie op dat de Consumentenautoriteit terecht heeft aangegeven dat een op te leggen boete in relatie moet staan tot het behaalde voordeel uit

de geconstateerde overtreding. Wel moet de Consumentenautoriteit bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening houden met de draagkracht van de overtreder,⁶ maar dit leidt niet tot het oordeel dat [REDACTED]

[REDACTED] nu de Consumentenautoriteit de hoogte van de boete heeft beoordeeld op evenredigheid ten opzichte van het behaalde financiële voordeel. In die zin is de boete naar het oordeel van de Commissie niet onevenredig.

- 5.83 Ten aanzien van de klacht van BCC dat de schade van het opleggen van een boete groot is, merkt de Commissie het volgende op. Naar zijn aard is een bestuurlijke boete een bestraffende sanctie naar aanleiding van een geconstateerde overtreding. Een zekere mate van leedtoevoeging is derhalve inherent aan het opleggen van een dergelijke boete. Zonder nadere onderbouwing van de door BCC beweerdelijk geleden schade en de onevenredigheid daarvan kan de Commissie niet beoordelen in hoeverre de daadwerkelijk door BCC geleden schade onevenredig zou zijn ten opzichte van het met de sanctie beoogde doel.
- 5.84 Ten aanzien van de klacht van BCC dat de Consumentenautoriteit aan concurrenten van BCC die vergelijkbare producten aanboden géén boete heeft opgelegd, oordeelt de Commissie dat de Consumentenautoriteit voldoende heeft gemotiveerd waarin de positie van BCC verschilt van andere ondernemingen en waarom de Consumentenautoriteit het opportuun achtte tegen BCC handhavend op te treden (zie randnr. 168-171 van het bestreden besluit). Een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan naar het oordeel van de Commissie niet slagen.
- 5.85 De Commissie adviseert de bezwaren van BCC op dit punt gedeeltelijk gegrond te verklaren.

6 Conclusie

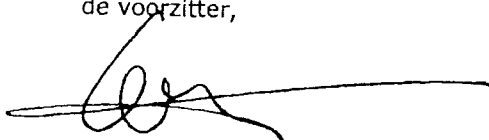
- 6.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van BCC van 16 augustus 2010, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 6 juli 2010, kenmerk CA/NCB/522/17:
- Primair: in de beslissing op bezwaar nader te motiveren of de Consumentenautoriteit gelet op artikel 2.3, lid 2 Whc bevoegd is, nu de desbetreffende producten die tot de door de Consumentenautoriteit geconstateerde overtreding hebben geleid lijken te kunnen worden gekwalificeerd als financiële producten;
 - Subsidiair, indien de Autoriteit oordeelt dat zij bevoegd is: de bezwaren van BCC gegrond te verklaren voor zover die zien op de hoogte van de boete, in het licht van het feit dat de Consumentenautoriteit onbevoegd is ten aanzien van overtredingen gepleegd na 1 juli 2009;
 - In de beslissing op bezwaar de opgelegde boete nader te motiveren op de punten zoals hierboven aangeduid;
 - de bezwaren van BCC voor het overige ongegrond te verklaren.
- 6.2 Aangezien het ter beslissing aan de Consumentenautoriteit staat om het bezwaarschrift van BCC al dan niet in afwijking van dit advies gegrond of ongegrond te verklaren en – in geval van gegrondverklaring – het bestreden besluit in zoverre te herroepen, dan wel van een

⁶ Zie MvT, Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 142.

verbeterde motivering te voorzien, zal de Commissie geen advies geven over de toekenning van de door BCC verzochte kostenvergoeding op basis van artikel 7:15 Awb.

- 6.3 Het advies is aldus vastgesteld te Den Haag op 26 januari 2011, door de Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit, bestaande uit prof. mr. W.H. van Boom (voorzitter), mr. P.C. Adriaanse (extern lid) en mr. J.J.R. Lautenbach (extern lid c.q. secretaris).

Namens de Commissie,
de voorzitter,



Prof. mr. W.H. van Boom

- 2.15 Ook stelt BCC dat, nu de Wet OHP pas op 15 oktober 2008 in werking is getreden (par. 5.14 van het bezwaarschrift van 16 augustus 2010), de Consumentenautoriteit het bestreden besluit niet had mogen nemen, kennelijk omdat er nog veel onduidelijkheden bestonden over de reikwijdte van de verplichtingen op basis van de Wet OHP.

5. De hoogte van de boete is niet redelijk en zorgvuldig vastgesteld en er heeft geen evenwichtige afweging van belangen plaatsgevonden (bezwaarschrift randnr.7.2)

- 2.16 Nu het bestreden besluit (i) gebaseerd is op onzorgvuldig en onbetrouwbaar onderzoek, (ii) er geen sprake is van structurele, patroonmatige overtredingen, (iii) de desbetreffende producten sinds het opleggen van de boete niet meer worden aangeboden, en (iv) de hoogte van de boete (en de matiging daarvan) niet is gemotiveerd, terwijl (v) [REDACTED] onderzoeksperiode negatief was, (vi) de schade van het opleggen van een boete voor BCC groot is, en (vii) concurrenten van BCC die vergelijkbare producten aanboden géén boete opgelegd hebben gekregen, is de hoogte van de opgelegde boete van totaal € 225.000,- volgens BCC te hoog, en is geen sprake van een redelijke, zorgvuldige en evenwichtige afweging van belangen.

3 Standpunt Consumentenautoriteit

- 3.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de Consumentenautoriteit zich op het standpunt gesteld dat de bezwaren van BCC ongegrond zijn. De Consumentenautoriteit heeft het volgende naar voren gebracht:

Ad 1 Ontbreken handhavende bevoegdheid Consumentenautoriteit (schriftelijke reactie randnrs. 3.1.1 t/m 3.1.22 en pleitnota randnrs. 2.1 t/m 2.11)

- 3.2 De Consumentenautoriteit stelt dat zij bevoegd was om handhavend op te treden, althans ten aanzien van de producten 'Privé Garantieplan' en 'Verlengde Garantie' (hierna ook: *bijkoopgaranties*). Overigens maakt de Consumentenautoriteit in de schriftelijke toelichting geen onderscheid tussen deze beide producten, maar spreekt zij over 'bijkoopgaranties'. Ten aanzien van het product 'Service Plus Pakket', verkocht vanaf juli 2009, stelt de Consumentenautoriteit dat zij niet bevoegd is om handhavend op te treden, nu dat product moet worden gekwalificeerd als financieel product (zodat de AFM bevoegd is handhavend op te treden).
- 3.3 Ten aanzien van de *bijkoopgaranties* stelt de Consumentenautoriteit dat deze géén financiële producten zijn, omdat deze geen 'meerwaarde' bieden boven de wettelijke rechten van de consument. Er is daarom volgens de Consumentenautoriteit ook geen sprake van een verzekeringsovereenkomst (in de zin van artikel 7:925 en 7:944 BW), omdat BCC niet uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst een prestatie levert (het doen van een uitkering als het gedekte risico zich realiseert). BCC dekt volgens de Consumentenautoriteit geen risico omdat de voorwaardelijke gebeurtenissen waarop de *bijkoopgaranties* betrekking hebben al worden "getackeld door de normale aanspraken uit het consumentenrecht" (randnr. 3.1.7 schriftelijke toelichting).