



Besluit

Ons kenmerk: ACM/UIT/311567
Zaaknummer: ACM/17/003870
Datum: 18 oktober 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete aan Volkswagen AG.

1 Samenvatting

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) hecht er belang aan dat consumenten correct en volledig worden geïnformeerd over aankopen die zij doen. Alleen dan kunnen consumenten een afgewogen beslissing nemen over overeenkomsten die zij al dan niet aangaan en houden zij vertrouwen in de markt. Met dat belang voor ogen heeft de ACM de handelspraktijk van Volkswagen Aktiengesellschaft (hierna: Volkswagen AG) getoetst aan de bepalingen van de Wet Oneerlijke handelspraktijken.
2. In dit besluit stelt de ACM vast dat Volkswagen AG zich schuldig heeft gemaakt aan oneerlijke handelspraktijken. Volkswagen AG plaatste manipulatiesoftware in tienduizenden auto's van de merken Volkswagen, SEAT, ŠKODA en Audi die zij tussen 2009 en 2015 heeft geproduceerd. Deze software herkende de testomgeving en zorgde ervoor dat de uitstoot van stikstofoxiden in die testomgeving minder was dan op de weg. Volkswagen AG profileerde zich tegelijkertijd als een milieubewuste organisatie die duurzaamheid hoog in het vaandel heeft staan en adverteerde hiermee richting consumenten. Bovendien gaf zij te kennen dat zij typegoedkeuring voor de betrokken auto's had verkregen, terwijl zij feitelijk niet aan de voorwaarden daarvoor had voldaan. Hiermee heeft Volkswagen AG gehandeld in strijd met de vereisten van professionele toewijding en heeft zij consumenten misleid. De ACM legt hiervoor een boete op aan Volkswagen AG van in totaal EUR 450.000.

2 Leeswijzer

3. De ACM beschrijft in dit besluit de aanleiding voor het onderzoek en het verloop van de procedure (hoofdstuk 3), de inhoud van het onderzoeksrapport (hoofdstuk 4), de betrokken rechtspersoon (hoofdstuk 5) en de relevante feiten in deze zaak (hoofdstuk 6). Vervolgens wordt de zienswijze van Volkswagen AG op het onderzoeksrapport weergegeven (hoofdstuk 7). Daarna volgt de juridische beoordeling van de ACM in het licht van de door Volkswagen AG gegeven zienswijze (hoofdstuk 8). In de hoofdstukken die daarop volgen wordt ingegaan op de kwalificatie als overtreder (hoofdstuk 9) en de op te leggen boete (hoofdstuk 10). Ten slotte volgt het besluit van de ACM (hoofdstuk 11). In de bijlage is het juridisch kader opgenomen.

3 Aanleiding voor het onderzoek en verloop van de procedure

4. Op 18 september 2015 werd bekend dat Volkswagen AG in de periode 2009-2015 in de Verenigde Staten zogenaamde manipulatiesoftware had geïnstalleerd in een aantal van de door haar geproduceerde dieselauto's.¹ Volkswagen AG verklaarde vervolgens op 22 september 2015 dat deze manipulatiesoftware wereldwijd in ongeveer 11 miljoen auto's met het motortype EA189 was geïnstalleerd.² In het jaarverslag 2015 publiceerde Volkswagen AG het volgende overzicht:³

AFFECTED FOUR-CYLINDER DIESEL ENGINES				
2.0 L TDI	1.6 L TDI			1.2 L TDI
6,608 thsd.	3,665 thsd.			468 thsd.
.....				
VOLKSWAGEN PASSENGER CARS		AUDI	ŠKODA	SEAT
5,642 thsd.		2,410 thsd.	1,224 thsd.	695 thsd.
				VOLKSWAGEN COMMERCIAL VEHICLES
				770 thsd.
.....				
EU28		USA/CANADA		REST OF THE WORLD
8,494 thsd.		608 thsd.		1,639 thsd.
.....				

5. Het Kraftfahrt-Bundesamt (hierna: KBA), de Duitse typegoedkeuringsinstantie voor voertuigen, maakte op 25 september 2015 bekend dat Volkswagen AG ook in Europa gebruik had gemaakt van manipulatiesoftware bij modellen met dieselmotor EA189, 1,2, 1,6 en 2,0 liter. Het betrof auto's van de merken Volkswagen⁴, Audi, ŠKODA en SEAT.⁵ In Nederland zou het gaan om ruim 170.000 auto's.⁶
6. De ACM ontving op 29 september 2016 een handhavingsverzoek van de Consumentenbond.⁷ De Consumentenbond verzocht de ACM een onderzoek in te stellen naar de gedragingen van Volkswagen AG met als doel vast te stellen of Volkswagen AG zich in Nederland al dan niet schuldig heeft gemaakt aan oneerlijke handelspraktijken. De ACM heeft de Consumentenbond bij brief van 8 december 2016 laten weten het verzochte onderzoek te zullen verrichten.⁸ Op 19 december 2016 heeft de ACM hierover, na Volkswagen AG te hebben geïnformeerd, een nieuwsbericht geplaatst op haar website.⁹
7. In het kader van het onderzoek heeft de ACM op 13 februari 2017 onder meer een informatieverzoek gestuurd aan [**VERTROUWELIJK**] (hierna: de importeur).¹⁰ De importeur heeft

¹ Dossierstuk 7, Notice of violation Environmental Protection Agency (EPA) aan Volkswagen AG en dossierstuk 8, Brief CARB aan Volkswagen AG.

² Dossierstuk 10, Persbericht Volkswagen AG.

³ Dossierstuk 5, Volkswagen Annual report 2015, p. 50.

⁴ Daar waar in dit besluit wordt gesproken over de handelspraktijken van Volkswagen Aktiengesellschaft wordt verwezen naar 'Volkswagen AG'. Daar waar het gaat om auto's van het merk Volkswagen, wordt de merknaam 'Volkswagen' gebruikt.

⁵ Dossierstuk 26, Antwoord op aanvullende vragen over Volkswagen, bijlage 2.

⁶ Dossierstuk 21, Vierde overzichtbrief aan de Tweede Kamer, p. 10.

⁷ Dossierstuk 20, Aanvraag handhavend optreden tegen Volkswagen.

⁸ Dossierstuk 29, Reactie op handhavingsverzoek Consumentenbond.

⁹ Dossierstuk 40, Toezending nieuwsbericht ACM over Volkswagen.

¹⁰ Dossierstuk 54, Informatieverzoek.

hier bij brief van 8 maart 2017 aan voldaan.¹¹ Op 15 maart 2017 heeft de ACM het feitencomplex van het onderzoek toegestuurd aan Volkswagen AG.¹² Hierop heeft Volkswagen AG gereageerd.¹³ Het onderzoek heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport (hierna: het onderzoeksrapport), dat op 4 mei 2017 aan Volkswagen AG is toegezonden.¹⁴

8. Op 24 juli 2017 heeft Volkswagen AG haar schriftelijke zienswijze op het onderzoeksrapport aan de ACM kenbaar gemaakt.¹⁵ Op 29 augustus 2017 heeft een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de ACM, waar Volkswagen AG haar zienswijze mondeling heeft toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 26 september 2017 aan Volkswagen AG is toegezonden.¹⁶ Volkswagen AG heeft op 12 oktober 2017 gereageerd op dit verslag.¹⁷

4 Het onderzoeksrapport

9. In het onderzoeksrapport wordt geconstateerd dat Volkswagen AG in ieder geval van 2009 tot 2015 artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) heeft overtreden door in strijd te handelen met de volgende artikelen:
 - a. artikel 6:193b, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW): handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding;
 - b. artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW: verstrekken van misleidende informatie over de voornaamste kenmerken van het product;
 - c. artikel 6:193g, aanhef en onder d, BW: zwarte lijst misleidende handelspraktijken, namelijk beweren dat een product is goedgekeurd, terwijl dat niet het geval is of iets dergelijks beweren zonder dat aan de voorwaarde voor de goedkeuring is voldaan.

5 Betrokken rechtspersoon

10. Het Volkswagenconcern is de grootste autoproducent in Europa. Volgens de beschrijving in het Duitse Handelsregister is Volkswagen AG, gevestigd te Wolfsburg (Duitsland), de moederonderneming van de Volkswagengroep, waarvan talrijke rechtspersonen in Duitsland en daarbuiten deel uitmaken die onder verschillende merknamen handelen, in de eerste plaats de naam Volkswagen zelf. Voor de onderhavige zaak is van belang dat Volkswagen AG in de hoedanigheid van hoofd van de groep tevens belangen heeft in AUDI AG, SEAT S.A. en ŠKODA AUTO a.s., waarvan zij de resultaten in haar jaarcijfers consolideert.¹⁸
11. De omzet van Volkswagen AG bedroeg in 2015 wereldwijd EUR [**VERTROUWELIJK**].¹⁹

¹¹ Dossierstuk 62, Reactie [**VERTROUWELIJK**] op informatieverzoek inzake Volkswagen motorsoftware.

¹² Dossierstukken 64 en 66, Toezending feiten.

¹³ Dossierstuk 70, Reactie Volkswagen op overzicht feiten.

¹⁴ Dossierstukken 74, Toezenden rapport.

¹⁵ Kenmerk ACM/IN/049182.

¹⁶ Kenmerk ACM/UIT/179091.

¹⁷ Kenmerk ACM/IN/170230.

¹⁸ Dossierstuk 47, KvK-uitreksel Volkswagen AG en dossierstuk 5, Volkswagen Annual Report 2015, p.58 en 188 e.v.

¹⁹ Dossierstuk 70, Reactie Volkswagen AG op overzicht feiten.

6 Feiten

6.1 Typegoedkeuring van auto's

12. Auto's moeten een Whole Vehicle Type Approval (hierna: typegoedkeuring) hebben om te worden toegelaten op de Europese markt. De typegoedkeuring bestaat uit een verzameling van deelgoedkeuringen.
13. De typegoedkeuring van auto's is in de Europese Unie geharmoniseerd op grond van Richtlijn 2007/46/EG (hierna: de Kaderrichtlijn).²⁰ Het hoofddoel van deze wetgeving is ervoor te zorgen dat nieuwe voertuigen, onderdelen en technische eenheden die op de markt worden gebracht een hoog niveau van veiligheid en milieubescherming bieden.²¹ De typegoedkeuringsregeling omschreven in de Kaderrichtlijn is gebaseerd op de beginselen van de typegoedkeuring door onafhankelijke instanties en wederzijdse erkenning van die goedkeuring. Indien een typegoedkeuring is afgegeven door een bevoegde goedkeuringsinstantie van een Europese lidstaat (in Nederland: de RDW) wordt deze goedkeuring door alle overige Europese lidstaten erkend.
14. De fabrikant van de auto dient een aanvraag voor een typegoedkeuring in bij een goedkeuringsinstantie in één lidstaat.²² De fabrikant is vervolgens verantwoordelijk voor alle aspecten van de goedkeuringsprocedure en het waarborgen van de overeenstemming van de geproduceerde auto's met de auto waarvoor de typegoedkeuring is verleend.²³
15. Zodra de typegoedkeuring in een EU-land is verkregen,²⁴ dient de fabrikant voor ieder geproduceerd voertuig een Certificaat van Overeenstemming (hierna: CvO) af te geven.²⁵ Dit is een verklaring van de fabrikant waaruit blijkt dat het voertuig in overeenstemming is met de typegoedkeuringsvoorschriften van de EU. Met dit CvO kan het voertuig overal in de EU worden geregistreerd en worden verkocht.²⁶
16. Als een voertuig een typegoedkeuring heeft gekregen in een andere lidstaat, kan een importeur een voertuig in Nederland registreren bij de RDW door middel van de 'Regeling versnelde inschrijving'.²⁷ De importeur voert dan het CvO van het betreffende voertuig in de database van de RDW in, waarmee wordt gecontroleerd of het voertuig een geldige typegoedkeuring heeft. Wanneer dit het geval is, wordt het voertuig door de RDW geregistreerd in Nederland. Gelet op het beginsel van wederzijdse erkenning, voert de RDW of de importeur in principe geen aanvullende zelfstandige tests uit.

6.2 Deelgoedkeuring voor emissies

17. De typegoedkeuring van een auto bestaat uit een verzameling deelgoedkeuringen. Eén van deze deelgoedkeuringen ziet op emissies, waaronder stikstofoxiden (hierna: NO_x). De Kaderrichtlijn

²⁰ Richtlijn 2007/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007 tot vaststelling van een kader voor de goedkeuring van motorvoertuigen en aanhangwagens daarvan en van systemen, onderdelen en technische eenheden die voor dergelijke voertuigen zijn bestemd (Kaderrichtlijn) (*PbEU* 2007, L 263/1).

²¹ Zie overweging 14 van de preambule van de Kaderrichtlijn.

²² Artikel 7, eerste lid, Kaderrichtlijn.

²³ Artikel 5, eerste lid, Kaderrichtlijn.

²⁴ Artikel 3, drieëndertigste lid, Kaderrichtlijn.

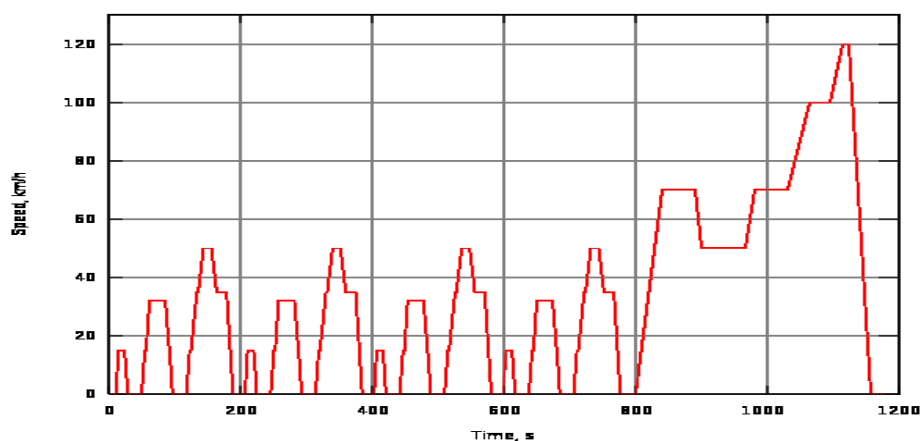
²⁵ Artikel 3, zesendertigste lid, en artikel 18 Kaderrichtlijn.

²⁶ Artikel 26, eerste lid, Kaderrichtlijn.

²⁷ Dossierstuk 45, Antwoord op aanvullende vragen over Volkswagen.

verwijst in dit verband naar Verordening 715/2007 (hierna: de Emissieverordening)²⁸ waarin de technische vereisten hieromtrent uiteen zijn gezet.

18. In oktober 2009 werd de zogeheten Euro 5-norm van kracht. In de Emissieverordening en de daarop gebaseerde regelgeving²⁹ is ook de grensnorm vastgelegd voor de uitstoot van NO_x, gemeten overeenkomstig de New European Driving Cycle (NEDC). De testmethode bestaat kort weergegeven uit de herhaling van vier stadscycli, met een maximum snelheid van 50 kilometer per uur en een cyclus buiten de stad met een maximum snelheid van 120 kilometer per uur. Gedurende 20 minuten wordt het voertuig getest op een rollerbank (dynamometer) op onder andere verschillende snelheden en gedurende verschillende tijdsintervallen. Schematisch ziet de NEDC er als volgt uit:³⁰



19. De NEDC is enkel gebaseerd op situaties in een laboratoriumopstelling. In het Europese systeem van het verkrijgen van typegoedkeuring wordt de uitstoot van NO_x in de praktijk (op de weg) niet getest.

6.3 De handelspraktijk van Volkswagen AG

6.3.1 De dieselmotor

20. Een dieselmotor is een zogenaamde zelfontbrander. Lucht wordt onder hoge druk samengeperst in de cilinder, waar tevens brandstof wordt ingespoten. Door de hoge compressietemperatuur komt dit mengsel tot zelfontbranding, waardoor de zuiger naar beneden wordt gedrukt in de cilinder. Deze neerwaartse kracht wordt vervolgens overgebracht op de krukas. Door de verbranding van het brandstof-luchtmengsel ontstaat roet/fijnstof en verschillende verontreinigende gassen, waaronder NO_x en CO₂.
21. Sinds de introductie van de 'Turbocharged Direct Injection' (hierna: TDI) technologie in de jaren '80 van de vorige eeuw gebruikt Volkswagen AG Exhaust Gas Recirculation-systemen (hierna: EGR-

²⁸ Verordening (EG) Nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 betreffende de typegoedkeuring van motorvoertuigen met betrekking tot emissies van lichte personenauto's en bedrijfsvoertuigen (Euro 5 en Euro 6) en de toegang tot reparatie- en onderhoudsinformatie (*PbEU* 2007, L 171/1).

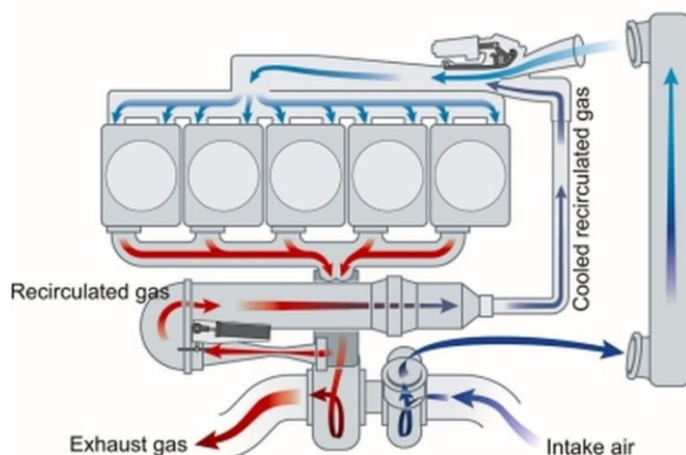
²⁹ Verordening 692/2008 van de Commissie van 18 juli 2008 tot uitvoering en wijziging van Verordening (EG) nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad betreffende typegoedkeuring van motorvoertuigen met betrekking tot emissies van lichte personen- en bedrijfsvoertuigen (Euro 5 en Euro 6) en de toegang tot reparatie- en onderhoudsinformatie (Implementatieverordening), en Reglement nr. 83 van de Economische Commissie voor Europa van de Verenigde Naties (VN/ECE) – Uniforme bepalingen voor de goedkeuring van voertuigen wat de emissie van verontreinigende stoffen naargelang de motorbrandstofvereisten betreft (*PbEU* 2008, L 199/1).

³⁰ <https://www.autobahn.eu/511/zo-werkt-de-nieuwe-europese-verbruikstest/>. Zie voor meer informatie over de NEDC ook dossierstuk 17, TNO rapporten emissietests aan Tweede Kamer, p. 8-9.

systemen) in haar dieselmotoren om de vorming van NO_x te beperken. Volgens Volkswagen AG werkt een EGR-systeem als volgt, en hiervan gaat de ACM ook uit:

*“De uitlaatgassen worden door een stalen leiding en via een koeler naar het inlaatspuitstuk geleid. Daar wordt het uitlaatgas vermengd met de lucht die de verbrandingskamer in wordt gezogen. Het uitlaatgas zorgt ervoor dat verbrandingstemperatuur daalt en dat de uitstoot van NO_x omlaag wordt gebracht. De motormanagementsoftware regelt of en hoe ver de EGR-klep openstaat. Het EGR-systeem maakt deel uit van de motor. Bij auto’s met een EA189 motor kent het EGR-systeem twee standen; modus 1 voor een geoptimaliseerde NO_x-uitstoot en modus 2 die de deeltjes-uitstoot beperkt. Modus 1 wordt gebruikt wanneer de snelheid van de auto voldoet aan die van de New European Driving Cycle (NEDC), onder alle andere omstandigheden wordt modus 2 toegepast.”*³¹

22. Grafisch weergegeven ziet een dieselmotor met de hardware van het EGR-systeem er zo uit:



6.3.2 De software

23. Volkswagen AG heeft in de periode van 2009 tot 2015 met het oog op de Euro 5-norm onder andere auto's met een dieselmotor van het type EA189 geproduceerd.³² Bepaalde modellen van die auto's van de merken Volkswagen, Audi, ŠKODA en SEAT waren voorzien van software, waarmee aan de hand van diverse parameters (zoals de bewegingen van wielen, stuur, gaspedaal en beweging van de auto) werd herkend of die auto op dat moment werd getest in een testomgeving of niet.
24. Bij herkenning van de NEDC-testcyclus, werd door positionering van de EGR-klep het mengsel van lucht en (grecirculeerde) uitlaatgassen dat in de cilinder werd ingebracht gemoduleerd. Daarmee werd de emissie van de motor beïnvloed. Met andere woorden, het EGR-systeem paste 'modus 1' toe. Hierdoor werden de testresultaten met betrekking tot de NO_x-uitstoot positief beïnvloed, waardoor die binnen de typegoedkeuringseisen bleven. Op het moment dat de software geen testcyclus herkende, bleef de EGR-klep opereren in 'modus 2'. In dat geval was de NO_x-uitstoot duidelijk hoger.³³ Deze werking van de software werd voor de bevoegde goedkeuringsinstanties verborgen gehouden.

³¹ Dossierstuk 70, Reactie Volkswagen AG op overzicht feiten, p. 3.

³² Dossierstuk 5, Volkswagen Annual Report 2015, p. 50 en dossierstuk 43, RDW documenten met teruggeopgevens.

³³ Volkswagen AG zelf noemt het verschil "noticeable" (zie Dossierstuk 5, Annual Report 2015, p. 182). In haar brief van 30 september 2015 aan de Tweede Kamer deelt de Staatssecretaris van IenM mee dat het uitschakelen van de testmodus

25. Voor de auto's die door Volkswagen AG zijn voorzien van de bedoelde software is een typegoedkeuring afgegeven.³⁴ De importeur heeft deze auto's vervolgens geïmporteerd en op de Nederlandse markt gebracht. De importeur heeft in de relevante periode 43.376 Volkswagens, 9.179 Audi's, 15.437 ŠKODA's en 14.195 SEAT's die waren voorzien van de software op de Nederlandse markt gebracht die vervolgens aan consumenten zijn verkocht. Deze auto's worden in het navolgende aangeduid als 'de betrokken auto's'.
26. Na bekendwording met de door Volkswagen AG geplaatste manipulatiesoftware, heeft het KBA geoordeeld dat de betrokken auto's niet conform de afgegeven typegoedkeuring waren. Het KBA heeft Volkswagen AG op grond van artikel 30 Kaderrichtlijn opgedragen om deze auto's in Europa terug te roepen en aan te passen.³⁵ Volkswagen AG heeft op 29 september 2015 in een persbericht haar actieplan aangekondigd om de betreffende auto's te herstellen.³⁶ Voor het herstel van de auto's heeft Volkswagen AG voor ieder motortype een aparte software-update ontwikkeld, die door het KBA moet worden goedgekeurd.³⁷ Nadat de software-update is uitgevoerd, kent het EGR-systeem nog maar één stand, aangeduid als 'modus 1', waarin het ontstaan van NO_x wordt beperkt. Switchen naar een andere stand is dan niet meer mogelijk.³⁸ In Nederland wordt de terugroepactie gecoördineerd door de RDW. De terugroep- en herstelactie is in Nederland ten tijde van dit besluit nog gaande.

6.4 Uitlatingen over de betrokken auto's

27. Om de betrokken auto's aan te prijzen, werd in de periode van 2009 tot 2015 onder andere gebruik gemaakt van brochures, websites, advertenties en commercials.
28. De wijze waarop het marketingmateriaal voor de vier genoemde automerken tot stand komt is vrijwel gelijk. Productinformatie is steeds afkomstig van de fabrikant. Waar nodig wordt door de importeur aanvullende productinformatie verzameld uit de zogenaamde Technische Database. Dit is een Volkswagen AG-brede online database die voor alle automerken per type gedetailleerde productinformatie bevat. De importeur beschikt over toegang tot die database. De uitingen over de producteigenschappen van de automerken zijn uitsluitend gebaseerd op de gegevens uit die database.

6.4.1 Brochures

29. Het ontwerp van brochures wordt bepaald door de fabrikant van het betreffende automerk. Die levert een Engelstalige template aan van de brochure, inclusief de productinformatie van het betreffende merk. De importeur laat het template vervolgens vertalen door een extern vertaalbureau. Bij de merken Volkswagen, SEAT en ŠKODA worden de brochures na vertaling in opdracht van de importeur in Nederland gedrukt. Bij de brochures van het merk Audi wordt de vertaalde tekst teruggestuurd naar Audi, die de Nederlandse brochure centraal laat drukken. De

³⁴ "een veel hogere uitstoot van stikstofoxiden (No_x) tot gevolg" had (zie Dossierstuk 13, p. 2 en 3). In de Verenigde Staten stelde de EPA (Environmental Protection Agency; de Amerikaanse federale instantie voor milieubescherming) vast dat uitschakeling van de testmodus bij door haar geteste modus 10 tot 40 keer hoger was dan de norm waarin in de testmodus werd voldaan (zie Dossierstuk 7, p. 4).

³⁵ Deze typegoedkeuring is afgegeven door de daartoe aangewezen goedkeuringsinstanties in Duitsland (voor de merken Volkswagen en Audi), Spanje (voor het merk SEAT) en Groot-Brittannië (voor het merk ŠKODA), zie Dossierstuk 5, Volkswagen Annual Report 2015, p. 50.

³⁶ Dossierstuk 26, Antwoord op aanvullende vragen over Volkswagen, met in de bijlagen twee brieven van het KBA.

³⁷ Dossierstuk 12, Persbericht Volkswagen AG.

³⁸ Dossierstuk 62, Reactie [**VERTROUWELIJK**] op informatieverzoek inzake Volkswagen motorsoftware, p. 6 en bijlage 4. Bij de 1.6 liter motoren wordt ook de hardware aangepast, zie Schriftelijke zienswijze, nr. 4.34.

³⁹ Schriftelijke zienswijze, nr. 4.33.

inhoud van markt specifieke proposities wordt door de importeur samengesteld en aan de brochures toegevoegd.³⁹

6.4.2 Websites

30. Voor de automerken Volkswagen, Audi, SEAT en ŠKODA zijn Nederlandse websites beschikbaar met informatie over die merken en modellen.⁴⁰ Op die websites wordt ook geadverteerd voor de beschikbare modellen.⁴¹ De websites www.volkswagen.nl, www.seat.nl en www.skoda.nl zijn geregistreerd op naam van de importeur. De houder van de website www.audi.nl is Audi AG.⁴²
31. De niet voertuig specifieke informatie op die websites wordt door de importeur bepaald op basis van de informatie van de fabrikant. De voertuig specifieke, technische inhoud van de Nederlandse websites wordt door de importeur overgenomen uit standaard teksten en technische productinformatie die wordt aangeleverd door de fabrikant.⁴³
32. De opmaak van de websites bepaalt de importeur, behalve voor Audi. Voor de website van Audi worden standaard templates ter beschikking gesteld, die voor ieder land gelijk zijn en waarbij de importeur slechts verantwoordelijk is voor de vertaling van de inhoud. Voor zover er in Nederland aanvullende informatieverplichtingen gelden, voegt de importeur die toe aan de websites.

6.4.3 Advertenties

33. Advertenties worden zowel door de importeur als door de fabrikant ontwikkeld. De importeur baseert zich op productinformatie die door de fabrikant wordt aangeleverd in een template. De importeur is niet verplicht de templates te gebruiken, maar de advertenties moeten wel voldoen aan de huisstijl van de fabrikant. Voor zover er in Nederland aanvullende informatieverplichtingen gelden, voegt de importeur die toe aan de advertenties.

6.4.4 Commercials

34. De importeur produceert in samenwerking met een reclamebureau ook commercials die in Nederland worden uitgezonden. De getoonde productinformatie is afkomstig van de fabrikant. Ook hier geldt dat de importeur aanvullende informatie toevoegt als zij daar wettelijk toe verplicht is.

6.5 Duurzaamheid

35. Volkswagen AG is lid van de Europese brancheorganisatie voor autofabrikanten (ACEA). Als lid heeft zij zich geëngageerd aan de zogenaamde '*Automotive Industry Guiding Principles to Enhance Sustainability Performance in the Supply Chain*'.⁴⁴ Hierin staat onder het kopje Environmental standards onder meer dat van de aangesloten bedrijven wordt verwacht dat zij streven naar een effectieve milieubescherming in de gehele productieketen om zo de ecologische voetafdruk van hun producten te verkleinen. Volkswagen AG onderschrijft deze uitgangspunten ook in haar eigen '*Environmental Policy*'.⁴⁵

³⁹ Dossierstuk 62, Reactie [**VERTROUWELIJK**] op informatieverzoek inzake Volkswagen motorsoftware, p. 3.

⁴⁰ Zie www.volkswagen.nl, www.audi.nl, www.seat.nl en www.skoda.nl.

⁴¹ Dossierstuk 57, Verslag van Ambtshandelingen/Analyse digitaal materiaal.

⁴² Zie <https://www.sidn.nl/whois>.

⁴³ Dossierstuk 71, Reactie [**VERTROUWELIJK**] op overzicht feiten, p. 2.

⁴⁴ Dossierstuk 4, ACEA CSR Automotive Industry Guiding Principles.

⁴⁵ Dossierstuk 1, Environmental Policy Volkswagen 2010.

36. Zowel op nationaal als op internationaal niveau staat milieubeleid op de maatschappelijke agenda. Zo staat op de website www.rijksoverheid.nl onder meer het volgende:

“De Rijksoverheid werkt samen met provincies en gemeenten om te voldoen aan de Europese normen voor luchtkwaliteit. Zo mag er niet te veel fijn stof of stikstofdioxide in de lucht zitten. Dit wordt onder meer veroorzaakt door het verkeer. Schadelijke stoffen hebben een negatief effect op het klimaat (broeikaseffect) en de gezondheid.”

37. Ook uit brieven van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu aan de Tweede Kamer blijkt dat er in Nederland al geruime tijd aandacht is voor uitstoot van stikstofoxiden bij dieselauto's in de praktijk en dat Nederland zich hard maakt voor effectievere testprocedures.⁴⁶ De Europese Commissie heeft op 24 september 2015 in een persbericht de EU-lidstaten opgeroepen te gaan voor *“full disclosure, zero tolerance and strict compliance with EU rules on pollutant emissions”*.⁴⁷

7 Zienswijze Volkswagen AG

38. Kort weergegeven heeft Volkswagen AG in reactie op het onderzoeksrapport het volgende aangevoerd.
39. Volkswagen AG stelt dat noch zij, noch haar dochtermaatschappijen in Nederland auto's hebben verkocht. Volkswagen AG is een buitenlandse holdingmaatschappij van een groep fabrikanten die in Nederland geen retail- c.q. distributieaanwezigheid heeft. Op grond hiervan kan zij naar eigen zeggen niet worden aangemerkt als 'handelaar' die een relevante 'handelspraktijk' heeft verricht in de zin van Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 BW⁴⁸ (ook wel de Wet Oneerlijke handelspraktijken genoemd (hierna: Wet OHP)).⁴⁹
40. Met betrekking tot de vermeende overtreding van artikel 6:193b, tweede lid, BW (handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding) geeft Volkswagen AG aan dat de door haar in de betrokken auto's geïnstalleerde software niet in strijd is met haar milieubeleid of –doelstellingen en de uitlatingen die zij daarover doet. Bovendien meent Volkswagen AG dat de aankoopbeslissing van de consument niet merkbaar is beïnvloed door de toepassing van de software.⁵⁰
41. Met betrekking tot de vermeende overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW (verstrekken van misleidende informatie) geeft Volkswagen AG aan dat er geen sprake kan zijn van enige misleiding nu al haar uitlatingen die in het onderzoeksrapport worden aangehaald, feitelijk juist zijn. De ACM verbindt de EU-typegoedkeuringsprocedure ten onrechte met de door Volkswagen AG aangehaalde duurzaamheids- en milieucclaims.⁵¹ De EU koos immers voor een beperkte laboratoriumtest, waaraan de betrokken auto's voldeden. Volkswagen AG bevordert juist in de praktijk op vele manieren de duurzaamheid.
42. Met betrekking tot de vermeende overtreding van artikel 6:193g, aanhef en onder d, BW (zwarte lijst van misleidende handelspraktijken) stelt Volkswagen AG dat de betrokken auto's een geldige typegoedkeuring hebben en hadden en dat zij voldeden aan alle voorwaarden daarvoor. De door Volkswagen AG toegepaste software is volgens haar geen manipulatie-instrument in de zin van de Emissieverordening. Bovendien is er geen bewijs waaruit blijkt dat consumenten zijn misleid. Volkswagen AG herhaalt in dit verband dat het voor haar onduidelijk is waaruit de beweerdelijke

⁴⁶ Dossierstukken 13, 15, 16 en 21.

⁴⁷ http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-5713_en.htm.

⁴⁸ Artikel 6:193a tot en met artikel 6:193j BW.

⁴⁹ Schriftelijke zienswijze, § 3.

⁵⁰ Schriftelijke zienswijze, § 6.

⁵¹ Schriftelijke zienswijze, § 7.

misleiding zou hebben bestaan.⁵² De vermelding van typegoedkeuring op het door de RDW verstrekte kentekenbewijs kan niet worden gezien als ‘bewering’ van Volkswagen AG omtrent het voldoen aan de milieueisen.

43. Verder stelt Volkswagen AG dat de ACM onzorgvuldig onderzoek heeft verricht. De feiten in deze zaak zijn niet adequaat onderzocht en er is geen robuuste juridische beoordeling gemaakt, aldus Volkswagen AG. Ook meent Volkswagen AG dat de ACM al voorafgaand aan het onderzoekstraject voornemens was om een boetebesluit te nemen om zodoende schadeclaims voor consumenten te faciliteren. Dit wekt de schijn van vooringenomenheid en is strijdig met het zorgvuldigheidsbeginsel.⁵³
44. Volkswagen AG stelt zich aldus op het standpunt dat er geen feitelijke of juridische grondslag bestaat voor het vaststellen van enige overtreding. Voor zover de ACM wel overtredingen vaststelt, meent Volkswagen AG “uiterst subsidiair” dat deze haar niet te verwijten zijn.⁵⁴
45. Tot slot stelt Volkswagen AG dat de feiten en juridische aard van de vermeende overtredingen identiek is. Volkswagen AG meent primair dat er daardoor geen mogelijkheid voor de ACM is om drie afzonderlijke overtredingen vast te stellen. Subsidiair stelt zij dat het disproportioneel zou zijn om drie (maximale) boetes op te leggen hiervoor.⁵⁵

8 Juridische beoordeling

8.1 Bevoegdheid ACM

46. De ACM is op grond van artikel 2.2 Whc belast met het toezicht op de naleving van de wettelijke bepalingen bedoeld in onderdeel a van de bijlage bij de Whc. De bepalingen waarop de in dit besluit beschreven handelwijze betrekking heeft, artikelen uit de Wet OHP, staan vermeld in onderdeel a van de bijlage bij de Whc.
47. De ACM kan optreden als sprake is van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder f, Whc. In Nederland zijn tienduizenden consumenten geraakt doordat zij een auto hebben gekocht met software die emissietests heeft gemanipuleerd (zie randnummer 25 van dit besluit). Daarnaast worden de betrokken auto's door middel van commerciële uitingen via verschillende kanalen, zoals internet, aan de consument aangeboden. Deze kanalen hebben een groot bereik. Deze handelspraktijk heeft het kenmerk dat meerdere consumenten op eenzelfde manier zijn of kunnen worden bereikt en geschaad, waardoor sprake is van een mogelijke schending van collectieve belangen van consumenten in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder f, Whc. Zoals hierna zal blijken, zijn de gedragingen in kwestie structureel van aard. Zij vloeien voort uit ‘company policy’ en de inrichting van bedrijfsprocessen binnen de Volkswagengroep en zijn niet te wijten aan individuele afwijkingen daarvan.
48. Indien sprake is van een inbreuk op de bepalingen uit de Wet OHP, zoals zijn genoemd in bijlage a bij de Whc, kan de ACM op grond van artikel 2.9 Whc een last onder dwangsom en/of een bestuurlijke boete opleggen.

⁵² Schriftelijke zienswijze, § 5.

⁵³ Schriftelijke zienswijze, § 9 en 10.

⁵⁴ Schriftelijke zienswijze, rns. 5.33-5.42, 6.37 en 7.13.

⁵⁵ Schriftelijke zienswijze, § 8.

8.2 Toepasselijkheid Wet OHP

49. De Wet OHP richt zich tot de 'handelaar' die een bepaalde 'handelspraktijk' verricht. De ACM is van oordeel dat Volkswagen AG als zodanig moet worden aangemerkt en overweegt daartoe als volgt.
50. Volkswagen AG is één van 's werelds grootste autofabrikanten met fabrieken over de gehele wereld. Zij produceert auto's met de bedoeling deze over de gehele wereld aan onder andere consumenten te verkopen. Om de auto's op de Nederlandse markt te brengen laat zij de auto's keuren door een buitenlandse keuringsinstantie binnen de EU en exporteert zij de auto's in samenwerking met de importeur naar Nederland, waarna de importeur de auto's doorverkoopt dan wel distribueert. Voorts verschaft Volkswagen AG het ontwerp, de standaardteksten, templates en productinformatie ten behoeve van de marketing voor de betrokken auto's in Nederland.
51. Zowel de productie als de directe rol die Volkswagen AG heeft gespeeld in de marketing hebben tot doel om de betrokken auto's aan consumenten te verkopen, dan wel om die verkoop te bevorderen. Naar het oordeel van de ACM kan Volkswagen AG dan ook niet volhouden dat zij geen handelspraktijk heeft die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van (diesel)auto's aan Nederlandse consumenten.
52. De samenwerking van Volkswagen AG met de importeur – tevens distributeur – maakt temeer dat Volkswagen AG als 'handelaar' in de zin van de Whc kan worden aangemerkt. Volkswagen AG maakt gebruik van de kennis van de Nederlandse markt, de 'skills' en de dealercontacten van de importeur om de Nederlandse consumenten (en voor een deel ook zakelijke klanten) te benaderen en de betrokken auto's te verkopen.
53. Daar komt bij dat het doel van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken⁵⁶ (hierna: Richtlijn OHP), zoals die is geïmplementeerd in de Wet OHP, is om een hoog niveau van consumentenbescherming te bewerkstelligen. In verband hiermee dienen begrippen uit de Wet OHP in het algemeen ruim te worden uitgelegd⁵⁷ en betreft het regelgeving van dwingende aard. Een effectieve bescherming van de consument zou ernstig worden ondermijnd als het verbod op oneerlijke handelspraktijken slechts zou gelden voor de laatste schakel in de verkoopketen naar de consument – in dit geval de garage of autodealer waarbij de consument daadwerkelijk zijn auto koopt.
54. Gelet op het voorgaande merkt de ACM Volkswagen AG aan als handelaar in de zin van artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder b, BW. Volkswagen AG dient op grond van artikel 8.8 Whc de bepalingen van de Wet OHP in acht te nemen.

8.3 Algemene punten uit de zienswijze van Volkswagen AG

55. Alvorens de in het onderzoeksrapport vastgestelde overtredingen te beoordelen, gaat de ACM in op een aantal algemene punten uit de zienswijze van Volkswagen AG.

8.3.1 Procedurele aspecten

56. De ACM is van oordeel dat haar toezichthouders zorgvuldig onderzoek hebben verricht. De ACM merkt in dit verband allereerst op dat toezichthouders niet op grond van enige wettelijke bepaling of enig beginsel van behoorlijk bestuur zijn gehouden tot het uitvoeren van bepaalde specifieke (eigen) onderzoekshandelingen of tot het toepassen van een bepaalde methode van onderzoek.

⁵⁶ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken') (*PbEU* 2005, L 149/22).

⁵⁷ Vgl. CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285, r.o. 9.3 e.v.

57. Wel zijn de toezichthouders van de ACM verplicht om zorgvuldigheid te betrachten in de zin van artikel 3.2 Awb. Dit hebben zij gedaan. Uit het onderzoeksrapport en de op de zaak betrekking hebbende stukken blijkt dat de toezichthouders van de ACM in hun onderzoek de nodige kennis omtrent de relevante feiten hebben vergaard door te putten uit voorhanden zijnde documenten⁵⁸ en door informatie op te vragen bij diverse partijen⁵⁹. Volgens de ACM is hiermee een goed beeld ontstaan over de relevante feiten en omstandigheden in deze zaak. Ter controle hebben de toezichthouders het feitencomplex toegezonden aan Volkswagen AG.⁶⁰ Op grond van de reactie van Volkswagen AG⁶¹ hebben toezichthouders van de ACM een aantal feitelijke onjuistheden dan wel onvolledigheden in het onderzoeksrapport aangepast.⁶² De ACM ziet in deze werkwijze geen aanleiding om te twijfelen aan de zorgvuldigheid die is betracht gedurende het onderzoek.
58. Voor zover Volkswagen AG in haar zienswijze stelt dat de ACM ten onrechte is afgegaan op berichten van Amerikaanse toezichthouders of op uitingen die Volkswagen AG heeft gedaan over onregelmatigheden bij de plaatsing van software in Amerikaanse auto's, merkt de ACM op dat de situatie in de Verenigde Staten voor de context van de zaak van belang is, maar dat de ACM haar conclusies omtrent de overtredingen daarop niet baseert. In het onderzoeksrapport, alsook in dit besluit, heeft de ACM zich beperkt tot de auto's die op de Nederlandse markt zijn gebracht en zijn voorzien van in de EU verboden manipulatiesoftware (in dit besluit wel aangeduid als 'de betrokken auto's', zie tevens randnummer 25 van dit besluit) en de uitingen die Volkswagen AG daarover heeft gedaan jegens Nederlandse consumenten. De ACM ziet niet in waarom zij zich daarbij niet (mede) kan baseren op de bevindingen en mededelingen van het KBA (zie tevens randnummer 63 e.v. van dit besluit).
59. Verder stelt Volkswagen AG dat de ACM onzorgvuldig heeft gehandeld door al voorafgaand aan het onderzoekstraject voornemens te zijn om een boetebesluit te nemen om zodoende schadeclaims voor consumenten te faciliteren. Volkswagen AG komt tot deze gevolgtrekking op grond van een aan haar toegezonden concepttekst van een nieuwsbericht van de ACM over de start van het onderzoek naar Volkswagen AG.⁶³ Met name de volgende daarin opgenomen zinsneden alarmeren Volkswagen AG: *"Eerder hebben wij deze zaak geen prioriteit gegeven, omdat het erop leek dat andere organisaties en Volkswagen zelf in actie zouden komen. Nu dat nog niet tot de gewenste resultaten heeft geleid, zijn wij als toezichthouder aan zet."* en *"De ACM verwachtte eerder dat andere organisaties en Volkswagen zelf in Europa en Nederland in actie zouden komen en meer zouden bereiken voor consumenten."*
60. De ACM wijst erop dat het 'dieselschandaal' in de media al geruime tijd in de aandacht stond zodat het gewenst was het publiek te informeren dat de ACM, na een afweging van prioriteiten, tot onderzoek zou overgaan. Daaruit blijkt niet dat de uitkomst van dit onderzoek bij voorbaat vaststond. Daaruit blijkt evenmin dat de ACM meende met een summier onderzoek te kunnen volstaan. Bovendien heeft het optreden van de ACM niet tot doel om schadeclaims voor consumenten te faciliteren, maar betreft het publiekrechtelijke handhaving van de wetten waarop de ACM toezicht houdt. Dit besluit zal als zodanig niet tot gevolg hebben dat de eventuele door consumenten geleden schade wordt hersteld of vergoed.

⁵⁸ Zie o.a. dossierstukken 1 t/m 18, 21, 25, 46 t/m 49 en 56.

⁵⁹ Zie o.a. dossierstukken 26, 43, 45 en 62.

⁶⁰ Dossierstuk 64 en 66, Toezending (overzicht) feiten.

⁶¹ Dossierstuk 70, Reactie Volkswagen AG op overzicht feiten.

⁶² Onderzoeksrapport, §3.3.

⁶³ Dossierstuk 34, Toezending afschrift brief m.b.t. kennisgeving onderzoek Volkswagen AG.

8.3.2 Manipulatie-instrument in de zin van de Emissieverordening

61. Volkswagen AG heeft erkend dat zij in de periode van 2009 tot 2015 in de betrokken auto's software heeft geïnstalleerd om de uitstoot van NO_x specifiek in een testomgeving te beïnvloeden. Buiten de testomgeving schakelde de software naar een modus met een hogere uitstoot.⁶⁴ De goedkeuringsautoriteiten werden van deze 'switching logic' niet op de hoogte gesteld. Niettemin betoogt Volkswagen AG dat deze software juridisch gezien niet als verboden manipulatie-instrument kwalificeert, zoals bedoeld in de Emissieverordening.
62. Het KBA heeft vastgesteld dat deze software was aan te merken als een verboden manipulatie-instrument in de zin van artikel 5, tweede lid, Emissieverordening, waardoor de betrokken auto's niet conform de afgegeven typegoedkeuring waren. Het KBA heeft de andere Europese goedkeuringsinstanties hiervan op de hoogte gesteld.⁶⁵
63. De ACM gaat af op de vaststelling van het KBA, nu dit een bevoegde goedkeuringsinstantie is die de typegoedkeuring in eerste instantie heeft afgegeven. Op het moment dat zij als aangewezen organisatie vaststelt dat de betrokken auto's niet voldoen aan de door haar afgegeven typegoedkeuring, mag de ACM uitgaan van de juistheid van deze vaststelling. Anders dan Volkswagen AG op dit punt betoogt, is nader zelfstandig onderzoek door de ACM op dit punt niet noodzakelijk.
64. Overigens acht de ACM de vaststelling door het KBA juist en kan zij de tegenargumenten van Volkswagen AG niet volgen. Hierna zal de ACM dit toelichten in het licht van de elementen van de definitie van een manipulatie-instrument zoals neergelegd in artikel 3, tiende lid, Emissieverordening.
65. *"Een constructieonderdeel dat de temperatuur, de rijnsnelheid, het motortoerental, de versnelling, inlaatonderdruk of andere parameters meet..."*

De door Volkswagen AG gebruikte software meet (door gebruik te maken van sensors) verschillende parameters op basis waarvan de software kan vaststellen of sprake is van een testsituatie of niet. Deze software kan in combinatie met de verschillende sensors volgens de ACM worden aangemerkt als een constructie.

66. *"...om een onderdeel van het emissiecontrolesysteem in werking te stellen, te moduleren, te vertragen of buiten werking te stellen..."*

Vast staat dat de functie van de software was om door middel van de positionering van de EGR-klep het mengsel van lucht en (gerecirculeerde) uitlaatgassen dat in de cilinder werd ingebracht te moduleren. Daarmee kon de uiteindelijke NO_x-emissie van de motor worden beïnvloed. Volkswagen AG doet het voorkomen dat, omdat de EGR-software deel uitmaakt van de motor zelf, deze geen deel uitmaakt van het 'emissiecontrolesysteem' dat volgens Volkswagen AG uitsluitend op de uitlaatabehandeling betrekking zou hebben (zoals filters en katalysatoren). Voor een dergelijke beperkte betekenis van 'emissiecontrolesysteem', dat niet in de Emissieverordening of uitvoeringsregels wordt omschreven, bestaat echter geen grondslag. Het emissiecontrolesysteem moet volgens de ACM worden gezien als het *gehele* systeem dat de uitstoot van de auto controleert

⁶⁴ Dossierstuk 5, Volkswagen Annual Report 2015, p. 49 e.v. Zie ook Dossierstuk 56, Film op You Tube – [VERTROUWELIJK] voor het interview met CEO [VERTROUWELIJK] in Momentum 2015 "It all comes down to trust" en Dossierstuk 62, Reactie op [VERTROUWELIJK] op informatieverzoek inzake Volkswagen motorsoftware (bijlagen) voor de advertentie "Schaamrood. Allesbehalve trots op onze nieuwste kleur".

⁶⁵ Dossierstuk 26, Antwoord op aanvullende vragen over Volkswagen, bijlage 2.

en kan bijstellen. De uitstoot wordt beïnvloed door de hoeveelheid verbrandingsgas dat via het EGR-systeem wordt teruggeleid in de verbrandingskamers.

67. Volgens overweging 6 in de considerans bij de Emissieverordening is het doel van deze Verordening met name om stikstofoxide-uitstoot van dieselloertuigen te verminderen om de luchtkwaliteit te verbeteren en te voldoen aan de grenswaarden voor luchtverontreiniging. Een beperkte uitleg zoals Volkswagen AG voorstaat, valt daarmee niet te verenigen.
68. "...zodat de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem wordt verminderd onder omstandigheden die bij een normaal gebruik van het voertuig te verwachten zijn."

Door het gebruik van de software is het emissiecontrolesysteem minder doelmatig. Het systeem beantwoordt immers pas aan zijn doel als de uitstoot ook op de weg wordt beperkt. De ACM wijst in dit verband op de verplichting in artikel 5, eerste lid, Emissieverordening voor fabrikanten, om hun voertuigen zo uit te rusten dat de onderdelen die van invloed kunnen zijn op de emissies zodanig ontworpen, geconstrueerd en gemonteerd zijn dat het voertuig *onder normale gebruiksomstandigheden* aan deze Verordening en de uitvoeringsmaatregelen ervan kan voldoen. Welke maatregelen Volkswagen AG verder ook mag hebben genomen om de daadwerkelijke uitstoot te beperken, de manipulatiesoftware was specifiek ontworpen om (in ieder geval) in de testomgeving aan de norm te voldoen en resulteerde in modus 2 in een hogere uitstoot van NO_x.⁶⁶

69. Volkswagen AG stelt dat de Uniewetgever bewust heeft gekozen voor een testprocedure in het laboratorium, waarmee de uitstoot op de weg niet wordt gemeten. Volkswagen AG meent dat er voor 'normaal gebruik' in feite geen emissienorm bestaat die door haar kan zijn geschonden. Op grond van de voorgeschreven NEDC-test voldoen de voertuigen gewoon aan de Euro 5-norm. De RDW heeft dit op vragen van de ACM bevestigd, aldus Volkswagen AG.⁶⁷ Op de hoorzitting betitelde Volkswagen AG dit als een "weeffout" in de Europese wetgeving waarover veel politieke discussie is gevoerd.
70. Echter, juist om de door Volkswagen AG vermeende lacune te dichten is manipulatiesoftware met een 'switching logic', die schakelt tussen een herkende testomgeving en 'normaal gebruik', door de Europese wetgever verboden.⁶⁸ Dat een andere - meer realistische - testmethode mogelijk is, doet daarbij niet ter zake. In de Verenigde Staten, waar een meer realistische test wordt toegepast, is het gebruik van een *defeat device* eveneens verboden. Daarbij komen de definities van *defeat device* en manipulatie-instrument in de VS, respectievelijk de EU overeen, zoals Volkswagen AG heeft bevestigd.⁶⁹
71. Volkswagen AG beroept zich onder meer op de passage waar de RDW stelt: "*Er zijn dus geen documenten op het gebied van emissieoverschrijding: het voertuig voldoet op emissiegebied aan de typegoedkeuring...*". Dit citaat is echter onvolledig; de RDW vervolgt immers: "... *maar omdat er een defeat device aanwezig is in het voertuig voldoet het voertuig op deze grond niet aan de eisen van de goedkeuring.*"
72. Ook het betoog van Volkswagen AG dat de betrokken auto's blijkens de *EQUA Air Quality Index* van de onafhankelijke firma *Emission Analytics* en blijkens een test van de ADAC⁷⁰ op de weg wel degelijk milieuvriendelijk zijn (in vergelijking met oudere typen en in vergelijking met concurrerende

⁶⁶ Dossierstuk 5, Volkswagen Annual report 2015, p. 182.

⁶⁷ Dossierstuk 45, Antwoord op aanvullende vragen over Volkswagen.

⁶⁸ Volkswagen AG lijkt dit ook in te zien over de 'defeat device': "*It is the only relevant norm where you see a connection between testing cycle and real drive.*" Zie Verslag van de hoorzitting, p. 9.

⁶⁹ Dossierstuk 7, EPA Notice of Violation, p. 2-3 en Verslag van de hoorzitting, p. 7.

⁷⁰ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club e.V., de grootste autoclub van Duitsland.

merken)⁷¹ en dat de stand in modus 2 beoogt op de weg een betere balans tussen uitstoot van NO_x en van roet (fijnstof) te bewerkstelligen, treft geen doel.

73. Dat Volkswagen AG inspanningen levert om de duurzaamheid van haar productieprocessen en producten te bevorderen en met dit oogmerk tal van nieuwe, schone technologieën heeft ingevoerd, wordt door de ACM niet bestreden. Wat daarvan zij, Volkswagen AG dient steeds de wettelijke normen in acht te nemen en mag haar eigen normen niet daarvoor in de plaats stellen. Nu het gebruik van manipulatie-instrumenten als zodanig is verboden, is het ook niet aan de ACM om te bewijzen dat de uitstoot op de weg (in modus 2) *niet* aan de Euro 5-norm voldoet, zoals Volkswagen AG betoogt.
74. In artikel 5, tweede lid, onder a, b en c, Emissieverordening zijn enkele uitzonderingen op het verbod op het gebruik van manipulatie-instrumenten voorzien. Deze hebben bijvoorbeeld betrekking op bescherming en de veilige werking van de motor. Volkswagen AG heeft bevestigd dat zij zich op geen van deze limitatieve uitzonderingsgronden beroept.⁷²
75. Volkswagen AG hecht groot belang aan het feit dat het KBA de typegoedkeuring nooit heeft ingetrokken. Deze goedkeuring zou geldig zijn verkregen en geldig zijn gebleven, aldus Volkswagen AG. Hierbij miskent zij dat het KBA de non-conformiteit van de betrokken auto's heeft vastgesteld. Als gevolg hiervan kan het KBA op grond van artikel 30 Kaderrichtlijn verschillende maatregelen nemen, die waar nodig kunnen gaan tot intrekking van de typegoedkeuring.⁷³ Dat het KBA in dit geval niet voor deze laatste, meest verstrekkende optie heeft gekozen, kan niet wegnemen dat sprake is van een verboden manipulatie-instrument. Anders had het KBA immers ook geen herstel kunnen gelasten. Pas als alle manipulatiesoftware door middel van de terugroepactie is verwijderd en vervangen door (alsnog) goedgekeurde software, is de rechtmatigheid hersteld.
76. De ACM komt tot de slotsom dat de software die Volkswagen AG in de betrokken auto's heeft geïnstalleerd volgens de ACM is aan te merken als een manipulatie-instrument dat op grond van artikel 5, tweede lid, Emissieverordening is verboden. Het gebruik van verboden manipulatiesoftware vormt op zichzelf nog geen oneerlijke handelspraktijk. Wel neemt de ACM deze vaststelling tot uitgangspunt bij de toetsing of Volkswagen AG in strijd heeft gehandeld met bepalingen van de Wet OHP. Deze toetsing volgt in de paragrafen 8.4, 8.5 en 8.6.

8.4 Artikel 8.8a Whc jo artikel 6:193b, tweede lid, BW: handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding

77. Volgens artikel 6:193b, tweede lid, BW is een handelspraktijk oneerlijk indien een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding en het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. In artikel 6:193a, aanhef en onder f, BW wordt professionele toewijding gedefinieerd als het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken. Het begrip professionele toewijding omvat beginselen die reeds voor de vaststelling van de Richtlijn OHP duidelijk in de wetgeving van de lidstaten waren gedefinieerd, zoals 'eerlijke marktpraktijken', 'goede trouw' en

⁷¹ Schriftelijke zienswijze, rn. 6.10 en Verslag van de hoorzitting, Bijlage 1, p. 9.

⁷² Verslag van de hoorzitting, p. 7.

⁷³ Bedacht moet worden dat intrekking van de typegoedkeuring niet alleen voor het handelsverkeer, maar ook voor de kopers van de betrokken auto's ingrijpende gevolgen zou hebben gehad; de auto's zouden 'van de weg gehaald' kunnen worden.

'goede marktpraktijken'. Deze beginselen benadrukken de normatieve waarden die op het specifieke gebied van bedrijfsactiviteiten gelden.⁷⁴

78. Uit de Memorie van Toelichting bij de implementatie van de Richtlijn OHP blijkt dat in de definitie van professionele toewijding twee elementen zijn opgenomen.⁷⁵ Het eerste element is 'de bijzondere vakkundigheid' en het tweede 'de zorgvuldigheid'. Indien een handelaar ten aanzien van beide elementen op een normaal niveau (of hoger) functioneert, is hij professioneel toegewijd. Dit zal per geval moeten worden vastgesteld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.
79. Ten aanzien van het hiervoor genoemde element 'de zorgvuldigheid' is de ACM van oordeel dat het gebruik, de installatie en het verzwijgen van manipulatiesoftware als bedoeld in artikel 5, tweede lid, Emissieverordening evident in strijd is met de zorgvuldigheid die van een professionele partij als Volkswagen AG mag worden verwacht. De consument moet er zonder meer van op aan kunnen dat de auto die hij koopt, of waarvan hij de aanschaf overweegt, geen illegale en schadelijke onderdelen bevat.
80. Met betrekking tot het element 'de bijzondere vakkundigheid' merkt de ACM het volgende op. Wat een normaal niveau van de voor de handelaar geldende professionele standaard is, kan worden beoordeeld aan de hand van verschillende feiten en omstandigheden. Daarbij kunnen ook gedragscodes relevant zijn, nu deze uiting kunnen geven aan het niveau van de professionele standaard in een bepaalde branche.⁷⁶
81. Wat in deze zaak als geldende professionele standaard wordt beschouwd, kan worden afgeleid uit de zogenaamde *Automotive Industry Guiding Principles to Enhance Sustainability Performance in the Supply Chain* van de Europese brancheorganisatie voor autofabrikanten (ACEA) uit maart 2014.⁷⁷ Hierin staat onder de kop *Environmental standards* onder meer dat van de aangesloten bedrijven wordt verwacht dat zij streven naar een effectieve milieubescherming in de gehele productieketen om zo de ecologische voetafdruk van hun producten te verkleinen. Volkswagen AG is lid van deze brancheorganisatie en heeft zich aan deze uitgangspunten met betrekking tot duurzaamheid gecommitteerd.
82. Daarnaast heeft Volkswagen AG een eigen *Environmental policy* ten aanzien van haar activiteiten en producten, waarin zij zich ten doel stelt om in al haar activiteiten de impact op het milieu te beperken tot een minimum en haar bijdrage te leveren aan het oplossen van milieuproblemen op regionaal en wereldwijd niveau.⁷⁸ Volkswagen AG profileert zich aldus als een onderneming die duurzaamheid hoog in het vaandel heeft staan.
83. De ACM is van oordeel dat de handelspraktijk van Volkswagen AG in strijd is met de uitgangspunten van de ACEA, als ook met de *Environmental policy* van Volkswagen AG zelf. Het manipuleren van de uitstoot van geproduceerde auto's in een testomgeving, zoals Volkswagen AG in de periode van 2009 tot 2015 deed door het plaatsen van software in de betrokken auto's en het verzwijgen daarvan (zie paragraaf 8.3.2 van dit besluit), druist in tegen de genoemde uitgangspunten om de impact op het milieu tot een minimum te beperken en draagt niet bij aan de door de wetgever van de Unie beoogde oplossing voor de uitstoot van NO_x.

⁷⁴ Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, SWD (2016) 163/2, p. 63, zie: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_nl.pdf.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, 3, p. 13.

⁷⁶ Zie CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285, r.o. 10.4 en 10.5 en Rb Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8642, r.o. 5.6.2. e.v.

⁷⁷ Dossierstuk 4, ACEA CSR Automotive Industry Guiding Principles.

⁷⁸ Dossierstuk 1, Environmental Policy Volkswagen 2010.

84. Anders dan Volkswagen AG stelt, is door het gebruik van de manipulatiesoftware en het verzwijgen daarvan, sprake van beïnvloeding van het gedrag van de consument. Hierdoor kon het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar worden beperkt. Volgens Volkswagen AG speelt duurzaamheid bij de gemiddelde consument een uiterst ondergeschikte rol bij de aanschaf van een auto. Volkswagen AG verwijst ter onderbouwing van haar standpunt onder meer naar het onderzoek dat onder Engelse consumenten is uitgevoerd door Hafner, Walker en Verplanken.⁷⁹ Uit dit onderzoek blijkt dat minder dan 2% van de respondenten zijn of haar keuze laat hangen van milieugerelateerde prestaties. De belangrijkste factor voor consumenten is gebruiksgemak, gevolgd door onder meer de prijs en het ontwerp van de auto, aldus Volkswagen AG.⁸⁰
85. De ACM wijst er op dat het argument dat Volkswagen AG aanvoert, haaks staat op de inhoud van de website van haar merk ŠKODA. Op die website stond op 30 december 2011, 6 november 2012 en 23 januari 2013 het volgende over de keuze van consumenten voor auto's van ŠKODA: *“ŠKODA-rijders kiezen regelmatig bewust voor onze milieuvriendelijke auto's die voorzien zijn van energie labels en (steeds vaker) zuinige motoren. Omdat we vandaag al naar morgen moeten kijken. Jouw rijervaring zo plezierig en duurzaam mogelijk maken, daar werken wij aan. Iedere dag.”*⁸¹ De ACM concludeert hieruit dat Volkswagen AG zelf ook onderkent dat duurzaamheid wel degelijk een rol speelt in de besluitvorming van de gemiddelde consument.
86. Naast het onderzoek onder Engelse consumenten waarnaar Volkswagen AG verwijst, zijn er verschillende consumentenonderzoeken waaruit blijkt dat duurzaamheid voor consumenten een rol speelt bij de aanschaf van producten. Zo blijkt uit de meting van de Maatschappelijk Imago Monitor die tussen 2009 en 2015 jaarlijks is uitgevoerd dat zo'n 22% van de Nederlanders in die periode aangaf bij het kopen van producten of diensten er in grote mate op te letten of ze goed zijn voor mens, maatschappij en milieu. Zij vinden dat bedrijven, meer dan zichzelf, hiervoor verantwoordelijk zijn. 84% van de ondervraagden vindt het belangrijk dat bedrijven aandacht aan duurzaamheid geven. Zij rekenen bedrijven daar ook op af, zo blijkt bijvoorbeeld uit het lagere rapportcijfer voor het maatschappelijk imago van Volkswagen AG.⁸²
87. Zelfs in het geval dat, zoals Volkswagen AG stelt, minder dan 2% van de consumenten de aanschaf van een auto voornamelijk baseert op de duurzaamheid daarvan, meent de ACM dat het in dit geval, uitgaande van het aantal betrokken auto's, toch gaat om een groot aantal consumenten. Overigens moet worden opgemerkt dat de omstandigheid dat duurzaamheid bij 98% van de consumenten een ondergeschikte rol speelt bij de aanschaf van een auto niet wil zeggen dat duurzaamheid – naast bijvoorbeeld de prijs en de kleur van de auto - in het geheel geen rol speelt.
88. Volkswagen AG spreekt bovendien alleen over de rol van duurzaamheid bij de aanschaf van een auto. Zij gaat daarmee voorbij aan de omstandigheid dat een besluit over een overeenkomst niet alleen ziet op de aankoop van een product, maar ook op de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of hij een contractueel recht uitoefent in verband met dat product, ongeacht of de consument overgaat tot handelen.
89. De gemiddelde consument heeft door de handelwijze van Volkswagen AG een besluit over een overeenkomst kunnen nemen, dat hij anders - ware hij wel goed geïnformeerd over de manipulatie

⁷⁹ R.J. Hafner, I. Walker, B. Verplanken, *Image, not environmentalism: A qualitative exploration of factors influencing vehicle purchasing decisions*, *Transportation Research Part A*, 2017, p. 89-105.

⁸⁰ Schriftelijke zienswijze, p. 32.

⁸¹ Dossierstuk 57, bijlagen 12, 14 en 16, Website ŠKODA 30 december 2011, 6 november 2012 en 23 januari 2013.

⁸² Dossierstuk 18, Maatschappelijk Imago Monitor 2016.

van de uitstoot van de betrokken auto's en het verzwijgen daarvan - niet had genomen. Een groeiend milieubewustzijn kan het economisch gedrag van consumenten beïnvloeden. Claims met betrekking tot innovaties en producteigenschappen die natuur en milieu sparen (ook wel 'green claims') zijn een belangrijke concurrentieparameter en reclame-instrument geworden. De wetenschap dat testen met betrekking tot schadelijke dan wel verontreinigende uitstoot door middel van software zijn gemanipuleerd, kan milieubewuste consumenten een doorn in het oog zijn en dan met name de waardes voor NO_x-uitstoot die de Europese wetgever belangrijk vindt met het doel de uitstoot over de loop van jaren te verminderen.⁸³ Dat consumenten ook daadwerkelijk een ander besluit over een overeenkomst hebben genomen, blijkt bijvoorbeeld uit de omstandigheid dat toen consumenten vernamen dat er manipulatiesoftware in hun auto was geïnstalleerd zij in groten getale gevolg gaven aan de terugroepactie om hun auto conform wet- en regelgeving te laten aanpassen.

90. Gelet op het bovenstaande komt de ACM tot de conclusie dat Volkswagen AG in elk geval in de periode dat zij manipulatiesoftware in de betrokken auto's heeft geïnstalleerd structureel heeft gehandeld in strijd met de vereisten van professionele toewijding. Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW.

8.5 Artikel 8.8 Whc jo artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW: verstrekken van misleidende informatie over de voornaamste kenmerken van het product

91. Artikel 6:193b, eerste lid, BW bepaalt dat een handelaar jegens een consument onrechtmatig handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Uit artikel 6:193b, derde lid, aanhef en sub a, BW volgt dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien een handelaar een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 6:193c tot en met g, BW. In artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW wordt bepaald dat een handelspraktijk misleidend is 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 die informatie, zoals ten aanzien van de voornaamste kenmerken van het product, zoals bijvoorbeeld de voordelen, uitvoering, samenstelling, geschiktheid voor het gebruik, specificatie, van het gebruik te verwachten resultaten of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles.
92. Bij misleidende informatie kan ook worden gedacht aan milieucclaims of 'groene claims'. Met zulke claims wordt gesuggereerd of op een andere manier de indruk gewekt dat een product een positieve of geen negatieve invloed heeft op het milieu, of het milieu minder schade toebrengt dan andere producten doen.⁸⁴
93. De Richtlijn OHP voorziet niet in specifieke regels over milieucclaims, maar biedt wel een grondslag om ervoor te zorgen dat handelaren milieucclaims niet op een voor consumenten oneerlijke wijze presenteren. Volgens artikel 6 Richtlijn OHP kan een milieucclaim misleidend zijn als deze "gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust" of "zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen". Ook als milieucclaims zijn gebaseerd op vage en algemene verklaringen betreffende milieuvoordelen kunnen milieucclaims misleidend zijn. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan verklaringen zoals 'milieuvriendelijk', 'groen', 'ecologisch', 'duurzaam', 'goed voor het milieu' of 'klimaatvriendelijk'. Als de gemiddelde consument door dergelijke claims een besluit over

⁸³ Vgl. Besluit van de Italiaanse mededingingsautoriteit AGCM aan Volkswagen AG en Volkswagen Group Italia SpA van 4 augustus 2016, nr. 74 en 75. Zie: http://agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/PS10211_Volkswagen_ENG.pdf/download.html.

⁸⁴ Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, SWD (2016) 163/2, p. 117 onder 5.1, zie: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_nl.pdf.

een overeenkomst kan nemen dat hij anders niet had genomen, vallen ze onder het bereik van de Richtlijn OHP.⁸⁵

94. Volkswagen AG heeft een handelspraktijk verricht, bestaande uit het fabriceren van auto's, onder meer bestemd voor consumenten, die, zoals hiervoor is gebleken, waren voorzien van verboden manipulatiesoftware. Zij heeft bij haar handelspraktijken gebruik gemaakt van verschillende communicatiemiddelen en advertentiekanaalen, zoals websites en brochures. In de volgende paragrafen zal de ACM ingaan op de vraag of Volkswagen AG daarbij misleidende informatie als hiervoor bedoeld heeft verstrekt.
95. Op de website www.volkswagen.nl wordt informatie verstrekt over de automodellen die Volkswagen AG produceert van het merk Volkswagen. Ook wordt uitleg gegeven over specifieke technologieën die staan voor duurzaamheid en uitstootreductie, zoals Blue Motion en Blue TDI. Zo stond op 1 januari 2015 op die website: *"Turbocharged Direct Injection, afgekort TDI, is de naam die Volkswagen hanteert voor de schone kracht van haar dieselmotoren. Onze TDI-dieselmotoren met common-rail technologie zijn niet alleen zuinig, maar ook buitengewoon sterk. Ze zijn standaard voorzien van een gesloten roetfilter, zodat u geniet van de kracht van diesel en tegelijkertijd het milieu ontziet."* Ook stond op de website: *"De Blue TDI-dieselmotor heeft naast een roetfilter ook een stikstofoxidenfilter. Zo rijdt u superzuinig en zo schoon als een benzinemotor."*⁸⁶
96. Op de website www.seat.nl stond op 31 maart 2009: *"Diverse motoren zijn ingrijpend gewijzigd en alle kenmerken zich door betere prestaties, een gereduceerd brandstofverbruik en lagere emissies. Op het gebied van energielabels kan worden gesteld dat over de gehele linie het aanbod een stuk groener is geworden"*.⁸⁷ Een maand later stond op die website dat *"de nog lagere emissie- en brandstofverbruik waarden"* de SEAT Ibiza *"tot één van de meest ecologische auto's in zijn segment"* maakt.⁸⁸ Op 11 november 2009 vermeldde een nieuwsbericht op de website van SEAT dat haar betrokkenheid bij het milieu verder gaat *"dan het produceren van auto's met lagere emissies"*. Volgens SEAT doet zij dit *"door de impact op het milieu gedurende alle stadia van het productie-, ontwikkelings-, en ook het recyclingproces van haar producten te verlagen"*.⁸⁹ Op 14 september 2014 vermeldde de website: *"Onze auto's zijn niet alleen leidend op het gebied van duurzaamheid; ook de productie wordt hierin meegenomen"* en *"Naast het gebruik van zonnepanelen voor onze fabriek, zijn we ook bijzonder trots op onze inzet voor het ontwikkelen van schone en zuinige auto's. [...] maken allemaal deel uit van ons streven naar het maken van superieure, comfortabele en schone auto's. Dat is TECHNOLOGY TO ENJOY."*⁹⁰
97. Op de website www.skoda.nl stond op 30 december 2011, 6 november 2012 en 23 januari 2013 dat *"plezierig rijden en tegelijkertijd milieubewust zijn"* kan met de *"groene, zuinige auto's van ŠKODA"*.⁹¹ ŠKODA biedt Greenline-modellen aan, gericht op duurzaamheid. Volgens informatie op de website staat Greenline voor optimale duurzaamheid en groene auto's, met vermeldingen als *"écht groen rijden met plezier"*.⁹²
98. Ook in brochures benadrukt Volkswagen AG de duurzaamheid van haar automodellen. Zo vermeldt de brochure voor de Volkswagen Passat uit augustus 2011 onder de kop *"Een schonere auto*

⁸⁵ Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, SWD (2016) 163/2, p. 117 t/m 123, zie: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_nl.pdf.

⁸⁶ Dossierstuk 57, bijlage 8, Vastlegging website Volkswagen 1 januari 2015.

⁸⁷ Dossierstuk 57, bijlage 31, Website SEAT 31 maart 2009.

⁸⁸ Dossierstuk 57, bijlage 32, Website SEAT 28 april 2009.

⁸⁹ Dossierstuk 57, bijlage 33, Website SEAT 11 november 2009.

⁹⁰ Dossierstuk 57, bijlage 40, Website SEAT 14 september 2014.

⁹¹ Dossierstuk 57, bijlagen 12, 14 en 16, Website ŠKODA 30 december 2011, 6 november 2012 en 23 januari 2013.

⁹² Dossierstuk 57, bijlagen 11, 17 en 18, Website ŠKODA respectievelijk 14 oktober 2011 en 30 maart 2013.

vinden we niks bijzonders” het volgende: “Hoe halen we alles uit technologie om u zo lekker mogelijk te laten rijden? Dat is de vraag die ons altijd gedreven heeft. En met BlueMotion Technologies zorgen we er voor dat dat tegelijkertijd schoner kan”. Onder het kopje BlueMotion Technologies staat: “BlueTDI: de schoonste diesel van het moment, zonder NO_x - uitstoot”.⁹³ In de brochures voor de Volkswagen Jetta en de Volkswagen Tiguan staat dat het merklablet ‘BlueMotion Technologies’ een bundeling is “van alle technologieën die Volkswagen te bieden heeft om brandstof te besparen, uitstoot van CO₂ te verlagen en minder stikstof en stikstofoxiden uit te stoten. De basis wordt gevormd door energiezuinige en schone technieken die nu al de basis vormen voor alle Volkswagen-modellen.” In diezelfde brochures staat ook: “Het label BlueTDI staat voor de meest milieuvriendelijke en ecologisch verantwoorde dieserversie in zijn soort. Een Volkswagen met de aanduiding BlueTDI heeft, naast het standaard roetfilter, een stikstofoxidenfilter. Dit zorgt ervoor dat de uitstoot van stikstof wordt gereduceerd met maximaal 90 procent.”⁹⁴

99. Daarnaast vermeldt Volkswagen AG in brochures van de merken Volkswagen, Audi, SEAT en ŠKODA dat haar auto’s voldoen aan de Euro 5-norm.⁹⁵
100. Met vermeldingen als “schoner rijden”, “schoonste diesel van het moment, zonder NO_x -uitstoot”, “meest milieuvriendelijke en ecologisch verantwoorde dieserversie in zijn soort” wordt door Volkswagen AG gesuggereerd of de indruk gewekt dat haar dieselauto’s op het vlak van duurzaamheid voorbeeldige prestaties leveren, dan wel dat zij een positieve of geen negatieve invloed hebben op het milieu of het milieu minder schade toebrengen dan andere producten doen (zie ook randnummer 92 van dit besluit). Die door Volkswagen AG gebezigde milieuclaims stroken echter niet met het gebruik van software om emissieresultaten in een testprocedure te beïnvloeden en zijn daarom misleidend. Consumenten kunnen de indruk krijgen dat de betrokken auto’s duurzaam en milieuvriendelijk zijn, terwijl Volkswagen AG in werkelijkheid haar zakelijk belang liet prevaleren boven de bescherming van het milieu. Volkswagen AG maakte immers gebruik van software met het doel om de testresultaten ten aanzien van de NO_x-emissie te beïnvloeden. Hierdoor staat niet vast dat de Volkswagen-modellen daadwerkelijk groener, milieuvriendelijker of schoner waren dan dieselauto’s van andere fabrikanten, zoals door Volkswagen AG is betoogd in communicatie die bestemd was voor consumenten.
101. Bovendien kan Volkswagen AG niet claimen dat de dieselauto’s voldoen aan de Euro 5-norm, omdat vanwege de aanwezigheid van verboden manipulatiesoftware niet is voldaan aan de voorwaarden voor goedkeuring. Op zijn minst is een dergelijke vermelding onterecht, aangezien niet vast staat dat de betrokken auto’s voldeden aan de voorwaarden voor goedkeuring. De testresultaten voor de typegoedkeuring zijn immers op ongeoorloofde wijze beïnvloed. Wat de mate

⁹³ Dossierstuk 57, Brochure Volkswagen Passat per augustus 2011, p. 19.

⁹⁴ Dossierstuk 57, bijlage 4, Brochure Volkswagen Jetta per 1 januari 2014, p.4 en bijlage 5, Brochure Volkswagen Tiguan per 1 januari 2014, p. 3.

⁹⁵ Dossierstuk 57, bijlage 1, Brochure Volkswagen Caddy per oktober 2010, p. 9, 42 en 47, bijlage 4, Brochure Volkswagen Jetta per 1 januari 2014, p. 16, bijlage 5, Brochure Volkswagen Tiguan per 1 januari 2014, p. 21, bijlage 6, Brochure Volkswagen Golf Blue Motion per juni 2014, p. 15 en bijlage 7, Brochure Volkswagen Touran Van per januari 2015, p. 13, bijlage 39, Brochure SEAT Leon SC per maart 2014, p. 21, bijlage 38, Brochure SEAT Leon per 1 januari 2014, p. 21, bijlage 37, Brochure SEAT Leon per 1 juni 2013, p. 16, bijlage 35, Brochure SEAT Leon per 1 januari 2012, p. 7, bijlage 36, Brochure SEAT Alhambra per 1 oktober 2012, p. 7, bijlage 34, Brochure SEAT Alhambra per 1 juni 2011, p. 6 en 7, bijlage 41, Brochure SEAT Alhambra per 1 januari 2015, p. 22, bijlage 13, Brochure ŠKODA Octavia Businessline per juli 2012, p. 9, bijlage 19, Brochure ŠKODA Yeti per januari 2015, p. 12-13, bijlage 20, Brochure ŠKODA Superb hatchback per januari 2015, p. 13, bijlage 24, Brochure ŠKODA Octavia van 23 februari 2015, p. 13, bijlage 21, Brochure ŠKODA Rapid Spaceback per 3 februari 2015, p. 12, bijlage 23, Brochure ŠKODA Rapid Hatchback per 3 februari 2015, p. 12 en bijlage 15, Brochure ŠKODA Fabia per 1 januari 2013, p.17-18, bijlage 27, Brochure Audi A1 per mei 2010, p. 29, bijlage 28, Brochure Audi A1 per oktober 2011, p. 29 [p. 15 in de pdf], bijlage 26, Brochure Audi A4 allroad quattro per februari 2009, p. 34 [p. 10 in de pdf] en bijlage 29 Brochure Audi A5 Coupé per april 2012, p. 127-128.

van beïnvloeding betreft, herinnert de ACM aan het feit dat er een duidelijk verschil in uitstoot was tussen de testomgeving (in modus 1) en bij normaal gebruik op de weg (in modus 2).⁹⁶

102. De ACM verwerpt het niet feitelijk onderbouwde betoog van Volkswagen AG, dat consumenten niet misleid konden worden, omdat het feit dat een auto op de weg meer uitstoot dan in het laboratorium algemeen bekend is. Volgens de ACM kan een dergelijke technische kennis van de testmethoden bij consumenten niet zonder meer verondersteld worden.
103. De gemiddelde consument kon door genoemde milieucclaims een besluit over een overeenkomst nemen dat hij anders niet had genomen – als hij had geweten dat de testresultaten ten aanzien van NO_x-uitstoot waren beïnvloed en de auto's met dat motortype door deze manipulatie ogenschijnlijk hadden voldaan aan de Euro 5-norm, en dat de dieselauto's met motortype EA189 daardoor wellicht minder schoon waren dan voorgesteld. Zoals de ACM hiervoor al in randnummer 89 heeft overwogen, kan een groeiend milieubewustzijn het economisch gedrag van consumenten beïnvloeden en spelen handelaren hier in hun reclame-uitingen bewust op in.⁹⁷
104. Gelet op het voorgaande komt de ACM tot de conclusie dat Volkswagen AG in elk geval in de periode van februari 2009 tot en met 23 februari 2015⁹⁸ informatie heeft verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden ten aanzien van de voornaamste kenmerken van het product, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst kon nemen dat hij anders niet had genomen. Volkswagen AG heeft hiermee gehandeld in strijd met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW. Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Whc. Doordat de overtreding is begaan op de websites www.volkswagen.nl, www.seat.nl en www.skoda.nl en in brochures over de merken Volkswagen, Audi, SEAT en ŠKODA is sprake van een structurele inbreuk en daarmee van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten als bedoeld in de Whc.

8.6 Artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193g, aanhef en onder d, BW: zwarte lijst misleidende handelspraktijken

105. In artikel 6:193g, aanhef en onder d, BW is bepaald dat het onder alle omstandigheden misleidend is om te beweren dat een handelaar of een product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend of goedgekeurd terwijl dat niet het geval is, of om iets dergelijks te beweren zonder dat aan de voorwaarde voor de aanbeveling, erkenning of goedkeuring is voldaan.
106. Deze bepaling staat op een zwarte lijst met concrete misleidende gedragingen die onder alle omstandigheden een oneerlijke handelspraktijk zijn.⁹⁹ Uit de woorden 'onder alle omstandigheden' vloeit voort dat bij een vordering uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op de artikelen 6:193g en 6:193i BW (slechts) dient te worden gesteld en bewezen dat de handelaar een handelspraktijk heeft verricht, die voorkomt in een van deze artikelen. Indien vaststaat dat de handelaar zich schuldig heeft gemaakt aan een dergelijke handelspraktijk, staat daarmee tevens vast dat hij onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁰⁰
107. Zoals in randnummer 61 van dit besluit is vermeld, heeft Volkswagen AG erkend dat zij in de periode van 2009 tot 2015 in de betrokken auto's software heeft geïnstalleerd om de uitstoot van

⁹⁶ Zie in dit verband ook voetnoot 33 van dit besluit.

⁹⁷ Een voorbeeld hiervan is opgenomen in randnummer 85 van dit besluit.

⁹⁸ Zie voetnoot 95. Uit deze voetnoot blijkt dat de pleegperiode in februari 2009 aanvangt met de brochure voor de Audi A4 allroadquattro (zie Dossierstuk 57, bijlage 26) en aansluitend doorloopt tot 23 februari 2015 met de brochure voor de ŠKODA Octavia (zie Dossierstuk 57, bijlage 24).

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, 3.

¹⁰⁰ *Kamerstukken I* 2007/08, 30 928, C, p. 2.

NO_x in een testomgeving te beïnvloeden, terwijl deze modus bij normaal gebruik op de weg was uitgeschakeld. De ACM veronderstelt dat Volkswagen AG hiermee zeker wilde stellen dat zij typegoedkeuring zou verkrijgen zonder zich te hoeven beijveren om de daadwerkelijke uitstoot die voor de luchtkwaliteit van wezenlijk belang is, te beperken.

108. Het gebruik van manipulatie-instrumenten die de doelmatigheid van emissiecontrolesystemen verminderen is op grond van artikel 5, tweede lid, Emissieverordening verboden. Door de installatie en het gebruik van de software in de betrokken auto's heeft Volkswagen AG alleen daarom al niet aan de voorwaarden van de ontvangen typegoedkeuring voldaan.
109. Bij de automodellen die door Volkswagen AG waren voorzien van software, werden de testresultaten met betrekking tot de uitstoot van NO_x gemanipuleerd. Of de testresultaten zonder deze software binnen de normen bleven, valt door de manipulatie niet met zekerheid te zeggen. Ook daarom staat niet vast dat de auto's voldoen aan de voorwaarden die gelden voor het verlenen van een typegoedkeuring met betrekking tot emissies.
110. Door het gebruik en de installatie van de software, zijn voor de betrokken auto's ten onrechte of in elk geval op basis van gemanipuleerde testresultaten typegoedkeuringen afgegeven. Volkswagen AG heeft de betrokken auto's vervolgens ten onrechte van een CvO voorzien en hen aan de importeur afgeleverd. De betrokken auto's waren immers niet in overeenstemming met de typegoedkeuringsvoorschriften van de EU.
111. De importeur heeft de betrokken auto's op haar beurt geregistreerd bij de RDW en op de Nederlandse markt gebracht. Het Europese goedkeuringsnummer wordt vermeld op het kentekenbewijs dat de consument krijgt bij de aankoop van een auto.¹⁰¹
112. Volkswagen AG beklemtoont in haar zienswijze dat de typegoedkeuring niet door het KBA is ingetrokken, en concludeert daaruit dat deze geldig is verkregen en altijd geldig is gebleven. Volkswagen AG ziet een bevestiging daarvan in de reactie van de RDW op vragen van de ACM, zoals eerder vermeld in randnummer 71. De vermelding op het kentekenbewijs is volgens Volkswagen AG dus correct en betekent niets anders dan dat de betrokken auto's veilig en geschikt zijn om op de weg te worden gebruikt.
113. Volkswagen AG miskent dat het KBA uitdrukkelijk de non-conformiteit heeft vastgesteld en op grond daarvan heeft opgedragen de betrokken auto's terug te roepen (zie hierboven bij randnummers 26, 62 en 75). De terugroepactie was geenszins vrijblijvend. De RDW verduidelijkt: *"Het herstel van de voertuigen is dus nodig om het voertuig weer conform de regelgeving te krijgen. Tijdens de software-update wordt de dubbele software uit het voertuig verwijderd. Het voertuig wordt opnieuw aan de typegoedkeuringstest onderworpen. Wanneer het aan de normen voldoet, is het voertuig weer conform de goedkeuring, nu zonder de verboden defeat device."*¹⁰² Pas na het volledig uitvoeren van de updates is de conformiteit hersteld en pas dan staat de geldigheid van de typegoedkeuring definitief vast. Als Volkswagen AG hierin niet tijdig slaagt, zou het KBA alsnog tot intrekking van de typegoedkeuring kunnen overgaan.
114. Dat de koper van een betrokken auto met de uitgifte van het kenteken het bewijs in handen kreeg dat de auto aan *alle* eisen voldeed, is naar het oordeel van de ACM dus een ongerechtvaardigde claim.

¹⁰¹ Dossierstuk 48, Voorbeelden kentekenbewijs 2014 tot heden.

¹⁰² Dossierstuk 45, Antwoord op aanvullende vragen over Volkswagen.

115. Hieraan doet niet af dat, naar Volkswagen AG stelt, de update zodanig wordt uitgevoerd dat de creatie van roet niet toeneemt en er geen negatieve gevolgen voor de rijeigenschappen zijn. Dit roept veeleer de vraag op waarom de schadelijke 'modus 2' überhaupt in de betrokken auto's is aangebracht.
116. Door het gebruik van software, waardoor testresultaten ten aanzien van de uitstoot van NO_x werden gemanipuleerd dan wel waardoor op basis van onbetrouwbare resultaten een typegoedkeuring werd afgegeven die vervolgens op het kentekenbewijs van de betrokken auto's werd vermeld, hanteerde Volkswagen AG een handelspraktijk die onder alle omstandigheden misleidend is. Volkswagen AG beweerde namelijk op die manier dat voor de betreffende auto's een typegoedkeuring was afgegeven, terwijl feitelijk niet aan de voorwaarden daarvoor was voldaan.
117. Het ging in deze zaak om een groot aantal betrokken auto's waarvoor een kentekenbewijs is afgegeven. Het gebruik van de software en de onterechte vermelding van de typegoedkeuring op het kentekenbewijs heeft vervolgens zijn beslag gehad over een periode van bijna zeven jaar. De ACM stelt op grond van het voorgaande dan ook vast dat Volkswagen AG in de periode van 2009 tot 2015 structureel heeft gehandeld in strijd met artikel 6:193g, aanhef en onder d, BW. Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Whc.

8.7 Eindconclusie met betrekking tot de overtredingen

118. Gelet op het bovenstaande en onder verwijzing naar de randnummers 90, 104 en 117 komt de ACM tot de conclusie dat Volkswagen AG de bepalingen van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW (handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding), artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW (verstrekken van misleidende informatie) en artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193g, aanhef en onder d, BW (zwarte lijst misleidende handelspraktijken) heeft overtreden. Volkswagen AG heeft daarmee inbreuk gemaakt op de collectieve belangen van consumenten.

9 Overtreder

119. De ACM merkt de rechtspersoon Volkswagen AG aan als overtreder in de zin van artikel 5:1, tweede lid, Awb.
120. Volgens deze bepaling wordt onder overtreder verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Volgens het derde lid kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) is van overeenkomstige toepassing.
121. Dader of pleger is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt.¹⁰³
122. De jurisprudentie neemt hierbij in het algemeen het zogeheten 'drijfmasterrest' van de Hoge Raad tot uitgangspunt.¹⁰⁴ Uit de wetgeschiedenis van artikel 51Sr en artikel 15 Wet Economische Delicten volgt dat handelingen van tot het verband of tot de sfeer van de rechtspersoon behorende personen, die niet ieder op zichzelf maar wel gezamenlijk de delictsomschrijving vervullen, aan de

¹⁰³ ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90; ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:288, r.o. 3.1; ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999.

¹⁰⁴ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938.

rechtspersoon kunnen worden toegerekend en tot de vaststelling van het daderschap kunnen leiden. De ACM zal de verhoudingen binnen de Volkswagen groep in het licht van het aangehaalde 'drijfmasterrest' beschouwen.¹⁰⁵

123. Met betrekking tot de betrokken auto's van het merk Volkswagen, heeft Volkswagen AG haar verantwoordelijkheid voor de gedragingen in kwestie niet betwist. Met betrekking tot de andere merken heeft zij gewezen op het feit dat de betrokken dochterondernemingen juridisch zelfstandige ondernemingen zijn. Naar het oordeel van de ACM neemt dit niet weg dat de dochterondernemingen, in elk geval wat de hiervoor vastgestelde inbreuken betreft, alle in de sfeer van de rechtspersoon Volkswagen AG handelden.
124. Volkswagen AG staat aan het hoofd van de Volkswagen groep en oefent beslissende invloed uit in AUDI AG, SEAT S.A. en ŠKODA AUTO a.s.¹⁰⁶ Hieruit volgt reeds de beschikkingsmacht van Volkswagen AG. Volkswagen AG heeft niets aangevoerd en de ACM is niet gebleken van omstandigheden van feitelijke of juridische aard die Volkswagen AG zouden beletten om in te grijpen teneinde te voorkomen dat haar dochtermaatschappijen (op grote schaal) gebruik zouden maken van verboden manipulatiesoftware.
125. In jaarverslagen en andere uitingen presenteert Volkswagen AG de verschillende merken nadrukkelijk als behorende tot één groep (samen met nog andere, waaronder Bentley, Porsche, Scania en MAN): *"Twelve brands with an individual identity and a common goal: mobility."* Dat de verschillende merken een eigen identiteit hebben, hetgeen in de bedrijfsvoering en uiteraard ook in de marketing tot uitdrukking komt, komt voort uit een centrale strategie en moet gezien worden in het licht van de wens binnen het concern een zo breed mogelijk spectrum aan auto's aan te bieden aan verschillende doelgroepen van afnemers.
126. Alleen al uit het feit dat bij diverse typen auto's van alle vier de merken de EA189 dieselmotoren samen met het EGR-systeem en bijbehorende software zijn ingebouwd, blijkt dat Volkswagen, AUDI, SEAT en ŠKODA hebben samengewerkt om, met oog op de in 2009 ingevoerde Euro 5-norm, deze nieuwe generatie dieselmotoren te ontwikkelen en te fabriceren. Een en ander paste in de normale bedrijfsvoering van Volkswagen AG en was dienstig in het door Volkswagen AG uitgeoefende bedrijf, aangezien de opbrengsten van de benodigde investeringen ook aan Volkswagen AG ten goede kwamen.
127. Het is kortom duidelijk dat de concernleiding het geheel overzag en hiervoor de eindverantwoordelijkheid droeg. Deze verantwoordelijkheid strekte zich uit tot het vervullen van alle verplichtingen met betrekking tot de procedure van typegoedkeuring en het waarborgen van de conformiteit in alle lidstaten van de EU. Deze verantwoordelijkheid heeft Volkswagen AG blijkens haar berichtgeving ook genomen bij het voeren van de regie bij de afwikkeling van – wat zij noemt – *"the diesel issue"* in de EU en elders.
128. Dat de concernleiding van Volkswagen AG mogelijk niet op de hoogte was, acht de ACM geen reden om Volkswagen AG niet ten volle verantwoordelijk te houden. Ten eerste moet gezien de schaal waarop de dieselmotoren met manipulatiesoftware zijn gebruikt – wereldwijd gaat het om ongeveer 11 miljoen voertuigen – een aanzienlijk aantal personen binnen de Volkswagen groep betrokken en op de hoogte zijn geweest. Ten tweede heeft Volkswagen AG nagelaten concreet en adequaat toezicht uit te oefenen om het gebruik van de manipulatiesoftware te voorkomen.

¹⁰⁵ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.4.

¹⁰⁶ Dossierstuk 5, Volkswagen Annual Report 2015, p.58 en 188 e.v. Op de hoorzitting van 29 augustus 2017 heeft Volkswagen AG bevestigd dat zij direct of indirect 100% eigenaar is van SEAT en ŠKODA, en nagenoeg 100% eigenaar van AUDI. Zie Verslag van de hoorzitting, p. 4.

Derhalve heeft Volkswagen AG niet de zorg betracht die in de gegeven omstandigheden van de rechtspersoon kon worden gevergd.

10 Boete

10.1 Beboeting door de ACM

129. Op grond van artikel 2.9 Whc kan de ACM aan Volkswagen AG een bestuurlijke boete opleggen.¹⁰⁷ Deze boete bedraagt blijkens artikel 2.15 Whc, zoals dit artikel luidde ten tijde van de overtreding, ten hoogste EUR 450.000 per overtreding.
130. Volkswagen AG heeft gesteld dat, als er al sprake zou zijn van een overtreding, uitsluitend sancties in de zin van artikel 13 Emissieverordening kunnen worden opgelegd, waartoe de ACM niet bevoegd zou zijn. Het is de ACM echter niet duidelijk waarom deze bepaling in de weg zou staan aan het opleggen van sancties op grond van schending van de wetgeving op het gebied van de consumentenbescherming. Het optreden van de ACM (of dat van andere toezichthouders zoals de Italiaanse autoriteit AGCM) doorkruist dat van het KBA in het geheel niet, en vergroot integendeel de effectiviteit van de handhaving van de Europese emissienormen.
131. Bij het vaststellen van de hoogte van een op te leggen boete wordt – op grond van artikel 5:41 en 5:46 Awb – de verwijtbaarheid van de overtreder, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd betrokken. Ook dient het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht genomen te worden.

10.2 Verwijtbaarheid

132. Uit al het voorgaande komt het beeld naar voren dat de Volkswagengroep er voor heeft gekozen om de verboden manipulatiesoftware in de betrokken auto's te plaatsen. Volkswagen AG gaf kennelijk aan financiële motieven voorrang boven het bijdragen aan een schoon milieu en de informatie die zij daarover aan consumenten verstrekke.
133. In de *Environmental policy* van Volkswagen AG staat onder punt 5. het volgende opgenomen: “*The Volkswagen Board of Management shall, at regular intervals, check that the company's environmental policy and objectives are being observed and that the Environmental Management System is working properly.*” Uit de feiten blijkt dat de raad van bestuur van Volkswagen AG onvoldoende heeft toegezien op de uitvoering van dit beleid. Volkswagen AG had haar werkprocessen niet op orde.
134. Of de raad van bestuur van Volkswagen AG ten tijde van de overtredingen op de hoogte was van het ontwerp en de plaatsing van de software, kan daarbij in het midden worden gelaten. Vaststaat immers dat de beslissing om de betrokken auto's te voorzien van de manipulatiesoftware is genomen door medewerkers van Volkswagen AG (uit de zogenaamde ‘*powertrain development division*’). In dit verband acht de ACM bovendien relevant dat de geconstateerde handelspraktijk structureel van aard was.
135. Gesteld noch gebleken is dat Volkswagen AG er alles aan heeft gedaan dat redelijkerwijs mogelijk was om de overtredingen te voorkomen. Pas nadat de overtredingen hadden plaatsgevonden en in

¹⁰⁷ Gelet op de lopende terugroepactie acht de ACM een last onder dwangsom niet aan de orde.

de openbaarheid zijn gekomen, heeft Volkswagen AG maatregelen getroffen ter voorkoming van dergelijke handelspraktijken.¹⁰⁸

136. In haar zienswijze¹⁰⁹ wijst Volkswagen AG op het feit dat artikel 6, eerste lid, Richtlijn OHP spreekt over 'bedriegen' en de implementatie hiervan in de voor dit besluit relevante wetsartikelen over 'misleiden'. Gelet hierop zou de ACM, om verwijtbaarheid van Volkswagen AG vast te kunnen stellen, aannemelijk dienen te maken dat Volkswagen AG 'bedrieglijke' beweringen heeft gedaan richting de consument. Volkswagen AG betoogt dat de ACM dient aan te tonen dat Volkswagen AG opzettelijk heeft gehandeld, alvorens zij enige verwijtbaarheid kan vaststellen.
137. Ook deze stelling kan Volkswagen AG niet baten. Het woord 'bedriegen' komt weliswaar op verschillende plaatsen in de Richtlijn OHP voor, maar nergens in de context wordt expliciet als eis gesteld dat van 'opzet' bij het handelen van een handelaar sprake moet zijn.¹¹⁰ Uit overweging 14 van de Preambule bij de Richtlijn OHP en artikel 6 van die Richtlijn blijkt dat de Europese wetgever het tegendeel heeft beoogd. Er is geprobeerd aansluiting te zoeken bij het leerstuk van de misleidende reclame, waar opzet geen vereiste is. Niet het bewuste/opzettelijke, maar het normatieve 'zwijgen waar gesproken diende te worden' is bepalend.¹¹¹ Uit de parlementaire geschiedenis van de implementatie van de Richtlijn OHP in het BW blijkt dat de Nederlandse wetgever hierbij expliciet heeft stil gestaan.¹¹² De Nederlandse wetgever heeft gemeend dat de term 'misleiden' beter aansluit bij de bedoeling van de Europese wetgever. Juist door het omzetten van het woord 'bedriegen' in 'misleiden' is volgens de ACM recht gedaan aan de intentie van de Europese wetgever. Gelet hierop behoeft de ACM aldus geen opzet aan te tonen voordat zij verwijtbaarheid aan de zijde van Volkswagen AG kan vaststellen.
138. Volkswagen AG meent¹¹³ verder nog dat zij niet verwijtbaar heeft gehandeld aangezien het KBA pas achteraf heeft geoordeeld dat het installeren van de software in de betrokken auto's in strijd was met de Emissieverordening. Ten tijde van de verkrijging van de typegoedkeuring mocht Volkswagen AG er naar eigen zeggen van uitgaan dat het op de markt brengen van de betrokken auto's voorzien van de software was toegestaan.
139. Ook deze stelling overtuigt de ACM niet. Het KBA was ten tijde van het afgeven van de typegoedkeuring voor de betrokken auto's niet op de hoogte van de daarin geplaatste software. Pas toen het KBA bekend werd met de software heeft zij zich hierover kunnen uitlaten en actie kunnen ondernemen. Van het KBA kan niet worden verwacht dat zij de software aan een onderzoek onderwierp alvorens de test uit te voeren. Volkswagen AG kan haar eigen verantwoordelijkheid daarmee niet op het KBA afwentelen.
140. Ten slotte benadrukt de ACM dat Volkswagen AG haar verantwoordelijkheid evenmin kan afwentelen door zich te beroepen op een vermeende 'weeffout' in de Europese regelgeving, waarin voor daadwerkelijke uitstoot op de weg geen specifieke grensnormen zijn gesteld.¹¹⁴ De ACM verwijst hiervoor naar randnummer 69 e.v. van dit besluit. Deze opstelling in de onderhavige

¹⁰⁸ Dossierstuk 5, Volkswagen Annual Report 2015, p. 51.

¹⁰⁹ Schriftelijke zienswijze, rns 5.33-5.42.

¹¹⁰ Vgl. het Advies van de Vereniging voor Reclamerecht over de implementatie van de Richtlijn OHP, 7 maart 2007, p. 11 – 15. Zie: http://vvr.nl/pdfs/advies_ohp.pdf.

¹¹¹ Vgl. D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, Monografiën BW nr. B49a, 2016/37*, 1 mei 2016.

¹¹² *Kamerstukken II*, 30 928, 3, p.15, *Kamerstukken II* 30 928, 10, p. 3 en *Kamerstukken I* 30 928, C, p.11.

¹¹³ Schriftelijke zienswijze, rn. 6.37 en 7.13.

¹¹⁴ Schriftelijke zienswijze, o.a. rn. 4.11 en Verslag van de hoorzitting, p. 2.

procedure is overigens moeilijk vol te houden, gezien de publieke uitingen waarmee Volkswagen AG al heeft erkend dat zij het vertrouwen van haar klanten ernstig heeft beschaamd.¹¹⁵

141. Op grond van het bovenstaande komt de ACM tot de conclusie dat de in paragraaf 8.4, 8.5 en 8.6 geconstateerde overtredingen Volkswagen AG ten volle kunnen worden verweten.

10.3 Boetetoemeting

142. De in deze zaak van toepassing zijnde Boetebeleidsregel ACM 2014¹¹⁶ (hierna: Boetebeleidsregel) is op 1 augustus 2014 in werking getreden. De Boetebeleidsregel bevat nadere regels voor de wijze waarop de ACM invulling geeft aan haar bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen. De algemene doelstelling bij het vaststellen van de hoogte van de boete is dat de boete evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding. De ACM hanteert daarbij het uitgangspunt dat de op te leggen boete voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder als voor (potentiële) andere overtreeders.
143. De wettelijke boetemaxima zijn per 1 juli 2016 verhoogd.¹¹⁷ Als gevolg hiervan is de Boetebeleidsregel ACM 2014 gewijzigd.¹¹⁸ Nu de overtredingen in deze zaak zijn begaan in de periode van 2009 tot 2015 heeft de verhoging van de boetemaxima geen gevolgen voor dit besluit.¹¹⁹
144. Op grond van artikel 2.7, eerste en tweede lid, Boetebeleidsregel stelt de ACM de basisboete vast binnen de bandbreedte van de boetecategorie waarin de overtreden norm is ingedeeld. De overtredingen van de wettelijke bepalingen en de bijbehorende indeling in een boetecategorie (I t/m IV) staan opgesomd in Bijlage 2 bij de Boetebeleidsregel. De boetecategorieën lopen op in ernst.
145. Volgens de Toelichting op de Boetebeleidsregel is bij de indeling in een boetecategorie aansluiting gezocht bij het belang dat wordt beschermd door de desbetreffende wettelijke bepaling, in relatie tot de wet waarvan deze deel uitmaakt. Naarmate aan dit belang een groter gewicht moet worden toegekend is een hogere boete gerechtvaardigd bij overtreding van de wettelijke bepaling die dit belang beschermt. Dit maakt passende beboeting mogelijk.
146. Op grond van artikel 2.2 Boetebeleidsregel stelt de ACM de basisboete binnen de bandbreedte in ieder geval vast aan de hand van drie verschillende factoren, te weten: de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en de duur van de overtreding.
147. Na vaststelling van de basisboetes beoordeelt de ACM op grond van artikel 2.8, eerste lid, Boetebeleidsregel of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden. In artikel 2.9 en 2.10 Boetebeleidsregel staan omstandigheden die in ieder geval gelden als boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden. Tenslotte toetst ACM de evenredigheid van de op te leggen boetes.

¹¹⁵ Zie de uitingen zoals aangehaald in voetnoot 64. Zie ook dossierstuk 56, Film op You Tube – [**VERTROUWELIJK**].

¹¹⁶ Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), *Stcr.* 2014, 19776.

¹¹⁷ Wet van 23 december 2015 tot wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken en het terrein van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, houdende een verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima (hierna: Wet verhoging boetemaxima ACM), *Stb.* 2016-22.

¹¹⁸ Beleidsregel van de Minister van Economisch Zaken van 28 juni 2016, nr. WJZ/16056097, houdende wijziging van de Boetebeleidsregel ACM 2014, *Stcr.* 2016, 34630.

¹¹⁹ Zie artikel XIV van de Wet verhoging boetemaxima ACM en p. 20 van de toelichting bij de gewijzigde Boetebeleidsregel 2014 (*Stcr.* 2016, 34630).

10.3.1 Vaststelling van de basisboete

148. De ACM is van oordeel dat zij voor elk van de in paragraaf 8.4, 8.5 en 8.6 van dit besluit vastgestelde overtredingen afzonderlijk een boete kan opleggen. Artikel 2.1, eerste lid, Boetebeleidsregel voorziet evenwel in de mogelijkheid om één bestuurlijke boete op te leggen voor de overtredingen gezamenlijk. Gelet op de samenhang tussen de verschillende overtredingen acht de ACM het in dit geval passend om voor de overtredingen gezamenlijk één boete op te leggen. Bij de vaststelling van de hoogte van de basisboete houdt de ACM hier rekening mee.
149. De in paragraaf 8.4 en 8.5 van dit besluit geconstateerde overtredingen (handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding en verstrekken van misleidende informatie) zijn volgens Bijlage 2 bij de Boetebeleidsregel ingedeeld in boetecategorie III. De in paragraaf 8.6 van dit besluit geconstateerde overtreding (zwarte lijst misleidende handelspraktijken) is ingedeeld in boetecategorie IV. De ACM stelt de basisboete van deze overtredingen vast binnen de op grond van artikel 2.7 Boetebeleidsregel aan die boetecategorieën verbonden boetebandbreedtes tussen respectievelijk EUR 100.000 en EUR 300.000 (handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding en verstrekken van misleidende informatie) en tussen EUR 150.000 en EUR 450.000 (zwarte lijst misleidende handelspraktijken).
150. Bij de bepaling van de ernst van de overtredingen is allereerst relevant dat de Wet OHP beoogt een hoog niveau van consumentenbescherming te bewerkstelligen. Oneerlijke handelspraktijken kunnen grote schade toebrengen aan individuele consumenten, maar ook aan het consumentenvertrouwen in het algemeen. Consumenten kunnen het vertrouwen verliezen in branches, producten of verkoopkanalen. Zo kan het de bereidheid van consumenten om in te gaan op commerciële aanbiedingen doen afnemen, ook als het gaat om bedrijven die de wettelijke bepalingen die strekken tot bescherming van de consument wel naleven. Daarnaast kunnen consumenten in het geheel afzien van bepaalde aankopen of diensten. Bij overtredingen betreffende oneerlijke handelspraktijken moet dan ook worden uitgegaan van boetes die in verhouding staan tot deze factoren.
151. In het bijzonder geldt voor de onderhavige zaak dat consumenten door Volkswagen AG onjuist zijn voorgelicht en op het verkeerde been zijn gezet met betrekking tot de duurzaamheid van hun aankopen. Hierbij speelt mee dat de gemiddelde consument een aanzienlijke informatieachterstand heeft ten aanzien van de technische informatie die een fabrikant verstrekt over de door hem geproduceerde auto's. Consumenten vertrouwen op de uitingen die fabrikanten doen op het gebied van techniek en duurzaamheid, nu zij die uitingen veelal onvoldoende kunnen beoordelen. Op het moment dat een autofabrikant onjuiste of onvolledige informatie verstrekt, is het voor de gemiddelde consument vaak onmogelijk om hier achter te komen. Een dergelijke handelwijze is ernstig omdat daardoor het vertrouwen van consumenten in de autobranche in zijn geheel kan zijn geschaad.
152. Los van het vertrouwen in de branche dat kan zijn geschonden, hebben consumenten specifiek hinder ondervonden van de handelspraktijk van Volkswagen AG. Om de betrokken auto's in overeenstemming met de typegoedkeuring te brengen, dienen consumenten hun auto naar een garage te brengen om de auto's te voorzien van een software-update. Dit kost tijd en moeite. Bovendien kunnen consumenten het idee krijgen dat hun auto door deze software-update minder effectief is, of minder waard (nog los van de vraag of dit daadwerkelijk het geval is).
153. Verder acht de ACM relevant in dit verband dat Volkswagen AG één van de grootste autofabrikanten is met in 2015 een wereldwijde omzet van EUR [**VERTROUWELIJK**]. De totale waarde van de verkoop van de betrokken auto's betreft miljarden euro's.

154. Ten aanzien van de duur van de overtredingen heeft de ACM vastgesteld dat Volkswagen AG in de periode van 2009 tot 2015 de software in de betrokken auto's heeft geplaatst (zie randnummer 23 van dit besluit). De uitingen die Volkswagen AG heeft gedaan over de betrokken auto's zijn gedaan in de periode van februari 2009 tot februari 2015 (zie voetnoot 98 van dit besluit). De pleegperiode betreft daarmee in ieder geval zeven jaar.
155. Gelet op het voorgaande, acht de ACM het in dit geval passend en geboden om de basisboete voor de in paragraaf 8.4, 8.5 en 8.6 vastgestelde overtredingen tezamen gelijk te stellen aan het in artikel 2.15 Whc genoemde boetemaximum van EUR 450.000. Naar het oordeel van de ACM is deze boetehoogte in de gegeven omstandigheden minimaal geboden in verband met de beoogde afschrikwekkende werking.

10.3.2 Boeteverhogende- of verlagende omstandigheden

156. Gesteld noch gebleken is dat sprake is van feiten of omstandigheden die de ACM nopen tot matiging van de op te leggen boetes aan Volkswagen AG. Van boeteverhogende omstandigheden is de ACM evenmin gebleken.

10.3.3 Conclusie ten aanzien van de boete

157. In aanmerking genomen de ernst van de overtredingen, de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn gepleegd, de duur van de overtredingen, en de afwezigheid van boeteverhogende of -verlagende omstandigheden legt de ACM een boete op van EUR 450.000 aan Volkswagen AG voor overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW (handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding), artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW (verstrekken van misleidende informatie) en artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193g, aanhef en onder d, BW (zwarte lijst misleidende handelspraktijken). Naar het oordeel van de ACM is de hoogte van voormelde boete, alle omstandigheden tezamen bezien, evenredig.

11 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt legt een boete op van EUR 450.000 aan Volkswagen AG, statutair gevestigd te Wolfsburg (Duitsland).

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.
drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA
Bestuurslid

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij de Autoriteit Consument en Markt. Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. Directie Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

De ACM wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift de ACM te verzoeken de bezwaarfase over te slaan. Indien de ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien de ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door de ACM worden behandeld.

Bijlage 1 – Juridisch kader

Europese regelgeving voor typegoedkeuring

1. De typegoedkeuring van auto's is in de Europese Unie geharmoniseerd op grond van Richtlijn 2007/46/EG (hierna: de Kaderrichtlijn).¹²⁰
2. Artikel 30, eerste lid, Kaderrichtlijn luidt:

“Indien een lidstaat die een EG-typegoedkeuring heeft verleend, van oordeel is dat nieuwe voertuigen, systemen, onderdelen of technische eenheden die van een certificaat van overeenstemming of een goedkeuringsmerk zijn voorzien, niet in overeenstemming zijn met het door hem goedgekeurde type, neemt hij de nodige maatregelen, die waar nodig kunnen gaan tot intrekking van de typegoedkeuring, om de voertuigen, systemen, onderdelen of technische eenheden in productie in overeenstemming te brengen met het goedgekeurde type. De goedkeuringsinstantie van deze lidstaat stelt de goedkeuringsinstanties van de overige lidstaten in kennis van de genomen maatregelen.”
3. In Verordening 715/2007¹²¹ (hierna: de Emissieverordening) zijn de technische vereisten voor de verkrijging van deelgoedkeuring voor de uitstoot van emissies opgenomen.
4. Artikel 3, aanhef en onder 10, Emissieverordening luidt:

“In deze verordening en de uitvoeringsmaatregelen ervan wordt verstaan onder:
[...]
10. manipulatie-instrument: een constructieonderdeel dat de temperatuur, de rijsnelheid, het motortoerental, de versnelling, de inlaatonderdruk of andere parameters meet om een onderdeel van het emissiecontrolesysteem in werking te stellen, te moduleren, te vertragen of buiten werking te stellen, zodat de doelmatigheid van het emissiecontrolesysteem wordt verminderd onder omstandigheden die bij een normaal gebruik van het voertuig te verwachten zijn;”
5. Artikel 5, tweede lid, Emissieverordening luidt:

“Het gebruik van manipulatie-instrumenten die de doelmatigheid van emissiecontrolesystemen verminderen, is verboden. Dit verbod geldt niet indien:
a) het instrument nodig is om de motor te beschermen tegen schade of ongevallen en om de veilige werking van het voertuig te verzekeren;
b) het instrument slechts functioneert als de motor gestart wordt,
of
c) de omstandigheden in belangrijke mate zijn meegenomen in de testprocedures voor de controle van de verdampingsemissies en de gemiddelde uitlaatemissies.”

¹²⁰ Richtlijn 2007/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007 tot vaststelling van een kader voor de goedkeuring van motorvoertuigen en aanhangwagens daarvan en van systemen, onderdelen en technische eenheden die voor dergelijke voertuigen zijn bestemd (Kaderrichtlijn) (PbEU 2007, L 263/1).

¹²¹ Verordening (EG) Nr. 715/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 betreffende de typegoedkeuring van motorvoertuigen met betrekking tot emissies van lichte personenauto's en bedrijfsvoertuigen (Euro 5 en Euro 6) en de toegang tot reparatie- en onderhoudsinformatie (PbEU 2007, L 171/1).

6. Artikel 13 Emissieverordening luidt – voor zover hier relevant:

“1. De lidstaten stellen de sancties vast die bij overtreding van deze verordening door fabrikanten worden opgelegd en nemen alle nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat die sancties worden toegepast. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. [...]

2. Het soort overtredingen waarvoor sancties worden opgelegd, is in elk geval:

[...]

d) Het gebruiken van manipulatie-instrumenten;”

Onerlijke handelspraktijken

7. Richtlijn 2005/29/EG¹²² (hierna: Richtlijn OHP) beschermt consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen. De bepalingen van de Richtlijn OHP zijn geïmplementeerd in de Wet oneerlijke handelspraktijken¹²³ (hierna: Wet OHP). Met deze wet zijn bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken opgenomen in afdeling 3A van Titel 3 van boek 6 BW (artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW).

8. Artikel 6:193a, eerste lid onder a t/m f, BW luidt:

“1. In deze afdeling wordt verstaan onder:

a. consument: natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

b. handelaar: natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of degene die ten behoeve van hem handelt;

c. product: goed, elektriciteit daaronder begrepen, of dienst;

d. handelspraktijk: iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten;

e. besluit over een overeenkomst: een door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument overgaat tot handelen;

f. professionele toewijding: normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken;”

9. Artikel 6:193b BW luidt:

“1. Een handelaar handelt onrechtmatig jegens een consument indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is.

2. Een handelspraktijk is oneerlijk indien een handelaar handelt:

a. in strijd met de vereisten van professionele toewijding, en

b. het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

3. Een handelspraktijk is in het bijzonder oneerlijk indien een handelaar:

¹²² Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken') (PbEU 2005, L 149/22).

¹²³ Wet van 25 september 2008 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de [Richtlijn OHP] van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt. Stb. 2008, 397.

- a. een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 193c tot en met 193g, of
 - b. een agressieve handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 193h en 193i.
4. De gangbare en rechtmatige reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen, maken een reclame op zich niet oneerlijk.”

10. Artikel 6:193c, eerste lid, BW luidt - voor zover hier relevant:

“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:

[...]

b. de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procédé en datum van fabricage of verrichting, levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles;

[...]

waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.”

11. Blijkens artikel 6:193g BW zijn een aantal handelspraktijken onder alle omstandigheden misleidend. Men spreekt wel van ‘de zwarte lijst misleidende handelspraktijken’. Artikel 6:193g, BW luidt – voor zover hier relevant:

“De volgende handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden misleidend:

[...]

d. beweren dat een handelaar of een product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend of goedgekeurd terwijl dat niet het geval is, of iets dergelijks beweren zonder dat aan de voorwaarde voor de aanbeveling, erkenning of goedkeuring is voldaan;”

12. Artikel 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming luidt:

“Het is een handelaar als bedoeld in artikel 193a, eerste lid, onderdeel b, van Boek 6 van het Burgerlijk wetboek niet toegestaan oneerlijke handelspraktijken te verrichten als bedoeld in Afdeling 3A van Titel 3 van dat boek.”