

**De Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit**

Advies inzake het bezwaarschrift van

**Keukenconcurrent Nederland B.V.,**

van 24 november 2009, ingedient namens gemachtigde dhr. mr. T.J. van Veen

19 APR 2010  
CA/NCB/427/03

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 19 november 2009,  
met kenmerk CA/NCB/427/32

---

**1 Reikwijdte advies van de Commissie**

- 1.1 Het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit (hierna: de Commissie) inzake Keukenconcurrent Nederland B.V. (hierna: Keukenconcurrent) heeft betrekking op het besluit van 19 november 2009, tot het opleggen van een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom (hierna: het bestreden besluit), als bedoeld in artikel 2.9 Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc). Gelet op artikel 5 van het Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Consumentenautoriteit (Staatscourant 19 november 2007, nr. 224/10) is de Commissie bevoegd om te adviseren inzake besluiten als bedoeld in artikel 2.9 Whc. De Consumentenautoriteit heeft de Commissie niet gevraagd om ten aanzien van overige beslissingen te adviseren.
- 1.2 Gelet op de taak van de Commissie blijft dus het bezwaar van Keukenconcurrent dat is gericht tegen het Besluit tot openbaarmaking, als bedoeld in artikel 2.23 Whc (zoals toegelicht bij brief van 10 februari 2010 van Keukenconcurrent), in het advies buiten beschouwing. De Commissie neemt aan dat de Consumentenautoriteit afzonderlijk op de bezwaren tegen openbaarmaking van het besluit tot oplegging van een boete en een last onder dwangsom zal beslissen.
- 1.3 Op 1 juli 2009 zijn de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 264) en de Aanpassingswet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 265) in werking getreden. Door de betrokken wetgeving is de Wet handhaving consumentenbescherming met ingang van die dag gewijzigd. Op grond van artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is het recht van vóór 1 juli 2009 van toepassing, nu de bestreden sanctiebesluiten zijn opgelegd voor overtredingen die (deels) hebben plaatsgevonden vóór die datum.

**2 Procedureverloop**

- 2.1 Uit de stukken en het verhandelde ter hoorzitting is de Commissie – samengevat – het volgende gebleken.

- 2.2 De Consumentenautoriteit is een onderzoek gestart naar de naleving door Keukenconcurrent van artikel 6:193c, tweede lid, onder b van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) naar aanleiding van signalen van ConsuWijzer over de werkwijze die Keukenconcurrent hanteert met betrekking tot de aanbataling bij aankoop van keukens. Niet in geschil is dat Keukenconcurrent is aangesloten bij de Centrale Branchevereniging Wonen (hierna: CBW) en een CBW-erkende onderneming is. Ondernemers met een CBW-erkenning hanteren de CBW-erkend regeling en voeren het CBW-erkend logo; ook Keukenconcurrent doet dit. De CBW-erkend regeling houdt in dat de CBW-erkende onderneming de algemene voorwaarden van de CBW (hierna: CBW-voorwaarden) hanteert. Tijdens diverse bedrijfsbezoeken constateerden toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit dat Keukenconcurrent een werkwijze hanteert die afwijkt van de CBW-voorwaarden met betrekking tot de aanbataling en betaling bij aflevering van keukens.
- 2.3 Gedurende het onderzoek heeft de Consumentenautoriteit Keukenconcurrent de mogelijkheid geboden de toezegging te doen dat zij haar werkwijze met betrekking tot de aanbataling zal aanpassen en in overeenstemming met de CBW-voorwaarden zal brengen. De Consumentenautoriteit en Keukenconcurrent hebben hierover diverse malen overleg gevoerd; uiteindelijk is Keukenconcurrent niet tot een toezegging gekomen.
- 2.4 Op 24 augustus 2009 is op basis van het onderzoek een rapport van overtreding opgemaakt als bedoeld in artikel 2.8 Whc. Dit rapport is bij brief van diezelfde datum aan Keukenconcurrent toegezonden.
- 2.5 Bij brief van 8 september 2009 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van het besluit Keukenconcurrent in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke of mondelinge zienswijze te geven.
- 2.6 Op 8 oktober 2009 heeft de Consumentenautoriteit een hoorzitting gehouden waarbij Keukenconcurrent haar zienswijze mondeling nader heeft toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat aan Keukenconcurrent is toegezonden. Bij brief van 20 oktober 2009 heeft Keukenconcurrent op dit verslag gereageerd.
- 2.7 Bij besluit van 19 november 2009, met kenmerk CA/NCB/426/32
- a) stelt de Consumentenautoriteit vast dat Keukenconcurrent een overtreding heeft begaan van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW door zich in de periode van 21 oktober 2008 tot 8 oktober 2009 niet te houden aan de CBW-regeling inzake aanbataling, terwijl Keukenconcurrent is aangesloten bij de CBW-erkend regeling en zich als een CBW-erkende winkel presenteert;
  - b) legt aan Keukenconcurrent voor deze overtreding een boete op van in totaal € 110.000,-;
  - c) legt aan Keukenconcurrent een last onder dwangsom op tot beëindiging van de overtreding van artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW. Keukenconcurrent wordt

gelast haar handelspraktijk in overeenstemming te brengen met artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW, bijvoorbeeld door:

- (a.) op haar voorbedrukte koopovereenkomsten de volgende wijzigingen aan te brengen:
  - onder het kopje 'Eindtotaal': "Aanbetaling (15% te voldoen binnen 10 dagen na datum opdracht)";
  - onder het kopje 'Betalingvoorwaarden': Een tekst luidende; "Uiterlijk bij aflevering dient het volledige aankoopbedrag aan Keukenconcurrent te worden voldaan.";
- (b.) haar overige Informatie, zoals haar website, m.b.t. de betalingsvoorwaarden in overeenkomstige zin aan te passen, en
- (c.) haar medewerkers omtrent de gewijzigde betalingsvoorwaarden te Informeren en te Instrueren.

De dwangsom voor de last wordt bepaald op € 5.000,- per dag met een maximum van € 200.000,-. De begunstigingstermijn wordt bepaald op vier weken na bekendmaking van het besluit.

- 2.8 Bij brief van 24 november 2009 heeft dhr. mr. T.J. van Veen namens Keukenconcurrent bezwaar Ingediend tegen het besluit van 19 november 2009 van de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd bij brief van 1 december 2009.
- 2.9 Keukenconcurrent heeft op 24 november 2009 tevens de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht het besluit van 19 november 2009 te schorsen alsmede de openbaarmaking daarvan door de Consumentenautoriteit te verbieden. De voorzieningenrechter heeft op 6 januari 2010 uitspraak gedaan (reg.nrs. AWB 09/3975 BC - T1 en AWB 09/4016 BC - T1; LJN BK9798, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)) en de verzoeken om voorlopige voorziening afgewezen.
- 2.10 Keukenconcurrent heeft naar aanleiding van de zitting bij de voorzieningenrechter en ter uitvoering van de last onder dwangsom haar orderbonnen aangepast en deze bij brief van 20 januari 2010 toegezonden aan de Consumentenautoriteit.
- 2.11 Bij brief van 22 januari 2010 is Keukenconcurrent door de Commissie uitgenodigd haar bezwaarschrift op 5 maart 2010 mondeling toe te lichten en is zij gewezen op het recht om tot 23 februari 2010 nadere stukken in te dienen. Bij brief van dezelfde datum heeft de Commissie de Consumentenautoriteit uitgenodigd om tijdens die hoorzitting een toelichting op het bestreden besluit te geven en is zij gewezen op de mogelijkheid tot 23 februari 2010 een nadere schriftelijke toelichting in te dienen.
- 2.12 Bij brief van 22 februari 2010 heeft de Commissie van de Consumentenautoriteit een schriftelijke toelichting op het besluit ontvangen. Deze toelichting is bij brief van diezelfde datum gezonden aan Keukenconcurrent.
- 2.13 Op 5 maart 2010 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij Keukenconcurrent haar bezwaren heeft toegelicht en de Consumentenautoriteit haar besluit heeft toegelicht.

Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat bij brief van 24 maart 2010 aan Keukenconcurrent en de Consumentenautoriteit is toegezonden en geacht wordt deel uit te maken van dit advies. Bij brief van 29 maart 2010 heeft de Consumentenautoriteit naar aanleiding van het verslag nog enkele opmerkingen gemaakt.

**3 Standpunt Keukenconcurrent**

3.1 Keukenconcurrent heeft bezwaren aangevoerd, die hierna onder de punten 1 t/m 4 samengevat weergegeven worden.

*1 Misleidende handelspraktijk (bezwaarschrift randnr. 14-28 en pleitnotities hoorzitting 5 maart 2010 randnr. 10-20)*

3.2 Artikel 11, eerste lid, van de CBW-voorwaarden bevat geen concrete en kenbare verplichting als bedoeld in artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW, zodat ook niet van een overtreding van een dergelijke verplichting kan worden gesproken. Keukenconcurrent is niet gehouden om met elke consument overeen te komen dat betaling van de koopprijs eerst geschiedt op het tijdstip van aflevering van de keuken. In individuele gevallen mag – ook volgens de Consumentenautoriteit - van artikel 11, eerste lid worden afgeweken en met de consument worden afgesproken om de koopprijs te betalen voordat de aflevering van de keuken heeft plaatsgevonden. Keukenconcurrent sluit alleen individuele koopovereenkomsten en is van mening dat zij in die gevallen met de consument mag afspreken dat deze voor aflevering de koopprijs voldoet. In de CBW-voorwaarden staat niet hoe vaak en in welke mate van artikel 11, eerste lid mag worden afgeweken, ook de Consumentenautoriteit heeft daarover geen oordeel gegeven nu ze alleen heeft aangegeven dat Keukenconcurrent geen 'company policy' mag voeren. Het voeren van een dergelijke 'company policy' kan echter niet worden aangemerkt als een schending van een concrete verplichting uit een gedragscode.

3.3 Voorts voert Keukenconcurrent aan dat de zinsnede "contante betaling bij aflevering" in artikel 11, eerste lid, CBW-voorwaarden in het geval via bank of giro wordt betaald, - ook volgens de Consumentenautoriteit - zo moet worden uitgelegd dat het volledige verschuldigde bedrag op het tijdstip van aflevering door Keukenconcurrent ontvangen dient te zijn, hetgeen betekent dat de daadwerkelijke betalingshandeling, indien niet per pin of contant bij aflevering wordt betaald, enige tijd vóór de feitelijke aflevering dient plaats te vinden. Deze uitleg brengt met zich dat met de consument mag worden afgesproken dat hij of zij eerder (dan de aflevering) betaalt. De bedoeling van artikel 11 CBW-voorwaarden is niet primair bescherming van de consument, maar bescherming van de ondernemer. Ten onrechte is de Consumentenautoriteit van oordeel dat Keukenconcurrent aan consumenten oplegt om niet contant bij aflevering maar 12, 10 of 5 dagen voor aflevering via de bank te betalen; Keukenconcurrent voert geen 'company policy' op dit punt. De consument wordt zoals ook uit de standaardkoopovereenkomst blijkt, de vrije keuze gelaten om contant bij aflevering te betalen. In deze standaardkoopovereenkomst is immers een vakje opengelaten waarin kan worden ingevuld dat er contant bij aflevering wordt betaald, al dan niet door gebruik te maken van een pinautomaat.

2. Aanbetaling/vooruitbetaling/betaling (bezwaarschrift randnr. 29-35 en pleitnotities hoorzitting 5 maart 2010 randnr. 21-23)

3.4 Keukenconcurrent stelt dat in het algemeen spraakgebruik onder de termen 'aanbetaling' en 'vooruitbetaling' wordt begrepen de betaling (vooruitbetaling) die de klant moet doen bij het sluiten van de koopovereenkomst. De aanbetaling/vooruitbetaling is in dit kader vaak de door de leverancier gestelde voorwaarde voor het in bestelling/productie nemen van het gekochte. Een dergelijke aanbetaling/vooruitbetaling verlangt Keukenconcurrent in de regel niet van de consument. De betaling die wordt gedaan vanaf het moment waarop Keukenconcurrent aan de consument meldt dat de keuken gereed is voor aflevering en waarop zij aan de consument ook de datum voor feitelijke aflevering doorgeeft, kan anders dan de Consumentenautoriteit meent redelijkerwijs niet worden aangemerkt als een 'aanbetaling' of 'vooruitbetaling'. Dit is slechts een betaling van de (restant)koop prijs en daarmee de betaling per bank in de zin van artikel 11, eerste lid, van de CBW-voorwaarden. De, overigens theoretische, situatie dat in geval van betaling door de consument enkele dagen voor het feitelijke tijdstip van aflevering van de keuken bij kort voor de aflevering opkomende onmacht van de leverancier om tot aflevering over te gaan, de consument niet de garantie heeft dat het betaalde bedrag aan hem/haar wordt terugbetaald, doet hieraan niets af. Keukenconcurrent heeft in dit verband de Consumentenautoriteit overigens voorgesteld om een stichting garantiefonds in het leven te roepen op wiens rekening de consument de (restant)betaling kan storten met de bepaling dat het onder de stichting gestorte bedrag door die stichting wordt gehouden voor de consument gedurende de periode dat de aflevering nog niet feitelijk heeft plaatsgevonden. De Consumentenautoriteit heeft echter niet op dit voorstel willen ingaan.

3. De (hoogte van de) boete (bezwaarschrift randnr. 36-42 en pleitnotities hoorzitting 5 maart 2010 randnr. 24)

- 3.5 Keukenconcurrent stelt, mede onder verwijzing naar de uitspraak ABRvS 4 maart 2009 (zaaknr. 200804126/1, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl); LJN BH4621, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)), dat, nu niet duidelijk is wat de reikwijdte van artikel 11, eerste lid, van de CBW-voorwaarden is en niet duidelijk is welke verplichting uit die bepaling voortvloeit, de Consumentenautoriteit niet bevoegd was een bestuurlijke boete op te leggen. Daarbij is van belang dat de Consumentenautoriteit Keukenconcurrent een boete heeft opgelegd op grond van een vermeend beleid bij Keukenconcurrent ('company policy') zonder dat er sprake is van enig concreet en kenbaar voorschrift waaruit precies blijkt welk beleid Keukenconcurrent dan wel zou moeten voeren. Keukenconcurrent is van mening dat de rechtszekerheid zich ertegen verzet dat een boete wordt opgelegd voor het voeren van een bepaald beleid.
- 3.6 Voorts stelt Keukenconcurrent dat de Consumentenautoriteit de hoogte van de boete niet heeft onderbouwd en dat die boete niet proportioneel is. Bovendien bestrijdt Keukenconcurrent de argumenten van de Consumentenautoriteit om de boete met 10% te verhogen. Van de boeteverhogende omstandigheden is geen sprake.

4. *Last onder dwangsom (bezwaarschrift randnrs. 43-48 en pleitnotities hoorzitting 5 maart 2010 randnrs. 25-27)*

3.7 Keukenconcurrent stelt dat de last onder dwangsom niet voldoet aan het bepaalde in het op 1 juli 2009 in werking getreden artikel 5:32a Awb, omdat de last niet voldoende nauwkeurig omschrijft welke herstelmaatregelen Keukenconcurrent moet nemen om te voorkomen dat dwangsommen worden verbeurd. Bovendien is niet duidelijk wanneer de dwangsom wordt verbeurd aangezien niet vaststaat welke norm Keukenconcurrent precies heeft geschonden c.q. waaruit de overtreding precies heeft bestaan; het dwangsombesluit is daarom in strijd met de rechtszekerheid.

#### 4 **Standpunt Consumentenautoriteit**

4.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de Consumentenautoriteit zich ten overstaan van de Commissie op het standpunt gesteld dat de bezwaren van Keukenconcurrent ongegrond zijn. Zij heeft daartoe het volgende naar voren gebracht.

*Ad 1 Misleidende handelspraktijk (schriftelijke toelichting randnrs. 23-34 en pleitnotities hoorzitting 5 maart 2010)*

4.2 De Consumentenautoriteit merkt op dat Keukenconcurrent geen inhoudelijke bezwaren tegen de kenbaarheid van de verplichting van artikel 11 CBW-voorwaarden heeft aangevoerd. Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat deze verplichting van artikel 11 voldoende concreet is. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat met deze bepaling slechts bedoeld kan zijn dat de consument eerst bij aflevering van een keuken hoeft te betalen; de voorzieningenrechter heeft dit oordeel bevestigd in de uitspraak van 6 januari 2010. De garantieregeling van de CBW-voorwaarden laat volgens de Consumentenautoriteit geen ruimte voor het standaard vragen van een 100% (aan)betaling van de koopsom 12, 10 of 5 dagen vóór aflevering.

4.3 De Consumentenautoriteit heeft weliswaar in het bestreden besluit overwogen dat in individuele gevallen de mogelijkheid bestaat om van de algemene voorwaarden af te wijken, maar Keukenconcurrent hanteert een beleid waarbij in alle gevallen wordt afgeweken van de algemene voorwaarden. Er is sprake van een 'company policy' die aan consumenten wordt opgelegd hetgeen benadrukt wordt doordat Keukenconcurrent in haar standaardkoopovereenkomst de mogelijkheid van betaling bij aflevering niet heeft opgenomen. Ook is het de Consumentenautoriteit niet gebleken dat betaling bij aflevering op een andere wijze onder de aandacht van de koper wordt gebracht; de verklaringen van medewerkers van Keukenconcurrent en de meldingen van consumenten wijzen juist op het tegenovergestelde. Het gaat om een stelselmatige en structurele afwijking van de CBW-voorwaarden.

4.4 De Consumentenautoriteit stelt dat de CBW-voorwaarden niet, zoals Keukenconcurrent meent, primair ter bescherming van de ondernemer dienen, maar er primair toe dienen om de consument te beschermen door hem of haar zekerheid te bieden in de periode tussen de aanbetaling en de uiteindelijke aflevering. Dit blijkt ook uit het in de CBW-voorwaarden

vermelde doel van de regeling. De handelspraktijk van Keukenconcurrent - wel de voordelen geneten van de CBW-erkend regeling maar die regeling niet nakomen - vormt een zeer ernstige bedreiging voor het vertrouwen van de consument ten aanzien van gedragscodes in het algemeen en de CBW-erkend regeling in het bijzonder. Bovendien tast de handelwijze van Keukenconcurrent zelfregulering in het algemeen aan. Consumenten en hun belangenorganisaties, toezichthouders zoals de Consumentenautoriteit en branchegenoten moeten er immers op kunnen vertrouwen dat gemaakte afspraken zoals de CBW-voorwaarden worden nageleefd.

*Ad 2 Aanbetaling/vooruitbetaling/betaling (schriftelijke toelichting randnrs. 35-39)*

4.5 De Consumentenautoriteit stelt dat alle betalingen die in de tijd voorafgaan aan de betaling bij levering moeten worden aangemerkt als vooruitbetalingen dan wel aanbetalingen en meent dat steun voor deze opvatting is te vinden in artikel 7:26, eerste en tweede lid, BW. Betaling geschiedt ten tijde van de levering, aanbetalingen of vooruitbetalingen daaraan voorafgaand. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat indien de uitleg die Keukenconcurrent aan het begrip 'aanbetaling' geeft zou worden gevolgd, de consument zich nooit op de garantieregeling zou kunnen beroepen. De garantieregeling zou dan een dode letter zijn en de consument zou in geval van faillissement na volledige betaling van de koopsom het volledige bedrag kwijt zijn. Dat een consument zijn volledige betaling door een daaropvolgend faillissement van Keukenconcurrent kwijt kan raken, is volgens de Consumentenautoriteit anders dan Keukenconcurrent meent geen louter theoretische situatie.

4.6 Over de door Keukenconcurrent voorgestelde oprichting van een stichting garantiefonds merkt de Consumentenautoriteit op dat Keukenconcurrent met de brancheorganisatie in overleg zal moeten treden indien zij een aanpassing van de CBW-voorwaarden wenst en de Consumentenautoriteit als onafhankelijk toezichthouder daarbuiten staat. Keukenconcurrent is in de tussentijd echter niet ontslagen van de verplichting om de huidige CBW-voorwaarden na te leven.

*Ad 3 De (hoogte van de) boete (schriftelijke toelichting randnrs. 42-49)*

4.7 De Consumentenautoriteit stelt, mede onder verwijzing naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van 6 januari 2010, dat artikel 11 CBW-voorwaarden niet anders kan worden uitgelegd dan dat de consument eerst bij aflevering van de keuken hoeft te betalen en dat nu Keukenconcurrent standaard de betaling van consumenten vraagt vóór aflevering, schending door Keukenconcurrent van dit artikel vaststaat. Aan Keukenconcurrent kon dus een boete worden opgelegd.

4.8 De Consumentenautoriteit stelt in het besluit de hoogte van de opgelegde boete uitvoerig te hebben gemotiveerd. Ook heeft de Consumentenautoriteit in het besluit gemotiveerd dat en waarom er sprake is van omstandigheden die aanleiding geven tot verhoging van de boete. De Consumentenautoriteit voegt hieraan nog toe dat de handelspraktijk van Keukenconcurrent een zeer ernstige bedreiging vormt voor het vertrouwen van consumenten ten aanzien van gedragscodes in het algemeen en de CBW-erkend regeling in

het bijzonder en dat Keukenconcurrent ondanks dat haar daartoe de mogelijkheid was geboden haar handelspraktijk inzake aanbesteding en betaling niet heeft aangepast. Voorts is volgens de Consumentenautoriteit van belang dat de handelspraktijk van Keukenconcurrent de essentie van het stelsel van zelfregulering aantast doordat Keukenconcurrent zich enerzijds wel als CBW-erkend presenteert maar anderzijds niet volgens de CBW-erkende regeling werkt. Tot slot acht de Consumentenautoriteit van belang dat de overtredingen op zeer omvangrijke schaal hebben plaatsgevonden – het gaat om vijfendertig winkels – en de overtredingen in ieder geval een jaar hebben voortgeduurd.

*Ad 4 Last onder dwangsom (schriftelijke toelichting randnrs. 50-53)*

4.9 De Consumentenautoriteit is van oordeel dat, anders dan Keukenconcurrent meent, de last onder dwangsom de herstelmaatregelen beschrijft die Keukenconcurrent moet treffen en uit het besluit duidelijk blijkt wanneer dwangsommen worden verbeurd.

**5 Toepasselijke regelgeving**

5.1 De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.2 jo. artikel 2.7, eerste lid, jo. bijlage b van de Whc belast met onder meer de bestuursrechtelijke handhaving van artikel 8.8 Whc.

5.2 Artikel 8.8 Whc luidt als volgt:

“Een handelaar neemt de bepalingen van afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht.”

5.3 Artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW luidt als volgt:

“Een handelspraktijk is eveneens misleidend indien:  
(...)

b. de handelaar een verplichting die is opgenomen in een gedragscode niet nakomt, voor zover:

1. de verplichting concreet en kenbaar is, en
2. de handelaar aangeeft dat hij aan die gedragscode gebonden is, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.”

5.4 Op grond van artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder i, BW wordt onder ‘gedragscode’ verstaan:

“regels die vaststellen hoe handelaren die zich aan de code binden, zich gedragen met betrekking tot een of meer bepaalde handelspraktijken of bedrijfssectoren en die niet bij of krachtens wettelijke voorschriften zijn vastgesteld.”

5.5 De gedragscode waarop het onderhavige geschil betrekking heeft, zijn de CBW-voorwaarden. In deze voorwaarden zijn regels opgenomen over onder meer de zogenoemde aanbestedingsgarantie (artikel 5 en 17) en de voorwaarde dat betaling bij aflevering geschiedt (artikel 11). Artikel 5 van de CBW-voorwaarden luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

- "1. De ondernemer is gerechtigd bij het aangaan van een overeenkomst met een consument een aanbetaling te vragen. De hoogte van het maximumpercentage is afhankelijk van het product. Op deze aanbetaling is de garantie van artikel 17 van deze voorwaarden van toepassing, mits volgens de procedure genoemd in dat artikel wordt gehandeld. (...)
2. Voor alle producten met uitzondering van onderstaande producten geldt een maximumaanbetalingpercentage van 25%. Een maximumaanbetalingpercentage van 15% geldt voor:
- a. keuken/badkamer dan wel onderdelen daarvan, dan wel sanitaire artikelen en/of in verband met deze producten te verrichten werkzaamheden; (...)."

- 5.6 Artikel 17 van de CBW-voorwaarden regelt dat indien de onderneming voor levering niet meer aan zijn verplichting kan voldoen, een andere CBW-erkende onderneming de overeenkomst overneemt en – bij keukens - de 15% aanbetaling in mindering op de koopsom wordt gebracht. De garantieregeling voorkomt dat de consument de 15% aanbetaling nogmaals zou moeten betalen.
- 5.7 Artikel 11 van de CBW-voorwaarden luidt – voor zover hier relevant – als volgt:
- "1. Elke overeenkomst van koop en verkoop, ook indien deze mede omvat aanneming van werk, geschiedt onder de algemene conditie: contante betaling netto bij aflevering. Contante betaling omvat ook bijschrijving van het verschuldigde bedrag op een door de ondernemer aangegeven bank- of girorekening op het tijdstip van aflevering of betaling door middel van door banken erkende vormen van elektronisch betalen. (...)"
- 5.8 Op grond van artikel 2.9 Whc is de Consumentautoriteit bevoegd om een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen als zij van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden. In de artikelen 2.10 tot en met 2.23 Whc worden nadere voorschriften voor de uitoefening van deze bevoegdheid gegeven.
- 5.9 Op grond van artikel 2.15, tweede lid, Whc bedraagt de bestuurlijke boete indien het betreft een overtreding van artikel 8.8 Whc, ten hoogste € 450.000,-.
- 5.10 Artikel 2.19, eerste lid, Whc – zoals dat gold in het tijdvak waarop het handhavend optreden van de Consumentenautoriteit betrekking heeft – bepaalt dat de Consumentenautoriteit geen bestuurlijke boete oplegt, voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.
- 5.11 Artikel 2.21, eerste lid, Whc – zoals dat gold in het tijdvak waarop het handhavend optreden van de Consumentenautoriteit betrekking heeft – bepaalt dat de Consumentenautoriteit de bestuurlijke boete afstemt op de ernst en duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij dient de Consumentenautoriteit zo nodig rekening te houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

6 Overwegingen Commissie

*Ten aanzien van de ontvankelijkheid*

- 6.1 Het bezwaarschrift is tijdig ontvangen en voldoet ook overigens aan alle vereisten voor ontvankelijkheid. De Commissie gaat daarom in het navolgende inhoudelijk in op de bezwaren die Keukenconcurrent aanvoert.

*Ten aanzien van de inhoud van het bezwaar*

*Ad 1 Misleidende handelspraktijk*

- 6.2 Keukenconcurrent heeft in de voorbedrukte standaardkoopovereenkomst die ze in de periode van 21 oktober 2008 tot 8 oktober 2009 heeft gebruikt, een aanbetaling van 25% opgenomen die binnen 10 dagen na de datum van de opdracht moet worden voldaan. Tijdens een van de bedrijfsbezoeken die toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit aan Keukenconcurrent hebben gebracht, is verklaard dat Keukenconcurrent deze bepaling uit de koopovereenkomst in de praktijk altijd doorstreept behalve bij showroomkeukens. Keukenconcurrent heeft derhalve niet betwist dat ze een aanbetaling van 25% bij de aankoop van showroomkeukens vraagt. De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat daarmee vaststaat dat Keukenconcurrent in strijd heeft gehandeld met artikel 5 van de CBW-voorwaarden.
- 6.3 Keukenconcurrent heeft aangevoerd dat artikel 11, eerste lid, van de CBW-voorwaarden geen concrete en kenbare verplichting als bedoeld in artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW bevat, zodat ook niet van een overtreding van een dergelijke verplichting kan worden gesproken. De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – echter van oordeel dat artikel 11, eerste lid, CBW-voorwaarden een voldoende concrete en kenbare verplichting inhoudt aan de hand waarvan kan worden vastgesteld in hoeverre sprake is van een misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW. De Commissie baseert dit oordeel op de volgende – aan de herkomst van deze wettelijke bepaling ontleende – argumenten.
- 6.4 Artikel 6:193c, tweede lid, BW strekt ter implementatie van artikel 6 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 ("Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken", hierna: de Richtlijn).
- 6.5 In artikel 1 van de Richtlijn is als doel van de Richtlijn geformuleerd "[het bijdragen] aan de goede werking van de Interne markt en [het totstandbrengen] van een hoog niveau van consumentenbescherming door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten schaden, te harmoniseren." De ratio van de Richtlijn is derhalve dat oneerlijke handelspraktijken moeten worden voorkomen, omdat die het vertrouwen van consumenten ondermijnen en de Interne markt verstoren aangezien de consument wordt beïnvloed bepaalde keuzes te maken.

6.6 Het doel en de ratio van de Richtlijn komen onder meer tot uiting in artikel 6 van de Richtlijn. Deze bepaling luidt – voor zover hier relevant - als volgt:

“Als misleidend wordt eveneens beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit of een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, en die het volgende behelst:  
(...)

b) niet-nakoming door de handelaar van verplichtingen die opgenomen zijn in een gedragscode waaraan hij zich heeft gebonden, voorzover:

i) het niet gaat om een intentieverklaring, maar om een verplichting die verifieerbaar is, en

ii) de handelaar in de context van een handelspraktijk aangeeft dat hij aan de gedragscode gebonden is.”

6.7 In de parlementaire geschiedenis van de Wet oneerlijke handelspraktijken wordt ten aanzien van artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW het volgende opgemerkt:

“In bepaalde gevallen kunnen de verplichtingen die zijn opgenomen in een gedragscode maar niet worden nagekomen door de handelaar, worden gekwalificeerd als een misleidende handeling. Dit is echter alleen het geval indien de verplichting concreet is (dus niet: “dit bedrijf zet zich in voor het milieu”) en kenbaar is (de gedragscode is bijvoorbeeld gepubliceerd of ligt ter inzage) en de handelaar bovendien heeft aangegeven dat hij aan de gedragscode is gebonden. Om gebonden te zijn aan de gedragscode is het niet noodzakelijk dat de handelaar de gedragscode heeft ondertekend. Indien hij op zijn website bijvoorbeeld expliciet verwijst naar de gedragscode kan dit onder omstandigheden ook voldoende zijn.”

Zie: Kamerstukken II, 2006-2007, 30, 928, nr. 3 (MvT), p. 15.

6.8 In de CBW-voorwaarden wordt het doel van de Richtlijn evenzeer tot uitdrukking gebracht, nu deze voorwaarden ter – extra – bescherming van de consument strekken. De CBW-voorwaarden, in het bijzonder de artikelen 5 en 11, beogen de consument te beschermen tegen de situatie dat de consument zijn of haar geld kwijtraakt als een CBW-erkende onderneming vóór levering in financiële problemen terecht komt. De CBW-voorwaarden zijn uitdrukkelijk bedoeld om consumenten zekerheid te bieden over de periode tussen de aanbetaling en de levering van het product.<sup>1</sup>

6.9 Artikel 11, eerste lid, CBW-voorwaarden bepaalt dat elke overeenkomst geschiedt onder de algemene conditie van betaling netto bij aflevering en dat contante betaling ook omvat bijschrijving van het verschuldigde bedrag op een door de ondernemer aangegeven bank- of girorekening op het tijdstip van aflevering of door middel van elektronische betaling. De Commissie is van oordeel dat de tekst van deze verplichting concreet is nu daarmee is bedoeld dat een consument pas standaard bij aflevering van – in casu – een keuken hoeft te betalen. Artikel 11 bevat dus anders dan Keukenconcurrent heeft betoogd, geen ‘glijdende schaal’. Elke andere uitleg van artikel 11, eerste lid, CBW-voorwaarden zou afbreuk doen aan de gedachte van de (extra) bescherming van de consument.

<sup>1</sup> Zie in dit verband de beschrijving van de CBW-voorwaarden in de CBW-erkend brochure, CA/NB/316/4.

6.10 De Commissie is van oordeel dat Keukenconcurrent, gezien de tekst van artikel 11, eerste lid, CBW-voorwaarden en de ratio van deze voorwaarden en het doel en de strekking van artikel 5 en 11 van de voorwaarden, ten onrechte standaard aan consumenten vraagt om eerder dan bij aflevering van de gekochte keuken te betalen. In de voorbedrukte standaardkoopovereenkomst – waarvan Keukenconcurrent heeft aangegeven dat zij deze in de periode van 21 oktober 2008 tot 8 oktober 2009 heeft gebruikt bij het sluiten van overeenkomsten met consumenten (dit blijkt ook uit de in het dossier opgenomen ondertekende overeenkomsten) – worden onder het kopje 'Betalingsvoorwaarden' twee betalingsmogelijkheden genoemd waaruit de consument kan kiezen:

- Het volledige aankoopbedrag wordt uiterlijk **12 werkdagen** voor levering bijgeschreven op ons bankrekeningnummer. (...)
- Het volledige aankoopbedrag wordt uiterlijk **5 werkdagen** voor levering telefonisch of via internetbankieren overgeboekt op ons bankrekeningnummer. (...)

**LET OP "geen geld, geen keuken". Alle huidige en toekomstige acties zijn verrekend.**

6.11 In de voorbedrukte standaardkoopovereenkomst 'Basic prijsgarantiekeuken' wordt het volgende vermeld:

- Het volledige aankoopbedrag wordt uiterlijk **10 werkdagen** per bank / **12 werkdagen** per giro voor levering bijgeschreven op ons bank- of girorekeningnummer. (...)
- Het volledige aankoopbedrag wordt uiterlijk **5 werkdagen** voor levering **telefonisch** overgeboekt op ons bankrekeningnummer. (...)
- De levering van de keuken mag 1x zonder kosten worden uitgesteld, bij 2x uitstellen dient u de aanbetaling aan te vullen tot 100%.

6.12 In de standaardkoopovereenkomst wordt een betaling van de volledige koopsom gevraagd die de consument – afhankelijk van de betalingswijze – 10, 12 of 5 werkdagen moet voldoen voordat de levering van de keuken plaatsvindt. In de standaardkoopovereenkomst is niet de mogelijkheid opgenomen dat de consument de betaling bij de levering van de keuken voldoet. Uit de verklaringen die tijdens de bedrijfsbezoeken door de toezichthoudende ambtenaren bij de Consumentenautoriteit zijn opgenomen, blijkt dat het beleid van Keukenconcurrent is dat vóór levering van de keuken de volledige koopsom moet zijn voldaan, dat betaling bij aflevering niet wordt gestimuleerd en de mogelijkheid daartoe ook niet actief wordt gecommuniceerd met de consument.

6.13 De Commissie is van oordeel dat de CBW-voorwaarden er weliswaar niet aan in de weg staan dat Keukenconcurrent en de consument in individuele gevallen overeenkomen van de CBW-voorwaarden af te wijken en afspreken dat er eerder dan bij aflevering wordt betaald, maar van een dergelijke handelspraktijk is naar het oordeel van de Commissie geen sprake bij Keukenconcurrent. Uit de (ondertekende) standaardkoopovereenkomst(en) en de in het dossier opgenomen verklaringen blijkt dat het omgekeerde eerder het geval is: Keukenconcurrent vraagt standaard om volledige betaling van de keuken vóór aflevering,

maar kan in individuele gevallen met de consument betaling bij aflevering overeenkomen. Deze handelwijze is niet in overeenstemming met artikel 11 van de CBW-voorwaarden. Naar het oordeel van de Commissie is het – anders dan Keukenconcurrent meent – ten behoeve van het vaststellen van een schending van artikel 11 van de CBW-voorwaarden niet noodzakelijk om te specificeren in hoeveel (procent van de) individuele gevallen van de CBW-voorwaarden mag worden afgeweken en met de consument mag worden afgesproken dat de koopprijs voor levering dient te zijn betaald. Genoegzaam is immers komen vast te staan dat Keukenconcurrent de consument standaard vraagt om al vóór aflevering te betalen. Zoals hiervoor is aangegeven, wordt de consument gelet op de standaardkoopovereenkomst niet nadrukkelijk de mogelijkheid geboden om bij aflevering van de gekochte keukens te betalen. Uit het dossier blijkt ook dat contante betaling bij aflevering niet actief wordt gecommuniceerd naar en wordt gestimuleerd bij de consument. De consument weet in feite dus niet dat hij ook het recht heeft om bij aflevering te betalen; door het ontbreken van deze keuzemogelijkheid in de standaardkoopovereenkomst impliceert het standaard vragen om voor aflevering te betalen dat die mogelijkheid de consument ook standaard wordt opgelegd. Voor zover Keukenconcurrent deze optie wel altijd met de consument zou bespreken, hetgeen overigens niet is komen vast te staan, ziet de Commissie niet in waarom die optie *dán* niet ook in de standaardkoopovereenkomst kon worden opgenomen.

- 6.14 De Commissie adviseert de bezwaren van Keukenconcurrent op dit punt ongegrond te verklaren.
- 6.15 Keukenconcurrent heeft tijdens de hoorzitting nog aangevoerd dat het bestreden besluit niet na deugdelijk onderzoek tot stand is gekomen. Zo zou er geen bewijs zijn voor de stelling dat er geen mogelijkheid van betaling bij aflevering werd geboden. Consumenten betalen regelmatig bij aflevering per pin en contant; de Consumentenautoriteit heeft niet om de administratie gevraagd. Ook zou er geen bewijs zijn voor het geschade consumentenvertrouwen.
- 6.16 De Commissie merkt hierover het volgende op. De Commissie heeft in haar advies in zaak 17 (UPC) aangegeven dat het tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis van de Whc voor de hand ligt om nader onderscheid te maken tussen overtredingen die hun oorzaak vinden in een *structurele* inbreuk op wettelijke bepalingen en overtredingen die hun oorzaak vinden in een *incidentele* inbreuk op wettelijke bepalingen. Een structurele inbreuk ontstaat door het al dan niet bewuste ontwerp van de bedrijfsorganisatie en de werkprocessen van een onderneming. Het ligt voor de hand, zo heeft de Commissie in haar eerdere advies overwogen, om bij het opleggen van sancties ten aanzien van een overtreding die bestaat in een verzameling van incidentele inbreuken, die aldus een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten opleveren, hogere eisen te stellen aan de kwantitatieve onderbouwing, dan in het geval de overtreding bestaat in een structurele inbreuk.<sup>2</sup> De Consumentenautoriteit heeft zoals uit het bestreden besluit blijkt haar conclusie dat Keukenconcurrent artikel 11 CBW-voorwaarden heeft overtreden, gebaseerd op de voorbedrukte standaardkoopovereenkomst en verklaringen van werknemers bij

<sup>2</sup> CA/NCB/17/232, randnrs. 5.2.6-5.32.8.

Keukenconcurrent. De standaardkoopovereenkomst wordt in de praktijk ook daadwerkelijk gebruikt, zoals blijkt uit de in het dossier aanwezige ondertekende overeenkomsten; Keukenconcurrent heeft dit ook niet betwist. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit ten aanzien van de geconstateerde overtredingen voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van een structurele tekortkoming waarmee is gegeven dat de collectieve belangen van de consument in het geding zijn. Bovendien heeft de Consumentenautoriteit voldoende aannemelijk gemaakt dat het betreffende handelen een overtreding van de toepasselijke wettelijke bepaling inhoudt. Naar het oordeel van de Commissie komt uit de (ondertekende) standaardkoopovereenkomst(en) en verklaringen die de Consumentenautoriteit als bewijs voor deze overtreding heeft verzameld, een zodanig consistent en duidelijk patroon van overtredingen naar voren, dat moet worden aangenomen dat Keukenconcurrent deze overtredingen – in de betekenis die de Whc daaraan geeft – heeft gepleegd. De Commissie is van oordeel dat het door de Consumentenautoriteit vergaarde bewijs toereikend is voor de conclusie dat Keukenconcurrent artikel 11 van de CBW-voorwaarden heeft overtreden. De Consumentenautoriteit hoefde, zo zij dit al heeft gesteld, niet te bewijzen dat consumenten niet bij aflevering zouden kunnen betalen.

6.17 Voorts merkt de Commissie nog op dat de Consumentenautoriteit in het hier gegeven geval niet gehouden was om individueel onderzoek te doen naar het bestaan van daadwerkelijke schade aan het consumentenvertrouwen. In het kader van de Whc is relevant dat elk handelen of nalaten in strijd met de wettelijke bepalingen schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten (vgl. artikel 1.1., onder f, Whc). De Commissie heeft in randnr. 6.16 van dit advies geconstateerd dat de Consumentenautoriteit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de door Keukenconcurrent begane overtredingen een structurele inbreuk op collectieve consumentenbelangen opleveren waardoor schade aan collectieve belangen zou kunnen ontstaan. Gelet hierop was de Consumentenautoriteit niet gehouden om te onderzoeken of in individuele gevallen daadwerkelijk schade is toegebracht aan het consumentenvertrouwen.

18 De Commissie adviseert de bezwaren van Keukenconcurrent op dit punt ongegrond te verklaren.

6.19 De Commissie merkt voorts nog op dat de verplichting van artikel 11 kenbaar is of kon zijn voor Keukenconcurrent. Keukenconcurrent verwijst immers zelf op haar website naar de CBW-voorwaarden en verschaft aan de consument de CBW-erkend regeling en de CBW-voorwaarden tezamen met de standaardkoopovereenkomst. Keukenconcurrent heeft de Consumentenautoriteit ook diverse malen bevestigd de CBW-voorwaarden te hanteren. Overigens is de Commissie – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat Keukenconcurrent weliswaar heeft gesteld dat de verplichting van artikel 11 CBW-voorwaarden niet kenbaar zou zijn, maar dat zij daartegen geen inhoudelijke bezwaren heeft aangevoerd.

6.20 De Commissie adviseert de bezwaren van Keukenconcurrent op dit punt ongegrond te verklaren.

6.21 In artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW is overigens bepaald dat de gemiddelde consument door de misleidende handelspraktijk een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Aldus wordt causaliteit vereist tussen de misleidende handelspraktijk en de handelingen die de gemiddelde consument verricht of kan verrichten. De Commissie is van oordeel dat in het bestreden besluit niet helder is uiteengezet waarom dit onderdeel van de overtreding bewezen moet worden geacht. Tijdens de hoorzitting op 5 maart 2010 heeft de Consumentenautoriteit desgevraagd toegelicht dat de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit ervan is uitgegaan dat Keukenconcurrent met CBW-garanties een bepaald vertrouwen wekt en consumenten overhaalt bij haar te kopen. Keukenconcurrent profileert zich dus in de richting van de consument met een vertrouwenwekkend element, hetgeen de aankoopbeslissing van de consument kan beïnvloeden. De causaliteit zou derhalve in het besluit zijn aangegeven. Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit deze nadere toelichting echter nog niet duidelijk dat de Consumentenautoriteit bewezen acht dat de consument in het bijzonder door de misleidende handelspraktijk een aankoopbeslissing doet of kan doen die hij anders niet had gedaan. De Consumentenautoriteit geeft immers alleen aan dat het felt dat Keukenconcurrent is aangesloten bij de CBW-erkend regeling en dat ook actief uitdraagt, tot een bepaalde aankoopbeslissing kan leiden. Dat is echter niet het causale verband dat in het kader van artikel 6:193c, tweede lid, onder BW, dient te worden aangetoond.

6.22 De Commissie acht een verbetering van de motivering van het bestreden besluit op dit punt noodzakelijk.

*Ad 2 Aanbetaling/vooruitbetaling/betaling*

6.23 In randnrs. 6.10-6.13 van dit advies heeft de Commissie vastgesteld dat Keukenconcurrent de consument standaard vraagt om al vóór aflevering te betalen. De consument wordt niet nadrukkelijk de mogelijkheid geboden om bij aflevering van de keuken te betalen. Nu de CBW-voorwaarden uitgaan van betaling bij aflevering, is de Commissie – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat betaling vóór levering moet worden aangemerkt als aanbetaling dan wel vooruitbetaling. Keukenconcurrent vraagt de consument dus standaard voor de levering een hoger bedrag te betalen dan op grond van de CBW-voorwaarden is toegestaan. De extra bescherming die de garantieregeling in de CBW-voorwaarden biedt ingeval van bijvoorbeeld faillissement van Keukenconcurrent, kan daardoor ten onrechte niet worden gewaarborgd.

6.24 De Commissie merkt nog op dat het feit dat de Consumentenautoriteit als uitvloeisel van de voorlopige voorzieningprocedure ermee heeft ingestemd dat op het orderformulier bij de optie betaling per bank is opgenomen dat betaling op een zodanig tijdstip moet geschieden dat deze bij aflevering is ontvangen, niet betekent dat ze een tegenstrijdig standpunt inneemt. In individuele gevallen kan met de consument immers worden afgesproken dat hij eerder betaalt dan bij aflevering. Zoals op het orderformulier is opgenomen, moet die betaling dan op dusdanige wijze geschieden dat het geld op het moment van aflevering door Keukenconcurrent is ontvangen.

- 6.25 Over de door Keukenconcurrent aan de Consumentenautoriteit voorgestelde oprichting van een stichting garantiefonds, merkt de Commissie nog op dat het Keukenconcurrent uiteraard vrijstaat om met de brancheorganisatie tot een aanpassing van de CBW-voorwaarden te komen, maar dat dit onverlet laat dat Keukenconcurrent de huidige CBW-voorwaarden dient na te leven.
- 6.26 De Commissie adviseert de bezwaren van Keukenconcurrent op dit punt ongegrond te verklaren.

*Ad 3 De (hoogte van de) boete*

- 6.27 Keukenconcurrent heeft aangevoerd dat de Consumentenautoriteit niet bevoegd was een bestuurlijke boete op te leggen, omdat niet duidelijk is wat de reikwijdte van artikel 11, eerste lid, van de CBW-voorwaarden is en niet duidelijk is welke verplichting uit die bepaling voortvloeit. De Commissie heeft in haar advies in de zaak 17 (UPC)<sup>3</sup> het juridisch kader geschetst ten aanzien van de mogelijkheden en de onmogelijkheden bij de handhaving van 'open' of 'vage' normen door de Consumentenautoriteit. De Commissie heeft daarbij aangegeven dat op grond van het *lex certa*-beginsel zoals dat ligt besloten in artikel 7 EVRM en het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, een voorschrift voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig moet zijn om een overtreding daarvan te kunnen bestraffen met een bestuurlijke boete. De Consumentenautoriteit dient zich bij de uitoefening van haar bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheid per overtreden voorschrift ervan te vergewissen of aan deze eisen is voldaan. Indien sprake is van een 'open' of een 'vage' norm, dan dient uit het besluit te blijken waarom de betrokken gedraging naar het oordeel van de Consumentenautoriteit een overtreding van de norm inhoudt en waarom de wijze waarop de norm door de Consumentenautoriteit is ingevuld voor de overtreder voldoende kenbaar moet worden geacht te zijn. Het vereiste dat de invulling van de open norm voor betrokkenen kenbaar is, gaat gelet op de rechtspraak niet zo ver dat de Consumentenautoriteit in alle gevallen waarin sprake is van min of meer vage of open termen deze in beleidsregels preciseert. De Commissie wijst er voorts op dat uit de rechtspraak van het College van het Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) volgt dat het op de weg van een professionele en ervaren marktpartij, in dit geval Keukenconcurrent, ligt om zichzelf tijdig op de hoogte te stellen van de reikwijdte van wettelijke bepalingen. Het is ook vaste rechtspraak van het CBB dat het in eerste instantie de verantwoordelijkheid van de onderneming – hier: Keukenconcurrent – is om zich aan de wet te houden en dat bij iedere norm wel een zekere mate van discussie mogelijk is of deze in een specifiek geval van toepassing is.<sup>4</sup>
- 6.28 Verwijzend naar het besprokene in randnr. 6.3 tot en met 6.9 van haar advies is de Commissie van oordeel dat artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW jo. artikel 11, eerste lid, CBW-voorwaarden voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om een overtreding daarvan te kunnen bestraffen met een bestuurlijke boete. De CBW-

<sup>3</sup> CA/NCB/17/232. Zie bijvoorbeeld ook het advies van de Commissie in zaak 106 (Tele2).

<sup>4</sup> Zie: 20 december 2007, AB 2008/56; CBB 1 april 2008, LJN: BC 8268; CBB 26 augustus 2008, AB 2009/125; en CBB 30 januari 2009, AWB 08/233, 234 en 235. Vgl. CA/NCB/17/232 (UPC zaak).

voorwaarden zijn naar het oordeel van de Commissie niet dermate 'open' of 'vaag' dat het Keukenconcurrent, als professionele onderneming, niet op voorhand duidelijk was en kon zijn of zij deze bepalingen met haar handelspraktijk zou overtreden. De Commissie is voorts van oordeel dat het volstrekt kenbaar is op welke manier aan artikel 11 van deze voorwaarden kan worden voldaan, te weten door de mogelijkheid van contante betaling bij aflevering van een gekochte keuken uit elgener beweging, expliciet en ondubbelzinnig aan de consument mede te delen. Een onderneming die deze mogelijkheid niet vermeldt, zoekt de grenzen op van artikel 11 van de CBW-voorwaarden en neemt welbewust het risico een overtreding van de genoemde voorwaarden te begaan en - daarmee - de mogelijkheid dat zij hiervoor (bestraffende) sancties krijgt opgelegd. Dit risico dient daarom naar het oordeel van de Commissie voor rekening van de onderneming te komen. Van een onderneming als Keukenconcurrent mag worden verwacht en gevergd dat zij haar handelspraktijk zodanig vormgeeft dat deze (ruim) binnen de grenzen van het wettelijk toegestane blijven.

- 6.29 De Commissie merkt nog op dat de door Keukenconcurrent aangehaalde uitspraak van ABRVS 4 maart 2009 (zaaknr. 200804126/1, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl); LJN BH4621, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)) aan de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om een boete op te leggen geen afbreuk doet. In deze uitspraak stond de vraag centraal of de Arbeidstijdenwet door middel van richtlijnconforme uitleg voldoende grondslag biedt om een bestuurlijke boete op te leggen. Die richtlijnconforme uitleg van Richtlijn 2003/88 is nodig, omdat de definitieomschrijving uit artikel 2 van die richtlijn niet is geïmplementeerd in de Arbeidstijdenwet. De Afdeling oordeelt dat nu die implementatie niet heeft plaatsgevonden en deze definitieomschrijving en de uitleg daarvan in dit geval van doorslaggevende betekenis zijn voor de vraag of sprake is van een overtreding van de Arbeidstijdenwet, de rechtszekerheid zich tegen richtlijnconforme uitleg van de wet verzet. De Minister van SZW is daarom in dit geval niet bevoegd een boete op te leggen. Deze uitspraak ziet derhalve op de grenzen die aan richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht worden gesteld. De rechtszekerheid verzet zich ertegen dat richtlijnconforme interpretatie onder alle omstandigheden geoorloofd is. Een dergelijke vraag doet zich in de onderhavige bezwaarzaak echter niet voor. Los daarvan is de Commissie van oordeel, zoals hiervoor is uiteengezet, dat de in artikel 11 van de CBW-voorwaarden neergelegde verplichting wel voldoende concreet en kenbaar is en het rechtszekerheidsbeginsel zich er derhalve niet tegen verzet dat aan Keukenconcurrent een boete wordt opgelegd.
- 6.30 De Commissie adviseert de bezwaren van Keukenconcurrent op dit punt ongegrond te verklaren.
- 6.31 Over de hoogte van de boete merkt de Commissie het volgende op. De Commissie constateert dat de Consumentenautoriteit tot op heden geen beleid ten aanzien van het opleggen van boetes heeft vastgesteld. De Commissie stelt vast dat het hier gaat om betrekkelijk nieuwe wetgeving en de onderhavige zaak de eerste zaak is waarin de Consumentenautoriteit voor een overtreding van de Wet oneerlijke handelspraktijken een boete oplegt. Het is daarom niet uitzonderlijk te achten dat de Consumentenautoriteit bij het bepalen van de hoogte van de boete zoekt naar de gedragslijn die het meest doeltreffend is en bovendien in rechte stand kan houden. Dit kan ertoe leiden dat

verschillende mogelijkheden worden afgetast, om te komen tot een uitgebalanceerd toemetsingsbeleid. Hiertegen bestaan naar het oordeel van de Commissie vooralsnog geen bedenkingen. Dit neemt echter niet weg dat de gemaakte keuzen dienen te voldoen aan de eisen van stelselmatigheid en dat – nu geen beleidsregels zijn bekendgemaakt over het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete in het licht van deze wettelijk voorgeschreven criteria – steeds een adequate en consistente motivering van die hoogte dient te worden gegeven. De Commissie stelt vast dat zich binnen het algemeen boeterecht inmiddels een uitgekristalliseerd, systematisch en genuanceerd geheel van boetetoemetsingsregels heeft ontwikkeld, waarbij de hoogte van de bestuurlijke boete wordt afgestemd op een viertal factoren: de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan en de omstandigheden waarin de overtreder verkeert. De Consumentenautoriteit dient haar gedragslijn, of deze nu in een beleidsregel is of zal worden opgenomen of in de motivering van elk boetebesluit, in overeenstemming met deze boetetoemetsingsregels te kiezen.

6.32 De Consumentenautoriteit heeft in de randnr's. 78 tot en met 94 van het bestreden besluit gemotiveerd hoe zij de hoogte van de boete overeenkomstig het bepaalde in artikel 5:46, tweede lid, Awb (tot 1 juli 2009 artikel 2.21 Whc) heeft vastgesteld. Op grond van deze bepaling dient de Consumentenautoriteit de hoogte van de boete af te stemmen op de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en zo nodig de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Ook moet de hoogte van de boete worden afgestemd op de omstandigheden waarin de overtreder verkeert. Artikel 2.21 Whc noemt daarbij ook nog de duur van de overtreding als aspect waarop de hoogte van de boete moet worden afgestemd. Daarnaast heeft de Consumentenautoriteit aangegeven op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening te houden met de na te streven speciale en generale preventie. De Commissie plaatst bij de motivering van de hoogte van de boete de volgende kanttekeningen.

6.33 De Consumentenautoriteit heeft de beoordeling van de verwijtbaarheid en ernst van de overtredingen voornamelijk in het licht geplaatst van het belang van het naleven van gedragscodes en het belang van het naleven van gedragscodes voor het goed functioneren van het stelsel van zelfregulering. De handelwijze van Keukenconcurrent waarbij zij zich actief presenteert als een CBW-erkende onderneming maar zich tegelijkertijd niet houdt aan de CBW-voorwaarden en die overtreding ook bewust laat voortduren, levert volgens de Consumentenautoriteit een zeer ernstige overtreding op. Er zou sprake zijn van een zeer ernstige bedreiging van het consumentenvertrouwen ten aanzien van gedragscodes in het algemeen en de CBW-erkend regeling in het bijzonder. Voorts zou het niet-naleven van de CBW-erkend regeling ernstig afbreuk doen aan het functioneren van zelfregulering, niet alleen ten opzichte van de consument maar ook ten opzichte van belangenorganisaties, toezichthouders en branchegenoten. Met deze meer algemene motivering voor het opleggen van de boete maakt de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie niet inzichtelijk waarom de ernst van de overtredingen en al helemaal niet waarom de verwijtbaarheid dient te leiden tot het opleggen van een boete van – specifiek – € 100.000,-. De Consumentenautoriteit motiveert niet hoe zij, in aanmerking genomen de ernst van de gedraging en de verwijtbaarheid, tot dit concrete bedrag is gekomen, terwijl

naar het oordeel van de Commissie (juist) deze criteria een belangrijke rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de boete. Tijdens de hoorzitting op 5 maart 2010 heeft de Consumentenautoriteit aangegeven dat in relatie tot het maximale boetebedrag van € 450.000,- dat de Consumentenautoriteit voor overtredingen als in deze zaak aan de orde mag opleggen, de keuze voor een boetebedrag van € 100.000,- niet onevenredig hoog is. Naar het oordeel van de Commissie verdient die keuze echter een nadere motivering aan de hand van de hiervoor genoemde criteria.

6.34 Voorts heeft de Consumentenautoriteit in de schriftelijke toelichting (randnr. 49) aangegeven dat bij de bepaling van de hoogte van de boete is meegewogen dat de overtredingen in ieder geval een jaar hebben voortgeduurd. Dit is een aspect waarop volgens artikel 2.21 Whc de hoogte van de boete dient te worden afgestemd. Afgezien van het feit dat de Commissie dit aspect niet in het bestreden besluit heeft teruggevonden bij de motivering van de hoogte van de boete, is met deze vaststelling nog niet tot uiting gebracht wat deze constatering voor het bepalen van de hoogte van de boete in concrete zin betekent. Met andere woorden: de Consumentenautoriteit heeft niet duidelijk gemaakt waarom een overtreding die in elk geval een jaar heeft geduurd (mede) het opleggen van een boete van € 100.000,- zou rechtvaardigen. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit daarom nader te motiveren op welke wijze de duur van de overtreding bij het bepalen van de hoogte van de boete is betrokken.

6.35 De Consumentenautoriteit heeft in de schriftelijke toelichting (randnr. 49) tevens aangegeven dat bij de bepaling van de hoogte van de boete betekenis is gehecht aan het feit dat de overtredingen op zeer omvangrijke schaal hebben plaatsgevonden. Uit het bestreden besluit blijkt echter niet op welke wijze deze omstandigheid meer concreet bij de beoordeling van de ernst van de overtreding is betrokken. Naar het oordeel van de Commissie ligt het op de weg van de Consumentenautoriteit om, indien zij waarde hecht aan de schaal waarop een overtreding heeft plaatsgevonden, te concretiseren welke betekenis aan deze omstandigheid bij het bepalen van de hoogte van de boete dient te worden toegekend. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit daarom nader te motiveren op welke wijze de schaal waarop de overtredingen hebben plaatsgevonden bij het bepalen van de hoogte van de boete is betrokken.

6.36 Tot slot constateert de Commissie dat in het bestreden besluit niet wordt ingegaan op de omstandigheden waarin de overtreder verkeert, zoals bijvoorbeeld de hoogte van de omzet van Keukenconcurrent. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit hieraan aandacht te besteden.

6.37 De Commissie adviseert de bezwaren van Keukenconcurrent over de onderbouwing van de hoogte van de boete gegrond te verklaren.

6.38 Keukenconcurrent heeft voorts bezwaar gemaakt tegen de 10% boeteverhoging waartoe de Consumentenautoriteit heeft besloten. De Commissie is – met Keukenconcurrent – van oordeel dat de argumenten die de Consumentenautoriteit heeft gegeven voor deze boeteverhoging, niet overtuigen. De boeteverhogende omstandigheden dienen veeleer te worden gekwalificeerd als het standpunt van een overtreder die het niet eens is met de

interpretatie van een wettelijke regel en met het oog daarop in het kader van het boetetraject een bepaalde 'proceshouding' aanneemt. Dat zijn geen omstandigheden die aanleiding geven tot het opleggen van een extra boete. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit daarom op onjuiste gronden tot de boeteverhoging besloten. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de boeteverhoging van 10% ongedaan te maken.

- 6.39 De Commissie adviseert de bezwaren van Keukenconcurrent op dit punt gegrond te verklaren.

*Ad 4 Last onder dwangsom*

- 6.40 De Commissie is – met de Consumentenautoriteit - van oordeel dat de last onder dwangsom een voldoende concrete omschrijving geeft van de maatregelen die Keukenconcurrent dient te nemen om een einde aan de overtreding van artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW te maken. In de last is duidelijk aangegeven op welke wijze Keukenconcurrent haar handelspraktijk in overeenstemming dient te brengen met artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW, te weten door haar voorbedrukte koopovereenkomsten in de door de Consumentenautoriteit genoemde zin te wijzigen, haar overige informatie zoals haar website met betrekking tot de betalingsvoorwaarden ook in die zin aan te passen en haar medewerkers over de gewijzigde betalingsvoorwaarden te informeren en te instrueren. Hiermee moet voor Keukenconcurrent duidelijk zijn welke maatregelen van haar worden verwacht. Dat de Consumentenautoriteit in de last heeft aangegeven dat deze maatregelen 'bijvoorbeeld' kunnen worden genomen, brengt anders dan Keukenconcurrent meent niet met zich dat de last onvoldoende concreet zou zijn. Met dit woordgebruik wordt alleen tot uitdrukking gebracht dat Keukenconcurrent ook op andere wijze de gewraakte overtreding kan beëindigen zolang haar handelspraktijk maar in overeenstemming met de wet wordt gebracht. Het rechtszekerheidsbeginsel staat hieraan niet in de weg.<sup>5</sup>

- 6.41 Voorts is de Commissie - met de Consumentenautoriteit - van oordeel dat uit het bestreden besluit duidelijk blijkt welke overtreding Keukenconcurrent heeft begaan en op welke wijze deze kan worden beëindigd. Verder is in de last uitdrukkelijk vermeld dat na de verstreken begunstigingstermijn van vier weken een dwangsom wordt verbeurd per dag dat Keukenconcurrent haar handelspraktijk niet heeft aangepast.

- 6.42 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de bezwaren van Keukenconcurrent op deze punten ongegrond te verklaren.

**7 Conclusie**

- 7.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van Keukenconcurrent van 24 november 2009, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 19 november 2009, kenmerk CA/NCB/427/16,  
 • gegrond te verklaren voor zover dit bezwaarschrift is gericht tegen:

Vgl. Vz. ABRvS 24 juli 2001, AB 2002/1, ABRvS 20 augustus 2003, JB 2003/266.

- de motivering van de hoogte van de boete; en
  - de verhoging van de boete met 10% tot € 110.000,-.
- voor het overige ongegrond te verklaren.

- 7.2 Voorts adviseert de Commissie nader te motiveren waarom de overtreding van artikel 6:193c, tweede lid, onder b, BW bewezen moet worden geacht voor zover het betreft het onderdeel dat "de gemiddelde consument door de misleidende handelspraktijk een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen" (de causaliteit).
- 7.3 Aangezien het ter beslissing aan de Consumentenautoriteit staat om het bezwaarschrift van Keukenconcurrent al dan niet in afwijking van dit advies gegrond of ongegrond te verklaren en – ingeval van gegrondverklaring – het bestreden besluit in zoverre in te trekken of te herroepen, dan wel van een verbeterde motivering te voorzien, zal de Commissie geen advies geven over de toekenning van de door Keukenconcurrent verzochte kostenvergoeding op basis van artikel 7:15 Awb. Of een dergelijke vergoeding op haar plaats is, is immers geheel afhankelijk van de vraag of de Consumentenautoriteit het advies van de Commissie overneemt en welke consequenties zij daaraan verbindt voor het bestreden besluit.
- 7.4 Het advies is aldus vastgesteld te Den Haag op 16 april 2010, door de Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit, bestaande uit prof. mr. E.H. Hondius (voorzitter), mr. dr. O.J.D.M.L. Jansen (extern lid) en mr. dr. P.C. Adriaanse (extern lid).

Namens de Commissie,  
de voorzitter,



Prof. mr. E.H. Hondius