

De onafhankelijke Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit

Advies inzake het bezwaarschrift van

De Block's Technisch Handelsbedrijf B.V.,

van 9 juni 2011, ingediend namens gemachtigden mevr. mr. E.H.M. Bieleveld en mevr. mr. A. van der Ploeg

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 26 mei 2011,

met kenmerk CA/NCB/535/18

1 REIKWIJDTE ADVIES VAN DE COMMISSIE

- 1.1 Het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit (hierna: de Commissie) inzake De Block's Technisch Handelsbedrijf B.V. (hierna: De Block) heeft betrekking op het besluit van 26 mei 2011, tot het opleggen van een bestuurlijke boete 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 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 De Block dat is gericht tegen het besluit tot openbaarmaking van 26 mei 2011, als bedoeld in artikel 2.23 Whc, 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 zal beslissen.

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 De Block van de verplichtingen uit het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) naar aanleiding van een inventariserend onderzoek naar nut en noodzaak van bijkoopgarantie en naar de wijze van verkoop van bijkoopgarantie. Uit het nader onderzoek is het vermoeden gerezen dat De Block oneerlijke handelspraktijken verricht als bedoeld in Boek 6, Titel 3, Afdeling 3A van het BW.

OPENBAAR

- 2.3 Op 12 juli 2010 is op basis van het onderzoek een rapport van overtreding opgemaakt als bedoeld in artikel 5:48 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Dit rapport is bij brief van diezelfde datum aan De Block toegezonden.
- 2.4 Bij brief van 16 juli 2010 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van een besluit inzake eventuele handhaving De Block in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke of mondelinge zienswijze te geven.
- 2.5 Op 23 september 2010 heeft de Consumentenautoriteit een hoorzitting gehouden waarbij De Block mondeling haar zienswijze heeft gegeven. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 21 oktober 2010 aan De Block is toegezonden. De Block heeft bij brief van 27 oktober 2010 enkele opmerkingen naar aanleiding van het verslag gemaakt, die zijn toegevoegd aan het dossier.
- 2.6 Bij besluit van 26 mei 2010, met kenmerk CA/NCB/535/18 heeft de Consumentenautoriteit:
- vastgesteld dat De Block in de periode van 15 oktober 2008 tot 1 november 2009 een overtreding heeft begaan van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW;
 - aan De Block voor deze overtreding een boete opgelegd van € 90.000,-.
- 2.7 Bij brief van 9 juni 2011 heeft mevr. mr. E.H.M. Bieleveld namens De Block bezwaar ingediend tegen het besluit van 26 mei 2011. De Consumentenautoriteit heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd bij brief van 23 juni 2011. Bij brief van 23 augustus 2011 zijn de bezwaargronden aangevuld.
- 2.8 De Block heeft op 9 juni 2011 tevens de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht het besluit van 26 mei 2011 te schorsen alsmede de openbaarmaking daarvan door de Consumentenautoriteit te verbieden. De voorzieningenrechter heeft op 5 oktober 2011 uitspraak gedaan (reg.nrs. AWB 11/2403 VBC-T1 en AWB 11/2404 VBC-T1) en de verzoeken om voorlopige voorziening afgewezen.
- 2.9 Bij brief van 7 september 2011, nader aangevuld bij brief van 15 september 2011, is De Block door de Commissie uitgenodigd haar bezwaarschrift op 6 oktober 2011 mondeling toe te lichten en is zij gewezen op het recht om tot 26 september 2011 nadere stukken in te dienen. Bij brieven van dezelfde data 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 26 september 2011 een nadere schriftelijke toelichting in te dienen.
- 2.10 Bij brief van 23 september 2011 heeft de Commissie van de Consumentenautoriteit een schriftelijke toelichting op het bestreden besluit ontvangen. Deze toelichting is bij brief van diezelfde datum doorgezonden aan De Block.
- 2.11 Op 6 oktober 2011 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij De Block haar bezwaren en de Consumentenautoriteit haar besluit heeft toegelicht. Deze hoorzitting

OPENBAAR

bestond uit een algemeen deel waarin de bezwaren van De Block gezamenlijk met de daarmee overlappende bezwaren van Mikro-Electro B.V., Scheer & Foppen Electro Speciaalzaken B.V. en Harense Smid B.V. zijn besproken. Daarna is een specifiek deel gevolgd waarin alleen die punten aan de orde zijn gekomen die betrekking hadden op de situatie van De Block. Tijdens de algemene hoorzitting heeft de Commissie de Consumentenautoriteit en De Block om toezending van enige nadere informatie verzocht. Bij brief van 27 oktober 2011 heeft de Consumentenautoriteit deze informatie aan de Commissie en aan De Block gestuurd. Bij brieven van 20 oktober 2011 en 27 oktober 2011 heeft De Block de gevraagde informatie aan de Commissie en aan de Consumentenautoriteit gestuurd.

- 2.12 Van de hoorzittingen zijn verslagen gemaakt die bij brief van 10 november 2011 aan De Block en de Consumentenautoriteit zijn toegezonden en geacht worden deel uit te maken van dit advies.

3 STANDPUNT DE BLOCK

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

1) 1) Handhaving is van meet af aan de insteek en inzet geweest van de Consumentenautoriteit en de focus van het onderzoek is verschoven (aanvullend bezwaarschrift randnr. 2.1-2.13, 2.15-2.30, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 2.8)

- 3.2 De Block stelt dat de Consumentenautoriteit al had besloten handhavend jegens haar op te zullen treden nog voordat enig onderzoek naar haar een aanvang had genomen. De Consumentenautoriteit heeft daarom haar onderzoek op een vooringenomen wijze verricht. De vooringenomen houding van de Consumentenautoriteit om te handhaven blijkt in de eerste plaats uit haar agenda's voor 2008, 2009, 2010/2011 en het jaarverslag over 2009. In de tweede plaats blijkt de vooringenomen houding uit het feit dat zij willekeurig selecteert en citeert uit het door haar vergaarde bewijsmateriaal om zo tot de vaststelling van een wetsovertreding te kunnen komen. Dit blijkt het duidelijkst uit de wijze waarop de Consumentenautoriteit het beleid van De Block bewust onjuist interpreteert en vooral onvolledig citeert.
- 3.3 De Block stelt in de derde plaats dat het onderzoek van de Consumentenautoriteit zich aanvankelijk richtte op het bijkopen van garanties en mogelijke schending van artikel 6:193g, onder j BW en daardoor de scope van het onderzoek beperkt was en de gestelde vragen vooraf waren ingekleurd. De Consumentenautoriteit heeft - toen bleek dat zij ten aanzien van bijkoopgaranties geen wetsovertreding kon vaststellen - het in dit onderzoek vergaarde bewijs vervolgens ten grondslag gelegd aan de vermeende overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW. De Block stelt dat indien de Consumentenautoriteit expliciet onderzoek zou hebben gedaan naar de naleving van wet- en regelgeving op het gebied van de algemene informatievoorziening over garantie en conformiteit, de hele opzet van de vraagstelling en de "mindset" van de onderzoekers anders zou zijn geweest. Dit

OPENBAAR

heeft direct gevolgen voor de beoordeling van het door de Consumentenautoriteit vergaarde bewijs voor overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW. Om overtreding van dit artikel te kunnen construeren heeft de Consumentenautoriteit het bewijs op een zeer selectieve wijze geselecteerd en op een onjuiste wijze geïnterpreteerd. Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het rapport en het sanctiebesluit zijn daarom ondeugdelijk.

- 3.4 In de vierde plaats stelt De Block dat de wens van de Consumentenautoriteit om haar hoe dan ook te sanctioneren, ook volgt uit het feit dat de Consumentenautoriteit niets heeft gedaan met hetgeen De Block naar voren heeft gebracht. Zo heeft de Consumentenautoriteit het verzoek van De Block om mee te willen werken aan een toezeggingstraject afgewezen terwijl de Consumentenautoriteit in het verleden in vergelijkbare gevallen – t.w. Paradigit B.V. en Computerland B.V. – wel voor deze route heeft gekozen. De wijze waarop de Consumentenautoriteit met haar handhavingsbevoegdheid is omgesprongen, is dus onbegrijpelijk en oneerlijk. Ook de (totstandkoming van de) gedragscode, die De Block in samenspraak met de brancheorganisatie UNETO-VNI heeft opgesteld, heeft de Consumentenautoriteit er niet van weerhouden om haar onderzoek voort te zetten en daaraan de door haar gewenste conclusies te verbinden, dit terwijl de wetsgeschiedenis bij de Wet OHP expliciet aangeeft dat er in principe pas publiekrechtelijk zal worden gehandhaafd als de markt zelf overtredingen niet op efficiënte en effectieve wijze weet op te lossen. Voorts heeft de Consumentenautoriteit niets gedaan met het door De Block overgelegde bewijs (bijvoorbeeld het rapport van Van Eunen en de reparatievoorbeelden). Tot slot heeft de Consumentenautoriteit het door haar vergaarde bewijs niet nader onderbouwd door onderzoek van een onafhankelijk onderzoeksbureau zoals zij dat wel heeft gedaan in bijvoorbeeld de zaak UPC. Een dergelijk onderzoek was op zijn plaats geweest om objectief vast te kunnen stellen of er al dan niet sprake was van een wetsovertreding door De Block.

2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 3.1-3.8)

- 3.5 De Block stelt dat de Consumentenautoriteit de dwingende wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit te simplistisch en onjuist toepast, terwijl de juiste uitleg van het wettelijke stelsel op dit punt van essentieel belang is voor de vraag of De Block artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW heeft overtreden. De Consumentenautoriteit gaat er ten onrechte vanuit dat een gebrekkig product per definitie non-conform is en zij stelt ten onrechte dat indien er sprake is van een non-conform product, de consument altijd recht heeft op kosteloos herstel of vervanging.

3) Het onderzoek en het onderzoeksrapport bieden geen c.q. nauwelijks objectieve aanknopingspunten voor de conclusie in het sanctiebesluit en er is geen sprake van inbreuk op collectieve belangen van consumenten (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 4.1-4.39, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 1.7, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 1.1-7.2)

OPENBAAR

- 3.6 De Block stelt in de eerste plaats dat de Consumentenautoriteit een ondeugdelijk, onprofessioneel en niet representatief onderzoek heeft uitgevoerd. De objectieve deskundigen die De Block en vier andere electro-speciaalzaken in de arm hebben genomen om de onderzoeksmethoden van de Consumentenautoriteit te beoordelen, hebben - onafhankelijk van elkaar - geconcludeerd dat het ontbreekt aan een deugdelijke verantwoording van de onderzoeksmethoden, dat de onderzoeksmethoden ondeugdelijk zijn, niet representatief, niet onafhankelijk, dat het onderzoek niet voldoet aan professionele normen voor verantwoord kwantitatief onderzoek en dat de resultaten van het onderzoek onbetrouwbaar zijn en geen representatief beeld kunnen opleveren. De Consumentenautoriteit is op deze kritiek van de deskundigen op de kwantitatieve en kwalitatieve onderbouwing niet of nauwelijks ingegaan, dit terwijl deze aspecten wel bepalend zijn voor het oordeel of de Consumentenautoriteit haar onderzoek zorgvuldig heeft uitgevoerd en daarmee of het materiaal kan bijdragen aan het bewijs van de overtreding.
- 3.7 De Block stelt in de tweede plaats dat de Consumentenautoriteit geen, althans geen overtuigend bewijs heeft geleverd om te kunnen concluderen dat sprake is van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen. Anders dan de Consumentenautoriteit meent, voert De Block niet het beleid dat een consument na het verstrijken van de fabrieksgarantie altijd voor reparaties moeten betalen. Uit het gesprek dat de Consumentenautoriteit op het hoofdkantoor van De Block met de heren [redacted] en [redacted] heeft gevoerd en uit de reparatievoorbeelden blijkt dat consumenten na het verstrijken van de fabrieksgarantie wél degelijk recht hebben op kosteloos herstel of vervanging van hun product, indien de non-conformiteit daarvan is vast komen te staan. De door De Block geciteerde ontlastende passages uit het gesprek en de reparatievoorbeelden geven het beleid weer zoals De Block dat in de praktijk uitvoert. Dat De Block een beleid hanteert waarbij consumenten zelf eerst de reparatiekosten van een defect product moeten betalen, is niet in strijd met de wet. Indien de afdeling Consumentenbelangen van De Block vervolgens aan de hand van het reparatierapport vaststelt dat er sprake is van een non-conform product, krijgt de betreffende consument het betaalde bedrag immers gewoon terug. Nu het beleid van De Block niet in strijd is met de wet, is geen sprake van een structurele inbreuk op wettelijke bepalingen.
- 3.8 Ook kan het overige door de Consumentenautoriteit vergaarde bewijs - - (i) mystery shopping gesprekken, (ii) promotiemateriaal van De Block, (iii) verklaringen van (assistent-)bedrijfsleiders en (iv) consumenteninterviews - niet tot de conclusie leiden dat sprake is van een verzameling incidentele inbreuken op wettelijke bepalingen die tezamen een collectieve inbreuk opleveren. De Consumentenautoriteit slaagt niet in de kwantitatieve onderbouwing dat De Block een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten zou hebben gepleegd. Het kan sporadisch voorkomen dat consumenten niet helemaal juist worden voorgelicht, maar dat rechtvaardigt nog niet de conclusie dat sprake is van een collectieve inbreuk.
- 3.9 Voor wat betreft de mystery shopping bezoeken aan vier filialen van De Block geldt dat, zoals deskundige Van Eunen heeft aangegeven, te weinig filialen zijn bezocht en te weinig verkoopmedewerkers zijn gesproken om een juist beeld te krijgen, de algemeen aanvaarde

OPENBAAR

(ethische) regels met betrekking tot mystery shopping onderzoek door de Consumentenautoriteit niet zijn gevolgd, interviewer-checklists en interviewers-instructies ontbreken en/of niet hebben bestaan, en de selectie van de bezochte filialen op onbekende gronden heeft plaatsgevonden zodat gereede twijfel kan bestaan met betrekking tot de representativiteit. Ook de deskundigen die ten aanzien van de vier andere ondernemingen de mystery shopping bezoeken hebben beoordeeld, zijn daarover uiterst negatief. Voorts zijn de verslagen van ambtshandelingen naar aanleiding van de bezoeken pas dagen, en in een geval zelfs een maand na de bezoeken opgetekend en is het gespreksverslag van het bezoek in Den Haag zo summier dat dit niet als een serieus en betrouwbaar verslag kan gelden. Tot slot is de inhoud van de verslagen niet meer te verifiëren omdat de bezoeken hebben plaatsgevonden ver voordat het onderzoeksrapport is opgemaakt en de verkoopmedewerkers met de verslagen konden worden geconfronteerd.

- 3.10 Uit het promotiemateriaal voor Extra Garantie en een kassabon leidt de Consumentenautoriteit ten onrechte af dat door de hierin opgenomen informatie bij de consument de indruk kan ontstaan dat zonder aankoopgarantie en na afloop van fabrieksgarantie in beginsel betaald moet worden voor reparatie van defecte producten. De desbetreffende informatie moet worden opgevat als toegestane reclame-uitingen die geen opzettelijke of bewuste misleiding in zich bergen. Bovendien geven de algemene voorwaarden van De Block, die op de website staan, expliciet aan dat consumenten recht hebben op kosteloos herstel c.q. vervanging ingeval van een non-conform product. De Consumentenautoriteit heeft dit ten onrechte niet meegenomen in haar juridische beoordeling in het sanctiebesluit.
- 3.11 De verklaringen die de Consumentenautoriteit van de (assistent-)bedrijfsleiders heeft afgenomen kunnen niet als bewijs dienen voor de vaststelling van de overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW, omdat de Consumentenautoriteit onjuist c.q. onvolledig uit de door haar opgetekende verklaringen citeert en het ten onrechte doet voorkomen alsof haar constatering stuk voor stuk uit alle drie de verklaringen zouden blijken. Bovendien citeert de Consumentenautoriteit alleen die passages die bruikbaar zijn met het oog op de conclusie waarnaar ze wil toe redeneren. Voorts zijn de verklaringen onder druk afgelegd met als gevolg dat de inhoud van de verklaringen daaronder heeft geleden. Dit kan en zal hebben geleid tot ongenueanceerde en te korte verklaringen of informatieverstrekking. Verder is één van de (assistent-)bedrijfsleiders niet in de gelegenheid gesteld om zijn verklaring vóór ondertekening nog eens na te lezen, zodat het de vraag is of de verklaring een juiste weergave bevat van hetgeen de bedrijfsleider daadwerkelijk heeft verteld. Aan de inhoud van het verslag moet dan ook worden voorbijgegaan. De Consumentenautoriteit is op de bezwaren van de assistent-bedrijfsleiders en de gevolgen die dat zou moeten hebben voor het gebruik van de verklaringen in de bewijsvoering niet adequaat ingegaan, zodat in strijd met het motiveringsbeginsel is gehandeld.
- 3.12 Voor wat betreft de consumenteninterviews geldt dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit twee van de vijf interviews buiten beschouwing heeft moeten laten als bewijs voor de geconstateerde overtreding, hetgeen afbreuk doet aan de bewijskracht van de interviews. Voorts heeft de Consumentenautoriteit de betreffende defecte producten niet

OPENBAAR

zelf bekeken of laten bekijken maar is zij zonder meer uitgegaan van de juistheid van de verklaringen van de consumenten en is de inhoud van de telefoonnotities voor De Block niet te verifiëren omdat ze geen woordelijke weergave zijn van de gevoerde gesprekken. Voorts blijkt uit geen van de gesprekken of sprake was van aangetoonde non-conformiteit, terwijl de vraag naar non-conformiteit juist van essentieel belang is voor de beoordeling of De Block consumenten daadwerkelijk misleidende informatie over hun wettelijke rechten heeft verstrekt. Op grond van deze interviews is daarom ook niet meer vast te stellen of de medewerkers van De Block in de context van die concrete gesprekken juiste of onjuiste informatie over consumentenrechten hebben verstrekt. Bovendien hebben de consumenteninterviews geruime tijd plaatsgevonden nadat het verkoopgesprek was gevoerd, zodat het gelet op het tijdsverloop twijfelachtig is of een consument zich (de details van) het gesprek juist kan herinneren. Verder ontbreekt een steekproefverantwoording in de telefonische interviews en is het aantal telefonische interviews niet toereikend om een betrouwbaar resultaat te verkrijgen. De interviews kunnen niet meewerken tot bewijs dat sprake is van misleidende handelspraktijken.

4) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur (aanvullend bezwaarschrift randnrs.5.1-5.30, 2.14, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 2.1-4.2, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs.8.1-8.3)

Gelijkheidsbeginsel

- 3.13 De Block stelt dat de Consumentenautoriteit ten onrechte alleen sanctionerend is opgetreden tegen ondernemingen met fysieke winkels, aangezien webwinkels en fabrikanten ook aankoopgaranties aanbieden en in elk geval in het kader van de verkoop van electro-producten consumenten ook informatie verstrekken op het gebied van garantie en conformiteit in zijn algemeenheid.
- 3.14 Voorts heeft de Consumentenautoriteit bij andere ondernemingen die ofwel van meer ofwel van dezelfde overtredingen werden verdacht (bijv. online ticketbureaus), eerst een waarschuwing en kans op verbetering gegeven alvorens handhavend op te treden dan wel met een toezeggingstraject genoegen genomen. Ook de ondernemingen die waren betrokken bij het onderzoek dat tot het Syntheserapport Benelux-onderzoek (maart 2011) heeft geleid, hebben wel de gelegenheid gehad om de door hen begane overtredingen terug te dringen. Ten aanzien van Paradigit Computers B.V. en Computerland B.V. heeft de Consumentenautoriteit voor het toezeggingstraject geopteerd omdat deze ondernemingen zich - na ontvangst van het onderzoeksrapport - bereid hadden verklaard om de geconstateerde wetsovertredingen toe te geven en hun gedrag wilden verbeteren. De opstelling van de electro-speciaalzaken - waaronder De Block - is echter niet anders geweest. Het enige verschil is dat de electro-speciaalzaken niet ieder individueel maar via UNETO-VNI de mogelijkheid van een toezegging met de Consumentenautoriteit hebben willen bespreken. UNETO-VNI heeft echter nadrukkelijk aangegeven de electro-speciaalzaken te vertegenwoordigen. De Consumentenautoriteit heeft hier volstrekt willekeurig gehandeld.

OPENBAAR

3.15 Verder stelt De Block dat de verandering van de scope van het onderzoek verregaande gevolgen heeft voor de toetsing van het sanctionerend optreden van de Consumentenautoriteit aan het gelijkheidsbeginsel. De Consumentenautoriteit heeft van het begin af aan De Block en vier andere ondernemingen onderzocht omdat zij aankoopgaranties in eigen beheer aan consumenten verkochten. Ondernemingen die hun aankoopgaranties hebben ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij (bijvoorbeeld marktleider in de elektronica-branch: MediaMarkt) heeft de Consumentenautoriteit, gelet op de aanvankelijke scope van het onderzoek, buiten het onderzoek gehouden. De Consumentenautoriteit had echter toen de focus van het onderzoek wijzigde van onderzoek naar aankoopgaranties naar informatieverstrekking aan consumenten in het algemeen en daarmee de initiële beweegredes wegviel om een onderneming als Media Markt niet aan een onderzoek te onderwerpen, moeten besluiten om het onderzoek op dat moment alsnog te verbreden. De selectie van de Consumentenautoriteit getuigt van willekeur. De bewuste uitsluiting van vergelijkbare ondernemingen op onjuiste gronden heeft tot een ongelijke behandeling geleid.

3.16 Voorts stelt De Block dat de Consumentenautoriteit ondernemingen die niet vergelijkbaar zijn in omvang en karakter ook niet gelijk behoort te behandelen door dezelfde boete op te leggen. Dat heeft de Consumentenautoriteit echter wel gedaan nu aan De Block dezelfde boete is opgelegd als aan een echte grote speler op de markt BCC. Daarmee is het gelijkheidsbeginsel geschonden.

3.17 De Block stelt dat de Consumentenautoriteit ondanks de zienswijze van De Block hierover in het sanctiebesluit niet heeft gemotiveerd waarom het gelijkheidsbeginsel niet zou zijn geschonden.

Vertrouwensbeginsel

3.18 De Block stelt dat de Consumentenautoriteit in strijd met het vertrouwensbeginsel heeft gehandeld omdat de Consumentenautoriteit anders dan het beleid dat zij met betrekking tot de handhaving van de Wet OHP voert – t.w. eerst voorlichting en zelfregulering, dan eventueel een waarschuwing en duurt de overtreding voort, sanctionering – en op grond van de wetsgeschiedenis bij de Wet OHP geldt, De Block direct een substantiële boete heeft opgelegd en tot openbaarmaking van het sanctiebesluit heeft besloten.

Subsidiariteitsbeginsel

3.19 De Block stelt dat de Consumentenautoriteit in strijd met het subsidiariteitsbeginsel heeft gehandeld omdat de Consumentenautoriteit niet met handhaving heeft willen wachten totdat de branche tot zelfregulering was gekomen en zij meteen en zonder waarschuwing startte met een onderzoek op de dag nadat de Wet OHP in werking was getreden.

Motiveringsbeginsel

3.20 De Block stelt dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit op het overgrote deel van de gemotiveerde en onderbouwde verweren en weerleggingen van De Block zoals uiteengezet in haar zienswijze, niet is ingegaan, laat staan die gemotiveerd heeft weerlegd. De Consumentenautoriteit is bijvoorbeeld volledig voorbijgegaan aan het verweer dat De Block alles in het werk heeft gesteld om de wet- en regelgeving correct toe te passen

OPENBAAR

binnen de onderneming. Ook het feit dat De Block in samenspraak met de brancheorganisatie UNETO-VNI tot zelfregulering door middel van een gedragscode is gekomen, heeft de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit geheel onbesproken gelaten. Handhaving zou niet aan de orde moeten zijn aangezien het doel van speciale preventie door alle verbeteringen die De Block heeft doorgevoerd, al is vervuld. Ook het doel van generale preventie kan niet meer met de boete worden gediend omdat de zelfregulering middels de gedragscode ook andere ondernemingen in de branche raakt. Verder gaat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit niet een keer in op het deskundigenoordeel van Van Eunen.

Evenredigheidsbeginsel

- 3.21 De Block stelt dat de Consumentenautoriteit voor wat betreft de evenredigheidstoets met betrekking tot de hoogte van de bestuurlijke boete slechts op zeer algemene wijze een aantal toetsingscriteria is langsgedaan waarbij zij ook slechts op algemene wijze naar het bedrag van € 90.000,- heeft toe geredeneerd. Bovendien is de boete niet evenredig aan de doelen van generale en speciale preventie die de Consumentenautoriteit met deze sanctie meent te dienen. Voorts stelt De Block dat de Consumentenautoriteit ten onrechte niet is ingegaan op het verweer van De Block over haar financiële situatie.

Zorgvuldigheidsbeginsel

- 3.22 De Block stelt dat de hele handelwijze van de Consumentenautoriteit gedurende het onderzoek onzorgvuldig is geweest. Zo startte de Consumentenautoriteit het onderzoek met een geheel andere onderzoeksopzet en onderzoeksdoelen, maakte zij bij het onderzoek gebruik van de dubieuze onderzoeksmethode mystery shopping, heeft zij het onderzoek niet zorgvuldig uitgevoerd met als gevolg dat onafhankelijke deskundigen de resultaten daarvan als niet betrouwbaar en niet representatief kwalificeren, maakte de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit een rapport op waarvan de Juridische Dienst in het sanctiebesluit concludeert dat dit rapport én het onderzoek geen basis kunnen vormen voor de vaststelling van overtreding van artikel 6:193g, onder j BW, hield zij in strijd met eerdere mededelingen en behandeling van andere ondernemingen vast aan de oplegging van een hoge boete, en werkte zij niet alleen slordig maar is zij ook uitermate creatief en selectief met het zogenoemde bewijsmateriaal omgegaan.

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 De Block ongegrond zijn. De Consumentenautoriteit heeft daartoe het volgende naar voren gebracht.

Ad bezwaarpunt 1) Handhaving is van meet af aan de insteek en inzet geweest van de Consumentenautoriteit en de focus van het onderzoek is verschoven (schriftelijke toelichting randnrs. 14-46, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 5-6, 14, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs.)

- 4.2 De Consumentenautoriteit stelt dat het onderzoek dat aan het sanctiebesluit ten grondslag heeft gelegen, op zichzelf staat en de bij dat besluit gehanteerde, objectieve bewijzen het

besluit voldoende kunnen dragen. Van enig vooroordeel of vooringenomenheid jegens De Block is dan ook geen sprake.

- 4.3 De Consumentenautoriteit stelt dat zij niet selectief uit het door haar vergaarde bewijsmateriaal heeft geciteerd om zodoende tot de overtreding te kunnen komen. De passages die De Block uit het verslag van het gesprek met het management heeft geciteerd waaruit blijkt dat zij wel degelijk goed op de hoogte is van de wettelijke rechten van de consument, nemen het door de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit weergegeven citaat over de handelwijze van De Block in de praktijk – zijnde de grondslag voor het sanctiebesluit – niet weg.
- 4.4 Volgens de Consumentenautoriteit mist de stelling dat de overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW is gebaseerd op onderzoeksmateriaal dat is verzameld met het oog op een andere vraagstelling, feitelijke grondslag. De aanleiding en de basis voor het onderzoek werden weliswaar bepaald door (de verkoop van) bijkooptgarantie, maar de tijdens dat onderzoek ontstane verdenking van overtreding van artikel 6:193g, onder j BW en artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW is zonder meer in lijn met het – ruim geformuleerde - onderzoeksdoel. Al in de onderzoeksfase is de verdenking ontstaan van overtreding door De Block van deze twee bepalingen en dan in het bijzonder de bepalingen die zien op wettelijke rechten en herstel en vervanging van non-conforme producten. Het rapport is dan ook gebaseerd op de verdenking van overtreding van deze twee bepalingen. De Block wist dus van meet af aan dat zij (ook) werd verdacht van overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW. Al in de onderzoeksopdracht was ook artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW opgenomen. Ook uit de verslagen van de mystery shopping gesprekken, de verslagen van de drie gesprekken met assistent bedrijfsleiders van De Block en het verslag van het gesprek dat met een directeur en een manager van De Block op 23 oktober 2009 is gevoerd, blijkt dat die gesprekken mede gingen over de wijze waarop De Block meer in het algemeen omgaat met garantie en conformiteit. Met het vaststellen van de onderhavige overtreding is dan ook geen sprake geweest van een onaanvaardbare wijziging in de scope van het onderzoek. Het komen vervallen van een van de twee grondslagen voor mogelijke overtredingen maakt het sanctiebesluit nog niet ondeugdelijk, maar schetst veeleer de zorgvuldige werkwijze binnen de Consumentenautoriteit.
- 4.5 De Consumentenautoriteit stelt dat uit de omstandigheid dat zij niet zou hebben willen meewerken aan een toezegging van De Block niet volgt dat zij De Block hoe dan ook een boete wilde opleggen. De bij het sanctiebesluit gedane vaststelling dat De Block artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW heeft overtreden, is gebaseerd op objectieve feiten en omstandigheden.
- 4.6 De Consumentenautoriteit stelt dat er geen wettelijke grondslag bestaat voor het uitgangspunt dat de Consumentenautoriteit zou moeten afzien van handhavend optreden als een branche tot zelfregulering probeert te komen. Het opleggen van een boete heeft altijd betrekking op gedragingen in het verleden, terwijl de totstandkoming van een code betrekking heeft op toekomstige gedragingen. Voorts sluit eventuele betrokkenheid van de Consumentenautoriteit bij de totstandkoming van zelfregulering haar bevoegdheid tot handhavend optreden niet uit. Ook had de Consumentenautoriteit bij de totstandkoming

OPENBAAR

van de gedragscode van UNETO-VNI niet een dermate actieve rol dat zij om die reden geen boete aan De Block had kunnen opleggen.

- 4.7 De Consumentenautoriteit stelt dat De Block met het door haar overgelegde rapport van E.A. van Eunen miskent dat dit uitgaat van eisen die worden gesteld aan marktonderzoek. De door de Consumentenautoriteit uitgevoerde onderzoeken waren echter geen marktonderzoeken. Zij hadden niet tot doel aan te geven in hoeveel procent van de verkoopsgesprekken welke informatie aan consumenten werd gegeven. Evenmin was de doelstelling in beeld te brengen in hoeveel filialen consumenten op welke wijze werden geïnformeerd. De onderzoeken hadden tot doel feitenmateriaal te verzamelen waarmee kon worden vastgesteld of De Block de Whc overtrad. Voor het vaststellen van een overtreding is niet relevant in welk percentage van de gevallen foutieve informatie is verstrekt. Het is immers niet zo dat pas sprake is van een overtreding als in een X-percentage van de gevallen foutieve informatie wordt gegeven. Wat betreft de door De Block overgelegde reparatievoorbeelden geldt dat de Consumentenautoriteit die op zichzelf niet betwist. Bij het sanctiebesluit gaat het evenwel over de initiële onjuiste informatieverstrekking door De Block waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. Pas als de consument ondanks die informatie een beroep doet op zijn wettelijke rechten, kan een discussie over non-conformiteit op gang komen.
- 4.8 De Consumentenautoriteit stelt dat niet valt in te zien dat zij in aanvulling op de in het sanctiebesluit genoemde bewijzen ook nog gehouden zou zijn geweest een extern onderzoekbureau in te schakelen. De omstandigheid dat dat in de zaak UPC wel is gedaan, zoals De Block stelt, heeft te maken met de specifieke feiten en omstandigheden van die zaak; het ging daar bijvoorbeeld over colportage, telefonische verkoop en ongevroegde toezending en het instrument mystery shopping was niet inzetbaar.

Ad bezwaarpunt 2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit (schriftelijke toelichting randnrs. 47-50, 59, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 9-13, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011)

- 4.9 De Consumentenautoriteit onderkent dat de wettelijke regeling van garantie en conformiteit in het kader van redelijkheid en billijkheid vaak ruimte voor discussie en onderhandeling tussen verkoper en consument zal laten. Dat neemt echter niet weg dat het uitgangspunt dat De Block hanteert – nl. altijd (mee)betalen voor reparaties na de fabrieksgarantie – lijnrecht staat tegenover dat van de wetgever (artikel 7:17 en 7:21 BW) – nl. bij non-conformiteit kosteloos herstel of vervanging. Juist hier zit de crux. De consument wordt (1) bij de verkoop van een product – al dan niet in het kader van het aanprijzen van bijkoopgarantie – verteld dat deze na de fabrieksgarantie moet betalen voor de reparatie van een defect product en (2) in geval de consument na de fabrieksgarantie een defect product ter reparatie aanbiedt, meegedeeld dat deze moet betalen voor de reparatie. De Block heeft in dit geval ook eerst altijd een rekening of prijsopgave met de volledige kosten gestuurd. Daardoor wordt de consument onjuist voorgelicht over zijn wettelijke rechten met betrekking tot garantie en conformiteit. Deze onjuiste

OPENBAAR

informatieverschaffing heeft vervolgens tot gevolg dat de consument een besluit neemt of kan nemen over een overeenkomst dat hij anders niet had genomen (reparatiekosten 'dan maar' voldoen), zodat sprake is van de in artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW geformuleerde misleidende handelspraktijk. Die gedraging laat onverlet dat De Block wanneer de consument op zijn strepen gaat staan, toch de discussie aangaat over de vraag of al dan niet sprake is van non-conformiteit en over wat in het gegeven geval redelijk is qua verdeling van de reparatiekosten.

Ad bezwaarpunt 3) Het onderzoek en het onderzoeksrapport bieden geen c.q. nauwelijks objectieve aanknopingspunten voor de conclusie in het sanctiebesluit en er is geen sprake van Inbreuk op collectieve belangen van consumenten (schriftelijke toelichting randnrs. 51-82, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 7-8, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011)

- 4.10 De Consumentenautoriteit stelt dat De Block met de door haar overgelegde verklaring van E.A. van Eunen miskent dat onderzoek, toezicht en handhaving door de Consumentenautoriteit niet valt gelijk te stellen met marktonderzoek. Het gaat in het onderzoek van de Consumentenautoriteit niet om percentages en statistieken maar om de vraag of sprake is van een overtreding in de zin van de Whc. Gelet op het bewijsmateriaal is in casu vastgesteld dat de verboden gedragingen hun grondslag vinden in het beleid van De Block, zodat de verwijzing naar de notitie van Van Eunen reeds daarom geen doel treft. Voorts gaat de Consumentenautoriteit voorbij aan de vier marktonderzoeken die andere ondernemingen in hun zaken hebben overgelegd en waarnaar De Block heeft verwezen omdat die andere marktonderzoeken geen betrekking hebben op de onderhavige zaak.
- 4.11 De Consumentenautoriteit stelt dat elk van de bewijzen – t.w. de verklaringen van een directeur van De Block tijdens een bedrijfsbezoek aan het hoofdkantoor en de verklaringen van drie assistent-bedrijfsleiders – afzonderlijk maar ook de bewijzen in onderlinge samenhang zonder meer wijzen op een consistent beleid binnen de onderneming. Daarnaast bewijzen de verklaringen van verkoopmedewerkers tijdens de vier mystery shoppingbezoeken, promotiemateriaal voor de bijkoopgarantie, en de verklaringen van drie consumenten die zich bij ConsuWijzer hadden gemeld over handelspraktijken van De Block elk afzonderlijk, maar ook in onderlinge samenhang in overtuigende mate dat het beleid ook daadwerkelijk in de praktijk ten uitvoer wordt gebracht. Er is dus geen sprake van een enkel ongelukkig incident, maar consumenten lopen daadwerkelijk het risico dat zij in hun belangen (kunnen) worden geschaad door onjuiste informatieverstrekking door De Block. Daarom is sprake van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. De kennis die De Block over de rechten van de consument heeft, sluit niet uit dat de overtreding daadwerkelijk is begaan. Voorts geven de bij het sanctiebesluit gehanteerde bewijzen er, anders dan De Block meent, geen blijk van dat De Block in wezen slechts heeft gevraagd de reparatiekosten voor te schieten en dat de consument in het geval van non-conformiteit die kosten daarna heeft kunnen terugvragen. De Block heeft in het bijzonder niet aannemelijk gemaakt dat de toezending van de rekening of de prijsopgave aan de consument slechts als voorschot was bedoeld, met uitnodiging aan de consument om over de verschuldigdheid ervan met De Block in gesprek te gaan. Overigens gaat de wet er hoe dan ook niet vanuit dat de consument kosten

OPENBAAR

vooruitbetaalt indien hij met recht aanspraak maakt op kosteloze vervanging en herstel ingeval van non-conformiteit.

- 4.12 De Consumentenautoriteit stelt dat het management van De Block heeft verklaard dat de consument die een defect product ter reparatie aanbiedt, de rekening dan wel een prijsopgave krijgt gepresenteerd. Voorts is verklaard dat de consument vervolgens de mogelijkheid heeft om de rekening met een kopie van de kassabon op te sturen en uiteindelijk de afdeling consumentenbelangen de berekening en de terugbetaling aan de klant behandelt. Uit deze verklaring blijkt – in het licht van het overige bewijsmateriaal – dat in de praktijk aan de consument zowel bij de aankoop als bij reclamatie na de fabrieksgarantie betaald moet worden voor de reparatie van een defect product. Daarnaast heeft het management met zoveel woorden gezegd de afschrijvingstabel van UNETO-VNI te hanteren. Er is verklaard dat De Block deze tabel toepast na de fabrieks- of importeursgarantie en afhankelijk van het mankement. Deze tabel gaat ook uit van 'betalen na de fabrieksgarantie'. Uit hetgeen over het gebruik van de tabel van UNETO-VNI is verklaard, volgt dat het uitgangspunt is dat ook ingeval van non-conformiteit moet worden betaald.
- 4.13 Voor wat betreft de mystery shopping bezoeken stelt de Consumentenautoriteit dat deze bezoeken niet dienden om de markt te beschrijven en evenmin om aan te geven in welk percentage van de gevoerde gesprekken welke informatie aan consumenten werd gegeven. Zij dienden ook niet om in beeld te brengen in hoeveel filialen consumenten op welke wijze worden geïnformeerd. Dat zou ook zinledig zijn nu het niet zo is dat er eerst sprake is van een overtreding als in een bepaald percentage van de gevallen foutieve informatie wordt gegeven. De wet voorziet niet in scoringspercentages. Vaststaat dat de vier mystery shoppinggesprekken zijn gehouden op vier verschillende data, in vier verschillende filialen, met verschillende medewerkers. Bij elk van die gelegenheden deden de medewerkers precies dezelfde onjuiste en misleidende mededeling aan de mystery shopping consument. Die onjuiste mededeling strookt bovendien met het in het onderzoek vastgestelde beleid van de onderneming. Niet valt in te zien waarom de mystery shopping gesprekken niet als bewijs zouden kunnen worden aangemerkt. Voorts geldt dat de verklaringen van de deskundigen in dat verband rechtens niet relevant zijn. De deskundigen oordelen binnen een ander kader en aan de hand van criteria die voor de Consumentenautoriteit bij toepassing van de wet geen gelding hebben. Verder is van belang dat de mystery shoppingbezoeken deel uitmaakten van een breder onderzoek. Het uitgangspunt van De Block dat er voor de consument altijd kosten zijn, blijkt niet alleen uit de vier mystery shoppingbezoeken maar ook uit andere informatie aan consumenten die in het sanctiebesluit is opgenomen. De door De Block aangevoerde omstandigheden dat de verslagen van de bezoeken te laat zijn opgemaakt en te summier zijn, vormen geen reden om de waarheidsgetrouwheid van die verslagen in twijfel te trekken.
- 4.14 Ten aanzien van het promotiemateriaal stelt de Consumentenautoriteit dat de boodschap dat geen kosten in rekening worden gebracht voor reparatie gedurende de termijn van bijkoopgarantie, impliceert dat zonder bijkoopgarantie in beginsel wel kosten in rekening worden gebracht. Dat bij de door De Block gehanteerde uitingen sprake is van overdrijving nu het om reclameuitingen gaat, neemt niet weg dat de desbetreffende uitingen mede de

OPENBAAR

indruk kunnen wekken dat zonder bijkoopgarantie na de fabrieksgarantietermijn altijd moet worden betaald voor reparatie van een defect product. Het promotiemateriaal is daarom bezien in het licht van het overige bewijsmateriaal wel degelijk relevant.

- 4.15 Ten aanzien van de verklaringen van de twee (assistent-)bedrijfsleiders stelt de Consumentenautoriteit dat zij het standpunt van De Block dat in het rapport onjuist uit de verklaringen zou zijn geciteerd, in het sanctiebesluit heeft betrokken en zich bij dat besluit verder van correcte citaten heeft bediend. Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat het evident is dat zij kan uitgaan van hetgeen door haar toezichthoudend ambtenaren gehoorde personen verklaren. De Block heeft niet betoogd, laat staan aannemelijk gemaakt dat de toezichthoudend ambtenaren van de Consumentenautoriteit een ongeoorloofde werkwijze hebben gehanteerd. De (assistent-)bedrijfsleiders is gewezen op hun zwijgrecht en zij hebben hun verklaring ook ondertekend en zijn daarop later niet meer teruggekomen. De Block heeft niet aannemelijk gemaakt dat de verklaringen ten gevolge van de ervaren druk feitelijk onjuist zijn.
- 4.16 Wat betreft de verklaringen van consumenten stelt de Consumentenautoriteit dat het feit dat twee van de vijf in het rapport gebruikte verklaringen in het sanctiebesluit niet zijn gebruikt, niet betekent dat daarom ook de drie andere verklaringen onbruikbaar zouden zijn. Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat het voor de vaststelling van de overtreding niet nodig is dat in deze gesprekken duidelijk is geworden of daadwerkelijk sprake was van non-conformiteit. De misleidende handelspraktijk bestaat er immers juist uit dat wanneer de consument reclameert en de fabrieksgarantie is verstreken, De Block meedeelt dat de consument moet betalen voor herstel of vervanging omdat de fabrieksgarantie is verstreken. Verder heeft De Block ten onrechte gesteld dat de Consumentenautoriteit zou "draaien" ten aanzien van de bij ConsuWijzer ingekomen meldingen die in het sanctiebesluit niet als bewijs van overtreding zijn gehanteerd. Ten aanzien van die meldingen heeft de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit uitsluitend overwogen dat ze illustreren dat het onderwerp garantie en conformiteit leeft onder consumenten en dat ze mede aanleiding voor het onderzoek zijn geweest. Wat betreft het door De Block gesignaleerde tijdsverloop tussen het verkoopgesprek en het telefoongesprek met de toezichthoudend ambtenaren stelt de Consumentenautoriteit dat de overtreding niet is gebaseerd op hetgeen de consumenten over het verkoopgesprek hebben verklaard.
- 4.17 De Consumentenautoriteit stelt dat er geen twijfel over kan bestaan dat de vastgestelde inbreuk schade toebrengt of kan brengen aan de *collectieve* belangen van consumenten. Daartoe geldt in de eerste plaats dat een onderzoek op grond waarvan een overtreding wordt vastgesteld, iets anders is dan marktonderzoek. In de tweede plaats is in het sanctiebesluit uiteengezet dat op *directieniveau* een beleid wordt gevoerd dat ertoe strekt dat aan de consument die na de fabrieksgarantie reclameert, wordt meegedeeld dat moet worden betaald voor herstel of vervanging. De Consumentenautoriteit heeft daarnaast geconstateerd dat in verschillende filialen op verschillende data door verschillende medewerkers onafhankelijk van elkaar daadwerkelijk mededelingen met die strekking zijn gedaan. Dit wordt bevestigd door meldingen en verklaringen van consumenten. Er is dan ook geen sprake van enkele incidenten. Waar sprake is van een uitgangspunt in de bedrijfsvoering, zijn in beginsel alle klanten en potentiële klanten consumenten die in hun

belangen kunnen worden geschaad door onjuiste informatieverstrekking door De Block. Er is dan ook sprake van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten.

Ad bezwaarpunt 4) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur (schriftelijke toelichting randnrs. 83-112)

Gelijkheidsbeginsel

- 4.18 Ten aanzien van het argument van De Block dat de Consumentenautoriteit het onderzoek heeft beperkt tot fysieke winkels en ten onrechte internetwinkels in het onderzoek buiten beschouwing heeft gelaten, stelt de Consumentenautoriteit dat zij gelet op haar discretionaire bevoegdheid om onderzoeken in te stellen naar overtredingen van de Whc niet is gehouden om als zij een onderzoek instelt, meteen dan ook de gehele bedrijfstak te betrekken. Dat zou gelet op de beperkte capaciteit van de organisatie van de Consumentenautoriteit ook niet doenlijk zijn. Bovendien is de toespitsing op fysieke winkels een voldoende objectief en daarmee niet met het gelijkheidsbeginsel strijdig criterium. Voorts heeft de Consumentenautoriteit in het verleden onderzoeken ingesteld en sancties opgelegd aan velerlei bedrijven die geen fysieke winkels hadden, zodat het betoog dat de Consumentenautoriteit alleen onderzoeken instelt bij ondernemingen met fysieke winkels feitelijke grondslag mist. Verder exploiteert De Block zelf ook een webwinkel, zodat het betoog dat ook online shopping had moeten worden onderzocht in dat opzicht onbegrijpelijk is.
- 4.19 Ten aanzien van het argument van De Block dat de Consumentenautoriteit het onderzoek had moeten verbreden tot meerdere ondernemingen, toen bleek dat een aantal van de aanvankelijk in onderzoek genomen ondernemingen buiten het onderzoek vielen vanwege de omstandigheid dat hun bijkoopgarantie bij een verzekeraar was ondergebracht, stelt de Consumentenautoriteit dat zij hoe dan ook niet is gehouden om als zij een onderzoek instelt, meteen dan ook de gehele bedrijfstak daarbij te betrekken. Een andersluidend oordeel zou het toezicht en de handhaving door de Consumentenautoriteit eenvoudigweg onmogelijk maken, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Bovendien bestond in het onderhavige geval een objectief te rechtvaardigen aanleiding om aanvankelijk in onderzoek genomen andere ondernemingen niet langer te onderzoeken, zodat het niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel is dat het onderzoek bij De Block werd gecontinueerd.
- 4.20 Wat betreft de verwijzing van De Block naar het Syntheserapport Benelux-onderzoek merkt de Consumentenautoriteit op dat het onderzoek dat tot dat rapport leidde, niet was gericht op handhaving, doch slechts een inventariserend karakter had. Dat onderzoek richtte zich specifiek op ondernemingen die zich in België, Luxemburg of Nederland manifesteren en beperkte zich tot uitdagingen van de ondernemingen op papier. Het ging daarbij om verkoopvoorwaarden die afbreuk doen aan de wettelijke rechten van de consument inzake garantie en dus niet om de informatieverstrekking in de dagelijkse praktijk zoals in casu aan de orde is. Gelet op deze verschillen is geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel.

- 4.21 Voor wat betreft de door De Block gemaakte vergelijking met de ticketshops geldt dat het hier geen vergelijkbare gevallen betreft, omdat het om andere ondernemingen in een andere bedrijfstak en om andere overtredingen gaat. Voorts geldt dat er voor de Consumentenautoriteit, anders dan De Block meent, geen preventieve taak in de wet is opgenomen waarop De Block zich in rechte zou kunnen beroepen.
- 4.22 De Consumentenautoriteit stelt dat voor het volgen van een toezeggingstraject in de zaak De Block geen aanleiding bestond en bestaat. De vergelijking met de door De Block genoemde zaken van Computerland en Paradigit gaat niet op, nu de onderzoeken in die zaken veel breder waren opgezet, de overtreding "misleiding algemeen" slechts één van de aandachtspunten was, en de accenten bij die onderzoeken op de inhoudelijke – en civielrechtelijk te handhaven – afhandeling van kwesties omtrent conformiteit lagen. Bovendien ontkent De Block dat zij een overtreding heeft begaan, terwijl de bedrijven die het toezeggingstraject hebben doorlopen, hebben toegegeven dat zij de Whc hebben overtreden en deze overtredingen hebben beëindigd. Van gelijke gevallen is daarom geen sprake.

Vertrouwensbeginsel

- 4.23 De Consumentenautoriteit stelt dat van strijd met het vertrouwensbeginsel geen sprake is nu het niet haar beleid is en ook nooit is geweest om altijd eerst te waarschuwen en branches de gelegenheid te geven tot zelfregulering alvorens als ultimum remedium een boete op te leggen. Een dergelijk beleid kan ook niet uit het door De Block aangehaalde persbericht en de beschikkingenpraktijk van de Consumentenautoriteit worden afgeleid. De Consumentenautoriteit stelt dat het persbericht waarin is aangegeven hoe zij met overtredingen van de Wet OHP zal omgaan, geen beleidsregel is. Voorts heeft de Consumentenautoriteit wel degelijk voorlichting over het onderwerp garantie en conformiteit aan de consumentenelektronica-branchen (UNETO-VNI) gegeven. De regeling omtrent garantie en conformiteit dateert van 25 mei 1999, zodat de branche jaren de tijd heeft gehad om afspraken te maken om tot zelfregulering te komen.

Subsidiariteitsbeginsel

- 4.24 De Consumentenautoriteit bestrijdt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat altijd gewacht zou moeten worden met handhavend optreden totdat de branche de gelegenheid heeft gehad om de overtreding te staken.

Motiveringsbeginsel

- 4.25 De Consumentenautoriteit stelt dat het sanctiebesluit deugdelijk is gemotiveerd en dat zij bij de juridische beoordeling in het kader van de vaststelling van het sanctiebesluit de zienswijze van De Block in aanmerking heeft genomen. Het vereiste van een deugdelijke motivering brengt niet met zich dat ieder door de overtreder aangevoerd argument moet worden weergegeven in het sanctiebesluit, moet worden weerlegd of tot een (nadere) motivering moet leiden. Het sanctiebesluit geeft voldoende inzicht in hoe het in het dossier opgenomen bewijs mede gelet op de zienswijze van De Block is gewogen, tot welke conclusies dat heeft geleid en welke overtreding op basis daarvan is vastgesteld. Ook de hoogte van de boete is uitgebreid gemotiveerd.

- 4.26 De omstandigheid dat UNETO-VNI doende is met de totstandkoming van een gedragscode, kan volgens de Consumentenautoriteit niet tot het oordeel leiden dat het sanctiebesluit niet door de beugel zou kunnen. Voorts treft de stelling van De Block dat de bij het sanctiebesluit beoogde speciale preventie niet nodig was, geen doel omdat de omstandigheid dat de overtreding is vastgesteld een oogmerk van speciale preventie in de vorm van de opgelegde boete rechtvaardigt.

Evenredigheidsbeginsel

- 4.27 De Consumentenautoriteit stelt dat het sanctiebesluit wat betreft de hoogte van de boete alle factoren bevat die zij heeft meegewogen. Het resultaat van die weging is ook gelet op het wettelijke boetmaximum van de betrokken overtreding en in andere zaken opgelegde boetes, niet onevenredig hoog.
- 4.28 De Block heeft haar standpunt dat het voldoen van de boete haar financiële positie zodanig ondermijnt dat voor haar voortbestaan moet worden gevreesd, onderbouwd met financiële stukken (omzetgegevens en resultaatcijfers) en een toelichting op haar financiële situatie. Voor de beoordeling van de financiële situatie is de Consumentenautoriteit uitgegaan van de gegevens die naar zeggen van De Block afkomstig waren uit de jaarrekening. Op basis van die gegevens is de Consumentenautoriteit van oordeel dat het niet waarschijnlijk is dat De Block ten gevolge van het opleggen van de boete failliet raakt. Aan dit oordeel ligt ook ten grondslag dat de financiële gegevens die De Block heeft overgelegd alleen zien op de omzet en het bedrijfsresultaat van De Block. Daarmee kan de Consumentenautoriteit zich echter een onvoldoende compleet beeld vormen van de financiële situatie van De Block. Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit bevat het sanctiebesluit daarom een afdoende motivering.

Zorgvuldigheidsbeginsel

- 4.29 De Consumentenautoriteit stelt dat voor wat betreft de door De Block naar voren gebrachte punten geen sprake is van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. De beslissing om af te zien van de vaststelling van overtreding van artikel 6:193g, onder j BW is na zorgvuldige afwegingen genomen en daarmee heeft de Consumentenautoriteit blijk gegeven van de zorgvuldigheid die zij in het besluitvormingsproces betracht. Daarnaast heeft de Juridische Dienst bij de totstandkoming van het sanctiebesluit ook het bewijsmateriaal zorgvuldig tegen het licht gehouden. Een selectie van het bewijsmateriaal werd in dit verband niet bruikbaar geacht en is daarom niet aan het besluit ten grondslag gelegd.

5 TOEPASSELIJKE REGELGEVING

- 5.1 Op 1 juli 2009 zijn de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 264) en de Aanpassingswet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 265) in werking getreden. Door de betrokken wetgeving is de Whc met ingang van die dag gewijzigd. Op grond van artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht blijft, indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, het recht van toepassing zoals dat gold voor dat tijdstip. De Commissie wijst op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 1 juni 2011 (LJN: BQ6826) waarin de heeft geoordeeld dat gelet op

OPENBAAR

de tekst van de wet gelezen in verbinding met de memorie van toelichting voor de beantwoording van de vraag welk recht van toepassing is bij voortdurende overtredingen – d.w.z. de overtreding is voor inwerkingtreding van de Vierde tranche op 1 juli 2009 gestart en duurt ononderbroken voort na 30 juni 2009 – bepalend is het moment waarop het bestuursorgaan het schriftelijke voornemen om handhavend op te treden aan de vermoedelijke overtreder toezendt, om deze de gelegenheid te bieden daarop zijn zienswijzen kenbaar te maken. De Afdeling overweegt:

“Deze uitleg van artikel IV van de Vierde tranche Awb strookt met het uitgangspunt dat het overgangsrecht gezien de aard daarvan, niet ruimer dient te worden uitgelegd dan gelet op de tekst van de wet nodig is en met de bedoeling van de wetgever om het recht zoals dit gold tot 1 juli 2009 nog enkel van toepassing te achten op lopende handhavingsprocedures. Om het recht zoals dit gold tot 1 juli 2009 enkel nog van toepassing te laten blijven, dient de overtreding niet alleen te zijn aangevangen voor 1 juli 2009, doch dient ook een duidelijke aanwijzing aanwezig te zijn dat voor 1 juli 2009 sprake was van een lopend handhavingsproces. Die aanwijzing wordt in dit geval gevonden in het schriftelijke voornemen tot handhavend optreden waarbij [appellant] in de gelegenheid is gesteld zijn zienswijze als bedoeld in artikel 4:8, eerste lid, van de Awb naar voren te brengen. Een dergelijke aanwijzing zou er niet zijn, indien het college had volstaan met de constatering van de overtreding, eventueel gevolgd door een waarschuwing dat handhavend optreden wordt overwogen indien de overtreding niet wordt beëindigd.”

5.2 De Commissie sluit aan bij deze uitspraak en dat is aanleiding om in dit advies, daar waar dat relevant is, uit te gaan van de Awb zoals deze geldt ná 1 juli 2009. De reden daarvoor is dat er geen duidelijke aanwijzing is dat vóór 1 juli 2009 sprake was van een lopend handhavingsproces. Zo is pas op 12 juli 2010 een rapport van overtreding opgemaakt en naar De Bock gezonden en heeft De Bock op 23 september 2010 haar zienswijze over het rapport gegeven. De Commissie merkt overigens nog op dat ondanks deze uitspraak van de Afdeling de vraag of de handelingen een overtreding opleveren en de wettelijke maxima van de hoogte van de boete nog altijd worden bepaald door de wet zoals die gold ten tijde van de overtreding. De inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb heeft op dit punt geen verandering teweeg gebracht.

5.3 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.

5.4 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.”

5.5 Artikel 6:193c BW luidt – voor zover hier relevant - als volgt:

"1. Een handelspraktijk is misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van:

(...)

g. de rechten van de consument waaronder het recht van herstel of vervanging van de afgeleverde zaak of het recht om de prijs te verminderen, of de risico's die de consument eventueel loopt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

(...)"

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

"1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.

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

(...)"

5.7 Artikel 7:18, tweede lid BW luidt als volgt:

"2. Bij een consumentenkoop wordt vermoed dat de zaak bij aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord, indien de afwijking van het overeengekomene zich binnen een termijn van zes maanden na aflevering openbaart, tenzij de aard van de zaak of de aard van de afwijking zich daartegen verzet."

5.8 Artikel 7:21 BW luidt als volgt:

"1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan kan de koper eisen:

a. aflevering van het ontbrekende;

b. herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen;

c. vervanging van de afgeleverde zaak, tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen, dan wel de zaak na het tijdstip dat de koper redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden, teniet of achteruit is gegaan doordat hij niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan heeft gezorgd.

2. De kosten van nakoming van de in lid 1 bedoelde verplichtingen kunnen niet aan de koper in rekening worden gebracht.

3. De verkoper is verplicht om, mede gelet op de aard van de zaak en op het bijzondere gebruik van de zaak dat bij de overeenkomst is voorzien, binnen een

OPENBAAR

redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper, zijn in lid 1 bedoelde verplichtingen na te komen.

4. Bij een consumentenkoop komt de koper in afwijking van lid 1 slechts dan geen herstel of vervanging van de afgeleverde zaak toe indien herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevergd kan worden.

5. Herstel of vervanging kan bij een consumentenkoop van de verkoper niet gevergd worden indien de kosten daarvan in geen verhouding staan tot de kosten van uitoefening van een ander recht of een andere vordering die de koper toekomt, gelet op de waarde van de zaak indien zij aan de overeenkomst zou beantwoorden, de mate van afwijking van het overeengekomene en de vraag of de uitoefening van een ander recht of een andere vordering geen ernstige overlast voor de koper veroorzaakt.

6. Indien bij een consumentenkoop de verkoper niet binnen een redelijke tijd nadat hij daartoe door de koper schriftelijk is aangemaand, aan zijn verplichting tot herstel van de afgeleverde zaak heeft voldaan, is de koper bevoegd het herstel door een derde te doen plaatsvinden en de kosten daarvan op de verkoper te verhalen."

5.9 Artikel 7:22 BW luidt als volgt:

"1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan heeft bij een consumentenkoop de koper voorts de bevoegdheid om:

a. de overeenkomst te ontbinden, tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt;

b. de prijs te verminderen in evenredigheid met de mate van afwijking van het overeengekomene.

2. De in lid 1 bedoelde bevoegdheden ontstaan pas wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevergd kunnen worden, danwel de verkoper tekort is geschoten in een verplichting als bedoeld in artikel 21 lid 3.

3. Voorzover daarvan in deze afdeling niet is afgeweken zijn op de in lid 1 onder b bedoelde bevoegdheid de bepalingen van afdeling 5 van titel 5 van Boek 6 omtrent ontbinding van een overeenkomst van overeenkomstige toepassing.

4. De rechten en bevoegdheden genoemd in lid 1 en de artikelen 20 en 21 komen de koper toe onverminderd alle andere rechten en vorderingen."

5.10 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.

5.11 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,-.

5.12 Artikel 5:41 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.

- 5.13 Artikel 5:46, tweede lid Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de bestuurlijke boete afstemt op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening 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 De Block aanvoert.

Ten aanzien van de inhoud van het bezwaar

Ad bezwaarpunt 1) Handhaving is van meet af aan de insteek en inzet geweest van de Consumentenautoriteit en de focus van het onderzoek is verschoven

- 6.2 De Block betoogt dat de Consumentenautoriteit al had besloten om jegens haar handhavend te zullen optreden nog voordat enig onderzoek naar haar een aanvang had genomen en dat de Consumentenautoriteit daarom haar onderzoek op een vooringenomen wijze heeft verricht. De Commissie volgt De Block niet in dit betoog.
- 6.3 Naar het oordeel van de Commissie staat het de Consumentenautoriteit en haar toezichthouders/onderzoeksambtenaren totdat het boeterapport is uitgebracht in beginsel vrij om gaandeweg het onderzoek de pijlen te richten op meer of minder dan wel andere overtredingen tot de handhaving waarvan ze bevoegd is.
- 6.4 De Commissie stelt overigens vast dat door De Block niet alleen een onjuiste interpretatie is gegeven van de jaaragenda's van de Consumentenautoriteit en het jaarverslag over 2009 van de Consumentenautoriteit waarnaar zij verwijst, maar ook dat geen sprake is van een wijziging in de scope van dat onderzoek. Immers uit de jaaragenda's en het jaarverslag blijkt naar het oordeel van de Commissie 'enkel' dat de Consumentenautoriteit handhavend zal optreden tegen aanbieders in de electronicabranche voor zover zij de regels op het gebied van garantie en conformiteit hebben overtreden en handhaving binnen het relevante juridische kader mogelijk is. De Commissie ziet niet in dat en waarom de Consumentenautoriteit met de aankondiging in haar jaaragenda's en jaarverslag het onderzoek naar de elektronica-speciaalzaken op vooringenomen wijze zou hebben verricht. Deze stukken laten immers de mogelijkheid open dat, wanneer de Consumentenautoriteit tijdens haar onderzoek tot de slotsom zou komen dat De Block géén overtreding van de Wet OHP heeft begaan, de Consumentenautoriteit van het opleggen van een boete zou afzien. Het is naar de Commissie niet aannemelijk geworden dat de Consumentenautoriteit De Block coûte que coûte heeft willen beboeten en het onderzoek daarom van meet af aan met die insteek heeft uitgevoerd en het sanctiebesluit met die insteek heeft genomen.

OPENBAAR

- 6.5 De Commissie is voorts van oordeel dat de Consumentenautoriteit de scope van het onderzoek niet heeft veranderd. Het doel van het onderzoek zoals dat in de bedrijfsbezoekopdracht (kenmerk CA/NCB/333/1) is geformuleerd, betreft "het verkrijgen van informatie omtrent de werkwijze van de ondernemingen m.b.t. het omgaan met de producten die zij bieden op het vlak van aankopen van garantie." Dit doel is dermate ruim omschreven dat daaronder – mede- het bepaalde in artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW valt. In de bedrijfsbezoekopdracht is overigens ook expliciet aangegeven dat artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW één van de artikelen is "die van toepassing zijn en waar mogelijk op getoetst gaat/kan worden" Alleen al uit de bedrijfsbezoekopdracht blijkt dus dat het onderzoek zich niet beperkte tot de verkoop van aankoopgaranties an sich zonder dat daarbij de informatievoorziening over de wettelijke rechten van consumenten inzake garantie en conformiteit onderwerp van onderzoek was. Dat de Consumentenautoriteit uiteindelijk om haar moverende redenen de verdenking van overtreding van artikel 6:193g, onder j BW heeft laten vallen en het sanctiebesluit heeft toegespitst op de overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW, maakt het onderzoek en de bewijsvoering in zoverre (de Commissie komt op de bewijsvoering nog terug) niet ondeugdelijk.
- 6.6 De Commissie merkt overigens nog op dat de vraag of aanvankelijk de vermoedelijke overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW al dan niet aan het onderzoek ten grondslag lag en of daarmee de scope van het onderzoek is gewijzigd, niet relevant is. Pas bij het boeterapport en de boetebeschikking wordt de kwalificatie van de feiten als een of meer overtredingen van de Wet OHP relevant.
- 6.7 Het is de Commissie evenmin gebleken dat de Consumentenautoriteit willekeurig heeft geselecteerd en geciteerd uit het door haar vergaarde bewijsmateriaal en is voorbij gegaan aan het door De Block overgelegde bewijs om op die manier tot de vaststelling van een wetsovertreding te kunnen komen. Van vooringenomen handelen is naar het oordeel van de Commissie in dit verband geen sprake. Wel is de vraag of de Consumentenautoriteit de bewijsvoering op de juiste wijze heeft gewaardeerd. De Commissie komt hierop terug bij de bespreking van bezwaarpunt 3).
- 6.8 De Block heeft aangevoerd dat de wens van de Consumentenautoriteit om haar hoe dan ook te sanctioneren, ook volgt uit het feit dat de Consumentenautoriteit het verzoek van De Block om een toezeggingstraject te volgen heeft afgewezen en (de totstandkoming van) de gedragscode voor de Consumentenautoriteit geen reden is geweest om het onderzoek af te breken. De Commissie volgt De Block niet in dit betoog. Voor wat betreft het verwijt dat de Consumentenautoriteit het verzoek om een toezeggingstraject te mogen doorlopen heeft afgewezen, stelt de Commissie voorop dat de beslissing van de Consumentenautoriteit om een overtreder al dan niet het aanbod te doen geen handhavingsmaatregelen te zullen treffen als een toezegging door de overtreder wordt gedaan, tot de discretionaire vrijheid van de Consumentenautoriteit behoort. Het enkele feit dat de Consumentenautoriteit in andere zaken wél voor een toezeggingstraject heeft gekozen, doet in beginsel niet af aan de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om in de onderhavige zaak handhavend op te treden tegen geconstateerde overtredingen. Gesteld noch gebleken is dat de gestelde andere zaken gelijke gevallen betreffen. De Commissie heeft gelet op het dossier geen aanleiding om te veronderstellen dat de

Consumentenautoriteit om reden dat zij De Block hoe dan ook een boete wilde opleggen, niet is ingegaan op het verzoek van De Block om een toezeggingstraject te mogen volgen.

- 6.9 Voor wat betreft (de totstandkoming van) de gedragscode merkt de Commissie op dat De Block jaren de gelegenheid heeft gehad om met haar branchegenoten tot zelfregulering te komen. Dat de branche pas in mei 2010 een aanzet tot zelfregulering heeft gegeven en die zelfregulering met de komst van de Gedragscode Consument: Koop en Garantie (hierna: de gedragscode) inmiddels een feit is, kan niet voor rekening van de Consumentenautoriteit komen in die zin dat moet worden aangenomen dat de Consumentenautoriteit te vroeg het handhavingsonderzoek heeft aangevangen dan wel het handhavingsonderzoek ten onrechte heeft voortgezet. Ook de betrokkenheid die de Consumentenautoriteit bij de totstandkoming van de gedragscode heeft gehad, brengt - wat er overigens zij van de mate waarin van die betrokkenheid sprake is geweest - niet met zich dat de Consumentenautoriteit haar handhavingsbevoegdheid niet (langer) zou mogen aanwenden. Er dient in dit verband een onderscheid te worden gemaakt in de - meer of minder actieve - rol die de Consumentenautoriteit bij de totstandkoming van de gedragscode heeft gehad en de rol die zij in het handhavingproces speelt. Overigens brengt ook het bestaan van het private fundament van het consumentenrecht niet met zich dat de Consumentenautoriteit per definitie het optreden van de markt zou moeten afwachten alvorens van haar handhavingsbevoegdheden gebruik te mogen maken. Er is geen rechtsregel die dit voorschrijft; ook uit de wetsgeschiedenis bij de Whc en de Wet OHP blijkt niet dat de Consumentenautoriteit 'voorrang' zou moeten geven aan zelfreguleringsinitiatieven waar het haar handhavend optreden betreft. De Consumentenautoriteit heeft dan ook niet jegens De Block vooringenomen gehandeld door haar handhavingsbevoegdheid uit te oefenen.

- 6.10 De Commissie adviseert de bezwaren van De Block op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad bezwaarpunt 2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit

- 6.11 De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit op de juiste wijze heeft geïnterpreteerd. Artikel 7:17, eerste lid BW brengt tot uitdrukking dat de afgeleverde zaak niet van de koopovereenkomst mag afwijken; dit is het conformiteitsvereiste. Artikel 7:17 leden 2 tot en met 5 BW geven vervolgens een niet-limitatieve uitwerking van dit vereiste. Op grond van artikel 7:17, tweede lid BW beantwoordt een zaak niet aan de overeenkomst, indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet hoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien. Artikel 7:21 BW regelt welke (bijzondere) rechten de consument-koper toekomen in geval van non-conformiteit. Op grond van artikel 7:21, eerste lid BW kan de koper, wanneer het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt, eisen: a.) aflevering van het

OPENBAAR

ontbrekende; b.) herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen; en c.) vervanging van de afgeleverde zaak, tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen, dan wel de zaak naar het tijdstip dat de koper redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moest houden, teniet of achteruit is gegaan doordat hij niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan heeft gezorgd. Het tweede lid van artikel 7:21 BW bepaalt dat de kosten van nakoming van de in het eerste lid bedoelde verplichtingen niet aan de koper in rekening kunnen worden gebracht.

- 6.12 Uit deze wettelijke bepalingen en de wetsgeschiedenis bij titel 7.1 BW¹ blijkt dat het *uitgangspunt* is dat bij non-conformiteit kosteloos herstel of vervanging plaatsvindt. Dat de consument een klachtplicht heeft (artikel 7:23, eerste lid BW), de bewijslast draagt van de stelling dat er sprake is van een non-conform product (voor zover het bewijsvermoeden van artikel 7:18, tweede lid BW niet opgaat) en de redelijkheid en billijkheid een rol spelen bij non-conformiteit (op grond waarvan bijvoorbeeld een bijdrage van de consument kan worden gevraagd als de non-conformiteit zich eerst na twee jaar openbaart en de levensduur van een product door herstel of vervanging aanzienlijk wordt verlengd (de gebruiksvergoeding)), zoals De Block stelt, doet niet af aan de gelding van dit uitgangspunt. De Block heeft niet gesteld of aannemelijk gemaakt dat voor de meeste van door haar verkochte elektronische producten in redelijkheid geen langere levensduur dan de duur van de fabrieksgarantie mag worden verwacht. Daarom zijn er veel verschillende gevallen denkbaar waarin de consument weldegelijk recht zou hebben op (in ieder geval gedeeltelijke) kosteloze reparatie of vervanging van een product dat buiten de wettelijke garantieperiode gebreken vertoont. De Consumentenautoriteit heeft daarom terecht beoordeeld of De Block mededelingen heeft gedaan die tegengesteld zijn aan dan wel anderszins in strijd zijn met dit wettelijke uitgangspunt. Hieraan doet niet af dat, zoals De Block stelt, de wettelijke regeling inzake garantie en non-conformiteit bij consumentenkoop in concreto tot meningsverschil tussen verkoper en koper aanleiding kan geven. De Consumentenautoriteit heeft immers het bewijs van overtreding van artikel 8.8 Whc. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW niet gebaseerd op een oordeel over de vraag in welke precieze gevallen de consument al dan niet aanspraak kan maken op vervanging of kosteloos herstel.
- 6.13 Een andere vraag is evenwel of de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat De Block een met de wet tegengesteld uitgangspunt hanteert en derhalve een beleid hanteert dat tot gevolg heeft dat de consument op structurele basis wordt medegedeeld dat hij altijd moet (mee)betalen voor reparaties na de fabrieksgarantie en daarmee sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten zoals bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder f jo. artikel 1.1, aanhef en onder k Whc. De Commissie komt hierop terug bij de bespreking van bezwaarpunt ad 3).
- 6.14 Ten overvloedige merkt de Commissie nog op dat de vraag of de wettelijke regeling waarvan de Consumentenautoriteit een overtreding heeft geconstateerd ingewikkeld is of niet, uiteraard niet relevant is voor de vraag of de Consumentenautoriteit terecht de overtreding van die wettelijke regeling heeft geconstateerd. Uit de rechtspraak van het College van

¹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2000-2001, 27809, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 7.

OPENBAAR

Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) volgt dat het op de weg van een professionele en ervaren marktpartij, in dit geval De Block, ligt om zichzelf tijdig op de hoogte te stellen van de reikwijdte van wettelijke bepalingen. Ook ontslaat de mogelijke complexiteit daarvan De Block uiteraard niet van haar verantwoordelijkheid om die wettelijke regeling na te leven. Het is vaste rechtspraak van het Cbb dat het primair de verantwoordelijkheid is van de onderneming - hier: De Block - om zich aan de wet te houden en dat bij iedere norm wel een zekere mate van discussie mogelijk is of deze in een specifiek geval van toepassing is.²

- 6.15 De Commissie adviseert de bezwaren van De Block op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad bezwaarpunt 3) Het onderzoek en het onderzoeksrapport bieden geen c.q. nauwelijks objectieve aanknopingspunten voor de conclusie in het sanctiebesluit en er is geen sprake van inbreuk op collectieve belangen van consumenten

- 6.16 Voor overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW heeft de Consumentenautoriteit zich blijkens het bestreden besluit gebaseerd op:

- verklaringen van 23 oktober 2009 van de directie en het management van De Block;
- verklaringen van 23 oktober 2008, 8 oktober 2009 en 9 oktober 2009 van drie assistent-bedrijfsleiders van De Block;
- mededelingen van verkopers tijdens het zogenaamde mystery shoppen;
- promotiemateriaal voor de bijkoopgarantie;
- informatie over garantie op de website van De Block;
- verklaringen van drie consumenten die zich met een defect geraakt product hadden gemeld bij De Block.

- 6.17 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 met betrekking tot de handhavende bevoegdheid van de Consumentenautoriteit en het vereiste daarbij dat sprake is van 'collectieve belangen van consumenten' 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. Aan dit onderscheid kent de Commissie ook belang toe voor wat betreft de bewijsvoering terzake van overtredingen. 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.³ De Consumentenautoriteit is daarbij naar het oordeel van de Commissie, anders dan De Block meent (randnr. 2.25 e.v. aanvullend bezwaarschrift), niet gehouden om in het kader van haar toezichtstaken onderzoek te laten uitvoeren door een onafhankelijk en deskundig bureau zoals in zaak 17 (UPC) is gedaan. De Consumentenautoriteit kan als toezichtouder

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

³ CA/NCB/17/232, randnrs. 5.2.6-5.2.8.

bij uitstek als deskundig worden gezien om vast te stellen of overtreding plaatsvindt van de relevante wettelijke bepalingen die consumentenbescherming beogen te behartigen.

- 6.18 Het is dus van belang om te bepalen of de oneerlijke handelspraktijk met betrekking tot aankoopgaranties door de Consumentenautoriteit wordt teruggevoerd op de al dan niet bewuste inrichting van de bedrijfsorganisatie en de werkprocessen van een onderneming of alleen op een beperkt aantal waarnemingen van – bijvoorbeeld – misleidende verkoopgesprekken. Zou dat laatste het geval zijn, dan is het namelijk de vraag in hoeverre dergelijke incidentele misleidende gesprekken een inbreuk op collectieve belangen kunnen opleveren. Zou de Consumentenautoriteit uitsluitend met verwijzing naar individuele verkoopgesprekken willen aantonen dat sprake is van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen, dan zouden nadere eisen aan representativiteit van die gesprekken en de methode van steekproefsgewijze selectie van de filialen moeten worden gesteld. In het bestreden besluit heeft de Consumentenautoriteit dat echter niet gedaan. De Consumentenautoriteit heeft niet de incidentele overtredingen die bij mystery shopping aan het licht zijn gekomen tot uitgangspunt voor het sanctiebesluit genomen, maar deze gezien als bewijs dat het door De Block in strijd met de Wet OHP gevoerde beleid ook daadwerkelijk in de praktijk ten uitvoer wordt gebracht. Daarom staat in eerste instantie ter beoordeling of De Block daadwerkelijk een beleid heeft gevoerd dat – kort gezegd – tot gevolg heeft dat aan de consument wordt meegedeeld dat hij buiten de fabrieksgarantie altijd betaalt of meebetaalt aan reparaties.
- 6.19 Ten aanzien van de verscheidene bewijsmiddelen stelt de Commissie in de eerste plaats vast dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit heeft opgemerkt (par. 7.3.1) dat de bewijsmiddelen 'in hun onderlinge samenhang beschouwd' uitwijzen dat het door De Block gevoerde beleid ertoe leidt dat haar verkopers aan consumenten die geen aankoopgarantie hebben gekocht, meedelen dat zij na de fabrieksgarantie moeten betalen voor reparatie van een defect product (vgl. randnr. 44, 56 schriftelijke toelichting). Uit de verzamelde bewijsmiddelen, in onderlinge samenhang beschouwd, leidt de Consumentenautoriteit af of sprake is van een 'handelspraktijk' in de zin van artikel 6:193a BW. De Consumentenautoriteit heeft er ook in haar pleidooi tijdens de hoorzitting voor de Commissie op 6 oktober 2011 op gewezen dat de bewijzen mede in hun onderlinge verband moeten worden gezien: "Juist de onderlinge samenhang van de voorliggende bewijzen maakt aannemelijk dat sprake is van een overtreding voor de collectieve consumentenbelangen omdat de bewijzen elkaar bevestigen en versterken." (randnr. 8 pleitnota algemeen hoorzitting 6 oktober 2011). De Commissie wijst erop dat het uitgangspunt dat de verscheidene bewijsmiddelen in 'onderlinge samenhang' moeten worden gezien ter staving van de vaststelling van een overtreding, er niet toe mag leiden dat door het – populair uitgedrukt – 'aan elkaar plakken' van bewijsmiddelen een samenstel van handelingen als handelspraktijk wordt geconstrueerd en het zicht op elk van de afzonderlijke bewijsmiddelen vertroebeld raakt. Juist bij het ruime begrip 'handelspraktijk' is het daarom van belang dat elk van de afzonderlijke bewijsmiddelen relevant en zo mogelijk direct bewijs voor de geconstateerde overtreding oplevert, en dat duidelijk is wat de constituerende elementen van die overtreding precies zijn. De Commissie constateert dat de Consumentenautoriteit in de schriftelijke toelichting (randnr. 56) heeft aangestipt dat de verklaringen van de verkoopmedewerkers tijdens het mystery

OPENBAAR

shoppen, het promotiemateriaal, en de verklaringen van de drie consumenten ook 'elk afzonderlijk' in overtuigende mate bewijzen dat het beleid van De Block ook daadwerkelijk in de praktijk werd uitgevoerd. In het onderstaande gaat de Commissie na in hoeverre de Consumentenautoriteit in dit verband in haar bewijsvoering is geslaagd.

- 6.20 De Consumentenautoriteit leidt het bestaan van het beleid dat erop is gericht dat aan consumenten wordt meegedeeld dat zij in beginsel moeten (mee)betalen voor reparaties buiten de fabrieksgarantietermijn af uit hetgeen door de directie en het management van De Block op 23 oktober 2009 is verklaard en de verklaringen van drie assistent-bedrijfsleiders van De Block op respectievelijk 23 oktober 2008, 8 oktober 2009 en 9 oktober 2009. De Commissie is in de eerste plaats van oordeel dat uit de verklaringen van de directie en het management afgenomen op 23 oktober 2009 niet blijkt dat het doen van de onjuiste mededelingen wordt aangestuurd vanuit de organisatie van de onderneming. Uit het gesprek in zijn geheel beschouwd komt niet een beeld naar voren als zou De Block het gewraakte beleid voeren. Bovendien is tijdens het gesprek door De Block naast de passages uit het gesprek die de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit heeft aangehaald, aangegeven wat de wettelijke garantie inhoudt en wat er gebeurt als de fabrieksgarantie is verstreken. De Block heeft in dit verband uitgelegd dat als blijkt dat het apparaat non-conform is, de consument recht heeft op volledig herstel van het apparaat. Indien een wat langere periode is verstreken, dan komt het ook voor, wanneer een belangrijk onderdeel in een apparaat moet worden vervangen, waardoor het apparaat na herstel veel langer meegaat, dat een consument nog steeds voor een gedeelte garantie heeft of recht heeft op kosteloos herstel. In de praktijk komt dat er volgens De Block vaak op neer dat zij dan een berekening maakt aan de hand van de tabel van UNETO-VNI. Verder heeft De Block benadrukt dat als het apparaat volledig wordt hersteld, ook geen voorrijkosten of onderzoekskosten worden berekend (CA/NCB/333/29, p. 3). De Consumentenautoriteit heeft in de schriftelijke toelichting (randnrs. 19 en 58) aangegeven dat uit deze passages blijkt dat De Block goed op de hoogte is van de wettelijke rechten van de consument maar dat de kennis van De Block over de rechten van de consument niet uitsluit dat de overtreding, die bestaat uit het verstrekken van onjuiste informatie aan de consument, daadwerkelijk is begaan. De Commissie is echter van oordeel dat het feit dat de desbetreffende informatie wel in de praktijk is gegeven, nog niet zonder meer betekent dat De Block *daarmee* een beleid hanteert dat ertoe leidt dat consumenten misleidend worden geïnformeerd; het kan hier evengoed om incidenten gaan.
- 6.21 Voor wat betreft de verklaringen van de assistent-bedrijfsleiders (CA/NCB/333/3, 17 en 19) geldt dat de drie assistent-bedrijfsleiders weliswaar verklaringen hebben afgelegd die erop neerkomen dat – kort gezegd – de consument ingeval van een defect product na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn dient mee te betalen voor reparatie voor het product, maar naar het oordeel van de Commissie kan aan de hand van deze verklaringen alleen nog niet worden vastgesteld dat De Block als onderneming an sich dit ook als beleid hanteert. De verklaringen leveren geen bewijs op dat het beleid van De Block gericht is op het doen van misleidende mededelingen. Het is de Commissie overigens niet gebleken dat, zoals De Block stelt, de verklaringen van de assistent-bedrijfsleiders onder druk zouden zijn verkregen. De assistent-bedrijfsleiders is de cautie gegeven. Bovendien hebben assistent-bedrijfsleiders 2 en 3 hun verklaring ondertekend en zijn daarop later niet meer

OPENBAAR

teruggekomen. Ten aanzien van assistent-bedrijfsleider 1 geldt dat de toezichhoudend ambtenaren van de Consumentenautoriteit zijn verklaring na het bezoek hebben uitgewerkt. Die verklaring is, anders dan de Consumentenautoriteit stelt (randnr. 76 schriftelijke toelichting), niet ondertekend. Ook deze assistent-bedrijfsleider is echter niet meer op zijn verklaring teruggekomen. Assistent-bedrijfsleider 1 en 3 hebben wel elk in een verklaring van 22 september 2011 hun ervaringen van het gevoerde gesprek opgetekend. Voor zover De Block met deze verklaringen heeft beoogd haar stelling te onderbouwen dat de verklaring van deze assistent-bedrijfsleiders onder druk is verkregen, slaagt zij daarin naar het oordeel van de Commissie niet. Uit deze verklaringen blijkt immers niet dat de bedrijfsleiders zich in hun antwoorden hebben laten leiden door de manier waarop de toezichhoudend ambtenaren zijn opgetreden. De verklaringen dienen dan ook niet als onrechtmatig verkregen bewijs terzijde te worden gesteld.

- 6.22 De Consumentenautoriteit heeft aangegeven dat promotiemateriaal voor de aankoopgarantie, verklaringen van verkoopmedewerkers tijdens de vier mystery shoppingbezoeken en verklaringen van drie consumenten bewijzen dat het beleid ook daadwerkelijk in de praktijk werd uitgevoerd. De Commissie volgt de Consumentenautoriteit hierin niet. Uit verklaringen van De Block over de aankoopgarantie die zij in de vorm van de zogenoemde 'Extra Garantie' aanbiedt, het promotiemateriaal voor de aankoopgarantie en de achterkant van aankoopfacturen van De Block (CA/NCB/333/6) leidt de Consumentenautoriteit af dat De Block in het kader van de verkoopbevordering van haar aankoopgarantie de consument mededeelt dat de fabrieksgarantie tot vijf jaar kan worden verlengd en dat gedurende die vijf jaar reparaties kosteloos worden uitgevoerd. Volgens de Consumentenautoriteit kan dit bij de consument de indruk doen ontstaan dat zonder aankoopgarantie en na afloop van de fabrieksgarantie in beginsel (randnr. 27 sanctiebesluit) dan wel (randnr. 71 schriftelijke toelichting) altijd moet worden betaald voor reparatie van defecte producten. Naar het oordeel van de Commissie kan dit echter niet zonder meer uit het genoemde materiaal worden afgeleid. De vermeldingen in het genoemde materiaal geven vooral de meerwaarde van de Extra Garantie, zonder dat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het niet afsluiten van aankoopgarantie *dus* betekent dat de consument dan altijd zou moeten betalen voor reparaties. Uit dit materiaal kan naar het oordeel van de Commissie in elk geval niet worden afgeleid dat De Block het beleid voert dat de consument na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn in beginsel voor reparaties moet betalen.
- 6.23 De Consumentenautoriteit heeft voorts informatie over garantie op de website van De Block aangehaald (CA/NCB/333/5) en aan de hand van die informatie geconstateerd dat De Block summier informatie verstrekt aan de consument die in lijn is met hetgeen in het BW is bepaald over garantie en conformiteit (randnr. 29 sanctiebesluit). Het is de Commissie niet op voorhand duidelijk welke gevolgen de Consumentenautoriteit aan deze constatering verbindt. De informatie is – zoals de Consumentenautoriteit zelf ook opmerkt – in overeenstemming met de wettelijke bepalingen terzake. Nu de Consumentenautoriteit aangeeft dat De Block 'summier' informatie verstrekt, lijkt de Consumentenautoriteit te suggereren dat op De Block de plicht rust om actief aan de consument uiteen te zetten welke rechten hij rondom herstel en garantie precies heeft. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat de Consumentenautoriteit aan de beboeting van De Block niet mede

het verwijt ten grondslag heeft gelegd dat in strijd met de Wet Oneerlijke Handelspraktijken een spontane mededelings- en informatieplicht omtrent de wettelijke rechten bij non-conformiteit is verzaakt. Ook ter gelegenheid van de hoorzitting van deze Commissie op 6 oktober 2011 heeft de Consumentenautoriteit zich op het standpunt gesteld dat op een onderneming niet de verplichting rust om uit zichzelf informatie te verstrekken over consumentenrechten.

- 6.24 De Consumentenautoriteit heeft de vaststelling dat artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW is overtreden, mede gebaseerd op bewijs verkregen tijdens het zogenaamde mystery shoppen. De Consumentenautoriteit heeft gedragingen en uitlatingen van verkoopmedewerkers zoals die zijn gedaan in vier gevallen van mystery shopping in het boeterapport en bestreden besluit opgenomen (CA/NCB/333/2, CA/NCB/333/7, CA/NCB/333/16, CA/NCB/333/18). De Block heeft ten aanzien van dit bewijsmiddel aangevoerd dat (i) daarbij een onderzoeksverantwoording ontbreekt, (ii) er veel te weinig bezoeken zijn afgelegd, (iii) de bezoeken niet representatief zijn, (iv) de onderzoeken niet door daartoe specifiek opgeleide en geschoolde, onafhankelijke onderzoekers maar door belanghebbenden juristen zijn uitgevoerd, (v) de verslagen van ambtshandelingen naar aanleiding van de bezoeken pas dagen en in een geval zelfs een maand na de bezoeken zijn opgetekend, en (vi) de verslagen van ambtshandelingen veel te summier zijn opgemaakt.
- 6.25 De Commissie stelt in de eerste plaats vast dat de Consumentenautoriteit niet in zijn algemeenheid is gehouden om bij 'mystery shopping' zich aan dezelfde onderzoeksstandaarden te houden als de standaarden die kennelijk door de deskundigen zijn gehanteerd waarvan de reactie door De Block is ingebracht. Bij mystery shoppen gaat het om een heimelijke onderzoeksmethode waarvoor een aantal bijzondere zorgvuldigheidseisen geldt juist omdat ze door de overheid wordt toegepast. Een van deze zorgvuldigheidseisen is dat de door de Consumentenautoriteit ingezette mystery shopper geen overtreding mag uitlokken. Daarvan is hier overigens naar het oordeel van de Commissie geen sprake.
- 6.26 Indien de Consumentenautoriteit uitsluitend met de verslagen van mystery shopping een inbreuk op collectieve consumentenbelangen zou willen hebben aantonen, dan zouden aan deze onderzoeksmethode hoge eisen aan de representativiteit van de daarmee gevoerde gesprekken en aan de methode van steekproefsgewijze selectie van de filialen moeten worden gesteld. Daarvan is hier geen sprake. Juist gelet op de omstandigheid dat deze onderzoeksmethode door de overheid wordt gehanteerd is het niet noodzakelijk dat de gesprekken zouden moeten worden gevoerd door onafhankelijke en deskundige onderzoekers. De Consumentenautoriteit moet immers worden beschouwd als bij uitstek deskundig om vast te stellen of een overtreding plaatsvindt van de relevante wettelijke bepalingen die consumentenbescherming beogen te behartigen. Voorts is er geen algemene verplichting voor de Consumentenautoriteit om de gesprekken van toezichthouders woordelijk in een verslag neer te leggen. Het ontbreken van een woordelijk verslag kan ook niet op andere gronden onzorgvuldig worden geacht. Er is ten slotte naar het oordeel van de Commissie geen aanleiding om te twifelen aan de juistheid van de verslaglegging van de toezichthouders. Het verslag dat wordt gepresenteerd dient zo

OPENBAAR

spoedig mogelijk nadat het met mystery shopping gemoeide gesprek heeft plaatsgevonden te worden opgemaakt. Voorts dient uit dat verslag te kunnen worden opgemaakt op welke wijze dat gesprek heeft plaatsgevonden. Het verslag van het mystery shopping gesprek van het bezoek aan het filiaal van De Block in Den Haag op 14 april 2009 (CA/NCB/333/7, zie ook randnr. 4.22 aanvullend bezwaarschrift) voldoet niet aan de zojuist geformuleerde eisen. Het is dermate summier dat aan de hand daarvan onvoldoende kan worden gereconstrueerd hoe het mystery shopping gesprek daadwerkelijk is verlopen. Bovendien is dit verslag niet zo spoedig mogelijk, maar pas een maand nadat het bezoek was afgelegd (14 mei 2009) opgemaakt. De Commissie constateert dat de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit hiermee voorts niet in overeenstemming heeft gehandeld met de in het Handboek Toezicht gestelde eisen aan verslagen van ambtshandelingen, zoals de Consumentenautoriteit in haar brief van 27 oktober 2011 voor de Commissie heeft uiteengezet. Dat verslag kan daarom naar het oordeel van de Commissie in elk geval niet voor het bewijs van de overtreding worden gebruikt. Ten overvloede: met dit oordeel beoogt de Commissie niet tot uitdrukking te brengen dat wat er in het verslag staat niet juist is; de opgetekende waarnemingen zijn in het gegeven geval alleen onvoldoende om te kunnen achterhalen welke uitlatingen door de verkoopmedewerkers zijn gedaan en daarmee zijn zij naar het oordeel van de Commissie niet bruikbaar voor het bewijs.

- 6.27 De Commissie is gelet op het bovenstaande van oordeel dat voor de mystery shopping bezoeken niet de eisen behoren te gelden die De Block daaraan gesteld wil zien. Gelet op het doel dat de Consumentenautoriteit met het brengen van de mystery shopping bezoeken heeft gehad, gaat de door De Block getrokken parallel met de voor de uitvoering van marktonderzoeken geldende eisen, zoals uiteengezet in de rapportage van de heer Van Eunen en in de rapportages van deskundigen die de andere ondernemingen hebben overgelegd – voor zover die rapportages al in de onderhavige zaak zouden kunnen worden gebruikt nu ze in andere zaken zijn opgesteld -, niet, althans niet volledig, op. Het onderzoek dat de Consumentenautoriteit in het kader van de uitoefening van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen en de handhaving daarvan verricht, valt immers niet gelijk te stellen met marktonderzoek. Wel is helder dat het mystery shopping onderzoek zoals door de Consumentenautoriteit uitgevoerd ten beste steunbewijs van overtredingen kan leveren. Uitspraken over in hoeverre de aldus geconstateerde overtredingen *representatief* zijn voor alle klantcontacten in alle filialen van De Block, kunnen niet zonder meer worden gedaan op basis van dergelijk onderzoek.
- 6.28 Een laatste categorie bewijsmiddelen betreft vijf verklaringen van consumenten afgelegd tegenover de Consumentenautoriteit. Deze consumenten zijn naar aanleiding van hun klachten bij ConsuWijzer nagebeld door de Consumentenautoriteit (CA/NCB/333/10, CA/NCB/333/11, en CA/NCB/333/25). Drie van de verklaringen van consumenten worden genoemd in het sanctiebesluit. De Consumentenautoriteit heeft twee verklaringen in het sanctiebesluit buiten beschouwing gelaten omdat deze niet relevant waren voor het vaststellen van de overtreding. Dat de Consumentenautoriteit deze verklaringen buiten beschouwing heeft gelaten, betekent naar het oordeel van de Commissie niet, anders dan de Block meent, dat de overige drie verklaringen niet juist zouden zijn en niet als bewijs mogen worden gebruikt voor het vaststellen van de overtreding. De drie verklaringen hebben betrekking op consumenten die bij De Block resp. een laptop, een wasmachine en

OPENBAAR

een computer hadden gekocht en die met De Block contact hadden opgenomen omdat het product defect was. De Consumentenautoriteit heeft alleen de mededelingen die aan de consumenten zijn gedaan bij de reclamatie voor het bewijs gebruikt en heeft dus niet de beantwoording van de vragen door de consumenten over tijdens het verkoopgesprek verschaft informatie in het sanctiebesluit betrokken. De stelling van De Block dat er in een aantal gevallen jaren is verstreken tussen het moment van het verkoopgesprek en het moment dat de Consumentenautoriteit de verklaringen heeft afgenomen en dat consumenten zich door tijdsverloop niet altijd alles en ook niet altijd alles juist kunnen herinneren, treft daarom in zoverre geen doel dat de verklaringen van consumenten over gebeurtenissen die jaren terug hebben plaatsgevonden niet voor het bewijs zijn gebruikt. Blijkens de door de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit gemaakte telefoonnotities werd de consumenten (aanvankelijk) meegedeeld dat voor de reparatie moest worden betaald omdat de fabrieksgarantietermijn was verstreken. De consumenten zijn daarmee onjuist voorgelicht, aldus de Consumentenautoriteit. Overigens leidt de Commissie uit de drie verklaringen niet zozeer af dat de consumenten van oordeel waren dat het defect aan de ondeugdelijkheid van het product te wijten was, zoals de Consumentenautoriteit in randnr. 35 van het sanctiebesluit aangeeft; de consumenten geven alleen aan dat het product kapot is gegaan en ze er daarom mee terug naar de winkel zijn gegaan. Aan de mogelijke onjuistheid van de gedane mededelingen doet dit evenwel niets af. Ook voor deze verklaringen van consumenten geldt naar het oordeel van de Commissie dat de wijze waarop de Consumentenautoriteit het onderzoek daarnaar heeft uitgevoerd, ten beste steunbewijs van overtredingen van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW kan leveren. Naar de Commissie begrijpt heeft de Consumentenautoriteit met verwijzing naar alleen deze verklaringen ook niet willen aantonen dat sprake is van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen. De Consumentenautoriteit beschouwt de consumentenverklaringen veeleer als ondersteuning van het overige bewijsmateriaal in het bestreden besluit. Voor wat betreft de meldingen van consumenten op ConsuWijzer waarvan geen verklaringen in het dossier zijn opgenomen, geldt dat de Consumentenautoriteit die meldingen nooit als bewijs heeft gebruikt voor het vaststellen van de overtreding. De stelling van De Block dat de Consumentenautoriteit in het rapport onderscheidenlijk het sanctiebesluit een andere waarde hecht aan deze meldingen en daarom ten aanzien van de betekenis van deze meldingen "draait", gaat daarom niet op.

- 6.29 De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat uit het door de Consumentenautoriteit verzamelde bewijsmateriaal niet de conclusie kan worden getrokken dat De Block een beleid voert dat tot gevolg heeft dat aan consumenten wordt medegedeeld dat ze na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn in beginsel dan wel altijd moeten (mee)betalen voor reparaties. Weliswaar valt uit de bewijsmiddelen af te leiden dat er gevallen zijn geweest waarin De Block consumenten op onjuiste wijze heeft voorgelicht over hun wettelijke rechten omtrent garantie en conformiteit, maar deze bewijsmiddelen leveren vooral steunbewijs van incidentele overtredingen. De Commissie is er niet van overtuigd dat de Consumentenautoriteit aldus het bewijs heeft geleverd dat sprake is van een verzameling van incidenten die een collectieve inbreuk op de belangen van consumenten oplevert. De Consumentenautoriteit heeft daarom naar het oordeel van de Commissie onvoldoende aannemelijk gemaakt dat voor wat betreft het handelen in strijd met artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW sprake is van een

OPENBAAR

inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. De Consumentenautoriteit heeft derhalve onvoldoende overtuigend bewijs geleverd dat sprake is van een overtreding in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder k, in verbinding met f Whc.

- 6.30 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt gegrond te verklaren. De overige bezwaren van De Block op dit punt behoeven daarmee geen bespreking meer.
- 6.31 Ten overvloede plaatst de Commissie kritische kanttekeningen bij het feit dat de Consumentenautoriteit niet blijkt te beschikken over een inzichtelijke methode met betrekking tot het mystery shoppen. Desgevraagd heeft de Consumentenautoriteit na de hoorzitting op 6 oktober 2011 de Commissie bericht dat er geen protocol voor mystery shopping bestaat. Wel zijn ter voorbereiding op de mystery shopping bezoeken werkafspraken gemaakt, maar die zijn niet op schrift gesteld. Dat de Commissie zich kan voorstellen dat nog werkenderwijs wordt gezocht naar de juiste uitvoeringswijze van deze voor de overheid relatief nieuwe onderzoeksmethode neemt niet weg dat het heimelijke karakter ervan vergt dat bij deze methode wordt voldaan aan hoge zorgvuldigheidseisen. De uniformiteit en de betrouwbaarheid van mystery shopping bezoeken dient immers achteraf door de overtreder te kunnen worden geverifieerd. Naar het oordeel van de Commissie dient er daarom een beredeneerde en gestandaardiseerde handelswijze (bijvoorbeeld een op schrift gesteld protocol, hoe rudimentair ook) voorhanden te zijn waarin de wijze waarop de mystery shopping bezoeken in het betreffende onderzoek moeten worden verricht, is uiteengezet. De Commissie verbindt aan het ontbreken van een dergelijke beredeneerde, gestandaardiseerde en zomogelijk op schrift gestelde handelswijze vooralsnog niet de conclusie dat de uitkomsten van mystery shopping onbruikbaar bewijsmateriaal opleveren maar geeft de Consumentenautoriteit wel ernstig in overweging om – voor zover dat nog niet is geschied – het Handboek Toezicht dienovereenkomstig aan te vullen.
- 6.32 De Commissie plaatst voorts - ten overvloede - kritische kanttekeningen bij het feit dat de Consumentenautoriteit evenmin blijkt te beschikken over een inzichtelijke methode met betrekking tot het selecteren van de meldingen bij ConsuWijzer met het oog op het bellen en nader bevragen van de consumenten die de melding hebben gedaan. Ook ten aanzien van de selectie van consumenten uit de meldingen die bij ConsuWijzer zijn gedaan, heeft de Consumentenautoriteit desgevraagd na de hoorzitting op 6 oktober 2011 bij brief van 27 oktober 2011 aangegeven dat daarvoor geen protocol bestaat. De Commissie is van oordeel dat de overtreder de betrouwbaarheid van de selectie van de meldingen en het nabellen van de consumenten achteraf moet kunnen verifiëren. Weliswaar heeft de Consumentenautoriteit aangegeven op welke wijze de selectie en de nabelprocedure in casu hebben plaatsgevonden, maar De Block heeft de gevolgde gang van zaken daarbij betwist. De Block heeft onder meer gemotiveerd betwist dat de stelling van de Consumentenautoriteit dat de op de bellijst voorkomende consumenten allemaal worden gebeld, onjuist is. Uit het rapportdossier blijkt dat er 111 meldingen bij ConsuWijzer zijn gedaan (CA/NCB/333/), daarvan zijn blijkens het rapportdossier maar vijf verklaringen van consumenten afgenomen (CA/NCB/333/10, 11, 12, 24 en 25). Het is de Commissie uit het rapportdossier niet duidelijk geworden of ondanks het geringe aantal verklaringen van consumenten dat is afgenomen, toch alle op de bellijst voorkomende consumenten zijn

OPENBAAR

gebeld. Zo is niet duidelijk of de 111 meldingen ook de door de Consumentenautoriteit in de brief van 27 oktober 2011 genoemde 'relevante' meldingen betreffen en hoeveel mensen er dus feitelijk op de bellijst stonden. Voorts is niet duidelijk hoeveel consumenten die zijn gebeld, al dan niet toestemming hebben gegeven voor het gebruiken van een af te leggen verklaring. De Commissie is van oordeel dat een gestandaardiseerde handelswijze, zoals bijvoorbeeld een op schrift gesteld protocol, hoe rudimentair ook, van de wijze waarop de selectie van de meldingen bij ConsuWijzer en het nabellen van de consumenten die de melding hebben gedaan plaatsvindt, de genoemde onduidelijkheden had kunnen voorkomen. Dit betekent naar het oordeel van de Commissie echter niet dat de consumentenverklaringen op zich onbruikbaar bewijsmateriaal opleveren. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit wel, voor zover zij tot het oordeel komt dat de overtreding kan worden bewezen, in de beslissing op bezwaar nader te motiveren of er naast de consumenten waarvan de verklaringen in het rapportdossier zijn opgenomen, ook nog met andere consumenten is gebeld. Voorts geeft de Commissie de Consumentenautoriteit in overweging om de hiervoor genoemde gestandaardiseerde handelswijze op te stellen.

Ad bezwaarpunt 4) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Gelijkheidsbeginsel

- 6.33 De Commissie is van oordeel dat de omstandigheden dat de Consumentenautoriteit in de branche alleen sanctionerend is opgetreden tegen ondernemingen met fysieke winkels en het onderzoek niet op enig moment heeft verbreed naar ondernemingen die hun aankoopgarantie bij een verzekeraar hadden ondergebracht, niet tot de conclusie leiden dat de Consumentenautoriteit in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld en ten aanzien van De Block haar handhavingsbevoegdheden niet heeft mogen aanwenden. De bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om een onderzoek te starten naar gedragingen van een onderneming is immers discretionair van aard en het enkele feit dat andere ondernemingen niet zouden worden aangepakt, staat – wat daarvan ook zij – niet in de weg aan het aanwenden van die bevoegdheden in het onderhavige geval. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit niet is gehouden om, als zij een onderzoek instelt, de hele branche tot voorwerp van onderzoek te maken. Overigens zou, nog daargelaten dat zoals de Commissie in randnr. 6.5 heeft aangegeven de scope van het onderzoek niet is gewijzigd en daarin dus geen aanleiding was gelegen om andere ondernemingen in het onderzoek te betrekken, de door De Block bepleite verbreding van het onderzoek naar ondernemingen die hun aankoopgarantie bij verzekeraars hebben ondergebracht, niet hebben betekend dat de handelspraktijken van De Block niet verder zouden worden onderzocht. Ook wanneer in plaats van fysieke winkels online webshops in het onderzoek zouden zijn betrokken, zou dat niet hebben betekend dat de handelspraktijken van De Block niet zouden worden onderzocht nu De Block zelf ook een online webshop exploiteert. Het buiten het onderzoek houden van deze delen van de branche leidt dus niet tot onrechtmatigheid van het sanctiebesluit.
- 6.34 Wat betreft de verwijzing van Block naar het Syntheserapport merkt de Commissie het volgende op. Na bestudering van dit rapport is de Commissie van oordeel dat geen sprake

OPENBAAR

is van gelijke gevallen. Het onderzoek dat tot dit rapport heeft geleid had een inventariserend karakter (p. 5 rapport) en was daarmee van een andere aard dan het handhavingsonderzoek dat de Consumentenautoriteit ten aanzien van De Block heeft uitgevoerd. Bovendien betrof het een onderzoek naar ultingen van ondernemingen op papier (algemene voorwaarden, brochures en folders) waarbij het ging om verkoopvoorwaarden die afbreuk doen aan de wettelijke rechten van de consument met betrekking tot garantie en conformiteit (p. 18 rapport) en dus niet om informatieverstrekking aan de consument in de winkel waarop het onderhavige onderzoek van de Consumentenautoriteit betrekking had. Van strijd met het gelijkheidsbeginsel is derhalve geen sprake.

- 6.35 De Commissie is voorts oordeel dat het feit dat de Consumentenautoriteit ondernemingen in andere bedrijfstakken (online ticketbureaus) die vergelijkbare overtredingen als De Block hebben begaan, eerst een waarschuwing en kans op verbetering heeft gegeven alvorens handhavend op te treden, niet betekent dat de Consumentenautoriteit die weg ook ten aanzien van ondernemingen in een heel andere branche zou moeten doorlopen. Ook op dit punt heeft de Consumentenautoriteit discretionaire vrijheid in de wijze van aanpak.
- 6.36 De Block heeft met betrekking tot de stelling dat de Consumentenautoriteit een toezeggingstraject had moeten aanbieden, een vergelijking gemaakt met de zaken Computerland en Paradigit en heeft in dat verband op verzoek van de Commissie na de hoorzitting bij brieven van 20 en 26 oktober 2011 nadere stukken over het gevolgde toezeggingstraject in deze zaken overgelegd. Ook de Consumentenautoriteit heeft desgevraagd, bij brief van 27 oktober 2011, uitleg gegeven over de gang van zaken met betrekking tot de toezeggingstrajecten in de zaken van Computerland en Paradigit. De Commissie komt, na bestudering van deze stukken, tot het oordeel dat de Consumentenautoriteit in het feit dat ten aanzien van Computerland en Paradigit wél een toezeggingstraject is gevolgd, geen aanleiding had hoeven zien om ook De Block een toezeggingstraject aan te bieden. Daartoe geldt dat de Commissie, anders dan De Block doet, uit de door haar overgelegde stukken niet afleidt dat het volgen van een toezeggingstraject specifiek ten aanzien van De Block (en De Harense Smid, Mikro-Electro en Scheer & Foppen) reeds aan de orde was vóórdat ten aanzien van deze ondernemingen een rapport in de zin van artikel 5:48 Awb was opgemaakt. De contacten tussen mr. Bieleveld en de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit in april 2010 over het doorlopen van een toezeggingstraject (brieven van 14 april 2010 en 26 april 2010), betroffen uitsluitend BCC. Dat UNETO-VNI in april/mei 2010 expliciet zou hebben aangegeven dat het volgen van een toezeggingstraject namens haar leden die voorwerp zijn (geweest) van onderzoek bespreekbaar was – zoals De Block in de brief van 20 oktober 2011 stelt -, leest de Commissie niet in de overgelegde mails van UNETO-VNI uit die periode terug. De heer Estourgie geeft wel in zijn brief van 16 mei 2011 aan van deze leden begrepen te hebben dat zij bij de Consumentenautoriteit hebben aangegeven bereid te zijn om een nadere toezegging te doen. Nog afgezien van het feit dat deze brief van latere datum is dan de datum waarop het rapport is opgemaakt, blijkt uit deze brief niet wanneer nu het doen van die toezeggingen precies aan de orde was. Ook het schrijven van de heer Estourgie van 26 oktober 2011 geeft daarover geen uitsluitsel. Gelet op het voorgaande houdt de Commissie het ervoor dat, zoals de Consumentenautoriteit heeft

OPENBAAR

aangegeven, ten aanzien van De Block en de drie andere ondernemingen al een rapport was opgemaakt toen zij de Consumentenautoriteit verzochten een toezeggingstraject te mogen doorlopen. Nu de Consumentenautoriteit in de zaken van Computerland en Paradigit geen rapport had opgemaakt omdat zij het, zoals uiteengezet in de brief van 27 oktober 2011, in de door haar met betrekking tot de problematiek omtrent garantie en conformiteit uitgezette lijn "van informeren naar handhaven" een logische tussenstap vond om aan Computerland en Paradigit de mogelijkheid van het volgen van een toezeggingstraject te bieden, is van vergelijkbare gevallen geen sprake. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan derhalve niet slagen.

- 6.37 Overigens komt het de Commissie voor dat de zaken van Computerland en Paradigit enerzijds en de zaak van De Block anderzijds ook verschillen indien wordt gekeken naar de context waarbinnen de Consumentenautoriteit ten aanzien van Computerland en Paradigit tot het aanbod van het doorlopen van een toezeggingstraject is gekomen. De Consumentenautoriteit heeft in haar brief van 27 oktober 2011 toegelicht dat zij het in de met betrekking tot de problematiek omtrent garantie en conformiteit uitgezette lijn "van informeren naar handhaven" een logische tussenstap vond om aan Computerland en Paradigit een toezeggingstraject aan te bieden. Toen het onderzoek naar Computerland en Paradigit was afgerond, was het moment van informeren voorbij, maar was het moment van handhaven nog niet definitief aangebroken. De Commissie acht het aannemelijk dat toen het onderzoek naar De Block was afgerond, de tijd van alleen voorlichting geven voorbij was en De Block en de andere drie ondernemingen die ook zijn beboet, ook voldoende tijd hadden gehad om zich te conformeren aan de regels omtrent garantie en conformiteit. In zoverre lag het derhalve niet meer voor de hand om zoals wel bij Computerland en Paradigit was gedaan, ten aanzien van deze ondernemingen een toezeggingstraject te volgen.
- 6.38 De Commissie adviseert de bezwaren van De Block op dit punt ongegrond te verklaren.
- 6.39 Voorts heeft De Block aangevoerd dat de hoogte van de boete niet in stand kan blijven omdat de Consumentenautoriteit de omvang en het karakter van de onderneming niet heeft meegewogen. De Consumentenautoriteit zou bij de boeteoplegging haar onderneming ten onrechte met grote(re) ondernemingen over een kam hebben geschoren en dus niet hebben gedifferentieerd naar de grootte van de onderneming en daarmee het gelijkheidsbeginsel hebben geschonden. De Consumentenautoriteit heeft tijdens de hoorzitting op 6 oktober 2011 aangegeven geen rekening te hebben gehouden met de omvang van de omzet of de omvang van de onderneming en van oordeel te zijn dat met deze factoren ook geen rekening hoeft te worden gehouden. De Commissie overweegt dat het karakter van een onderneming op zichzelf niet een omstandigheid vormt waarmee bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening moet worden gehouden. De omvang van de onderneming vormt naar het oordeel van de Commissie evenwel wél een omstandigheid waarmee bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening moet worden gehouden. Daarbij merkt de Commissie op dat het verschil in omvang tussen De Block en de ondernemingen waarnaar zij heeft verwezen, op zichzelf niet het maken van een verschil in hoogte van boetes rechtvaardigt. Indien enkel een vergelijking wordt gemaakt met de omvang van de onderneming wordt eraan voorbij gegaan dat niet zozeer relevant is of de

OPENBAAR

ondernemingen in verhouding tot hun omvang gelijk en evenredig zijn beboet maar of dat zo is in verhouding tot de inbreuk die zij hebben gepleegd.⁴ De boete wordt immers opgelegd voor de inbreuk die de ondernemingen op de collectieve belangen van consumenten hebben gepleegd. In dit verband is daarom van belang wat het behaalde voordeel (de omzet) uit de geconstateerde overtreding is.

- 6.40 De Commissie constateert dat uit het bestreden besluit op generlei wijze blijkt dat de Consumentenautoriteit bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening houdt met de omvang van de onderneming. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit ten onrechte niet is ingegaan op de omvang van De Block en de consequenties die de omvang van de onderneming voor de hoogte van de boete dient te hebben.
- 6.41 De Commissie adviseert het bezwaar van De Block op dit punt gegrond te verklaren en in haar besluit op bezwaar te motiveren in welke zin op grond van het evenredigheidsbeginsel en/of het gelijkheidsbeginsel is rekening gehouden met de omvang van de onderneming van De Block.

Vertrouwensbeginsel

- 6.42 De Commissie volgt De Block niet in haar betoog dat de Consumentenautoriteit in strijd met het vertrouwensbeginsel heeft gehandeld doordat zij, anders dan het beleid dat zij met betrekking tot de handhaving van de Wet OHP voert, De Block direct een substantiële boete heeft opgelegd. Het staat naar het oordeel van de Commissie vast dat de wetgever aan de Consumentenautoriteit de bevoegdheid tot handhaving van – onder meer – de Wet OHP heeft toegekend. De Consumentenautoriteit mag dan ook van die bevoegdheid gebruik maken, waarbij de afweging of het opleggen van (bijvoorbeeld) een boete opportuun is, in beginsel tot de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit behoort. De Consumentenautoriteit heeft derhalve een discretionaire bevoegdheid om een onderzoek te starten naar gedragingen van een onderneming en om naar aanleiding van dat onderzoek de overtreder al dan niet een boete op te leggen. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit met het persbericht van 24 september 2008 de uitoefening van haar handhavingsbevoegdheid niet dermate beperkt dat zij De Block en haar branchegenoten eerst had moeten voorlichten, zelfregulering had moeten stimuleren en had moeten waarschuwen alvorens handhavend te kunnen optreden; het persbericht kan niet worden beschouwd als een door de Consumentenautoriteit in individuele gevallen te volgen "handhavingskader". De Block kon dan ook niet verwachten dat zij door de Consumentenautoriteit voor wat betreft de informatievoorziening aan consumenten inzake garantie en conformiteit aan de hand zou worden meegenomen. Het beroep van De Block op het vertrouwensbeginsel gaat in dit verband dus niet op. De Commissie neemt hierbij in aanmerking dat De Block een professionele en ervaren marktpartij is, in welke hoedanigheid zij er zorg voor dient te dragen dat zij op de hoogte is van haar wettelijke verplichtingen, en dat zij haar handelspraktijk vorm geeft conform de wettelijke eisen. De Block heeft ook jaren de gelegenheid gehad om haar bedrijfsvoering conform de wettelijke regeling vorm te geven. De regeling inzake garantie en conformiteit is immers niet nieuw,

⁴ Vgl. bijv. CBB 1 september 2010, LJN: BN9357, welke uitspraak betrekking heeft op het beboeten in het kader van het bouwfraudeonderzoek wegens overtreding van artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG.

OPENBAAR

nu de Richtlijn 99/44/EG over verkoop van en garantie bij consumptiegoederen op 25 mei 1999 in het BW is opgenomen en in 2003 is aangevuld. Dat de Wet OHP, waarmee mogelijk werd gemaakt dat de wettelijke regeling inzake garantie en conformiteit langs de weg van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW wordt gehandhaafd, pas op 15 oktober 2008, de datum waarop het onderzoek van de Consumentenautoriteit aanving, in werking is getreden, doet daaraan niet af. Aan de inwerkingtreding van de Wet OHP is immers een uitvoerig openbaar wetgevingstraject voorafgegaan. Verder is de Wet OHP gebaseerd op Richtlijn 2005/29/EG en die dateert reeds van 11 mei 2005.

- 6.43 De Commissie adviseert de bezwaren van De Block op dit punt ongegrond te verklaren.

Subsidiariteitsbeginsel

- 6.44 De Commissie verwijst voor wat betreft de bespreking van de stelling van De Block dat de Consumentenautoriteit het subsidiariteitsbeginsel heeft geschonden, naar hetgeen zij in randnr. 6.9 hierboven heeft opgemerkt.

- 6.45 De Commissie adviseert de bezwaren van De Block op dit punt ongegrond te verklaren.

Motiveringsbeginsel

- 6.46 In het voorgaande heeft de Commissie geconstateerd dat de Consumentenautoriteit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat voor wat betreft het handelen in strijd met artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. Ten aanzien van deze gedraging is in het bestreden besluit derhalve onvoldoende gemotiveerd waarom er een overtreding is in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder k, in verbinding met f Whc. De Commissie is daarom van oordeel dat de Consumentenautoriteit in zoverre in strijd met het motiveringsbeginsel heeft gehandeld.

- 6.47 De Commissie adviseert het bezwaar op dit punt gegrond te verklaren.

- 6.48 De Block heeft aangevoerd dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit op het overgrote deel van de gemotiveerde en onderbouwde verweren van De Block zoals uiteengezet in haar zienswijze, niet is ingegaan, laat staan die gemotiveerd heeft weerlegd. De Commissie stelt voorop dat voor bestuursorganen geen verplichting bestaat om op elke specifieke zienswijze afzonderlijk en in detail in te gaan. Bestuursorganen beschikken over een zekere ruimte met betrekking tot de wijze waarop zij op ingediende zienswijzen kunnen reageren. Hoewel in het bestreden besluit bij de beoordeling van de overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW (paragraaf 7.3) de reactie van de Consumentenautoriteit op de door De Block ingebrachte zienswijzen niet altijd even expliciet naar voren komt, is het de Commissie niet gebleken dat de Consumentenautoriteit de zienswijzen van De Block zonder meer terzijde heeft gelegd. Zo begrijpt de Commissie dat de Consumentenautoriteit, zonder het rapport van E.A. van Eunen expliciet te noemen, in randnr. 79 van het bestreden besluit op dit rapport is ingegaan. Daarnaast is de Consumentenautoriteit getuige bijvoorbeeld randnrs. 76, 80-81 van het bestreden besluit op bepaalde zienswijzen van De Block expliciet ingegaan. Verder is de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit in het kader van de afweging welke

handhavingsmaatregel in het onderhavige geval passend is (paragraaf 8.1), ingegaan op de zienswijze van De Block dat al een traject van zelfregulering middels een gedragscode werd gevolgd en de Consumentenautoriteit daarom niet tot handhaving moet overgaan (randnrs. 93). Voor wat betreft de bespreking van de stelling van De Block dat met het opleggen van de boete de doelen van speciale en generale preventie niet meer kunnen worden bereikt, verwijst de Commissie naar randnr. 6.53 hierna. Hoewel het aan De Block kan worden toegegeven dat de Consumentenautoriteit haar reactie op sommige van deze zienswijzen in het bestreden besluit uitermate kort afdoet, is daarmee het motiveringsbeginsel niet geschonden. De stellingen van De Block dat de Consumentenautoriteit op deze punten in strijd met het motiveringsbeginsel heeft gehandeld, zijn dus onjuist. De Consumentenautoriteit is echter naar het oordeel van de Commissie in het bestreden besluit ten onrechte niet ingegaan op het beroep van De Block op het gelijkheidsbeginsel en het verzoek van De Block om een toezeggingstraject te mogen volgen (paragraaf 6 zienswijze, vgl. randnr. 5.10 aanvullend bezwaarschrift). De Consumentenautoriteit is op dit punt over het beweerdelijk handelen in strijd met het motiveringsbeginsel niet ingegaan in de schriftelijke toelichting. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit in de zienswijze van De Block over dit punt, nu De Block in dit verband een onderbouwd beroep heeft gedaan op vergelijkbare gevallen, aanleiding had moeten zien daarop een reactie – ook als deze afwijzend was – in het bestreden besluit op te nemen.

6.49 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt deels gegrond te verklaren.

Evenredigheidsbeginsel

6.50 In het voorgaande heeft de Commissie geconstateerd dat de Consumentenautoriteit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat voor wat betreft het handelen in strijd met artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. De Consumentenautoriteit heeft onvoldoende overtuigend bewijs geleverd dat sprake is van een overtreding in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder k, in verbinding met f Whc. De Commissie adviseert de bezwaren van De Block gegrond te verklaren voor zover dit bezwaar zich richt tegen de vaststelling van de boete die voor deze overtreding is opgelegd. Voor zover de Consumentenautoriteit in de beslissing op bezwaar oordeelt dat terecht een overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW is vastgesteld, overweegt de Commissie over de hoogte van de boete het volgende.

6.51 De Commissie heeft onder meer in zaak 437 (Fotosessie.com) een aantal algemene opmerkingen gemaakt over de (beoordeling van de) hoogte van de door de Consumentenautoriteit opgelegde bestuurlijke boetes.⁵ De Commissie verwijst daarnaar. Over de hoogte van de opgelegde boete aan De Block merkt de Commissie het volgende op.

6.52 Ten tijde van het bestreden besluit bedroeg het maximale bedrag voor de door de Consumentenautoriteit geconstateerde overtreding van artikel 8.8 Whc € 450.000,- per

⁵ Zie CA/NB/437, randnrs. 6.110 t/m 6.111.

overtreding. De opgelegde boete bedraagt € 90.000,- voor overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW.

- 6.53 De Consumentenautoriteit heeft in de randnr. 94 tot en met 111 van het bestreden besluit gemotiveerd hoe zij de hoogte van de boete overeenkomstig de in artikel 5:46, tweede lid Awb genoemde criteria (ernst en duur van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan en de omstandigheden waarin de overtreder verkeert) heeft vastgesteld. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit hierbij niet slechts op algemene wijze naar de boete van € 90.000,- heeft toe geredeneerd, zoals De Block stelt, maar de hoogte van de boete heeft afgestemd op de omstandigheden van het geval van De Block. De Commissie ziet in het betoog van De Block ook geen aanleiding voor de conclusie dat de boete niet evenredig zou zijn met het met de sanctie beoogde doel. Voor wat betreft de stelling van De Block dat de doelen van speciale en generale preventie met de oplegging van de boete niet meer kunnen worden gehaald, merkt de Commissie op dat De Block uitgaat van een te beperkte reikwijdte van deze doelen. De Commissie is met de Consumentenautoriteit van oordeel dat het doel van speciale preventie erop neer komt dat met het opleggen van de sanctie wordt bereikt dat de onderneming geen overtredingen meer zal begaan en dat dit oogmerk ook in casu legitiem is. Voor wat betreft het doel van generale preventie geldt dat de stelling van De Block dat het sanctiebesluit niet aan dit doel beantwoordt, omdat zelfregulering middels de gedragscode ook andere ondernemingen in de branche raakt, niet opgaat nu met het sanctiebesluit een algemeen signaal wordt afgegeven dat bepalingen van consumentenrecht moeten worden nageleefd en overtreeders hun gedrag daarop moeten afstemmen. Overigens is in de wet ook niet de door De Block genoemde 'preventieve taak' van de Consumentenautoriteit opgenomen. Voorts acht de Commissie de hoogte van de boete niet ondeugdelijk gemotiveerd nu de Consumentenautoriteit in de genoemde randnummers van het bestreden besluit uitgebreid heeft toegelicht hoe zij tot de oplegging van het bedrag van € 90.000,- is gekomen.
- 6.54 De Block heeft aangevoerd dat de Consumentenautoriteit ten onrechte niet is ingegaan op het verweer van De Block over haar financiële situatie. Deze stelling kan naar het oordeel van de Commissie niet slagen. De Consumentenautoriteit heeft in de randnr. 107 en 108 van het bestreden besluit aangegeven dat zij heeft acht geslagen op de door De Block in het kader van het onderzoek overgelegde financiële gegevens. Alleen al daaruit blijkt dat de Consumentenautoriteit niet is voorbij gegaan aan het verweer van De Block. De Commissie is verder van oordeel dat het feit dat De Block in 2008 winst heeft geboekt en in 2009 en 2010 geen winst heeft gemaakt maar juist verliezen heeft geleden, niet betekent dat De Block de boete niet zou kunnen dragen en zelfs in haar voortbestaan wordt bedreigd. De Consumentenautoriteit moet bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening houden met de draagkracht van de overtreder⁶, maar dit leidt niet tot het oordeel dat negatieve bedrijfsresultaten tot matiging van de boete moet leiden. De Consumentenautoriteit heeft in dit verband terecht waarde gehecht aan de door De Block behaalde omzet over voorgaande jaren. Gelet op de overgelegde omzetgegevens van De Block is de Commissie van oordeel dat niet de conclusie kan worden getrokken dat de opgelegde boete onevenredig is. De

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

Consumentenautoriteit heeft dus de omstandigheden waarin De Block verkeert meegewogen en op deugdelijke wijze meegewogen.

6.55 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt ongegrond te verklaren.

Zorgvuldigheidsbeginsel

6.56 In het voorgaande heeft de Commissie geconstateerd dat de Consumentenautoriteit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat voor wat betreft het handelen in strijd met artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. De Consumentenautoriteit heeft onvoldoende overtuigend bewijs geleverd dat sprake is van een overtreding in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder k, in verbinding met f Whc. Door desondanks aan De Block een boete op te leggen, heeft de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb).

6.57 De Commissie adviseert het bezwaar op dit punt gegrond te verklaren.

6.58 De Commissie is van oordeel dat met betrekking tot de overige door De Block aangehaalde punten geen sprake is van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. De Commissie merkt daartoe op dat, anders dan De Block meent, de Consumentenautoriteit de scope van het onderzoek gedurende het onderzoek niet heeft gewijzigd (vgl. randnr. 6.5), zodat er geen sprake van is dat de Consumentenautoriteit met een geheel andere onderopzet en onderzoeksdoelen het onderzoek is gestart. Voorts acht de Commissie het niet onzorgvuldig dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit heeft afgezien van de vaststelling van overtreding van artikel 6:193g, onder j BW. De Juridische Dienst van de Consumentenautoriteit is niet gehouden om door de Afdeling Toezicht in het rapport geconstateerde overtredingen één-op-één in het sanctiebesluit over te nemen, zodat het laten vervallen van een van de twee overtredingen niet als onzorgvuldig handelen kan worden aangemerkt. Voor wat betreft de stelling van De Block dat het onzorgvuldig zou zijn dat de Consumentenautoriteit in strijd met eerdere mededelingen en behandeling van andere ondernemingen zou hebben vastgehouden aan het opleggen van een boete, merkt de Commissie op dat nu zij in het voorgaande (randnrs. 6.33 e.v. en 6.42) heeft overwogen dat de Consumentenautoriteit niet in strijd met het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld, op deze punten ook geen sprake kan zijn van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

6.59 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt ongegrond te verklaren.

7 CONCLUSIE

7.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van De Block van 9 juni 2011, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 26 mei 2011, kenmerk CA/NCB/535/18,

- gegrond te verklaren voor zover dit bezwaarschrift is gericht tegen
 - de vaststelling van de overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW;

- het ongemotiveerd terzijde schuiven van het beroep op het gelijkheidsbeginsel en het verzoek om een toezeggingstraject te mogen volgen zoals door De Block uiteengezet in haar zienswijze;
 - de motivering van de hoogte van de boete met betrekking tot de rol die de omvang van de onderneming van De Block in het kader van de evenredigheid van de boete en in vergelijking met andere ondernemingen aan wie een boete is opgelegd, speelt.
- voor het overige ongegrond te verklaren.

7.2 Aangezien het ter beslissing aan de Consumentenautoriteit staat om het bezwaarschrift van De Block 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 De Block 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.

7.3 Het advies is aldus vastgesteld te Den Haag op 5 januari 2012, door de Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit, bestaande uit prof. mr. W.H. van Boom (voorzitter), mr. P.C. Adriaanse (extern lid) en mr. O.J.D.M.L. Jansen (extern lid).

Namens de Commissie,

de voorzitter,



Prof. mr. W.H. van Boom