

De onafhankelijke Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit

Advies inzake het bezwaarschrift van

De Harense Smid B.V.,

van 9 juni 2011, ingediend namens gemachtigden mevr. mr. E.H.M. Bieleveld en de heer mr. L.J.H. Ecker

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 26 mei 2011,

met kenmerk CA/NCB/534/22

1 REIKWIJDTE ADVIES VAN DE COMMISSIE

- 1.1 Het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit (hierna: de Commissie) inzake De Harense Smid B.V. (hierna: De Harense Smid) 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 Harense Smid 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 Harense Smid van de verplichtingen uit het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) naar aanleiding van een inventariserend onderzoek naar nut en noodzaak van aankoopgarantie en naar de wijze van verkoop van aankoopgarantie. Uit het nader onderzoek is het vermoeden gerezen dat De Harense Smid 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 Harense Smid toegezonden.
- 2.4 Bij brief van 16 juli 2010 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van een besluit inzake eventuele handhaving De Harense Smid in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke of mondelinge zienswijze te geven.
- 2.5 Op 21 september 2010 heeft de Consumentenautoriteit een hoorzitting gehouden waarbij De Harense Smid mondeling haar zienswijze heeft gegeven. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 21 oktober 2010 aan De Harense Smid is toegezonden. De Harense Smid heeft bij brief van 26 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/534/22 heeft de Consumentenautoriteit:
- a) vastgesteld dat De Harense Smid 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;
 - b) aan De Harense Smid 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 Harense Smid 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 Harense Smid 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 11/2399 VBC-T1 en AWB 11/2400 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 Harense Smid 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 Harense Smid.
- 2.11 Op 6 oktober 2011 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij De Harense Smid haar bezwaren en de Consumentenautoriteit haar besluit heeft toegelicht. Deze hoorzitting

bestond uit een algemeen deel waarin de bezwaren van De Harense Smid gezamenlijk met de daarmee overlappende bezwaren van Mikro-Electro B.V., Scheer & Foppen Electro Speciaalzaken B.V. en De Block's Technische Handelsbedrijf 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 Harense Smid. Tijdens de algemene hoorzitting heeft de Commissie de Consumentenautoriteit en De Harense Smid om toezending van enige nadere informatie verzocht. Bij brief van 27 oktober 2011 heeft de Consumentenautoriteit deze informatie aan de Commissie en aan De Harense Smid gestuurd. Bij brieven van 20 oktober 2011 en 27 oktober 2011 heeft De Harense Smid 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 Harense Smid en de Consumentenautoriteit zijn toegezonden en geacht worden deel uit te maken van dit advies. Bij brief van 15 november 2011 heeft de Consumentenautoriteit naar aanleiding van het verslag van het specifieke deel nog enkele opmerkingen gemaakt, die zijn toegevoegd aan het dossier.

3 STANDPUNT DE HARENSE SMID

- 3.1 De Harense Smid heeft bezwaren aangevoerd, die hierna onder de punten 1 t/m 5 samengevat worden weergegeven.

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 randnrs. 2.1.2-2.1.11, 2.2.14)

- 3.2 De Harense Smid 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 uit het onderzoeksdoel zoals geformuleerd in het document CA/NCB/337/1.
- 3.3 De Harense Smid stelt dat het onderzoek van de Consumentenautoriteit zich richtte op het aankopen van garanties (Service Certificaten) en mogelijke schending van artikel 6:193g, onder j BW, maar dat de Consumentenautoriteit – toen bleek dat zij ten aanzien van aankoopgaranties geen wetsovertreding kon vaststellen – het in dit onderzoek vergaarde bewijs vervolgens ten grondslag heeft gelegd aan de vermeende overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW. De onderzoeksopzet en het onderzoeksdoel waren dus oorspronkelijk anders, meer beperkt. De Harense Smid 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 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

OPENBAAR

onjuiste wijze geïnterpreteerd. Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het rapport en het sanctiebesluit zijn daarom ondeugdelijk.

2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 2.1.13-2.1.23)

- 3.4 De Hareense Smid 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 Hareense Smid 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. 2.1.24-2.1.105, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 1.7, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 4-23)

- 3.5 De Hareense Smid stelt in de eerste plaats dat de Consumentenautoriteit een ondeugdelijk, onprofessioneel en niet representatief onderzoek heeft uitgevoerd. De objectieve deskundigen die De Hareense Smid en vier andere electro-specialzaken 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 en niet onafhankelijk zijn, 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.

- 3.6 De Hareense Smid stelt in de tweede plaats dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit conclusies trekt die niet door het gehele onderzoek in onderlinge samenhang gezien kunnen worden gedragen. Anders dan de Consumentenautoriteit meent, voert De Hareense Smid niet het beleid dat ertoe strekt dat aan consumenten wordt meegedeeld dat zij na het verstrijken van de fabrieksgarantie en zonder aankoopgarantie in beginsel geen (wettelijk) recht hebben op kosteloos herstel of vervanging. De Consumentenautoriteit heeft haar conclusie over het vermeende beleid van De Hareense Smid getrokken op grond van een vooringenomen interpretatie en het onvolledig en selectief citeren uit het verslag van het gesprek dat met het management op het hoofdkantoor van De Hareense Smid is gevoerd. Daarbij heeft de Consumentenautoriteit uitspraken die zijn gedaan over het regresrecht buiten hun context getrokken door die als het beleid van de Hareense Smid

- richting consumenten neer te zetten. Verder veronachtzaamt de Consumentenautoriteit informatie die op het tegendeel van haar conclusie over het beleid van De Harense Smid wijst. Zo heeft de Consumentenautoriteit het stroomschema "De Harense Smid staat borg voor uw rechten als consument" dat – ook tijdens de onderzoeksperiode - in iedere winkel van De Harense Smid aanwezig is en op de website staat en door de verkoopmedewerkers wordt gebruikt, in het sanctiebesluit niet als ontlastend materiaal meegenomen. Ook het feit dat er in het najaar van 2009 – dus tijdens de onderzoeksperiode - cursussen voor de verkoopmedewerkers werden gegeven om hen op de hoogte te brengen van de nieuwste stand van de wetgeving en jurisprudentie, is in het sanctiebesluit niet als ontlastend materiaal meegenomen. Het stroomschema en de cursussen tonen aan dat de Harense Smid al tijdens de onderzoeksperiode heeft aangetoond dat zij haar informatievoorziening aan consumenten en verkoopmedewerkers nog verder had verbeterd, maar de Consumentenautoriteit heeft dit bij de bewijswaardering genegeerd.
- 3.7 Voor wat betreft de mystery shopping bezoeken aan vier filialen van De Harense Smid geldt 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 belanghebbende juristen zijn uitgevoerd, en (v) de verslagen van ambtshandelingen veel te summier zijn opgemaakt.
- 3.8 Uit het promotiemateriaal voor de Service Certificaten van de Harense Smid leidt de Consumentenautoriteit ten onrechte af dat De Harense Smid in het kader van de verkoopbevordering van haar aankoopgarantie bij de consument de indruk doet ontstaan dat zonder aankoopgarantie en na afloop van de fabrieksgarantie steeds moet worden betaald voor reparatie van defecte producten. Nergens op de website noch in het promotiemateriaal staat dat de consument altijd moet betalen voor reparatie van defecte producten en ook volgt uit deze bronnen niet dat de consument alleen recht heeft op kosteloze reparatie als hij een Service Certificaat heeft. Bovendien bevat het promotiemateriaal op zichzelf een correcte uitleg en toelichting op het Service Certificaat. Voorts citeert de Consumentenautoriteit selectief uit het promotiemateriaal en de informatie op de website nu op de website ook de leveringsvoorwaarden aankopen bij de harensemid.nl staan en daarin de bepaling is opgenomen dat de garantietermijn geen afbreuk doet aan de wettelijke rechten van de consument.
- 3.9 De verklaringen die de Consumentenautoriteit van 2 bedrijfsleiders heeft afgenomen, zijn onder druk afgelegd met als gevolg dat de inhoud van hun verklaringen daaronder heeft geleden. Dit kan en zal hebben geleid tot ongenueanceerde en te korte verklaringen of informatieverstrekking. Verder is de verslaglegging van de gesprekken onzorgvuldig, want de verslagen zijn een subjectieve weergave van wat de toezichthouders hebben begrepen uit het gesprek of daaruit wilden begrijpen, tegen de achtergrond van het onderzoeksdoel van de Consumentenautoriteit. Bovendien zijn de bedrijfsleiders niet in de gelegenheid gesteld om hun verklaring vóór ondertekening nog eens na te lezen. Voorts heeft de Consumentenautoriteit de verklaringen onvolledig geciteerd en heeft zij daaruit alleen belastende passages geciteerd, terwijl er ook ontlastende citaten zijn. De verklaringen

kunnen dan ook niet worden gebruikt als bewijs voor de overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW.

- 3.10 Voor wat betreft de vijf gehouden consumenteninterviews geldt dat uit geen van de gesprekken blijkt of sprake was van aangetoonde non-conformiteit, terwijl de vraag naar non-conformiteit juist van essentieel belang is voor de beoordeling of de Harense Smid 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 Harense Smid in de context van die concrete gesprekken juiste of onjuiste informatie over consumentenrechten hebben verstrekt. Doordat enig duidelijk gespreksprotocol of vragenformat bij het onderzoek ontbrak, is niet duidelijk of de consumenten in kwestie wel volledig zijn geweest in hun verslag van wat De Harense Smid hen heeft meegedeeld. Ook is niet duidelijk dan wel te controleren of de Consumentenautoriteit de opmerkingen van de consumenten wel volledig en in de juiste context heeft opgeschreven. De verslagen zijn soms zeer summier. De Consumentenautoriteit legt ondanks de gebrekkige verslaglegging de verklaringen van consumenten bij twijfel over de interpretatie daarvan ten nadele van De Harense Smid uit. Bovendien hebben de consumenteninterviews geruime tijd plaatsgevonden nadat er een klacht bij ConsuWijzer was ingediend, zodat het twijfelachtig is of een consument zich (de details van) het gesprek juist kan herinneren. Verder 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.
- 3.11 Uit het eigen klachtensysteem van De Harense Smid blijkt welk beleid zij daadwerkelijk voert ten aanzien van de informatievoorziening over de wettelijke rechten van consumenten. De Consumentenautoriteit heeft de door De Harense Smid aangevoerde ontlastende voorbeelden ten onrechte niet in haar besluitvorming meegenomen. De Harense Smid stelt dat nu zij heeft aangetoond dat haar beleid inzake garantie en conformiteit niet in strijd is met de wet, er geen sprake is van een structurele inbreuk op wettelijke bepalingen. Ook is geen sprake van incidentele inbreuken die tezamen een collectieve inbreuk opleveren. Gelet op wat de door De Harense Smid Ingeschakelde deskundige en de door de andere ondernemingen ingeschakelde deskundigen naar voren is gebracht over de ondeugdelijkheid en het gebrek aan representativiteit van het onderzoek, heeft de Consumentenautoriteit geen goede kwantitatieve onderbouwing geboden voor de constatering dat De Harense Smid door middel van schending van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten heeft gepleegd.
- 4) Bestuursrechtelijke handhaving was niet de geëigende weg (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 2.2.1-2.2.11 en 2.2.15, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 2.8)*
- 3.12 De Harense Smid stelt dat bestuursrechtelijke handhaving in casu niet de geëigende weg was om te volgen. Met betrekking tot de handhaving van de Wet OHP zou de Consumentenautoriteit gelet op haar persbericht van 24 september 2008 het beleid voeren: voorlichting, zelfregulering, waarschuwing en dan uiteindelijk handhaving. Andere ondernemingen – bijv. online ticketbureaus – zijn ook conform dit beleid behandeld. De

OPENBAAR

Consumentenautoriteit is in het sanctiebesluit op dit verweer in het geheel niet ingegaan. Voorts is de Consumentenautoriteit eraan voorbij gegaan dat De Harens Smid alles in het werk heeft gesteld om de relevante wet- en regelgeving correct toe te passen binnen de onderneming: zij heeft haar website, foldermateriaal, de voorwaarden van de Service Certificaten, cursussen aan haar medewerkers nog verder verbeterd. En de Harens Smid is in samenspraak met de brancheorganisatie UNETO-VNI tot zelfregulering door middel van een gedragscode gekomen. Handhaving zou niet aan de orde moeten zijn aangezien het doel van speciale preventie door alle verbeteringen die De Harens Smid 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. Voorts stelt De Harens Smid dat de Consumentenautoriteit ook voor een toezeggingstraject had kunnen kiezen nu zij die weg in vergelijkbare gevallen – t.w. bij Paradigit Computers B.V. en Computerland B.V. - ook heeft bewandeld. De wijze waarop de Consumentenautoriteit met haar handhavingsbevoegdheid is omgesprongen, is dus onbegrijpelijk.

5) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur (aanvullend bezwaarschrift randnrs.2.2.11-2.2.13, 2.3.1-2.3.26, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 2.1-4.2)

Gelijkheidsbeginsel

- 3.13 De Harens Smid 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 van meer dan wel 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. 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 Harens Smid - 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.
- 3.15 Verder stelt De Harens Smid 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 Harens Smid en vier andere ondernemingen onderzocht omdat zij aankoopgaranties in eigen beheer aan consumenten verkochten. Ondernemingen die hun

OPENBAAR

bijkoopgaranties hebben ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij (bijvoorbeeld markt-leider 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 bijkoopgaranties naar informatieverstrekking aan consumenten in het algemeen en daarmee de initiële beweegredenen wegviel om een onderneming als MediaMarkt 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 De Harensse Smid stelt dat de Consumentenautoriteit ondanks de zienswijze van De Harensse Smid hierover in het sanctiebesluit niet heeft gemotiveerd waarom het gelijkheidsbeginsel niet zou zijn geschonden.

Vertrouwensbeginsel

- 3.17 De Harensse Smid 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 – De Harensse Smid direct een substantiële boete heeft opgelegd en tot openbaarmaking van het sanctiebesluit heeft besloten.

Subsidiariteitsbeginsel

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

Motiveringsbeginsel

- 3.19 De Harensse Smid stelt dat de Consumentenautoriteit het sanctiebesluit onvoldoende en ondeugdelijk heeft onderbouwd. De afzonderlijke bewijsmaterialen zijn elk voor zich, maar ook in hun onderlinge samenhang bezien, te zwak om als onderbouwing te dienen voor de conclusie dat sprake is van een consistent beleid binnen de onderneming dat de consument buiten de fabrieksgarantie altijd betaalt of meebetaalt aan reparaties en dat daarmee sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. De Harensse Smid stelt verder dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit op het overgrote deel van de gemotiveerde en onderbouwde verweren en weerleggingen van De Harensse Smid zoals uiteengezet in haar zienswijze, niet is ingegaan, laat staan die gemotiveerd heeft weerlegd. Meest opvallend daarbij is dat de Consumentenautoriteit in haar besluitvorming nauwelijks tot geen aandacht heeft besteed aan de vernietigende kritiek van vijf onafhankelijke deskundigen – waaronder de heer Zegwaart - op het door haar uitgevoerde onderzoek voor wat betreft zowel de kwantitatieve als de kwalitatieve onderbouwing. Verder heeft de Consumentenautoriteit niets gedaan met alle bewijsmaterialen die de electro-speciaalzaken hebben aangedragen, zoals bijvoorbeeld voorbeelden van reparatierapporten, en die haaks

staan op het beeld van hun beleid zoals dat uit de onderzoeksrapporten van de Consumentenautoriteit naar voren komt.

Evenredigheidsbeginsel

- 3.20 De Harense Smid 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 stelt te dienen. Voorts stelt De Harense Smid dat de boete haar zodanige financiële en reputatieschade zullen opleveren dat zij voor haar voortbestaan vreest. De liquiditeitspositie van De Harense Smid is bovendien dusdanig dat zij een boete van € 90.000,- niet zal kunnen dragen. De Consumentenautoriteit is ten onrechte nauwelijks ingegaan op de verweren van De Harense Smid over haar financiële situatie.

Zorgvuldigheidsbeginsel

- 3.21 De Harense Smid 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 Harense Smid 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. 8-10, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 5-6)

- 4.2 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) bijkoopgarantie, 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 Harense Smid 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 Harense Smid 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. Met het vaststellen van de onderhavige overtreding is dan ook geen sprake geweest van een onaanvaardbare wijziging in de scope van de 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.

Ad bezwaarpunt 2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit (schriftelijke toelichting randnrs. 13-17, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 9-13)

- 4.3 De Consumentenautoriteit stelt in het sanctiebesluit wel degelijk oog te hebben gehad voor de nuances die de wettelijke bepalingen over garantie en conformiteit kenmerken. In dit verband is de tekst van randnr. 71 van het sanctiebesluit van cruciaal belang. Met deze passage heeft de Consumentenautoriteit niet zozeer, zoals De Harense Smid stelt, de wet- en regelgeving gereduceerd tot glasheldere regels, maar wordt tot uitdrukking gebracht dat De Harense Smid een uitgangspunt hanteert – nl. altijd betalen voor reparaties na de fabrieksgarantie – dat lijnrecht staat tegenover het uitgangspunt 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 aankoopgarantie – verteld dat deze na de fabrieksgarantie moet betalen voor de reparatie van een defect product en (2) ingeval de consument na de fabrieksgarantie een defect product ter reparatie aanbiedt, meegedeeld dat deze moet betalen voor de reparatie. Daardoor wordt de consument onjuist voorgelicht over zijn wettelijke rechten met betrekking tot garantie en conformiteit. Deze onjuiste 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 Harense Smid 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. 18-25, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 7-8, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 5-13)

- 4.4 De Consumentenautoriteit stelt dat de vijf bewijsmiddelen in hun onderlinge samenhang beschouwd een samenhangend beeld opleveren van de strekking van de informatie over

garantie en conformiteit die De Harens Smid aan de consument geeft. Juist de onderlinge samenhang van de voorliggende bewijzen maakt aannemelijk dat sprake is van een overtreding met gevolgen voor de collectieve consumentenbelangen omdat de bewijzen elkaar bevestigen en versterken. De Consumentenautoriteit heeft voldoende bewijsmateriaal aanwezig geacht voor de vaststelling dat De Harens Smid een beleid hanteert dat tot gevolg heeft dat haar medewerkers aan de consument mededelen dat na de fabrieksgarantie moet worden betaald voor reparaties van een defect product.

- 4.5 De Consumentenautoriteit stelt dat De Harens Smid met het door haar overgelegde Zegwaart-rapport miskent dat de bewijsmiddelen in hun onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. Bovendien gaat dit rapport van eisen uit die worden gesteld aan marktonderzoek, terwijl de onderzoeken bestaande uit het mystery shoppen bij drie filialen en de telefonische interviews van consumenten geen marktonderzoeken waren. De Consumentenautoriteit is niet gehouden een aan alle wetenschappelijke criteria voldoende marktonderzoek te verrichten om tot een bewezenverklaring van de feiten te komen en daarop een overtreding te baseren. 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.
- 4.6 De Consumentenautoriteit stelt dat uit het verslag van het gesprek dat met de directie van De Harens Smid is gevoerd blijkt dat het beleid van De Harens Smid tot gevolg heeft dat door haar medewerkers aan de consument mededelingen worden gedaan met de strekking dat de consument buiten de fabrieksgarantie in beginsel geen wettelijke rechten heeft ten aanzien van kosteloos herstel of vervaging van een non-conform product. De door De Harens Smid aangehaalde citaten uit dit verslag zijn niet van dien aard dat zij de constatering van de Consumentenautoriteit kunnen ontkrachten dat De Harens Smid buiten de fabrieksgarantietermijn zal proberen om (een deel van) de reparatiekosten op de fabrikant te kunnen verhalen en afhankelijk daarvan de consument al dan niet (gedeeltelijk) tegemoet komt in de reparatiekosten. De Consumentenautoriteit ziet dus het ontlastende karakter van die citaten niet in.
- 4.7 Ten aanzien van het door De Harens Smid gebruikte stroomschema "De Harens Smid staat borg voor uw rechten als consument" waarin de wettelijke rechten van de consument worden uiteengezet, stelt de Consumentenautoriteit dat deze op 30 oktober 2009 nog slechts vier maanden oud was en op dat moment nog niet voor de consument beschikbaar was, behalve via de website. Het stroomschema was wel in de filialen aanwezig zodat het door het winkelpersoneel kon worden geraadpleegd maar dat doet niet af aan de mededelingen die worden gedaan aan de consument wanneer die een defect geraakt product retourneert. Het stroomschema is dus niet ontlastend. Hetzelfde geldt voor de cursus voor medewerkers van De Harens Smid, die dateert van het najaar van 2009. De Consumentenautoriteit stelt dat zij daarom het bestaan van het stroomschema en de cursus bij haar beoordeling terecht niet heeft meegenomen.
- 4.8 De Consumentenautoriteit stelt dat het gegeven dat de in het promotiemateriaal voor aankoopgarantie opgenomen reclamebeweringen op zichzelf toelaatbaar zijn, niet in de weg staat aan de constatering dat die reclamebeweringen mede de indruk wekken dat na de

fabrieksgarantie altijd moet worden betaald voor herstel of vervanging, tenzij bijkoopgarantie is gekocht. Voor het mede wekken van die indruk is evenmin vereist dat in de reclamebewerkingen expliciet wordt gesteld dat na de fabrieksgarantie altijd moet worden betaald. De mededeling op de website dat de garantietermijn geen afbreuk doet aan de wettelijke rechten van de consument vindt de Consumentenautoriteit niet ontlastend omdat deze mededeling te algemeen van aard is en – in tegenstelling tot het foldermateriaal - niet actief bij de consument onder de aandacht wordt gebracht.

- 4.9 Ten aanzien van de verklaringen van de twee (assistent-)bedrijfsleiders stelt de Consumentenautoriteit dat het evident is dat zij kan uitgaan van hetgeen door haar toezichthoudend ambtenaren gehoorde personen verklaren. De Harense Smid 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 Harense Smid heeft niet aannemelijk gemaakt dat de verklaringen ten gevolge van de ervaren druk feitelijk onjuist zijn. Voorts beschouwt de Consumentenautoriteit de delen van de verklaringen waarop De Harense Smid heeft gewezen niet als ontlastend omdat die de constatering niet wegnemen dat aanvankelijk feitelijk onjuiste en misleidende informatie aan de consument is verstrekt over zijn wettelijke rechten.
- 4.10 Wat betreft de vijf telefonische interviews van consumenten 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 Harense Smid meedeelt dat de consument moet betalen voor herstel of vervanging omdat de fabrieksgarantie is verstreken. Wat betreft het door De Harense Smid 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.
- 4.11 De door De Harense Smid aangedragen voorbeelden van klachtafhandeling uit haar eigen klachtregistratiesysteem zijn volgens de Consumentenautoriteit allerm minst ontlastend. Uit de voorbeelden blijkt veeleer dat de consument eerst de volledige rekening wordt gepresenteerd. Pas daarna – als de consument voet bij stuk houdt – vindt er discussie plaats over de vraag of sprake is van non-conformiteit en over de vraag welke verdeling van de kosten redelijk zou zijn. Het heeft dan ook voor De Harense Smid geen nadelige gevolgen gehad dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit niet op deze voorbeelden is ingegaan.
- 4.12 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.

- 4.13 *Ad bezwaarpunt 4) Bestuursrechtelijke handhaving was niet de geëigende weg (schriftelijke toelichting randnr. 26-29, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 14)*
- 4.14 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 consumentenelektronicabranche (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. Het kan de Consumentenautoriteit niet worden verweten dat de branche de zaken op hun beloop heeft gelaten en pas onder druk van handhavend optreden een gedragscode is gaan ontwerpen. De Consumentenautoriteit heeft anders dan De Harense Smid lijkt te betogen, geen taak bij de totstandkoming van zelfregulering. De Consumentenautoriteit is verder van oordeel dat zij gedurende het totstandkomingsproces van de gedragscode die inmiddels het levenslicht heeft gezien, niet op afstand hoefde te blijven.
- 4.15 De Consumentenautoriteit stelt dat het feit dat zij in andere gevallen ondernemingen wel eerst heeft gewaarschuwd, niet betekent dat zij dat in het geval van De Harense Smid ook had moeten doen. De Consumentenautoriteit heeft een discretionaire bevoegdheid om de haar ter beschikking staande middelen in te zetten als zij een overtreding vaststelt. In ieder afzonderlijk geval beoordeelt de Consumentenautoriteit welk instrument het meest geschikt is om een optimale bescherming van de consument en het consumentenvertrouwen te bereiken. Dat is gelet op de beperkte capaciteit waarover de Consumentenautoriteit beschikt, ook noodzakelijk. In casu is meegewogen dat de oneerlijke handelspraktijk naar haar aard aanzienlijke schade kan toebrengen aan het consumentenvertrouwen. Verder heeft het onderwerp garantie en conformiteit ook media- en politieke aandacht gekregen en is het onderwerp besproken bij en met UNETO-VNI; al deze aandacht heeft er evenwel niet – althans pas in een laat stadium - toe geleid dat De Harense Smid de consument beter ging informeren. Voorts geldt dat niet kan worden volgehouden dat de Consumentenautoriteit steeds moet wachten met handhaven om overtreders de gelegenheid te geven de overtreding te beëindigen, omdat een effectieve handhaving daardoor onmogelijk zou worden.
- 4.16 De Consumentenautoriteit stelt dat het opleggen van een boete aan De Harense Smid vanuit generaal en speciaal preventief oogpunt wel degelijk zinvol is. Generale preventie ziet niet alleen op de branchegenoten van De Harense Smid maar op het afschrikken van iedere potentiële overtreder. Speciale preventie ziet niet alleen op het voorkomen van de in het sanctiebesluit vastgestelde overtreding maar ook van andere overtredingen.

Ad bezwaarpunt 5) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur (schriftelijke toelichting randnrs. 11-12, 30-36, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011)

Gelijkheidsbeginsel

- 4.17 De Consumentenautoriteit stelt dat De Harense Smid samen met drie andere ondernemingen uit de branche is beboet en dat een vierde onderneming al enige maanden eerder was beboet. In zoverre kan geen sprake zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel. De onderneming uit de branche aan wie een last onder dwangsom is opgelegd, had een andere overtreding dan De Harense Smid begaan zodat reeds daarom het gelijkheidsbeginsel niet op die situatie kan zien.
- 4.18 Ten aanzien van het argument van De Harense Smid dat de Consumentenautoriteit ten onrechte ondernemingen die hun aankoopgarantie bij een verzekeraar hadden ondergebracht niet verder heeft onderzocht, 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 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 Harense Smid werd gecontinueerd.
- 4.19 Dat de Consumentenautoriteit alleen onderzoeken instelt bij ondernemingen met fysieke winkels mist feitelijke grondslag, nu de Consumentenautoriteit in het verleden onderzoeken heeft ingesteld en sancties heeft opgelegd aan velerlei bedrijven die geen fysieke winkels hadden.
- 4.20 Voor wat betreft de door De Harense Smid 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.
- 4.21 Wat betreft de toezeggingen van bedrijven die de Consumentenautoriteit in het verleden heeft geaccepteerd, merkt de Consumentenautoriteit op dat deze bedrijven hebben toegegeven dat zij de Whc hadden overtreden en de overtredingen hebben beëindigd. Van gelijke gevallen is daarom geen sprake.

Vertrouwensbeginsel

- 4.22 De Consumentenautoriteit stelt dat van strijd met het vertrouwensbeginsel geen sprake is nu het niet haar beleid is om altijd eerst te waarschuwen en branches de gelegenheid te geven tot zelfregulering alvorens als ultimatum remdium een boete op te leggen. Een dergelijk beleid kan ook niet uit haar beschikkingenpraktijk worden afgeleid.

Subsidiariteitsbeginsel

- 4.23 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

- 4.24 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 Harens Smid in aanmerking heeft genomen. Dat heeft de Consumentenautoriteit gedaan door de bewijsmiddelen en de kwalificatie daarvan goed tegen het licht te houden. Op die manier is tegemoet gekomen aan de stellingen van De Harens Smid met betrekking tot de (correcte) weergave van citaten. Daarnaast heeft de Consumentenautoriteit de inhoudelijke verweren van De Harens Smid bij haar beoordeling betrokken. Ook de hoogte van de boete is uitgebreid gemotiveerd en de stellingen van De Harens Smid ten aanzien van het opleggen van een boete en de hoogte daarvan zijn in het sanctiebesluit meegewogen. Een deugdelijke motivering brengt niet met zich dat ieder door de overtreder aangevoerd argument moet worden weerlegd of tot een (nadere) motivering moet leiden.

Evenredigheidsbeginsel

- 4.25 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.
- 4.26 De Harens Smid 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 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 Harens Smid afkomstig waren uit de jaarrekening. Op basis van die gegevens is de Consumentenautoriteit van oordeel dat het niet waarschijnlijk is dat De Harens Smid ten gevolge van het opleggen van de boete failliet raakt.

Zorgvuldigheidsbeginsel

- 4.27 De Consumentenautoriteit stelt dat voor wat betreft de door De Harens Smid 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 ampele overweging 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 ze heeft geoordeeld dat gelet op 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 Harense Smid gezonden en heeft De Harense Smid op 21 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 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 geleverd kan worden.
5. Herstel of vervanging kan bij een consumentenkoop van de verkoper niet geleverd 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 geleverd 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 Harens Smid 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 Harens Smid 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 Harens Smid 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 Harens Smid niet alleen een onjuiste interpretatie is gegeven van het door de Consumentenautoriteit aangegeven onderzoeksdoel, maar ook dat geen sprake is van een wijziging in de scope van dat onderzoek. Immers, de Consumentenautoriteit heeft het onderzoeksdoel (CA/NCB/337/1) aldus geformuleerd dat "[wij] met het onderzoek willen aantonen of het kopen van die producten zin heeft en of het bijkopen van die producten er toe leidt dat de ondernemingen op hun simpele manier hun verplichtingen op het gebied van garantie en conformiteit uit de weg gaan." Gelet op het woordgebruik van 'aantonen of' blijkt uit dit onderzoeksdoel naar het oordeel van de Commissie alleen 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.

- 6.5 De Commissie ziet niet in dat en waarom de Consumentenautoriteit gelet op dit onderzoeksdoel het onderzoek naar de elektronica-speciaalzaken op vooringenomen wijze zou hebben verricht. Het onderzoeksdoel laat immers de mogelijkheid open dat, wanneer de Consumentenautoriteit tijdens haar onderzoek tot de slotsom zou komen dat De Harense Smid 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 Harense Smid 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.
- 6.6 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/337/1) is geformuleerd, betreft "het verkrijgen van informatie omtrent de werkwijze van de ondernemingen met betrekking tot 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.
- 6.7 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.
- 6.8 De Commissie adviseert de bezwaren van De Harense Smid 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

- 6.9 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 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 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.

- 6.10 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 Harense Smid stelt, doet niet af aan de gelding van dit uitgangspunt. De Harense Smid 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 Harense Smid mededelingen heeft gedaan die tegengesteld zijn aan dan wel anderszins in strijd zijn met dit wettelijke uitgangspunt. Hieraan doet niet af dat, zoals De Harense Smid 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 jo. 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.

- 6.11 Een andere vraag is evenwel of de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat De Harense Smid een met de wet tegengesteld

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

uitgangspunt hanteert en derhalve een beleid hanteert dat tot gevolg heeft dat de consument op structurele basis wordt medegeedeeld 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).

- 6.12 Ten overvloede 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 Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) volgt dat het op de weg van een professionele en ervaren marktpartij, in dit geval De Harense Smid, ligt om zichzelf tijdig op de hoogte te stellen van de reikwijdte van wettelijke bepalingen. Ook ontslaat de mogelijke complexiteit daarvan De Harense Smid 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 Harense Smid - 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
- 6.13 De Commissie adviseert de bezwaren van De Harense Smid 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

- 6.14 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 30 oktober 2009 van de directie en het management van De Harense Smid;
 - verklaringen van 8 oktober 2009 en 9 oktober 2009 van twee bedrijfsleiders van De Harense Smid;
 - mededelingen van verkopers tijdens het zogenaamde mystery shoppen;
 - promotiemateriaal voor de aankoopgarantie;
 - informatie over aankoopgarantie op de website van De Harense Smid;
 - verklaringen van vijf consumenten die zich met een defect geraakt product hadden gemeld bij De Harense Smid.
- 6.15 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

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.

OPENBAAR

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

- 6.16 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 Harense Smid 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 Harense Smid 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.
- 6.17 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 Harense Smid gevoerde beleid ertoe leidt dat haar verkopers aan consumenten die geen aankoopgarantie hebben gekocht, meedelen dat zij na de fabrieksgarantie in beginsel altijd een deel moeten meebetalen voor herstel of vervanging van een gebrekkig product (vgl. randnrs. 19 en 21 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

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

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. In het onderstaande gaat de Commissie na in hoeverre de Consumentenautoriteit in dit verband in haar bewijsvoering is geslaagd.

- 6.18 De Consumentenautoriteit leidt het feit dat De Harense Smid een beleid voert dat erop is gericht dat aan consumenten wordt meegedeeld dat zij moeten (mee)betalen voor reparaties buiten de fabrieksgarantietermijn af uit hetgeen door de directeur, de servicemanager en de logistiek directeur van De Harense Smid op 30 oktober 2009 is verklaard. De Commissie is in de eerste plaats van oordeel dat uit de verklaringen van de directeur, de servicemanager en de logistiek directeur van De Harense Smid niet blijkt dat het doen van de onjuiste mededelingen wordt aangestuurd vanuit de organisatie van de onderneming. Weliswaar worden er in het gesprek uitspraken gedaan aan de hand waarvan kan worden afgeleid dat De Harense Smid er vanuit gaat dat de consument doorgaans de kosten van reparatie draagt. Maar uit het gesprek in zijn geheel beschouwd komt niet een beeld naar voren als zou De Harense Smid het gewraakte beleid voeren. Bovendien is tijdens het gesprek door De Harense Smid naast de passages uit het gesprek die de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit heeft aangehaald, aangegeven dat zij na de fabrieksgarantie het consumentenrecht toepast omdat zij dan de rekening naar een ander (dan de consument) kan sturen (CA/NCB/337/23, p. 8). Met deze uitspraak werd geduid op de situatie dat er geen extra garantie is bijgekocht. Voorts wordt in het gesprek aangegeven dat als sprake is van non-conformiteit, dat dan betekent dat de eerste twee jaar, als de leverdatum dus minder dan twee jaar geleden is, de reparatie gratis wordt uitgevoerd of als reparatie niet meer mogelijk is, het product de eerste twee jaar kosteloos wordt omgeruild (p. 10). Verder is in het gesprek het stroomschema ‘De Harense Smid staat borg voor uw rechten als consument’ aan de orde gekomen (CA/NCB/337, 19, 21 en 23). Dit stroomschema is volgens De Harense Smid in iedere winkel aanwezig en staat op de website van De Harense Smid. De toezichhouders van de Consumentenautoriteit hebben dit stroomschema tijdens de twee gesprekken met de bedrijfsleiders ook ontvangen. In het stroomschema wordt een correcte weergave gegeven van de garantierechten van de consument, zodat naar het oordeel van de Commissie ook in zoverre niet vaststaat dat De Harense Smid daadwerkelijk een beleid hanteert dat erop is gericht dat aan consumenten wordt meegedeeld dat zij moeten (mee)betalen voor reparaties buiten de fabrieksgarantietermijn. Dat dit stroomschema niet voor de consument beschikbaar zou zijn, zoals de Consumentenautoriteit heeft aangevoerd (randnr. 24 schriftelijke toelichting), doet – wat daar ook van zij - hieraan niet af nu het erom gaat of het gewraakte beleid op directieniveau wordt uitgedragen; het bestaan van het stroomschema vormt een indicatie dat van het voeren van het gewraakte beleid geen sprake is.
- 6.19 Voor wat betreft de verklaringen van de bedrijfsleiders (CA/NCB/337/19 en 21) geldt dat beide bedrijfsleiders weliswaar hebben verklaard dat – kort gezegd – de consument ingeval

van een defect product na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn dient te betalen voor reparatie van het product, maar naar het oordeel van de Commissie kan aan de hand van deze verklaringen alleen nog niet worden vastgesteld dat De Harense Smid als onderneming an sich dit ook als beleid hanteert. De verklaringen leveren geen bewijs op dat het beleid van De Harense Smid gericht is op het doen van misleidende mededelingen. Het is de Commissie overigens niet gebleken dat, zoals De Harense Smid stelt, de verklaringen van de bedrijfsleiders onder druk zouden zijn verkregen. De bedrijfsleiders is de cautie gegeven en zij hebben hun verklaring ondertekend en zij zijn daarop later niet meer teruggekomen. De verklaringen dienen dan ook niet als onrechtmatig verkregen bewijs terzijde te worden gesteld.

- 6.20 Uit de in het sanctiebesluit (randnrs. 25-26) aangehaalde citaten van het promotiemateriaal voor de aankoopgarantie (CA/NCB/337/5, bijlage 1) en informatie op de website (CA/NCB/337/8, bijlage 3) concludeert de Consumentenautoriteit dat De Harense Smid in het kader van de verkoopbevordering van het All-in ServiceCertificaat bij de consument de indruk doet ontstaan dat zonder aankoopgarantie en na afloop van de fabrieksgarantie steeds moet worden betaald voor reparatie van defecte producten (randnr. 27 sanctiebesluit). 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 het All-in ServiceCertificaat aan, 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 in elk geval niet worden afgeleid dat De Harense Smid het beleid voert dat de consument na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn in beginsel voor reparaties moet betalen. Daar komt bij dat in de 'Leveringsvoorwaarden aankopen bij de haresesmid.nl' die op de website van De Harense Smid staan (CA/NCB/337/8, bijlage 5), staat dat de garantietermijn geen afbreuk doet aan de wettelijke rechten van de consument. De Consumentenautoriteit heeft ten aanzien van deze zinsnede aangegeven dat deze mededeling – nu niet wordt uiteengezet wat die wettelijke rechten inhouden – te algemeen van aard is. Daarmee lijkt de Consumentenautoriteit te suggereren dat op De Harense Smid 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 Harense Smid 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.
- 6.21 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 shoppings. De Consumentenautoriteit heeft bij vier verschillende filialen een mystery shopping bezoek gebracht, maar heeft de gedragingen en uitlatingen van verkoopmedewerkers zoals die in drie gevallen van mystery shopping zijn gedaan in het bestreden besluit opgenomen (CA/NCB/337/6, CA/NCB/337/18, CA/NCB/337/20); de Consumentenautoriteit heeft de resultaten van het mystery shoppingbezoek in Rosmalen

OPENBAAR

(CA/NCB/337/2) in het sanctiebesluit ongemotiveerd buiten beschouwing gelaten. De Harens Smid heeft ten aanzien van het bewijsmiddel van mystery shopping 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.

- 6.22 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 Harens Smid 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.
- 6.23 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 gemoeide 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 twijfelen aan de juistheid van de verslaglegging van de toezichthouders. Het verslag dat wordt gepresenteerd dient zo 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 Harens Smid in Amersfoort op 14 april 2009 (CA/NCB/337/6) 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

OPENBAAR

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 zou zijn; 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.

- 6.24 De Commissie is gelet op het bovenstaande van oordeel dat voor de mystery shopping bezoeken niet de eisen behoren te gelden die De Harens Smid 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 Harens Smid getrokken parallel met de voor de uitvoering van marktonderzoeken geldende eisen, zoals uiteengezet in de rapportage van de heer Zegwaardt 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 de Consumentenautoriteit heeft 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 Harens Smid, kunnen niet zonder meer worden gedaan op basis van dergelijk onderzoek.
- 6.25 Een laatste categorie bewijsmiddelen betreft zes verklaringen van consumenten afgelegd tegenover de Consumentenautoriteit. Deze consumenten zijn naar aanleiding van hun klachten bij ConsuWijzer (zie CA/NCB/337/26 en CA/NCB/337/27) nagebeld door de Consumentenautoriteit (CA/NCB/337/9, CA/NCB/337/11, CA/NCB/337/12, CA/NCB/337/13 en CA/NCB/337/14). Vijf van de zes verklaringen van consumenten worden genoemd in het sanctiebesluit. De Consumentenautoriteit heeft een verklaring in het sanctiebesluit buiten beschouwing gelaten omdat uit het gespreksverslag niet op te maken is welke informatie van de zijde van De Harens Smid aan de consument is gegeven. De vijf verklaringen hebben betrekking op consumenten die bij De Harens Smid resp. een koelvriescombinatie, een wasmachine en een televisie hadden gekocht en die met De Harens Smid 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 Harens Smid 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

OPENBAAR

was verstreken. De consumenten zijn daarmee onjuist voorgelicht, aldus de Consumentenautoriteit. Overigens leidt de Commissie uit de vijf 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. 32 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.

- 6.26 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 Harens Smid een beleid hanteert dat tot gevolg heeft dat aan consumenten wordt medegedeeld dat ze na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn altijd moeten (mee)betalen voor reparaties. Weliswaar valt uit de bewijsmiddelen af te leiden dat er gevallen zijn geweest waarin De Harens Smid 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. Het materiaal dat De Harens Smid ter ontlasting van het begaan van de overtreding heeft aangedragen – met name het stroomschema 'De Harens Smid staat borg voor uw rechten als consument' – , wijst overigens ook niet op het bestaan van een collectieve inbreuk op de belangen van consumenten. 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 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.
- 6.27 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt gegrond te verklaren. De overige bezwaren van De Harens Smid op dit punt behoeven daarmee geen bespreking meer.
- 6.28 Ten overvloede plaatst de Commissie wel 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 zo mogelijk 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.

- 6.29 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 Harense Smid heeft de gevolgde gang van zaken daarbij betwist. De Harense Smid 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 ongeveer 50 meldingen bij ConsuWijzer zijn gedaan (CA/NCB/337/26 en 27), daarvan zijn blijkens het rapportdossier maar zes verklaringen van consumenten afgenomen (CA/NCB/337/9 tot en met CA/NCB/337/14). In het rapportdossier staat dat ongeveer 40 van de 50 meldingen gaan over consumenten die te horen hebben gekregen van De Harense Smid dat zij moeten betalen voor een reparatie of vervanging. Toezichthouders van de Consumentenautoriteit hebben zes consumenten gebeld die een melding hadden gedaan over een garantiekwestie (randnr. 50 van het rapport). Het is de Commissie niet geheel duidelijk hoeveel meldingen de door de Consumentenautoriteit in de brief van 27 oktober 2011 genoemde 'relevante' meldingen betreffen – dus of dit nu alleen de 6 nagebelde consumenten betreffen of de in het rapport genoemde 40 meldingen - en hoeveel mensen er dus feitelijk op de bellijst stonden. De Commissie vermoedt dat er maar 6 consumenten op de bellijst stonden, maar dit blijkt niet duidelijk uit het dossier. 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, deze onduidelijkheid had kunnen voorkomen. Dit betekent naar het oordeel van de Commissie echter niet dat de consumentenverklaringen op zich onbruikbaar bewijsmateriaal

OPENBAAR

opleveren. De Commissie geeft de Consumentenautoriteit in overweging om de hiervoor genoemde gestandaardiseerde handelswijze op te stellen.

Ad bezwaarpunt 4) Bestuursrechtelijke handhaving was niet de geëigende weg

- 6.30 De Commissie volgt De Harense Smid niet in haar betoog dat bestuursrechtelijke handhaving in casu niet de geëigende weg was. 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 Harense Smid en haar branchegeenoten 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".
- 6.31 Ook het feit dat de Consumentenautoriteit ondernemingen in andere bedrijfstakken (online ticketbureaus) die vergelijkbare overtredingen als De Harense Smid hebben begaan, eerst een waarschuwing en kans op verbetering heeft gegeven alvorens handhavend op te treden, betekent niet 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. De Harense Smid 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. De Commissie neemt hierbij in aanmerking dat De Harense Smid 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 Harense Smid 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, 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.
- 6.32 Gelet op het voorgaande is de Commissie, met de Consumentenautoriteit, voorts van oordeel dat De Harense Smid jaren de gelegenheid heeft gehad om met haar

OPENBAAR

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. 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.

- 6.33 Voor wat betreft de stelling van De Harense Smid dat de doelen van speciale en generale preventie met de oplegging van de boete niet meer kunnen worden gehaald en er zodoende geen plaats meer is voor bestuursrechtelijke handhaving, merkt de Commissie op dat De Harense Smid 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 Harense Smid 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 overtreders hun gedrag daarop moeten afstemmen.
- 6.34 Voor wat betreft de vraag of de Consumentenautoriteit een toezeggingstraject ex artikel 2.23 Whc had moeten aanbieden, stelt de Commissie voorop dat ook 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 (zoals bijvoorbeeld ten aanzien van Garant-o-Matic), doet in beginsel niet af aan de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om in de onderhavige zaak handhavend op te treden tegen geconstateerde overtredingen.
- 6.35 De Harense Smid 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 Harense Smid een toezeggingstraject aan te bieden. Daartoe geldt dat de Commissie, anders dan De Harense Smid doet, uit de door haar overgelegde stukken niet afleidt dat het volgen van een toezeggingstraject specifiek ten aanzien van De Harense Smid (en Scheer & Foppen, De Block en Mikro-Electro) 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 Harense Smid 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 uitsluitel. Gelet op het voorgaande houdt de Commissie het ervoor dat, zoals de Consumentenautoriteit heeft aangegeven, ten aanzien van De Harense Smid 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.

- 6.36 Overigens komt het de Commissie voor dat de zaken van Computerland en Paradigit enerzijds en de zaak van De Harense Smid 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 Harense Smid was afgerond, de tijd van alleen voorlichting

geven voorbij was en De Harense Smid 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.

- 6.37 De Commissie adviseert de bezwaren van De Harense Smid op dit punt ongegrond te verklaren.

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

Gelijkheidsbeginsel

- 6.38 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 bijkoopgarantie 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 Harense Smid 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. 6.6 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 Harense Smid bepleite verbreding van het onderzoek naar ondernemingen die hun bijkoopgarantie bij verzekeraars hebben ondergebracht, niet hebben betekend dat de handelspraktijken van De Harense Smid niet verder zouden worden onderzocht. Het buiten het onderzoek houden van deze delen van de branche leidt dus niet tot onrechtmatigheid van het sanctiebesluit.
- 6.39 De Commissie verwijst voor wat betreft de bespreking van de stelling van De Harense Smid dat de Consumentenautoriteit De Harense Smid ten opzichte van ondernemingen in andere bedrijfstakken (online ticketbureaus) ongelijk heeft behandeld, naar hetgeen zij in randnr. 6.31 hierboven heeft opgemerkt.
- 6.40 Voor wat betreft de bespreking van de stelling van De Harense Smid dat de Consumentenautoriteit De Harense Smid een toezeggingstraject had moeten aanbieden nu zij dat in vergelijkbare zaken – Computerland en Paradigit ook heeft gedaan, verwijst de Commissie naar hetgeen zij in randnrs. 6.34-6.36 hierboven heeft opgemerkt.
- 6.41 De Commissie adviseert de bezwaren van De Harense Smid op dit punt ongegrond te verklaren.

Vertrouwensbeginsel

- 6.42 De Commissie verwijst voor wat betreft de bespreking van de stelling van De Harense Smid dat de Consumentenautoriteit het vertrouwensbeginsel heeft geschonden, naar hetgeen zij in randnrs. 6.30-6.31 hierboven heeft opgemerkt. Het beroep van De Harense Smid op het vertrouwensbeginsel gaat niet op.
- 6.43 De Commissie adviseert de bezwaren van De Harense Smid op dit punt ongegrond te verklaren.

Subsidiariteitsbeginsel

- 6.44 De Commissie verwijst voor wat betreft de bespreking van de stelling van De Harense Smid dat de Consumentenautoriteit het subsidiariteitsbeginsel heeft geschonden, naar hetgeen zij in randnr. 6.31 hierboven heeft opgemerkt.
- 6.45 De Commissie adviseert de bezwaren van De Harense Smid 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 Harense Smid heeft aangevoerd dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit op het overgrote deel van de gemotiveerde en onderbouwde verweren van De Harense Smid 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 Harense Smid ingebrachte zienswijzen niet altijd even expliciet naar voren komt, is het de Commissie niet gebleken dat de Consumentenautoriteit de zienswijzen van De Harense Smid zonder meer terzijde heeft gelegd. Zo begrijpt de Commissie dat de Consumentenautoriteit, zonder het rapport van de heer Zegwaart expliciet te noemen, in randnr. 75 van het bestreden besluit op dit rapport is ingegaan. Daarnaast is de Consumentenautoriteit getuige bijvoorbeeld randnrs. 71 en 76 op bepaalde zienswijzen van De Harense Smid 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

OPENBAAR

de zienswijze van De Harense Smid dat eerst het traject van voorlichting en het komen tot zelfregulering zou moeten worden gevolgd (randnr. 88). Hoewel het aan De Harense Smid 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 Harense Smid 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 Harense Smid op het gelijkheidsbeginsel (randnrs. 4.26 tot en met 4.29 zienswijze) en het verzoek om een toezeggingstraject te mogen volgen (paragraaf 5 zienswijze). 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 Harense Smid over dit punt, nu De Harense Smid in dit verband een onderbouwd beroep heeft gedaan op vergelijkbare andere 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 Harense Smid 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.⁴ De Commissie verwijst daarnaar. Over de hoogte van de opgelegde boete aan De Harense Smid 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 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 randnrs. 89 tot en met 106 van het bestreden besluit gemotiveerd hoe zij de hoogte van de boete overeenkomstig de in artikel 5:46, tweede lid

⁴ Zie CA/NB/437, randnrs. 6.110 t/m 6.111.

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 Harense Smid stelt, maar de hoogte van de boete heeft afgestemd op de omstandigheden van het geval van De Harense Smid. De Commissie ziet in het betoog van De Harense Smid 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 Harense Smid dat de doelen van speciale en generale preventie met de oplegging van de boete niet meer kunnen worden gehaald, verwijst de Commissie naar hetgeen zij hierover in randnr. 6.33 heeft opgemerkt. 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 Harense Smid heeft aangevoerd dat een boete zodanige financiële en reputatieschade zullen opleveren dat zij voor haar voortbestaan vreest en dat haar liquiditeitspositie bovendien dusdanig is dat zij een boete van € 90.000,- niet kan dragen. De Consumentenautoriteit zou nauwelijks op de financiële situatie van De Harense Smid zijn ingegaan. Deze stelling kan naar het oordeel van de Commissie niet slagen. De Consumentenautoriteit heeft in randrs. 102 en 103 van het bestreden besluit aangegeven dat zij heeft acht geslagen op de door De Harense Smid in het kader van het onderzoek verstrekte financiële gegevens. De Commissie is met de Consumentenautoriteit van oordeel dat het feit dat De Harense Smid jarenlang structurele verliezen lijdt en sprake is van een dalende solvabiliteit (vgl. randnr. 2.8 zienswijze), niet betekent dat De Harense Smid de boete niet zou kunnen dragen. De Consumentenautoriteit moet bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening houden met de draagkracht van de overtreder⁵, maar dit leidt niet tot het oordeel dat geleden verliezen en de dalende solvabiliteit tot matiging van de boete moet leiden. De Consumentenautoriteit heeft in dit verband terecht waarde gehecht aan de door De Harense Smid geboekte winst en behaalde omzet over voorgaande jaren en de financiële positie van de holding. Gelet op de overgelegde financiële gegevens van De Harense Smid is de Commissie van oordeel dat niet de conclusie kan worden getrokken dat de opgelegde boete onevenredig is. De Consumentenautoriteit heeft dus de omstandigheden waarin De Harense Smid verkeert op deugdelijke wijze meegewogen.
- 6.55 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt ongegrond te verklaren.
- 6.56 De Harense Smid heeft gesteld (randnr. 2.3.22 aanvullend bezwaarschrift) dat zij een dermate hoge financiële en reputatieschade zal lijden door de openbaarmaking van het sanctiebesluit dat zij voor haar voortbestaan vreest en dat daarom moet worden afgezien van de oplegging van de boete. De Commissie stelt voorop dat zij zich bevoegd acht om over deze kwestie een oordeel te geven, aangezien de vraag voorligt of de gevolgen van de publicatie van het sanctiebesluit moeten worden verdisconteerd in de opgelegde bestuurlijke boete. Het gaat hier dus niet om een kwestie die enkel betrekking heeft op het besluit tot openbaarmaking van de opgelegde sanctie in welk verband de Commissie geen

⁵ Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 142 (MvT).

bevoegdheid toekomt (vgl. randnr. 1.2 hiervoor). De Harens Smid heeft niet onderbouwd in hoeverre zij gevolgschade van de publicatie heeft geleden. Een dergelijke onderbouwing kon feitelijk ook niet gegeven worden nu het sanctiebesluit pas op 5 oktober 2011 is gepubliceerd, een dag derhalve voordat de hoorzitting bij de Commissie werd gehouden. De gevolgen van de publicatie en de daardoor eventueel geleden schade waren op dat moment niet inzichtelijk. De Commissie kan daarom dit punt niet in haar advisering betrekken en niet meewegen bij de beoordeling van de hoogte van de boete.

- 6.57 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit in de beslissing op bezwaar te motiveren of en in hoeverre de door De Harens Smid gestelde geleden gevolgschade van publicatie dient te worden verdisconteerd in de opgelegde boete.

Zorgvuldigheidsbeginsel

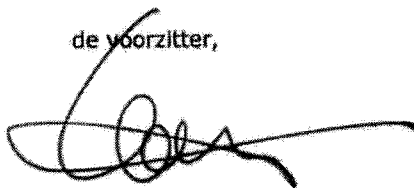
- 6.58 Wat betreft het beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel overweegt de Commissie als volgt. In het voorgaande heeft de Commissie geconstateerd dat de Consumentenautoriteit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat voor wat betreft het handelen in strijd met artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste 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 Harens Smid een boete op te leggen, heeft de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb).
- 6.59 De Commissie adviseert het bezwaar op dit punt gegrond te verklaren.
- 6.60 De Commissie is van oordeel dat met betrekking tot de overige door De Harens Smid aangehaalde punten geen sprake is van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. De Commissie merkt daartoe op dat, anders dan De Harens Smid meent, de Consumentenautoriteit de scope van het onderzoek gedurende het onderzoek niet heeft gewijzigd (vgl. randnr. 6.6), 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 Harens Smid 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. 6.6.38-6.40 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.
- 6.61 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 Harense Smid van 9 juni 2011, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 26 mei 2011, kenmerk CA/NCB/534/22,
- 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 Harense Smid uiteengezet in haar zienswijze;
 - voor het overige ongegrond te verklaren.
- 7.2 Aangezien het ter beslissing aan de Consumentenautoriteit staat om het bezwaarschrift van De Harense Smid 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 Harense Smid 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