

De onafhankelijke Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit

Advies inzake het bezwaarschrift van

Mikro-Electro B.V.,

van 9 juni 2011, ingediend namens gemachtigden mevr. mr. E.H.M. Bieleveld en mevr. mr. C. Pasteuning

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 26 mei 2011,

met kenmerk CA/NCB/560/17

1 REIKWIJDTE ADVIES VAN DE COMMISSIE

- 1.1 Het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit (hierna: de Commissie) inzake Mikro-Electro B.V. (hierna: Mikro-Electro) 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro oneerlijke handelspraktijken verricht als bedoeld in Boek 6, Titel 3, Afdeling 3A van het BW.
- 2.3 Op 13 september 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 Mikro-Electro toegezonden.

OPENBAAR

- 2.4 Bij brief van 21 september 2010 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van een besluit inzake eventuele handhaving Mikro-Electro in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke of mondelinge zienswijze te geven.
- 2.5 Op 9 november 2010 heeft de Consumentenautoriteit een hoorzitting gehouden waarbij Mikro-Electro mondeling haar zienswijze heeft gegeven. Tijdens de hoorzitting heeft Mikro-Electro toegezegd om nadere informatie aan de Consumentenautoriteit toe te zenden. Bij brief van 15 november 2010 heeft Mikro-Electro de tijdens de hoorzitting toegezegde nadere informatie toegezonden. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 22 november 2010 aan Mikro-Electro is toegezonden. Mikro-Electro heeft bij brief van 25 november 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/560/17 heeft de Consumentenautoriteit:
- a) vastgesteld dat Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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 22 augustus 2011 zijn de bezwaargronden aangevuld.
- 2.8 Mikro-Electro 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 11/2405 VBC-T1 en AWB 11/2406 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro.
- 2.11 Op 6 oktober 2011 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij Mikro-Electro haar bezwaren en de Consumentenautoriteit haar besluit heeft toegelicht. Deze hoorzitting

OPENBAAR

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

3 STANDPUNT MIKRO-ELECTRO

- 3.1 Mikro-Electro 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. 2.1-2.5)

- 3.2 Mikro-Electro 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 haar agenda's voor 2008, 2009, 2010/2011 en het jaarverslag over 2009 en uit het feit dat zij willekeurig selecteert en citeert uit het door haar vergaarde bewijsmateriaal om zo tot de vaststelling van een wetsovertreding te kunnen komen.

- 3.3 Mikro-Electro stelt dat het onderzoek van de Consumentenautoriteit zich aanvankelijk richtte op het aankopen van garanties en mogelijke schending van artikel 6:193g, onder j BW en niet op algemene informatieverstrekking aan de consument. Dit volgt niet alleen uit de hele opzet en de daarbij horende "mindset" van het onderzoeksrapport maar ook uit de communicatie van de Consumentenautoriteit naar het publiek.

2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 3.1-3.3)

- 3.4 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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

OPENBAAR

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. 3.3-3.7, 4.1-4.5, 5.1-5.17, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 1.7, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 2.1-7.5)

- 3.5 Mikro-Electro stelt in de eerste plaats dat de Consumentenautoriteit een ondeugdelijk, onprofessioneel en niet representatief onderzoek heeft uitgevoerd. De Consumentenautoriteit heeft op selectieve en willekeurige wijze getracht een wetsovertreding te construeren. De objectieve deskundigen die Mikro-Electro en vier andere electro-speciaalzaken in de arm hebben genomen om de onderzoeksmethoden van de Consumentenautoriteit te beoordelen, hebben – onafhankelijk van elkaar – geconcludeerd dat het ontbreekt aan een deugdelijke verantwoording van de onderzoeksmethoden, dat de onderzoeksmethoden ondeugdelijk zijn, niet representatief, niet onafhankelijk, dat het onderzoek niet voldoet aan professionele normen voor verantwoord kwantitatief onderzoek en dat de resultaten van het onderzoek onbetrouwbaar zijn en geen representatief beeld kunnen opleveren. De Consumentenautoriteit is op deze kritiek van de deskundigen op de kwantitatieve en kwalitatieve onderbouwing niet of nauwelijks ingegaan, dit terwijl deze aspecten wel bepalend zijn voor het oordeel of de Consumentenautoriteit haar onderzoek zorgvuldig heeft uitgevoerd en daarmee of het materiaal kan bijdragen aan het bewijs van de overtreding.
- 3.6 Mikro-Electro stelt in de tweede plaats dat de Consumentenautoriteit geen, althans geen overtuigend bewijs heeft geleverd om te kunnen concluderen dat sprake is van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen. De nuance in de wettelijke bepalingen over garantie en conformiteit is anders dan de Consumentenautoriteit meent, terug te vinden in het beleid, de bedrijfsvoering en diverse informatiematerialen en middelen van Mikro-Electro. In het boekje "Even voorstellen" van Mikro-Electro, dat elke nieuwe medewerker krijgt en dat als trainings- en voorlichtingsmateriaal onderdeel uitmaakt van het bedrijfsbeleid van Mikro-Electro, staat duidelijk beschreven dat een consument ook na het verstrijken van de fabrieksgarantie bepaalde rechten heeft. Dit boekje en ook het concept "de Mikro-Man" maakt onderdeel uit van het bedrijfsbeleid van Mikro-Electro zoals dat in de praktijk wordt gevoerd. De Consumentenautoriteit laat dit boekje en dit concept echter ten onrechte ongemotiveerd buiten beschouwing in het sanctiebesluit. Bovendien heeft de Consumentenautoriteit volstrekt willekeurige passages uit het verslag van het bedrijfsbezoek aan het hoofdkantoor van Mikro-Electro gekozen om het beleid van Mikro-Electro uit te leggen. Ultiatingen van Mikro-Electro gedaan tijdens dit bezoek die een ander beleid laten zien en daarmee ontlastend zijn voor Mikro-Electro, laat de Consumentenautoriteit buiten beschouwing. Verder laten de wel door de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit aangehaalde passages uit het verslag alleen zien dat Mikro-Electro per individueel geval onderzoekt wat er aan de hand is en dus niet dat Mikro-Electro in algemene zin de wet stelselmatig zou overtreden. Ook uit de presentatie van de training, het promotiemateriaal van de aankoopgarantie en de overige

schriftelijke informatie blijkt dat Mikro-Electro de consument op juiste wijze informeert over zijn (wettelijke) rechten. Mikro-Electro laat ook niet na om, indien zij meent dat haar informatievoorziening nog verder kan worden verduidelijkt, haar informatiematerialen aan te passen. De Consumentenautoriteit gebruikt voorts de gebruiksduurtabel van UNETO-VNI als onderdeel van haar onderbouwing voor de conclusie dat het beleid van Mikro-Electro in strijd is met de wet, maar deze tabel is juist is een hulpmiddel om te beoordelen of sprake is van mogelijke non-conformiteit van het product. Nu het beleid van Mikro-Electro niet in strijd is met de wet, is geen sprake van een structurele inbreuk op wettelijke bepalingen.

- 3.7 Ook is geen sprake van incidentele inbreuken op wettelijke bepalingen die tezamen een collectieve inbreuk opleveren. De incidenten die de Consumentenautoriteit naar voren brengt met mystery shopping bezoeken en de consumenteninterviews deugen niet alleen inhoudelijk niet, maar ook is het aantal van drie bezoeken en twee interviews dusdanig laag dat van een verzameling incidenten niet kan worden gesproken. De Consumentenautoriteit slaagt niet in de kwantitatieve onderbouwing dat Mikro-Electro een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten zou hebben gepleegd. Dit bewijsmateriaal kan geen stand houden. Het kan sporadisch voorkomen dat consumenten niet helemaal juist worden voorgelicht, maar dat rechtvaardigt nog niet de conclusie dat sprake is van een collectieve inbreuk.
- 3.8 Mikro-Electro stelt voorts dat de kwaliteit van de afzonderlijke bewijsmiddelen dusdanig is dat de overtredingen aan de hand van die bewijsmiddelen niet bewezen kan worden geacht. Wat betreft de mystery shopping bezoeken aan de filialen van Mikro-Electro 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. Bovendien vloeien uit de verslagen van de bezoeken feitelijk niet de conclusies die de Consumentenautoriteit daaraan wel verbindt. Uit de verslagen blijkt niet dat er onjuiste of misleidende mededelingen zijn gedaan aan de consument.
- 3.9 De Consumentenautoriteit heeft zich, ondanks dat zij in het kader van haar onderzoek meldingen van consumenten op ConsuWijzer heeft onderzocht en twee telefonische interviews heeft gehouden met consumenten die zij naar aanleiding van die meldingen heeft geselecteerd, in het sanctiebesluit op geen enkele melding of klacht van een consument gebaseerd. Verder blijft er inhoudelijk bezien van de twee interviews niets over nu de ene consument niet bij het verkoopgesprek aanwezig is geweest en de andere consument zich belangrijke feiten niet weet te herinneren. De Consumentenautoriteit had bij het bepalen van de hoogte van de boete in het licht van de factor ernst van de gedraging moeten meewegen dat geen enkele consumentenmelding c.q. klacht aan het besluit ten grondslag ligt.
- 3.10 De – slordig opgetekende - verklaringen van de twee bedrijfsleiders kunnen een overtreding van de Wet OHP niet staven. De antwoorden van de bedrijfsleiders getuigen slechts van een reële benadering en tonen niet aan dat Mikro-Electro er een oneerlijke

OPENBAAR

handelspraktijk op na houdt. De bedrijfsleiders leggen vooral uit hoe Mikro-Electro de aankoopgarantie verkoopt en wat dit inhoudt.

- 3.11 Voorts heeft de Consumentenautoriteit uit het schriftelijke (reclame)materiaal – brochures, stroomdiagrammen, sheets uit een presentatie van het All-in Servicepakket, prints van de website – selectief geciteerd om een overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW te kunnen construeren. De reclame die Mikro-Electro op haar website en in haar folders maakt moet worden opgevat als toegestane reclame-uitingen die geen opzettelijke of bewuste misleiding in zich bergen.

4) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 6.1-7.9, 8.1-8.3, 9.1-9.9, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 2.1-4.2)

Motiveringsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel

- 3.12 Mikro-Electro 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. Mikro-Electro stelt verder dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit op het overgrote deel van de gemotiveerde en onderbouwde verweren en weerleggingen van Mikro-Electro 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 Häcker - op het door haar uitgevoerde onderzoek voor wat betreft zowel de kwantitatieve als de kwalitatieve onderbouwing. De Consumentenautoriteit is ook geheel voorbij gegaan aan de argumenten van Mikro-Electro dat – onder meer - sprake is van strijd met gelijkheid, een toezeggingstraject moest worden gevolgd, dat sprake is van branchebrede problematiek die een branchebrede benadering vraagt en waarom geen last onder dwangsom in plaats van een bestuurlijke boete is opgelegd. 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.
- 3.13 Voorts valt het handelen van de Consumentenautoriteit jegens Mikro-Electro als onzorgvuldig te bestempelen. Zo is het onzorgvuldig dat de Consumentenautoriteit in randnr. 8 van het sanctiebesluit de naam van de onderneming 'De Block' in plaats van Mikro-Electro heeft vermeld. Mikro-Electro betwijfelt of de Consumentenautoriteit gelet op deze onjuiste vermelding wel een individuele afweging voor Mikro-Electro heeft gemaakt. Verder stelt Mikro-Electro dat de Consumentenautoriteit het onderzoek met een geheel andere onderzoeksopzet en onderzoeksdoelen startte, zij bij het onderzoek gebruik maakte van de dubieuze onderzoeksmethode mystery shopping, zij het onderzoek niet zorgvuldig heeft uitgevoerd, met als gevolg dat onafhankelijke deskundigen de resultaten daarvan als

niet betrouwbaar en niet representatief kwalificeren, de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit een rapport opmaakte 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, eerste lid, onder j BW, zij in strijd met eerdere mededelingen en behandeling van andere ondernemingen vasthield aan de oplegging van een hoge boete, en zij niet alleen slordig werkte maar zij ook uitermate creatief en selectief met het zogenoemde bewijsmateriaal is omgegaan.

Vertrouwensbeginsel

- 3.14 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro direct een substantiële boete heeft opgelegd en tot openbaarmaking van het sanctiebesluit heeft besloten.

Gelijkheidsbeginsel

- 3.15 Mikro-Electro stelt 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 Mikro-Electro en vier andere ondernemingen onderzocht omdat zij aankoopgaranties in eigen beheer aan consumenten verkochten. Ondernemingen die hun aankoopgaranties hebben ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij (bijvoorbeeld marktleider in de elektronica-branche: MediaMarkt) heeft de Consumentenautoriteit, gelet op de aanvankelijke scope van het onderzoek, buiten het onderzoek gehouden. De Consumentenautoriteit had echter, toen de focus van het onderzoek wijzigde van onderzoek naar aankoopgaranties naar informatieverstrekking aan consumenten in het algemeen en daarmee de initiële 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 Mikro-Electro stelt verder 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.
- 3.17 Ten aanzien van Correct heeft de Consumentenautoriteit een last onder dwangsom in plaats van een boete opgelegd, zodat ook dit punt in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gehandeld.
- 3.18 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

OPENBAAR

met een toezeggingstraject genoeg genomen. Ook de ondernemingen die waren betrokken bij het onderzoek dat tot het Syntheserapport Benelux-onderzoek (maart 2011) heeft geleid, hebben wel de gelegenheid gehad om de door hen begane overtredingen terug te dringen. Verder heeft de Consumentenautoriteit ten aanzien van Paradigit Computers B.V. en Computerland B.V. 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 Mikro-Electro – 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.

Subsidiariteitsbeginsel

- 3.19 Mikro-Electro 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. Voorts geldt de beginselplicht tot handhaving niet voor het opleggen van een bestuurlijke boete zodat de Consumentenautoriteit een behoorlijke mate van vrijheid heeft om gelet op de omstandigheden van het geval geen boete op te leggen.

Evenredigheidsbeginsel

- 3.20 Mikro-Electro 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 langsgestaan waarbij zij ook op slechts 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. Het doel van speciale preventie is gelet op alle verbeteringen die Mikro-Electro in haar materiaal heeft doorgevoerd, al 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 Mikro-Electro dat de Consumentenautoriteit de omstandigheden waarin Mikro-Electro verkeert op uiterst onzorgvuldige en onvolledige wijze in het sanctiebesluit heeft geschetst, zodat zij een verkeerd beeld van haar financiële situatie heeft gegeven. De Consumentenautoriteit heeft de beperkte draagkracht van Mikro-Electro op ondeugdelijke wijze meegewogen, omdat geen rekening is gehouden met de bijzondere omstandigheden en situatie waarin Mikro-Electro verkeert. Een specifieke afweging ten aanzien van Mikro-Electro ontbreekt.

5.) Hoogte van de boete (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 7.10-7.13, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 8.1-8.9)

- 3.21 Mikro-Electro stelt dat de hoogte van de boete niet in stand kan blijven aangezien de Consumentenautoriteit de specifieke situatie waarin Mikro-Electro verkeert – een klein familiebedrijf met 15 kleine filialen gesitueerd in kleine steden – niet heeft meegewogen en

OPENBAAR

Mikro-Electro ten onrechte op één lijn heeft gesteld met de grote electronicaketens. Mikro-Electro stelt verder dat de Consumentenautoriteit ondernemingen die niet vergelijkbaar zijn in omvang en karakter ook niet gelijk behoort te behandelen door dezelfde boete op te leggen. Dat heeft de Consumentenautoriteit echter wel gedaan nu aan Mikro-Electro, een relatief klein familiebedrijf, dezelfde boete is opgelegd als aan een echte grote speler op de markt BCC. Daarmee is het gelijkheidsbeginsel geschonden. Bovendien heeft de Consumentenautoriteit ondanks de zienswijze van Mikro-Electro hierover, in het sanctiebesluit niet gemotiveerd waarom het gelijkheidsbeginsel niet zou zijn geschonden.

- 3.22 Mikro-Electro heeft stukken overgelegd die betrekking hebben op de omvang en omzet van haar onderneming. De Consumentenautoriteit heeft geen rekening gehouden met de zeer afnemende tendens in de omzet van Mikro-Electro.
- 3.23 Verder zullen de financiële consequenties voor Mikro-Electro van de aanpak van de Consumentenautoriteit voor Mikro-Electro worden verergerd door de openbaarmaking van het sanctiebesluit.

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 Mikro-Electro 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. 13-19, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 5-6, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011)

- 4.2 De Consumentenautoriteit stelt dat het onderzoek dat aan het sanctiebesluit ten grondslag heeft gelegen, op zichzelf staat en de bij dat besluit gehanteerde, objectieve bewijzen het besluit voldoende kunnen dragen. Van enig vooroordeel jegens Mikro-Electro is dan ook geen sprake.
- 4.3 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 Mikro-Electro 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. Mikro-Electro wist dus van meet af aan dat zij (ook) werd verdacht van overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW. Al in de onderzoeksopdracht was ook artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW opgenomen. Ook uit het verslag van het gesprek

OPENBAAR

van 16 oktober 2009, de verslagen van de mystery shopping gesprekken en de verslagen van de gesprekken met bedrijfsleiders van twee filialen van Mikro-Electro blijkt dat die gesprekken mede gingen over de wijze waarop Mikro-Electro meer in het algemene omgaat met garantie en conformiteit. Met het vaststellen van de onderhavige overtreding is dan ook geen sprake geweest van een onaanvaardbare wijziging in de scope van het onderzoek. Het komen vervallen van een van de twee grondslagen voor mogelijke overtredingen maakt het sanctiebesluit nog niet ondeugdelijk, maar schetst veeleer de zorgvuldige werkwijze binnen de Consumentenautoriteit.

Ad bezwaarpunt 2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit (schriftelijke toelichting randnrs. 20-23, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 9-13, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011)

- 4.4 De Consumentenautoriteit onderkent dat de wettelijke regeling van garantie en conformiteit in het kader van redelijkheid en billijkheid vaak ruimte voor discussie en onderhandeling tussen verkoper en consument zal laten. Dat neemt echter niet weg dat het uitgangspunt dat Mikro-Electro hanteert – nl. altijd (mee)betalen voor reparaties na de fabrieksgarantie – lijnrecht staat tegenover dat van de wetgever (artikel 7:17 en 7:21 BW) – nl. bij non-conformiteit kosteloos herstel of vervanging. Juist hier zit de crux. De consument wordt (1) bij de verkoop van een product – al dan niet in het kader van het aanprijzen van 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 informatievervalsing 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 Mikro-Electro, 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.

- 4.5 Voor wat betreft de stelling van Mikro-Electro dat de Consumentenautoriteit ten onrechte voorbij zou zijn gegaan aan ontlastende bewijzen (zoals het instructieboekje "Even voorstellen"), merkt de Consumentenautoriteit op dat geen van de door Mikro-Electro bedoelde omstandigheden de in het sanctiebesluit genoemde bewijzen ongedaan (kunnen) maken.

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. 24-52, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 7-8, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011)

OPENBAAR

- 4.6 De Consumentenautoriteit stelt dat Mikro-Electro met de door haar overgelegde verklaring van Häcker en de verklaringen van deskundigen uit andere zaken miskent dat onderzoek, toezicht en handhaving door de Consumentenautoriteit niet valt gelijk te stellen met marktonderzoek. De mystery shoppingbezoeken dienden niet om de markt te beschrijven en evenmin om aan te geven in welk percentage van de gevoerde gesprekken welke informatie aan consumenten werd gegeven. Zij dienden ook niet om in beeld te brengen in hoeveel filialen consumenten op welke wijze worden geïnformeerd. Dat zou ook zinledig zijn nu het niet zo is dat er eerst sprake is van een overtreding als in een bepaald percentage van de gevallen foutieve informatie wordt gegeven. De wet voorziet niet in scoringspercentages. De verklaringen van de deskundigen zijn in casu dan ook rechtens niet relevant. De deskundigen oordelen binnen een ander kader en aan de hand van criteria die voor de Consumentenautoriteit bij toepassing van de wet geen gelding hebben. Verder is van belang dat de mystery shoppingbezoeken deel uitmaakten van een breder onderzoek. Het uitgangspunt van Mikro-Electro dat er voor de consument altijd kosten zijn, blijkt niet alleen uit de drie mystery shoppingbezoeken maar ook uit andere informatie aan consumenten die in het sanctiebesluit is opgenomen.
- 4.7 De Consumentenautoriteit stelt dat het besluit is gebaseerd op een samenstel van bewijzen op grond waarvan aannemelijk is dat de met de wet strijdige handelspraktijk gegrondvest is in het beleid van de onderneming dat bovendien in de praktijk ook daadwerkelijk ten uitvoer wordt gebracht. 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. Al het bewijsmateriaal levert een consistent beeld op van de strekking van de onjuiste informatie die Mikro-Electro aan de consument heeft verstrekt. De informatie van verkopers in de winkels, verklaringen van filiaalmanagers, informatie op de website en in folders (zoals "Tarieven & Condities buiten (fabrieke)sgarantie") en op de aankoopbon behoren tot het bedrijfsbeleid van Mikro-Electro. Uit het gesprek met drie leidinggevenden en een directeur van Mikro-Electro op het hoofdkantoor blijkt hoe de directie van Mikro-Electro de regels van garantie en conformiteit in het bedrijf toepast: het uitgangspunt van Mikro-Electro is dat de consument wordt geacht te betalen voor reparatie na afloop van de fabrieksgarantie. De consument van wie het apparaat buiten de fabrieksgarantie defect is geraakt en die niet beschikt over aankoopgarantie, krijgt een prijsopgave thuisgestuurd. Alleen als de consument hiertegen protesteert of als er een individuele uitzonderingsgrond is, wijkt Mikro-Electro hiervan af en wordt de staffel van UNETO-VNI ingezet.
- 4.8 De citaten van medewerkers van Mikro-Electro tijdens het gesprek op het hoofdkantoor waaraan Mikro-Electro refereert (randnr. 5.5 aanvullend bezwaarschrift), doen volgens de Consumentenautoriteit niet af aan de mededelingen van Mikro-Electro tijdens datzelfde gesprek over de feitelijke handelwijze van de onderneming als zich in de dagelijkse praktijk non-conformiteit voordoet. Het zijn immers de handelspraktijken als zodanig – de daadwerkelijke gedragingen - die maken dat sprake is van een overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW. Daarom ook kan het instructieboekje "Even voorstellen" niet als ontlastend bewijs dienen. Het sanctiebesluit gaat immers niet over de vraag of Mikro-Electro al dan niet zou weten wat de wettelijke rechten van consumenten in het geval van non-conformiteit zijn. Ook ten aanzien van het trainingsmateriaal voor nieuwe

OPENBAAR

medewerkers geldt dat het beleid zoals dat volgens Mikro-Electro aan nieuwe medewerkers wordt gepresenteerd, niet het beleid is zoals dat in de winkels werd meegedeeld. Wat betreft het door Mikro-Electro overgelegde stroomdiagram stelt de Consumentenautoriteit dat dit stuk niet aan de consumenten werd verstrekt, het lag alleen bij de kassa ten behoeve van de verkoopmedewerkers en werd aan de verkopers tijdens een presentatie op 14 september 2009 voorgehouden, twee maanden voor het einde van de periode van overtreding. Het instructieboekje, het trainingsmateriaal voor nieuwe medewerkers en het stroomdiagram leveren dus geen ontlastend bewijsmateriaal op.

- 4.9 Ten aanzien van de informatie op de website dat door Mikro-Electro als reclamemateriaal wordt aangeduid, stelt de Consumentenautoriteit dat, daargelaten de vraag of deze informatie is aan te merken als reclame zoals Mikro-Electro stelt, Mikro-Electro met dit soort informatie de onjuiste en misleidende indruk wekt dat de consument van rechtswege geen aanspraak zou kunnen maken op kosteloze vervanging en herstel in het geval van een non-conform product. Het verbod van misleiding over wettelijke rechten geldt ongeacht de wijze waarop de misleiding plaatsvindt.
- 4.10 Uit de folder "Tarieven en Conditie buiten fabrieksgarantie" blijkt dat de onderneming als uitgangspunt hanteert dat de consument ten minste een basistarief betaalt voor reparatie van een buiten de fabrieksgarantietermijn defect geraakt product.
- 4.11 Ten aanzien van de verklaringen van de twee (assistent-)bedrijfsleiders stelt de Consumentenautoriteit dat van verklaren onder druk niet is gebleken. De (assistent-)bedrijfsleiders is meegedeeld dat zij niet tot antwoorden verplicht waren, bovendien hebben zij hun verklaring ook ondertekend en zijn daarop later niet meer teruggekomen. Mikro-Electro heeft niet aannemelijk gemaakt dat de verklaringen ten gevolge van de ervaren druk feitelijk onjuist zijn. Wel was het beter geweest als de handgeschreven stukken voorzien waren geweest van een corresponderend typoscript, maar dat maakt deze stukken nog niet onbruikbaar of ongeldig.
- 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 past al het materiaal – de mededelingen in de winkels, de verklaring van de directie van Mikro-Electro, het foldermateriaal, de informatie op de website, en de verklaringen van consumenten - in dezelfde lijn: het uitgangspunt dat de consument altijd voor kosten staat als de garantietermijn is afgelopen en hij geen servicecertificaat heeft gekocht. Waar sprake is van een uitgangspunt in de bedrijfsvoering, zijn in beginsel alle klanten en potentiële klanten consumenten die in hun belangen kunnen worden geschaad door onjuiste informatieverstrekking door Mikro-Electro. Er is dan ook sprake van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten.
- 4.13 De Consumentenautoriteit stelt dat de aan het sanctiebesluit ten grondslag liggende bewijzen hoe dan ook niet zijn aan te merken als verzameling van incidenten. Mikro-Electro

OPENBAAR

bezieet de bewijzen van mystery shopping gesprekken en consumenten-meldingen ten onrechte geïsoleerd ten opzichte van de andere bewijzen die mede aan het sanctiebesluit ten grondslag liggen. Voor de mystery shopping gesprekken en consumenten-meldingen geldt volgens de Consumentenautoriteit overigens wel dat die wel degelijk volstaan om te kunnen spreken van een bestendige praktijk. De mystery shopping gesprekken vonden plaats op verschillende data, in verschillende filialen met verschillende medewerkers. Het aantal van vier bezochte winkels is ook niet te weinig. De consumenten-meldingen hebben op nog weer andere filialen betrekking met nog weer andere medewerkers. Daarbij deden alle medewerkers, onafhankelijk van elkaar, in essentie telkens dezelfde misleidende mededelingen. Ten aanzien van de consumenten-meldingen geldt dat Mikro-Electro de consument (aanvankelijk) ten onrechte liet weten dat hij geen rechten (meer) had, omdat fabrieksgarantie was verstreken en er sprake was van aankoopgarantie. Deze verklaringen versterken het beeld dat uit het onderzoek oprijst.

- 4.14 *Ad bezwaarpunt 4) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur (schriftelijke toelichting randnr. 53-96, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 14)*

Motiveringsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel

- 4.15 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 Mikro-Electro in aanmerking heeft genomen. Het vereiste van een deugdelijke motivering brengt niet met zich dat ieder door de overtreder aangevoerd argument moet worden weergegeven in het sanctiebesluit, moet worden weerlegd of tot een (nadere) motivering moet leiden. Het sanctiebesluit geeft voldoende inzicht in hoe het in het dossier opgenomen bewijs mede geleet op de zienswijze van Mikro-Electro is gewogen, tot welke conclusies dat heeft geleid en welke overtreding op basis daarvan is vastgesteld. Ook de hoogte van de boete is uitgebreid gemotiveerd.
- 4.16 Voor wat betreft de opmerkingen van Mikro-Electro over de representativiteit van het onderzoek merkt de Consumentenautoriteit op dat representativiteit en statistieken in de onderhavige zaak geen rol spelen. Uit het door de Consumentenautoriteit verzamelde bewijs blijkt dat sprake is van een met de Wet OHP strijdig uitgangspunt in de bedrijfsvoering. Gelet op dit uitgangspunt zijn in beginsel alle klanten en potentiële klanten consumenten die in hun belangen kunnen worden geschaad door de onjuiste informatieverstrekking door Mikro-Electro.
- 4.17 Met betrekking tot de onderwerpen waarvan Mikro-Electro in randnr. 6.3 van het aanvullend bezwaarschrift heeft opgemerkt dat daarop ten onrechte niet in het sanctiebesluit is ingegaan, stelt de Consumentenautoriteit dat bij heroverweging niet valt in te zien hoe die onderwerpen zouden kunnen leiden tot gegrondbevinding van het bezwaar.
- 4.18 De Consumentenautoriteit stelt dat voor wat betreft de door Mikro-Electro naar voren gebrachte punten geen sprake is van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. De vermelding van de onderneming 'De Block' in randnr. 8 van het sanctiebesluit is een verschrijving en kan niet leiden tot gegrondbevinding van bezwaar. 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.

Vertrouwensbeginsel

- 4.19 De Consumentenautoriteit stelt dat van strijd met het vertrouwensbeginsel geen sprake is nu het niet haar beleid is en ook nooit is geweest om altijd eerst te waarschuwen en branches de gelegenheid te geven tot zelfregulering te komen alvorens als ultimum remedium een boete op te leggen. Een dergelijk beleid kan ook niet uit het door Mikro-Electro aangehaalde persbericht en de beschikkingenpraktijk van de Consumentenautoriteit worden afgeleid. Een beperking van de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit zou ook niet voor de hand liggen nu overtredingen van de Wet OHP naar hun aard als ernstig of zeer ernstig zijn aan te merken. Voorts kon Mikro-Electro niet verwachten dat de Consumentenautoriteit haar zou 'coachen' en begeleiden in haar bedrijfsvoering. Van een professionele onderneming als Mikro-Electro mag worden verwacht dat zij in staat is zich te informeren over wettelijke regelingen waaraan zij moet voldoen en haar bedrijfsvoering dienovereenkomstig in te richten; uit het door Mikro-Electro overgelegde stroomdiagram blijkt ook dat Mikro-Electro hiertoe in staat is.

Gelijkheidsbeginsel

- 4.20 Ten aanzien van het argument van Mikro-Electro dat de Consumentenautoriteit het onderzoek had moeten verbreden tot meerdere ondernemingen, toen bleek dat een aantal van de aanvankelijk in onderzoek genomen ondernemingen buiten het onderzoek vielen vanwege de omstandigheid dat hun aankoopgarantie bij een verzekeraar was ondergebracht, stelt de Consumentenautoriteit dat niet valt in te zien hoe dit tot onrechtmatigheid van het sanctiebesluit zou moeten leiden. Verbreding van het onderzoek betekent niet dat Mikro-Electro buiten het onderzoek zou vallen. Verder is de Consumentenautoriteit hoe dan ook niet gehouden om als zij een onderzoek instelt, meteen dan ook de gehele bedrijfstak daarbij te betrekken. Een andersluidend oordeel zou het toezicht en de handhaving door de Consumentenautoriteit eenvoudigweg onmogelijk maken, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Verder is van belang dat Mikro-Electro niet de enige onderneming is bij wie het onderzoek werd gecontinueerd, zodat ook in dat opzicht geen sprake is van inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. Voorts hebben de onderzoeken in elk van de gevallen geleid tot het opleggen van een boete of – in één geval – een last onder dwangsom. Ook qua uitkomst was er dus geen sprake van ongelijke behandeling van gelijke gevallen. De onderneming uit de branche aan wie een last onder dwangsom is opgelegd, had een andere overtreding dan Mikro-Electro begaan, zodat reeds daarom het gelijkheidsbeginsel niet op die situatie kan zien. In het dossier van de onderneming waarin geen boete is opgelegd, bestond eenvoudigweg geen aanleiding om een boete op te leggen. In het dossier van Mikro-Electro bestaat die aanleiding wel, zodat Mikro-Electro met een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet eenzelfde besluit als in die zaak kan claimen.

OPENBAAR

- 4.21 Dat de Consumentenautoriteit alleen onderzoeken heeft ingesteld bij ondernemingen met fysieke winkels en niet (ook) bij ondernemingen met online webshops, betekent niet dat Mikro-Electro buiten het onderzoek zou vallen. Mikro-Electro exploiteert namelijk zelf ook een online webshop. Bovendien is de toespitsing op fysieke winkels een voldoende objectief en daarmee niet met het gelijkheidsbeginsel strijdig criterium. Ook gelet op de scope van het onderzoek – informatieverstrekking door de winkelier aan de consument over de wettelijke rechten van de consumenten in het geval van een gebrekkig product – heeft de Consumentenautoriteit zich in redelijkheid kunnen richten op ondernemingen met fysieke winkels. Voorts heeft de Consumentenautoriteit in het verleden onderzoeken ingesteld en sancties opgelegd aan velerlei bedrijven die geen fysieke winkels hadden, zodat het betoog dat de Consumentenautoriteit alleen onderzoeken instelt bij ondernemingen met fysieke winkels feitelijke grondslag mist.
- 4.22 Wat betreft de verwijzing van Mikro-Electro naar het Syntheserapport Benelux-onderzoek merkt de Consumentenautoriteit op dat het onderzoek dat tot dat rapport leidde, niet was gericht op handhaving, doch slechts een inventariserend karakter had. Dat onderzoek richtte zich specifiek op ondernemingen die zich in België, Luxemburg of Nederland manifesteren en beperkte zich tot uitingen van de ondernemingen op papier. Het ging daarbij om verkoopvoorwaarden die afbreuk doen aan de wettelijke rechten van de consument inzake garantie en dus niet om de informatieverstrekking in de dagelijkse praktijk zoals in casu aan de orde is. Gelet op deze verschillen is geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel.
- 4.23 Voor wat betreft de door Mikro-Electro 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.
- 4.24 Wat betreft de toezeggingen van bedrijven die de Consumentenautoriteit in het verleden heeft geaccepteerd, merkt de Consumentenautoriteit op dat Mikro-Electro uit die toezeggingen, die in december 2008 en augustus 2009 zijn gedaan, lering had kunnen en moeten trekken wat betreft haar eigen handelspraktijken. Voorts heeft Mikro-Electro ontkend een overtreding te hebben begaan, terwijl de bedrijven die het toezeggingstraject hebben doorlopen, hebben toegegeven dat zij de Whc hebben overtreden en deze overtredingen hebben beëindigd. Van gelijke gevallen is daarom geen sprake.

Subsidiariteitsbeginsel

- 4.25 De Consumentenautoriteit stelt dat de regelgeving met betrekking tot garantie en conformiteit niet nieuw is, zodat Mikro-Electro jaren de tijd heeft gehad om de regelgeving te bestuderen, hierover eventueel adviezen in te winnen en zodoende 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. Het beroep van Mikro-Electro op zelfregulering kan reeds daarom niet slagen. De Consumentenautoriteit heeft overigens geen taak bij de totstandkoming van zelfregulering. De stelling van Mikro-Electro dat de ontwikkeling van een gedragscode aanleiding zou moeten zijn tot een toezegging, is onjuist en ook onredelijk nu de zelfregulering pas zeer laat op gang is gekomen en pas nadat de Consumentenautoriteit

handhavend optrad. 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. Het opleggen van een boete heeft altijd betrekking op gedragingen in het verleden terwijl de totstandkoming van een code betrekking heeft op toekomstige gedragingen. De Consumentenautoriteit bestrijdt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat altijd gewacht zou moeten worden met handhavend optreden totdat de branche door middel van zelfregulering de gelegenheid heeft gehad om de overtreding te staken. De Consumentenautoriteit merkt verder nog op dat het onderwerp garantie en conformiteit ook media- en politieke aandacht heeft gekregen en het onderwerp is besproken bij en met UNETO-VNI; al deze aandacht heeft er evenwel niet – althans pas in een laat stadium - toe geleid dat Mikro-Electro de consument beter ging informeren.

Evenredigheidsbeginsel

- 4.26 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. De omstandigheden dat de branche het moeilijk zou hebben en dat Mikro-Electro zelf een filiaal heeft gesloten, rechtvaardigen nog niet de conclusie dat zij de boete niet zou kunnen dragen. Ook het door Mikro-Electro overgelegde staattie dat omzetzdalingen van de onderneming in de afgelopen 10 jaar weergeeft, rechtvaardigt die conclusie niet.
- 4.27 De Consumentenautoriteit stelt dat het opleggen van een boete aan Mikro-Electro vanuit generaal en speciaal preventief oogpunt wel degelijk zinvol is. Het oogmerk van speciale preventie komt erop neer dat met het opleggen van de sanctie wordt bereikt dat de onderneming geen overtredingen meer zal begaan; dit oogmerk is bij de vastgestelde overtreding ook in dit geval legitiem. De stelling dat het sanctiebesluit niet beantwoordt aan het oogmerk van generaal preventie ontbeert feitelijke grondslag nu zelfregulering binnen de branche pas goed op gang is gekomen nadat de Consumentenautoriteit was overgegaan tot sanctionering van de overtredingen. Bovendien betekent generaal preventie van sanctiebesluiten dat met die besluiten een algemeen signaal wordt afgegeven dat bepalingen van consumentenrecht moeten worden nageleefd en dat overtreders op hun tellen moeten passen.

Ad bezwaarpunt 5.) De hoogte van de boete (schriftelijke toelichting randnrs. 81-82, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011)

- 4.28 De Consumentenautoriteit stelt dat zij bij het bepalen van de hoogte van de boete de omvang van de onderneming in enige mate in haar beoordeling betreft. Mikro-Electro heeft zich echter ter onderbouwing van het verschil in omvang tussen haar onderneming en andere ondernemingen, onder meer wat betreft bezoekersaantallen, verkooppunten en financiële gegevens, beperkt tot niet met stukken onderbouwde stellingen. De Consumentenautoriteit is in het kader van volledige heroverweging in beginsel bereid zodanige, eventueel nog nader over te leggen stukken, te betrekken bij de beoordeling van het bezwaar.

- 4.29 De Consumentenautoriteit stelt dat niet aannemelijk is dat er groot concurrentienadeel uit de publicatie van het sanctiebesluit voortvloeit dan wel het voortbestaan van de onderneming in het geding is. Dit geldt temeer nu Mikro-Electro niet de enige onderneming is in de branche die een boete heeft opgelegd gekregen en waarvan het sanctiebesluit openbaar is gemaakt.

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 13 september 2010 een rapport van overtreding opgemaakt en naar Mikro-Electro gezonden en heeft Mikro-Electro op 9 november 2010

OPENBAAR

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:

OPENBAAR

- "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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro niet alleen een onjuiste interpretatie is gegeven van de jaaragenda's van de Consumentenautoriteit en het jaarverslag over 2009 van de Consumentenautoriteit waarnaar zij verwijst, maar ook dat geen sprake is van een wijziging in de scope van dat onderzoek. Immers uit de jaaragenda's en het jaarverslag blijkt naar het oordeel van de Commissie 'enkel' dat de Consumentenautoriteit handhavend zal optreden tegen aanbieders in de elektronica-branche voor zover zij de regels op het gebied van garantie en conformiteit hebben overtreden en handhaving binnen het relevante juridische kader mogelijk is. De Commissie ziet niet in dat en waarom de Consumentenautoriteit met de aankondiging in haar jaaragenda's en jaarverslag het onderzoek naar de elektronica-speciaalzaken op vooringenomen wijze zou hebben verricht. Deze stukken laten immers de mogelijkheid open dat, wanneer de Consumentenautoriteit tijdens haar onderzoek tot de slotsom zou komen dat Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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.
- 6.5 De Commissie is voorts van oordeel dat de Consumentenautoriteit de scope van het onderzoek niet heeft veranderd. Het doel van het onderzoek zoals dat in de bedrijfsbezoekopdracht (kenmerk CA/NCB/339/1) 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.
- 6.6 De Commissie merkt overigens nog op dat de vraag of aanvankelijk de vermoedelijke overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW al dan niet aan het onderzoek ten grondslag lagen daarmee de scope van het onderzoek is gewijzigd, niet relevant is. Pas bij het boeterapport en de boetebeschikking wordt de kwalificatie van de feiten als een of meer overtredingen van de Wet OHP relevant.
- 6.7 De Commissie adviseert de bezwaren van Mikro-Electro 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

- 6.8 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.
- 6.9 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 Mikro-Electro stelt, doet niet af aan de gelding van dit uitgangspunt. Mikro-Electro 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 Mikro-Electro mededelingen heeft gedaan die tegengesteld zijn aan dan wel anderszins in strijd zijn met dit wettelijke uitgangspunt. Hieraan doet niet af dat, zoals Mikro-Electro stelt, de wettelijke regeling inzake garantie en non-conformiteit bij

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

OPENBAAR

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.

- 6.10 Een andere vraag is evenwel of de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Mikro-Electro een met de wet tegengesteld uitgangspunt hanteert en derhalve een beleid hanteert dat tot gevolg heeft dat de consument op structurele basis wordt medegedeeld dat hij altijd moet (mee)betalen voor reparaties na de fabrieksgarantie en daarmee sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten zoals bedoeld in artikel 1.1. aanhef en onder f jo. artikel 1.1. aanhef en onder k Whc. De Commissie komt hierop terug bij de bespreking van bezwaarpunt ad 3).
- 6.11 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 Mikro-Electro, ligt om zichzelf tijdig op de hoogte te stellen van de reikwijdte van wettelijke bepalingen. Ook ontslaat de mogelijke complexiteit daarvan Mikro-Electro 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: Mikro-Electro - 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
- 6.12 De Commissie adviseert de bezwaren van Mikro-Electro 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

- 6.13 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 16 oktober 2009 van een directeur en drie leidinggevendenden van Mikro-Electro;
 - verklaringen van 9 oktober 2009 van twee bedrijfsleiders van Mikro-Electro;
 - mededelingen van verkopers tijdens het zogenaamde mystery shoppen;
 - informatie op de website van Mikro-Electro;
 - de folder 'Beste service, laagste prijs', de folder 'Mikro-Electro bezorgservice';
 - de folder 'Tarieven & Conditie buiten (fabrieks)garantie' waarin de voorwaarden staan die gelden voor reparaties buiten de (fabrieks)garantietermijn;
 - (standaard)aankoopbon; en

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

OPENBAAR

- verklaringen van twee consumenten die zich met een defect geraakt product hadden gemeld bij Mikro-Electro.
- 6.14 De Commissie heeft in haar advies in zaak 17 (UPC) aangegeven dat het tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis van de Whc voor de hand ligt om met betrekking tot de handhavende bevoegdheid van de Consumentenautoriteit en het vereiste daarbij dat sprake is van 'collectieve belangen van consumenten' nader onderscheid te maken tussen overtredingen die hun oorzaak vinden in een *structurele* inbreuk op wettelijke bepalingen en overtredingen die hun oorzaak vinden in een *incidentele* inbreuk op wettelijke bepalingen. Aan dit onderscheid kent de Commissie ook belang toe voor wat betreft de bewijsvoering terzake van overtredingen. Een structurele inbreuk ontstaat door het al dan niet bewuste ontwerp van de bedrijfsorganisatie en de werkprocessen van een onderneming. Het ligt voor de hand, zo heeft de Commissie in haar eerdere advies overwogen, om bij het opleggen van sancties ten aanzien van een overtreding die bestaat in een verzameling van incidentele inbreuken, die aldus een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten opleveren, hogere eisen te stellen aan de kwantitatieve onderbouwing, dan in het geval de overtreding bestaat in een structurele inbreuk.³
- 6.15 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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.
- 6.16 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 Mikro-Electro 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. randnr. 47 schriftelijke toelichting). Uit de verzamelde bewijsmiddelen, in onderlinge samenhang beschouwd, leidt de Consumentenautoriteit af of sprake is van een

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

'handelspraktijk' in de zin van artikel 6:193a BW. De Consumentenautoriteit heeft er ook in haar pleidooi tijdens de hoorzitting voor de Commissie op 6 oktober 2011 op gewezen dat de bewijzen mede in hun onderlinge verband moeten worden gezien: "Juist de onderlinge samenhang van de voorliggende bewijzen maakt aannemelijk dat sprake is van een overtreding voor de collectieve consumentenbelangen omdat de bewijzen elkaar bevestigen en versterken." (randnr. 8 pleitnota algemeen hoorzitting 6 oktober 2011). De Commissie wijst erop dat het uitgangspunt dat de verscheidene bewijsmiddelen in 'onderlinge samenhang' moeten worden gezien ter staving van de vaststelling van een overtreding, er niet toe mag leiden dat door het – populair uitgedrukt – 'aan elkaar plakken' van bewijsmiddelen een samenstel van handelingen als handelspraktijk wordt geconstrueerd en het zicht op elk van de afzonderlijke bewijsmiddelen vertroebeld raakt. Juist bij het ruime begrip 'handelspraktijk' is het daarom van belang dat elk van de afzonderlijke bewijsmiddelen relevant en zo mogelijk direct bewijs voor de geconstateerde overtreding oplevert, en dat duidelijk is wat de constituerende elementen van die overtreding precies zijn. De Commissie constateert dat de Consumentenautoriteit tijdens de hoorzitting voor de Commissie op 6 oktober 2011 heeft aangegeven dat ook de bewijzen 'elk afzonderlijk' meer dan voldoende aannemelijk maken dat de overtreding is begaan (p. 3 pleitnotitie specifiek hoorzitting). In het onderstaande gaat de Commissie na in hoeverre de Consumentenautoriteit in dit verband in haar bewijsvoering is geslaagd.

- 6.17 De Consumentenautoriteit leidt het bestaan van een beleid voort dat erop is gericht dat aan consumenten wordt meegedeeld dat zij altijd moeten (mee)betalen voor reparaties buiten de fabrieksgarantietermijn reeds af uit hetgeen door de directeur en drie leidinggevendenden van Mikro-Electro op 16 oktober 2009 is verklaard (randnr. 20 sanctiebesluit). De Commissie is in de eerste plaats van oordeel dat uit de verklaringen van de directeur en leidinggevendenden van Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro het gewraakte beleid voeren. Bovendien is tijdens het gesprek door Mikro-Electro naast de passages uit het gesprek die de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit heeft aangehaald, aangegeven dat na de fabrieksgarantie de rechten van de klanten ten aanzien van het product natuurlijk nog niet zijn verdwenen (CA/NCB/339/23, bijlage 1, p. 6). Met deze uitspraak werd geduïd op de situatie dat er geen extra garantie is bijgekocht. Voorts wordt in het gesprek naar het einde toe aangegeven dat als sprake is van een non-conformiteit, Mikro-Electro vindt dat de kosten daarvan niet moeten worden berekend (p. 15-16). Tot slot is in de presentatie voor de training die aan nieuwe medewerkers wordt gegeven en die tijdens het gesprek aan de orde is gekomen, aangegeven dat de medewerker het All-in Service pakket moet adviseren als een aanvulling op de garantierechten die de klant al heeft (CA/NCB/339/23, bijlage 3, randnr. 19 sanctiebesluit); ook in de 1^e sheet op pagina 4 van de presentatie wordt aangegeven dat het All-in Servicepakket niet bedoeld is om (onder meer) de wettelijke garantie te vervangen omdat de consument vanzelfsprekend hoe dan ook recht heeft op die wettelijke garantie .

OPENBAAR

- 6.18 De Consumentenautoriteit heeft verder aangegeven dat de informatie gegeven door de bedrijfsleiders, de informatie op de website en in de folders, en de informatie van verkopers gegeven tijdens de mystery shopping gesprekken tot het bedrijfsbeleid van Mikro-Electro behoren (randnr. 33 schriftelijke toelichting). Hierover merkt de Commissie het volgende op.
- 6.19 Voor wat betreft de verklaringen van de bedrijfsleiders (CA/NCB/339/19 en 22) 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 Mikro-Electro als onderneming an sich dit ook als beleid hanteert. De verklaringen leveren geen bewijs op dat het beleid van Mikro-Electro gericht is op het doen van misleidende mededelingen. Het is de Commissie overigens niet gebleken dat, zoals Mikro-Electro 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 bedrijfsleiders hebben wel elk in een verklaring van 4 oktober 2010 resp. 7 oktober 2010 hun ervaringen van het gevoerde gesprek opgetekend. Voor zover Mikro-Electro met deze verklaringen heeft beoogd haar stelling te onderbouwen dat de verklaring van deze bedrijfsleiders onder druk is verkregen, slaagt zij daarin naar het oordeel van de Commissie niet. Uit deze verklaringen blijkt immers niet dat de bedrijfsleiders zich in hun antwoorden hebben laten leiden door de manier waarop de toezichhoudend ambtenaren zijn opgetreden. De verklaringen dienen dan ook niet als onrechtmatig verkregen bewijs terzijde te worden gesteld.
- 6.20 Uit de in het sanctiebesluit (randnrs. 26-30) aangehaalde citaten van informatie op de website (CA/NCB/339/4), de folder 'Beste Service, laagste prijs' (CA/NCB/339/7, bijlage 4), en de folder 'Mikro-Electro bezorgservice' (CA/NCB/339, 22, bijlage 1) concludeert de Consumentenautoriteit dat Mikro-Electro voor de verkoopbevordering van het Mikro-Electro Servicepakket aan consumenten meedeelt dat de fabrieksgarantie tot vijf jaar kan worden verlengd en dat gedurende die vijf jaar reparaties kosteloos worden uitgevoerd en dat gedurende die vijf jaar geen kosten met betrekking tot arbeidsloon, voorrijden, transport, administratie en materiaal in rekening worden gebracht (randnr. 32 sanctiebesluit). Het is de Commissie op voorhand niet duidelijk welke gevolgen de Consumentenautoriteit aan deze conclusie verbindt. Naar de Commissie vermoedt, leidt de Consumentenautoriteit hieruit af dat Mikro-Electro met de aangehaalde passages de indruk wekt dat als de aankoopgarantie niet wordt aangeschaft, er dus altijd moet worden betaald en zij daarmee de consument misleidt. 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 Mikro-Electro Servicepakket 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 Mikro-Electro het beleid voert dat de consument na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn altijd voor reparaties moet betalen.

OPENBAAR

- 6.21 De Consumentenautoriteit trekt uit de door haar in randnr. 33-35 aangehaalde schriftelijke informatie de conclusie dat Mikro-Electro als uitgangspunt hanteert dat de consument ten minste een basistarief betaalt bij reparatie van een buiten de (fabrieks)garantietermijn defect geraakt product. Verder zou bij een dergelijk product een prijsopgave worden gemaakt of – ingeval de reparatiekosten lager zijn dan de prijsopgavelimiet – het product worden gerepareerd en de consument daarvoor de rekening ontvangen. Naar het oordeel van de Commissie kan deze conclusie niet uit de (standaard)aankoopbon en de tabel 'geschatte gemiddelde gebruiksduur per hoofdproductgroep' worden getrokken. Uit de door de Consumentenautoriteit aangehaalde vermelding op de bon 'Extra Garantie! Garantieverlenging tot 5 jaar mogelijk! Vraag er naar bij een van onze verkopers' blijkt niet dat de consument bij een reparatie altijd kosten moet maken. De tekst op de bon 'Let op! Bewaar de factuur zorgvuldig. Zonder factuur vervalt uw recht op reclame en garantie' kan het verschuldigd zijn van kosten feitelijk wel tot gevolg hebben, maar de oorzaak daarvan is dan veeleer gelegen in het feit dat de consument niet heeft kunnen aantonen dat hij zijn product in een winkel van Miro-Electro heeft gekocht en wanneer hij het product heeft aangeschaft. Dit zijn echter wel aspecten die van belang zijn om tot al dan niet kosteloos herstel en vervanging over te gaan. Ook de tabel impliceert niet dat reparatie van een product niet kosteloos zou kunnen worden uitgevoerd.
- 6.22 De Commissie is wél van oordeel dat de folder 'Tarieven & Conditie buiten (fabrieks)garantie' de indruk kan wekken dat de consument buiten de garantie standaard (enige) kosten voor herstel draagt. In de folder staat immers dat 'het basistarief' dat voor de drie productgroepen wordt gehanteerd 'altijd in rekening wordt gebracht, ook als er geen klacht wordt geconstateerd of als er sprake is van een gebruikersfout'. Mikro-Electro heeft ten aanzien van deze folder aangegeven dat het slechts een hulpmiddel is en ter bewustwording van de consument dient van wat de tarieven van reparatiekosten kunnen zijn. Mikro-Electro zou hiermee aan de verplichting voldoen om aan de consument kenbaar te maken met welke kosten hij geconfronteerd kan worden (randnr. 3.1.65 verzoekschrift waarnaar in het aanvullend bezwaarschrift wordt verwezen). Die *eventuele* gehoudenheid tot het moeten dragen van reparatiekosten spreekt naar het oordeel van de Commissie echter niet uit de folder. Zo wordt uit de folder niet duidelijk dat als sprake is van non-conformiteit de consument dan geen basistarief zou hoeven te betalen of andere kosten verschuldigd zou zijn. In de folder staat wel dat wanneer een apparaat waarbij geen klacht is geconstateerd binnen 3 maanden opnieuw ter reparatie wordt aangeboden en de opgegeven klacht alsnog wordt geconstateerd, het basistarief in mindering wordt gebracht op de uiteindelijke reparatieprijs. Hoewel het basistarief bij non-conformiteit dus niet hoeft te worden betaald, moeten dan nog altijd wel de kosten van reparatie worden voldaan. Ondanks dat uit de folder dus blijkt dat de consument ingeval van een defect product na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn een basistarief en/of reparatiekosten dient te voldoen voor reparatie van het product, kan naar het oordeel van de Commissie aan de hand van deze folder alleen nog niet worden vastgesteld dat Mikro-Electro dit ook als beleid hanteert. De folder levert naar het oordeel van de Commissie derhalve geen bewijs op dat het beleid van Mikro-Electro is gericht op het doen van misleidende mededelingen.

OPENBAAR

- 6.23 De Consumentenautoriteit heeft de vaststelling dat artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW is overtreden, mede gebaseerd op bewijs verkregen tijdens het zogenaamde mystery shoppen. De Consumentenautoriteit heeft 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/339/8, CA/NCB/339/18, CA/NCB/339/20). Anders dan Mikro-Electro meent heeft de Consumentenautoriteit door het bezoek aan het filiaal in Den Bosch (CA/NCB/339/2) niet in het sanctiebesluit te betrekken, geen ontlastend bewijsmateriaal buiten beschouwing gelaten. Tijdens dit bezoek is de informatievoorziening aan consumenten over hun wettelijke rechten inzake garantie en conformiteit überhaupt niet aan de orde geweest, zodat dit bezoek belastend noch ontlastend bewijs kan opleveren voor overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW.
- 6.24 Mikro-Electro 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.
- 6.25 De Commissie stelt in de eerste plaats vast dat de Consumentenautoriteit niet in zijn algemeenheid is gehouden om bij 'mystery shopping' zich aan dezelfde onderzoeksstandaarden te houden als de standaarden die kennelijk door de deskundigen zijn gehanteerd waarvan de reactie door Mikro-Electro is ingebracht. Bij mystery shoppen gaat het om een heimelijke onderzoeksmethode waarvoor een aantal bijzondere zorgvuldigheidseisen geldt juist omdat ze door de overheid wordt toegepast. Een van deze zorgvuldigheidseisen is dat de door de Consumentenautoriteit ingezette mystery shopper geen overtreding mag uitlokken. Daarvan is hier overigens naar het oordeel van de Commissie geen sprake.
- 6.26 Indien de Consumentenautoriteit uitsluitend met de verslagen van mystery shopping een inbreuk op collectieve consumentenbelangen zou willen hebben aantonen, dan zouden aan deze onderzoeksmethode hoge eisen aan de representativiteit van de daarmee 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 twifelen aan de juistheid van de

OPENBAAR

verslaglegging van de toezichhouders. 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 Mikro-Electro in Oosterhout op 14 april 2009 (CA/NCB/339/8) voldoet niet aan de zojuist geformuleerde eisen. Het is dermate summier, dat aan de hand daarvan onvoldoende kan worden gereconstrueerd hoe het mystery shopping gesprek daadwerkelijk is verlopen. Bovendien is dit verslag niet zo spoedig mogelijk, maar pas een maand nadat het bezoek was afgelegd (14 mei 2009) opgemaakt. De Commissie constateert dat de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit hiermee voorts niet in overeenstemming heeft gehandeld met de in het Handboek Toezicht gestelde eisen aan verslagen van ambtshandelingen, zoals de Consumentenautoriteit in haar brief van 27 oktober 2011 voor de Commissie heeft uiteengezet. Dat verslag kan daarom naar het oordeel van de Commissie in elk geval niet voor het bewijs van de overtreding worden gebruikt. Ten overvloede: met dit oordeel beoogt de Commissie niet tot uitdrukking te brengen dat wat er in het verslag staat niet juist is; de opgetekende waarnemingen zijn in het gegeven geval alleen onvoldoende om te kunnen achterhalen welke uitlatingen door de verkoopmedewerkers zijn gedaan en daarmee zijn zij naar het oordeel van de Commissie niet bruikbaar voor het bewijs.

- 6.27 De Commissie is gelet op het bovenstaande van oordeel dat voor de mystery shopping bezoeken niet de eisen behoren te gelden die Mikro-Electro daaraan gesteld wil zien. Gelet op het doel dat de Consumentenautoriteit met het brengen van de mystery shopping bezoeken heeft gehad, gaat de door Mikro-Electro getrokken parallel met de voor de uitvoering van marktonderzoeken geldende eisen, zoals uiteengezet in de rapportage van de heer Häcker 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 Mikro-Electro, kunnen niet zonder meer worden gedaan op basis van dergelijk onderzoek.
- 6.28 Een laatste categorie bewijsmiddelen betreft drie verklaringen van consumenten afgelegd tegenover de Consumentenautoriteit. Deze consumenten zijn naar aanleiding van hun klachten bij ConsuWijzer (zie CA/NCB/339/29 en CA/NCB/339/30) nagebeld door de Consumentenautoriteit (CA/NCB/339/10, CA/NCB/339/11, en CA/NCB/339/13). Dat er ten aanzien van Mikro-Electro geen sprake zou zijn van klachten op ConsuWijzer, zoals Mikro-Electro stelt (randnrs. 5.15 en 5.17 van het aanvullend bezwaarschrift), vermag de Commissie dus niet in te zien. Twee van de verklaringen van consumenten worden genoemd in het sanctiebesluit. Het betrof consumenten die bij Mikro-Electro een laptop hadden gekocht en die met Mikro-Electro contact hadden opgenomen omdat de laptop kapot was. De Consumentenautoriteit heeft alleen de mededelingen die aan de

OPENBAAR

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 verkoopsgesprek verschaft informatie in het sanctiebesluit betrokken. Blijkens de door de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit gemaakte telefoonnotities werd de consumenten (aanvankelijk) meegedeeld dat voor de reparatie moest worden betaald omdat de fabrieksgarantietermijn was verstreken. De consumenten zijn daarmee onjuist voorgelicht, aldus de Consumentenautoriteit. 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. De Consumentenautoriteit heeft immers in de schriftelijke toelichting (randnr. 52) aangegeven dat de twee meldingen het beeld versterken dat uit het onderzoek naar de informatieverstrekking door Mikro-Electro oprijst.

- 6.29 De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat uit het door de Consumentenautoriteit verzamelde bewijsmateriaal niet de conclusie kan worden getrokken dat Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro ter ontlasting van het begaan van de overtreding heeft aangedragen – met name het boekje 'Even voorstellen' – , 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.
- 6.30 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt gegrond te verklaren. De overige bezwaren van Mikro-Electro op dit punt behoeven daarmee geen bespreking meer.
- 6.31 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

OPENBAAR

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.

- 6.32 De Commissie plaatst voorts – ten overvloede – kritische kanttekeningen bij het feit dat de Consumentenautoriteit evenmin blijkt te beschikken over een inzichtelijke methode met betrekking tot het selecteren van de meldingen bij ConsuWijzer met het oog op het bellen en nader bevragen van de consumenten die de melding hebben gedaan. Ook ten aanzien van de selectie van consumenten uit de meldingen die bij ConsuWijzer zijn gedaan, heeft de Consumentenautoriteit desgevraagd na de hoorzitting op 6 oktober 2011 bij brief van 27 oktober 2011 aangegeven dat daarvoor geen protocol bestaat. De Commissie is van oordeel dat de overtreder de betrouwbaarheid van de selectie van de meldingen en het nabellen van de consumenten achteraf moet kunnen verifiëren. Weliswaar heeft de Consumentenautoriteit aangegeven op welke wijze de selectie en de nabelprocedure in casu hebben plaatsgevonden, maar Mikro-Electro heeft de gevolgde gang van zaken daarbij betwist. Mikro-Electro 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 11 meldingen bij ConsuWijzer zijn gedaan (CA/NCB/339/29 en 30), daarvan zijn blijkens het rapportdossier maar drie verklaringen van consumenten opgenomen (CA/NCB/339/10, 11 en 13). Het is de Commissie uit het rapportdossier niet duidelijk geworden of ondanks het geringe aantal verklaringen van consumenten dat is afgenomen, toch alle op de bellijst voorkomende consumenten zijn gebeld. Zo is niet duidelijk of de 11 meldingen ook de door de Consumentenautoriteit in de brief van 27 oktober 2011 genoemde ‘relevante’ meldingen betreffen en hoeveel mensen er dus feitelijk op de bellijst stonden. Voorts is niet duidelijk hoeveel consumenten die zijn gebeld, al dan niet toestemming hebben gegeven voor het gebruiken van een af te leggen verklaring. De Commissie is van oordeel dat een gestandaardiseerde handelswijze, zoals bijvoorbeeld een op schrift gesteld protocol, hoe rudimentair ook, van de wijze waarop de selectie van de meldingen bij ConsuWijzer en het nabellen van de consumenten die de melding hebben gedaan plaatsvindt, de genoemde onduidelijkheden had kunnen voorkomen. Dit betekent naar het oordeel van de Commissie echter niet dat de consumentenverklaringen op zich onbruikbaar bewijsmateriaal opleveren. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit wel, voor zover zij tot het oordeel komt dat de overtreding kan worden bewezen, in de beslissing op bezwaar nader te

motiveren of er naast de consumenten waarvan de verklaringen in het rapportdossier zijn opgenomen, ook nog met andere consumenten is gebeld. Voorts geeft de Commissie de Consumentenautoriteit in overweging om de hiervoor genoemde gestandaardiseerde handelswijze op te stellen.

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

Motiveringsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel

- 6.33 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.
- 6.34 De Commissie adviseert het bezwaar op dit punt gegrond te verklaren.
- 6.35 Mikro-Electro heeft aangevoerd dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit op het overgrote deel van de gemotiveerde en onderbouwde verweren van Mikro-Electro 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 Mikro-Electro Ingebrachte zienswijzen niet altijd even expliciet naar voren komt, is het de Commissie niet gebleken dat de Consumentenautoriteit de zienswijzen van Mikro-Electro zonder meer terzijde heeft gelegd. Zo begrijpt de Commissie dat de Consumentenautoriteit, zonder het rapport van de heer Häcker expliciet te noemen, in randnr. 80 van het bestreden besluit op dit rapport is ingegaan. Daarnaast is de Consumentenautoriteit getuige bijvoorbeeld randnrs. 76 en 81 op bepaalde zienswijzen van Mikro-Electro expliciet ingegaan. Verder is de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit in het kader van de afweging welke handhavingsmaatregel in het onderhavige geval passend is (paragraaf 8.1), ingegaan op de zienswijze van Mikro-Electro dat eerst het traject van voorlichting en het komen tot zelfregulering zou moeten worden gevolgd (randnrs. 91-93). Hoewel het aan Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro op het gelijkheidsbeginsel (randnr. 3.28 zienswijze) en het verzoek om een toezeggingstraject te mogen volgen (paragraaf 5 zienswijze). De

OPENBAAR

Consumentenautoriteit heeft hierover in de schriftelijke toelichting onder meer opgemerkt dat zij niet gehouden is te motiveren waarom in dit geval een toezeggingstraject niet voor de hand lag omdat Mikro-Electro de overtreding in alle opzichten ontkent (randnr. 60) en dat dit onderwerp niet zou kunnen leiden tot gegrondbevinding van het bezwaar (randnr. 59). De Commissie is evenwel van oordeel dat het feit dat de Consumentenautoriteit een toezeggingstraject niet voor de hand vindt liggen en dit onderwerp volgens haar niet tot gegrondbevinding van het bezwaar kan leiden, nog niet betekent dat de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit in het geheel niet op deze punten had hoeven in te gaan. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit in de zienswijze van Mikro-Electro over deze punten, nu Mikro-Electro in dit verband een onderbouwd beroep heeft gedaan op vergelijkbare gevallen, aanleiding had moeten zien daarop een reactie – ook als deze afwijzend was – in het bestreden besluit op te nemen.

- 6.36 Mikro-Electro heeft nog aangevoerd dat de Consumentenautoriteit aan Correct een last onder dwangsom in plaats van een bestuurlijke boete heeft opgelegd. De Commissie merkt hierover op dat de Consumentenautoriteit bij handhavend optreden op grond van artikel 2.9, eerste lid Whc de keuze heeft om een last onder dwangsom en/of een bestuurlijke boete op te leggen. Het betreft hier een discretionaire bevoegdheid van de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit heeft aangegeven (randnr. 73 schriftelijke toelichting) dat, anders dan bij Mikro-Electro, in het dossier van Correct geen aanleiding voor het opleggen van een boete bestond. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit op dit punt wel in strijd met het motiveringsbeginsel heeft gehandeld zij niet op de zienswijze van Mikro-Electro op dit punt is ingegaan.
- 6.37 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt deels gegrond te verklaren.
- 6.38 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 Mikro-Electro een boete op te leggen, heeft de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb).
- 6.39 De Commissie adviseert het bezwaar op dit punt gegrond te verklaren.
- 6.40 De Commissie is van oordeel dat met betrekking tot de overige door Mikro-Electro aangehaalde punten geen sprake is van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. De Commissie merkt daartoe in de eerste plaats op dat de vermelding in randr. 8 van het sanctiebesluit van de naam van 'De Block' in plaats van Mikro-Electro, weliswaar onjuist is, maar niet tot de conclusie dient te leiden dat de Consumentenautoriteit op dit punt het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden. Voor het overige blijkt immers duidelijk uit het sanctiebesluit dat het besluit op Mikro-Electro is gericht en dat de Consumentenautoriteit specifiek ten aanzien van deze onderneming bij het opleggen van de boete een

OPENBAAR

belangenafweging heeft gemaakt. Voorts overweegt de Commissie dat, anders dan Mikro-Electro meent, de Consumentenautoriteit de scope van het onderzoek gedurende het onderzoek niet heeft gewijzigd (vgl. randnr. 6.5), zodat er geen sprake van is dat de Consumentenautoriteit met een geheel andere onderopzet en onderzoeksdoelen het onderzoek is gestart. Voorts acht de Commissie het niet onzorgvuldig dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit heeft afgezien van de vaststelling van overtreding van artikel 6:193g, onder j BW. De Juridische Dienst van de Consumentenautoriteit is niet gehouden om door de Afdeling Toezicht in het rapport geconstateerde overtredingen één-op-één in het sanctiebesluit over te nemen, zodat het laten vervallen van een van de twee overtredingen niet als onzorgvuldig handelen kan worden aangemerkt. Voor wat betreft de stelling van Mikro-Electro 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 van oordeel is dat de Consumentenautoriteit niet in strijd met het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld (zie randnrs. 6.42 en 6.44 e.v.), op deze punten ook geen sprake kan zijn van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

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

Vertrouwensbeginsel

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

OPENBAAR

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.

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

Gelijkheidsbeginsel

- 6.44 De Commissie is van oordeel dat de omstandigheden dat de Consumentenautoriteit in de branche alleen sanctionerend is opgetreden tegen ondernemingen met fysieke winkels en het onderzoek niet op enig moment heeft verbreed naar ondernemingen die hun aankoopgarantie bij een verzekeraar hadden ondergebracht, niet tot de conclusie leiden dat de Consumentenautoriteit in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld en ten aanzien van Mikro-Electro haar handhavingsbevoegdheden niet heeft mogen aanwenden. De bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om een onderzoek te starten naar gedragingen van een onderneming is immers discretionair van aard en het enkele feit dat andere ondernemingen niet zouden worden aangepakt, staat – wat daarvan ook zij – niet in de weg aan het aanwenden van die bevoegdheden in het onderhavige geval. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit niet is gehouden om, als zij een onderzoek instelt, de hele branche tot voorwerp van onderzoek te maken. Overigens zou, nog daargelaten dat zoals de Commissie in randnr. 6.5 heeft aangegeven de scope van het onderzoek niet is gewijzigd en daarin dus geen aanleiding was gelegen om andere ondernemingen in het onderzoek te betrekken, de door Mikro-Electro bepleite verbreding van het onderzoek naar ondernemingen die hun aankoopgarantie bij verzekeraars hebben ondergebracht, niet hebben betekend dat de handelspraktijken van Mikro-Electro niet verder zouden worden onderzocht. Ook wanneer in plaats van fysieke winkels online webshops in het onderzoek zouden zijn betrokken, zou dat niet hebben betekend dat de handelspraktijken van Mikro-Electro niet zouden worden onderzocht nu Mikro-Electro zelf ook een online webshop exploiteert. Het buiten het onderzoek houden van deze delen van de branche leidt dus niet tot onrechtmatigheid van het sanctiebesluit.
- 6.45 Wat betreft de verwijzing van Mikro-Electro naar het Syntheserapport⁴ merkt de Commissie het volgende op. Na bestudering van dit rapport is de Commissie van oordeel dat geen sprake is van gelijke gevallen. Het onderzoek dat tot dit rapport heeft geleid had een inventariserend karakter (p. 5 rapport) en was daarmee van een andere aard dan het handhavingsonderzoek dat de Consumentenautoriteit ten aanzien van Mikro-Electro heeft

⁴ Mikro-Electro verwijst in randnr. 7.8, voetnoot 23 van het aanvullend bezwaarschrift naar het Syntheserapport Benelux-onderzoek. Consumentenbescherming betreffende de doorverkoop van tickets via niet officiële verkoopkanalen, maart 2011. Gelet op hetgeen in randnr. 7.8 over het Syntheserapport is opgemerkt, begrijpt de Commissie dat Mikro-Electro heeft willen verwijzen naar het Syntheserapport Benelux-onderzoek. Consumentenbescherming betreffende de wettelijke en commerciële garanties. Bedrijfssector consumentenelektronica, april 2010. Mikro-Electro heeft ook dit rapport als bijlage bij haar zienswijze op het rapport overgelegd (zie bijlage 12 bij stuk CA/NCB/560/6).

OPENBAAR

uitgevoerd. Bovendien betrof het een onderzoek naar uitingen van ondernemingen op papier (algemene voorwaarden, brochures en folders) waarbij het ging om verkoopvoorwaarden die afbreuk doen aan de wettelijke rechten van de consument met betrekking tot garantie en conformiteit (p. 18 rapport) en dus niet om informatieverstrekking aan de consument in de winkel waarop het onderhavige onderzoek van de Consumentenautoriteit betrekking had. Van strijd met het gelijkheidsbeginsel is derhalve geen sprake.

- 6.46 De Commissie is voorts oordeel dat het feit dat de Consumentenautoriteit ondernemingen in andere bedrijfstakken (online ticketbureaus) die vergelijkbare overtredingen als Mikro-Electro hebben begaan, eerst een waarschuwing en kans op verbetering heeft gegeven alvorens handhavend op te treden, niet betekent dat de Consumentenautoriteit die weg ook ten aanzien van ondernemingen in een heel andere branche zou moeten doorlopen. Ook op dit punt heeft de Consumentenautoriteit discretionaire vrijheid in de wijze van aanpak.
- 6.47 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.
- 6.48 Mikro-Electro 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 Mikro-Electro een toezeggingstraject aan te bieden. Daartoe geldt dat de Commissie, anders dan Mikro-Electro doet, uit de door haar overgelegde stukken niet afleidt dat het volgen van een toezeggingstraject specifiek ten aanzien van Mikro-Electro (en De Harense Smid, De Block en Scheer & Foppen) reeds aan de orde was vóórdat ten aanzien van deze ondernemingen een rapport in de zin van artikel 5:48 Awb was opgemaakt. De contacten tussen mr. Bieleveld en de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit in april 2010 over het doorlopen van een toezeggingstraject (brieven van 14 april 2010 en 26 april 2010), betroffen uitsluitend BCC. Dat UNETO-VNI in april/mei 2010 expliciet zou hebben aangegeven dat het volgen van een toezeggingstraject namens haar leden die voorwerp zijn (geweest) van onderzoek bespreekbaar was – zoals Mikro-Electro in de brief van 20

OPENBAAR

oktober 2011 stelt -, leest de Commissie niet in de overgelegde mails van UNETO-VNI uit die periode terug. De heer Estourgie geeft wel in zijn brief van 16 mei 2011 aan van deze leden begrepen te hebben dat zij bij de Consumentenautoriteit hebben aangegeven bereid te zijn om een nadere toezegging te doen. Nog afgezien van het feit dat deze brief van latere datum is dan de datum waarop het rapport is opgemaakt, blijkt uit deze brief niet wanneer nu het doen van die toezeggingen precies aan de orde was. Ook het schrijven van de heer Estourgie van 26 oktober 2011 geeft daarover geen uitsluitsel. Gelet op het voorgaande houdt de Commissie het ervoor dat, zoals de Consumentenautoriteit heeft aangegeven, ten aanzien van Mikro-Electro 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.

6.49 Overigens komt het de Commissie voor dat de zaken van Computerland en Paradigit enerzijds en de zaak van Mikro-Electro 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 Mikro-Electro was afgerond, de tijd van alleen voorlichting geven voorbij was en Mikro-Electro 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.

6.50 De Commissie adviseert de bezwaren van Mikro-Electro op dit punt deels gegrond te verklaren.

Subsidiariteitsbeginsel

6.51 De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit niet in strijd met het subsidiariteitsbeginsel heeft gehandeld door Mikro-Electro een bestuurlijke boete op te leggen. De Commissie is, met de Consumentenautoriteit, van oordeel dat Mikro-Electro jaren de gelegenheid heeft gehad om met haar branchegenoten tot zelfregulering te komen. Dat de branche pas in mei 2010 een aanzet tot zelfregulering heeft gegeven en die zelfregulering met de komst van de Gedragscode Consument: Koop en Garantie (hierna: de gedragscode) inmiddels een feit is, kan niet voor rekening van de Consumentenautoriteit

komen in die zin dat moet worden aangenomen dat de Consumentenautoriteit te vroeg het handhavingsonderzoek heeft aangevangen. 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.

- 6.52 De Commissie adviseert de bezwaren van Mikro-Electro op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad bezwaarpunt 4) Evenredigheidsbeginsel en ad bezwaarpunt 5) De hoogte van de boete

- 6.53 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 Mikro-Electro 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.
- 6.54 De Commissie heeft onder meer in zaak 437 (Fotosessie.com) een aantal algemene opmerkingen gemaakt over de (beoordeling van de) hoogte van de door de Consumentenautoriteit opgelegde bestuurlijke boetes.⁵ De Commissie verwijst daarnaar. Over de hoogte van de opgelegde boete aan Mikro-Elektro merkt de Commissie het volgende op.
- 6.55 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.
- 6.56 De Consumentenautoriteit heeft in de randnrs. 94 tot en met 110 van het bestreden besluit gemotiveerd hoe zij de hoogte van de boete overeenkomstig de in artikel 5:46, tweede lid Awb genoemde criteria (ernst en duur van de overtreding, de mate waarin deze aan de

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

OPENBAAR

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 Mikro-Electro stelt, maar de hoogte van de boete heeft afgestemd op de omstandigheden van het geval van Mikro-Electro. De Commissie ziet in het betoog van Mikro-Electro 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 Mikro-Electro dat de doelen van speciale en generale preventie met de oplegging van de boete niet meer kunnen worden gehaald, merkt de Commissie op dat Mikro-Electro 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 Mikro-Electro 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. 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.

- 6.57 Mikro-Electro heeft aangevoerd dat zij financieel gezien in zwaar weer verkeert en het bedrijfsresultaat de afgelopen jaren is teruggelopen en dat voor 2010 wordt verwacht. Mikro-Electro heeft een beperkte financiële draagkracht. De Consumentenautoriteit zou de beperkte draagkracht van Mikro-Electro op ondeugdelijke wijze hebben meegewogen, omdat geen rekening is gehouden met de bijzondere omstandigheden en situatie waarin Mikro-Electro verkeert. Deze stelling kan naar het oordeel van de Commissie niet slagen. De Consumentenautoriteit heeft in randnr. 107 van het bestreden besluit aangegeven dat zij heeft acht geslagen op de door Mikro-Electro in het kader van het onderzoek overgelegde financiële gegevens. De Commissie is met de Consumentenautoriteit van oordeel dat het feit dat het bedrijfsresultaat van Mikro-Electro de afgelopen jaren is teruggelopen en nog verder terugloopt, niet betekent dat Mikro-Electro 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 overtreder⁶, maar dit leidt niet tot het oordeel dat teruglopende bedrijfsresultaten tot matiging van de boete moeten leiden. De Consumentenautoriteit heeft in dit verband terecht waarde gehecht aan de door Mikro-Electro behaalde omzet over voorgaande jaren. Gelet op de overgelegde omzetgegevens van Mikro-Electro en het feit dat Mikro-Electro tijdens de hoorzitting op 6 oktober 2011 heeft aangegeven niet te zullen omvallen van de boete, 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 Mikro-Electro verkeert op deugdelijke wijze meegewogen.

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

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

- 6.59 Voorts heeft Mikro-Electro aangevoerd dat de hoogte van de boete niet in stand kan blijven omdat de Consumentenautoriteit de omvang en het karakter van de onderneming niet heeft meegewogen. De Consumentenautoriteit zou bij de boeteoplegging haar onderneming ten onrechte met grote(re) ondernemingen over een kam hebben geschoren en dus niet hebben gedifferentieerd naar de grootte van de onderneming en daarmee het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel hebben geschonden. De Consumentenautoriteit heeft in randnr. 82 van de schriftelijke toelichting aangegeven dat zij bij het bepalen van de hoogte van een boete de omvang van de onderneming wel degelijk in enige mate in haar beoordeling pleegt te betrekken, maar dat Mikro-Electro zich op dit punt heeft beperkt tot niet met stukken onderbouwde stellingen. Tijdens de hoorzitting op 6 oktober 2011 heeft de Consumentenautoriteit aangegeven dat zij in beginsel 'door de oogbaren' kijkt naar verschillen in omzet en omvang van de ondernemingen, maar dat Mikro-Electro niet dermate veel kleiner is dan de andere ondernemingen dat zij om die reden slechts een gedeelte van de boete opgelegd zou moeten krijgen. De Commissie overweegt dat het karakter van een onderneming op zichzelf niet een omstandigheid vormt waarmee bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening moet worden gehouden. De omvang van De Commissie overweegt dat het karakter van een onderneming – het zijn van een 'familiebedrijf' – op zichzelf niet een omstandigheid vormt waarmee bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening moet worden gehouden. De omvang van de onderneming vormt naar het oordeel van de Commissie evenwel wél een omstandigheid waarmee bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening moet worden gehouden. Daarbij merkt de Commissie op dat het verschil in omvang tussen Mikro-Electro en de ondernemingen waarnaar zij heeft verwezen, op zichzelf niet het maken van een verschil in hoogte van boetes rechtvaardigt. Indien enkel een vergelijking wordt gemaakt met de omvang van de onderneming wordt eraan voorbij gegaan dat niet zozeer relevant is of de ondernemingen in verhouding tot hun omvang gelijk en evenredig zijn beboet maar of dat zo is in verhouding tot de inbreuk die zij hebben gepleegd.⁷ De boete wordt immers opgelegd voor de inbreuk die de ondernemingen op de collectieve belangen van consumenten hebben gepleegd. In dit verband is daarom van belang wat het behaalde voordeel (de omzet) uit de geconstateerde overtreding is.
- 6.60 De Commissie constateert dat uit het bestreden besluit op generlei wijze blijkt dat de Consumentenautoriteit bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening houdt met de omvang van de onderneming. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit ten onrechte niet – kenbaar – is ingegaan op de omvang van Mikro-Electro en de consequenties die de omvang van de onderneming voor de hoogte van de boete dient te hebben.
- 6.61 De Commissie adviseert het bezwaar van Mikro-Electro op dit punt gegrond te verklaren en in haar besluit op bezwaar te motiveren in welke zin op grond van het evenredigheidsbeginsel en/of het gelijkheidsbeginsel is rekening gehouden met de omvang van de onderneming van Mikro-Electro.

⁷ Vgl. bijv. CBb 1 september 2010, LJN: BN9357, welke uitspraak betrekking heeft op het beboeting in het kader van het bouwfraudeonderzoek wegens overtreding van artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG.

OPENBAAR

- 6.62 Tijdens de hoorzitting op 6 oktober 2011 is door Mikro-Electro gesteld dat de financiële consequenties voor haar onderneming van de aanpak van de Consumentenautoriteit worden verergerd door de publicatie van het sanctiebesluit op 5 oktober 2011; de publicatie zou Mikro-Electro dermate veel financiële schade berokkenen dat de boete aanpassing behoeft. 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 bevoegdheid toekomt (vgl. randnr. 1.2 hiervoor). Mikro-Electro heeft niet onderbouwd in hoeverre zij gevolgschade van de publicatie heeft geleden. Een dergelijke onderbouwing kon feitelijk ook niet gegeven worden nu de uitspraken van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam dateren van 5 oktober 2011 – een dag derhalve voordat de hoorzitting bij de Commissie werd gehouden -, zodat de gevolgen van de publicatie en de daardoor eventueel geleden schade op dat moment niet inzichtelijk waren. De Commissie kan daarom dit punt niet in haar advisering betrekken en niet meewegen bij de beoordeling van de hoogte van de boete.
- 6.63 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit in de beslissing op bezwaar te motiveren of en in hoeverre de door Mikro-Electro gestelde geleden gevolgschade van publicatie dient te worden verdisconteerd in de opgelegde boete.

7 CONCLUSIE

- 7.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van Mikro-Electro van 9 juni 2011, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 26 mei 2011, kenmerk CA/NCB/560/17,
- 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 Mikro-Electro uiteengezet in haar zienswijze;
 - de motivering van de hoogte van de boete met betrekking tot de rol die de omvang van de onderneming van Mikro-Electro in het kader van de evenredigheid van de boete en in vergelijking met andere ondernemingen aan wie een boete is opgelegd, speelt.
 - voor het overige ongegrond te verklaren.
- 7.2 Aangezien het ter beslissing aan de Consumentenautoriteit staat om het bezwaarschrift van Mikro-Electro 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 Mikro-Electro verzochte kostenvergoeding op basis van artikel 7:15 Awb. Of een dergelijke vergoeding op haar plaats is, is immers

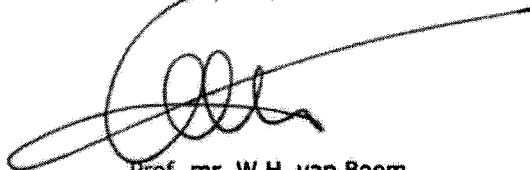
OPENBAAR

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,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Prof. mr. W.H. van Boom