

De onafhankelijke Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit

Advies inzake het bezwaarschrift van

Scheer & Foppen Elektro Speciaalzaken B.V.,

van 9 juni 2011, ingediend namens gemachtigden mevr. mr. E.H.M. Bieleveld en de heer mr. H.B.W. Beekman

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 26 mei 2011,

met kenmerk CA/NCB/559/18

1 REIKWIJDTE ADVIES VAN DE COMMISSIE

- 1.1 Het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften van de Consumentenautoriteit (hierna: de Commissie) inzake Scheer & Foppen Elektro Speciaalzaken B.V. (hierna: Scheer & Foppen) 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 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen oneerlijke handelspraktijken verricht als bedoeld in Boek 6, Titel 3, Afdeling 3A van het BW.

OPENBAAR

- 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 Scheer & Foppen toegezonden.
- 2.4 Bij brief van 17 september 2010 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van een besluit inzake eventuele handhaving Scheer & Foppen in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke of mondelinge zienswijze te geven.
- 2.5 Op 16 november 2010 heeft de Consumentenautoriteit een hoorzitting gehouden waarbij Scheer & Foppen mondeling haar zienswijze heeft gegeven. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 24 november 2010 aan Scheer & Foppen is toegezonden. Scheer & Foppen heeft bij brief van 7 december 2010 enkele opmerkingen naar aanleiding van het verslag gemaakt, die zijn toegevoegd aan het dossier.
- 2.6 Bij besluit van 26 mei 2011, met kenmerk CA/NCB/559/18 heeft de Consumentenautoriteit:
- a) vastgesteld dat Scheer & Foppen in de periode van 22 oktober 2008 tot 19 oktober 2009 een overtreding heeft begaan van artikel 8.8 Wvc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW;
 - b) aan Scheer & Foppen voor deze overtreding een boete opgelegd van € 90.000,-.
- 2.7 Bij brief van 9 juni 2011 heeft mev. mr. E.H.M. Bieleveld namens Scheer & Foppen bezwaar ingediend tegen het besluit van 26 mei 2011. De Consumentenautoriteit heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd bij brief van 23 juni 2011. Bij brief van 23 augustus 2011 zijn de bezwaargronden aangevuld.
- 2.8 Scheer & Foppen 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 11/2401 VBC-T1 en AWB 11/2402 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 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen.
- 2.11 Op 6 oktober 2011 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij Scheer & Foppen haar bezwaren en de Consumentenautoriteit haar besluit heeft toegelicht. Deze hoorzitting

bestond uit een algemeen deel waarin de bezwaren van Scheer & Foppen gezamenlijk met de daarmee overlappende bezwaren van Mikro-Electro B.V., De Block's Technisch Handelsbedrijf 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 Scheer & Foppen. Tijdens de algemene hoorzitting heeft de Commissie de Consumentenautoriteit en Scheer & Foppen om toezending van enige nadere informatie verzocht. Bij brief van 27 oktober 2011 heeft de Consumentenautoriteit deze informatie aan de Commissie en aan Scheer & Foppen gestuurd. Bij brieven van 20 oktober 2011 en 27 oktober 2011 heeft Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen en de Consumentenautoriteit zijn toegezonden en geacht worden deel uit te maken van dit advies.

3 STANDPUNT SCHEER & FOPPEN

- 3.1 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen 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 onder meer uit haar agenda's voor 2008, 2009, 2010/2011 en het jaarverslag over 2009.
- 3.3 Scheer & Foppen stelt dat het onderzoek van de Consumentenautoriteit zich richtte op het aankopen van garanties en mogelijke schending van artikel 6:193g, onder j BW, maar dat de Consumentenautoriteit – toen bleek dat zij ten aanzien van aankoopgaranties geen wetsovertreding kon vaststellen – het in dit onderzoek vergaarde bewijs vervolgens ten grondslag heeft gelegd aan de vermeende overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW. Om overtreding van dit artikel te kunnen construeren heeft de Consumentenautoriteit het bewijs op een zeer selectieve wijze geselecteerd en op een onjuiste wijze geïnterpreteerd. Scheer & Foppen stelt voorts dat indien de Consumentenautoriteit expliciet onderzoek zou hebben gedaan naar de naleving van wet- en regelgeving op het gebied van de algemene informatievoorziening over garantie en conformiteit, de "mindset" van de onderzoekers anders zou zijn geweest. Het is niet juist om gegevens die zijn verkregen in het kader van een beperkt onderzoek, op te rekken. Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het rapport en het sanctiebesluit zijn daarom ondeugdelijk.

OPENBAAR

2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 3.1-3.7)

- 3.4 Scheer en Foppen 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 Scheer & Foppen artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW heeft overtreden. De Consumentenautoriteit gaat er ten onrechte vanuit dat een gebrekkig product per definitie non-conform is en zij stelt ten onrechte dat indien er sprake is van een non-conform product, de consument altijd recht heeft op kosteloos herstel of vervanging.

3) Het onderzoek en het onderzoeksrapport bieden geen c.q. nauwelijks objectieve aanknopingspunten voor de conclusie in het sanctiebesluit en er is geen sprake van inbreuk op collectieve belangen van consumenten (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 4.1-4.7, 5.1-5.36, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 1.7, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 1-27)

- 3.5 Scheer & Foppen stelt dat de Consumentenautoriteit geen, althans geen overtuigend bewijs heeft geleverd om te kunnen concluderen dat sprake is van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen. Anders dan de Consumentenautoriteit meent, voert Scheer & Foppen niet het beleid dat een consument altijd dient mee te betalen voor herstel of vervanging van een non-conform product nadat de fabrieksgarantie is verstreken. Omdat er uit de wettelijke regels geen eenduidig beleid valt te formuleren, beoordeelt Scheer & Foppen ieder geval apart en probeert zij in gesprek te komen/blijven met de consument. Scheer & Foppen kan niet blindelings ieder naar de winkel teruggebracht product kosteloos herstellen of vervangen, maar dat neemt niet weg dat zij met het genuanceerde beleid dat zij voert de regels over garantie en conformiteit naar behoren naleeft. Nu het beleid van Scheer & Foppen niet in strijd is met de wet, is geen sprake van een structurele inbreuk op wettelijke bepalingen. Ook is geen sprake van incidentele inbreuken op wettelijke bepalingen die tezamen een collectieve inbreuk opleveren. 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.
- 3.6 De Consumentenautoriteit heeft ondanks dat zij in het kader van haar onderzoek meldingen van consumenten op ConsuWijzer heeft onderzocht en vijf telefonische interviews heeft gehouden met consumenten die zij naar aanleiding van die meldingen heeft geselecteerd, geen van deze meldingen en interviews als bewijs gehanteerd dat Scheer & Foppen consumenten heeft misleid.
- 3.7 Scheer & Foppen stelt voorts dat de Consumentenautoriteit een onzorgvuldig, ondeugdelijk en niet representatief onderzoek heeft uitgevoerd. De objectieve deskundigen die Scheer & Foppen en vier andere electro-speciaalzaken in de arm hebben genomen om de onderzoeksmethoden van de Consumentenautoriteit te beoordelen, hebben – onafhankelijk van elkaar – geconcludeerd dat de Consumentenautoriteit de onderzoeken niet deugdelijk, objectief en representatief heeft uitgevoerd.

OPENBAAR

- 3.8 Scheer & Foppen stelt voorts dat de Consumentenautoriteit een uiterst selectieve en onjuiste interpretatie van de bewijsmiddelen heeft gegeven. De Consumentenautoriteit heeft citaten uit een bedrijfsinterne bekendmaking van september 2009 over het Total Care Servicecertificaat en uit promotiemateriaal en voorwaarden bijkoopgarantie (de folder 'Servicezekerheden', de website van Scheer & Foppen en het Total Care Servicecertificaat) uit hun verband gerukt en heeft uiterst selectief uit deze bronnen geciteerd om een overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW te kunnen construeren. De citaten die de Consumentenautoriteit uit het memo en de voorwaarden van het Total Care Servicecertificaat als bewijsmateriaal heeft gebruikt, zijn niet misleidend. Bovendien kan een bedrijfsinterne memo naar haar aard bij consumenten niet de verkeerde indruk wekken; dit document is immers niet voor consumenten bedoeld en consumenten krijgen het memo ook niet te zien.
- 3.9 Voor wat betreft de mystery shoppingbezoeken aan vier filialen van Scheer & Foppen 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, (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. Er kan op geen enkele manier bewijskracht worden ontleend aan de verslagen omdat ze niet weergeven wat er daadwerkelijk aan de verkoopmedewerkers is gevraagd, wat de verkoopmedewerkers exact hebben gezegd en ze allemaal geruime tijd na het bezoek pas zijn opgemaakt.
- 3.10 De verklaringen die de Consumentenautoriteit van twee (assistent) filiaalmanagers heeft afgenomen, zijn op een zeer slordige manier in telegramstijl opgetekend, onder druk afgelegd en niet representatief. De antwoorden die de filiaalmanagers hebben gegeven, leveren bovendien geen bewijs op dat Scheer & Foppen de consument misleidt.
- 3.11 Voorts heeft de Consumentenautoriteit volkomen selectief geciteerd uit het gesprek dat op 19 oktober 2009 is gevoerd met de directeuren en manager van Scheer & Foppen en heeft zij drie citaten over de tabel met gebruiksduurverwachtingen van UNETO-VNI uit haar context gehaald om te bewijzen dat Scheer & Foppen het beleid voert om consumenten te misleiden. Het kan zo zijn dat in gevallen waarbij de uitgevoerde reparatie ertoe leidt dat de levensduur van het gerepareerde of vervangen product aanzienlijk wordt verlengd, Scheer & Foppen met gebruikmaking van de tabel van UNETO-VNI op grond van de redelijkheid en billijkheid een tegemoetkoming in de reparatiekosten vraagt. Maar dat betekent nog niet dat de consument dus *altijd* mee dient te betalen. Scheer & Foppen bekijkt juist ieder geval apart en probeert, met inachtneming van de complexe wettelijke regels, voor de consument een redelijke oplossing te vinden.

4) Bestuursrechtelijke handhaving was niet de geëigende weg (aanvullend bezwaarschrift randnr. 6.1-6.7, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 2.8)

OPENBAAR

3.12 Scheer & Foppen stelt dat bestuursrechtelijke handhaving in casu niet de geëigende weg was om te volgen. Met betrekking tot de handhaving van de Wet OHP zou de Consumentenautoriteit gelet op haar persbericht van 24 september 2008 het beleid voeren: voorlichting, zelfregulering, waarschuwing en dan uiteindelijk handhaving. Het strookt dan ook niet met het vertrouwensbeginsel dat de Consumentenautoriteit aan Scheer & Foppen naar aanleiding van haar onderzoek direct een bestuurlijke boete heeft opgelegd. Bovendien heeft de Consumentenautoriteit in strijd met het motiveringsbeginsel gehandeld doordat zij in het sanctiebesluit nauwelijks heeft gereageerd op de stelling van Scheer & Foppen dat zij er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat eerst de weg van voorlichting en het stimuleren van zelfregulering zou worden gevolgd. Scheer & Foppen heeft het principe van zelfregulering met de komst van de gedragscode ook al omarmd, zodat, gelet op het oogmerk van preventie dat de Consumentenautoriteit met handhaving heeft, sanctionerend optreden niet meer op zijn plaats is.

3.13 Voorts stelt Scheer & Foppen dat zij naar aanleiding van het onderzoek van de Consumentenautoriteit nooit enige terugkoppeling van de Consumentenautoriteit heeft gehad, dit terwijl preventie het oogmerk van de Consumentenautoriteit is. De Consumentenautoriteit heeft bij Paradigit Computers B.V. en Computerland B.V. een andere route gevolgd, namelijk een toezeggingstraject.

5) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 7.1-7.21, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 2.1-4.2)

Gelijkheidsbeginsel

3.14 Scheer & Foppen stelt dat de Consumentenautoriteit ten onrechte alleen sanctionerend is opgetreden tegen ondernemingen met fysieke winkels, aangezien webwinkels en fabrikanten ook aankoopgaranties aanbieden en in elk geval in het kader van de verkoop van electro-producten consumenten ook informatie verstrekken op het gebied van garantie en conformiteit in zijn algemeenheid.

3.15 Voorts heeft de Consumentenautoriteit bij andere ondernemingen die van meer dan wel van dezelfde overtredingen werden verdacht (bijv. online ticketbureaus), eerst een waarschuwing en kans op verbetering gegeven alvorens handhavend op te treden dan wel met een toezeggingstraject genoegen genomen. Ten aanzien van Paradigit Computers B.V. en Computerland B.V. heeft de Consumentenautoriteit voor het toezeggingstraject geopteerd omdat deze ondernemingen zich – na ontvangst van het onderzoeksrapport – bereid hadden verklaard om de geconstateerde wetsovertredingen toe te geven en hun gedrag wilden verbeteren. De opstelling van de electro-speciaalzaken – waaronder Scheer & Foppen – is echter niet anders geweest. Het enige verschil is dat de electro-speciaalzaken niet ieder individueel maar via UNETO-VNI de mogelijkheid van een toezegging met de Consumentenautoriteit hebben willen bespreken. UNETO-VNI heeft echter nadrukkelijk aangegeven de electro-speciaalzaken te vertegenwoordigen. De Consumentenautoriteit heeft hier volstrekt willekeurig gehandeld.

OPENBAAR

- 3.16 Verder stelt Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen en vier andere ondernemingen onderzocht, omdat zij aankoopgaranties in eigen beheer aan consumenten verkochten. Ondernemingen die hun aankoopgaranties hebben ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij (bijvoorbeeld marktleider in de elektronica-branch: MediaMarkt) heeft de Consumentenautoriteit, gelet op de aanvankelijke scope van het onderzoek, buiten het onderzoek gehouden. De Consumentenautoriteit had echter, toen de focus van het onderzoek wijzigde van onderzoek naar aankoopgaranties naar Informatieverstrekking aan consumenten in het algemeen en daarmee de initiële beweegredes wegviel om een onderneming als Media Markt niet aan een onderzoek te onderwerpen, moeten besluiten om het onderzoek op dat moment alsnog te verbreden. De selectie van de Consumentenautoriteit getuigt van willekeur. De bewuste uitsluiting van vergelijkbare ondernemingen op onjuiste gronden heeft tot een ongelijke behandeling geleid.
- 3.17 Scheer & Foppen stelt dat de Consumentenautoriteit ondanks de zienswijze van Scheer & Foppen hierover in het sanctiebesluit niet heeft gemotiveerd waarom het gelijkheidsbeginsel niet zou zijn geschonden.

Vertrouwensbeginsel

- 3.18 Scheer & Foppen 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 – Scheer & Foppen direct een substantiële boete heeft opgelegd en tot openbaarmaking van het sanctiebesluit heeft besloten.

Subsidiariteitsbeginsel

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

Motiveringsbeginsel

- 3.20 Scheer & Foppen 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. Scheer & Foppen stelt verder dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit op het overgrote deel van de gemotiveerde en onderbouwde verweren van Scheer & Foppen 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 Vonk – op het door haar uitgevoerde onderzoek voor wat betreft zowel de kwantitatieve als de kwalitatieve onderbouwing. Verder heeft de Consumentenautoriteit niets gedaan met alle bewijsmaterialen die de electro-speciaalzaken hebben aangedragen, zoals bijvoorbeeld voorbeelden van reparatierapporten, en die haaks staan op het beeld van hun beleid zoals dat uit de onderzoeksrapporten van de Consumentenautoriteit naar voren komt.

Evenredigheidsbeginsel

- 3.21 Scheer & Foppen 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 langsgegaan waarbij zij ook slechts op algemene wijze naar het bedrag van € 90.000,- heeft toe geredeneerd. Bovendien is de boete niet evenredig aan het doel dat de Consumentenautoriteit met deze sanctie meent te dienen. Verder is de hoogte van de boete niet deugdelijk gemotiveerd.

Zorgvuldigheidsbeginsel

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

4 STANDPUNT CONSUMENTENAUTORITEIT

- 4.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de Consumentenautoriteit zich ten overstaan van de Commissie op het standpunt gesteld dat de bezwaren van Scheer & Foppen 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. 13-22, 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 of vooringenomenheid jegens Scheer & Foppen is dan ook geen sprake.

OPENBAAR

- 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 Scheer & Foppen 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. Scheer & Foppen wist dus van meet af aan dat zij (ook) werd verdacht van overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW. Al in de onderzoeksopdracht was ook artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW opgenomen. Ook uit de verslagen van de mystery shoppinggesprekken, de verslagen van de twee gesprekken met filiaalhouders van Scheer & Foppen en het verslag van het gesprek dat met twee directeuren en een manager van Scheer & Foppen op 19 oktober 2009 is gevoerd, blijkt dat die gesprekken mede gingen over de wijze waarop Scheer & Foppen meer in het algemeen omgaat met garantie en conformiteit. Met het vaststellen van de onderhavige overtreding is dan ook geen sprake geweest van een onaanvaardbare wijziging in de scope van het onderzoek. Het komen vervallen van een van de twee grondslagen voor mogelijke overtredingen maakt het sanctiebesluit nog niet ondeugdelijk, maar schetst veeleer de zorgvuldige werkwijze binnen de Consumentenautoriteit.

Ad bezwaarpunt 2) Onjuiste toepassing in het sanctiebesluit van de wet- en regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit (schriftelijke toelichting randnrs. 23-26, 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 Scheer & Foppen hanteert – nl. altijd (mee)betalen voor reparaties na de fabrieksgarantie – lijnrecht staat tegenover dat van de wetgever (artikel 7:17 en 7:21 BW) – nl. bij non-conformiteit kosteloos herstel of vervanging. Juist hier zit de crux. De consument wordt (1) bij de verkoop van een product – al dan niet in het kader van het aanprijzen van bijkoopgarantie – verteld dat deze na de fabrieksgarantie moet betalen voor de reparatie van een defect product en (2) ingeval de consument na de fabrieksgarantie een defect product ter reparatie aanbiedt, meegedeeld dat deze moet betalen voor de reparatie. Daardoor wordt de consument onjuist voorgelicht over zijn wettelijke rechten met betrekking tot garantie en conformiteit. Deze onjuiste informatieverschaffing heeft vervolgens tot gevolg dat de consument een besluit neemt of kan nemen over een overeenkomst dat hij anders niet had genomen (reparatiekosten 'dan maar' voldoen), zodat sprake is van de in artikel 6:193c, eerste lid, onder BW geformuleerde misleidende handelspraktijk. Die gedraging laat onverlet dat Scheer & Foppen, wanneer de consument op zijn strepen gaat staan, toch de discussie aangaat over de vraag of al dan niet sprake is

OPENBAAR

van non-conformiteit en over wat in het gegeven geval redelijk is qua verdeling van de reparatiekosten.

Ad bezwaarpunt 3) Het onderzoek en het onderzoeksrapport bieden geen c.q. nauwelijks objectieve aanknopingspunten voor de conclusie in het sanctiebesluit en er is geen sprake van inbreuk op collectieve belangen van consumenten (schriftelijke toelichting randnrs. 27-67, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnrs. 7-8, pleitnotities specifiek hoorzitting 6 oktober 2011)

- 4.5 De Consumentenautoriteit stelt dat het werkelijke beleid dat Scheer & Foppen stelt te voeren, ten tijde van het onderzoek niet is aangetroffen (geen folder, geen procesbeschrijving, geen informatie op de website of in folders in de winkel). Evenmin is het door Scheer & Foppen gestelde beleid aan de orde gesteld door haar verkopers noch door de (assistent-)filiaalmanagers bij wie hier expliciet naar is gevraagd. Ook tijdens het gesprek op het hoofdkantoor is het beweerde beleid niet genoemd. Er is alleen een zeer algemene verwijzing in de folder "Servicezekerheden" waarin wordt meegedeeld dat het Total Care ServiceCertificaat op geen enkele wijze een beperking is van de wettelijke rechten van de lezer. Maar die wettelijke rechten worden nergens toegelicht. De stelling van Scheer & Foppen dat sprake is van dermate complexe regelgeving dat die niet in een winkel aan de klant kan worden uitgelegd, gaat niet op nu Scheer & Foppen de grote lijnen van de regelgeving in vier eenvoudige stappen heeft weten uiteen te zetten en dat haar werkelijke beleid noemt.
- 4.6 De Consumentenautoriteit stelt dat elk van de bewijzen – t.w. de verklaringen van twee directeuren en een manager van Scheer & Foppen tijdens het gesprek op het hoofdkantoor, twee afzonderlijke verklaringen van filiaalmanagers van Scheer & Foppen en de bedrijfsinterne bekendmaking binnen de onderneming – afzonderlijk maar ook de bewijzen in onderlinge samenhang zonder meer wijzen op een consistent beleid binnen de onderneming. Daarnaast bewijzen de verklaringen van verkoopmedewerkers tijdens de vier mystery shoppingbezoeken, materiaal op de website, de folder Servicezekerheden, en een voorwaarde bij het Total Care Servicecertificaat elk afzonderlijk, maar ook in onderlinge samenhang in overtuigende mate dat het beleid ook daadwerkelijk in de praktijk ten uitvoer wordt gebracht. Er is dus geen sprake van een enkel ongelukkig incident, maar consumenten lopen daadwerkelijk het risico dat zij in hun belangen (kunnen) worden geschaad door onjuiste informatieverstrekking door Scheer & Foppen. Daarom is sprake van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. Dit wordt niet anders doordat de Consumentenautoriteit de in het rapport opgevoerde meldingen van consumenten in het sanctiebesluit niet langer als bewijs heeft gehanteerd. De bewijzen maken elk afzonderlijk, maar ook in samenhang, waarin ze elkaar onderling versterken, meer dan voldoende aannemelijk dat de overtreding is begaan.
- 4.7 De Consumentenautoriteit stelt dat Scheer & Foppen met de door haar overgelegde verklaring van de heer Vonk miskent dat onderzoek, toezicht en handhaving door de Consumentenautoriteit niet valt gelijk te stellen met marktonderzoek. Het gaat in het onderzoek van de Consumentenautoriteit niet om percentages en statistieken maar om de

OPENBAAR

vraag of sprake is van een overtreding in de zin van de Whc. Gelet op het bewijsmateriaal is in casu vastgesteld dat de verboden gedragingen hun grondslag vinden in het beleid van Scheer & Foppen en vinden die gedragingen in de praktijk ook daadwerkelijk plaats, zodat de verwijzing naar de notitie van de heer Vonk reeds daarom geen doel treft. Voorts gaat de Consumentenautoriteit voorbij aan de vier marktonderzoeken die andere ondernemingen in hun zaken hebben overgelegd en waarnaar Scheer & Foppen heeft verwezen omdat die andere marktonderzoeken geen betrekking hebben op de onderhavige zaak.

- 4.8 Ten aanzien van de bedrijfsinterne memo van de onderneming van september 2009 stelt de Consumentenautoriteit dat de zinsnede "Over de gehele looptijd van het Servicecertificaat (...) geen onkosten voor de klant, dus ook niet voor het klantdeel zoals wettelijk bepaald.", mede in het licht van de andere bewijzen, niet anders kan worden gelezen dan dat Scheer & Foppen hiermee wel degelijk tot uitdrukking brengt dat de wet zou voorzien in een klantdeel. Andere instructies opgenomen in het memo ontkrachten deze mededeling niet.
- 4.9 Ten aanzien van het promotiemateriaal – de folder Servicezekerheden en de website – stelt de Consumentenautoriteit dat in dit materiaal letterlijk is vermeld dat het ServiceCertificaat extra zekerheid geeft en dat het onnodige kosten voor reparatie voorkómt. Bovendien vermeldt het zgn. Total Care ServiceCertificaat dat het certificaat de consument alle zorgen rondom herstel van het product uit handen neemt. Dat expliciet in het certificaat is vermeld dat het geen beperking op de wettelijke rechten van de consument teweegbrengt, betekent niet dat daarmee de bij de consument gewekte indruk dat hij zonder de bijkoopgarantie na afloop van de fabrieksgarantie zich zorgen heeft te maken over onnodige reparatiekosten, ongedaan wordt gemaakt. Het certificaat verklaart immers niet wat de wettelijke rechten van de consument inhouden.
- 4.10 Voor wat betreft de mystery shopping bezoeken stelt de Consumentenautoriteit dat de vraag die de mystery shopping consumenten hebben gesteld (wat zou er gebeuren als het door hen gekochte product kapot zou gaan?) geen vraagstelling behelst die een verantwoording behoeft. 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. Vaststaat dat de vier mystery shoppinggesprekken zijn gehouden op vier verschillende data, in vier verschillende filialen, met verschillende medewerkers. Bij elk van die gelegenheden deden de medewerkers precies dezelfde onjuiste en misleidende mededeling aan de mystery shopping consument. Die onjuiste mededeling strookt bovendien met het in het onderzoek vastgestelde beleid van de onderneming. Niet valt in te zien waarom de mystery shopping gesprekken niet als bewijs zouden kunnen worden aangemerkt. Voorts geldt dat de verklaringen van de deskundigen in dat verband rechtens niet relevant zijn. De deskundigen oordelen binnen een ander kader en aan de hand van criteria die voor de Consumentenautoriteit bij toepassing van de wet geen gelding hebben.

OPENBAAR

Verder is van belang dat de mystery shoppingbezoeken deel uitmaakten van een breder onderzoek. Het uitgangspunt van Scheer & Foppen dat er voor de consument altijd kosten zijn, blijkt niet alleen uit de vier mystery shoppingbezoeken maar ook uit andere informatie aan consumenten die in het sanctiebesluit is opgenomen. De Consumentenautoriteit gaat voorbij aan het standpunt van Scheer & Foppen dat de mysteryshopping bezoeken door 'belanghebbende juristen' zouden zijn afgelegd nu de medewerkers van de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit geen enkel persoonlijk belang bij welke uitkomst van die bezoeken dan ook hebben en het sanctiebesluit juist met het oog op borging van de objectiviteit door medewerkers van een ander onderdeel van de organisatie van de Consumentenautoriteit, de Juridische Dienst, is voorbereid. De door Scheer & Foppen aangevoerde omstandigheden dat de verslagen van de bezoeken te laat zijn opgemaakt en te summier zijn, vormen geen reden om de waarheidsgetrouwheid van die verslagen in twijfel te trekken.

- 4.11 Ten aanzien van de verklaringen van de twee (assistent-)filiaalmanagers stelt de Consumentenautoriteit dat de gevoerde gesprekken elk afzonderlijk de bewezen verklaarde overtreding aannemelijk maken en bovendien dienen te worden beschouwd mede in het licht van de andere bewijzen. De managers hebben elk afzonderlijk verklaard dat indien de consument geen garantie heeft bijgekocht en het product defect raakt, de consument een deel moet betalen voor de reparatie; dit tenzij de fabrikant vindt dat er coulance moet worden betracht. Van verklaren onder druk is niet gebleken. De (assistent-)filiaalmanagers is meegedeeld dat zij niet tot antwoorden verplicht waren, bovendien hebben zij hun verklaring ook ondertekend en zijn daarop later niet meer teruggekomen. Scheer & Foppen 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 Ten aanzien van de verklaringen van de directie en manager van Scheer & Foppen stelt de Consumentenautoriteit dat zij in het sanctiebesluit een aantal citaten van Scheer & Foppen heeft weergegeven waaruit blijkt dat indien haar consumenten buiten fabrieksgarantie niet beschikken over aankoopgarantie, zij bij wijze van automatisme een deel moeten meebetalen voor reparaties. Voor de berekening van het deel dan aan de consument in rekening wordt gebracht, wordt de tabel van UNETO-VNI gebruikt. Scheer & Foppen onderzoekt niet of de consument hoe dan ook is gehouden tot meebetalen. De citaten uit het gesprek van 19 oktober 2009 die Scheer & Foppen heeft aangehaald, doen aan de weergave van Scheer & Foppen over haar handelen in de praktijk niet af.
- 4.13 De Consumentenautoriteit stelt dat het rapport dat aan het sanctiebesluit ten grondslag ligt, is gebaseerd op deugdelijk en objectief onderzoek. Dat sprake zou zijn van een tunnelvisie, is feitelijk onjuist.
- 4.14 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; representativiteit en statistiek zijn

OPENBAAR

hier niet aan de orde. In de tweede plaats past al het materiaal – de mededelingen in de winkels, de verklaring van de directie en manager van Scheer & Foppen, het foldermateriaal, de informatie op de website en in de winkels - 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 Scheer & Foppen. Er is dan ook sprake van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten.

Ad bezwaarpunt 4) Bestuursrechtelijke handhaving was niet de geëigende weg (schriftelijke toelichting randnrs. 68-83, pleitnotities algemeen hoorzitting 6 oktober 2011, randnr. 14)

- 4.15 De Consumentenautoriteit stelt dat Scheer & Foppen zich niet met een beroep op het vertrouwensbeginsel kan verschuilen achter een persbericht of haar eigen verwachting dat de Consumentenautoriteit haar zou coachen en begeleiden in haar bedrijfsvoering. Scheer & Foppen is een professionele onderneming die jaren de gelegenheid heeft gehad haar bedrijfsvoering conform de wettelijke regeling in te richten en wetsconforme informatie aan consumenten te geven, al dan niet in overleg met haar brancheleden. Scheer & Foppen heeft dit echter op het punt van de beboete gedraging nagelaten.
- 4.16 De Consumentenautoriteit stelt bovendien dat het persbericht waarin is aangegeven hoe zij met overtredingen van de Wet OHP zal omgaan, geen beleidsregel is. Voorts heeft de Consumentenautoriteit wel degelijk voorlichting over het onderwerp garantie en conformiteit aan de consumentenelektronicabranche (UNETO-VNI) gegeven. De regeling omtrent garantie en conformiteit dateert van 25 mei 1999, zodat de branche jaren de tijd heeft gehad om afspraken te maken om tot zelfregulering te komen. Het kan de Consumentenautoriteit niet worden verweten dat de branche de zaken op hun beloop heeft gelaten en pas onder druk van handhavend optreden een gedragscode is gaan ontwerpen. De Consumentenautoriteit heeft anders dan Scheer & Foppen lijkt te betogen, geen taak bij de totstandkoming van zelfregulering. De Consumentenautoriteit is verder van oordeel dat zij gedurende het totstandkomingsproces van de gedragscode die inmiddels het levenslicht heeft gezien, niet op afstand hoefde te blijven.
- 4.17 De Consumentenautoriteit stelt dat voor het volgen van een toezeggingstraject in de zaak Scheer & Foppen geen aanleiding bestond en bestaat. De vergelijking met de door Scheer & Foppen genoemde zaken van Computerland en Paradigit gaat niet op, nu de onderzoeken in die zaken veel breder waren opgezet, de overtreding "misleiding algemeen" slechts één van de aandachtspunten was, en de accenten bij die onderzoeken op de inhoudelijke – en civielrechtelijk te handhaven – afhandeling van kwesties omtrent conformiteit lagen. Bovendien heeft de Consumentenautoriteit reeds in november 2007 schriftelijk aan Scheer & Foppen medegedeeld dat het bij reparatie steevast in rekening brengen van een klantdeel in strijd is met de wet. Scheer & Foppen was dus al vroegtijdig schriftelijk gewaarschuwd. Verder ontkent Scheer & Foppen dat zij een overtreding heeft begaan, zodat ook in dat opzicht het volgen van een toezeggingstraject hier niet voor de hand lag en ligt.

- 4.18 Anders dan Scheer & Foppen meent, is er voor de Consumentenautoriteit geen preventieve taak in de wet opgenomen. Evenmin bestaat er een wettelijke grondslag voor het uitgangspunt dat de Consumentenautoriteit zou moeten afzien van handhavend optreden als een branche tot zelfregulering probeert te komen. Het opleggen van een boete heeft altijd betrekking op gedragingen in het verleden, terwijl de totstandkoming van een code betrekking heeft op toekomstige gedragingen. Voorts sluit eventuele betrokkenheid van de Consumentenautoriteit bij de totstandkoming van zelfregulering haar bevoegdheid tot handhavend optreden niet uit. Ook had de Consumentenautoriteit bij de totstandkoming van de gedragscode van UNETO-VNI niet een dermate actieve rol dat zij om die reden geen boete aan Scheer & Foppen had kunnen opleggen.

Ad bezwaarpunt 5) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur (schriftelijke toelichting randnrs. 84-107)

Gelijkheidsbeginsel

- 4.19 Ten aanzien van het argument van Scheer & Foppen dat de Consumentenautoriteit het onderzoek heeft beperkt tot fysieke winkels en ten onrechte internetwinkels in het onderzoek buiten beschouwing heeft gelaten, stelt de Consumentenautoriteit dat zij gelet op haar discretionaire bevoegdheid om onderzoeken in te stellen naar overtredingen van de Whc niet is gehouden om als zij een onderzoek instelt, meteen dan ook de gehele bedrijfstak te betrekken. Dat zou gelet op de beperkte capaciteit van de organisatie van de Consumentenautoriteit ook niet doenlijk zijn. 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.
- 4.20 Wat betreft de toezeggingen van bedrijven die de Consumentenautoriteit in het verleden heeft geaccepteerd, merkt de Consumentenautoriteit op dat Scheer & Foppen heeft 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.
- 4.21 Ten aanzien van het argument van Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen 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

OPENBAAR

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.

Vertrouwensbeginsel

- 4.22 De Consumentenautoriteit stelt dat van strijd met het vertrouwensbeginsel geen sprake is nu het niet haar beleid is en ook nooit is geweest om altijd eerst te waarschuwen en branches de gelegenheid te geven tot zelfregulering alvorens als ultimum remedium een boete op te leggen. Een dergelijk beleid kan ook niet uit het door Scheer & Foppen aangehaalde persbericht en de beschikkingenpraktijk van de Consumentenautoriteit worden afgeleid.

Subsidiariteitsbeginsel

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

Motiveringsbeginsel

- 4.24 De Consumentenautoriteit stelt dat het sanctiebesluit deugdelijk is gemotiveerd en dat zij bij de juridische beoordeling in het kader van de vaststelling van het sanctiebesluit de zienswijze van Scheer & Foppen in aanmerking heeft genomen. Het vereiste van een deugdelijke motivering brengt niet met zich dat ieder door de overtreder aangevoerd argument moet worden weergegeven in het sanctiebesluit, moet worden weerlegd of tot een (nadere) motivering moet leiden. Het sanctiebesluit geeft voldoende inzicht in hoe het in het dossier opgenomen bewijs mede gelet op de zienswijze van Scheer & Foppen 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.
- 4.25 Ten aanzien van het argument van Scheer & Foppen dat onvoldoende onderbouwd is dat het aantal consumenten dat potentieel nadeel kan ondervinden door de overtreding substantieel is, merkt de Consumentenautoriteit op dat nu zij heeft aangegeven dat er sprake is van een bedrijfsbeleid, alle klanten van Scheer & Foppen in elk van haar winkels daarmee geconfronteerd kunnen worden. Daarmee acht de Consumentenautoriteit dan ook voldoende onderbouwd dat er sprake is van een substantieel aantal potentieel benadeelde consumenten.

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. Ook de hoogte van de boete is uitgebreid gemotiveerd.

Zorgvuldigheidsbeginsel

- 4.27 De Consumentenautoriteit stelt dat voor wat betreft de door Scheer & Foppen naar voren gebrachte punten geen sprake is van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. De beslissing om af te zien van de vaststelling van overtreding van artikel 6:193g, onder j BW is na

OPENBAAR

zorgvuldige afwegingen genomen en daarmee heeft de Consumentenautoriteit blijk gegeven van de zorgvuldigheid die zij in het besluitvormingsproces betracht. Daarnaast heeft de Juridische Dienst bij de totstandkoming van het sanctiebesluit ook het bewijsmateriaal zorgvuldig tegen het licht gehouden. Een selectie van het bewijsmateriaal werd in dit verband niet bruikbaar geacht en is daarom niet aan het besluit ten grondslag gelegd.

5 TOEPASSELIJKE REGELGEVING

- 5.1 Op 1 juli 2009 zijn de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 264) en de Aanpassingswet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 265) in werking getreden. Door de betrokken wetgeving is de Whc met ingang van die dag gewijzigd. Op grond van artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht blijft, indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, het recht van toepassing zoals dat gold voor dat tijdstip. De Commissie wijst op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 1 juni 2011 (LJN: BQ6826) waarin 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 Scheer & Foppen gezonden en heeft Scheer & Foppen op 16 november

OPENBAAR

2010 haar zienswijze over het rapport gegeven. De Commissie merkt overigens nog op dat ondanks deze uitspraak van de Afdeling de vraag of de handelingen een overtreding opleveren en de wettelijke maxima van de hoogte van de boete nog altijd worden bepaald door de wet zoals die gold ten tijde van de overtreding. De inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb heeft op dit punt geen verandering teweeg gebracht.

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

5.4 Artikel 8.8 Whc luidt als volgt:

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

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

“1. Een handelspraktijk is misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van:
(...)
g. de rechten van de consument waaronder het recht van herstel of vervanging van de afgeleverde zaak of het recht om de prijs te verminderen, of de risico's die de consument eventueel loopt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.
(...)”

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

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

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

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

5.8 Artikel 7:21 BW luidt als volgt:

“1. Beantwoordt het afgeleverde niet aan de overeenkomst, dan kan de koper eisen:
a. aflevering van het ontbrekende;
b. herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen;
c. vervanging van de afgeleverde zaak, tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen, dan wel de zaak na het tijdstip dat de koper redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden,

teniet of achteruit is gegaan doordat hij niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan heeft gezorgd.
2. De kosten van nakoming van de in lid 1 bedoelde verplichtingen kunnen niet aan de koper in rekening worden gebracht.
3. De verkoper is verplicht om, mede gelet op de aard van de zaak en op het bijzondere gebruik van de zaak dat bij de overeenkomst is voorzien, binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper, zijn in lid 1 bedoelde verplichtingen na te komen.
4. Bij een consumentenkoop komt de koper in afwijking van lid 1 slechts dan geen herstel of vervanging van de afgeleverde zaak toe indien herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevegd kan worden.
5. Herstel of vervanging kan bij een consumentenkoop van de verkoper niet gevegd 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 gevegd 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 Scheer & Foppen 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

- 6.2 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen niet alleen een onjuiste interpretatie is gegeven van de jaaragenda's van de Consumentenautoriteit en het jaarverslag over 2009 van de Consumentenautoriteit waarnaar zij verwijst, maar ook dat geen sprake is van een wijziging in de scope van dat onderzoek. Immers uit de jaaragenda's en het jaarverslag blijkt naar het oordeel van de Commissie 'enkel' dat de Consumentenautoriteit handhavend zal optreden tegen aanbieders in de electronicabranche voor zover zij de regels op het gebied van garantie en conformiteit hebben overtreden en handhaving binnen het relevante juridische kader mogelijk is. De Commissie ziet niet in dat en waarom de Consumentenautoriteit met de aankondiging in haar jaaragenda's en jaarverslag het onderzoek naar de elektronicaspecialzaken 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 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen 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/336/1) 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 waarmogelijk op getoetst gaat/kan worden". Alleen al uit de bedrijfsbezoekopdracht blijkt dus dat het onderzoek zich niet beperkte tot de verkoop van aankoopgaranties an sich zonder dat daarbij de informatievoorziening over de wettelijke rechten van consumenten inzake garantie en conformiteit onderwerp van onderzoek was. Dat de Consumentenautoriteit uiteindelijk om haar moverende redenen de verdenking van overtreding van artikel 6:193g, onder j BW heeft laten vallen en het sanctiebesluit heeft toegespitst op de overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW, maakt het onderzoek en de bewijsvoering in zoverre (de Commissie komt op de bewijsvoering nog terug) niet ondeugdelijk.

- 6.6 De Commissie merkt overigens nog op dat de vraag of aanvankelijk de vermoedelijke overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW al dan niet aan het onderzoek ten grondslag lag en of daarmee de scope van het onderzoek is gewijzigd, niet relevant is. Pas bij het boeterapport en de boetebeschikking wordt de kwalificatie van de feiten als een of meer overtredingen van de Wet OHP relevant.
- 6.7 De Commissie adviseert de bezwaren van Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen stelt, doet niet af aan de gelding van dit uitgangspunt. Scheer & Foppen hebben 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 Scheer & Foppen mededelingen heeft gedaan die tegengesteld zijn aan dan wel anderszins in strijd zijn met dit wettelijke uitgangspunt. Hieraan doet niet af dat, zoals Scheer & Foppen stelt, de wettelijke regeling inzake garantie en non-conformiteit bij consumentenkoop in concreto tot meningsverschil tussen verkoper en koper aanleiding kan geven. De Consumentenautoriteit heeft immers het bewijs van overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW niet gebaseerd op een oordeel over de vraag in welke precieze gevallen de consument al dan niet aanspraak kan maken op vervanging of kosteloos herstel.
- 6.10 Een andere vraag is evenwel of de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen, ligt om zichzelf tijdig op de hoogte te

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

OPENBAAR

stellen van de reikwijdte van wettelijke bepalingen. Ook ontslaat de mogelijke complexiteit daarvan Scheer & Foppen 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: Scheer & Foppen - 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 Scheer & Foppen 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 19 oktober 2009 van twee directeuren en een servicemanager van Scheer & Foppen;
 - verklaringen van 8 en 9 oktober 2009 van twee filiaalmanagers van Scheer & Foppen;
 - een bedrijfsinterne bekendmaking van september 2009;
 - mededelingen van verkopers tijdens het zogenaamde mystery shoppen;
 - informatie van de website van Scheer & Foppen;
 - de folder Servicezekerheden; en
 - de voorwaarden bij het Total Care Servicecertificaat.
- 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

²CBb 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.

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

OPENBAAR

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 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen 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 en randr. 91) dat de bewijsmiddelen 'in hun onderlinge samenhang bezien' uitwijzen dat het door Scheer & Foppen 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. Uit de verzamelde bewijsmiddelen, in onderlinge samenhang beschouwd, leidt de Consumentenautoriteit af of sprake is van een 'handelspraktijk' in de zin van artikel 6:193a BW. De Consumentenautoriteit heeft er ook in haar pleidooi tijdens de hoorzitting voor de Commissie op 6 oktober 2011 op gewezen dat de bewijzen mede in hun onderlinge verband moeten worden bezien: "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 bezien 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 zomogelijk direct bewijs voor de geconstateerde overtreding oplevert, en dat duidelijk is wat de constituerende elementen van die overtreding precies zijn. De Commissie constateert dat de Consumentenautoriteit in de schriftelijke toelichting (randnrs.34 en 35) heeft benadrukt dat ook elk van de bewijsmiddelen 'afzonderlijk' meer dan voldoende aannemelijk maken dat de overtreding is begaan. In het onderstaande gaat de Commissie na in hoeverre de Consumentenautoriteit in dit verband in haar bewijsvoering is geslaagd.
- 6.17 De Commissie stelt voorop dat het feit dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit de verklaringen van consumenten die een melding op ConsuWijzer hebben gedaan, niet als

OPENBAAR

bewijs heeft gehanteerd dat Scheer & Foppen consumenten heeft misleid, niet betekent dat – voor zover Scheer & Foppen dat met het gestelde in randnr. 5.6 van het bezwaarschrift heeft beoogd tot uitdrukking te brengen - daarmee ook de overtreding niet zou kunnen worden bewezen.

- 6.18 De Consumentenautoriteit leidt het feit dat Scheer & Foppen een beleid voert dat erop is gericht dat aan consumenten wordt meegedeeld dat zij altijd moeten (mee)betalen voor reparaties buiten de fabrieksgarantietermijn af uit hetgeen door de twee directeurs en de service manager van Scheer & Foppen op 19 oktober 2009 is verklaard, de verklaringen van twee filiaalmanagers van Scheer & Foppen op 8 resp. 9 oktober 2009 en de bedrijfsinterne bekendmaking van september 2009. De Commissie is in de eerste plaats van oordeel dat uit de verklaringen van de twee directeurs en de service manager afgenomen op 19 oktober 2009 niet blijkt dat het doen van de onjuiste mededelingen wordt aangestuurd vanuit de organisatie van de onderneming. Uit het gesprek in zijn geheel beschouwd komt niet een beeld naar voren als zou Scheer & Foppen het gewraakte beleid voeren. Bovendien is tijdens het gesprek door Scheer & Foppen, naast de passages uit het gesprek die de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit heeft aangehaald, aangegeven dat als een consument iets heeft gekocht, dat kapot is en hij daarmee terugkomt, hij dan recht heeft op kosteloos herstel als het op non-conformiteitsbasis is geschoeid (CA/NCB/336/24, bijlage 1, p. 11). Voorts heeft de directeur van Scheer & Foppen tijdens dit gesprek aangegeven "niet graag [te willen] horen" dat in de winkel misleidende informatie aan consumenten wordt gegeven en dat dat niet is zoals Scheer & Foppen het wenst en ook niet de insteek is zoals Scheer & Foppen service bedrijf (p. 9). De Consumentenautoriteit heeft in de schriftelijke toelichting (randnr. 65) aangegeven dat de eerste passage niet afdoet aan de weergave van Scheer & Foppen over haar handelen in de praktijk. De Consumentenautoriteit heeft over de tweede passage van het gesprek aangegeven dat die misleidende informatie ondertussen wel gegeven is en wel in diverse filialen op verschillende data (randnr. 66). De Commissie is echter van oordeel dat het feit dat de desbetreffende informatie wel in de praktijk gegeven is, nog niet zonder meer betekent dat Scheer & Foppen *daarmee* een beleid hanteert dat ertoe leidt dat consumenten misleidend worden geïnformeerd; het kan hier evengoed om incidenten gaan.
- 6.19 Voor wat betreft de verklaringen van de filiaalmanagers (CA/NCB/336/20 en 21) geldt dat beide managers weliswaar hebben verklaard dat – kort gezegd – de consument ingeval van een defect product na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn dient te betalen voor reparatie voor het product, maar naar het oordeel van de Commissie kan aan de hand van deze verklaringen alleen nog niet worden vastgesteld dat Scheer & Foppen als onderneming an sich dit ook als beleid hanteert. De verklaringen leveren geen bewijs op dat het beleid van Scheer & Foppen gericht is op het doen van misleidende mededelingen. Het is de Commissie overigens niet gebleken dat, zoals Scheer & Foppen stelt, de verklaringen van de filiaalmanagers onder druk zouden zijn verkregen. De filiaalmanagers is de cautie gegeven en zij hebben hun verklaring ondertekend en zij zijn daarop later niet meer teruggekomen. De verklaringen dienen dan ook niet als onrechtmatig verkregen bewijs terzijde te worden gesteld.

- 6.20 Voorts blijkt naar het oordeel van de Consumentenautoriteit ook uit de bedrijfsinterne bekendmaking (CA/NCB/336/22) niet dat Scheer & Foppen het eerder genoemde beleid hanteert. De Consumentenautoriteit leidt uit de bewoordingen "dus ook niet voor het klantdeel zoals wettelijk bepaald" af dat Scheer & Foppen het uitgangspunt hanteert dat in het geval van een gebrekkig product de consument, in elk geval een door hem te betalen klantdeel betaalt, welk deel bovendien zou berusten op een wettelijk voorschrift (randnr. 25 sanctiebesluit). De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit hiermee een vorm van indirect bewijs construeert: de Consumentenautoriteit leidt uit de genoemde bewoordingen af dat het wel zo moet zijn dat Scheer & Foppen daarmee bedoelt te zeggen dat als de aankoopgarantie niet wordt aangeschaft, er dus altijd moet worden betaald; de zinsnede kan volgens de Consumentenautoriteit niet anders worden gelezen (vgl. schriftelijke toelichting randnr. 42). Maar wat de Consumentenautoriteit in het memo leest, staat daar niet met zoveel woorden in. Dat is van belang nu anderzijds wel expliciet in het memo staat dat de klant op zijn wettelijke rechten bij verkoop van het Servicecertificaat moet worden gewezen. De Consumentenautoriteit heeft ten aanzien van deze passage aangegeven dat die enkele instructie niet de mededeling ontkracht dat de consument altijd een wettelijk klantdeel zou moeten betalen (schriftelijke toelichting randnr. 43). De Commissie ziet echter niet in waarom meer bewijskracht zou moeten worden gehecht aan de door de Consumentenautoriteit aangehaalde zinsnede. De Commissie constateert overigens dat de bedrijfsinterne bekendmaking pas in september 2009 is opgesteld – aan het eind van de onderzoeksperiode derhalve -, zodat de inhoud daarvan gedurende het grootste deel van de onderzoeksperiode niet heeft gegolden en dus in zoverre ook niet zonder meer als bewijs kan worden gebruikt voor het begaan zijn van de overtreding in de periode van 22 oktober 2008 tot september 2009.
- 6.21 De Consumentenautoriteit heeft aangegeven dat materiaal op de website, de folder Servicezekerheden, een voorwaarde bij het Total Care Servicecertificaat en verklaringen van verkoopmedewerkers tijdens de vier mystery shoppingbezoeken bewijzen dat het beleid ook daadwerkelijk in de praktijk ten uitvoer wordt gebracht. De Commissie volgt de Consumentenautoriteit hierin niet. Uit de vermeldingen op de website (CA/NCB/336/3), de folder Servicezekerheden (CA/NCB/336/21) en de voorwaarden bij het Total Care Servicecertificaat (bijlage bij CA/NCB/336/20) dat het Servicecertificaat extra zekerheid geeft en dat het onnodige kosten voor reparatie voorkomt, leidt de Consumentenautoriteit af dat Scheer & Foppen daarmee de indruk wekt dat als de aankoopgarantie niet wordt aangeschaft, er dus altijd moet worden betaald (randnr. 23 sanctiebesluit). Naar het oordeel van de Commissie kan dit echter niet zonder meer uit het genoemde materiaal worden afgeleid. De vermeldingen in het genoemde materiaal geven vooral de meerwaarde van het Total Care Servicecertificaat aan, zonder dat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het niet afsluiten van aankoopgarantie *dus* betekent dat de consument dan altijd zou moeten betalen voor reparaties. Daar komt bij dat in de voorwaarden van het Total Care Servicecertificaat staat dat het certificaat geen beperking op de wettelijke rechten van de consument teweegbrengt. Ten aanzien van deze zinsnede heeft de Consumentenautoriteit aangegeven dat daarmee de bij de consument gewekte indruk dat de consument zonder de aankoopgarantie na afloop van de fabrieksgarantie zich zorgen heeft te maken over onnodige reparatiekosten, niet ongedaan wordt gemaakt omdat het certificaat niet verklaart wat de wettelijke rechten van de consument inhouden (randnr. 47).

schriftelijke toelichting). Daarmee lijkt de Consumentenautoriteit te suggereren dat op Scheer & Foppen de plicht rust om actief aan de consument uiteen te zetten welke rechten hij rondom herstel en garantie precies heeft. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat de Consumentenautoriteit aan de beboeting van Scheer & Foppen niet mede het verwijt ten grondslag heeft gelegd dat in strijd met de Wet Oneerlijke Handelspraktijken een spontane mededelings- en informatieplicht omtrent de wettelijke rechten bij non-conformiteit is verzaakt. Ook ter gelegenheid van de hoorzitting van deze Commissie op 6 oktober 2011 heeft de Consumentenautoriteit zich op het standpunt gesteld dat op een onderneming niet de verplichting rust om uit zichzelf informatie te verstrekken over consumentenrechten.

- 6.22 De Consumentenautoriteit heeft de vaststelling dat artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW is overtreden, mede gebaseerd op bewijs verkregen tijdens het zogenaamde mystery shoppen. De Consumentenautoriteit heeft gedragingen en uitlatingen van verkoopmedewerkers zoals die zijn gedaan in vier gevallen van mystery shopping in het boeterapport en bestreden besluit opgenomen (CA/NCB/336/5, CA/NCB/336/6, CA/NCB/336/18, CA/NCB/336/19). Scheer & Foppen heeft ten aanzien van dit bewijsmiddel aangevoerd dat (i) daarbij een onderzoeksverantwoording ontbreekt, (ii) er veel te weinig bezoeken zijn afgelegd, (iii) de bezoeken niet representatief zijn, (iv) de onderzoeken niet door daartoe specifiek opgeleide en geschoolde, onafhankelijke onderzoekers maar door belanghebbenden juristen zijn uitgevoerd, (v) de verslagen van ambtshandelingen naar aanleiding van de bezoeken pas dagen en in een geval zelfs een maand na de bezoeken zijn opgetekend, en (vi) de verslagen van ambtshandelingen veel te summier zijn opgemaakt.
- 6.23 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 Scheer & Foppen 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.
- 6.24 Indien de Consumentenautoriteit uitsluitend met de verslagen van mystery shopping een inbreuk op collectieve consumentenbelangen zou willen hebben aantonen, dan zouden aan deze onderzoeksmethode hoge eisen aan de representativiteit van de daarmee gevoerde gesprekken en aan de methode van steekproefsgewijze selectie van de filialen moeten worden gesteld. Daarvan is hier geen sprake. Juist gelet op de omstandigheid dat deze onderzoeksmethode door de overheid wordt gehanteerd is het niet noodzakelijk dat de gesprekken zouden moeten worden gevoerd door onafhankelijke en deskundige onderzoekers. De Consumentenautoriteit moet immers worden beschouwd als bij uitstek deskundig om vast te stellen of een overtreding plaatsvindt van de relevante wettelijke bepalingen die consumentenbescherming beogen te behartigen. Voorts is er geen algemene verplichting voor de Consumentenautoriteit om de gesprekken van toezichthouders woordelijk in een verslag neer te leggen. Het ontbreken van een woordelijk verslag kan ook niet op andere gronden onzorgvuldig worden geacht. Er is ten slotte naar

OPENBAAR

het oordeel van de Commissie geen aanleiding om te twijfelen aan de juistheid van de verslaglegging van de toezichthouders. Het verslag dat wordt gepresenteerd dient zo spoedig mogelijk nadat het met mystery shopping gemoeide gesprek heeft plaatsgevonden te worden opgemaakt. Voorts dient uit dat verslag te kunnen worden opgemaakt op welke wijze dat gesprek heeft plaatsgevonden. Het verslag van het mystery shopping gesprek van het bezoek aan het filiaal van Scheer & Foppen in Amersfoort op 14 april 2009 (CA/NCB/336/6, zie ook randnr. 5.27 bezwaarschrift) voldoet niet aan de zojuist geformuleerde eisen. Het is dermate summier, dat aan de hand daarvan onvoldoende kan worden gereconstrueerd hoe het mystery shopping gesprek daadwerkelijk is verlopen. Bovendien is dit verslag niet zo spoedig mogelijk, maar pas een maand nadat het bezoek was afgelegd (14 mei 2009) opgemaakt. De Commissie constateert dat de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit hiermee voorts niet in overeenstemming heeft gehandeld met de in het Handboek Toezicht gestelde eisen aan verslagen van ambtshandelingen, zoals de Consumentenautoriteit in haar brief van 27 oktober 2011 voor de Commissie heeft uiteengezet. Dat verslag kan daarom naar het oordeel van de Commissie in elk geval niet voor het bewijs van de overtreding worden gebruikt. Ten overvloede: met dit oordeel beoogt de Commissie niet tot uitdrukking te brengen dat wat er in het verslag staat niet juist zou zijn; de opgetekende waarnemingen zijn in het gegeven geval alleen onvoldoende om te kunnen achterhalen welke uitlatingen door de verkoopmedewerkers zijn gedaan en daarmee zijn zij niet bruikbaar voor het bewijs

- 6.25 De Commissie is gelet op het bovenstaande van oordeel dat voor de mystery shopping bezoeken niet de eisen behoren te gelden die Scheer & Foppen daaraan gesteld wil zien. Gelet op het doel dat de Consumentenautoriteit met het brengen van de mystery shopping bezoeken heeft gehad, gaat de door Scheer & Foppen getrokken parallel met de voor de uitvoering van marktonderzoeken geldende eisen, zoals uiteengezet in de rapportage van de heer Vonk en in de rapportages van deskundigen die de andere ondernemingen hebben overgelegd – voor zover die rapportages al in de onderhavige zaak zouden kunnen worden gebruikt nu ze in andere zaken zijn opgesteld -, niet, althans niet volledig, op. Het onderzoek dat de Consumentenautoriteit in het kader van de uitoefening van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen en de handhaving daarvan verricht, valt immers niet gelijk te stellen met marktonderzoek. Wel is helder dat het mystery shopping onderzoek zoals door de Consumentenautoriteit uitgevoerd ten beste steunbewijs van overtredingen kan leveren. Uitspraken over in hoeverre de aldus geconstateerde overtredingen *representatief* zijn voor alle klantcontacten in alle filialen van Scheer & Foppen, kunnen niet zonder meer worden gedaan op basis van dergelijk onderzoek.
- 6.26 De Commissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat uit het door de Consumentenautoriteit verzamelde bewijsmateriaal niet de conclusie kan worden getrokken dat Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen consumenten op onjuiste wijze heeft voorgelicht over hun wettelijke rechten omtrent garantie en conformiteit, maar deze bewijsmiddelen leveren steunbewijs van incidentele overtredingen. De Commissie is er niet van overtuigd dat de Consumentenautoriteit aldus het bewijs heeft geleverd dat sprake is

OPENBAAR

van een verzameling van incidenten die een collectieve inbreuk op de belangen van consumenten oplevert. De Consumentenautoriteit heeft daarom naar het oordeel van de Commissie onvoldoende aannemelijk gemaakt dat voor wat betreft het handelen in strijd met artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. De Consumentenautoriteit heeft derhalve onvoldoende overtuigend bewijs geleverd dat sprake is van een overtreding in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder k, in verbinding met f Whc.

- 6.27 De Commissie adviseert de bezwaren op dit punt gegrond te verklaren. De overige bezwaren van Scheer & Foppen op dit punt behoeven daarmee geen bespreking meer.
- 6.28 Ten overvloede plaatst de Commissie kritische kanttekeningen bij het feit dat de Consumentenautoriteit niet blijkt te beschikken over een inzichtelijke methode met betrekking tot het mystery shoppen. Desgevraagd heeft de Consumentenautoriteit na de hoorzitting op 6 oktober 2011 de Commissie bericht dat er geen protocol voor mystery shopping bestaat. Wel zijn ter voorbereiding op de mystery shopping bezoeken werkafspraken gemaakt, maar die zijn niet op schrift gesteld. Dat de Commissie zich kan voorstellen dat nog werkenderwijs wordt gezocht naar de juiste uitvoeringswijze van deze voor de overheid relatief nieuwe onderzoeksmethode neemt niet weg dat het heimelijke karakter ervan vergt dat bij deze methode wordt voldaan aan hoge zorgvuldigheidseisen. De uniformiteit en de betrouwbaarheid van mystery shopping bezoeken dient immers achteraf door de overtreder te kunnen worden geverifieerd. Naar het oordeel van de Commissie dient er daarom een beredeneerde en gestandaardiseerde handelswijze (bijvoorbeeld een op schrift gesteld protocol, hoe rudimentair ook) voorhanden te zijn waarin de wijze waarop de mystery shopping bezoeken in het betreffende onderzoek moeten worden verricht, is uiteengezet. De Commissie verbindt aan het ontbreken van een dergelijke beredeneerde, gestandaardiseerde en 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.

Ad bezwaarpunt 4) Bestuursrechtelijke handhaving was niet de geëigende weg

- 6.29 De Commissie volgt Scheer & Foppen niet in haar betoog dat bestuursrechtelijke handhaving in casu niet de geëigende weg was. Het staat naar het oordeel van de Commissie vast dat de wetgever aan de Consumentenautoriteit de bevoegdheid tot handhaving van – onder meer – de Wet OHP heeft toegekend. De Consumentenautoriteit mag dan ook van die bevoegdheid gebruik maken, waarbij de afweging of het opleggen van (bijvoorbeeld) een boete opportuun is, in beginsel tot de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit behoort. De Consumentenautoriteit heeft derhalve een discretionaire bevoegdheid om een onderzoek te starten naar gedragingen van een onderneming en om naar aanleiding van dat onderzoek de overtreder al dan niet een boete op te leggen. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit met het persbericht van 24 september 2008 de uitoefening van haar handhavingsbevoegdheid niet dermate beperkt dat zij Scheer & Foppen en haar branchegenoten eerst had moeten

OPENBAAR

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". Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen op het vertrouwensbeginsel gaat in dit verband dus niet op. De Commissie neemt hierbij in aanmerking dat Scheer & Foppen 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. Scheer & Foppen heeft ook jaren de gelegenheid gehad om haar bedrijfsvoering conform de wettelijke regeling vorm te geven. De regeling inzake garantie en conformiteit is immers niet nieuw, nu de Richtlijn 99/44/EG over verkoop van en garantie bij consumptiegoederen op 25 mei 1999 in het BW is opgenomen en in 2003 is aangevuld. Dat de Wet OHP, waarmee mogelijk werd gemaakt dat de wettelijke regeling inzake garantie en conformiteit langs de weg van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW wordt gehandhaafd, pas op 15 oktober 2008, de datum waarop het onderzoek van de Consumentenautoriteit aanving, in werking is getreden, doet daaraan niet af. Aan de inwerkingtreding van de Wet OHP is immers een uitvoerig openbaar wetgevingstraject voorafgegaan. Verder is de Wet OHP gebaseerd op Richtlijn 2005/29/EG en die dateert reeds van 11 mei 2005.

- 6.30 Gelet op het voorgaande is de Commissie, met de Consumentenautoriteit, voorts van oordeel dat Scheer & Foppen 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 handhavingsproces 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. In de wet is overigens ook niet de door Scheer & Foppen genoemde 'preventieve taak' van de Consumentenautoriteit opgenomen.
- 6.31 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

OPENBAAR

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.

- 6.32 Scheer & Foppen 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, na de hoorzitting 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 Scheer & Foppen een toezeggingstraject aan te bieden. Daartoe geldt dat de Commissie, anders dan Scheer & Foppen doet, uit de door haar overgelegde stukken niet afleidt dat het volgen van een toezeggingstraject specifiek ten aanzien van Scheer & Foppen (en De Harense Smid, De Block en Mikro-Electro) reeds aan de orde was vóórdat ten aanzien van deze ondernemingen een rapport in de zin van artikel 5:48 Awb was opgemaakt. De contacten tussen mr. Bieleveld en de Afdeling Toezicht van de Consumentenautoriteit in april 2010 over het doorlopen van een toezeggingstraject (brieven van 14 april 2010 en 26 april 2010), betroffen uitsluitend BCC. Dat UNETO-VNI in april/mei 2010 expliciet zou hebben aangegeven dat het volgen van een toezeggingstraject namens haar leden die voorwerp zijn (geweest) van onderzoek bespreekbaar was – zoals Scheer & Foppen in de brief van 20 oktober 2011 stelt -, leest de Commissie niet in de overgelegde mails van UNETO-VNI uit die periode terug. De heer Estourgie geeft wel in zijn brief van 16 mei 2011 aan van deze leden begrepen te hebben dat zij bij de Consumentenautoriteit hebben aangegeven bereid te zijn om een nadere toezegging te doen. Nog afgezien van het feit dat deze brief van latere datum is dan de datum waarop het rapport is opgemaakt, blijkt uit deze brief niet wanneer nu het doen van die toezeggingen precies aan de orde was. Ook het schrijven van de heer Estourgie van 26 oktober 2011 geeft daarover geen uitsluitel. Gelet op het voorgaande houdt de Commissie het ervoor dat, zoals de Consumentenautoriteit heeft aangegeven, ten aanzien van Scheer & Foppen 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.

OPENBAAR

- 6.33 Overigens komt het de Commissie voor dat de zaken van Computerland en Paradigit enerzijds en de zaak van Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen was afgerond, de tijd van alleen voorlichting geven voorbij was en Scheer & Foppen 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.
- 6.34 De Commissie adviseert de bezwaren van Scheer & Foppen op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad bezwaarpunt 5) Sanctiebesluit is in strijd met diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Gelijkheidsbeginsel

- 6.35 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 Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen bepleite verbreding van het onderzoek naar ondernemingen die hun aankoopgarantie bij verzekeraars hebben ondergebracht, niet hebben betekend dat de handelspraktijken van Scheer & Foppen niet verder zouden worden onderzocht. Het buiten het onderzoek houden van dit deel van de branche leidt dus niet tot onrechtmatigheid van het sanctiebesluit.
- 6.36 De Commissie is voorts van oordeel dat het feit dat de Consumentenautoriteit ondernemingen in andere bedrijfstakken (online ticketbureaus) die vergelijkbare overtredingen als Scheer

OPENBAAR

& Foppen 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.

- 6.37 De Commissie verwijst voor wat betreft de bespreking van de stelling van Scheer & Foppen dat de Consumentenautoriteit in vergelijkbare zaken voor een toezeggingstraject heeft gekozen, naar hetgeen zij in randnrs. 6.31-6.6.33 hiervoor heeft opgemerkt.

Vertrouwensbeginsel

- 6.38 De Commissie verwijst voor wat betreft de bespreking van de stelling van Scheer & Foppen dat de Consumentenautoriteit het vertrouwensbeginsel heeft geschonden, naar hetgeen zij in randnr. 6.29 hierboven heeft opgemerkt.

- 6.39 De Commissie adviseert de bezwaren van Scheer & Foppen op dit punt ongegrond te verklaren.

Subsidiariteitsbeginsel

- 6.40 De Commissie verwijst voor wat betreft de bespreking van de stelling van Scheer & Foppen dat de Consumentenautoriteit het subsidiariteitsbeginsel heeft geschonden, naar hetgeen zij in randnr. 6.30 hierboven heeft opgemerkt.

- 6.41 De Commissie adviseert de bezwaren van Scheer & Foppen op dit punt ongegrond te verklaren.

Motiveringsbeginsel

- 6.42 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.

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

- 6.44 Scheer & Foppen heeft aangevoerd dat de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit op het overgrote deel van de gemotiveerde en onderbouwde verweren van Scheer & Foppen zoals uiteengezet in haar zienswijze, niet is ingegaan, laat staan die gemotiveerd heeft weerlegd. Hoewel in het bestreden besluit bij de beoordeling van de overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW (paragraaf 7.3, in het bijzonder subparagraaf 7.3.3) de reactie van de Consumentenautoriteit op de door Scheer & Foppen ingebrachte zienswijzen niet altijd even expliciet naar voren komt, is het de Commissie niet gebleken dat de Consumentenautoriteit de zienswijzen van Scheer & Foppen zonder meer terzijde heeft

gelegd. Zo begrijpt de Commissie dat de Consumentenautoriteit, zonder het rapport van de heer Vonk expliciet te noemen, in randnrs. 91 en 93 van het bestreden besluit op dit rapport is ingegaan. Daarnaast is de Consumentenautoriteit getuige de randnrs. 83-94 van het bestreden besluit op bepaalde zienswijzen van Scheer & Foppen expliciet ingegaan. Het betoog van Scheer & Foppen dat in het bestreden besluit niet op het overgrote deel van - deze zienswijzen zou zijn gereageerd, is derhalve onjuist. 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 Scheer & Foppen dat eerst het traject van voorlichting en het komen tot zelfregulering zou moeten worden gevolgd (randnrs. 105-107). Ook is de Consumentenautoriteit in dit onderdeel van het besluit ingegaan op het beroep van Scheer & Foppen op het gelijkheidsbeginsel (randnr. 108). De stellingen van Scheer & Foppen dat de Consumentenautoriteit op deze punten in strijd met het motiveringsbeginsel heeft gehandeld, zijn dus onjuist. De Commissie merkt voorts nog op 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.

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

Evenredigheidsbeginsel

6.46 In het voorgaande heeft de Commissie geconstateerd dat de Consumentenautoriteit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat voor wat betreft het handelen in strijd met artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. 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 Scheer & Foppen 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.

6.47 De Commissie heeft onder meer in zaak 437 (Fotosessie.com) een aantal algemene opmerkingen gemaakt over de (beoordeling van de) hoogte van de door de Consumentenautoriteit opgelegde bestuurlijke boetes.⁴ De Commissie verwijst daarnaar. Over de hoogte van de opgelegde boete aan Scheer & Foppen merkt de Commissie het volgende op.

6.48 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.

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

OPENBAAR

6.49 De Consumentenautoriteit heeft in de randnr. 109 tot en met 126 van het bestreden besluit gemotiveerd hoe zij de hoogte van de boete overeenkomstig de in artikel 5:46, tweede lid Awb genoemde criteria (ernst en duur van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan en de omstandigheden waarin de overtreder verkeert) heeft vastgesteld. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit hierbij niet slechts op algemene wijze naar de boete van € 90.000,- heeft toegeredeneerd, zoals Scheer & Foppen stelt, maar de hoogte van de boete heeft afgestemd op de omstandigheden van het geval van Scheer & Foppen. De Commissie ziet in het betoog van Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen dat de doelen van speciale en generale preventie met de oplegging van de boete niet meer kunnen worden gehaald, merkt de Commissie op dat Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen dat het sanctiebesluit niet aan dit doel beantwoordt, omdat zelfregulering middels de gedragscode ook andere ondernemingen in de branche raakt, niet opgaat nu met het sanctiebesluit een algemeen signaal wordt afgegeven dat bepalingen van consumentenrecht moeten worden nageleefd en overtreeders hun gedrag daarop moeten afstemmen. 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.

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

Zorgvuldigheidsbeginsel

6.51 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 Scheer & Foppen een boete op te leggen, heeft de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb).

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

6.53 De Commissie is van oordeel dat met betrekking tot de overige door Scheer & Foppen aangehaalde punten geen sprake is van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. De Commissie merkt daartoe op dat, anders dan Scheer & Foppen 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

OPENBAAR

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 Scheer & Foppen dat het onzorgvuldig zou zijn dat de Consumentenautoriteit in strijd met eerdere mededelingen en behandeling van andere ondernemingen zou hebben vastgehouden aan het opleggen van een boete, merkt de Commissie op dat nu zij in het voorgaande (randnr. 6.38 en 6.35-37) heeft overwogen dat de Consumentenautoriteit niet in strijd met het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld, op deze punten ook geen sprake kan zijn van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

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

7 CONCLUSIE

7.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van Scheer & Foppen van 9 juni 2011, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 26 mei 2011, kenmerk CA/NCB/559/18,

- gegrond te verklaren voor zover dit bezwaarschrift is gericht tegen de vaststelling van de overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, onder g BW en de boete die voor deze overtreding is opgelegd;
- voor het overige ongegrond te verklaren.

7.2 Aangezien het ter beslissing aan de Consumentenautoriteit staat om het bezwaarschrift van Scheer & Foppen 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 Scheer & Foppen verzochte kostenvergoeding op basis van artikel 7:15 Awb. Of een dergelijke vergoeding op haar plaats is, is immers geheel afhankelijk van de vraag of de Consumentenautoriteit het advies van de Commissie overneemt en welke consequenties zij daaraan verbindt voor het bestreden besluit.

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

Namens de Commissie,

de voorzitter,

