

ECLI:NL:RBROT:2011:BT6749

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	05-10-2011
Datum publicatie	05-10-2011
Zaaknummer	AWB 11/2403 VBC-T1 , AWB 11/2404 VBC-T1
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Voorlopige voorziening
Inhoudsindicatie	<p>De Consumentenautoriteit (CA) heeft een aantal ondernemingen die consumentenelektronica verkopen beboet wegens overtreding van artikel 8.8 Wet jo 6:193c, 1 onder g BW wegens het, bij verkoopgesprekken of als een consument na de fabrieksgarantietermijn een defect product ter reparatie aanbiedt, verstrekken van misleidende informatie aan consumenten over zijn wettelijke rechten op kosteloos herstel of vervanging bij non-conformiteit. De CA heeft deze overtreding vastgesteld op basis van het door de ondernemingen gevoerde beleid, zoals dat is gebleken uit de met de directies gevoerde gesprekken. Verder heeft de CA aan de hand van verklaringen van een aantal filiaalleiders, een aantal mysteryshoppings en een aantal verklaringen van consumenten die een klacht bij ConsuWijzer hadden ingediend over de onderneming, vastgesteld dat uitvoering werd gegeven aan dit beleid. Verder heeft de CA aangekondigd de boetebesluiten conform zijn beleid te publiceren. De voorzieningenrechter concludeert dat de boeterapporten voldoende grondslag bieden voor het opleggen van de boetes. Het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter is dat de boetebesluiten rechtmatig zijn. Hierin is daarom geen beletsel gelegen om de boetebesluiten te publiceren. Ook in wat verzoeksters overigens hebben aangevoerd ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding de publicatie van de boetebesluiten onevenredig te achten. De verzoeken om voorlopige voorziening worden afgewezen.</p>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht
Voorzieningenrechter

Reg.nrs: AWB 11/2403 VBC-T1
AWB 11/2404 VBC-T1

Uitspraak naar aanleiding van de verzoeken om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht

in het geding tussen

De Blocks Technisch Handelsbedrijf B.V., gevestigd te Halfweg, verzoekster,
gemachtigden mr. E.H.M. Bieleveld en mr. A. van der Ploeg, advocaten te Amsterdam,

en

de Consumentenautoriteit, verweerder.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 26 mei 2011 (hierna: sanctiebesluit) heeft verweerder vastgesteld dat verzoekster in de periode 15 oktober 2008 tot november 2009 artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) heeft overtreden wegens het verstrekken van misleidende informatie aan consumenten door bij verkoopgesprekken of als een consument na de fabrieksgarantietermijn een defect geraakt product ter reparatie aanbiedt de onjuiste mededeling te doen dat na het verstrijken van de fabrieks-garantie-termijn betaald moet worden voor reparaties. Verweerder heeft verzoekster hiervoor een boete opgelegd van 90.000,-.

Op 26 mei 2011 heeft verweerder tevens aangekondigd het sanctiebesluit niet eerder dan op 10 juni 2011 openbaar te zullen maken (hierna: publicatiebesluit).

Verzoekster heeft tegen zowel het sanctiebesluit als tegen het publicatiebesluit bezwaar gemaakt.

Verzoekster heeft voorts bij brief van 9 juni 2011 de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende verweerder te verbieden het sanctiebesluit openbaar te maken alsmede het sanctiebesluit te schorsen.

Bij brief van 16 juni 2011 heeft verweerder meegedeeld geen openbare bekendmaking te doen voordat de voorzieningenrechter op de verzoeken heeft beslist.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden achter gesloten deuren op 12 juli 2011. Verzoekster heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden, bijgestaan door vertegenwoordigers van haar onderneming. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. P.J. Schnezler, mr. P.S. Kösters, mr. A.C.M.P. le Guellec en mr. I.M. Zuurendonk.

De voorzieningenrechter heeft het onderzoek geschorst en verweerder een aantal vragen voorgelegd. Verweerder heeft deze vragen beantwoord bij brief van 29 juli 2011. De voorzieningenrechter heeft met toepassing van artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) beslist dat uitsluitend de voorzieningenrechter kennis zal mogen nemen van de inhoud van deze brief. Partijen hebben toestemming gegeven als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb, zodat de voorzieningenrechter mede op grondslag van de door verweerder in zijn brief van 29 juli 2011 gegeven inlichtingen uitspraak doet.

De voorzieningenrechter heeft met toestemming van partijen als bedoeld in artikel 8:64, vijfde lid, van de Awb bepaald dat een nadere zitting achterwege blijft en het onderzoek gesloten.

2 Overwegingen

2.1 Op grond van artikel 8:81, eerste lid, van de Awb kan, indien tegen een besluit bij de voorzieningenrechter beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de voorzieningenrechter, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de voorzieningenrechter die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Voor zover de daartoe uit te voeren toetsing meebrengt dat de rechtmatigheid van het bestreden besluit wordt beoordeeld, heeft het oordeel van de voorzieningenrechter een voorlopig karakter en is dat oordeel niet bindend voor de beslissing op bezwaar of eventueel in de hoofdzaak.

2.2 Bestreden besluiten

Verzoekster verkoopt consumentenelektronica. Verweerder heeft aan haar een boete opgelegd wegens het verstrekken van misleidende informatie als bedoeld in artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, van het BW waarmee de collectieve belangen van consumenten geschaad worden of kunnen worden. Verweerder heeft op basis van een boeterapport van 12 juli 2010 geconcludeerd dat het door verzoekster gevoerde beleid tot gevolg heeft dat zij de consument onjuist informeert over zijn wettelijke rechten en dat dit mogelijk tot gevolg heeft dat de consument afziet van zijn wettelijke aanspraken op kosteloos herstel of vervanging bij non-conformiteit, omdat hij op grond van de door verzoekster verstrekte informatie denkt daarop juridisch geen recht te hebben. Dit is in strijd met het bepaalde over garantie en conformiteit in het BW. Verweerder heeft hiermee vastgesteld dat artikel 8.8 van de Whc is overtreden en, omdat er tevens sprake is van (mogelijke) schade van de collectieve consumentenbelangen, heeft verweerder gebruik gemaakt van zijn handhavingsbevoegdheid en aan verzoekster een boete opgelegd van 90.000.

Bij het publicatiebesluit heeft verweerder op basis van zijn vaste beleidslijn met betrekking tot openbaarmaking van sanctiebesluiten en onder afweging van de door verzoekster bij haar zienswijze genoemde belangen die zich tegen openbaarmaking verzetten tegenover het algemeen maatschappelijk belang bij de openbaarmaking van het sanctiebesluit besloten op het sanctiebesluit openbaar te maken.

2.3 Gronden

Verzoekster heeft de voorzieningenrechter verzocht het publicatiebesluit te schorsen, omdat zij door openbaarmaking van het sanctiebesluit onevenredig benadeeld wordt. Zij zal door openbaarmaking als overtreedster van dwingende consumentenwetgeving bekend komen te staan en daardoor, gelet op haar financiële situatie, in haar voortbestaan worden bedreigd.

Verzoekster stelt dat het sanctiebesluit onrechtmatig is. Volgens verzoekster biedt het boeterapport onvoldoende grondslag om de overtreding vast te stellen en legt verweerder de regelgeving op het gebied van garantie en conformiteit simplistisch uit en past hij die daardoor onjuist toe. Voorts acht verzoekster het opleggen van een boete in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het subsidiariteitsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Verzoekster heeft haar standpunt onderbouwd met een rapport van Van Eunen Marketing van 7 september 2010.

Het publicatiebesluit is volgens verzoekster onevenredig, gelet op de discretionaire bevoegdheid die verweerder hierbij toekomt, de onomkeerbare schade voor verzoekster en het punitieve karakter van het publicatiebesluit. Verder acht verzoekster het publicatiebesluit in strijd met het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel. Subsidiar stelt verzoekster dat een geanonimiseerde versie van het besluit openbaar gemaakt zou moeten worden.

2.4 Toepasselijke regelgeving

Verweerder is op grond van artikel 2.2 en artikel 2.7 juncto bijlage b, van de Whc en de in artikel 1.1, aanhef en onder f en k, van de Whc gegeven definities belast met onder meer de handhaving van artikel 8.8 van de Whc, voor zover het gaat om handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten.

In artikel 8.8 van de Whc is bepaald dat een handelaar de bepalingen van afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het BW in acht neemt. Dit betreft de artikelen 6:193a tot en met 6:193j van het BW, ook genoemd de Wet Oneerlijke Handelspraktijken (Wet OHP).

In artikel 6:193b, eerste lid en derde lid, aanhef en onder a, van het BW is bepaald dat een handelaar onrechtmatig handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is en dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien een handelaar een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 6:139c tot en met 6:139g.

In artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, van het BW is bepaald dat een handelspraktijk misleidend is 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 informatie zoals ten aanzien van 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. Dit artikel is de implementatie van artikel 6 van Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, hierna: Richtlijn).

Ingevolge artikel 2.9, van de Whc (oud) kan verweerder, indien zij van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden, de overtreder een last onder dwangsom en/of een bestuurlijke boete opleggen.

In artikel 2.23 van de Whc is bepaald:

1. De Consumentenautoriteit kan een beschikking openbaar maken omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete, met inbegrip van een beschikking dat geen last onder dwangsom of bestuurlijke boete wordt opgelegd of een toezegging door de overtreder dat een overtreding zal worden gestaakt.
2. De Consumentenautoriteit maakt een voornemen tot openbaarmaking van een beschikking als bedoeld in het eerste lid te voren bekend aan de overtreder; indien het een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom dan wel een bestuurlijke boete betreft geschiedt dit gelijktijdig met het in de gelegenheid stellen van de overtreder daarover zijn zienswijze naar voren te brengen.
3. De Consumentenautoriteit maakt een beschikking als bedoeld in het eerste lid niet eigener beweging openbaar gedurende twee weken nadat het besluit op de in artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven wijze bekend is gemaakt, tenzij de overtreder de beschikking zelf heeft openbaar gemaakt, heeft doen openbaar maken of openbaarmaking met de overtreder is overeengekomen.

In de parlementaire geschiedenis van artikel 2.23 van de Whc (TK 2005-2006, 30 411, nr. 3, p. 36) wordt het volgende vermeld:

De bevoegdheid tot openbaarmaking is beperkt tot de bestuursrechtelijk te handhaven regels. Bij het voornemen tot het nemen van een beschikking, maakt de ConsumentenAutoriteit tevens het voornemen tot openbaarmaking van die beschikking kenbaar. Een dergelijke beschikking kan de ConsumentenAutoriteit uit eigen beweging pas twee weken nadat het besluit op grond van de in de Awb voorgeschreven wijze bekend is gemaakt aan de overtreder, openbaar maken (artikel 2.16, derde lid van het wetsvoorstel). Aldus is de overtreder in de gelegenheid een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter te vragen om zo nodig openbaarmaking te verhinderen. Als de ConsumentenAutoriteit direct zou kunnen openbaar maken, is het publicitaire leed immers al geleden: een voorlopige voorziening hangende een bezwaarschrift heeft dan weinig zin meer.

2.5 Discretionaire bevoegdheid tot openbaarmaken

Uit artikel 2.23 van de Whc volgt dat het openbaarmaken van sanctiebesluiten een bevoegdheid van verweerder is. Verweerder heeft in het publicatiebesluit uiteengezet welke invulling zij aan haar bevoegdheid tot openbaarmaking van sanctiebesluiten geeft. Verweerdere vaste gedragslijn is

sanctiebesluiten openbaar te maken, tenzij zwaarwegende belangen zich daartegen verzetten. Verweerder acht het van maatschappelijk belang om de consument te informeren of te waarschuwen voor bepaalde handelspraktijken van ondernemingen. Openbaarmaking acht verweerder verder van belang in verband met de preventieve werking die ervan uitgaat naar andere ondernemingen. Voorts beoogt verweerder met openbaarmaking transparantie te bieden met betrekking tot het functioneren van zijn organisatie en zijn handhavend optreden.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter geeft verweerder met deze gedragslijn geen onjuiste of onredelijke invulling aan de hem op grond van artikel 2.23 van de Whc toekomende openbaarmakingsbevoegdheid.

De wijze waarop verweerder van deze bevoegdheid gebruik maakt, is discretionair van aard. Dit houdt in dat verweerder binnen het kader van de wet getroffen regeling een bepaalde beleidsvrijheid terzake is gelaten. De voorzieningenrechter dient deze vrijheid te respecteren, tenzij verweerder bij het gebruikmaken van zijn bevoegdheid de grenzen, getrokken door algemeen verbindende voorschriften, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur overschrijdt. Een en ander brengt mee dat de gebruikmaking van verweerders bevoegdheid door de voorzieningenrechter, met inachtneming van het zojuist aangegeven kader, terughoudend beoordeeld dient te worden.

2.6 Omvang onderzoek in de consumentenelektronica-branche

Verzoekster heeft gesteld dat verweerder gaandeweg de scope van het onderzoek naar de consumentenelektronica-branche heeft verlegd van aankoopgaranties naar informatie-verstrekking in het algemeen en een aantal ondernemingen die aanvankelijk wel in dit onderzoek waren betrokken niet verder heeft onderzocht, omdat die aankoopgaranties hadden ondergebracht bij een verzekeraar. Verzoekster acht dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur. Verzoekster stelt dat de door haar met name genoemde grootste marktpartij in de consumentenelektronica-branche niet is onderzocht, zodat publicatie van het boetebesluit de concurrentieverhoudingen op oneerlijke wijze beïnvloedt.

De voorzieningenrechter heeft naar aanleiding van verzoeksters standpunt over de omvang van het onderzoek in de consumentenelektronica-branche en de door verweerder ter zitting gegeven reactie daarop aanleiding gezien het onderzoek te schorsen en verweerder schriftelijke vragen voor te leggen. Verweerder heeft hierop bij brief van 29 juli 2011 geantwoord. De door verweerder vertrouwelijk overgelegde informatie bevat geen gronden voor het schorsen van het publicatiebesluit wegens schending van het verbod van willekeur of het gelijkheidsbeginsel. De voorzieningenrechter zal daarom het tegen het publicatiebesluit gerichte verzoek verder beoordelen.

2.7 Sanctiebesluit

Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 10 november 2010, LJN BO3468, stelt de voorzieningenrechter vast dat de beoordeling van het publicatiebesluit de rechtmatigheidstoets van het sanctiebesluit volgt. Indien het openbaar gemaakte sanctiebesluit de rechtmatigheidstoets niet kan doorstaan, geldt dat verweerder het sanctiebesluit niet had mogen publiceren. De voorzieningenrechter zal daarom het sanctiebesluit onderwerpen aan een voorlopig rechtmatigheidsoordeel.

In het sanctiebesluit heeft verweerder vastgesteld dat verzoekster in de periode van 15 oktober 2008 tot november 2009 misleidende informatie als bedoeld in artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, van het BW heeft verstrekt aan consumenten en daarmee de collectieve belangen van consumenten heeft geschonden of kon schenden, omdat het in die periode door verzoekster gevoerde beleid tot gevolg heeft dat haar medewerkers aan de consument mededelen dat hij buiten de fabrieksgarantie moet betalen voor reparatie van een defect product. Volgens verweerder informeert verzoekster de consument hierdoor

onjuist over zijn wettelijke rechten ten aanzien van herstel of vervanging van een non-conform product, zoals die voortvloeien uit de artikelen 7:17, 7:18, tweede lid, en 7:21, eerste lid, van het BW. Verweerder stelt dat deze regelgeving kosteloos herstel of vervanging als uitgangspunt heeft bij non-conformiteit.

Verweerder heeft vastgesteld dat de door verzoekster aan consumenten verstrekte informatie onjuist is, omdat de consument die een defect product buiten de fabrieksgarantietermijn en zonder bijkoopgarantie ter reparatie aanbiedt altijd een rekening of prijsopgave met de volledige kosten ontvangt en dat alleen op initiatief van de consument verzoekster bereid is om de consument in de reparatiekosten tegemoet te komen. Hiermee wekt verzoekster de indruk dat, na het verstrijken van de fabrieksgarantietermijn, altijd betaald moet worden voor reparatie van een defect product en er geen recht bestaat op kosteloos herstel of vervanging. Het verstrekken van deze onjuiste informatie heeft mogelijk als gevolg dat de consument afziet van zijn wettelijke aanspraken op kosteloos herstel of vervanging bij non-conformiteit, omdat deze op grond van de door verzoekster verstrekte informatie denkt daarop juridisch geen recht te hebben. Verweerder stelt dat al het bewijsmateriaal in zijn totaliteit beschouwd een consistent beeld oplevert van de strekking van de informatie die verzoekster aan de consumenten geeft en dat hij aannemelijk heeft gemaakt dat wat de verkoopmedewerkers aan de consument meedelen een gevolg is van het beleid dat op het hoofdkantoor gevoerd wordt.

Dat er sprake is van beleid heeft verweerder vastgesteld op basis van de in het sanctiebesluit aangehaalde verklaring die de vervangend algemeen directeur heeft afgelegd bij het bedrijfsbezoek op 23 oktober 2009 aan het hoofdkantoor en dat er uitvoering wordt gegeven aan dit beleid heeft verweerder vastgesteld op basis van verklaringen van assistent-bedrijfsleiders, mysteryshoppings, foldermateriaal en gesprekken die verweerder heeft gevoerd met een aantal consumenten die een melding hadden gedaan bij ConsuWijzer.

Verzoekster stelt dat het boeterapport deze conclusie niet kan dragen. Verzoekster stelt dat bij de onderzoeksopdracht verweerders insteek al was om handhavend op te treden. Verzoekster stelt dat de onderzoeksopzet was gericht op bijkoopgaranties en dat verweerder, nadat dit onderzoek niets opleverde, de onderzoeksgegevens achteraf heeft geïnterpreteerd om alsnog een overtreding te kunnen vaststellen. Verzoekster bestrijdt dat er sprake is van inbreuk op collectieve consumentenbelangen. Verweerder heeft volgens verzoekster een onjuist beeld van haar beleid doordat hij de verklaringen die zijn afgelegd bij het bedrijfsbezoek aan het hoofdkantoor weer onjuist interpreteert. Volgens verzoekster heeft verweerder selectief geput uit het boeterapport en heeft hij ontlastend materiaal buiten beschouwing gelaten. Verweerder is niet ingegaan op het door verzoekster geleverde tegenbewijs dat zij na het verstrijken van de fabriekgarantie een defect product wel kosteloos herstelt of vervangt als de non-conformiteit van het product is komen vast te staan. Verzoekster stelt dat het onderzoek onzorgvuldig is verricht en dat het boeterapport onvoldoende onderbouwing biedt om de overtreding te kunnen vaststellen.

De voorzieningenrechter overweegt dat uit de hiervoor weergegeven regelgeving volgt dat verweerders handhavingsbevoegdheid ziet op overtredingen waardoor de collectieve consumentenbelangen geschonden worden of kunnen worden. Op verweerder rust de bewijslast dat er sprake is van schending van collectieve consumentenbelangen. Uit de parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel Whc blijkt dat aan deze bewijslast geen zware eisen worden gesteld. In de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel Whc (Kamerstukken I, 2006/2007, 40311, nr. C, p. 5) is overwogen: Het is aan de Consumentenautoriteit om aan te tonen dat sprake is van een collectieve inbreuk. Daarvoor is niet noodzakelijk dat een (groot) aantal consumenten reeds is geschaad door een bepaalde gedraging; voldoende is dat aannemelijk wordt gemaakt dat een grotere groep van consumenten in de toekomst kan worden geraakt door een bepaalde gedraging van een aanbieder, indien deze zijn praktijk niet aanpast. Het voorafgaande betekent dat, zoals de leden van de fractie van het CDA ook aangaven, niet alleen op basis van een kwantitatieve onderbouwing kan worden vastgesteld dat er sprake is van een collectieve inbreuk, maar ook op basis van een kwalitatieve analyse.

Na bestudering van het boeterapport en de daarbij opgenomen bijlagen constateert de voorzieningenrechter dat de informatie die verzoekster in een stroomschema, die zij stelt vanaf de eerste helft van 2009 aan haar klanten te presenteren, geen onjuiste informatie bevat over het recht op garantie

en herstel. De informatie in het stroomschema houdt in dat als de fabrieksgarantie is verstreken en er geen bijkoopgarantie is gekocht, de klant recht heeft op kosteloos herstel van het non-conforme product, behoudens vergoeding voor verlengde gebruiksduur.

Uit de verklaring die de vervangend algemeen directeur bij het bedrijfsbezoek op 23 oktober 2009 heeft afgelegd blijkt evenwel dat verzoekster de volgende praktijk hanteert. Als een klant zonder bijkoopgarantie na het verstrijken van de fabrieksgarantie een defect product meldt, doet verzoekster aan de klant een prijsopgave van de volledige reparatiekosten. Als het gaat om een apparaat dat bij de klant thuis staat, moet de klant de volledige reparatiekosten aan de reparateur betalen en vervolgens bij verzoekster vragen om vergoeding van (een deel van) de reparatiekosten.

De door de assistent filiaalleiders afgelegde verklaringen bevestigen de praktijk dat de klant achteraf zelf moet vragen om vergoeding van de reparatiekosten. Voor verzoeksters standpunt dat deze verklaringen onder druk zijn afgelegd en daarom niet aan de overtreding ten grondslag gelegd mogen worden heeft de voorzieningenrechter na bestudering van het boeterapport en de daaraan ten grondslag liggende stukken geen aanknopingspunten gevonden. Het is aannemelijk dat de assistent-filiaalhouders enige druk ervaren hebben bij het voor hun niet alledaagse onderzoek door de ambtenaren van verweerder, maar uit de van het horen opgemaakte verslagen en de schriftelijke vastgelegde verklaringen blijkt niet dat bij dit onderzoek onaanvaardbare druk is uitgeoefend. Uit deze verslagen blijkt dat voorafgaande aan het horen de cautie aan de assistent-filiaalhouders is gegeven. Ook de resultaten van de overige door verweerder ingezette onderzoeksinstrumenten bevestigen de hiervoor weergegeven praktijk.

Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter worden consumenten door verzoeksters praktijk, waarbij het initiatief volledig bij de consument wordt gelegd, onvolledig en daardoor misleidend geïnformeerd over hun wettelijke rechten ten aanzien van herstel of vervanging van een non-conform product. Indien zij immers niet vragen om vergoeding van (een deel van) de reparatiekosten wordt hun eventuele wettelijke recht daarop onthouden. Voorts blijkt uit vier gevallen van mysteryshopping dat in een verkoopgesprek werd meegedeeld dat bij defecten buiten de fabrieksgarantietermijn altijd ten minste een deel van de reparatiekosten zou moeten worden betaald. Daarnaast blijkt uit onderzochte klachten bij Consuwijzer dat in drie gevallen aan consumenten, die reclameerden wegens een defect product, in eerste instantie werd meegedeeld dat na het verstrijken van de fabrieksgarantie de consument de reparatie zelf moest betalen.

Het is juist, zoals verzoekster stelt, dat alleen in geval van non-conformiteit recht bestaat op kosteloos herstel en in gevallen dat het defect is ontstaan door onjuist gebruik of andere niet aan non-conformiteit toe te rekenen oorzaken er geen wettelijk recht op kosteloos herstel bestaat. Verder is verzoeksters opvatting juist dat in geval van non-conformiteit niet altijd de volledige kosten vergoed hoeven te worden, omdat er rekening gehouden mag worden met levensduurverlenging. Dat neemt echter niet weg dat verweerders opvatting juist is dat het uitgangspunt van de wettelijke regeling over garantie en conformiteit is dat in geval van non-conformiteit recht bestaat op kosteloos herstel of vervanging. Voorts is uitgangspunt van de wettelijke regeling omtrent garantie en conformiteit dat aan consumenten geen misleidende informatie wordt verstrekt over hun wettelijke rechten, waaronder het recht op herstel of vervanging. Verzoekster wordt verweten niet aan dit laatste uitgangspunt te voldoen.

Door in eerste instantie de volledige reparatiekosten aan de klant mee te delen of te laten voldoen aan de reparateur gaat verzoekster er immers op voorhand van uit dat het defect van een gemeld product niet een gevolg is van non-conformiteit. In elk geval maakt verzoekster op voorhand geen onderscheid tussen defecten ten gevolge van non-conformiteit of defecten die aan andere oorzaken zijn toe te rekenen. Verzoekster gaat de discussie met de klant of er mogelijk sprake is van non-conformiteit en daarmee recht op kosteloos herstel of vergoeding van de aan de reparateur betaalde reparatiekosten uit de weg door het initiatief bij de klant te leggen. Consumenten worden daardoor onvolledig en misleidend geïnformeerd over hun wettelijke rechten ten aanzien van herstel of vervanging van een non-conform product.

Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter heeft verweerder aan de verklaringen van de algemeen directeur en de filiaalhouders met juistheid de conclusie verbonden dat het beleid van verzoekster is dat zij alleen op initiatief van de consument bereid is om de consument in de reparatiekosten tegemoet te komen ingeval van non-conformiteit en dat door dit beleid de consument misleidend wordt geïnformeerd over zijn wettelijke rechten ten aanzien van herstel of vervanging van een non-conform product en dat consumenten voorts ook bij aankoop misleidend worden geïnformeerd.

De voorzieningenrechter heeft niet geconstateerd dat verweerder in het sanctiebesluit bij het onderbouwen van de overtreding selectief heeft geput uit het boeterapport en ontlastend bewijs achterwege heeft gelaten. Dat het boeterapport evenzeer feiten vermeldt waaruit blijkt dat verzoekster wel conform de wet handelt en dat verweerder deze feiten niet heeft vermeld in het boetebesluit, maakt nog niet dat er sprake is van achterhouden van ontlastend bewijs. Het boeterapport is immers bekend gemaakt aan verzoekster en maakt ook onderdeel uit van de gedingstukken, zodat de voorzieningenrechter er volledig kennis van heeft genomen. Daarbij komt dat verweerder de overtreding vooral kwalitatief heeft onderbouwd door verzoeksters beleid aan de overtreding ten grondslag te leggen. Aan de kwantitatieve onderbouwing behoeven daarom minder hoge eisen te worden gesteld. Verweerders kwantitatieve onderbouwing met de resultaten van een aantal mysteryshoppings en een aantal verificaties van meldingen bij ConsuWijzer zijn daarom voldoende om de overtreding mede te onderbouwen.

Ook het feit dat verweerders onderzoek in de consumentenelektronicabranche in eerste instantie was gericht op de verkoop van bijkoopgaranties staat er naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter niet aan in de weg dat verweerder uit de onderzoeksgegevens conclusies heeft verbonden ten aanzien van de wijze waarop verzoekster omgaat met het verstrekken van informatie over garantie, conformiteit en het recht op herstel of vervanging, nu de onderzoeksresultaten op zich verweerders conclusies hierover kunnen dragen.

Nu naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter de aan het sanctiebesluit ten grondslag gelegde onderzoeksbevindingen voldoende basis bieden voor de vaststelling dat verzoekster door haar beleid feitelijk onjuiste of misleidende informatie als bedoeld in artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, van het BW heeft verstrekt aan consumenten is er sprake van een overtreding van artikel 8.8 van de Whc, en met welke overtreding verzoekster de collectieve consumentenbelangen heeft geschonden of kon schenden. Daarmee staat naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter vast dat verweerder in beginsel de bevoegdheid toekomt om handhavend op te treden.

Verweerder heeft gekozen voor een boete, omdat de vastgestelde overtreding naar zijn aard aanzienlijke schade kan toebrengen aan het consumentenvertrouwen, en daarom is volgens verweerder een punitieve sanctie, mede gezien de speciale en generale preventieve werking daarvan gepast.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is verweerder met deze keuze niet buiten zijn discretionaire bevoegdheid gegaan en heeft hij voldoende gemotiveerd waarom hij de door verzoekster gestelde alternatieven, zoals het volgen van een toezeggingstraject, niet heeft gevolgd.

De hoogte van een opgelegde boete dient de rechter volgens vaste jurisprudentie, ook van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) "vol" te toetsen. Dat wil zeggen dat de rechter ten volle beoordeelt of, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, onevenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete. Deze norm ligt besloten in zowel artikel 3:4, tweede lid, van de Awb als in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

Bij het gebruik maken van de bevoegdheid tot boeteoplegging is verweerder allereerst gebonden aan het in artikel 2.15, tweede lid, van de Whc vermelde maximum van

450.000, -. In artikel 2.21 van de Whc is bepaald dat verweerder bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en de duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Verweerder houdt daarbij zo nodig rekening met de

omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Op grond van artikel 2.19, eerste lid, van de Whc legt verweerder geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.

De hoogte van de boete heeft verweerder vastgesteld op 90.000, - rekening houdend met het wettelijke boetemaximum van 450.000, -, de ernst van de gedraging (boetegrondslag), de mate van verwijtbaarheid, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan, de omstandigheden waarin de overtreder verkeert, de duur van de overtreding (basisboete) en bijkomende omstandigheden die een verhoging of verlaging van de boete rechtvaardigen.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat verweerder toereikend heeft gemotiveerd waarom sprake is van een ernstige overtreding. De voorzieningenrechter acht een boetegrondslag van 90.000, - niet onevenredig. Verweerder heeft geen boeteverhogende of verlagende omstandigheden aangenomen. Verweerder is daarbij ingegaan op de financiële positie van verzoekster. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft verweerder de hoogte van de boete voldoende gemotiveerd en biedt dat wat verzoekster hiertegen heeft aangevoerd geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de boete lager of op nihil had moeten worden vastgesteld.

Gelet op het voorgaande concludeert de voorzieningenrechter vooralsnog dat het boetebesluit niet onrechtmatig is.

2.8 Publicatiebesluit

Zoals hiervoor is overwogen is het boetebesluit naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter rechtmatig en zijn het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel niet geschonden. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft verweerder een evenredige belangenafweging gemaakt alvorens gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid tot openbaarmaken van het boetebesluit. Over wat verzoekster verder heeft aangevoerd tegen het publicatiebesluit overweegt de voorzieningenrechter dat in het feit dat tussen het einde van het onderzoek en de bestreden besluiten een periode van anderhalf jaar zit niet tot onevenredige benadeling van verzoekster leidt. Niet valt in te zien dat zij haar (potentiële) klanten niet zou kunnen informeren dat zij haar informatieverstrekking over garantie en conformiteit heeft aangepast. Verzoeksters standpunt dat uit de wetsgeschiedenis van de Whc zou zijn af te leiden dat het publicatiebesluit een punitieve sanctie is volgt de voorzieningenrechter niet. Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter doorstaat het publicatiebesluit de terughoudende rechterlijke toetsing.

2.9 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat in bezwaar het boetebesluit naar verwachting in stand zal blijven, zodat er geen aanleiding is voor het treffen van een voorlopige voorziening.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter dient ook het verzoek tot schorsing van het publicatiebesluit te worden afgewezen, nu het publicatiebesluit naar verwachting ook in stand zal blijven.

Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding.

3 Beslissing

De voorzieningenrechter,

recht doende:

wijst de verzoeken om voorlopige voorziening af.

Aldus gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzieningenrechter, in tegenwoordigheid van mr. M.B. van Zantvoort, griffier.

De griffier: De voorzieningenrechter:

Uitgesproken in het openbaar op: 5 oktober 2011.

Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.

Afschrift verzonden op: