



pro facto

juridisch en bestuurskundig
onderzoek / advies / onderwijs

Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming

Ervaringen met het duale
handhavingstelsel en de
handhavingsbevoegdheid inzake
massaschade

Groningen, maart 2010

**M.J. Schol
J. Nagtegaal
H.B. Winter**

**Pro Facto
Oude Boteringestraat 17a
9712 CG Groningen
www.pro-facto.nl**



rijksuniversiteit
groningen

Inhoudsopgave

Inleiding	7
1.1 De Consumentenautoriteit	7
1.2 Vraagstelling	8
1.3 Methode	10
1.3.1 Interviews	11
1.3.2 Dossierstudie	11
1.4 Leeswijzer	12
Wetsgeschiedenis	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Wetshistorie	13
2.3 Wet oneerlijke handelspraktijken (Wohp)	17
Toezichtskader	19
3.1 Inleiding	19
3.2 Organisatie	19
3.3 Signalering en prioritering	20
3.4 Toezicht	23
3.5 Privaatrechtelijke handhaving	25
3.6 Bestuursrechtelijke handhaving	26
3.7 Samenloop van handhavingstrajecten	26
3.8 Massaschade	28
Toezicht in de praktijk	29
4.1 Aantal zaken	29
4.2 Toezicht	34
4.3 Handhavingspraktijk	37
4.3.1 Waarschuwing	38
4.3.2 Toezegging	38
4.3.3 Rapportage	39
4.3.4 Privaatrechtelijk traject	40
4.3.5 Bestuursrechtelijk traject	42
4.4 Collectieve actie en massaschade	45
Beschouwingen over het duale stelsel	47
5.1 Inleiding	47
5.2 Onderscheid open en gesloten normen	47
5.3 Duidelijkheid voor bedrijven	48

5.4	Afweging inzet op één of twee sporen	48
5.5	Verskillend instrumentarium	49
5.6	Positionering van de organisatie	50
5.7	Interpretatie van privaatrechtelijke normen binnen het bestuursrecht	51
	Conclusie	53
6.1	Inleiding	53
6.2	Beantwoording van de onderzoeksvragen	53
6.3	Overige bevindingen	56
	Bijlage I	59
	Bijlage II	63
	Bijlage III	67
	Bijlage IV	69

Voorwoord

De Consumentenautoriteit is vanaf 2007 belast met het toezicht op de naleving van het Consumentenrecht. De oprichting van de Consumentenautoriteit is geregeld in de Wet handhaving consumentenbescherming. Op basis van deze wet kan de Consumentenautoriteit overtredingen van het consumentenrecht handhaven langs bestuursrechtelijke weg of langs privaatrechtelijke weg. Daarbij heeft de Consumentenautoriteit de bevoegdheid een overeenkomst te sluiten in het geval van massaschade. Bij de totstandkoming van de Wet handhaving consumentenbescherming is bepaald dat het stelsel van handhaving via het bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke spoor, alsmede de bevoegdheid tot het sluiten van overeenkomsten inzake massaschade, na twee jaar zou worden geëvalueerd. Het rapport dat voor u ligt vormt een weergave van dit evaluatieonderzoek.

De vraag die in dit onderzoek centraal staat, is de vraag wat de praktijkervaringen zijn van de Consumentenautoriteit met het stelsel van handhaving langs de twee sporen en met de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit inzake massaschade. Met de beantwoording van deze vraag hoopt de wetgever inzicht te krijgen in de werkwijzen van de Consumentenautoriteit en in het bijzonder in de ervaringen met het daarbij gehanteerde handhavingstelsel.

In opdracht van het ministerie van Economische Zaken heeft Pro Facto, bureau voor juridisch en bestuurskundig onderzoek, advies en onderwijs, in de periode van september 2009 tot februari 2010 uitvoering gegeven aan het evaluatieonderzoek.

We willen de gesprekspartners van de Consumentenautoriteit van harte bedanken voor de kostbare tijd die zij beschikbaar hebben gesteld. Ook danken we de gesprekspartners bij partnerorganisaties, belangenorganisaties en bij de ministeries van Justitie en Economische Zaken dat ze hun inzichten en ervaringen met ons wilden delen. Datzelfde geldt voor een aantal externe experts. Tot slot willen wij de begeleidingscommissie bedanken, die ons tijdens het onderzoek van advies heeft voorzien. De samenstelling van de begeleidingscommissie is opgenomen in bijlage IV bij dit rapport.

Groningen, maart 2010

mr. Melle Schol
mr. Jasper Nagtegaal
dr. Heinrich Winter

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 De Consumentenautoriteit

Sinds 1 januari 2007 is de Consumentenautoriteit actief als algemene nationale toezichthouder op het gebied van consumentenbescherming. De instelling van de Consumentenautoriteit vloeit voort uit Europese regelgeving op het gebied van consumentenrecht en is vormgegeven op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc), die op 29 december 2006 in werking trad. Hiermee werd uitvoering gegeven aan het bepaalde in de Europese Verordening 2006/2004/EG¹ (hierna: Verordening 2006/2004).

Op basis van haar publiekrechtelijke toezichtsbevoegdheden kan de Consumentenautoriteit onderzoek doen naar (intracommunautaire) inbreuken op het consumentenrecht. Indien zij dergelijke inbreuken constateert kan zij handhavend optreden tegen bedrijven die in overtreding zijn. Deze handhaving vindt niet, zoals gangbaar bij verschillende andere toezichthouders, alleen plaats langs bestuursrechtelijke weg. De Consumentenautoriteit kan ook privaatrechtelijk handhaven. Dit laatste houdt in dat de Consumentenautoriteit een speciale verzoekschriftprocedure bij de civiele rechter kan starten om inbreuken te doen staken. Omdat er sprake is van een publiekrechtelijke toezichthouder die privaatrechtelijk kan handhaven, wordt wel gesproken over een duaal stelsel van handhaving.²

Naast handhavingsbevoegdheden heeft de Consumentenautoriteit de bevoegdheid om als objectieve partij te bemiddelen tussen groepen gedupeerde consumenten en bedrijven die deze mensen hebben gedupeerd. Doel hiervan is een overeenkomst te sluiten op basis waarin het bedrijf de schade vergoedt aan gedupeerde consumenten; een overeenkomst inzake massaschade. Deze bevoegdheid is in de wet zodanig ingekleed dat de Consumentenautoriteit er terughoudend mee dient om te gaan.³

Verder is de Consumentenautoriteit belast met twee aanvullende taken. In de eerste plaats treedt de Consumentenautoriteit op als het verbindingsbureau in Nederland dat verzoeken om wederzijdse bijstand van nationale toezichthouders uit de Europese lidstaten behandelt. Die verzoeken kunnen betrekking hebben op informatie-uitwisseling en op het nemen van

¹ Verordening (EG) nr. 2006/2004 van 27 oktober 2004, *Pb EU* 2004, L 364.

² Memorie van toelichting Whc, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 30. / Meer informatie over de term duaal stelsel is te vinden onder het kopje *duaal stelsel* in paragraaf 2.2 op pagina 14.

³ Algemene aanwijzing van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 1 juni 2007, nr. EP/MW 7064640, Staatscourant 2007, 107, p. 9.

handhavingsmaatregelen bij een intracommunautaire inbreuk op het consumentenrecht. In de tweede plaats is de Consumentenautoriteit met een informatietaak belast: die van informatieloket aangaande consumentenrecht voor consumenten en bedrijven. Deze taak neemt zij ter hand in samenwerking met twee andere toezichthouders, namelijk de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) onder de naam ConsuWijzer.⁴

In het brede veld van consumentenbescherming werkt de Consumentenautoriteit samen met maatschappelijke partners zoals de Consumentenbond, het Juridisch loket, VNO-NCW en andere toezichthouders waaronder de eerder genoemde OPTA en NMa. Op het gebied van misleidende reclame wordt de behandeling van zaken in eerste instantie overgelaten aan de Stichting Reclame Code (SRC). Deze zaken worden behandeld door de Reclame Code Commissie (RCC). Wanneer de SRC niet optreedt of indien er sprake is van recidive bij de overtreder komt de Consumentenautoriteit in beeld. Daarnaast kan de Consumentenautoriteit ook zelf klachten indienen bij de SRC. Met de hiervoor genoemde partners heeft de Consumentenautoriteit samenwerkingsprotocollen afgesloten waarin staat hoe de samenwerking plaatsvindt.

De Consumentenautoriteit is geen zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) of aparte rechtspersoon. De Minister (van Economische Zaken) wijst een ambtenaar aan die fungeert als directeur van de onder de minister fungerende dienst. Deze ambtenaar krijgt de titel "de Consumentenautoriteit".⁵ De Consumentenautoriteit heeft haar bevoegdheden rechtstreeks geattribueerd gekregen en neemt besluiten daarom op eigen titel. Wel geldt de volledige ministeriële verantwoordelijkheid. De Minister heeft daarbij de bevoegdheid om algemene en specifieke aanwijzingen te geven.

De taken van de Consumentenautoriteit, en de instrumenten die de Consumentenautoriteit ter beschikking staan om deze uit te voeren, zijn opgetekend in de Whc. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel van de Whc is door de staatssecretaris toegezegd dat er naast de normale evaluatie, die na vier jaar plaats vindt, na twee jaar ook een tussentijdse evaluatie zou plaatsvinden.⁶ Onderwerp van deze evaluatie zijn de ervaringen van de Consumentenautoriteit met het *duale stelsel van handhaving* alsmede met de bevoegdheid om overeenkomsten af te sluiten in geval van massaschade. Met het onderhavige onderzoeksrapport is uitvoering gegeven aan deze evaluatieopdracht.

1.2

Vraagstelling

Met dit onderzoek worden de ervaringen met het duale stelsel in de praktijk en de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit tot het sluiten van overeenkomsten in het geval van massaschade in kaart gebracht. Hierbij gaat het expliciet niet om het functioneren van de Consumentenautoriteit in algemene zin. Dat vormt het onderwerp van een reguliere evaluatie die, zoals bepaald in artikel 10.2 van de Whc, binnen vier jaar na inwerkingtreding van de wet plaatsvindt.

⁴ Zie: <http://www.consuwijzer.nl>

⁵ In het algemeen wordt om verwarring met de persoon en de organisatie te voorkomen, de organisatie ook wel aangeduid als de CA. In dit rapport gebruiken wij echter de volledige term Consumentenautoriteit. Indien het over de directeur gaat, wordt dit specifiek aangegeven.

⁶ Kamerstukken II, Handelingen 28 juni 2006, nr. 96, p. 5912.

Het onderzoek spitst zich toe op de ervaringen met de praktijk van het duale handhavingstelsel in de periode 2007-2008. Dit uitgangspunt heeft geleid tot de volgende vraagstelling die centraal staat in het onderzoek:

Wat zijn de praktijkervaringen van de Consumentenautoriteit met het duale stelsel en de bevoegdheid inzake massaschade?

Deze vraagstelling valt uiteen in twee delen, de ervaringen met het duale stelsel en de ervaringen met de bevoegdheid tot het sluiten van overeenkomsten in het geval van massaschade.

De Consumentenautoriteit houdt toezicht op de bescherming van het consumentenrecht. Het sluitstuk daarvan is een handhavingstraject dat twee sporen kent. De Consumentenautoriteit kan namelijk zowel langs bestuursrechtelijke als langs privaatrechtelijke weg handhaven. De keus voor één van beide sporen kan de Consumentenautoriteit niet naar eigen inzicht maken. De bepalingen waar de Consumentenautoriteit toezicht op houdt zijn opgenomen in een bijlage bij de Whc. Voor handhaving van overtredingen van wettelijke normen opgenomen in onderdeel a van die bijlage bepaalt de wet dat de privaatrechtelijke weg dient te worden gevolgd. Voorschriften opgenomen in onderdeel b van de bijlage worden langs bestuursrechtelijke weg gehandhaafd. In het volgende hoofdstuk waarin de wetsgeschiedenis uiteen wordt gezet, wordt de keuze voor deze verdeling nader toegelicht.

De ervaringen van de Consumentenautoriteit zijn verdeeld over de twee genoemde handhavingstrajecten. Elk traject heeft zijn eigen praktijk en zijn eigen voordelen en nadelen. Het is mogelijk dat een overtreder zich dusdanig gedraagt dat zijn gedraging leidt tot het schenden van bepalingen die zowel in onderdeel a van de bijlage bij de Whc staan als in onderdeel b. Dat kan er toe leiden dat de Consumentenautoriteit op twee sporen tegelijk moet inzetten bij de handhaving.

Dit onderzoek moet inzicht geven in de ervaringen met het duale stelsel van handhaving en daarbij ook antwoord geven op de vraag of een samenloop van beide handhavingstrajecten zich voordoet en welke keuzes de Consumentenautoriteit dan maakt.

Het sluiten van overeenkomsten inzake massaschade is een bevoegdheid die de Consumentenautoriteit heeft op grond van artikel 2.6 Whc. Deze overeenkomsten heeft de Consumentenautoriteit in de onderzochte periode nog niet gesloten. Dit leidt ertoe dat er geen onderzoek kan plaatsvinden naar de ervaringen die de Consumentenautoriteit heeft opgedaan met deze bevoegdheid. Wel kan er worden nagegaan waarom deze bevoegdheid nog niet is gebruikt.

Deelvragen

De hoofdvraag valt uiteen in een aantal deelvragen. Deze worden hier gepresenteerd en toegelicht.

1. Welke zaken zijn door de Consumentenautoriteit op grond van de Whc gehandhaafd?

Bij deze vraag wordt gekeken naar het type zaak, de doorlooptijd, de wijze van afdoening en de sanctie. Tevens wordt in beeld gebracht op welke wijze de Consumentenautoriteit tot deze zaken komt. De aandacht gaat hierbij ondermeer uit naar de wijze van prioriteitstelling en agendasetting.

2. Wat zijn de ervaringen van de Consumentenautoriteit met de instrumenten van bestuursrechtelijke handhaving en met instrumenten van privaatrechtelijke handhaving?

Bij deze vraag wordt gekeken naar de ervaringen van de Consumentenautoriteit met de specifieke handhavinginstrumenten op het gebied van bestuursrecht en op het gebied van het privaatrecht. De aandacht gaat hierbij uit naar de effectiviteit, doorlooptijd, benodigde kennis en capaciteit binnen de organisatie.

3. Heeft het duale stelsel van handhaving invloed op de slagvaardigheid van de Consumentenautoriteit als toezichthouder?

Bij deelvraag drie gaat het er om te achterhalen welk effect het duale stelsel naar het oordeel van betrokkenen heeft op de slagvaardigheid van de autoriteit.

4. In hoeverre spelen de ervaringen van de Consumentenautoriteit met verschillende wijzen van handhaving een rol bij de keuze van jaarlijkse prioriteiten en bij de keuze voor het starten van een toezichtstraject?

Met deze deelvraag wordt beoogd te achterhalen of het feit dat bestuursrechtelijke en/of privaatrechtelijke handhavinginstrumenten moeten worden ingezet van invloed is op de prioriteitstelling van de Consumentenautoriteit. Verder wordt met deze deelvraag beoogd te achterhalen of bijvoorbeeld de gepercipieerde effectiviteit van de verschillende handhavinginstrumenten, de kennis, de tijd, de capaciteitsinzet en/of de ervaring van de Consumentenautoriteit met bepaalde instrumenten een rol spelen bij de keuze om een toezichtstraject te starten.

5. Is er ervaring met zaken waarbij overtredingen langs beide wegen zouden kunnen worden gehandhaafd? Zo ja, hoe is daarmee omgegaan?

De wettelijke regeling kent op sommige punten 'samenloop': bepaalde gedragingen kunnen met behulp van bestuursrechtelijke en/of privaatrechtelijke handhavinginstrumenten worden aangepakt. Deelvraag vijf beoogt te achterhalen of die samenloop zich voordoet en hoe daarmee is omgegaan.

6. Wat is de reden dat er in de periode 2007 en 2008 geen ervaringen met de bevoegdheid inzake massaschade zijn geweest?

Onderdeel van de evaluatie is ook de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit inzake massaschade. Die bevoegdheid is in de onderzoeksperiode niet gehanteerd. Deelvraag zes richt zich op het in kaart brengen van de daarvoor geldende verklaring(en).

1.3

Methode

Het onderzoek is uitgevoerd aan de hand van een drietal methoden. Allereerst zijn relevante literatuur en documenten bestudeerd. Hierbij is aandacht geschonken aan de wetsgeschiedenis, aan publicaties van de Consumentenautoriteit en aan algemene literatuur over de Consumentenautoriteit en privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Aanvullend zijn interviews afgenomen met medewerkers van de Consumentenautoriteit, experts op het terrein van het consumentenrecht, rechters, medewerkers van partnerorganisaties, medewerkers van het ministerie van Economische Zaken en van het ministerie van Justitie en

vertegenwoordigers van belangenbehartigers. Daarnaast zijn vijftig dossiers bestudeerd van casus waarin de Consumentenautoriteit toezicht heeft uitgeoefend. In het navolgende worden de gehanteerde methoden toegelicht.

1.3.1 Interviews

Voor de interviews is ingezet op een brede geleding van personen die vanuit verschillende invalshoeken informatie kunnen verschaffen over de theorie en de praktijk van duale handhaving en massaschade.

De volgende 24 personen zijn gesproken:

- Medewerkers van de Consumentenautoriteit, afdelingen Griffie, Toezicht, Juridische Dienst en Strategie & Communicatie (zeven personen)
- De Consumentenautoriteit (één persoon)
- Stakeholders; VNO-NCW en de Consumentenbond (twee personen)
- Samenwerkingspartners; de OPTA (twee personen), de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (één persoon) en de Stichting Reclame Code (één persoon)
- Beleidsmedewerkers van het ministerie van Economische Zaken (twee personen)
- Beleidsmedewerker van het ministerie van Justitie (één persoon)
- Expert op het terrein van consumentenbescherming; Universiteit van Wageningen (één persoon)
- Voorzitter van de Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit (één persoon)
- De rechterlijke macht: vertegenwoordigers van de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht en van het gerechtshof Den Haag (twee personen)
- De Landsadvocaat: een privaatrechtjurist en een bestuursrechtjurist (twee personen)
- Rechtshulpverlener van bedrijven die te maken hebben gehad met de Consumentenautoriteit (één persoon)

De gegevens uit de interviews zijn verwerkt in de bevindingen van dit onderzoek.

1.3.2 Dossierstudie

Ten behoeve van de dossierstudie is een selectie gemaakt van vijftig dossiers die zijn behandeld in de periode 2007-2008. De Consumentenautoriteit behandelt uiteenlopende onderwerpen en doet verschillende zaken op verschillende wijzen af. Bij de selectie van de vijftig zaken is getracht een representatief overzicht te krijgen van de verschillende soorten zaken en de verschillende wijzen van afdoening. Hiertoe zijn een aantal selectiecriteria gehanteerd.

In eerste instantie is gekeken naar de wijze van afdoening van een zaak. Alle zaken die formeel zijn gehandhaafd, dat wil zeggen alle zaken die tot een toezegging, een boete, een last onder dwangsom of een verzoekschriftprocedure hebben geleid, zijn geselecteerd. In de periode 2007-2008 betrof dit in totaal dertien zaken. Een toezegging is een eenzijdige en openbare verklaring van een bedrijf waarin het bedrijf toezegt in het vervolg af te zien van een bepaalde gedraging, of om een bepaalde gedraging in het vervolg op een specifieke manier vorm te geven zodat deze niet in strijd is met de wettelijke bepalingen. In de periode 2007-2008 is in totaal vier maal een toezegging gedaan door een bedrijf.

Voor de selectie van de overige 37 van de in totaal vijftig zaken is gekeken naar andere aspecten. Getracht is te zorgen voor een evenredige spreiding van zaken die uiteindelijk privaatrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk moeten worden afgedaan en van zaken die op beide manieren kunnen worden afgedaan. Aanvullend is een evenredige spreiding nagestreefd van de onderwerpen die in de zaken aan de orde zijn. Ook is gelet op de wijze waarop een zaak is afgerond. Een zaak kan bijvoorbeeld zijn afgerond na informele handhaving door middel van een waarschuwende brief van de Consumentenautoriteit, maar kan ook zijn opgelost omdat de gedraging inmiddels is gestaakt, of omdat de gedraging bij nader inzien een onvoldoende ernstige inbreuk vormde op het consumentenrecht.⁷

Bij het bestuderen van de dossiers is onder meer gelet op de doorlooptijd van de zaken, de beslismomenten, de afwegingen omtrent het te volgen handhavingstraject (bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk), de capaciteitsinzet en de prioriteitstelling.

1.4 Leeswijzer

Hierna wordt in hoofdstuk 2 de wetsgeschiedenis behandeld. Daarbij wordt de ontstaansgeschiedenis van de Whc en de Consumentenautoriteit uiteengezet en worden de omstandigheden behandeld die hebben geleid tot het huidige handhaven op twee sporen. In een laatste paragraaf wordt ook kort de Wet oneerlijke handelspraktijken (hierna: WoHp) behandeld, aangezien deze zijdelings in het onderzoek wordt betrokken. In hoofdstuk 3 worden de organisatie en de werkwijze van de Consumentenautoriteit toegelicht. In hoofdstuk 4 wordt de werkwijze van de Consumentenautoriteit in de praktijk beschreven aan de hand van gegevens uit dossierstudie en interviews. In hoofdstuk 5 worden aan de hand van een zestal thema's de positieve en negatieve aspecten van het duale handhavingstelsel toegelicht. In hoofdstuk 6 wordt ten slotte de conclusie van het onderzoek gepresenteerd.

⁷ Wanneer de Consumentenautoriteit een *vermoeden* heeft van een inbreuk kan zij een onderzoek starten naar de vermoedelijk inbreukmakende gedraging van een bedrijf. Tijdens dat onderzoek hanteert zij enkele prioriteringscriteria ten aanzien van de vermoedelijke overtreding, zoals: *omvang van de consumentenschade, aantasting van het consumentenvertrouwen, impact op de markt* en *verwijtbaarheid van de gedraging*. Wanneer bijvoorbeeld blijkt dat de omvang van de schade, de aantasting van het consumentenvertrouwen, de impact op de markt en/of de verwijtbaarheid van de gedraging gering is, dan kan de Consumentenautoriteit beslissen dat er wel een vermoeden was van een inbreuk op het consumentenrecht, maar dat na onderzoek de gedraging/overtreding onvoldoende ernstig blijkt om daartegen op te treden. Het onderzoek wordt dan beëindigd.

Hoofdstuk 2

Wetsgeschiedenis

2.1 Inleiding

Om een gedegen inzicht te krijgen in het wettelijk kader waarbinnen de Consumentenautoriteit op basis van de Whc dient te opereren, wordt in paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk de totstandkomingsgeschiedenis van de Whc besproken. Hierbij wordt aandacht besteed aan de relevante feiten en ontwikkelingen die hebben bijgedragen aan de wijze waarop de Consumentenautoriteit dient te functioneren. Aanvullend op de wetsgeschiedenis wordt in paragraaf 2.3 kort aandacht besteed aan de totstandkoming van de Wohp. Inzicht in de totstandkoming van deze wet biedt inzicht in het kader waarbinnen de Consumentenautoriteit haar overige activiteiten uit dient te voeren. Daarnaast plaatst het de totstandkomingsgeschiedenis van de Whc in perspectief.

2.2 Wetshistorie

Europese grondslag

Op 29 december 2006 is de Whc in werking getreden.⁸ Met de inwerkingtreding van deze wet werd invulling gegeven aan de verplichtingen die voortvloeien uit Verordening 2006/2004. Deze verordening heeft tot doel de samenwerking tussen nationale autoriteiten van EU-lidstaten op het gebied van de handhaving van consumentenbelangen te bevorderen. Een verbeterde samenwerking zou moeten leiden tot een betere handhaving van intracommunautaire inbreuken op het consumentenrecht, en zou zodoende bescherming moeten bieden aan een eerlijke marktwerking, en op die manier het vertrouwen van de consument moeten waarborgen.⁹

De communautaire wetgeving op het gebied van het consumentenrecht waarop de Verordening 2006/2004 betrekking heeft is opgenomen in een bijlage bij de verordening.

Verordening 2006/2004 schrijft voor dat elke EU-lidstaat een nationale toezichthouder heeft die is belast met de handhaving van de in Verordening 2006/2004 aangeduide communautaire consumentenrechten. Verordening 2006/2004 schrijft verder voor dat de

⁸ Besluit van 20 november 2006 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet handhaving consumentenbescherming, Stb. 2006, 592.

⁹ Memorie van Toelichting Whc, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 7.

nationale toezichthouders van de EU-lidstaten nauw samen dienen te werken. Op die manier moeten grensoverschrijdende inbreuken op de consumentenrechten worden voorkomen en bestreden. De nationale toezichthouders moeten volgens de verordening gestalte geven aan deze samenwerkingsverplichting door informatieverzoeken of handhavingsverzoeken uit te zetten bij andere nationale toezichthouders en door informatieverzoeken en handhavingsverzoeken van andere nationale toezichthouders te behandelen. In elke lidstaat dient er één nationale toezichthouder te zijn die deze verzoeken aanneemt en nationaal coördineert. Deze toezichthouder heeft de in de Verordening 2006/2004 genoemde functie van *verbindingsbureau*.

Verordening 2006/2004 spreekt alleen van de handhaving van *intracommunautaire* inbreuken. Het kabinet heeft er echter voor gekozen om de op basis van de verordening op te richten nationale toezichthouder niet alleen tot taak te geven handhavend op te treden bij intracommunautaire inbreuken van het consumentenrecht. Het kabinet heeft besloten de nationale toezichthouder ook tot taak te geven handhavend op te treden bij nationale collectieve inbreuken van het consumentenrecht. Hierbij werd gesteld dat de nationale collectieve inbreuk dient te vallen onder de werking van Verordening 2006/2004.¹⁰

Het kabinet heeft invulling gegeven aan de bepalingen in Verordening 2006/2004 door de Whc op te stellen. Omdat het kabinet er voor gekozen heeft de op te richten nationale toezichthouder niet alleen te laten toezien op intracommunautaire inbreuken, maar ook een taak te geven in het toezien op nationale collectieve inbreuken, is de Whc behalve een nadere invulling van Verordening 2006/2004 ook de instellingswet voor de oprichting van de nationale toezichthouder met een nationale taak. Die toezichthouder is de Consumentenautoriteit.

De Consumentenautoriteit houdt dus toezicht op de bepalingen genoemd in de bijlage bij de Whc. Zij ziet toe op de schending van collectieve consumentenbelangen. Om over te gaan tot handhaving is het niet noodzakelijk dat een belang van een groep consumenten al is geschaad, ook de aannemelijkheid dat een groep consumenten schade kan ondervinden in de toekomst is voldoende om te kunnen spreken over een collectieve inbreuk.

Dat de Consumentenautoriteit toeziet op de schending van collectieve consumentenbelangen betekent dat de Consumentenautoriteit in beginsel niet handhaaft wanneer het gaat om individuele geschillen.¹¹ Een individuele inbreuk kan echter aanleiding zijn om te concluderen dat er ten aanzien van meerdere consumenten, dus collectief, inbreuken kunnen plaatsvinden. De aanneming van collectiviteit¹² is afhankelijk van het specifieke rechtsgebied waarop de overtreding betrekking heeft.¹³

Uitgangspunt Whc

Een groot deel van het consumentenrecht uit de bijlage bij de Verordening 2006/2004 is geïmplementeerd in het Burgerlijk Wetboek.¹⁴ Indien een consument een geschil heeft met een ondernemer op basis van een of meer van deze bepalingen, kan de consument er

¹⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 6., p. 3.

¹¹ Dit vloeit onder meer voort uit artikel 3, sub b, Verordening 2006/2004: “.....elke handeling of omissie die in strijd is met de wetgeving ter bescherming van de belangen van de consument, zoals omschreven onder a), en die schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten....”

¹² Een nationale uitleg van het begrip collectief wordt door het kabinet gezien als onwenselijk, aangezien dit in strijd kan komen met de Verordening. Een gemeenschappelijke interpretatie van het begrip collectief op Europees niveau wordt door het kabinet wel voorgestaan, aangezien dit een eenduidige toepassing van de Verordening 2006/2004 op Europees niveau bevordert. Zie: Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 6., p. 2-3.

¹³ Kamerstukken I 2006/07, 30 411, nr. C, p. 3-5.

¹⁴ Daarnaast houdt de Consumentenautoriteit ook toezicht op specifieke wetten zoals de Prijzenwet en de Colportagewet.

voor zorgen dat dit individuele geschil wordt opgelost via de civiele rechter, één van de 46 geschillencommissies die onder de Stichting Geschillencommissies (Sgc) vallen of via mediation. Het uitgangspunt van de handhaving van het consumentenrecht is dat zelfregulering de voorkeur verdient. Tijdens de parlementaire behandeling van de Whc is door de Staatssecretaris expliciet gesteld dat de Consumentenautoriteit alleen dient op te treden in geval van inbreuken met een collectief karakter die niet kunnen worden opgelost door de markt zelf.¹⁵ Dit betekent niet dat er altijd moet worden gewacht totdat de markt er zelf in slaagt conflicten op te lossen. Dat zou de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit uithollen. Indien de omstandigheden dat wenselijk maken kan de Consumentenautoriteit altijd het voortouw nemen.¹⁶

In de Whc is verder vastgelegd dat de Consumentenautoriteit slechts bevoegd is om op te treden indien niet een andere toezichthouder uitsluitend bevoegd is (hoofdstuk 3 Whc). Daarnaast is het mogelijk dat zowel de Consumentenautoriteit als een andere toezichthouder bevoegd is (hoofdstuk 4 Whc). Die toezichthouder is in dat geval in eerste instantie bevoegd. Indien deze toezichthouder de Consumentenautoriteit daarom verzoekt, zou de Consumentenautoriteit in onderling overleg kunnen beslissen een dergelijke zaak toch op te pakken. Dit betekent dat *sectorspecifiek* toezicht boven het algemene toezicht van de Consumentenautoriteit gaat.¹⁷

Duaal stelsel

In het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Whc werd bepaald dat de op te richten Consumentenautoriteit, een *publiekrechtelijke* toezichthouder, schendingen van het consumentenrecht dat bestaat uit privaatrechtelijke normen, zou handhaven langs de *privaatrechtelijke* weg. Deze combinatie van een *publiekrechtelijke* toezichthouder die handhaaft langs de *privaatrechtelijke* weg werd in het wetsvoorstel aangeduid als een *duaal stelsel van handhaving*. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd ervoor gekozen het toezicht door de Consumentenautoriteit strikt duaal vorm te geven. Deze keuze was gebaseerd op de overweging dat privaatrechtelijke normen het best zouden kunnen worden uitgelegd door de civiele rechter. Wanneer de privaatrechtelijke normen bestuursrechtelijk zouden worden gehandhaafd, en een bestuursrechter dus privaatrechtelijke normen zou uitleggen, dan zou volgens deze overweging het risico bestaan dat de bestuursrechter, gezien zijn bestuursrechtelijke expertise, privaatrechtelijke begrippen niet adequaat zou uitleggen.¹⁸

In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd met de term duaal handhavingstelsel dus de handhaving langs de privaatrechtelijke weg bedoeld die werd uitgeoefend door een publiekrechtelijke toezichthouder. Later is de term duaal handhavingstelsel ook gebruikt om het handhavingstelsel van de Consumentenautoriteit te duiden waarin de Consumentenautoriteit een deel van de schendingen van het consumentenrecht privaatrechtelijk en een ander deel van de schendingen van het consumentenrecht bestuursrechtelijk kan handhaven.

Ondanks de aanduiding van het handhavingstelsel van de Whc als een 'strikt duaal stelsel', werd in het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Whc ook deels gehandhaafd langs de bestuursrechtelijke weg. Dit betrof voorschriften uit de Prijzenwet en de Colportagewet. Deze bestuursrechtelijk te handhaven normen werden opgenomen in onderdeel b van de bijlage bij de Whc. De overgrote meerderheid van de door de Consumentenautoriteit te

¹⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr.6, p. 4-5.

¹⁶ is in belang van het onverwijd handhaven van intracommunautaire inbreuken. Zie: Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 6, p. 1-2 en Kamerstukken I 2006/07, 30 411, nr. C, p. 9.

¹⁷ Artikel 4.2 Wet handhaving consumentenbescherming

¹⁸ Memorie van Toelichting Whc, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 6 en p. 30.

handhaven normen, namelijk de civielrechtelijke normen, werden opgenomen in onderdeel a van diezelfde bijlage bij de wet.

Amendement Crone

Het duale stelsel van handhaving zoals werd gepresenteerd in het oorspronkelijke wetsvoorstel, is tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel grondig gewijzigd. Aanleiding hiervoor was een door het Kamerlid Crone ingediend amendement.¹⁹ Dit amendement had tot doel de bestuursrechtelijke handhaving van schendingen van het consumentenrecht een veel bredere werking te geven. De keuze voor de bestuursrechtelijke handhaving zoals in het amendement werd omschreven was ingegeven door overwegingen met betrekking tot de snelheid en de efficiëntie van de handhaving.

In de Tweede Kamer leefde de wens het handhavingsinstrumentarium van de Whc volledig bestuursrechtelijk vorm te geven. Het amendement werd daarom ook breed ondersteund. Het kabinet was het hier niet geheel mee eens, maar besloot water bij de wijn te doen en kwam met een nadere nota van wijziging op het wetsvoorstel.²⁰ Het kabinet wilde niet dat alle bepalingen uit de Whc bestuursrechtelijk gehandhaafd zouden worden. De privaatrechtelijke normen uit de Whc dienden volgens het kabinet in beginsel uitgelegd te worden door de civiele rechter. Het kabinet kwam met een compromis. Een flink aantal bepalingen, dat volgens het oorspronkelijke wetsvoorstel langs privaatrechtelijke weg zou worden gehandhaafd, werd binnen het bestuursrechtelijke handhavingsbereik gebracht. Een Kamermeerderheid kon zich goed vinden in dit compromis. Dit leidde ertoe dat het amendement Crone werd ingetrokken.²¹

Open en gesloten normen

Om te bewerkstelligen dat een groter aantal normen bestuursrechtelijk kon worden gehandhaafd, werden de bepalingen die bestuursrechtelijk gehandhaafd dienden te worden apart opgenomen in de Whc. Dit gebeurde door in een apart hoofdstuk bepalingen op te nemen, waarin verwezen werd naar de bestuursrechtelijk te handhaven privaatrechtelijke normen. Vervolgens werden de bepalingen uit dit aparte hoofdstuk opgenomen in onderdeel b van de bijlage bij de Whc. Om te bepalen welke bepalingen van onderdeel a van de bijlage naar onderdeel b overgeheveld dienden te worden hanteerde het kabinet het volgende criterium:

“Civielrechtelijke normen die voldoende duidelijk zijn en een concreet verbod respectievelijk gebod bevatten, vallen onder de bestuursrechtelijke handhaving.”²²

Het gaat hierbij om de zogenaamde ‘gesloten’ normen: normen waarvan de overtreding eenvoudig zou zijn vast te stellen. Daarnaast staan de zogenaamde ‘open’ normen. Dit zijn normen die interpretatie behoeven. Dergelijke normen dienden naar het inzicht van het kabinet door de expert op het gebied van de uitleg van civiele normen, de civiele rechter, te worden uitgelegd.²³ Het kabinet onderbouwde deze stelling mede met een verwijzing naar artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).²⁴

¹⁹ Amendement Crone, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 10.

²⁰ Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 18.

²¹ Handelingen II 2005/06, nr. 98, p. 6087.

²² Brief Staatssecretaris EZ, 27 juni 2006, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 17.

²³ Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 18, p. 7.

²⁴ Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 18, p. 7: “Bij de overname van de bepalingen in het wetsvoorstel is qua formulering zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de overeenkomstige bepalingen in het Burgerlijk Wetboek. Voorts wordt artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in acht genomen. Op basis van dit artikel kan alleen een bestuurlijke boete worden opgelegd wanneer er in de

Evaluatie

In het plenaire debat dat volgde op de keus voor uitgebreidere bestuursrechtelijke handhaving werd gevraagd om een tussentijdse evaluatie van het duale handhavingstelsel van de wet. De staatssecretaris zegde die evaluatie toe. Deze toezegging heeft geleid tot onderhavig onderzoek naar het duale systeem van handhaving en naar de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om een schadevergoedingsovereenkomst met overtreeders te sluiten (massaschade). De Whc is op 29 december 2006 in werking getreden.

2.3 Wet oneerlijke handelspraktijken (Wohp)

In aanvulling op de bescherming van consumentenrechten die wordt geboden door de Whc trad op 15 oktober 2008 de Wet oneerlijke handelspraktijken in werking. Deze wet verbiedt aanbieders om 'oneerlijke handelspraktijken' toe te passen bij de promotie, verkoop en levering van producten en diensten aan consumenten. De Wohp zorgt voor implementatie in het Burgerlijk Wetboek van de Europese richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt. Deze zogenaamde *Wohp-bepalingen* in het Burgerlijk Wetboek zijn door middel van vermelding in artikel 8.8 van de Whc onder de werking van de Whc en de toezichtsbevoegdheid van de Consumentenautoriteit gebracht. Omdat artikel 8.8 is opgenomen in onderdeel b van de bijlage bij de Whc dienen schendingen van de zogenaamde *Wohp-bepalingen* bestuursrechtelijk gehandhaafd te worden.

Het uitgangspunt van het kabinet met betrekking tot het handhavingstelsel ten aanzien van de *Wohp-bepalingen*, was om aan te sluiten bij de handhavingssystematiek van de Whc. Dat wil zeggen: een duaal stelsel van handhaving waarbij privaatrechtelijke bepalingen die gesloten normen bevatten in onderdeel b van de bijlage bij de Whc worden opgenomen en derhalve bestuursrechtelijk worden gehandhaafd, en waarbij privaatrechtelijke bepalingen die open normen bevatten worden opgenomen in onderdeel a van de bijlage bij de Whc en derhalve privaatrechtelijk worden gehandhaafd. Ook tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel werd echter een amendement ingediend dat op brede steun in de Tweede Kamer kon rekenen.²⁵ Dit amendement behelsde een wijziging van het wetsvoorstel ten faveure van bestuursrechtelijke handhaving van alle bepalingen omtrent oneerlijke handelspraktijken. Veronderstelde efficiëntie en effectiviteit van bestuursrechtelijke handhaving, onder meer in verband met de mogelijkheid om boetes op te leggen, lag ten grondslag aan het opstellen van het amendement. Het amendement werd door de meerderheid van de Tweede Kamer aangenomen. Hierdoor is er voor de handhaving van overtredingen van *Wohp-bepalingen* geen sprake van een duaal stelsel. Zowel het toezicht als de handhaving van de bepalingen omtrent oneerlijke handelspraktijken zijn bestuursrechtelijk vormgegeven.

wetgeving een gebods- of verbodsbepaling is opgenomen die nauwkeurig, duidelijk en ondubbelzinnig is geformuleerd. Niet alle consumentenbepalingen in het Burgerlijk Wetboek lenen zich voor overname in het wetsvoorstel en dus voor bestuursrechtelijke handhaving. Zo bevat het Burgerlijk Wetboek een aantal consumentenbepalingen die zich gezien hun meer open aard niet lenen voor overname in het wetsvoorstel. Alleen voor bestuursrechtelijke handhaving komen in aanmerking de normen waarvan de overtreding eenvoudig is vast te stellen."

²⁵ Amendement Vos, Kamerstukken II, 30 928, nr. 14.

Hoofdstuk 3

Toezichtskader

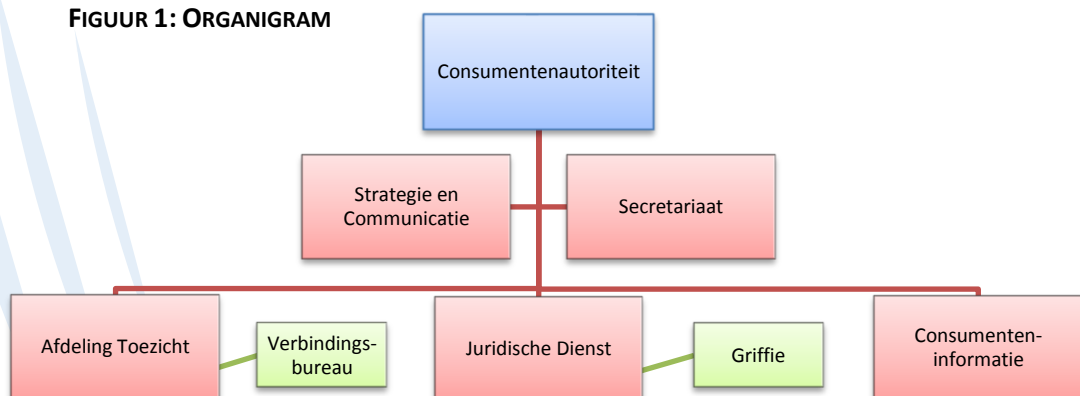
3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de organisatie (paragraaf 3.2) en het kader waarbinnen de Consumentenautoriteit opereert beschreven. In paragraaf 3.3 wordt omschreven op welke wijze de Consumentenautoriteit komt tot de prioritaire aandachtsgebieden waar zij toezicht op houdt en op welke wijze zij signalen ontvangt. In paragraaf 3.4 wordt aan de hand van een definitie van toezicht het kader geschetst waarbinnen de Consumentenautoriteit haar toezichtstaken uitoefent. In de paragrafen 3.5 en 3.6 worden de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen behandeld. In paragraaf 3.7 komt de samenloop van verschillende handhavingstrajecten aan bod en in de laatste paragraaf 3.8 komt de bevoegdheid tot het sluiten van overeenkomsten inzake massaschade aan de orde.

3.2 Organisatie

De Consumentenautoriteit is een dienst van het ministerie van Economische Zaken. De Consumentenautoriteit staat als organisatie onder leiding van het hoofd van de dienst, de Consumentenautoriteit genaamd. De Consumentenautoriteit bestaat momenteel uit 44,3 formatieplaatsen (in de onderzoeksperiode gemiddeld 32,5) en kent vijf organisatieonderdelen; Consumenteninformatie, Strategie en Communicatie, Toezicht, de Juridische Dienst en het Secretariaat.

FIGUUR 1: ORGANIGRAM



De Afdeling Toezicht, inclusief het Verbindingsbureau, en de Juridische Dienst, inclusief Griffie, zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de uitvoering van de wettelijke taken van de Consumentenautoriteit: het toezicht op het consumentenrecht en de handhaving daarvan en daarnaast coördinatie van grensoverschrijdende verzoeken om wederzijdse bijstand. Het proces van toezicht op het consumentenrecht is binnen de Consumentenautoriteit georganiseerd in drie onderdelen: signalering, toezicht en handhaving. In de volgende paragrafen worden deze stappen verder belicht.

3.3 Signalering en prioritering

Aandachtsgebieden

De Consumentenautoriteit stelt jaarlijks aan het eind van het jaar een Consultatiedocument op waarin zij aangeeft aan welke aandachtsgebieden zij in haar handhavingsbeleid voor het komende jaar prioriteit wenst te geven. De keuze voor deze aandachtsgebieden vindt plaats op basis van informatie die onder meer afkomstig is van signalen uit de markt, ervaringen van de Consumentenautoriteit zelf, de media, maatschappelijke partners en van ConsuWijzer.²⁶ De aandachtsgebieden, die worden vastgelegd in een Agenda, worden in een consultatieronde voorgelegd aan de maatschappelijke partners van de Consumentenautoriteit, waaronder de Consumentenbond, Stichting de Ombudsman en VNO-NCW. Op deze wijze worden de maatschappelijke partners in staat gesteld hun zienswijze in te dienen op de aandachtsgebieden die door de Consumentenautoriteit zijn geselecteerd. De ingediende zienswijzen kunnen leiden tot een wijziging of aanvulling van de voorgestelde aandachtsgebieden. Nadat de consultatieronde is afgerond, stelt de Consumentenautoriteit, na eventuele aanpassingen van de aandachtsgebieden, haar definitieve Agenda vast voor het komende jaar. Met ingang van 2010 presenteert de Consumentenautoriteit voor het eerst een tweejaarlijkse Agenda waarin de aandachtsgebieden voor twee jaar zijn vastgelegd.²⁷

Bij de keuze voor de aandachtsgebieden gebruikt de Consumentenautoriteit de volgende criteria, ook wel de *prioriteringscriteria* genoemd:

- De impact op het consumentenvertrouwen
- Het aantal consumenten dat (potentieel) wordt gedupeerd
- De omvang van de schade voor consumenten
- De relevantie van een bepaald onderwerp vanuit het oogpunt van herstel of versterking van het consumentenvertrouwen
- De impact op de markt
- De impact van een bepaalde gedraging op de mate van (eerlijke) concurrentie

Zowel in 2007 als 2008 hanteerde de Consumentenautoriteit 5 aandachtsgebieden. In 2007 waren dit de volgende aandachtsgebieden:

1. Algemene voorwaarden
2. Garantie en conformiteit
3. Prijzenfestivals

²⁶ ConsuWijzer is een informatieloket van verschillende toezichthouders voor consumenten. Op deze website kunnen consumenten terecht voor onafhankelijke en betrouwbare informatie over hun rechten. Wanneer consumenten zich niet goed behandeld voelen door een bedrijf of denken dat een bedrijf zich niet aan de regels houdt, kunnen consumenten via deze site per post, telefoon of digitaal hiervan melding van maken. Deze signalen worden door de Consumentenautoriteit gebruikt om zich te informeren over mogelijke overtredingen of om zich te informeren ten behoeve van de te kiezen aandachtsgebieden.

²⁷ De reden hiervoor ligt in de constatering dat het bereiken van een gedragsverandering bij marktpartijen vaak de jaarlijkse agendafrequentie overstijgt.

4. Internethandel
5. Reisbranche

In 2008 ging het om de volgende 5 gebieden:

1. Algemene voorwaarden
2. Garantie en conformiteit
3. SMS-diensten
4. Oneerlijke handelspraktijken
5. Garantstelling reisbranche

Op zaaksniveau hanteert de Consumentenautoriteit naast de hierboven genoemde prioriteeringscriteria ook enkele andere criteria om een keuze te maken voor specifieke zaken. Deze criteria luiden als volgt:

- Past een zaak binnen de Agenda van de Consumentenautoriteit?
- Zijn er maatschappelijke redenen, zoals een brede maatschappelijke verontwaardiging, die maken dat een bepaalde zaak aandacht verdient?
- Lost handhavend optreden door de Consumentenautoriteit het gesignaleerde probleem effectief op? Of is een andere partij beter in staat om het gesignaleerde probleem aan te pakken?
- Hoe verhoudt de inzet van mensen en middelen van de Consumentenautoriteit zich tot de verwachte resultaten?

Maatschappelijk overleg

Meerdere keren per jaar heeft de Consumentenautoriteit een *maatschappelijk overleg* met haar maatschappelijke partners.²⁸ Dit overleg dient ertoe de werkzaamheden van de Consumentenautoriteit te laten aansluiten bij de private initiatieven ter bescherming van de consument. Daarnaast wordt in dit overleg informatie uitgewisseld over relevante thema's op het gebied van de consumentenbescherming.

Verzoeken tot informatie-uitwisseling en tot handhaving

De Consumentenautoriteit stelt zelf een agenda samen waarin prioriteiten worden aangegeven. Maatschappelijke partners worden via de consultatieronde en het maatschappelijk overleg in staat gesteld input te leveren voor het samenstellen van de agenda en de daarin genoemde prioriteiten. De Consumentenautoriteit kan daarnaast input krijgen van andere instanties over concrete zaken waaraan de Consumentenautoriteit naar inzicht van deze instanties aandacht aan zou dienen te besteden. Deze input kan geleverd worden door andere Nederlandse toezichthouders, door toezichthouders van binnen de EU, door toezichthouders van buiten de EU, en door Nederlandse bedrijven. Dit wordt hierna verder toegelicht.

²⁸ Artikel 6.3 Wet handhaving consumentenbescherming.

Toezichthouders van andere EU-lidstaten

Reeds eerder werd de functie van verbindingbureau genoemd.²⁹ Deze functie houdt in dat de Consumentenautoriteit fungeert als contactpunt voor toezichthouders in andere EU-lidstaten die een intracommunautaire inbreuk vermoeden of constateren. In Europa werkt de Consumentenautoriteit op deze manier samen binnen het CPCS (Consumer Protection Cooperation System). Dit systeem fungeert als databank en centraal verbindingpunt waarlangs de contacten lopen tussen de verschillende verbindingsbureaus in Europa. Via het CPCS krijgt de Consumentenautoriteit een verzoek om informatie uit te wisselen³⁰ of een verzoek om te handhaven.³¹ De Consumentenautoriteit is verplicht onverwijld mee te werken aan deze verzoeken. Indien een andere Nederlandse toezichthouder bevoegd is verwijst de Consumentenautoriteit het verzoek door. In deze gevallen blijft zij wel fungeren als aanspreekpunt voor de verzoekende instantie.³²

Toezichthoudende instanties van landen die geen lid zijn van de EU

Naast verzoeken van toezichthoudende instanties uit EU-lidstaten, is het mogelijk dat een toezichthoudende instantie uit een land van buiten de EU een verzoek indient tot informatie-uitwisseling. In dat geval bepalen de bilaterale overeenkomsten met dat land en de Europese regelgeving hoe om te gaan met dit verzoek. Daartoe werkt de Consumentenautoriteit samen binnen het internationale netwerk ICPEN (International Consumer Protection and Enforcement Network). Hierbij zijn ongeveer veertig (onder meer Europese) landen aangesloten. ICPEN heeft als doel het bevorderen van samenwerking en onderlinge uitwisseling van ervaringen en 'best practices' op het gebied van toezicht en handhaving en van voorlichting.³³

Bedrijven

Verder is het mogelijk dat bedrijven de Consumentenautoriteit verzoeken bestuurs- en/of privaatrechtelijk op te treden tegen een ander bedrijf dat bepalingen uit de Whc overtreedt. De Consumentenautoriteit beoordeelt in deze gevallen zelf of zij hier gehoor aan geeft.³⁴

Nederlandse toezichthoudende instanties

De Consumentenautoriteit heeft met betrekking tot het consumentenrecht een algemene toezichtbevoegdheid. Daarnaast zijn verschillende andere Nederlandse toezichthouders aangewezen om toezicht te houden op specifieke onderdelen van het consumentenrecht. Zij houden zogenaamd sectorspecifiek toezicht. In hoofdstuk drie van de Whc is de bevoegdheidsverdeling tussen de Consumentenautoriteit en andere bevoegde autoriteiten geregeld, zoals de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en Voedsel en Warenautoriteit (VWA). Deze verdeling houdt in dat de Consumentenautoriteit slechts bevoegd is op te treden indien niet een andere (sectorspecifieke) toezichthouder bevoegd is.³⁵ Hierbij kan bij voorbeeld worden gedacht aan de AFM wanneer het gaat om intracommunautaire inbreuken op de in de Whc genoemde consumentenrechtelijke bepalingen die betrekking

²⁹ Artikel 3 sub d Verordening 2006/2004/EG: „*verbindingbureau*”: de overheidsinstantie in elke lidstaat die belast is met de coördinatie van de toepassing van deze verordening binnen die lidstaat.

³⁰ Artikel 6 Verordening 2006/2004/EG.

³¹ Artikel 8 Verordening 2006/2004/EG.

³² Artikel 4.5 Wet handhaving consumentenbescherming.

³³ ICPEN/RICPC, *International Consumer Protection and Enforcement Network*, Geraadpleegd januari 2010:

<http://www.icpen.org>

³⁴ Aan een weigering van de Consumentenautoriteit om op verzoek van een bedrijf handhavend op te treden staat bezwaar open.

³⁵ Uitzonderingen hierop zijn situaties waarin de sectorspecifieke toezichthouder de Consumentenautoriteit verzoekt om op te treden, bijvoorbeeld doordat die toezichthouder niet kan voldoen aan een, door de Consumentenautoriteit als verbindingbureau doorverwezen, Europees verzoek. Zie hiervoor ook: artikel 4.2 van de Wet handhaving consumentenbescherming.

hebben op financiële diensten of activiteiten. In hoofdstuk 5 van de Whc is bepaald dat de afspraken aangaande samenwerking tussen de verschillende nationale toezichhouders³⁶, consumentenorganisaties en instanties met een rechtmatig belang³⁷ kunnen worden vastgelegd in samenwerkingsprotocollen.

3.4 Toezicht

Voordat een schets wordt gegeven van toezicht door de Consumentenautoriteit volgt hieronder eerst een definitie van toezicht. Deze omschrijving maakt duidelijker hoe de taken van een toezichthouder zoals de Consumentenautoriteit gezien dienen te worden. In politiek en ambtelijk spraakgebruik wordt vaak de volgende begripsomschrijving gebruikt.

Toezicht is het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.

Deze omschrijving maakt duidelijk dat het houden van toezicht bestaat uit drie onderdelen. Eerst het verzamelen van informatie over het handelen, niet handelen en de keuzes van onder toezicht gestelden (in casu bedrijven op de consumentenmarkt). Als tweede dient de toezichthouder zich een oordeel te vormen over de verworven informatie over de keuzes en handelingen van een onder toezicht gestelde. Het derde onderdeel van toezicht is de interventie. Interventie kan plaats vinden door middel van handhavend optreden via een sanctie, maar ook door middel van voorlichting en communicatie. Wanneer het evident is dat concrete schadeveroorzakende handelspraktijken de collectieve belangen van consumenten schaden, kan de Consumentenautoriteit de consumenten waarschuwen en beschermen door de naam van het bedrijf dat schadeveroorzakend handelt openbaar te maken. Aangezien dit ook een sterke impact heeft op het bedrijf zelf dient met deze bevoegdheid zorgvuldig te worden omgegaan. Hiertoe is dan ook een aanwijzing gegeven door de Staatssecretaris van Economische Zaken aan de Consumentenautoriteit.³⁸

Voor de Consumentenautoriteit betekent het voorgaande meer concreet dat na de signalering van mogelijke overtredingen het eerste deel van het toezichtsproces een aanvang neemt bij de acties die de Afdeling Toezicht onderneemt om informatie in te winnen over de handelingen en keuzes van bedrijven die mogelijk overtredingen opleveren. Bij deze informatieverzameling maakt zij gebruik van de toezichtsbevoegdheden die zij heeft op grond van titel 5.2 van de Awb. Hieronder vallen bijvoorbeeld de bevoegdheid tot binnentreding (artikel 5:15 Awb) en het inzien van bescheiden (artikel 5:17 Awb).

Het tweede onderdeel van toezicht is het beoordelen van de verzamelde informatie. Bij het beoordelen van informatie dienen technieken en maatstaven te worden gehanteerd om tot een oordeel te komen over een eventuele normafwijking of overtreding. Hierbij zal de

³⁶ De nationale toezichthoudende instanties genoemd in de Whc zijn onderverdeeld in bevoegde autoriteiten en andere overheidsinstanties, naast de Consumentenautoriteit zijn er de volgende bevoegde autoriteiten (hoofdstuk 3 Whc): Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM), Het Staatstoezicht op de volksgezondheid (IGZ), Het Commissariaat voor de Media (CvdM), Inspectie Verkeer en Waterstaat (IVW), Voedsel en Warenautoriteit (VWA). Andere overheidsinstanties zijn (artikel 4.1 Whc): de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Belastingdienst/FIOD-ECD (FIOD).

³⁷ Ingevolge artikel 4 lid 2 Verordening 2006/2004 kunnen lidstaten instanties aanwijzen die een rechtmatig belang hebben bij het beëindigen of verbieden van intracommunautaire inbreuken. In Nederland is dat de Stichting Reclame Code.

³⁸ Instructie van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 10 maart 2008, nr. CA/8027476, aan de Consumentenautoriteit inzake de informatieverstrekking aan consumenten betreffende schadeveroorzakende handelspraktijken waarbij de namen van bedrijven worden genoemd.

Consumentenautoriteit kijken naar zaken zoals de inhoudelijke feiten, een analyse van overtredende handelingen, de ernst van de inbreuk op het consumentenrecht, de impact op de markt en vervolgens zal zij daar afwegingen over maken. Na beoordeling van de verzamelde informatie kan de Consumentenautoriteit tot de conclusie komen dat er geen sprake is van een overtreding. Ook kan zij concluderen dat een gevonden inbreuk onvoldoende ernstig is of buiten het toezichtsgebied van de Consumentenautoriteit of de Whc valt. In een dergelijk geval kan de Consumentenautoriteit besluiten om het onderzoek naar een bedrijf af te ronden en geen actie te ondernemen. Indien zij echter heeft geoordeeld dat er wel sprake is van een inbreuk en zij deze voldoende ernstig acht om actie op te ondernemen, kan zij besluiten om te interveniëren. Hiervoor kan zij gebruik maken van een aantal interventiemethoden of eenvoudiger gesteld, handhavingsmethoden.

Voor handhaving gebruikt de Consumentenautoriteit vijf verschillende methoden of instrumenten. Dit zijn de waarschuwing, de toezegging, de privaatrechtelijke verzoekschrift-procedure, de bestuursrechtelijke boete en de last onder dwangsom. De bestuursrechtelijke handhaving kent dus twee middelen, de boete en de last onder dwangsom. Hieronder volgt een korte uiteenzetting van deze vijf mogelijke methoden van handhaving.

1. Een *waarschuwing* kan worden gegeven in de vorm van een brief. Voor veel overtreders is een dergelijke waarschuwing voldoende om hun opzettelijke of onopzettelijke overtreding te staken. De waarschuwing kan als informeel getypeerd worden, aangezien deze niet gepaard gaat met een beschikking of gerechtelijke procedure.
2. Een *toezegging* is een eenzijdige en openbare verklaring van een bedrijf waarin het toezegt in het vervolg af te zien van een bepaalde gedraging of waarin het verklaart een gedraging in het vervolg op een specifieke manier vorm te geven zodat deze niet meer in strijd is met wettelijke bepalingen.

Verder wordt in de toezegging vermeld dat de overtreder in de toekomst medewerking zal verlenen aan het toezicht door de Consumentenautoriteit en wordt vermeld op welke wijze de overtreder zijn bedrijfsvoering en voorwaarden zal aanpassen aan de wettelijke bepalingen. De toezegging wordt altijd openbaar gemaakt door middel van het plaatsen van de formele toezegging op de website van de Consumentenautoriteit en berichtgeving op ConsuWijzer. Een toezegging maakt het mogelijk om overtredingen door een bepaald bedrijf in de toekomst te voorkomen en om af te zien van het sluitstuk van het toezichtstraject, de handhaving langs privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke weg. Ingevolge artikel 2.23 Whc is de toezegging net als de boete en de last onder dwangsom een beschikking en staat hiertegen bezwaar open voor belanghebbenden.

Afhankelijk van de aard van de overtreding (valt deze onder onderdeel a of b van de bijlage bij de Whc) staat privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving open. Beide wegen brengen een verschillende werkwijze met zich mee.

3. Wanneer wordt ingezet op *privaatrechtelijke* handhaving, dan wordt een verzoekschrift opgesteld. De Afdeling Toezicht werkt hierbij samen met de Juridische Dienst.
4. Wanneer wordt ingezet op *bestuursrechtelijke* handhaving, dan stelt de Afdeling Toezicht zelfstandig een onderzoeksrapport op. In het onderzoeksrapport worden de omstandigheden van de zaak zowel feitelijk als juridisch uiteengezet. Dit rapport wordt vervolgens overgedragen aan de Juridische Dienst. Daar wordt vervolgens een *boete* of;

5. Een *last onder dwangsom* opgelegd.

Bij het toepassen van bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen wordt rekening gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Oorspronkelijk was het niet toegestaan dat de Afdeling Toezicht in volle omvang samenwerkte met de Juridische Dienst. Er bestond op dit punt een scheiding tussen de Afdeling Toezicht en de Juridische Dienst.³⁹ De scheiding tussen de beide afdelingen wordt wel de *Chinese muur* genoemd. De scheiding is niet zo rigide dat zij elke vorm van samenwerking verbiedt. Het gaat voornamelijk om de waarborg dat *personen* die in het toezichtstraject betrokken zijn, niet óók in het sanctietraject betrokken mogen zijn en andersom. Het is derhalve niet zozeer een scheiding op afdelingsniveau, maar een scheiding op het niveau van betrokken personen.

Wanneer de Consumentenautoriteit besluit tot handhaven kan zij een plan van aanpak opstellen voor een specifieke zaak. Een specifiek plan van aanpak wordt opgesteld om aan te geven hoe een project⁴⁰ of een specifieke zaak zal worden uitgevoerd. Vanuit de Consumentenautoriteit is aangegeven dat het opmaken van deze specifieke plannen van aanpak sinds 2008 verplicht is in ad-hoc zaken en in grotere zaken binnen aandachtsgebieden. Daarnaast kan de Consumentenautoriteit voor veel aandachtsgebieden een algemeen plan van aanpak opstellen waarin de algemene aanpak van zaken die binnen een bepaald aandachtsgebied vallen, uiteen worden gezet. In een plan van aanpak wordt gekeken naar de aanleiding tot onderzoek, het vermoeden van overtreding, de bewijspositie in de zaak en de aanpak op hoofdlijnen. Ook wordt gekeken naar de projectorganisatie en naar de capaciteit.

De Stichting Reclame Code

Wanneer een zaak een overtreding betreft op het gebied van misleidende reclame, dan wordt de zaak in beginsel overgelaten aan de Reclame Code Commissie, die een onderdeel vormt van de Stichting Reclame Code (SRC). De Consumentenautoriteit kan daarnaast ook zelf klachten over misleidende reclame indienen bij de SRC. Deze handelswijze is vastgelegd in een samenwerkingsprotocol. Het private fundament indachtig zal de Consumentenautoriteit in beginsel alleen optreden ten aanzien van zaken op het gebied van misleidende reclame bij recidive, of indien een bedrijf zich niet houdt aan de uitspraak van de Reclame Code Commissie. Ook in ernstige gevallen van misleidende reclame kan de CA besluiten meteen zelf op te treden.

3.5 Privaatrechtelijke handhaving

Wanneer privaatrechtelijk wordt gehandhaafd, trekt de Afdeling Toezicht samen op met de Juridische Dienst. Nadat zij samen de zaak voldoende hebben voorbereid, zal de Consumentenautoriteit een kennisgeving sturen aan de overtreder. Hierin wordt gemeld dat de Consumentenautoriteit op de hoogte is van het gedrag van de overtreder, dat dit gedrag in de ogen van de Consumentenautoriteit in strijd met de wet is, en dat de Consumentenautoriteit voornemens is handhavend op te treden tegen deze overtreding. De overtreder wordt vervolgens in staat gesteld binnen een zekere termijn zijn gedrag aan te passen en ervoor te zorgen dat de overtreding beëindigd wordt (de ingebrekestelling).

³⁹ Uit informatie van de Consumentenautoriteit komt naar voren naar deze “muur” formeel niet meer bestaat binnen de Whc. In de onderzoeksperiode 2007-2008 bestond deze “muur” echter nog wel. Wel heeft de Consumentenautoriteit er uit oogpunt van zorgvuldigheid voor gekozen om door te gaan met de scheiding tussen de afdeling Toezicht en de Juridische Dienst tijdens de onderzoek- en sanctiefase.

⁴⁰ Een project is een actie, waarbij de Consumentenautoriteit op een bepaald onderwerp een intensieve scan doet onder bedrijven op de markt, een zogenaamde *Sweep*. Hierbij worden meerdere bedrijven in een bepaalde branche onderzocht op, bijvoorbeeld, hun algemene voorwaarden.

Wanneer de overtreder zijn gedrag niet aanpast, dient de Consumentenautoriteit een verzoekschrift in bij het Gerechtshof Den Haag. In een dergelijk geval moet de Consumentenautoriteit eerst een sommatie doen aan het adres van de overtreder. Hierin wordt een officiële termijn⁴¹ gesteld om de overtreding alsnog te staken. Indien de overtreder hieraan geen gehoor geeft, wordt een kopie concept-verzoekschrift naar de overtreder gestuurd en start de Consumentenautoriteit de verzoekschriftprocedure ex artikel 3:305d BW. Daarna volgt een zitting en doet het Gerechtshof Den Haag uitspraak in de zaak. Wanneer de Consumentenautoriteit in het gelijk wordt gesteld, betekent dit voor de overtreder dat deze zijn gedrag moet staken, eventueel op straffe van een dwangsom. Wanneer de overtreder niet berust in de uitspraak van het hof, dan kan de overtreder in cassatie gaan en de zaak voorleggen aan de Hoge Raad.

3.6 Bestuursrechtelijke handhaving

Wanneer bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd, treedt de Juridische Dienst op. Na bestudering van het onderzoeksrapport, analyse van de gevonden feiten, inzage van het dossier en het houden van een hoorzitting waarbij de betrokken onderneming de gelegenheid krijgt om zijn zienswijze op het rapport naar voren te brengen, adviseert de Juridische Dienst de Consumentenautoriteit over de overtredingen en over het al dan niet opleggen van een sanctie. Met één sanctiebesluit kunnen naar gelang de hoeveelheid en aard van de overtredingen, één of meerdere boetes en/of één of meerdere lasten onder dwangsom worden opgelegd.

Wanneer een overtreder het niet eens is met het sanctiebesluit kan deze bezwaar maken. Dit bezwaar wordt door de Consumentenautoriteit voor advies voorgelegd aan de Bezwaar Advies Commissie (BAC) van de Consumentenautoriteit. De BAC, een onafhankelijke commissie van externe juridische experts, bekijkt de zaak grondig en formuleert een advies aan de Consumentenautoriteit. Dit advies wordt besproken en geanalyseerd door de Juridische Dienst. De Consumentenautoriteit neemt vervolgens een besluit op bezwaar. Het staat de Consumentenautoriteit vrij om hierbij al dan niet af te wijken van het advies van de BAC.

Wanneer de overtreder zich niet kan vinden in het besluit op bezwaar, staat beroep open bij de Rechtbank te Rotterdam. De rechtbank oordeelt in een meervoudige kamer over het besluit van de Consumentenautoriteit. De uitspraak van de rechtbank kan vervolgens in hoger beroep worden aangevochten bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

3.7 Samenloop van handhavingstrajecten

De voorgaande beschrijving gaat ervan uit dat een gedraging van een bedrijf eenvoudig is te kwalificeren. Volgens deze beschrijving gaat het óf om een overtreding van een bepaald artikel dat is opgenomen in onderdeel b van de bijlage bij de Whc, die dus bestuursrechtelijk moet worden gehandhaafd, óf om een overtreding van een bepaald artikel dat is opgenomen in onderdeel a van de bijlage van de Whc, die dus privaatrechtelijk moet worden gehandhaafd. Er zijn echter gevallen denkbaar waarin de gedraging van een bedrijf niet eenvoudig te kwalificeren is. Daarbij bestaat de mogelijkheid dat een bepaalde

⁴¹ Het gestelde in artikel 3:305a lid 2, tweede volzin BW ("Een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende") kan ook als een redelijke termijn worden gezien in de procedure aangaand artikel 3:305d BW.

gedraging van een bedrijf gekwalificeerd kan worden als een overtreding van verschillende bepalingen. Op deze manier kan het geval zich voordoen dat een gedraging van een bedrijf zowel gekwalificeerd kan worden als een overtreding van een ‘conventionele’ Whc-bepaling (een bepaling uit het Burgerlijk Wetboek die bij inwerkingtreding van de Whc is opgenomen in de bijlage bij de Whc), als van een zogenaamde *Wohp-bepaling* (een bepaling uit het Burgerlijk Wetboek die door middel van de Wohp is opgenomen in de bijlage bij de Whc).⁴² Enkele voorbeelden:⁴³

- Één op één overlap. Het gaat hierbij met name om artikel 6:193f BW (Wohp), waarin kort gezegd staat dat bij koop op afstand bepaalde informatie bij de commerciële communicatie essentieel is, waarbij in het artikel wordt verwezen naar verschillende bepalingen in andere wetten, waaronder artikel 7:46c BW (Whc). Indien deze informatie wordt weggelaten levert dit een misleidende omissie op in de zin van artikel 6:193d BW (Wohp). Meer concreet betekent dit bijvoorbeeld dat het niet melden van de bedenktijd van zeven werkdagen op een website zowel een overtreding is van artikel 7:46c lid 1 onder f BW (Whc) als een overtreding van artikel 6:193f juncto artikel 6:193d BW (Wohp). Met een overtreding van artikel 7:46c BW is in feite de Wohp overtreding al gegeven.
- Overlap met verschillende beschermingsniveaus. Bijvoorbeeld artikel 6:193d lid 3 BW (Wohp) en artikel 7:46h lid 1 BW (Whc). Op basis van artikel 6:193d lid 3 is het een misleidende omissie als een handelaar het commercieel oogmerk van een gesprek niet laat blijken. Op basis van artikel 7:46h lid 1 dient de handelaar aan het begin van elk telemarketinggesprek het commercieel oogmerk mede te delen. Als in het hele gesprek het commercieel oogmerk niet blijkt, dan is sprake van overtreding van beide artikelen.
- Overlap met onzekerheid. Bijvoorbeeld het verstrekken van onjuiste informatie over de belangrijkste kenmerken van een product in een telemarketinggesprek. Dat kan een overtreding zijn van artikel 6:193c lid 1 onder b BW (Wohp), maar evenzeer een overtreding van artikel 7:46c lid 1 onder b BW (Whc).

Deze voorbeelden van overlap liggen op het gebied van overtredingen van Wohp-bepalingen en andere, ‘conventionele’, Whc-bepalingen, opgenomen in onderdeel b van de bijlage bij de Whc. Hierdoor zal er geen groot probleem optreden, aangezien in beide gevallen bestuursrechtelijk gehandhaafd dient te worden. Wel dient opgemerkt te worden dat voor overtredingen van de oorspronkelijke Whc een maximale boete van 76.000 euro is geregeld en voor overtredingen van Wohp-bepalingen in de Whc een maximum van 450.000 euro. Indien er echter sprake is van overlap van bepalingen genoemd in onderdeel a van de bijlage bij de Whc en Wohp-bepalingen (onderdeel b), dan kan dit voor onduidelijkheden zorgen. Er kan dan zowel privaatrechtelijk (onderdeel a bijlage bij de Whc) als bestuursrechtelijk (Wohp) worden gehandhaafd. In de wet is niet duidelijk aangegeven welk handhavingstraject te kiezen in geval van een dergelijke samenloop. In dat geval zal bestaande afbakening aan de hand van de tweewegenleer⁴⁴ uitkomst moeten bieden.⁴⁵

⁴² W.H. van Boom, *Tekst en toelichting Wet handhaving consumentenbescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2007, p. 85-86.

⁴³ Een, via een schriftelijk interview verkregen, uitgebreide lijst van overlappende bepalingen is terug te vinden in bijlage III bij dit rapport.

⁴⁴ Heel kort gezegd houdt dit in dat het volgen van de privaatrechtelijke weg om een bepaald resultaat te bereiken niet is toegestaan als deze een daarvoor bestaande publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Of daar sprake van is hangt onder andere af van het doel van die regeling, de inhoud en de vraag of de overheid via de publiekrechtelijke weg eenzelfde resultaat kan bereiken als via de privaatrechtelijke weg. Een uitgebreide omschrijving van de werking van en jurisprudentie over het begrip tweewegenleer is te omvangrijk voor dit rapport en kan gevonden worden in specifieke literatuur over dit onderwerp.

3.8 Massaschade

De onderzoeksvraag uit hoofdstuk 1 richt zich ook op de ervaringen van de Consumentenautoriteit met het sluiten van overeenkomsten inzake massaschade. Hier heeft de Consumentenautoriteit echter geen ervaring mee. De omschrijving in deze paragraaf beperkt zich dan ook tot een meer algemene uitleg hierover in relatie tot de Consumentenautoriteit. Het collectief afwikkelen van een schadevergoeding kan op basis van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) geschieden op grond van artikel 7:907 BW. In artikel 2.6 Whc is deze mogelijkheid ook van toepassing verklaard op de Consumentenautoriteit. In de Memorie van Toelichting bij de Whc werd echter aangegeven dat hier zeer terughoudend mee moest worden omgegaan.⁴⁵ Tijdens de parlementaire behandeling werd een amendement ingediend door dhr. Algra dat er toe diende de onafhankelijkheid van de toezichthouder te bewaken indien deze betrokken zou worden bij de onderhandelingen tussen gedupeerden en bedrijven. Dit door middel van het inschakelen van een onafhankelijke derde door de Consumentenautoriteit.⁴⁷ De staatssecretaris kon zich vinden in de argumenten van dhr. Algra en liet het oordeel daarover vervolgens graag aan de Kamer over.⁴⁸ Het amendement werd aangenomen en door middel van het amendement werd een derde lid toegevoegd aan artikel 2.6 Whc waarin werd bepaald dat de Minister een aanwijzing geeft over de handelwijze van de Consumentenautoriteit in geval er sprake is van mogelijke onderhandelingen inzake massaschade. Deze aanwijzing komt er op neer dat expliciete toestemming nodig is van de Minister om onderhandelingen te starten inzake massaschade. Verder wordt bepaald dat de Consumentenautoriteit een onafhankelijke derde dient aan te wijzen en welke gegevens minimaal benodigd zijn bij de instemming van de Minister.⁴⁹

⁴⁵ W.H. van Boom, *Tekst en toelichting Wet handhaving consumentenbescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV, 2007, p. 85-86.

⁴⁶ Memorie van Toelichting Whc, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 38-39.

⁴⁷ Amendement Algra, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 14.

⁴⁸ Handelingen II 2005/06, nr. 88, p. 5413.

⁴⁹ Algemene aanwijzing van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 1 juni 2007, nr. EP/MW 7064640, p. 1, artikelen 2, 4, 5, Staatscourant 2007, 107, p. 9.

Hoofdstuk 4

Toezicht in de praktijk

In dit hoofdstuk worden de ervaringen van de Consumentenautoriteit met de praktijk beschreven. Hiervoor is gebruik gemaakt van informatie die is verzameld door middel van een dossierstudie en van informatie die is verzameld door middel van interviews. In paragraaf 4.1 wordt behandeld hoeveel en welke zaken de Consumentenautoriteit in de periode 2007-2008 heeft behandeld en op welke wijze die zijn afgerond. In de paragrafen 4.2 en 4.3 wordt de praktijk van het toezicht behandeld. In paragraaf 4.2 wordt ingegaan op de eerste twee elementen van toezicht, namelijk informatieverzameling en informatiebeoordeling. In paragraaf 4.3 wordt gekeken naar het derde element, de interventiepraktijk, waaronder de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. In paragraaf 4.4 wordt het onderwerp massaschade behandeld samen met informatie over het recht van collectieve actie.

4.1 Aantal zaken

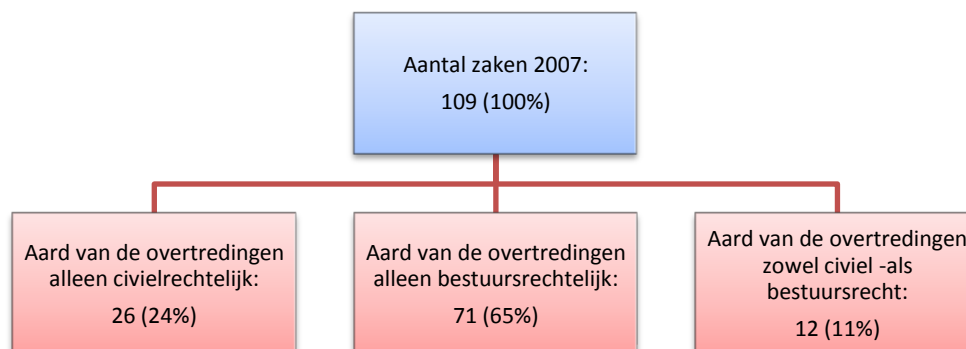
In deze paragraaf worden gegevens gepresenteerd die zijn verzameld door te kijken naar de algemene kenmerken en doorlooptijden van de dossiers, en met gebruikmaking van de door de Consumentenautoriteit verstrekte gegevens uit haar centrale registratiesysteem. In dit centrale systeem, Prisma, maakt de griffie zaken aan. Hierin worden onder andere de verschillende stappen in het toezichts –en handhavingsproces ingeboekt en krijgen de zaken verschillende labels toegewezen. Deze labels betreffen (onder meer): het aandachtsgebied waar de zaak onder valt, de zaaknaam, het zaaknummer, het feit of het een internationale of een nationale zaak betreft, de ‘startmaand’ en de ‘eindmaand’ van de zaak, de manier waarop de zaak is afgerond en ook het handhavingsrecht waar de zaak onder valt, te weten privaatrechtelijk, bestuursrechtelijk of beiden. De cijfers die in deze paragraaf worden gepresenteerd zijn voor een groot deel gebaseerd op de gegevens uit dit systeem.⁵⁰

In 2007 en 2008 heeft de Consumentenautoriteit in totaal 341 zaken behandeld. Uit figuur twee en drie valt op te maken dat er sterke verschillen zijn tussen het eerste jaar (2007) dat de Consumentenautoriteit actief was en het tweede jaar (2008). In het eerste jaar

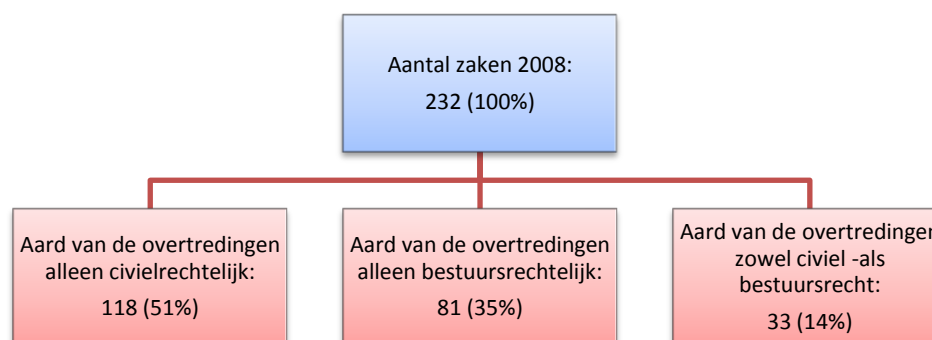
⁵⁰ Deze cijfers wijken af van de cijfers uit de jaarverslagen van de Consumentenautoriteit. De oorzaak hiervoor ligt in het feit dat in dit rapport is uitgegaan van de ruwe data uit Prisma. In de jaarverslagen worden andere parameters en termen gebruikt dan de parameters en termen die zijn gehanteerd door de schrijvers van dit rapport. De gegevens die in deze rapportage zijn weergegeven zijn derhalve niet onjuist, maar zijn anders weergegeven dan de gegevens in het jaarverslag.

behandelde de Consumentenautoriteit 109 zaken, in het tweede jaar waren dat er 232. Ook de verdeling over de wijze van handhaving van een zaak verschilt sterk. In 2007 waren 26 zaken (24%) privaatrechtelijk van aard, in 2008 waren dat er 118 (51%). De gevallen waarin de beide handhavingsregimes samenlopen, ontlopen elkaar procentueel gezien niet zoveel (11% in 2007 en 14% in 2008).

FIGUUR 2: AANTAL ZAKEN IN 2007 GESPLITST NAAR AARD VAN DE OVERTREDING



FIGUUR 3: AANTAL ZAKEN IN 2008 GESPLITST NAAR AARD VAN DE OVERTREDING



In de nu volgende beschrijving worden de cijfers weergegeven. De cijfers worden naast tekstueel ook schematisch weergegeven in figuur vier en figuur vijf.⁵¹ Deze vindt u op de volgende pagina's. Voor meer uitgebreide schema's en tabellen waarin de cijfers worden weergegeven wordt verwezen naar bijlage I en bijlage II bij deze rapportage. Het schema dat wordt weergegeven in figuur vier betreft 2007, het schema dat wordt weergegeven in figuur vijf betreft 2008.

Van de 341 zaken die de Consumentenautoriteit heeft onderzocht in de periode 2007 – 2008 betreffen er zes overtredingen van de Wohp. Deze wet trad op 15 oktober 2008 in werking en overlapt derhalve in het systeem deels de periode waar het onderzoek zich op toespitst. Van alle zaken uit 2007 staat er momenteel geen enkele zaak meer open. Alle zaken zijn afgerond. Uit 2008 lopen ten tijde van het doornemen van de gegevens nog 30 zaken.

⁵¹ Deze schema's betreffen een totaaloverzicht van de ingeboekte zaken uit 2007 en 2008 zoals gevonden in Prisma. In bijlage I en bijlage II bij dit rapport zijn deze totaaloverzichten uitgesplitst terug te vinden waarbij hetzelfde overzicht is aangehouden, maar dan gesplitst aan de hand van het gegeven of de zaak privaatrechtelijk, bestuursrechtelijk of via beide sporen te handhaven viel.

De Consumentenautoriteit heeft in de periode 2007-2008 in totaal acht zaken formeel bestuursrechtelijk gehandhaafd, dat wil zeggen dat er een sanctiebesluit is genomen. Er zijn zowel boetes als lasten onder dwangsom opgelegd. De zaken die worden weergegeven in figuur vier en vijf vallen onder dat jaar, omdat ze in dat jaar zijn ingeboekt in Prisma. Dit wil niet zeggen dat ze ook in dat jaar zijn afgerond. Twee van de sanctiebesluiten die zijn genomen in 2009 betreffen bijvoorbeeld zaken die zijn gesignaleerd in 2007. Vijf van de acht zaken zijn geboekt in 2007. Drie zaken zijn ingeboekt in 2008.

Eén zaak is formeel via de privaatrechtelijke weg gehandhaafd door middel van een verzoekschrift. Dit ging om een zaak uit 2008. In 2009 heeft het Gerechtshof Den Haag in deze zaak een uitspraak gedaan. Naast dit verzoekschrift is er nog een verzoekschrift ingediend. Dit is uiteindelijk echter komen te vervallen. Deze zaak staat niet vermeld in de schema's.

In de periode 2007-2008 zijn vier officiële toezeggingen gedaan, waarvan twee in 2008 en twee in 2009. Ze staan vermeld onder 2007, omdat dat het jaar is waarin ze zijn ingeboekt. Eén toezegging komt voort uit een Europees handhavingsverzoek vanuit België. In totaal zijn er tien zaken doorverwezen naar de Reclame Code Commissie van de Stichting Reclame Code. Hiervan vallen zes onder de zaken uit 2007 en vier onder de zaken uit 2008.

De Consumentenautoriteit is verplicht onverwijld gehoor te geven aan de verzoeken van EU-lidstaten om informatie-uitwisseling en handhaving. In 2007 ging het hierbij om 9 zaken, in 2008 waren dit er 66. Dat is absoluut gezien meer dan zes keer zo veel. Procentueel gezien gaat het in 2007 om 8% van het totale aantal zaken, in 2008 om 28% van het totale aantal zaken. Dat is procentueel gezien bijna vier keer zoveel als het jaar daarvoor.

In één geval is er een handhavingsverzoek ingediend door drie marktpartijen op het gebied van telecommunicatie tegen een andere marktpartij op dat gebied. Zij waren van mening dat deze partij de Whc overtrad en dat dit oneerlijk was ten opzichte van de drie andere marktpartijen. Daarom verzochten zij de Consumentenautoriteit om op te treden tegen deze partij.⁵²

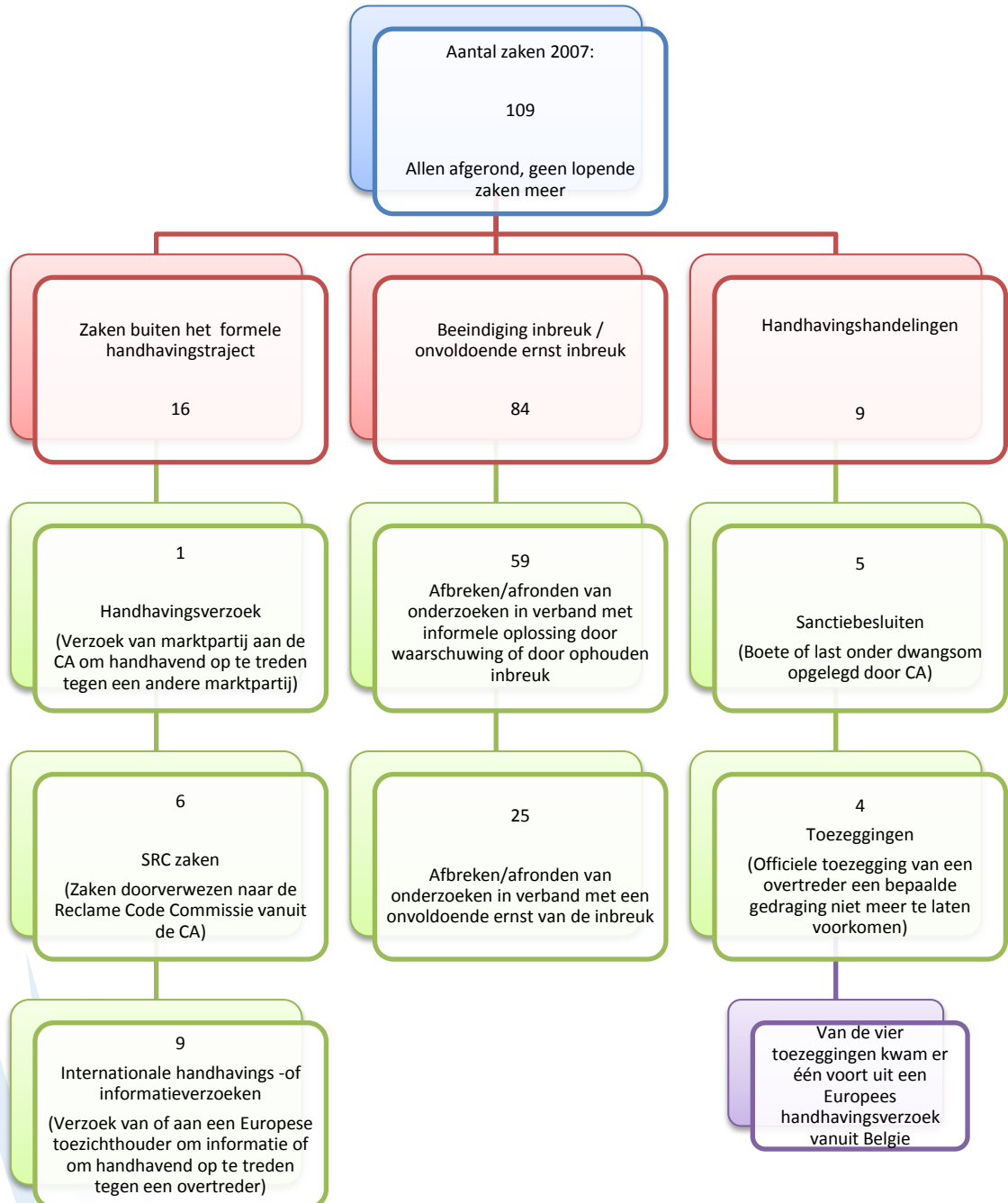
Over de periode van twee jaar is het onderzoek van de Consumentenautoriteit in 94 zaken afgebroken of afgerond vanwege het feit dat de gedraging die de inbreuk veroorzaakte uit zichzelf ophield te bestaan, of omdat de Consumentenautoriteit een informele waarschuwing heeft doen uitgaan, waarna de overtreder zijn gedrag staakte. In 2007 ging het om 59 zaken, in 2008 om 35 zaken. Het komt ook voor dat de inbreuk die door de Consumentenautoriteit is gesignaleerd onvoldoende ernstig blijkt om verder onderzoek te verrichten of om te handhaven. In 2007 was dit in 25⁵³ zaken het geval, in 2008 ging het om 87⁵⁴ zaken. Over twee jaar zijn dat 112 zaken.

⁵² De Consumentenautoriteit heeft dit verzoek grotendeels afgewezen. Daartegen hebben de partijen bezwaar gemaakt. Tijdens de behandeling van het bezwaar is de Consumentenautoriteit tot de conclusie gekomen dat nader onderzoek wel nodig was. Dit nader onderzoek heeft uitgewezen dat de marktpartij op één punt inderdaad in overtreding was. Dit heeft ertoe geleid dat door middel van een sanctiebesluit een boete van € 9.500,- is opgelegd aan het overtreddende bedrijf.

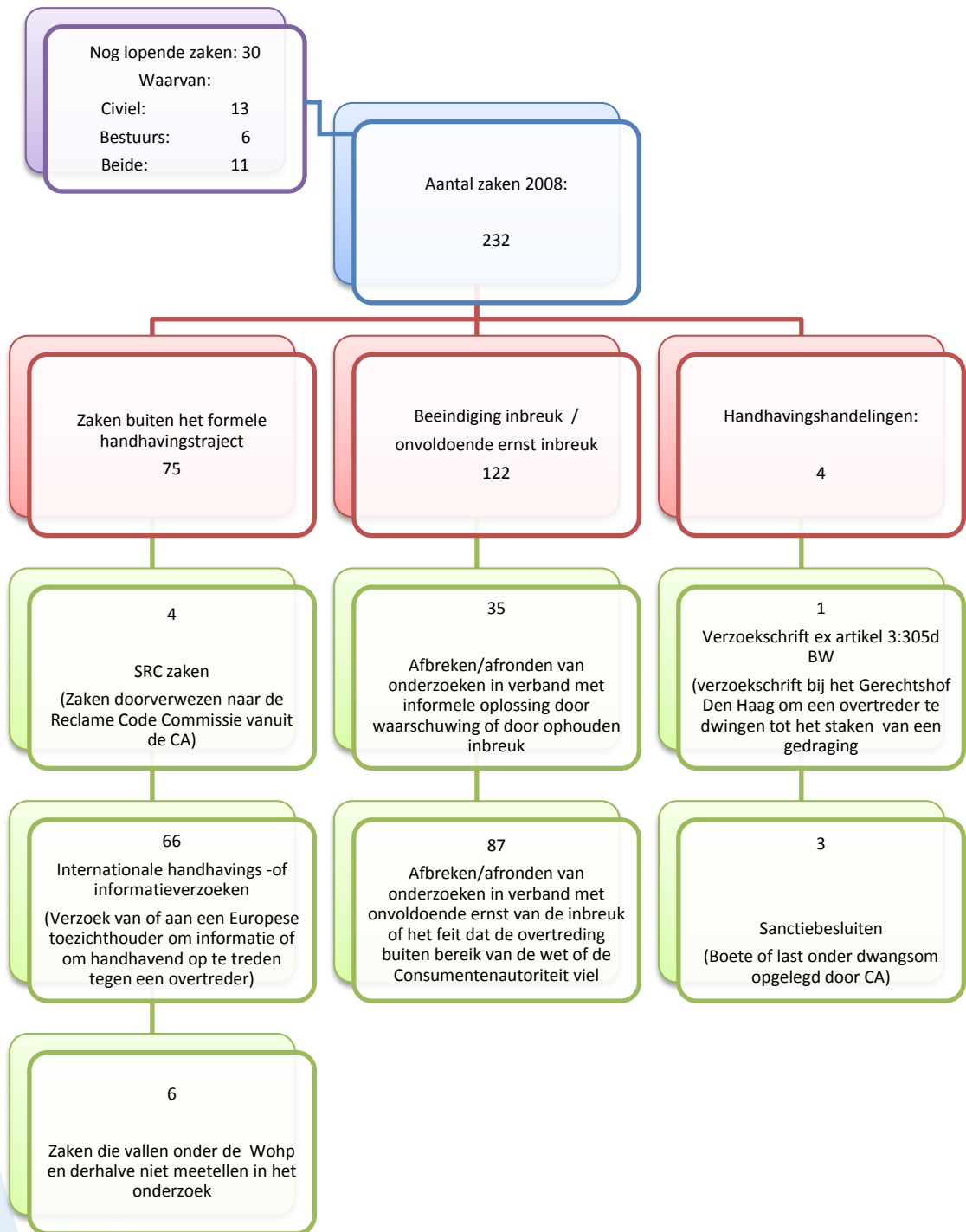
⁵³ Bij deze zaken uit 2007 gaat het voornamelijk om webwinkels die wel in overtreding waren, maar onvoldoende ernstig om tegen op te treden. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om het ontbreken van een BTW-nummer op de website. Dat is wel een overtreding, maar er is geen consument die daar daadwerkelijk nadeel van ondervindt. Daarmee heeft een dergelijke zaak voor de Consumentenautoriteit geen prioriteit.

⁵⁴ Alle 87 zaken in 2008 in deze categorie betroffen onderzoeken in het kader van het aandachtsgebied reisgaranties. Daar is eerst een inventariserend onderzoek (door een extern bureau) gedaan waarbij een groot aantal reisaanbieders zonder garantiestelling geïdentificeerd is. Vervolgens zijn al deze aanbieders aan een toezichtonderzoek onderworpen. Hierin bleek een flink aantal partijen buiten het bereik van de wet, dan wel de Consumentenautoriteit, te vallen. Bijvoorbeeld omdat ze alleen zakenreizen aanboden. Ook bleek een aantal partijen in de periode tussen inventariserend onderzoek en toezichtonderzoeken de activiteiten gestaakt te hebben.

FIGUUR 4: HET TOTALE AANTAL ZAKEN IN 2007 GESPLITST NAAR HET AFRONDINGSKENMERK VAN DE ZAAK



FIGUUR 5: HET TOTALE AANTAL ZAKEN IN 2008 GESPLITST NAAR HET AFRONDINGSKENMERK VAN DE ZAAK



4.2 Toezicht

Zoals in hoofdstuk 3 is aangegeven bestaat toezicht uit drie elementen: informatieverzameling, beoordeling en handhaving. In deze paragraaf worden de bevindingen op het gebied van de eerste twee elementen weergegeven. In paragraaf 4.3 wordt het derde element, de handhavingspraktijk, beschreven.

De Consumentenautoriteit werkt met de in hoofdstuk 3 genoemde aandachtsgebieden. De aanpak en planning binnen deze aandachtsgebieden wordt, zoals eerder vermeld, omschreven in een algemeen plan van aanpak voor dat aandachtsgebied. Daarin staan onder meer een doelstelling, een juridisch kader met wettelijke verplichtingen en een aanpak voor zaken die zich voordoen op het onderhavige aandachtsgebied. De gekozen aandachtsgebieden en de plannen van aanpak die daarbij horen geven de Consumentenautoriteit de mogelijkheid om *lean and mean*, klein en slagvaardig, te opereren. Dit is nodig, omdat de organisatie relatief klein is.⁵⁵

Behalve de algemene plannen van aanpak maakt de Consumentenautoriteit ook specifieke plannen van aanpak. In deze specifieke plannen worden meer concrete doelstellingen geformuleerd voor individuele zaken. Ten behoeve van dit onderzoek zijn tien specifieke plannen van aanpak bestudeerd. In het algemeen kan van deze tien plannen worden gezegd dat ze redelijk uniform zijn. De opmaak komt goed overeen en de overtreden juridische bepalingen worden telkens duidelijk genoemd. Het doel van de specifieke plannen van aanpak is helderheid te verschaffen over de te volgen koers bij een individuele zaak.

De bestudering van de specifieke plannen van aanpak is onderdeel van de meer extensieve studie van dossiers en interviews. Een analyse van de bevindingen uit de dossierstudie en de interviews levert de hieronder volgende omschrijvingen op van het proces van informatieverzameling- en beoordeling. In totaal zijn 24 interviews en 50 dossiers bestudeerd.

Handelswijze en aandachtspunten

Een analyse van de informatie uit de dossiers en de interviews leidt tot de volgende bevindingen over de handelswijze en de aandachtspunten van de Consumentenautoriteit in het toezichtsproces.

Er wordt goed gelet op de opbouw en helderheid van de argumentatie in de onderzoeksrapporten. Het belang hiervan ligt in de mogelijke precedentwerking die de handelingen van de Consumentenautoriteit hebben en in de zwaarwegendheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Verder bestudeert de Consumentenautoriteit ervaringen met vergelijkbare zaken. Hierbij kijkt zij onder meer naar de jurisprudentie op relevante gebieden van het consumentenrecht. Ook richt de Consumentenautoriteit zich op het belang van een extensieve bewijsvoering. Dit in verband met de kans dat de bewijslast in een zaak door de rechter te gering wordt geacht. De Consumentenautoriteit is ook alert op de mogelijkheid dat een inbreuk een intracommunautair karakter kent. Dit is van belang, aangezien in dat geval de internationale partners van de Consumentenautoriteit dienen te worden gewaarschuwd.

⁵⁵ Bij de instelling van de Consumentenautoriteit is vastgesteld dat bij voorbeeld de Afdeling Toezicht niet groter zou worden dan tien formatieplaatsen. Bij afwijking daarvan moet de Kamer worden geïnformeerd. Zie Handelingen II 2005/06, 88, 5409-5415. Dit is ook gebeurd bij monde van een Kamerbrief van 9 oktober 2009: Kamerstukken II, 2009/10, 24 095, nr. 253.

Voordelen en nadelen handhavingsmethoden

Analyse van het empirisch materiaal heeft daarnaast geleid tot het formuleren van enkele voordelen en nadelen van de toezegging, de privaatrechtelijke handhaving en de bestuursrechtelijke handhaving.

De toezegging heeft als voordeel dat deze een kortere doorlooptijd kent dan de langere formele trajecten die lopen via een verzoekschriftprocedure of een sanctiebesluit. De toezegging kan namelijk reeds vroeg in het toezichtsproces worden ingezet. Ook is het een voordeel dat de toezegging privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving kan combineren. Het maakt in tegenstelling tot de trajecten van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving namelijk geen verschil of een overtreding onder onderdeel a of b van de bijlage bij de Whc valt. De toezegging kan los van de relatie van de overtreding tot onderdeel a of b worden ingezet. Een derde voordeel is de daadwerkelijke toezegging van een bedrijf om zich aan gedragsverandering te verbinden en niet alleen aan het staken van één bepaalde inbreukmakende gedraging, zoals het geval is bij privaatrechtelijke handhaving. Dit leidt tot gedragsverandering in de praktijk en voor de toekomst en niet alleen op papier, aangezien de overtreder zich bewuster verbindt aan het staken van een overtreding.

Een nadeel van de toezegging is de lagere preventieve werking in vergelijking tot de bestuurlijke boete.

Privaatrechtelijke handhaving heeft als voordeel dat de civiele rechter zich buigt over een specifiek gebied van het consumentenrecht. Dit leidt tot directe jurisprudentie op dat gebied, wat interpretatie van bepalingen van consumentenrecht in de toekomst eenvoudiger maakt voor zowel bedrijven als consumenten als de toezichthouder zelf. Tot een rechterlijke uitspraak komt het echter niet als de overtreder zijn inbreuk staakt gedurende de wettelijk verplichte termijn (ingebrekestelling) die vooraf moet gaan aan het indienen van een verzoekschrift. Maar het doel van de handhaving - het staken van de overtreding - wordt dan wel gerealiseerd.

Bestuursrechtelijke handhaving kent als voordeel dat het een sterke preventieve werking heeft. Ook is het een voordeel dat de Consumentenautoriteit in het bestuursrechtelijke traject grip heeft op de besluitvorming rond het sanctiebesluit. Bij privaatrechtelijke handhaving gaat de procedure sneller over in het rechterlijke traject, waarbij de invloed van de Consumentenautoriteit op de uitkomst lager is.

Nadeel van bestuursrechtelijke handhaving is het feit dat dit een wissel trekt op de capaciteit binnen de organisatie. De scheiding door middel van de "Chinese muur" heeft tot gevolg dat er dan meer werknemers moeten worden ingezet.

Samenloop privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving

Bij het analyseren van de verzamelde informatie zijn ook enkele bevindingen gedaan over de samenloop van het privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavingstraject.

Indien een bedrijf door middel van een gedraging, of meerdere gedragingen, bepalingen overtreedt uit zowel onderdeel a als onderdeel b van de bijlage bij de Whc, zijn er een aantal factoren die van invloed zijn op de keuzes die de Consumentenautoriteit op dat moment dient te maken over het inzetten op de beide handhavingstrajecten:

- De extra belasting op de capaciteit van de organisatie;

- Het opzetten van een team dat met de Chinese muur werkt en een team dat met de Juridische Dienst samenwerkt;
- De belasting en verwarring voor overtreders als er langs twee sporen wordt gehandhaafd. Overtreders krijgen in die gevallen namelijk te maken met verschillende termijnen, minimaal twee advocaten en meerdere vormen van sanctionering.

De aandachtsgebieden *Garantie & Conformiteit*⁵⁶ en *Algemene Voorwaarden*⁵⁷ zijn aandachtsgebieden die zowel normen behelzen die privaatrechtelijk moeten worden gehandhaafd als normen die bestuursrechtelijk moeten worden gehandhaafd. In de praktijk kunnen zich situaties voordoen waarin een gedraging van een bedrijf een overtreding van meerdere normen omvat. Het kan daarbij gaan om een mix van overtreding van normen die privaatrechtelijk moeten worden gehandhaafd (bijlage a) en overtreding van normen die bestuursrechtelijk moeten worden gehandhaafd (bijlage b). Er dient dan zowel te worden ingezet op privaatrechtelijke als op bestuursrechtelijke handhaving. Wanneer een dergelijk geval zich binnen deze aandachtsgebieden voordoet, kiest de Consumentenautoriteit er in het algemeen voor om het bedrijf dat de normenovertreedende gedraging heeft verricht eerst informeel te waarschuwen. Uit interviews kwam naar voren dat dit tot nu toe effectief is geweest.

Als voorbeeld hierbij kan worden genoemd dat het lastig is om in een zaak, waarin het gros van de overtredingen bestuursrechtelijk gehandhaafd dient te worden en slechts een klein deel privaatrechtelijk, voor dat kleine deel toch een volledig team en daarmee een flink stuk capaciteit in te zetten. Dit capaciteitsprobleem doet zich voor omdat voor privaatrechtelijke handhaving en bestuursrechtelijke handhaving twee aparte teams samengesteld dienen te worden die bestaan uit verschillende mensen. Indien sprake is van een dergelijke grote ongelijkheid in verdeling tussen de twee handhavingstrajecten kan het de overweging waard zijn om in het kader van efficiency alléén het traject met bestuursrechtelijke handhaving te kiezen. Bij de hierboven genoemde aandachtsgebieden bestaat er doorgaans een minder groot verschil in de verhouding tussen overtredingen waartegen bestuursrechtelijk moet worden opgetreden en overtredingen waartegen privaatrechtelijk moet worden opgetreden. Dit heeft tot gevolg dat de keuze voor één van de twee handhavingstrajecten niet zo eenvoudig kan worden gemaakt. Dit zou immers tot gevolg hebben dat tegen een deel van de overtredingen in het geheel niet handhavend wordt opgetreden.

In de praktijk wordt het door de Consumentenautoriteit als lastig ervaren op welk moment aan overtredende bedrijven duidelijk gemaakt kan worden dat de overtreding zowel privaatrechtelijk als bestuursrechtelijk gehandhaafd gaat worden. Dit kan reeds in een vroeg stadium van contact, waarbij nog geen sprake is van daadwerkelijke handhaving, maar dit kan ook pas worden uitgelegd als er daadwerkelijk wordt besloten tot handhaving. Er bestaat wanneer dit het beste gecommuniceerd kan worden aan overtredende bedrijven. Daarom beziet men per zaak wat het juiste moment is.

⁵⁶ Garantie & Conformiteit: Dit betreft garantie op producten die zijn aangeschaft door consumenten. Hierbij gaat het vooral om de vraag wat wel en niet onder garantie valt en garantietermijnen. Sommige bepalingen uit het BW hierover vallen onder bijlage a bij de Whc en andere onder bijlage b bij de Whc.

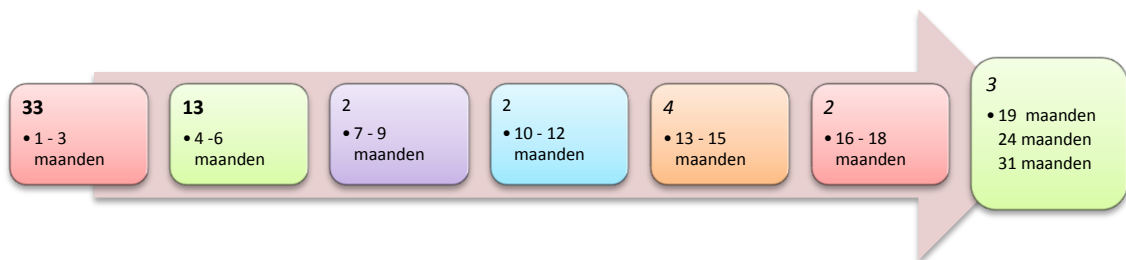
⁵⁷ Algemene Voorwaarden: Dit zijn verkoopwaarden die door bedrijven worden gehanteerd in verkoop aan consumenten. Hierbij gaat het voornamelijk om de vraag of de rechten van consumenten op onredelijke en bezwarende wijze worden beperkt door deze voorwaarden. Sommige bepalingen uit het BW inzake deze kwestie vallen onder bijlage a bij de Whc, andere bepalingen uit het BW inzake deze kwestie vallen onder bijlage b bij de Whc.

4.3 Handhavingspraktijk

Zoals in paragraaf 3.4 reeds werd vermeld bestaat het handhavingspalet van de Consumentenautoriteit uit vijf verschillende methoden. Namelijk de waarschuwing, de toezegging, de privaatrechtelijke verzoekschriftprocedure, de bestuursrechtelijke boete en de last onder dwangsom. Indien na de informatieverzameling- en beoordeling wordt besloten om handhavend op te treden dan kan dit worden vormgegeven door één of meer van deze handhavinginstrumenten in te zetten. Wanneer op meer informele wijze actie wordt ondernomen via een waarschuwing resulteert dit vaak in een staking van de inbreuk en vervolgens in beëindiging en afronding van het onderzoek. Daarnaast zijn er zaken die niet worden afgerond omdat de inbreuk geëindigd is, maar omdat de inbreuk onvoldoende ernstig wordt geacht. In de volgende alinea volgt informatie over zaken die zijn afgerond vanwege onvoldoende ernst van de inbreuk, het niet langer voortzetten van de inbreuk of door een waarschuwing. Vervolgens wordt verder in deze paragraaf de praktijk beschreven van de vijf handhavingsmethoden.

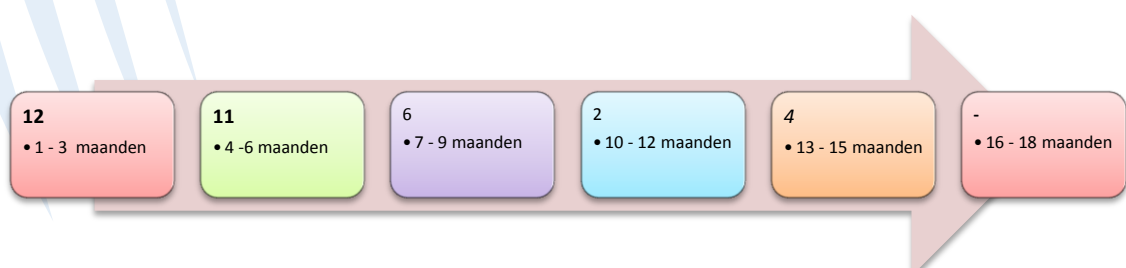
Van de onderzochte zaken uit de periode 2007-2008 zijn er in totaal 206 afgerond vanwege onvoldoende ernst van de inbreuk, het niet langer voortzetten van de inbreuk of door een waarschuwing. Meer specifiek over het jaar 2007 betekent dit dat er in 25 gevallen sprake was van onvoldoende ernst van de inbreuk. In 59 gevallen is een waarschuwing gedaan of is de inbreuk vanzelf gestopt. In 2008 is er 87 maal sprake van onvoldoende ernst van de inbreuk en 35 maal is er informeel gewaarschuwd of is de inbreuk vanzelf gestopt. Voor de zaken die zijn afgerond vanwege een waarschuwing of vanwege het feit dat er geen sprake meer was van een overtreding zijn de doorlooptijden bepaald. De doorlooptijden zijn verzameld aan de hand van de boekingsdata in het centrale registratiesysteem en zijn hierna opgenomen in twee schema's over 2007 en 2008.

FIGUUR 6 - DOORLOOPTIJDEN AFGERONDE ONDERZOEKEN IN VERBAND MET BEËINDIGING INBREUK IN 2007 (59)



In 2007 werden **46** (78%) van 59 beëindigde onderzoeken in verband met beëindiging van de inbreuk binnen zes maanden beëindigd. Opvallend is dat er *negen* (15%) zaken zijn waarin alsnog na meer dan een jaar de zaak voortijdig werd beëindigd door middel van een waarschuwing of uit zichzelf, doordat de overtreding ophield.

FIGUUR 7 - DOORLOOPTIJDEN AFGERONDE ONDERZOEKEN IN VERBAND MET BEËINDIGING INBREUK IN 2008 (35)



In 2008 werden **23** (66%) van 35 zaken binnen een half jaar beëindigd. In dit jaar was in vier (11%) gevallen sprake van een periode van langer dan een jaar, waarna alsnog een onderzoek werd beëindigd wegens het beëindigen van de inbreuk.

4.3.1 Waarschuwing

In de 59 zaken uit 2007 en de 35 zaken uit 2008 (totaal 94 zaken) is in een groot deel van de gevallen een brief uitgegaan van de Consumentenautoriteit met een informele waarschuwing. In deze waarschuwing wordt medegedeeld dat er sprake is van een overtreding en wordt aangegeven op welke wijze het bedrijf het gedrag kan verbeteren. Een dergelijke waarschuwing is vaak al voldoende om de overtreding te doen laten staken. Volgens medewerkers van de Consumentenautoriteit is er soms geen kwade opzet in het spel bij bedrijven, maar zijn de bedrijven zich simpelweg niet bewust van het feit dat een bepaalde gedraging tot een overtreding van Whc-bepalingen leidt. Een opmerking die hierbij werd gemaakt is dat een waarschuwing vanuit het oogpunt van consumentenbelangen een efficiënte oplossing is, aangezien de inbreuk dan snel wordt gestaakt en de schade voor consumenten beperkt blijft. Een formeel traject starten kost veel tijd, terwijl de inbreuk ondertussen voortduurt.

4.3.2 Toezegging

In de periode 2007-2008 heeft de Consumentenautoriteit vier keer een officiële toezegging afgedwongen. De zaken waarin dit gebeurde zijn allen gesignaleerd in 2007. Twee toezeggingen werden gedaan in 2008 en twee toezeggingen in 2009. Van de vier toezeggingen werden er drie afgedwongen vanuit de Afdeling Toezicht. Hieronder staat dit weergegeven in een tijdlijn. Daarbij is gekeken naar het moment waarop na de signalering van de overtreding een kennisgeving daarvan is gedaan aan de overtreder. Na de kennisgeving is het volgende ijkpunt de toezegging zelf. Het duurde in één geval acht maanden voordat er een kennisgeving werd gedaan van de overtreding aan het bedrijf. In het andere geval ging het om een gecombineerde zaak en duurde het 16 maanden. De overtredende partijen hebben in bovenvermelde drie gevallen allen binnen zes maanden na kennisgeving van de overtreding aan de overtreder een toezegging ondertekend. De doorlooptijden van deze drie toezeggingen staan ook weergegeven in onderstaand figuur.

FIGUUR 8: DOORLOOPTIJDEN VAN DRIE VAN DE VIER TOEZEGGINGEN UIT 2007



De vierde toezegging komt voort uit een Europees handhavingsverzoek vanuit België. Het verzoek is opgepakt door de Consumentenautoriteit zelf. In dit geval koos de Afdeling Toezicht er in eerste instantie niet voor de overtreder in de gelegenheid te stellen een toezegging te ondertekenen, maar is rapport opgemaakt en is de bestuursrechtelijke zaak overgedragen aan de Juridische Dienst. Vanaf het handhavingsverzoek tot aan het opmaken van het rapport verstreken zes maanden. De Consumentenautoriteit heeft vervolgens besloten niet door te gaan met sanctionerende handhaving, maar heeft er voor gekozen de

zaak met een toezegging af te sluiten.⁵⁸ De laatstgenoemde toezegging werd, vijf maanden nadat het rapport was opgemaakt door de Afdeling Toezicht, ondertekend door de overtreder.

Indien een overtreder na een toezegging te hebben ondertekend nogmaals de fout in gaat, wordt in de praktijk geen toezegging meer aangeboden, maar wordt direct overgegaan tot formele handhaving.

In een publicatie wordt beschreven dat het, in het belang van de consument, in sommige gevallen beter kan zijn geen last of boete op te leggen, maar in te zetten op een toezegging om op die manier de inbreuk te beëindigen. Of daadwerkelijk wordt ingezet op een toezegging is afhankelijk van de belangen die meespelen en de mogelijke schade die de inbreuk veroorzaakt.⁵⁹

Uit interviews kwam naar voren dat nog andere aspecten een rol kunnen spelen bij de overweging om al dan niet in te zetten op een toezegging. De volgende aspecten worden genoemd:

- Het risico dat de onderbouwing van een zaak gecompliceerd wordt. Dit speelt als het juridisch ingewikkeld ligt vanwege het feit dat zowel sprake is van civielrechtelijke overtredingen als van bestuursrechtelijk overtredingen. Hierdoor kan in het ergste geval een zaak mogelijk niet in stand blijven in bezwaar- en/of beroepsprocedures.
- De kans op een bezwaar- of beroepsprocedures is lager bij een toezegging.
- Het feit dat zowel privaatrechtelijk als bestuursrechtelijk moet worden gehandhaafd. In deze gevallen biedt een toezegging de mogelijkheid om een tijd- en capaciteitsroevende procedure te vermijden.
- Het feit dat er bestuursrechtelijk kan worden gehandhaafd. Dit kan als pressiemiddel worden gebruikt bij het afdwingen van een toezegging. De mogelijkheid dat een boete of last kan worden opgelegd kan in een dergelijk geval als een stok achter de deur worden gebruikt om een overtreder te laten kiezen voor een toezegging.

4.3.3 Rapportage

Indien men geen gedragswijziging bereikt door middel van een waarschuwing of de overtreder wil niet meewerken aan een toezegging dan kan de Consumentenautoriteit ook gebruik maken van de andere drie handhavingsmethoden. Hiervoor kan zij ook meteen kiezen indien er sprake is van een dusdanig ernstige overtreding dat een toezegging of waarschuwing niet meer gewenst is. Wanneer wordt ingezet op een verzoekschrift, dan is er sprake van een coproductie met de Juridische Dienst. De Afdeling Toezicht en de Juridische Dienst kijken dan samen naar de bewijslast en de aanpak. Wanneer wordt ingezet op een sanctiebesluit wordt eerst een rapport opgemaakt door de Afdeling Toezicht. Dit rapport gaat vervolgens over de eerder genoemde Chinese muur. Alleen stukken waarvan de Afdeling Toezicht vindt dat ze relevant zijn worden vermeld in het rapport, daar moet de Juridische Dienst het vervolgens mee doen bij de daadwerkelijke handhaving.

De rapporten zijn doorgaans helder en voorzien van een duidelijke structuur. De feiten worden duidelijk ingeleid en vervolgens stapsgewijs behandeld en gekwalificeerd naar

⁵⁸ De toezegging kan ook in deze fase nog worden ingezet. De Consumentenautoriteit is niet verplicht alleen in de toezichtsfase in te zetten op een toezegging, dit kan ook nadat een rapport is opgemaakt.

⁵⁹ E.L.M. Vos en S.W. Ammerlaan, De Consumentenautoriteit: nieuwkomer op een druk speelveld, *JV*, jaargang 34, nr. 6, p. 79.

overtreden bepalingen. Afwegingen omtrent een voorkeur voor het inzetten op privaatrecht of bestuursrecht komen niet aan de orde. De rapporten behandelen en kwalificeren de feiten, ongeacht of ze onder onderdeel a of b van de bijlage bij de Whc vallen. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het bijna niet voorkomt dat feiten die onder onderdeel a van de bijlage vallen in een rapport worden behandeld, aangezien een rapport het voortraject is van de bestuursrechtelijke handhaving van feiten die vallen onder onderdeel b. Toch worden ze wel eens betrokken in een rapportage indien ze relevant zijn voor de argumentatie of verheldering van het gestelde in het rapport.

De rapporten zijn uniform van opbouw. In de inleiding van de rapporten wordt de aanleiding ofwel de signalering van de mogelijke overtreding genoemd. Verder behandelen de rapporten de bevindingen van de Afdeling Toezicht en worden de overtredingen stapsgewijs gekwalificeerd naar de relevante wetsartikelen. In deze stapsgewijze behandeling vindt uitleg plaats van de wetsartikelen. De feiten worden geanalyseerd en de makers van het rapport maken de afweging of een overtreding wel of niet onder de werking van een bepaald artikel valt.

Een voorbeeld van deze afweging is de uitleg van artikel 7:46c lid 1 en 2 BW. Dit artikel ziet op de informatieverplichtingen van de verkoper vóór het sluiten van een overeenkomst op afstand met een consument. Het is nu aan de rapporteurs om de afweging te maken hoe en waarmee aan deze verplichtingen is voldaan. De kwalificatie die de Afdeling Toezicht geeft aan de feiten moet stand kunnen houden voor een rechter.

Deze afweging vergt kennis van het privaatrecht en met name van het Burgerlijk Wetboek. Op de Afdeling Toezicht zijn voldoende werknemers aanwezig die een privaatrechtelijke scholing hebben gehad. In de eerste lijn is derhalve kennis van het materiële privaatrecht geborgd.

4.3.4 Privaatrechtelijk traject

In het privaatrechtelijke traject, waarin de Afdeling Toezicht en de Juridische Dienst samenwerken, wordt actief geadviseerd door de Juridische Dienst. Bij algemene onduidelijkheid over de invulling van een bepaald artikel kan advies worden gevraagd aan de Juridische Dienst. Ook wordt gekeken naar de wetsgeschiedenis en wordt nagedacht over de precedentwerking van mogelijke uitspraken door de rechter.

In het kader van deze samenwerking tussen de twee afdelingen zijn door gesprekspartners in interviews een aantal voordelen genoemd. Zo wordt opgemerkt dat de Chinese muur veel aandacht vergt wanneer de afdelingen apart optrekken. Dit is bij privaatrechtelijk optreden niet het geval. Daarnaast is opgemerkt dat samenwerking op deze manier een stimulans vormt voor wederzijds begrip en wisselwerking tussen de afdelingen. De samenwerking tussen de afdelingen wordt als positief ervaren.

Verder werd als voordeel genoemd dat het civiele recht sneller zou kunnen zijn dan de langere bestuursrechtelijke procedure, omdat er zijn minder procedurele eisen worden gesteld.⁶⁰ Het product van de samenwerking is uiteindelijk het indienen van het verzoekschrift ex artikel 3:305d BW. Voordat de Consumentenautoriteit overgaat tot het indienen van dit verzoekschrift dient zij de overtreder eerst officieel te sommeren om de overtreding te staken.

⁶⁰ In de praktijk blijkt vooralsnog niet dat de privaatrechtelijke procedure sneller wordt doorlopen dan de bestuursrechtelijke procedure.

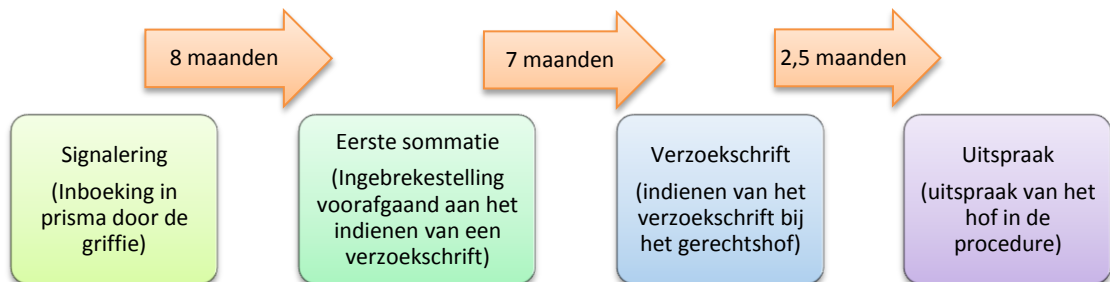
Stap 1 Sommatie (Ingebrekestelling)

Er zijn in 2007-2008 maar twee verzoekschriften ingediend, waarvan er één is komen te vervallen. In de enige privaatrechtelijke zaak werd begin 2008 een kennisgeving van overtreding gedaan aan de overtreder. Hierbij werd informatie verschaft en de mogelijkheid geboden de overtreding te herstellen. Nadat deze stap was genomen werd nogmaals navraag gedaan naar het herstel en vervolgens nog twee maal schriftelijk gesommeerd om de overtreding te staken. Het duurde acht maanden vanaf de signalering van de overtreding tot aan de eerste sommatie.

Stap 2 Verzoekschrift (artikel 3:305d BW)

Vanaf de eerste sommatie duurde het zeven maanden voordat er een verzoekschrift werd ingediend bij het Gerechtshof Den Haag, in de tussentijd is nog één maal gesommeerd. Het hof hield anderhalve maand na ontvangst van het verzoekschrift zitting en deed één maand later uitspraak in het voordeel van de Consumentenautoriteit. In deze zaak was er na indiening van het verzoekschrift dus redelijk snel uitspraak. De doorlooptijd van deze zaak is hieronder overzichtelijk weergegeven in een schema.

FIGUUR 9: DOORLOOPTIJD VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE GEHANDHAAFDE ZAAK



In gesprekken is gemeld dat indien er een zeer urgent belang speelt bij de Consumentenautoriteit, deze hangende het verzoekschrift door middel van een kort geding een voorlopige voorziening kan vragen bij het hof. Op die manier kan de Consumentenautoriteit in afwachting van de uitspraak van het hof een zeer snelle staking bedingen van een bepaalde overtreden gedraging.

Gezien het geringe aantal zaken (één) waarin een verzoekschrift werd ingediend, heeft de Consumentenautoriteit op dit moment geen eigen advocaat in dienst. De Consumentenautoriteit heeft wel twee advocaten in dienst gehad tijdens de eerste twee jaar van haar bestaan. Voor verzoekschriften wordt momenteel samengewerkt met de Landsadvocaat.

De bevoegdheid om een verzoekschrift ex artikel 3:305d BW in te dienen staat ook open voor andere partijen dan de Consumentenautoriteit. Andere partijen hebben echter nog geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

Stap 3 Cassatie

In de periode waar dit onderzoek zich op richt (2007 – 2008) is er slechts één verzoekschriftprocedure geweest. Deze verzoekschriftprocedure heeft niet geleid tot een beroep in cassatie.

4.3.5 Bestuursrechtelijk traject

Indien er wordt gehandhaafd op een norm die behoort bij onderdeel b van de bijlage bij de Whc dan dient er bestuursrechtelijk te worden gehandhaafd door middel van een sanctiebesluit, dat wil zeggen een boete of een last onder dwangsom. De normen in onderdeel b van de bijlage worden geacht gesloten te zijn. Daarom zou het relatief eenvoudig moeten zijn om te constateren of gedragingen van bedrijven een overtreding van deze normen behelzen of niet. Dit betekent dat de Consumentenautoriteit, alsmede de bestuursrechter, goed in staat moeten zijn om overtredende gedragingen van bedrijven te interpreteren als overtredingen van de normen vervat in de bepalingen uit onderdeel b van de bijlage. Op deze manier zou uitleg van gesloten normen binnen het stelsel van bestuursrechtelijke handhaving voldoende geborgd moeten zijn.

Praktijk

Er hebben zich in de praktijk situaties voorgedaan waarin gesloten normen niet zo eenvoudig bleken te interpreteren en te kwalificeren als in eerste instantie aangenomen werd. Zo is er het voorbeeld van het kenbaar maken van de identiteit van de verkoper aan een consument (artikel 7:46h lid 1 BW). Het levert een overtreding op als een bedrijf niet duidelijk haar identiteit kenbaar maakt aan een consument. Hier is echter in een bepaalde zaak onduidelijkheid over. De BAC is, in afwijking van de Consumentenautoriteit, van mening dat kan worden volstaan met het noemen van de naam van het bedrijf. Indien dit achterwege blijft is er sprake van overtreding van de plicht tot identificatie. De Consumentenautoriteit is van mening dat naast de naam er ook melding moet worden gemaakt van contextuele informatie van het bedrijf zoals wat het bedrijf doet en hoe lang het al bestaat bijvoorbeeld. Hierbij is het kwalificeren van bepaald gedrag als het overtrede van een gesloten norm niet zo eenvoudig als in eerste instantie aangenomen zou kunnen worden. Uiteindelijk gaat de Consumentenautoriteit in het besluit op bezwaar contrair aan het advies van de BAC. De Rechtbank Rotterdam zal zich hierover moeten uitspreken in beroep. Een tweede voorbeeld is het vermelden van een commercieel oogmerk in een gesprek (artikel 7:46h lid 1 BW). Dit dient te gebeuren in het begin van een gesprek. Dit lijkt in eerste instantie een gesloten norm, indien in het begin van het gesprek geen melding wordt gemaakt van het commerciële oogmerk is het bedrijf in overtreding. In de praktijk is echter onduidelijk over de uitleg van deze norm. Zo is er onduidelijkheid over de term *begin van het gesprek*, en dan met name over de term *begin van een commercieel gesprek*. Zo kan een consument gebeld worden door een bedrijf. Het eerste deel van het gesprek lijkt, of is, een tevredenheidsonderzoek, op een zeker moment wordt de consument echter een aanbieding gedaan om een product of dienst aan te schaffen. Moet in dit geval in het begin van het telefoongesprek, wat nog het karakter van een tevredenheidsonderzoek kent, al worden aangegeven dat het gesprek een commercieel oogmerk heeft, of dient dit te geschieden op het moment dat het gesprek van een tevredenheidsonderzoek verwordt tot een verkoopgesprek. De vraag die zich hierbij aandient is; wat is dan het begin van het (commerciële) gesprek? De Consumentenautoriteit moet in dergelijke gevallen uitleg geven aan deze in beginsel gesloten en eenvoudig te interpreteren normen om bestuursrechtelijk te handhaven. In het navolgende wordt uiteengezet op welke wijze het proces van bestuursrechtelijke handhaving in de praktijk verloopt.

Stap 1 Voorbereiding

Om te komen tot een gedegen sanctiebesluit wordt het rapport en het onderzoeksdossier bestudeerd door de Juridische Dienst. Daarnaast worden betrokken partijen (bedrijven die onderwerp zijn geweest van het onderzoek) gehoord en krijgen de gelegenheid om zich te verweren tegen de feiten en conclusies van het rapport. Op basis daarvan wordt afgewogen of overtredingen wel of niet in het sanctiebesluit worden opgenomen. Verder worden ook

de instrumentkeuze en de hoogte van de eventuele boete of last onder dwangsom behandeld.

Indien er wordt gehandhaafd wordt tevens gekeken naar de precedentwerking van het te kiezen instrument van handhaving en de hoogte van de gekozen boete of last onder dwangsom. Ook wordt meegenomen of de gang naar de rechter arbeidsintensief is voor de Juridische Dienst. Over de Juridische Dienst werd vermeld dat deze voldoende juristen in huis heeft die geschoold zijn in het privaatrecht.

Stap 2 Sanctiebesluit

Er zijn acht sanctiebesluiten genomen waarin een boete en een last onder dwangsom zijn opgelegd. De doorlooptijd van vermelding in Prisma tot aan rapport varieerde van drie maanden tot achttien maanden. Gemiddeld duurde het ongeveer tien maanden van de boeking van de zaak tot aan een rapport. De doorlooptijd van rapport tot sanctiebesluit is eenduidiger. In zeven van de acht sanctiebesluiten werd drie maanden na de rapportage een sanctiebesluit opgelegd en in één geval na vier maanden. Vermeld werd dat het de bedoeling is dat binnen dertien weken na rapportage een besluit wordt genomen. Dit is in de praktijk op een zaak na gelukt. Van de acht besluiten is in vijf gevallen bezwaar aangetekend. De hiervoor genoemde doorlooptijden staan hieronder weergegeven in een schema.

FIGUUR 10: DOORLOOPTIJDEN VAN DE ACHT BESTUURSRECHTELIJK GEHANDHAAFDE ZAKEN



Stap 3 Bezwaar Advies Commissie (BAC)

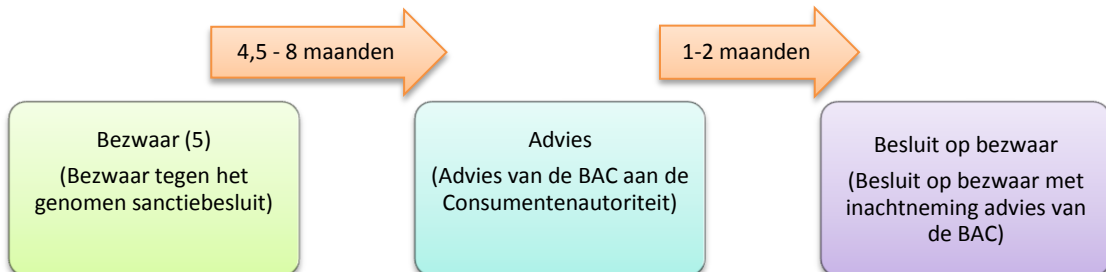
In alle vijf vastgestelde besluiten op bezwaar is de Bezwaar Advies Commissie om advies gevraagd in het kader van de heroverweging. Per zaak bestaat de BAC uit drie of vier leden. Zoals reeds vermeld komt het voor dat er discussie bestaat over de uitleg van een norm, zoals de eerder vermelde *identificatieplicht* van artikel 7:46h lid 1 BW. Over de uitleg van die normen en de kwalificatie van gedragingen als overtreding van die normen is binnen de BAC uitvoerig gesproken. Door de aanwezigheid van een expert op het terrein van het privaatrecht is de interpretatie van de betwiste normen geborgd binnen de BAC, ook in het geval de gesloten normen wat meer open blijken te zijn. De adviezen van de BAC worden gebruikt om inzicht te krijgen in het bestuursrechtelijke handhavingstraject. Daarnaast worden ze gebruikt om interne jurisprudentie te ontwikkelen.

Stap 4 Besluit op bezwaar (Bob)

Voordat een besluit op bezwaar wordt genomen, beoordeelt de Juridische Dienst het advies van de BAC. Hierbij wordt gekeken naar de standpunten van de BAC en overweegt men om deze wel of niet gedeeltelijk over te nemen. De Consumentenautoriteit volgt niet in alle besluiten op bezwaar het door de BAC uitgebrachte advies. In enkele casus gaf de Consumentenautoriteit de voorkeur aan een andere kwalificatie van de relevante feiten. Na

het ontvangen van een bezwaar duurde het inclusief de hoorzitting 4½ tot 8 maanden voordat de BAC een advies uitbracht aan de Consumentenautoriteit. De besluiten op bezwaar worden allen binnen één of twee maanden na het BAC-advies genomen. Zie voor de doorlooptijden ook de onderstaande figuur.

FIGUUR 11: DOORLOOPTIJDEN VAN DE VIJF ZAKEN WAARIN BEZWAAR IS AANGETEKEND TEGEN HET SANCTIEBESLUIT



Stap 5 Beroep

In het geval een overtreder het oneens is met het besluit op bezwaar, kan hij beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam. De rechtbank komt hiervoor bijeen in een meervoudige kamer, waarin, indien de rechtbank van mening is dat zij de benodigde expertise mist, altijd een expert plaatsneemt.

Indien er sprake is van duidelijke beleidsvrijheid van de Consumentenautoriteit zal de rechter een marginale toets uitvoeren. Indien er echter onduidelijkheid bestaat over de uitleg van een norm, zal de rechter die norm zeker uitleggen. In die zin toetst de rechter niet terughoudend.

Indien de bestuursrechter in een zaak een uitleg moet geven aan een meer open 'gesloten' norm, wordt een externe privaatrechtsdeskundige aangetrokken. Deze neemt vervolgens zitting als plaatsvervangend rechter. De norm wordt volledig uitgelegd. Door een externe privaatrechtsdeskundige aan te trekken indien een meer open 'gesloten' norm moet worden uitgelegd, is een goede uitleg van normen binnen het bestuursrechtelijke handhavingstraject geborgd.

Stap 6 Hoger Beroep

Indien de overtreder na de beroepsprocedure in hoger beroep wil, dan kan dit worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft nog geen zaken behandeld die afkomstig zijn van de Consumentenautoriteit. Uit het gesprek bij de Rechtbank te Rotterdam kwam het volgende naar voren. Gezien de werkwijze van het College bij zaken afkomstig van andere toezichtinstanties, is het aannemelijk dat het College bij zaken waarin meer open privaatrechtelijke normen uitgelegd dienen te worden een meervoudige kamer zal samenstellen. In een meervoudige kamer participeert ook een privaatrechtsdeskundige.

4.4 Collectieve actie en massaschade

Collectieve actie

Hiervoor is het gebruik van de speciale verzoekschriftprocedure ex artikel 3:305d BW beschreven. Deze is speciaal in het leven geroepen voor de Consumentenautoriteit om tegemoet te komen aan de eis uit Verordening 2006/2004 om *onverwijld* op te treden tegen intracommunautaire inbreuken.

Behalve de verzoekschriftprocedure zou de Consumentenautoriteit ook een civiele procedure kunnen starten op grond van artikel 3:305b juncto 3:305a BW. Via deze *collectieve actie* zou de Consumentenautoriteit een gebod of verbod voor recht kunnen eisen van de rechter ten opzichte van een overtreder. Met een dergelijke uitspraak staat vervolgens de onrechtmatigheid van een gedraging van een bedrijf vast. Op grond van deze onrechtmatigheid kunnen gedupeerden vervolgens de door hen geleden schade vorderen.

Het uitgangspunt van deze redenering is dat de acties van de Consumentenautoriteit alleen zien op het staken van een actuele overtreding en het voorkomen van overtredend gedrag in de toekomst. Het *verleden* wordt hierin niet meegenomen, terwijl hierin schade is berokkend aan consumenten. Dat de Consumentenautoriteit geen rol heeft in het verhalen van deze schade sluit volledig aan bij het uitgangspunt dat is genoemd bij de totstandkoming van de Whc en de Consumentenautoriteit. Te weten, dat de Consumentenautoriteit is gebouwd op het private fundament. Dit wil zeggen dat Consumentenautoriteit vanuit oogpunt van subsidiariteit alleen optreedt wanneer de markt zelf problemen niet oplost of kan oplossen. Dit betekent dat consumenten hun schade in beginsel zelf moeten verhalen op bedrijven en dat private belangenorganisaties de bal kunnen oppakken in het geval er meerdere gedupeerden zijn. Een recent voorbeeld hiervan zijn de verschillende belangenorganisaties rond het faillissement van DSB.

Het kan echter zo zijn dat een bedrijf vele consumenten voor een zeer klein bedrag heeft gedupeerd. Deze consumenten verhalen vanwege het geringe bedrag zelf hun schade niet. Dit terwijl er in totaliteit wel sprake is van grote maatschappelijke schade en een onterechte winst bij het bedrijf. Alleen wanneer de markt zelf niet met een oplossing kan komen, kan de Consumentenautoriteit in dit geval, in het licht van subsidiariteit, een probleem oplossen dat de markt niet zelf oplost. Door middel van een collectieve actie ex artikel 3:305b BW kan de Consumentenautoriteit in een dergelijk geval onrechtmatigheid van de gedraging van het bedrijf laten vaststellen. Deze uitspraak kan vervolgens de grondslag vormen van een schadevergoedingsactie. Het verhalen van schade kan individueel bij de rechter, maar ook collectief. Bijvoorbeeld via een vrijwillige overeenkomst van de Consumentenautoriteit of een private belangenorganisatie met de overtreder(s) waarin wordt overeen gekomen de massaschade te vergoeden.

Massaschade

Zoals in paragraaf 3.8 reeds is aangegeven, heeft de Consumentenautoriteit nog geen ervaring met het afsluiten van een overeenkomst uit massaschade en uit de interviews bij de Consumentenautoriteit en uit de dossiers kwam daar ook geen verdere informatie over naar voren. De meest voor de hand liggende reden voor het uitblijven van overeenkomsten in geval van massaschade is het feit dat de Consumentenautoriteit terughoudend gebruik dient te maken van deze mogelijkheid. In de praktijk heeft zich kennelijk nog geen situatie voorgedaan waarin de terughoudendheid gezien de ernst van de situatie niet meer geoorloofd was. In interviews kwam geen opvallende informatie naar voren over dit onderwerp. De meeste personen gaven aan hier geen kennis en ervaring mee te hebben. De

enige input die over massaschade werd gegeven, verliep in combinatie met input over de collectieve actie en is derhalve verwerkt in de voorgaande paragraaf.

Hoofdstuk 5

Beschouwingen over het duale stelsel

5.1 Inleiding

Dit onderzoek ziet op de ervaringen van de Consumentenautoriteit met de privaatrechtelijke en de bestuursrechtelijke handhaving. Het idee is dat vanuit de ervaringen die zijn opgedaan een beeld kan worden geschetst van het duale handhavingstelsel. De ervaringen zijn echter relatief beperkt. Daarom is ervoor gekozen een aantal aanvullende gesprekken te voeren met relevante actoren op het terrein van het consumentenrecht. Op basis van de empirie en de gesprekken wordt in dit hoofdstuk een beschouwing gegeven over verschillende aspecten van het duale stelsel zoals dat wordt gehanteerd door de Consumentenautoriteit. Het resultaat van deze exercitie wordt in dit hoofdstuk gepresenteerd aan de hand van zes verschillende thema's. Aan de hand van de thema's wordt ingegaan op de slagvaardigheid van het duale stelsel.

5.2 Onderscheid open en gesloten normen

Open normen worden privaatrechtelijk gehandhaafd (via onderdeel a van de bijlage bij de Whc), gesloten normen worden bestuursrechtelijk gehandhaafd (via onderdeel b van de bijlage bij de Whc). De vraag die aan de orde is, is de vraag of dit onderscheid in de praktijk altijd eenduidig is.

Ervaringen met het functioneren van het handhavingstelsel in de praktijk wijzen uit dat het strikte onderscheid dat wordt gemaakt tussen open en gesloten normen in praktijksituaties niet altijd op gaat. Een voorbeeld hiervan zijn de normen die zijn opgenomen in onderdeel b van de bijlage bij de Whc, en die derhalve aangemerkt zouden moeten worden als gesloten normen. Deze blijken in de praktijk niet altijd eenduidig uit te leggen en derhalve een meer open karakter te kennen. Over de interpretatie van deze *gesloten* normen blijkt in de praktijk discussie te worden gevoerd. Zoals eerder uiteengezet is dit bijvoorbeeld het geval

met betrekking tot de uitleg van de term *identiteit*⁶¹ en met betrekking tot de uitleg van het *begin van een gesprek*.⁶²

Op basis van de praktijkervaring kan gezegd worden dat het onderscheid tussen open en gesloten normen op basis waarvan de indeling in respectievelijk onderdeel a en onderdeel b van de bijlage bij de Whc is gemaakt in de praktijk niet altijd even eenduidig is. Veeleer is sprake van een glijdende schaal.

5.3 Duidelijkheid voor bedrijven

Dit thema ziet op de duidelijkheid en begrijpelijkheid van het duale stelsel voor bedrijven. De overtreding van een open norm wordt privaatrechtelijk gehandhaafd, de overtreding van een gesloten norm wordt bestuursrechtelijk gehandhaafd. Voor beide wegen gelden verschillende procedures en termijnen. Dit is voor de Consumentenautoriteit niet makkelijk te communiceren richting bedrijven. Het duale stelsel is niet voor iedere ondernemer die een norm overtreedt te bevatten. Het wordt al helemaal lastig wanneer bedrijven met één gedraging of met een serie opeenvolgende gedragingen verschillende bepalingen overtreden uit zowel onderdeel a als onderdeel b van de bijlage bij de Whc.⁶³ Het bedrijf moet soms twee verschillende advocaten hebben, twee verschillende termijnen volgen voor het inleveren van stukken, etc.

5.4 Afweging inzet op één of twee sporen

Dit thema gaat over de afweging van de Consumentenautoriteit om bestuursrechtelijk, dan wel privaatrechtelijk te handhaven. Welke overwegingen spelen hierbij een rol? Wat kan hier vanuit de empirie over worden gemeld? Welke opmerkingen kunnen hier vanuit een theoretische invalshoek over worden gemaakt?

In de praktijk komen weinig situaties voor waarin de Consumentenautoriteit er zelf voor kan kiezen om in te zetten op privaatrechtelijke handhaving of om in te zetten op bestuursrechtelijke handhaving. Dit komt door de strikte scheiding tussen onderdeel a en onderdeel b van de bijlage bij de Whc. Gedragingen vallen veelal onder een specifieke bepaling die is opgenomen in één van deze onderdelen. De Consumentenautoriteit mag in dergelijke gevallen geen keuze maken, maar is verplicht het handhavingstraject te volgen dat bij het betreffende onderdeel hoort.

In een enkel geval kan een gedraging of een serie gedragingen worden aangemerkt als overtreding van bepalingen uit zowel onderdeel a als onderdeel b. Dit is bijvoorbeeld het geval bij gedragingen die vallen onder het aandachtsgebied *Garantie en Conformiteit* en *Algemene Voorwaarden*. De handelswijze van de Consumentenautoriteit in dergelijke gevallen is uiteengezet in hoofdstuk 4. Hier wordt volstaan met een korte samenvatting.

⁶¹ Deze vloeit voort uit artikel 7:46h lid 1 BW. De interpretatievraag die tot discussie heeft geleid bij de Consumentenautoriteit en de BAC was de vraag of een bedrijf kan volstaan met het noemen van de bedrijfsnaam aan een (potentiële) cliënt, of dat meer achtergrondinformatie verschaft moet worden om op die wijze de identiteit van het bedrijf kenbaar te maken.

⁶² Deze vloeit voort uit artikel 7:46h lid 1 BW. De interpretatievraag die tot discussie heeft geleid bij de Consumentenautoriteit en de BAC was de vraag wat kan worden aangemerkt als het begin van een gesprek. Zijn dit de eerste 30 seconden, of gelden de eerste minuten nog als begin van het gesprek?

⁶³ Dit is gebeurd ten aanzien van gedragingen die vallen onder de aandachtsgebieden *Garantie en Conformiteit* en *Algemene Voorwaarden*.

De volgende overwegingen spelen een rol bij de weinig voorkomende gevallen waarin de keuze kan worden gemaakt om privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk of langs beide wegen te handhaven:

- Overwegingen inzake de extra belasting op de capaciteit van de Consumentenautoriteit. Wanneer er voor wordt gekozen in te zetten op beide sporen, dan moet een team worden samengesteld dat met de Chinese muur werkt en een team dat met de Juridische Dienst samen werkt.
- Overwegingen inzake de extra belasting op de capaciteit van het bedrijf dat (vermoedelijk) een overtreding heeft begaan. Deze moet wanneer op beide sporen wordt gehandhaafd mogelijk twee advocaten inschakelen.
- Overwegingen inzake de communicatie met bedrijven. Dit betreft het uitleggen dat er op twee sporen gehandhaafd kan worden of gehandhaafd wordt. Dit is verwarrend voor bedrijven en in sommige gevallen is het voor hen lastig te bevatten.
- Overwegingen inzake de ernst van de overtreding.
- Overwegingen inzake de verdeling van de overtredingen over onderdeel a en onderdeel b van de bijlage bij de Whc. Valt de helft van de overtredingen die door een bedrijf zijn begaan binnen het bestuursrechtelijke traject en de andere helft binnen het privaatrechtelijke? Of is slechts een minimaal onderdeel van de gedraging(en) aan te merken als een overtreding die valt binnen het bestuursrechtelijke dan wel het privaatrechtelijke traject en het merendeel binnen het andere traject.

De bovengenoemde punten laten zien dat er verschillende overwegingen spelen indien er geen sprake is van een *gedwongen* keus voor één handhavingstraject. Indien bij één overtreder moet worden ingezet op beide sporen, worden de capaciteit, transparantie, scheiding van personeel, ernst van de verschillende overtredingen en de tijdrovendheid van het volgen van twee sporen in samenhang gewogen. Op basis van deze weging wordt besloten in te zetten op een van de sporen of op beide sporen.

Het is denkbaar dat wordt ingezet op beide sporen indien de aard van de overtredingen ernstig is en de overtredingen qua aantal en ernst evenredig zijn verdeeld over beide sporen. De extra capaciteitsinzet voor de Consumentenautoriteit en extra belasting voor het bedrijf worden dan gelegitimeerd geacht. Wanneer de overtredingen voor het overgrote deel bijvoorbeeld liggen binnen het privaatrechtelijke spoor, en een relatief kleine overtreding is begaan binnen het bestuursrechtelijke spoor, dan ligt het voor de hand dat de Consumentenautoriteit alleen inzet op handhaving binnen het privaatrechtelijke spoor.

5.5

Verschillend instrumentarium

Wanneer bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd, kan een boete of een last onder dwangsom worden opgelegd. Wanneer privaatrechtelijk wordt gehandhaafd kan een bedrijf verplicht worden om de normovertredende gedragingen te staken. Het bestuurlijke traject heeft naast een reparatoir⁶⁴ karakter (het opleggen van een last onder dwangsom) tevens een punitief karakter (het opleggen van een boete). Het privaatrechtelijke traject heeft alleen een reparatoir karakter, aangezien daar enkel staking van de gedraging gevorderd kan worden, op straffe van een dwangsom.

⁶⁴ Gericht op herstel en niet op bestraffing.

Of een overtreder bestraft kan worden door middel van een boete, is dus afhankelijk van het traject waarbinnen een overtreding valt, het bestuursrechtelijke of het privaatrechtelijke traject. Het is dus in feite afhankelijk van het strikt juridische onderscheid tussen een open norm (privaatrechtelijk) en een gesloten norm (bestuursrechtelijk), of een bedrijf een boete kan worden opgelegd voor een overtreding. De maatschappelijke impact van een overtreding die door een bedrijf wordt begaan, speelt hierbij dan geen rol.

Dit kan tot gevolg hebben dat tegen een overtreding met een grote maatschappelijke impact alleen reparatoir kan worden opgetreden, omdat deze norm binnen het privaatrechtelijke handhavingstraject valt. Dit in tegenstelling tot een overtreding van een norm met een geringe maatschappelijke impact die binnen het bestuursrechtelijke handhavingstraject valt en waartegen punitief kan worden opgetreden.

5.6 Positionering van de organisatie

In de memorie van toelichting bij de Whc wordt gesteld dat de Consumentenautoriteit *gebouwd is op het private fundament*.⁶⁵ Dit wil zeggen dat de Consumentenautoriteit slechts op dient te treden indien vanuit de marktpartijen geen initiatieven ontplooid (kunnen) worden om een schending van het consumentenrecht tegen te gaan. Verder is in de memorie van toelichting vastgelegd dat de Consumentenautoriteit slechts bevoegd is om op te treden als niet een andere toezichthouder bevoegd is. De Consumentenautoriteit dient volgens de wetgever dus een terughoudende rol te spelen met betrekking tot handhaving van bepalingen uit de Whc, of dient, anders gezegd, slechts op te treden als anderen dit niet (kunnen) doen. Deze terughoudende opstelling komt ook naar voren in de beschrijving in de memorie van toelichting van de wijze waarop de Consumentenautoriteit dient om te gaan met de bevoegdheid om een massaschadeovereenkomst te sluiten.

Uit de voorgaande uiteenzetting wordt duidelijk dat de Consumentenautoriteit alleen dient op te treden indien anderen dat niet kunnen. De Consumentenautoriteit dient zich daarbij nadrukkelijk op te stellen als een onafhankelijk toezichthouder. Zij dient zich op generlei wijze te positioneren als belangenbehartiger van consumenten of als belangenbehartiger van bedrijven.

In het vorige hoofdstuk is gewezen op de mogelijkheid dat de Consumentenautoriteit een zaak voorlegt aan een civiele rechter op basis van artikel 3:305b van het Burgerlijk Wetboek. Van deze bevoegdheid is tot nu toe geen gebruik gemaakt. Het voordeel van het gebruik van deze bevoegdheid, boven het gebruik van de bevoegdheid om bestuursrechtelijk te handhaven, ligt in de mogelijkheid voor burgers om op basis van een uitspraak die is verkregen op basis van artikel 3:305b van het Burgerlijk Wetboek eenvoudig een schadevergoeding te kunnen eisen. De Consumentenautoriteit heeft geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid. De Consumentenautoriteit is een onafhankelijk toezichthouder, die zich op generlei wijze dient te positioneren als belangenbehartiger van consumenten of bedrijven. Vanuit deze optiek is goed te begrijpen dat zij er niet voor kiest om, ten gunste van de schadevergoeding van consumenten (het belang van consumenten), een bepaald instrument te hanteren.

⁶⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr.6, p. 4-5.

5.7 Interpretatie van privaatrechtelijke normen binnen het bestuursrecht

De privaatrechtelijke normen die zijn opgenomen in onderdeel b van de bijlage bij de Whc worden geacht een gesloten karakter te kennen. De handhaving van deze gesloten privaatrechtelijke normen vindt plaats binnen het bestuursrecht. Binnen het bestuursrechtelijke traject dient derhalve een interpretatie plaats te vinden van gesloten privaatrechtelijke normen. Zoals vermeld blijkt dit in de praktijk niet altijd eenvoudig te zijn. Gesloten normen blijken in sommige gevallen aanleiding te geven voor materiële discussies over de uitleg van de norm. De vraag die hieruit voortvloeit, is of binnen het proces van bestuursrechtelijke handhaving voldoende waarborgen zijn ingebouwd om de gesloten privaatrechtelijke normen, die in de praktijk toch open blijken te kunnen zijn, goed uit te kunnen leggen.

In hoofdstuk vier is beschreven hoe het proces van bestuursrechtelijke handhaving in de praktijk verloopt. Hierbij is ook aandacht besteed aan de uitleg van de meer open privaatrechtelijke normen binnen het proces van bestuursrechtelijke handhaving. Uit de beschrijving blijkt dat in alle bestuursrechtelijke processtappen waarin tot nu toe ervaring is opgedaan met het uitleggen van de meer open privaatrechtelijke normen, voldoende kennis van het privaatrecht aanwezig is, of dat men in dergelijke gevallen in staat is om voldoende kennis van het privaatrecht te organiseren. Om op die manier op een gedegen wijze een gedraging al dan niet te interpreteren als een overtreding van een meer open 'gesloten' norm. Een resumé:

- De Consumentenautoriteit heeft voldoende kennis in huis om binnen het bestuursrechtelijke traject meer open privaatrechtelijke normen uit te leggen.
- De BAC wordt voorgezeten door een hoogleraar die gespecialiseerd is in het privaatrecht.
- De Rechtbank Rotterdam stelt meervoudige kamers samen. Indien in een zaak een uitleg moet worden gegeven van een meer open 'gesloten' norm, dan wordt een externe privaatrechtsdeskundige aangetrokken. Deze neemt vervolgens zitting als plaatsvervangend rechter.
- Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft nog geen zaken behandeld die afkomstig zijn van de Consumentenautoriteit. Gezien de werkwijze van het College bij zaken afkomstig van andere toezichtsinstanties, is het aannemelijk dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven bij zaken waarin meer open privaatrechtelijke normen uitgelegd dienen te worden een meervoudige kamer samenstelt met daarin een externe privaatrechtsdeskundige.

Een belangrijke opmerking hierbij is dat de bestuursrechter bij het opleggen van een boetebesluit door een toezichtsinstantie zoals de Consumentenautoriteit in de praktijk normen en gedragingen integraal toetst.

Op basis van de voorgaande uiteenzetting kan gesteld worden dat binnen het bestuursrechtelijk traject voldoende waarborgen zijn opgenomen om er zorg voor te dragen dat ook de meer open privaatrechtelijke normen op gedegen wijze worden uitgelegd. Wanneer het bestuursrechtelijke traject van de handhaving door de Consumentenautoriteit op basis van de Wohp-bepalingen vergeleken wordt met het bestuursrechtelijke traject van handhaving van de Consumentenautoriteit op basis van de andere bepalingen in bijlage b bij de Whc, valt één ding op.

In de Whc is in artikel 7.1 lid 2 een bepaling opgenomen die erin voorziet dat in het handhavingstraject op basis van Wohp-bepalingen cassatie in het belang der wet kan worden ingesteld door de procureur-generaal van de Hoge Raad.⁶⁶ Dergelijke cassatierechtspraak dient vooral als waarborg voor een juiste uitleg van het recht en wordt in het algemeen belang en het belang van rechtseenheid ingezet. Behalve dat de procureur-generaal zelf cassatie in het belang der wet instelt, kan eenieder een verzoek indienen bij de procureur-generaal om deze bijzondere vorm van cassatie in te stellen.

Indien er in een bepaalde zaak omtrent overtredingen van Wohp-bepalingen onvrede bestaat over de toepassing van een bepaling uit die wet, dan kan cassatie in het belang der wet ervoor zorgen dat de Hoge Raad als hoogste nationale civiele rechtsinstantie zich uitspreekt over de uitleg en toepassing van die bepaling. Het gevolg hiervan kan zijn dat de Hoge Raad de bestreden uitspraak vernietigt. Dit heeft alleen gevolgen voor de bestreden uitleg van de bepaling, niet voor de vastgestelde rechtsgevolgen van de betrokken partijen. Door middel van deze vorm van cassatie is een gedegen uitleg van privaatrechtelijke normen binnen het bestuursrechtelijke handhavingstelsel van Wohp-bepalingen altijd gewaarborgd.

⁶⁶ Artikel 7.1 lid 2 Whc: Tegen een uitspraak in hoger beroep van het College van Beroep voor het bedrijfsleven kan de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden beroep in cassatie in het belang der wet instellen wegens schending of verkeerde toepassing van artikel 8.8. Artikel 8.8 Whc is kort gezegd het artikel waarin de Whc van toepassing wordt verklaard op de bepalingen die zijn ingevoerd op basis van de Wohp.

Hoofdstuk 6

Conclusie

6.1 Inleiding

De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat, is de vraag wat de praktijkervaringen zijn van de Consumentenautoriteit met het duale stelsel van handhaving en met de bevoegdheid inzake massaschade. Deze onderzoeksvraag valt uiteen in een aantal deelvragen. Deze zijn gepresenteerd in hoofdstuk 1 van deze rapportage. In de volgende paragrafen worden de deelvragen beantwoord en wordt op die manier antwoord gegeven op de onderzoeksvraag.

6.2 Beantwoording van de onderzoeksvragen

Welke zaken zijn door de Consumentenautoriteit gehandhaafd op grond van de Whc?

De onderzoeksperiode betrof de jaren 2007-2008. Gedurende deze periode heeft de Consumentenautoriteit 341 zaken behandeld. 206 van deze zaken werden opgelost via een waarschuwing, losten zichzelf op of waren onvoldoende ernstig voor handhaving. Wanneer een zaak op bovenstaande wijzen wordt afgedaan blijven de meer formele handhavingsmiddelen achterwege. Bij 122 van de 341 zaken was er geen sprake van een keus te handhaven, maar ging het om zaken die vallen buiten het standaard toezichts- en handhavingstraject.⁶⁷ Dertien zaken zijn in de periode 2007-2008 afgedaan via een toezegging of een privaatrechtelijke procedure of een bestuursrechtelijke sanctie. Acht van deze zaken zijn bestuursrechtelijk afgedaan. Eén zaak is formeel privaatrechtelijk afgedaan. Vier zaken zijn door middel van een toezegging afgehandeld. Voor uitvoerige informatie over de zaken die zijn behandeld door de Consumentenautoriteit wordt verwezen naar bijlage I en bijlage II bij deze rapportage.

Wat zijn de ervaringen van de Consumentenautoriteit met de instrumenten van bestuursrechtelijke handhaving en met instrumenten van privaatrechtelijke handhaving?

⁶⁷ Dit zijn ondermeer Wohp zaken, zaken doorverwezen naar de Reclame Code Commissie, handhavingverzoeken en internationale verzoeken tot informatie-uitwisseling.

In negen gevallen heeft de Consumentenautoriteit ervaring opgedaan met het daadwerkelijk bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk afdoen van zaken. Deze deelvraag zou derhalve als volgt beantwoord kunnen worden:

De praktijkervaringen van de Consumentenautoriteit met de instrumenten van bestuursrechtelijke handhaving en met de instrumenten van privaatrechtelijke handhaving zijn tot op heden beperkt.

Het zou echter te gemakkelijk zijn hiermee te volstaan. In de enkele jaren dat de Consumentenautoriteit operationeel is, heeft de Consumentenautoriteit nuttige ervaring en kennis opgedaan, heeft zij via informele handhaving een groot aantal schendingen van het consumentenrecht weten te beëindigen en heeft zij in verschillende belangrijke zaken formeel handhavend opgetreden. Over de ervaringen van de Consumentenautoriteit met de handhaving kan daarom, ondanks de beperkte ervaring met formele afdoening, meer gezegd worden. Op basis van de dossierstudie en de gevoerde gesprekken kan een beeld worden geschetst van de ervaring met (de combinatie van) het privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavingstraject. Dat gebeurt hierna aan de hand van de overige deelvragen.

Heeft het duale stelsel van handhaving invloed op de slagvaardigheid van de Consumentenautoriteit als toezichthouder?

Omdat in de periode 2007-2008 beperkt ervaring is opgedaan met bestuursrechtelijke handhaving en met privaatrechtelijke handhaving kan geen gedegen uitspraak worden gedaan over de slagvaardigheid van het bestuursrechtelijke en van het privaatrechtelijke spoor.

In de periode 2007-2008 zijn acht zaken bestuursrechtelijk gehandhaafd. Eén zaak is privaatrechtelijk gehandhaafd. De doorlooptijd van de zaken die bestuursrechtelijk zijn afgedaan en de zaak die privaatrechtelijk is afgedaan ontlopen elkaar niet veel.⁶⁸ Het aantal zaken dat formeel is afgedaan is te gering om gefundeerde oordelen over de beide stelsels uit te spreken. Op basis van de beschikbare empirische data kan daarom niet worden gesteld dat het bestuursrechtelijke stelsel van handhaving slagvaardiger is dan het privaatrechtelijke stelsel, of omgekeerd.

Het systeem van duale handhaving op zichzelf kan gekenschetst worden als een systeem dat niet optimaal slagvaardig functioneert.

De Consumentenautoriteit handhaaft langs twee wegen. Dat heeft gevolgen voor de inrichting van de organisatie. Omdat langs twee wegen gehandhaafd wordt is expertise vereist op twee terreinen. Daarnaast moeten twee verschillende werkprocessen worden gehanteerd. Er kunnen zich situaties voordoen waarin één bedrijf langs twee wegen wordt aangepakt; de privaatrechtelijke en de bestuursrechtelijke. Om één bedrijf aan te pakken moeten dan twee teams worden samengesteld die los van elkaar een aparte procedure in werking zetten. Dit gaat ten koste van de slagvaardigheid.

⁶⁸ Bij de sanctiebesluiten duurde het gemiddeld tien maanden (minimaal drie, maximaal achttien) vanaf het inboeken in het systeem tot het afronden van een rapport. Zodra er een rapport over de Chinese muur is gegaan was het in praktisch alle gevallen zo dat er na drie maanden een besluit was genomen en een boete of last was opgelegd. In totaal is met het traject van bestuursrechtelijke handhaving gemiddeld dertien maanden gemoeid. In de ene privaatrechtelijk gehandhaafde zaak duurde het in totaal zeventien en een halve maand vanaf inboeken tot aan de uitspraak van het Hof, waardoor de overtreding gestaakt diende te worden.

Het duale stelsel vergt verder extra communicatie. Bedrijven begrijpen in verschillende gevallen niet waarom de ene keer privaatrechtelijk en de andere keer bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd. Om die reden moet de Consumentenautoriteit soms veel investeren in het uitleggen van de werkwijzen. Dit kost capaciteitsinzet. Dat komt de slagvaardigheid en efficiëntie niet ten goede.

De taakuitoefening binnen het duale stelsel vergt dus meer capaciteit dan taakuitoefening in een situatie waarin slechts langs één spoor gehandhaafd zou worden. Wanneer alle capaciteit van de Consumentenautoriteit zou kunnen worden aangewend voor de handhaving langs één spoor, dan zou dit ten goede kunnen komen aan de slagvaardigheid en efficiëntie van de Consumentenautoriteit.

In hoeverre spelen de ervaringen van de Consumentenautoriteit met verschillende wijzen van handhaving een rol bij de keuze van jaarlijkse prioriteiten en bij de keuze voor het starten van een toezichtstraject?

Een voorkeur voor één bepaald handhavingstraject speelt geen rol in de selectie van de aandachtsgebieden en de specifieke zaken.

In de periode 2007-2008 zijn 341 zaken behandeld. In 2007 ging het hierbij om 109 zaken, in 2008 om 232 zaken. De zaken waaraan de Consumentenautoriteit aandacht besteedt worden geselecteerd aan de hand van aandachtsgebieden. De aandachtsgebieden komen ondermeer tot stand op basis van signalen afkomstig van ConsuWijzer, van maatschappelijke partners en op basis van eigen onderzoek. De aandachtsgebieden worden in een consultatieronde voorgelegd aan partners van de Consumentenautoriteit. De keuze voor een aandachtsgebied is van invloed op de soort zaken waarop wordt gehandhaafd.

Een aandachtsgebied bestrijkt een bepaald deel van het consumentenrecht. Dat deel van het consumentenrecht is vastgelegd in wettelijke bepalingen. Afhankelijk van het onderdeel van de bijlage bij de Whc waar deze bepalingen onder vallen (onderdeel a of b) wordt privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk gehandhaafd. In 2008 werd de focus op twee aandachtsgebieden geprolongeerd en werden drie nieuwe aandachtsgebieden vastgesteld. Dit heeft een weerslag gehad op de aantallen privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk te handhaven zaken. In 2007 betrof 24% van de zaken, zaken die civielrechtelijk dienen te worden afgedaan, 65% van de zaken, zaken die bestuursrechtelijk dienen te worden afgedaan en 11% van de zaken, zaken die langs beide wegen kunnen worden afgedaan. In 2008 waren de percentages respectievelijk 51%, 35% en 14%. Deze gegevens maken inzichtelijk dat een al dan niet bestaande voorkeur voor een bepaald handhavingstraject geen rol heeft gespeeld in de selectie van zaken.⁶⁹

Is er ervaring met zaken waarbij overtredingen langs beide wegen zouden kunnen worden gehandhaafd? Zo ja, hoe is daarmee omgegaan?

Situaties waarin zowel langs privaatrechtelijke als langs bestuursrechtelijke weg kan worden gehandhaafd zijn relatief schaars. Indien deze zich voordoen spelen verschillende aspecten een rol in de keuze voor één van beide of voor beide trajecten.

Wanneer bij één overtreder kan worden ingezet op bestuursrechtelijke en/of privaatrechtelijke handhaving, worden de capaciteit, transparantie, ernst van de (verschillende) overtreding(en) en de tijdrovendheid van het volgen van twee sporen in samenhang gewo-

⁶⁹ De cijfers in deze alinea zijn al eerder schematisch gepresenteerd in paragraaf 4.1 in de figuren 2 en 3.

gen. Het is mogelijk dat slechts een zeer klein deel van de inbreuk onder het ene handhavingstraject valt en de hoofdmoot onder het andere handhavingstraject. In sommige gevallen is er vanuit overwegingen van efficiency voor gekozen om het kleinste deel niet te handhaven. In andere gevallen is er voor gekozen te interveniëren of handhaven door middel van een waarschuwing of een toezegging. Dit voorkomt een lastige keuze, of een verdeelde inzet van capaciteit. Ervaring met dergelijke situaties is echter relatief schaars. Vanuit de praktijk is (nog) geen vaste lijn te omschrijven met betrekking tot de wijze waarop met dergelijke situaties is omgegaan.

Wat is de reden dat er in de periode 2007 en 2008 geen ervaringen met de bevoegdheid inzake massaschade zijn geweest?

De Consumentenautoriteit heeft geen overeenkomsten inzake massaschade afgesloten, omdat zich in de praktijk geen situaties hebben voorgedaan die de Consumentenautoriteit hebben gedwongen om hier, het private fundament in acht nemende, toe over te gaan.

De bevoegdheid een overeenkomst inzake massaschade af te sluiten is vastgelegd in de Whc. Zij is door een ministeriële aanwijzing sterk ingeperkt. Als gevolg van deze aanwijzing is het zonder uitdrukkelijke toestemming van de Minister niet mogelijk om onderhandelingen te starten met een bedrijf over een eventueel af te sluiten overeenkomst. Deze beperking komt voort uit de historie van de Whc. Hierin is uitdrukkelijk bepaald dat er een sterke mate van terughoudendheid in acht moet worden genomen ten aanzien van het opereren van de Consumentenautoriteit op de markt. Ook consumenten- en belangenorganisaties kunnen een massaschadeovereenkomst sluiten. Vanuit dit licht bezien is het niet vreemd dat de Consumentenautoriteit nog geen aanleiding heeft gezien om een overeenkomst inzake massaschade af te sluiten.

6.3 Overige bevindingen

Gaandeweg het onderzoek zijn door de onderzoekers, naast inzichten die direct van belang zijn voor beantwoording van de deelvragen, ook inzichten opgedaan die van afgeleid belang zijn voor beantwoording van de deelvragen. Zo zijn inzichten opgedaan inzake de eenduidigheid van het onderscheid tussen open en gesloten normen en zijn inzichten opgedaan over de mate waarin men er binnen het bestuursrechtelijke traject in slaagt normen met een meer open karakter correct uit te leggen. Deze inzichten worden hier gepresenteerd.

Het onderscheid tussen open en gesloten is niet altijd even eenduidig.

Bij de totstandkoming van het duale stelsel stelde het kabinet zich op het standpunt dat open normen dienden te worden uitgelegd door een civiele rechter en dat gesloten normen zouden kunnen worden uitgelegd door een bestuursrechter. Wanneer de bestuursrechter ook open normen uit zou leggen, dan zou er onvoldoende waarborg zijn dat de normen op de juiste wijze zouden worden geïnterpreteerd.

Ook de *gesloten* normen die binnen het bestuursrechtelijke traject worden gehandhaafd behoeven in verschillende gevallen interpretatie. Zij zouden derhalve kunnen worden aangemerkt als open normen. In de praktijk is derhalve geen sprake van een strikte scheiding tussen open en gesloten normen. Veeleer is sprake van een glijdende schaal. Het strikte onderscheid dat wordt gemaakt tussen open en gesloten normen is daarom niet altijd even eenduidig.

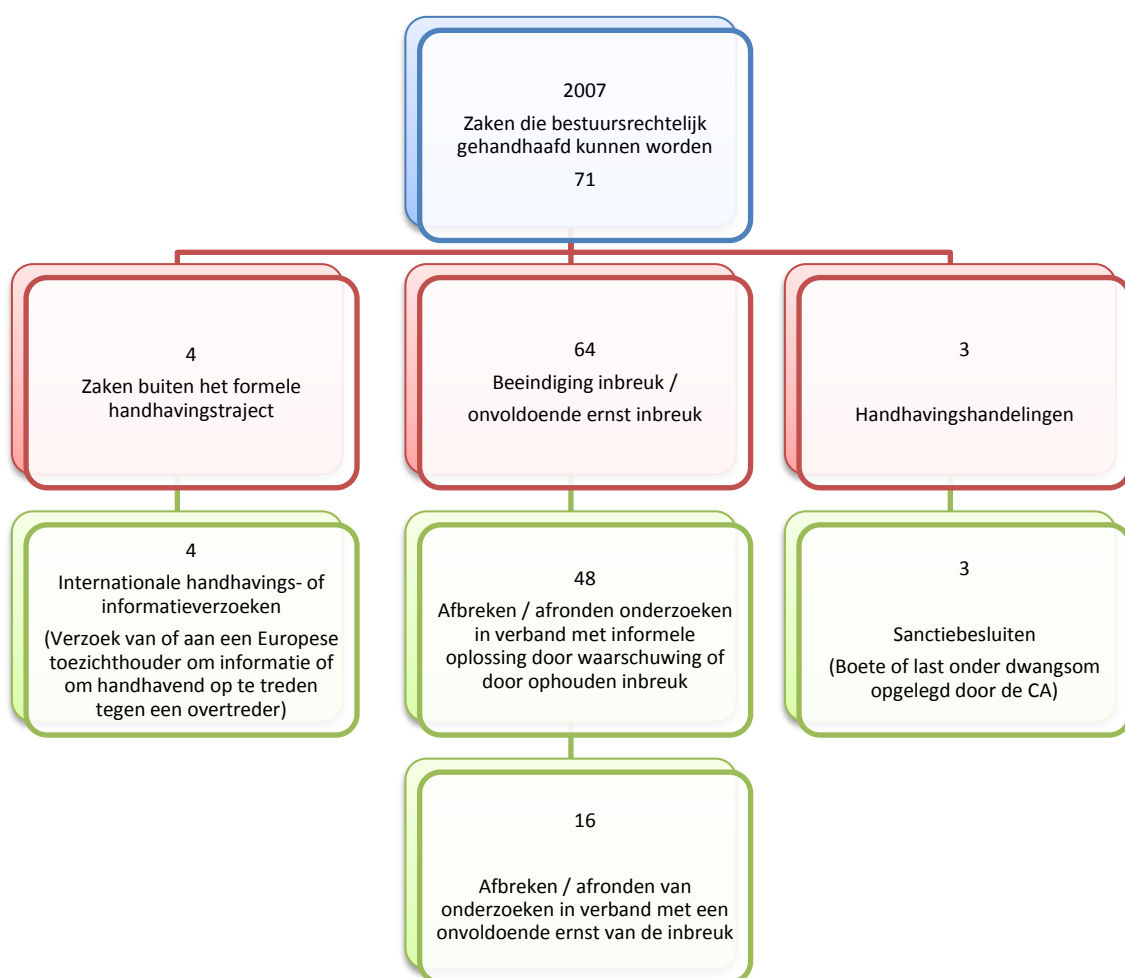
Binnen het bestuursrechtelijke traject zijn voldoende waarborgen ingebouwd om open normen op gedegen wijze te interpreteren.

Binnen de Consumentenautoriteit is kennis aanwezig om open normen uit te leggen. De BAC wordt voorgezeten door een privaatrechtelijk expert, de Rechtbank Rotterdam stelt indien nodig meervoudige kamers samen met daarin een externe privaatrecht deskundige. Op basis van de behandeling van zaken afkomstig van andere toezichthouders is het aannemelijk dat het CBb op dezelfde manier te werk zal gaan. Derhalve kan geconstateerd worden dat binnen het bestuursrechtelijke traject voldoende waarborgen zijn ingebouwd om open normen op gedegen wijze uit te leggen.

Bijlage I

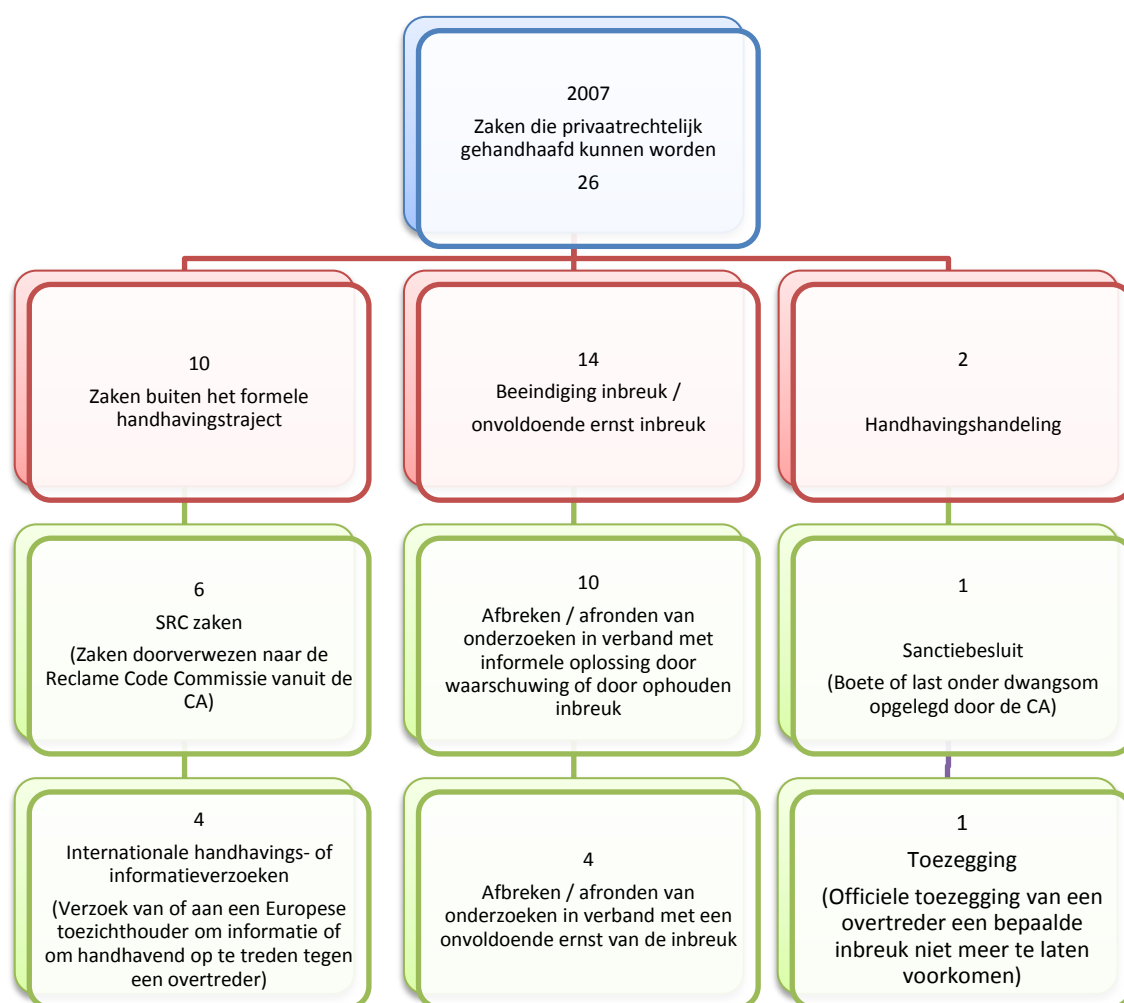
Een overzicht en specificatie van alle in het registratiesysteem Prisma ingeboekte zaken uit 2007 verdeeld naar bestuursrechtelijke aard, privaatrechtelijke aard en beiden. Dit overzicht is gebaseerd op de gegevens gevonden in Prisma.

FIGUUR 12: ZAKEN MET EEN BESTUURSRECHTELIJKE AARD IN 2007



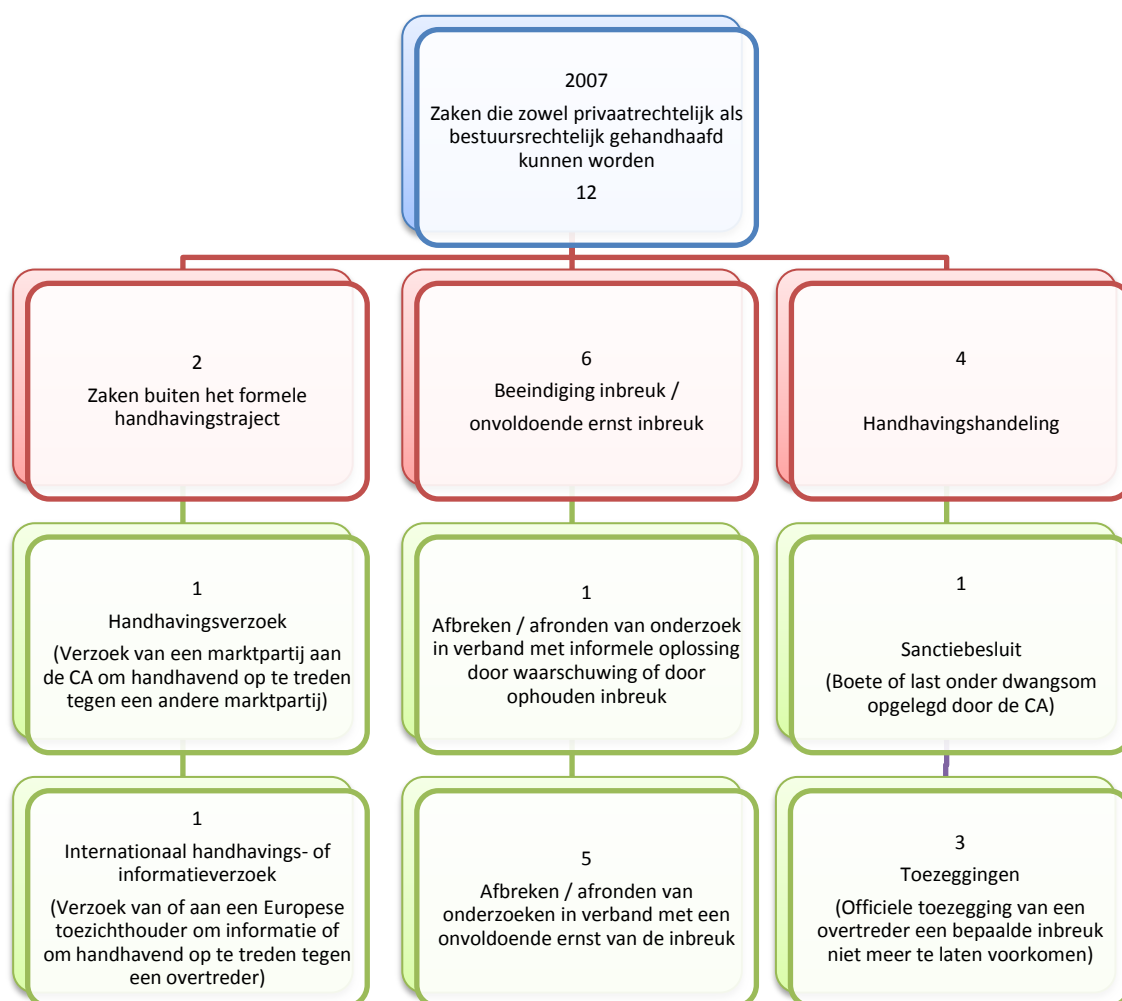
TABEL 1: ZAKEN MET EEN BESTUURSRECHTELIJKE AARD IN 2007 VERDEELD IN PERCENTAGES

ACTIE	AANTAL	PERCENTAGE
Sanctiebesluit	3	4%
Internationaal	4	6%
Afbreken / afronden wegens stoppen inbreuk	48	68%
Afbreken / afronden wegens onvoldoende ernst inbreuk	16	22%
<i>Totaal</i>	<i>71</i>	<i>100%</i>

FIGUUR 13: ZAKEN MET EEN PRIVAATRECHTELIJKE AARD IN 2007**TABEL 2: ZAKEN MET EEN PRIVAATRECHTELIJKE AARD IN 2007 VERDEELD IN PERCENTAGES**

ACTIE	AANTAL	PERCENTAGE
Sanctiebesluit ⁷⁰	1	4%
Toezegging	1	4%
Internationaal	4	15%
SRC	6	24%
Afbreken / afronden wegens stoppen inbreuk	10	38%
Afbreken / afronden wegens onvoldoende ernst inbreuk	4	15%
<i>Totaal</i>	26	100%

⁷⁰ Een sanctiebesluit is bestuursrechtelijk van aard en niet privaatrechtelijk. Het schema geeft een weergave van de gegevens zoals gevonden in het registratiesysteem Prisma. Mogelijk is hier een administratieve fout gemaakt.

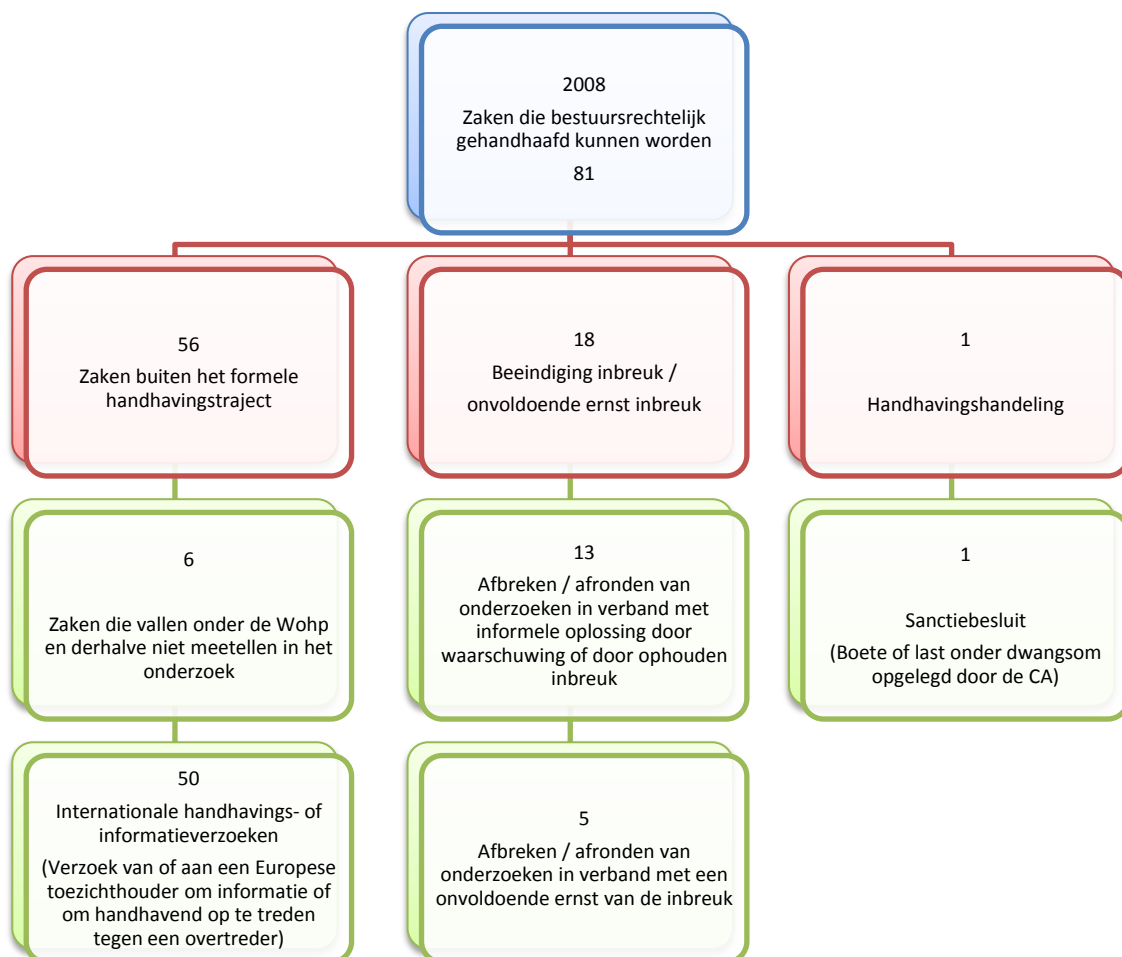
FIGUUR 14: ZAKEN MET ZOWEL EEN BESTUURSRECHTELIJKE ALS PRIVAATRECHTELIJKE AARD IN 2007**TABEL 3: ZAKEN MET ZOWEL EEN BESTUURSRECHTELIJKE ALS PRIVAATRECHTELIJKE AARD IN 2007
VERDEELD IN PERCENTAGES**

ACTIE	AANTAL	PERCENTAGE
Sanctiebesluit	1	8%
Toezegging	3	26%
Internationaal	1	8%
Handhavingsverzoek marktpartij	1	8%
Afbreken / afronden wegens stoppen inbreuk	1	8%
Afbreken / afronden wegens onvoldoende ernst inbreuk	5	42%
<i>Totaal</i>	12	100%

Bijlage II

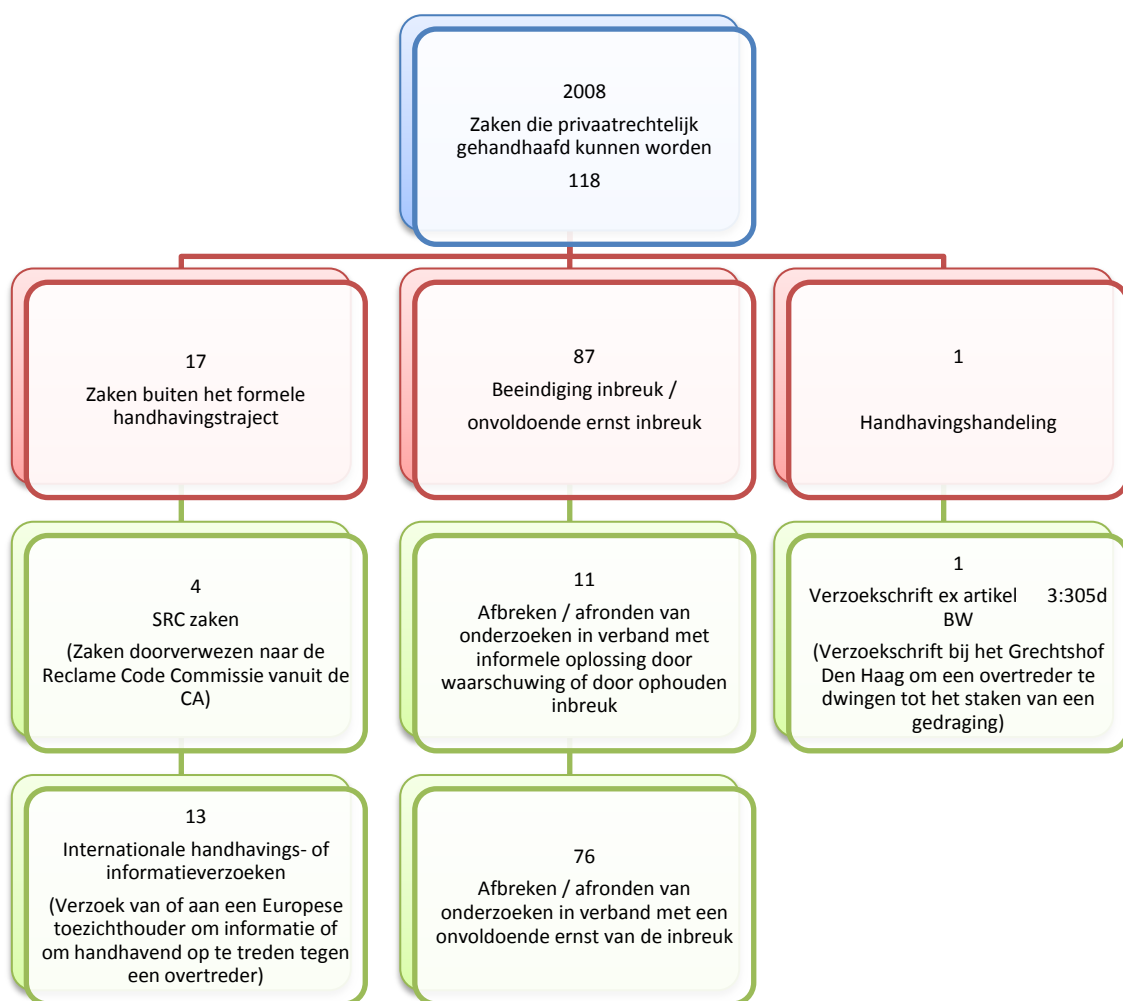
Een overzicht en specificatie van alle in het registratiesysteem Prisma ingeboekte zaken uit 2008 verdeeld naar bestuursrechtelijke handhaving, privaatrechtelijke handhaving en samenloop van handhaving. Dit overzicht is gebaseerd op gegevens gevonden in Prisma.

FIGUUR 15: ZAKEN MET EEN BESTUURSRECHTELIJKE AARD IN 2008

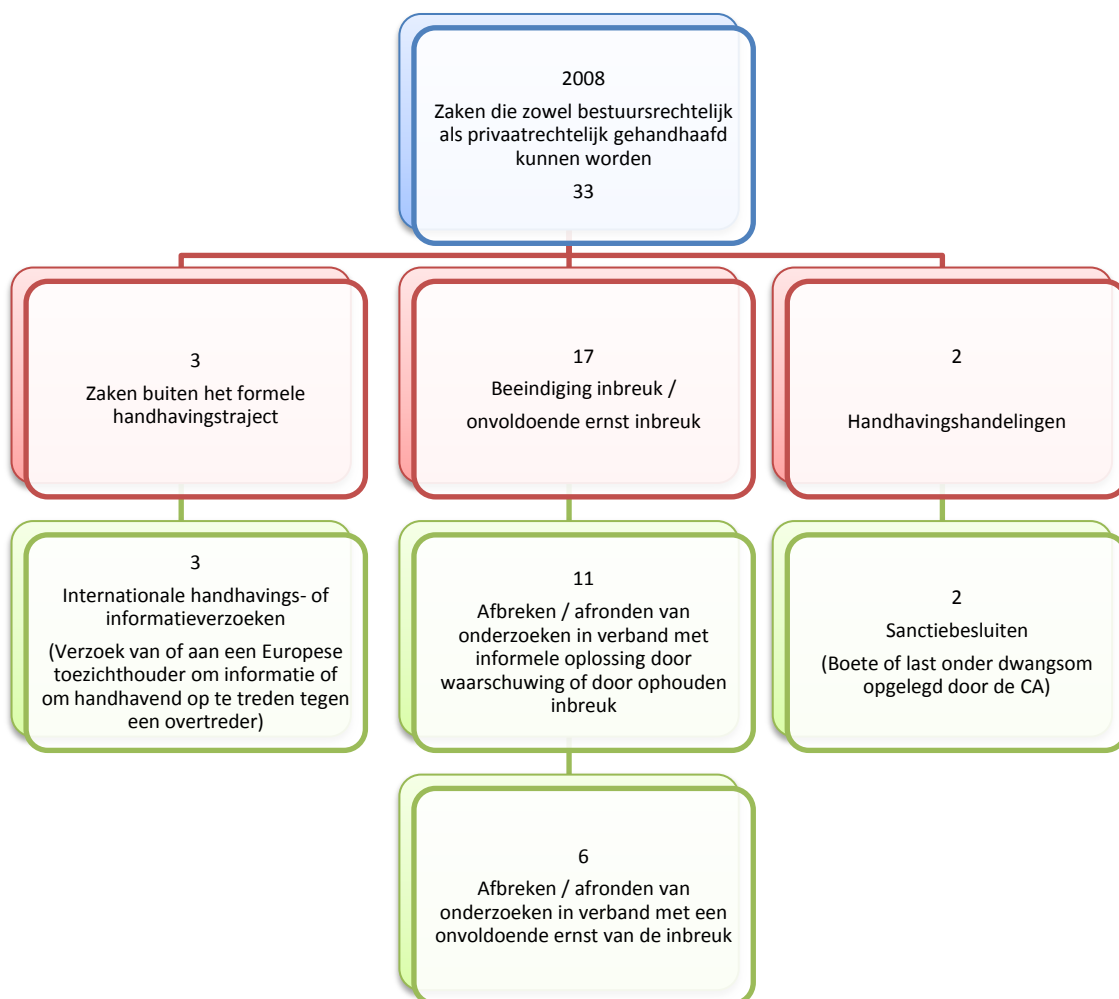


TABEL 4: ZAKEN MET EEN BESTUURSRECHTELIJKE AARD IN 2008 VERDEELD IN PERCENTAGES

ACTIE	AANTAL	PERCENTAGE
Sanctiebesluit	1	2%
Internationaal	50	62%
Afbreken / afronden wegens stoppen inbreuk	13	16%
Afbreken / afronden wegens onvoldoende ernst inbreuk	5	6%
Lopend	6	7%
Wohp	6	7%
<i>Totaal</i>	<i>81</i>	<i>100%</i>

FIGUUR 16: ZAKEN MET EEN PRIVAATRECHTELIJKE AARD IN 2008**TABEL 5: ZAKEN MET EEN PRIVAATRECHTELIJKE AARD IN 2008 VERDEELD IN PERCENTAGES**

ACTIE	AANTAL	PERCENTAGE
Verzoekschrift	1	1%
Internationaal	13	11%
SRC	4	4%
Afbreken / afronden wegens stoppen inbreuk	11	9%
Afbreken / afronden wegens onvoldoende ernst inbreuk	76	65%
Lopend	13	11%
<i>Totaal</i>	<i>118</i>	<i>100%</i>

FIGUUR 17: ZAKEN MET ZOWEL EEN BESTUURSRECHTELIJKE ALS PRIVAATRECHTELIJKE AARD IN 2008**TABEL 6: ZAKEN MET ZOWEL EEN BESTUURSRECHTELIJKE ALS PRIVAATRECHTELIJKE AARD IN 2008
VERDEELD IN PERCENTAGES**

ACTIE	AANTAL	PERCENTAGE
Sanctiebesluit	2	6%
Internationaal	3	9%
Afbreken / afronden wegens stoppen inbreuk	11	33%
Afbreken / afronden wegens onvoldoende ernst inbreuk	6	19%
Lopend	11	33%
<i>Totaal</i>	33	100%

Bijlage III

TABEL 7: SCHEMA OVERLAP WHC EN WOHP

	ONDERWERP	3:15D	WOHP	7:46C	7:7
1	Voornaamste kenmerken		193c, 1, b	lid 1, b	
2	Prijs	lid 2	193c, 1, d		
3	Identiteit	lid 1, a	193c, 1, f	lid 1, a	
4	Identiteit en geografisch adres	lid 1, a	193e, b	lid 1, a (identiteit)	
5	Voornaamste kenmerken		193e, a	lid 1, b	
6	Identiteit en geografisch adres	lid 1, a	193e, b	lid 1, a (identiteit)	
7	Handelsnaam (niet als onderdeel van identiteit)		193e, b		
8	Prijs	lid 2	193e, c	lid 1, b	
9	Wijze van betaling, levering en uitvoering		193e, d	lid 1, e	
10	Recht op herroeping of annulering / bedenktijd		193e, e	lid 1, f	
11	Ongevraagde toezending / beweren dat een product gratis is, terwijl er wel kosten zijn		193g, t 193i, f		7:7

Toelichting artikelen:

3:15d: e-commerce

193c: feitelijk onjuiste of misleidende informatie in het algemeen

193e: verplichte vermelding van essentiële informatie bij de uitnodiging tot aankoop

193g: praktijken die onder alle omstandigheden misleidend zijn

193i: praktijken die onder alle omstandigheden agressief zijn

7:46c: informatie die moet worden verstrekt tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten

7:7: algemene bepalingen bij koop

Bijlage IV

Leden van de begeleidingscommissie:

dhr. drs. J.L. de Ridder	Ministerie van Economische Zaken, Directie Mededinging en Consumenten
mw. mr. S.J.G. van Steenbergen	Ministerie van Economische Zaken, Directie Mededinging en Consumenten
mw. mr. dr. B.W.M. Trompenaars	Ministerie van Economische Zaken, Directie Mededinging en Consumenten
mw. mr. M.A. Goudriaan LL.M ML	Ministerie van Economische Zaken, Directie Wetgeving en Juridische Zaken
mw. mr. drs. N. Hagemans	Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving
mw. mr. drs. C.S. Valkenburg	Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving

