

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:CBB:2019:162

Bröring, H.E.; Outhuijse, A.

Published in:
 AB Rechtspraak Bestuursrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Bröring, H. E., & Outhuijse, A. (2020). Case note: ECLI:NL:CBB:2019:162. AB 2020/398. Casenote over: College van Beroep voor het bedrijfsleven, 30/04/2019, 18/141 en 18/142, ECLI:NL:CBB:2019:162 AB *Rechtspraak Bestuursrecht*, 2020(43), 2617-2619.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

tenhal en niet over het creëren van ander nieuw recreatief aanbod, zodat dit andere aanbod buiten beschouwing moet worden gelaten in de aanvraag. Waar de Afdeling herhaaldelijk overweegt dat de burgemeester zich, in redelijkheid, op een bepaald standpunt heeft kunnen stellen, is de vraag of een dergelijke toetsingsmaatstaf voldoende is bij de verdeling van schaarse vergunningen. Bepalend moet immers zijn of de criteria 'voldoende richtinggevend' zijn geformuleerd voor potentiële gegadigden. Als vooraf te veel interpretatieruimte blijkt te resteren, kan die ruimte niet zomaar achteraf alsnog worden ingevuld door rechterlijke interpretatie.

Gegeven de gekozen uitleg van de verschillende criteria, brengt de 'alles-of-niets'-beoordelingssystematiek vervolgens mee dat de burgemeester (en in navolging hiervan de Afdeling) op zoek gaat naar (minimale) verschillen die uiteenlopende scores van de aanvragen kunnen rechtvaardigen. Het is duidelijk dat voor zover de interpretatie van een bepaald verdelingscriterium het primaire twistpunt is geweest, de scoretoepassing op dat criterium vervolgens min of meer een gelopen race is bij een dergelijke beoordelings-systematiek (zie r.o. 9.3 en 10.3). Wanneer daarentegen overeenstemming bestaat over de interpretatie van een bepaald criterium, bestaat juist extra behoefte aan inzage in stukken die duidelijk moeten maken hoe dat criterium vervolgens is toegepast (zie in dit verband de beslissingen in ABRvS 17 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3157, en ABRvS 10 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3371, over beperkte kennisneming van stukken inzake (alcohol)beleid). Ook in dat geval lijkt echter het accentueren van bepaalde verschillen voldoende om een verschil in scoretoekenning te rechtvaardigen (zie r.o. 7.4).

8. *Slot.* Deze uitspraak laat zien dat het verdelingskader van de Afdeling een bouwwerk in ontwikkeling is. Ten eerste zou de Afdeling haar eis van een 'passende mate van openbaarheid' concreter invulling kunnen geven door expliciet in te gaan op de betekenis van onderdelen die inherent zijn aan een verdelingsprocedure, zoals de beoordelingsmethodiek en de wegingsfactoren. Ten tweede zou de Afdeling scherper kunnen onderscheiden tussen gronden die raken aan het gelijkheidsbeginsel (zonder transparantie), aan transparantie *ex ante* en aan transparantie *ex post*. Tot slot rijst de vraag of het verdelingskader van de Afdeling aanvullende fundering behoeft naast het gelijkheidsbeginsel en de hieruit voortvloeiende transparantieverplichting om inhoudelijke eisen aan de verdelingsprocedure te kunnen stellen.

C.J. Wolswinkel

AB 2020/398

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFS-LEVEN

30 april 2019, nr. 18/141 en 18/142

(Mrs. J.L. Verbeek, J.A.M. van den Berk, W.C.E. Winfield)

m.nt. H.E. Bröring en A. Outhuijse*

Art. 5:4 Awb; art. 8.2a Whc; art. 6:230g BW

NJB 2019/1150

ECLI:NL:CBB:2019:162

ACM heeft in strijd met het verbod van willekeur gehandeld door jegens naam 1 zonder waarschuwing tot handhaving over te gaan, terwijl zij 40 andere webwinkels wél eerst heeft gewaarschuwd.

De rechtbank heeft met juistheid geoordeeld dat ACM in strijd met het verbod van willekeur heeft gehandeld door na de constatering van de overtreding van de informatieverplichting door naam 1 tot handhaving over te gaan zonder naam 1 eerst te waarschuwen, terwijl ACM 40 andere webwinkels, waarvan ACM eveneens heeft geconstateerd dat zij de informatieverplichting overtraden, wél eerst heeft gewaarschuwd teneinde die webwinkels in de gelegenheid te stellen om de overtreding te beëindigen. Het gegeven dat naam 1 wel en die 40 andere webwinkels niet waren betrokken in het Praktijkonderzoek 2015 van de Consumentenbond maakt niet dat sprake is van een relevant onderscheid, omdat de Consumentenbond zelfstandig onderzoek deed voor eigen doeleinden en niet ten behoeve van het controle- en handhavingsbeleid van ACM. De omstandigheid dat de Consumentenbond de onderzoeksresultaten deelde met ACM maakt dat niet anders. Het College onderschrijft ook de conclusie van de rechtbank dat de e-mail die het in opdracht van de Consumentenbond ingeschakelde onderzoeksbureau aan naam 1 heeft gezonden, waarbij naam 1 in de gelegenheid werd gesteld om te reageren op de onderzoeksresultaten, onder de mededeling dat het mogelijk was dat (een deel van) die reactie in een in de Consumentengids te publiceren artikel zou worden opgenomen, niet gelijkgesteld kan worden met een formele, door ACM of een van haar toezichthouders gegeven waarschuwing. Daarom is betrokkenheid bij het onderzoek van de Consumentenbond geen rechtvaardiging om een webwinkel niet te selecteren voor het geven van een waarschuwing, ook voor zover het aantal op de Nederlandse markt actieve webwinkels een selectie op zichzelf noodzakelijk en rechtens aanvaardbaar maakt. De stelling van ACM dat uit de resultaten van

* A. Outhuijse is advocaat bij Stibbe.

voornoemd *Praktijkonderzoek 2015* bleek dat naam 1 tevens niet in overeenstemming met de terugbetalingsverplichting handelde maakt evenmin dat sprake is van een relevant onderscheid, nu geenszins vaststaat dat al de 40 wel gewaarschuwde webwinkels wél de leveringskosten aan hun cliënten terugbetaalden. Immers, ACM heeft niet onderzocht of die 40 webwinkels in overeenstemming met de terugbetalingsverplichting handelden.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 30 april 2019 op de hoger beroepen van naam 1 B.V., (gem.: mr. M.J. Osse), en de Autoriteit Consument en Markt (ACM), (gem.: mr. P.S. Kösters en mr. E.L.M. Mout-Vos), tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 14 december 2017, kenmerk ROT 17/687, in het geding tussen: Naam 1, en ACM.

Procesverloop in hoger beroep

Naam 1 en ACM hebben hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 14 december 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:9657).

Naam 1 heeft een reactie op het hogerberoepschrift van ACM ingediend. ACM heeft een reactie op het hogerberoepschrift van naam 1 ingediend.

Bij brief van 16 januari 2019 heeft naam 1 aanvullende stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 30 januari 2019. De zaak is ter zitting gevoegd behandeld met de hoger beroepen van naam 2 B.V en naam 3 B.V. (18/985) en van ACM (18/986) tegen de uitspraak van de rechtbank van 19 april 2018 (ECLI:NL:RBROT:2018:3062).

Naam 1 heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden. Voorts is namens ACM verschenen mr. C. Vermeulen.

Ten behoeve van de uitspraak zijn de zaken van naam 4 en naam 1 weer gesplitst.

Grondslag van het geschil

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2. ACM heeft bij besluit van 28 september 2016 voor overtredingen van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) twee bestuurlijke boetes aan naam 1 opgelegd van in totaal € 198.000. Aan het besluit van 28 september

2016 heeft ACM ten grondslag gelegd dat naam 1 artikel 8.2a van de Whc heeft overtreden door in strijd te handelen met de op haar rustende informatieverplichting ten aanzien van het recht op ontbinding van overeenkomsten op afstand als bedoeld in artikel 6:230m, eerste lid, aanhef en onder h, van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de terugbetalingsverplichting na ontbinding van een overeenkomst op afstand als bedoeld in artikel 6:230r, eerste lid, van het BW.

1.3. Naam 1 heeft tegen het besluit van 28 september 2016 bezwaar gemaakt en ACM verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep. ACM heeft met dat verzoek ingestemd en het bezwaarschrift doorgezonden naar de rechtbank ter behandeling als beroep.

Uitspraak van de rechtbank

2.1. De rechtbank heeft het beroep van naam 1 gegrond verklaard voor zover het betreft de oplegging van een bestuurlijke boete van € 90.000 wegens overtreding van artikel 8.2a van de Whc gelezen in samenhang met artikel 6:230m, eerste lid, aanhef en onder h, van het BW (hierna: de informatieverplichting) en het besluit van 28 september 2016 in zoverre vernietigd.

De rechtbank heeft het beroep van naam 1 ongegrond verklaard voor zover het betreft de oplegging van een bestuurlijke boete van € 108.000 wegens overtreding van artikel 8.2a van de Whc gelezen in samenhang met artikel 6:230r, eerste lid, van het BW (hierna: de terugbetalingsverplichting).

2.2. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat geen sprake is van schending van het aan naam 1 toekomende zwijgrecht, noch van een onzorgvuldige handelwijze door de Consumentenbond. Het betoog dat de resultaten van het door de Consumentenbond verrichte onderzoek van de bewijsvoering door ACM moet worden uitgesloten, slaagt niet.

2.3. De rechtbank heeft naam 1 niet gevolgd in haar betoog dat ACM ten minste tot 19 juni 2015 geen handhavingsbevoegdheid jegens naam 1 kon uitoefenen ten aanzien van de overeenkomsten op afstand. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat de overeenkomst op afstand reeds vóór 19 juni 2015, binnen de handhavingsbevoegdheid van 8.2a van de Whc viel. Omdat artikel 8.2a van de Whc vóór de wetswijziging van 19 juni 2015 verwees naar artikel 6:230g, eerste lid, onderdeel c, van het BW omvatte de normering van artikel 8.2a van de Whc destijds ook al dat een handelaar die met consumenten overeenkomsten op afstand aanbood en afsloot, de bepalingen van Afdeling 2b van Titel 5 van Boek 6 van het BW in acht diende te nemen.

2.4. Ten aanzien van de gestelde overtreding van de terugbetalingsverplichting heeft de rechtbank overwogen dat ACM daarvoor in redelijkheid een boete heeft kunnen opleggen. Naam 1 heeft in de onderzochte periode van 19 maart 2015 tot 24 juli 2015 na ontbinding van een overeenkomst overeenkomstig artikel 6:230o van het BW niet onverwijld of uiterlijk binnen veertien dagen na de dag van ontvangst van de verklaring tot ontbinding alle van de consument ontvangen betalingen, met inbegrip van de bezorgkosten, aan de consument terugbetaald.

2.5. Ten aanzien van de gestelde overtreding van de informatieverplichting heeft de rechtbank geoordeeld dat schending van het gelijkheidsbeginsel met zich brengt dat ACM niet in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van haar bevoegdheid om naam 1 een bestuurlijke boete op te leggen. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat indien ACM op basis van een afstemming met de Consumentenbond een keuze maakt om alleen een aantal modewebwinkels, die niet door de Consumentenbond zijn of worden gewaarschuwd, zelf te waarschuwen alvorens zij bij een volgende of voortdurende overtreding over gaat tot sanctieoplegging, zij in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel indien zij op basis van een identieke overtreding tot handhaving over gaat, zonder eerst de desbetreffende webwinkel te waarschuwen en die gelegenheid te bieden de overtreding op te heffen. Door naam 1 niet en 40 andere modewebwinkels wel te waarschuwen alvorens bij het voortduren of herhalen van de overtreding van de informatieverplichting over te gaan tot boeteoplegging, heeft ACM naar het oordeel van de rechtbank in strijd gehandeld met het gelijkheidsbeginsel.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3. Het hoger beroep van naam 1 is gericht tegen de ongegrondverklaring door de rechtbank van haar beroep tegen de boete die is opgelegd vanwege het handelen in strijd met de terugbetalingsverplichting.

Het hoger beroep van ACM is gericht tegen de gegrondverklaring door de rechtbank van het beroep tegen de boete die zij aan naam 1 had opgelegd vanwege het handelen in strijd met de informatieverplichting.

Het College zal eerst ingaan op de vraag of ACM bevoegd was om de onderhavige boetes op te leggen.

Handhavingsbevoegdheid ACM

4.1. Naam 1 heeft in hoger beroep aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte haar betoog niet heeft gevolgd dat ACM tot 19 juni 2015 geen

handhavingsbevoegdheid jegens haar kon uitoefenen ten aanzien van overeenkomsten op afstand en dat er strijd is met het legaliteitsbeginsel zoals neergelegd in artikel 5:4 van de Awb.

4.2. Het College stelt vast dat ACM tot handhaving ten aanzien van het handelen in strijd met de informatieverplichting is overgegaan voor zover de desbetreffende website vanaf augustus 2015 niet aan de daaraan te stellen eisen voldeed. Dit betekent dat het betoog dat ACM geen handhavingsbevoegdheid toekwam omdat tot 19 juni 2015 onduidelijk zou zijn geweest dat ACM in het kader van koop op afstand tot handhaving zou kunnen overgaan, geen doel treft voor zover het de boete betreft die is opgelegd voor overtreding van de informatieverplichting. Voor zover ACM tot handhaving is overgegaan ten aanzien van het handelen in strijd met de terugbetalingsverplichting steunt de boete (in ieder geval mede) op bevindingen van de Consumentenbond met betrekking tot bestelde en vervolgens retour gezonden producten in de periode voorafgaand aan de wetswijziging per 19 juni 2015.

4.3. Naam 1 heeft ter onderbouwing van haar stelling dat ACM niet bevoegd was tot handhaven aangevoerd dat in artikel 8.2a Whc zoals dat tot 19 juni 2015 gold uitsluitend naar artikel 6:230g, eerste lid, onderdeel c en onderdeel d van het BW werd verwezen. Er werd dus specifiek naar de consumentenkoop en de overeenkomst tot het verrichten van diensten verwezen en niet naar de eveneens expliciet in artikel 6:230g, eerste lid, onder e opgesomde overeenkomst op afstand. Volgens naam 1 is daardoor pas vanaf 19 juni 2015 – toen de redactie van artikel 8.2a van de Whc is gewijzigd – kenbaar voor een handelaar die een overeenkomst op afstand aangaat dat hij het risico loopt artikel 8.2a van de Whc te overtreden indien de bepalingen van Afdeling 2B van Titel 5 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek niet in acht worden genomen. Tot slot heeft naam 1 in dit kader aangevoerd dat de door de rechtbank in de aangevallen uitspraak gevolgde stelling van ACM dat zij eerder handhavend heeft opgetreden in het kader van koop op afstand niet relevant is.

4.4. ACM stelt zich in reactie op deze hogerbereepsgrond op het standpunt dat geen sprake is van strijd met het legaliteitsbeginsel. ACM voert aan dat het gaat om de vraag of koop op afstand onder de reikwijdte van consumentenkoop valt. Volgens ACM was zonder meer duidelijk dat de koop op afstand een vorm van consumentenkoop is. Daartoe voert ACM aan dat in artikel 6:230g, eerste lid onder c, BW staat dat onder consumentenkoop wordt verstaan de overeenkomst bedoeld in artikel 5 lid 1 van Boek 7 van het BW. Consumentenkoop wordt in artikel 7:5, eerste lid, BW gedefinieerd als “de koop met

betrekking tot een roerende zaak die wordt gesloten door een verkoper die handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit en een koper, natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit". Ook de koop op afstand van roerende zaken die gesloten is door een handelaar en een consument is volgens deze definitie evident een vorm van consumentenkoop, aldus ACM. Dat deze consumentenkoop ook onder de definitie van overeenkomst op afstand valt, zoals die is gegeven in artikel 230g, eerste lid, onder e, BW, betekent niet dat daarmee of daardoor geen sprake is meer van een consumentenkoop.

5.1. Artikel 8.2a Whc luidde vóór 19 juni 2015 als volgt:

"Een handelaar als bedoeld in artikel 230g, eerste lid, onderdeel b, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, die een overeenkomst aangaat als bedoeld in artikel 230g, eerste lid, onderdeel c, dan wel onderdeel d, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, neemt de bepalingen van Afdeling 2B van Titel 5 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht."

5.2. Sedert deze datum luidt dit artikel, voor zover hier relevant, als volgt:

"1. Een handelaar als bedoeld in artikel 230g, eerste lid, onderdeel b, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (<https://wetten.overheid.nl/jci1.3:c:BWBR0005289&artikel=230g&g=2019-03-29&z=2019-03-29>), die een overeenkomst aangaat waarop Afdeling 2B van Titel 5 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (<https://wetten.overheid.nl/jci1.3:c:BWBR0005289&afdeling=2b&g=2019-03-29&z=2019-03-29>) van toepassing is, neemt de bepalingen van die afdeling in acht.
(...)"

5.3. Artikel 6:230g, van het BW, opgenomen in Afdeling 2B van Titel 5 van Boek 6 van dit wetboek, luidt, voor zover hier relevant, als volgt:

"(...)

1. In deze afdeling wordt verstaan onder:

(...)

c. consumentenkoop: de overeenkomst bedoeld in artikel 5 lid 1 van Boek 7;

d. overeenkomst tot het verrichten van diensten: iedere andere overeenkomst dan een consumentenkoop, waarbij de handelaar zich jegens de consument verbindt een dienst te verrichten en de consument zich verbindt een prijs te betalen;

e. overeenkomst op afstand: de overeenkomst die tussen de handelaar en de consument wordt gesloten in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand zonder gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van handelaar en con-

sument en waarbij, tot een met het moment van het sluiten van de overeenkomst, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer middelen voor communicatie op afstand."

6.1. Over de periode waarin de gestelde overtreding van de terugbetalingsverplichting is geconstateerd, overweegt het College dat volgens het besluit van 28 september 2016 in het onderzoeksrapport is geconstateerd dat naam 1 artikel 8.2a van de Whc heeft overtreden door:

"(...)

(ii) in ieder geval in de periode van 19 maart 2015 tot 24 juli 2015 in strijd te handelen met artikel 6:230r, eerste lid, BW door consumenten niet volledig terug te betalen nadat zij hun overeenkomst op afstand hadden ontbonden."

6.2. Op 19 en 23 maart en 1 april 2015 hebben onderzoekers van een onderzoeksbureau in opdracht van de Consumentenbond bestellingen geplaatst bij naam 1. Deze bestellingen zijn als retour aangemeld op de website van naam 1 op respectievelijk 25 en 31 maart en 9 april 2015 en vervolgens aan naam 1 teruggezonden. Dat leidde voor naam 1 tot een verplichting tot terugbetaling uiterlijk 14 dagen na de ontbinding van de koop op afstand. De retourzending van de laatste bestelling vond plaats op 9 april 2015. Dit heeft tot gevolg dat de laatste overtreding van naam 1 plaatsvond 15 dagen na 9 april 2015, te weten op 24 april 2015. Gelet op het bovenstaande is het College van oordeel dat, anders dan ACM in haar besluit van 28 september 2016 heeft vastgesteld en anders dan de rechtbank in de aangevallen uitspraak heeft overwogen, de gestelde overtreding van de terugbetalingsverplichting heeft plaatsgevonden tussen 19 maart 2015 en 24 april 2015.

6.3. De vraag is of ACM onder de gelding van artikel 8.2a van de Whc, zoals dat luidde tot 19 juni 2015, bevoegd was om handhavend op te treden vanwege het niet-naleven van regels omtrent de overeenkomst op afstand. Het College beantwoordt deze vraag ontkennend. Nu in artikel 8.2a van de Whc uitsluitend wordt verwezen naar artikel 6:230g, eerste lid, onderdelen c en d, van het BW en niet naar de in dit artikellid, onder e afzonderlijk opgenomen overeenkomst op afstand, kan daaraan geen andere uitleg worden gegeven in het licht van artikel 5:4 van de Awb dan dat de in artikel 8:2a van de Whc neergelegde verplichting zich tot 19 juni 2015 niet mede uitstrekte tot laatstgenoemde overeenkomst. De omstandigheid dat de overeenkomst op afstand, voor zover betrekking hebbend op de verkoop van roerende zaken, ook kan worden aangemerkt als een consumentenkoop, doet daaraan niet af in het kader van de toetsing aan artikel 5:4 van de Awb. Als het de bedoeling van de wetgever was

geweest om ook deze categorie van overeenkomsten onder de werking van artikel 8.2a van de Whc te laten vallen, had dit uitdrukkelijk uit de bewoordingen van de wet moeten blijken. Pas vanaf 19 juni 2015 heeft de wetgever ook de overeenkomst op afstand uitdrukkelijk onder de werking van artikel 8:2a van de Whc gebracht. De conclusie is dat tot die datum het niet naleven van de bepalingen van Afdeling 2B van Titel 5 van Boek 6 van het BW ten aanzien van overeenkomsten op afstand geen overtreding oplevert van artikel 8.2a van de Whc. Gelet op artikel 5:4 van de Awb was ACM in zoverre niet bevoegd handhavend op te treden.

6.4. De hogerberoepsgrond slaagt. ACM was niet bevoegd om jegens naam 1 handhavend op te treden ten aanzien van de terugbetalingsverplichting. De daarvoor opgelegde boete zal worden vernietigd.

Overtreding van de informatieverplichting – gelijkheidsbeginsel en verbod van willekeur

7.1. ACM heeft in hoger beroep aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door naam 1 niet en 40 andere modewebwinkels wel te waarschuwen, alvorens over te gaan tot boeteoplegging. ACM heeft in dit verband betoogd dat zij bij de aanpak van de problemen bij webwinkels op het gebied van het ontbindingsrecht heeft gekozen voor een strategie van communicatie gecombineerd met handhaving. Daarbij was sprake van een gefaseerde instrumentkeuze. Op die manier werden zoveel mogelijk webwinkels bereikt. Dat betekende in dit geval dat ACM algemene en ook meer specifieke voorlichting gaf over de wettelijke verplichting, vervolgens een geselecteerde groep webwinkels waarschuwde en ten slotte overging tot een formeel handhavingstraject bij een beperkt aantal webwinkels dat ondanks eerdere voorlichting van de ACM nog steeds niet voldeed aan de wettelijke verplichtingen. ACM stelt dat de rechtbank ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden indien in geval van een identieke overtreding niet een identiek handhavingsinstrument wordt gekozen. Bij de vraag of het gelijkheidsbeginsel is geschonden gaat het, aldus ACM, om de maatstaf of gelijke gevallen ongelijk zijn behandeld. In het onderhavige geval is volgens ACM geen sprake van gelijke gevallen. ACM heeft daartoe betoogd dat naam 1 niet alleen op basis van een afstemming met de Consumentenbond niet is gewaarschuwd, maar ook omdat naam 1 niet behoorde tot de groep van 40 webwinkels die aan de hand van bepaalde criteria waren geselecteerd voor een individuele waarschuwing tijdens de zogenoemde waarschuwingsdag. De situatie van

naam 1 was bovendien anders dan de situatie van de 40 individueel gewaarschuwde winkels. Anders dan die 40 webwinkels was naam 1 betrokken in het Praktijkonderzoek 2015 van de Consumentenbond en had naam 1 derhalve mogelijk meer overtredingen begaan. En als naam 1 slecht zou scoren in het Praktijkonderzoek 2015 zou naam 1 reeds voor hoor en wederhoor door de consumentenbond worden benaderd.

7.2. Zoals het College eerder heeft geoordeeld (ECLI:NL:CBB:2018:145) dient een bestuursorgaan bij de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Het College is van oordeel dat uit de uitspraak van de rechtbank niet volgt dat zij als maatstaf heeft gehanteerd dat ACM bij (elke) identieke overtreding voor een identiek sanctiemiddel dient te kiezen, zoals ACM in hoger beroep meent. In zoverre berust het hoger beroep niet op een juiste lezing van de bestreden uitspraak. De rechtbank is niet uitgegaan van een onjuiste maatstaf. Zij heeft geoordeeld dat ACM gelijke gevallen ongelijk heeft behandeld door een aantal webwinkels wel te waarschuwen zodat zij hun handelwijze konden aanpassen, maar naam 1 niet. Zoals het College al eerder heeft geoordeeld (ECLI:NL:CBB:2018:401) strekt het gelijkheidsbeginsel in het kader van het opleggen van bestuurlijke boetes niet zover dat de bevoegdheid tot het opleggen ervan onrechtmatig is uitgeoefend alleen omdat een eventuele andere overtreder niet is beboet. Dat kan anders komen te liggen als sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen die duidt op willekeur in de handhavingspraktijk van het bevoegde bestuursorgaan. Om dit te kunnen toetsen, dient ACM inzichtelijk te maken waarom zij in het ene geval wel en in het andere geval geen gebruik heeft gemaakt van haar boetebevoegdheid (ECLI:NL:CBB:2016:104).

7.3. Ter beoordeling staat derhalve of ACM op een zodanig consistente wijze gebruik heeft gemaakt van de haar toekomende handhavingsbevoegdheden dat zij niet in strijd met het verbod van willekeur heeft gehandeld. De rechtbank heeft met juistheid geoordeeld dat ACM in strijd met dit verbod heeft gehandeld door na de constatering van de overtreding van de informatieverplichting door naam 1 tot handhaving over te gaan zonder naam 1 eerst te waarschuwen, terwijl ACM 40 andere webwinkels, waarvan ACM eveneens heeft geconstateerd dat zij de informatieverplichting overtraden, wél eerst heeft gewaarschuwd teneinde die webwinkels in de gelegenheid te stellen om de overtreding te beëindigen. Het gegeven dat naam 1 wel en die 40 andere webwinkels niet waren betrokken in het Praktijkonderzoek 2015 van de Consumentenbond maakt niet dat sprake is van een rele-

vant onderscheid, omdat de Consumentenbond zelfstandig onderzoek deed voor eigen doeleinden en niet ten behoeve van het controle- en handhavingsbeleid van ACM. De omstandigheid dat de Consumentenbond de onderzoeksresultaten deelde met ACM maakt dat niet anders. Het College onderschrijft ook de conclusie van de rechtbank dat de e-mail die het in opdracht van de Consumentenbond ingeschakelde onderzoeksbureau aan naam 1 heeft gezonden, waarbij naam 1 in de gelegenheid werd gesteld om te reageren op de onderzoeksresultaten, onder de mededeling dat het mogelijk was dat (een deel van) die reactie in een in de Consumentengids te publiceren artikel zou worden opgenomen, niet gelijkgesteld kan worden met een formele, door ACM of een van haar toezichhouders gegeven waarschuwing. Daarom is betrokkenheid bij het onderzoek van de Consumentenbond geen rechtvaardiging om een webwinkel niet te selecteren voor het geven van een waarschuwing, ook voor zover het aantal op de Nederlandse markt actieve webwinkels een selectie op zichzelf noodzakelijk en rechtens aanvaardbaar maakt. De stelling van ACM dat uit de resultaten van voornoemd Praktijkonderzoek 2015 bleek dat naam 1 tevens niet in overeenstemming met de terugbetalingsverplichting handelde maakt evenmin dat sprake is van een relevant onderscheid, nu geenszins vast staat dat al de 40 wel gewaarschuwde webwinkels wél de leveringskosten aan hun cliënten terugbetaalden. Immers, ACM heeft niet onderzocht of die 40 webwinkels in overeenstemming met de terugbetalingsverplichting handelden.

7.4. Dit betekent dat de rechtbank terecht tot gegrondverklaring van het beroep van naam 1 en vernietiging van dit onderdeel van het bestreden besluit van 28 september 2016 is overgegaan. Het hoger beroep van ACM faalt.

Slotsom

8. Het hoger beroep van naam 1 is gegrond. Het hoger beroep van ACM is ongegrond. Het College zal de aangevallen uitspraak vernietigen voor zover deze de oplegging van een bestuurlijke boete van € 108.000 betreft wegens de overtreding van de terugbetalingsverplichting. Het College zal voorts het in beroep bestreden besluit van 28 september 2016 vernietigen.

9. Het College zal ACM in de door naam 1 gemaakte proceskosten veroordelen. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 2.304 (1 punt voor het indienen van het hogerberoepschrift, 1 punt voor de reactie op het hogerberoepschrift van ACM en 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij het College, met een waarde per punt van € 512 en een wegingsfactor 1,5).

10. Op grond van artikel 8:109, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt van ACM een griffierecht van € 508 geheven.

Beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover daarbij het beroep tegen de oplegging van een bestuurlijke boete van € 108.000 wegens overtreding van de terugbetalingsverplichting ongegrond is verklaard;
- verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep van naam 1 voor wat betreft de oplegging van een bestuurlijke boete van € 108.000 wegens overtreding van de terugbetalingsverplichting gegrond en vernietigt het besluit van ACM van 28 september 2016;
- draagt ACM op het betaalde griffierecht van € 508 aan naam 1 te vergoeden;
- bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van naam 1 tot een bedrag van € 2.304;
- bepaalt dat van ACM een griffierecht van € 508 zal worden geheven.

Noot

ACM had een webwinkel in onder meer sportartikelen op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) een bestuurlijke boete opgelegd wegens schending van een informatieverplichting en een terugbetalingsverplichting. De geconstateerde overtredingen bestonden naast het voorschrijven van het gebruik van een retourformulier met name in het niet of niet tijdig terugbetalen van verzendkosten (ad € 2,95 bij aankopen beneden € 30; bij een omzet van enige omvang kan het voordeel voor de webwinkel dan behoorlijk oplopen). In het – rechtstreekse – beroep bij de Rechtbank Rotterdam draaide het om twee vragen: was ACM gelet op het legaliteitsbeginsel bevoegd tot het opleggen van de bestuurlijke boete en, zo ja, heeft ACM bij het opleggen van de bestuurlijke boete conform het gelijkheidsbeginsel gehandeld? Zie Rb. Rotterdam december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9657. In de rechtbankprocedure was voorts de vraag in geding of ACM op rechtmatige wijze bewijsmateriaal had verkregen door gebruik te maken van door de Consumentenbond verzamelde gegevens. Volgens de rechtbank is sprake van rechtmatig verkregen bewijs, tenminste niet van bewijs dat “is verkregen op een wijze die zodanig indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar

moet worden geacht". Hierbij is van belang dat ACM de van de Consumentenbond verkregen gegevens, door als 'mystery guest' op te treden ook zelf had kunnen verzamelen. Omdat het in hoger beroep niet meer aan de orde is, laten wij dit bewijsrechtelijke aspect verder rusten: in deze noot gaan wij kort in op het legaliteitsaspect en, uitvoeriger, op de impact van het gelijkheidsbeginsel bij het opleggen van bestuurlijke boetes. Dit mede in vergelijking met herstelsancties. Zie hierover ook de annotatie onder de volgende uitspraak.

Het legaliteitsbeginsel betreft het vereiste van een wettelijke grondslag voor het opleggen van een bestuurlijke sanctie en het daarmee samenhangende vereiste van het verbod van terugwerkende kracht (art. 5:4 lid 1 resp. lid 2 Awb). De vraag was of ten tijde van hun vaststelling de betrokken gedragingen een overtreding vormden waarop een bestuurlijke boete staat. Meer in het bijzonder ging het om de vraag of artikel 8.2a Whc zoals dit indertijd luidde naast de consumentenkoop (art. 6:230g lid 1 aanhef en onder c BW) en de overeenkomst tot het verrichten van diensten (art. 6:230g lid 1 aanhef en onder d BW) tevens betrekking heeft op de overeenkomst op afstand (art. 6:230g lid 1 aanhef en onder e BW). Volgens ACM en de rechtbank wel. Voor haar oordeel steunt de rechtbank in sterke mate op de toepasselijke Europese richtlijn en de Implementatiewet richtlijn consumentenrechten. Het CbB vaart een andere koers. Dit college betwist niet dat onder het begrip consumentenkoop ook de koop op afstand kan worden begrepen. Omdat het volgens ACM geschonden artikel 8.2a Whc alleen naar art. 6:230g lid 1 aanhef en onder c en d BW verwees, kon het CbB op basis van de methode van grammaticale interpretatie echter zonder omwegen tot het oordeel komen dat de bevoegdheid ontbreekt tot het opleggen van een bestuurlijke boete voor schending van de terugbetalingsverplichting in het kader van de overeenkomst op afstand. Door daarvoor toch een bestuurlijke boete op te leggen, heeft ACM gehandeld in strijd met het legaliteitsbeginsel en, meer specifiek, artikel 5:4 Awb. Dat de koop op afstand (zowel Europeesrechtelijk als privaatrechtelijk) als een species van consumentenkoop kan worden beschouwd, doet hier niet aan af: bepalend is wat in wetgeving als beboetbaar feit wordt aange merkt. Andere interpretatiemethoden zouden tot een andere uitkomst kunnen leiden. Met zijn uitspraak onderstreept het CbB dat waar het legaliteitsbeginsel extra gewicht toekomt, zoals in de sfeer van bestuurlijke sancties, de methode van grammaticale interpretatie ofwel de tekst van de wet prevaleert.

Dan de tweede vraag: heeft ACM bij het opleggen van de bestuurlijke boete conform het gelijkheidsbeginsel gehandeld? De rechtbank heeft volgens het CbB terecht geoordeeld dat ACM in strijd met het verbod van willekeur heeft gehandeld door na de constatering van de overtreding van de informatieverplichting tot handhaving over te gaan zonder het bedrijf eerst te waarschuwen, terwijl ACM 40 andere webwinkels, waarvan ACM eveneens heeft geconstateerd dat zij de informatieverplichting overtraden, wél eerst heeft gewaarschuwd teneinde die webwinkels in de gelegenheid te stellen om de overtreding te beëindigen. Een duidelijk geval, kortom, waarbij gelijke gevallen niet gelijk zijn behandeld, althans niet voldoende kan worden toegelicht waarom het objectief gerechtvaardigd is dat de gevallen ongelijk zijn behandeld.

Zoals reeds bekend is vanuit de jurisprudentie en ook volgt uit de onderhavige uitspraak, komt bestuursorganen veel vrijheid toe om keuzes te maken met betrekking tot de handhaving en het stellen van prioriteiten. Dit betreft in het algemeen zowel het al dan niet opleggen van een sanctie en het type op te leggen sanctie als voor het daaraan voorafgaand houden van toezicht op de naleving van regels en voorschriften, en geldt voor zowel herstelsancties als bestuurlijke boetes (zoals aan de orde in de CbB-uitspraak). Aansluitend bij eerdere eigen jurisprudentie, zet het CbB in de onderhavige uitspraak nogmaals duidelijk uiteen welke gevolgen het gelijkheidsbeginsel voor handhavingzaken heeft. Zo oordeelt het CbB dat uit het gelijkheidsbeginsel niet volgt dat het bestuursorgaan bij (elke) identieke overtreding voor een identiek sanctiemiddel dient te kiezen. Ook strekt het gelijkheidsbeginsel in het kader van het opleggen van bestuurlijke boetes niet zo ver dat de bevoegdheid tot het opleggen ervan onrechtmatig is uitgeoefend alleen omdat een eventuele andere overtreder niet is beboet. Dat kan anders komen te liggen als sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen die duidt op willekeur in de handhavingpraktijk van het bevoegde bestuursorgaan. Om dit in de onderhavige zaak te kunnen toetsen, dient ACM volgens het CbB inzichtelijk te maken waarom zij in het ene geval wel en in het andere geval geen gebruik heeft gemaakt van haar boetebevoegdheid. En op dit punt gaat het mis in deze zaak. Het is niet zonder meer ongeoorloofd om sommige overtreders eerst een waarschuwing te geven en andere voor hetzelfde vergrijp meteen een boete op te leggen, maar voor dit verschil moet wel een rechtvaardiging bestaan. Het moet met andere woorden goed worden gemotiveerd waarom dit onderscheid wordt gemaakt. Waar bestuursorganen veel vrijheid toekomt om keuzes te maken met betrekking tot de handhaving en het stellen van prioriteiten

gelden er dus, tegen de achtergrond van het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur, niet licht te nemen eisen van zorgvuldigheid en motivering. Dit betreft zowel bestuurlijke boetes als herstel sancties. In de noot onder de volgende uitspraak gaan we hier nader op in.
H.E. Bröring en A. Outhuijse

AB 2020/399

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

17 juni 2020, nr. 201905124/1/R2

(Mr. P.H.A. Knol)

m.nt. H.E. Bröring en A. Outhuijse*

Art. 2.3a lid 1 Wabo; art. 8 lid 1 bijlage II Bor

ECLI:NL:RVS:2020:1410

Leidt een verzoek van een belanghebbende tot het nemen van een sanctiebesluit, dan levert dat op zichzelf geen strijd met het gelijkheidsbeginsel op ten opzichte van gevallen waarin niet om handhaving is verzocht en geen sanctiebesluit is genomen.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in bijvoorbeeld de uitspraak van 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1982, en de uitspraak van 1 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1425, mag handhavingsbeleid er niet toe strekken dat tegen overtredingen met een lage prioriteit nimmer wordt opgetreden. Dit betekent echter niet dat bij de handhaving geen prioriteiten mogen worden gesteld. Prioriteitstelling is toegestaan om in het kader van doelmatige handhaving onderscheid te maken in de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de handhavingstaak. Zo kan prioritering bepalend zijn voor de mate waarin toezicht wordt gehouden op de naleving van voorschriften. Ook mag prioritering inhouden dat bij bepaalde lichte overtredingen alleen naar aanleiding van een klacht of een verzoek van een belanghebbende wordt beoordeeld of handhavend moet worden opgetreden. Wanneer door een belanghebbende om handhaving wordt verzocht, kan echter niet uitsluitend onder verwijzing naar de prioriteitstelling van handhaving worden afgezien. Alleen onder bijzondere omstandigheden immers mag van handhaving worden afgezien. De keuze van een bestuursorgaan om in verband met een beperkte handhavingscapaciteit een bepaalde overtreding een lage prioriteit toe te kennen, geldt niet als een bijzondere omstandigheid. Het orgaan zal dus na een verzoek om handhaving een afweging moeten maken in het individuele

geval, waarbij de belangen van de verzoeker worden betrokken. Bij deze afweging moet het bestuursorgaan bezien of het ondanks de prioritering in dit geval toch moet optreden.

Het resultaat van die afweging kan zijn dat van handhaving wordt afgezien, gelet op het karakter van het overtreden voorschrift, het daarbij betrokken algemene belang en de belangen van de verzoeker. Leidt de naar aanleiding van een verzoek van een belanghebbende uitgevoerde beoordeling of handhavend moet worden opgetreden daarentegen tot het nemen van een sanctiebesluit, dan levert dat op zichzelf geen strijd met het gelijkheidsbeginsel op ten opzichte van gevallen waarin niet om handhaving is verzocht en geen sanctiebesluit is genomen. In die gevallen doet zich immers niet de omstandigheid voor dat een verzoek is gedaan waarmee in de bestuurlijke afweging rekening moet worden gehouden.

Uitspraak op het hoger beroep van appellant, tegen de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 22 mei 2019 in zaak nr. 18/2749 in het geding tussen:

Appellant,

en

Het college van burgemeester en wethouders van Gemert-Bakel.

Procesverloop

Bij besluit van 9 februari 2018 heeft het college appellant onder oplegging van een dwangsom gelast om een recreatieverblijf en een vrijstaande berging met aangebouwde overkapping aan de locatie 1 te Handel, gemeente Gemert-Bakel (hierna: het perceel), te verwijderen en verwijderd te houden.

Bij besluit van 18 september 2018 heeft het college het door appellant daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard en het besluit van 9 februari 2018, onder verbetering van de motivering daarvan, in stand gelaten.

Bij uitspraak van 22 mei 2019 heeft de rechtbank het door appellant daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft appellant hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 12 mei 2020, waar appellant, bijgestaan door mr. drs. F.K. van den Akker, advocaat te Eindhoven, en het college, vertegenwoordigd door mr. P. Fermont, zijn verschenen. Voorts is ter zitting Wind Mee Exploitatie Onroerend Goed B.V., vertegenwoordigd door gemachtigde, gehoord.

* A. Outhuijse is advocaat bij Stibbe.