



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

Hage, C.A.

Citation

Hage, C. A. (2017, December 13). *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*. Meijers-reeks. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57986>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57986>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/57986> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Hage, C.A.

Title: Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

Issue Date: 2017-12-13

4 | De ACM als handhaver van privaatrecht in het consumentenrecht

4.1 INLEIDING

Er is geen ontkomen aan, we zijn allemaal in een bepaalde vorm consument. Dit kan zijn doordat we een brood kopen, in het ziekenhuis zorg ontvangen, een verzekering afsluiten of op internet een droomreis boeken. Consumenten kopen, gebruiken of verbruiken producten en diensten. Aan dit kopen, gebruiken en/of verbruiken zijn wel allerlei gevaren verbonden. Krijgt de consument het gekochte product wel (tijdig) geleverd, is de verkoper wel betrouwbaar, wat staat er in de ‘kleine lettertjes’ en wat te doen als het product niet blijkt te deugen?

In Nederland zijn er veel regels die de consument beogen te beschermen. In de wet wordt het begrip consument echter niet eenduidig gedefinieerd. In het BW zijn verschillende definities te vinden die zijn toegespitst op de verschillende regelingen. Over het algemeen kan worden gesteld dat de consument wordt gezien als de zwakkere partij die bescherming behoeft jegens professionele partijen.¹ Een voorbeeld van een definitie van het begrip consument is te vinden in artikel 6:193a lid 1 sub a BW, waar een consument wordt gedefinieerd als

‘een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf’.

De consumentenbescherming hangt dan ook samen met de juridische en economische ongelijkwaardige verhouding tussen professionele aanbieders enerzijds en consumenten anderzijds.² Hierbij dient gedacht te worden aan imperfecte marktomstandigheden (onder meer openlijke en gesloten machtsposities),³ aan een tekort aan keuzemogelijkheden en aan onvoldoende informatie- en vergelijkingsmogelijkheden. De consument loopt hierdoor het risico dat de prijs die betaald moet worden te hoog is.⁴ Wanneer er geen open en evenwichtige concurrentie op de markt is en het aantal aanbieders te

1 J.G.J. Rinkes, ‘De consument als zwakke partij’, *AA* 2009/6, p. 381.

2 J.G.J. Rinkes, ‘Europees Consumentenrecht’, in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris B.V. 2015, p. 34.

3 Zie ook R.R.R. Hardy, *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht* (diss. Maastricht), Den Haag: BJu 2009, p. 235.

4 Rinkes 2009, p. 381.

beperkt is, ontbreekt het *level playing field*.⁵ Het consumentenrecht kan, in relatie tot het herstellen van dit evenwicht, worden omschreven als

‘het geheel van normen, regels en instrumenten dat de verwezenlijking op juridisch niveau vormt van verschillende initiatieven die betrekking hebben op het waarborgen of vermeerderen van de bescherming van consumenten op de economische markt’.⁶

De consumentenregels zijn veelal dwingendrechtelijk van aard en staan geen afwijking toe in het nadeel van de consument. Als gevolg van het grote aantal dwingendrechtelijke regels, wordt het consumentenrecht ook wel de harde kern van het privaatrecht genoemd.⁷

De consumentenregels dienen te worden gehandhaafd. Deze handhaving kan door de consument zelf, een belangenorganisatie of door een (onafhankelijke) derde geschieden. De handhaving van consumentenrechten loopt door de verschillende rechtsgebieden heen. Zowel in het privaatrecht, het strafrecht als het bestuursrecht zijn regels opgenomen die de rechten van de consument beogen te beschermen. Een vierde type van handhaving is de zogenaamde zelfregulering.⁸ Kenmerkend voor het consumentenrecht is dat veel normen zijn ontwikkeld door particuliere organisaties.⁹ Gedacht kan worden aan algemene voorwaarden opgesteld door brancheverenigingen en geschillenregelingen voor bepaalde sectoren.

De doelstellingen van handhaving kunnen in de verschillende rechtsgebieden verschillen.¹⁰ In het privaatrecht is het doel om compensatie voor geleden schade van de individuele consument te bewerkstelligen. In het bestuursrecht ligt de nadruk van het handhavingskader meer op het voorkomen van overtredingen, oftewel de regels en de sancties op de overtreding daarvan, dienen een afschrikwekkende werking te hebben. Om de bestuursrechtelijke handhaving van de regels beter te waarborgen is de Consumentenautoriteit opgericht.¹¹ Per 1 april 2013 is de Consumentenautoriteit opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De aandacht in dit hoofdstuk zal met name uitgaan naar de publiekrechtelijke toezichthouder ACM die met bestuursrechtelijke bevoegdheden het privaatrechtelijke consumentenrecht handhaaft.

5 Rinkes 2009, p. 381.

6 Rinkes 2009, 382.

7 J.G.J. Rinkes, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector: een consumentenrechtelijk perspectief* (preadvies), Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2010, p. 9.

8 Zie ook Rinkes 2009, p. 383.

9 E.H. Hondius, *Consumentenrecht*, Monografieën Nieuw BW, A8, Deventer: Kluwer 1992, p. 2.

10 Cafaggi & Micklitz 2009, p. 2 en 3.

11 De Consumentenautoriteit is met de inwerkingtreding van Verordening nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004, *PbEu* 2004, L 364/1, ingesteld.

In dit hoofdstuk zullen eerst de achtergrond en het ontstaan van het consumentenrecht worden besproken. Vervolgens zal de relevante regelgeving worden uiteengezet (paragraaf 4.3). In de volgende paragraaf staat het toezicht op de consumentenbescherming door de ACM centraal (paragraaf 4.4). Aan de hand van besluiten van de voormalige Consumentenautoriteit en de ACM zal geanalyseerd worden hoe de ACM privaatrechtelijk gearde regels van het consumentenrecht toepast. De uitleg en toepassing van deze privaatrechtelijke gearde regels wordt vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter. Beoordeeld wordt de wijze waarop bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zich tot elkaar verhouden en, waar mogelijk, worden suggesties gedaan om eventuele fricties te verminderen. (paragraaf 4.5). Ten slotte volgt een conclusie aan de hand van de analyse en problematisering, waarmee antwoord wordt gegeven op de hoofd- en deelvragen van dit onderzoek (paragraaf 4.6).

4.2 ACHTERGROND CONSUMENTENBESCHERMING

4.2.1 Beginfase consumentenbescherming

De term consumentenrecht is relatief jong en is uit Amerika zijn overgevaaid.¹² Met de opkomst van het 'consumentisme' komen ook de consumentenorganisaties op.¹³ Deze zijn, door hun krachtige lobby, van grote invloed geweest op de ontwikkeling en invoering van consumentenbeschermende wetgeving.¹⁴ Geïnspireerd door de ontwikkelingen in de Verenigde Staten heeft de Raad van Ministers op Europees niveau in 1975 een 'Eerste programma van de Europese gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument' aangenomen.¹⁵ Dit programma heeft tot doel de gezondheid, veiligheid en economische belangen van consumenten te beschermen.¹⁶

Het consumentenrecht heeft zich sindsdien snel ontwikkeld. Deze ontwikkeling is met name te verklaren door de (Europese) druk van de toenemende

12 Zie onder meer E.H. Hondius, 'De innoverende functie van het consumentenrecht', *MvV* 2011/7.1, p.181. Er wordt ook gedoeld op de speech van John F. Kennedy *Special Message on Protecting the Consumer Interest* (15 maart 1962), waarin vier rechten voor consumenten worden geformuleerd (the right to safety, the right to be informed, the right to choose en the right to be heard) <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>.

13 De Consumentenbond is opgericht op 14 januari 1954, Stichting de Ombudsman is opgericht in 1972 en Vereniging Eigen Huis in 1974.

14 G.J. Rijken, 'Ontstaan en positie van het consumentenrecht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris B.V. 2015, p. 22.

15 *Pb.* nr. C 092/1 van 25 april 1975.

16 Zie onder meer Hondius 2011, p. 181 en M.I.A. Schlaghecke-Bouman, 'De invloed van de EEG op consumentenaangelegenheden', *TvC* 1987/1, p. 24.

marktintegratie en de complexiteit van de steeds meer samenhangende markten.¹⁷ De gedachte vanuit Europa is dat de realisatie van één interne Europese markt uiteindelijk goed is voor alle consumenten. De verwezenlijking van de interne markt en het consumentenrecht hangen dan ook nauw samen. Vertrouwen van consumenten in de markt en in de te verhandelen goederen is noodzakelijk voor communautaire investeringen door consumenten. Consumentenbescherming reguleert de toegang van producten en diensten tot de markten door het stellen van bijvoorbeeld kwaliteitseisen en informatieplichten. Hiermee dient de veiligheid en het vertrouwen van de consumenten in de markten gewaarborgd te blijven. In paragraaf 4.2.2 wordt hier nader op ingegaan.

4.2.2 Europees consumentenrecht

Het Europese consumentenrecht is een uitvloeisel van het streven naar een gemeenschappelijke en later een interne markt.¹⁸ Dit streven roept vragen op over de reikwijdte van de overheidsbemoeienis en de vraag of de markt niet zelf voor de belangen van de consument kan zorgen. Zoals reeds in paragraaf 4.1 beschreven worden consumenten gezien als 'de zwakkere partij' waarbij sommige consumenten in bepaalde situaties als extra zwak worden beschouwd. Gedacht kan worden aan ouderen, lager opgeleiden of mindervaliden.

Het Europese mededingingsrecht en de consumentenbescherming hangen sterk met elkaar samen. De consument wordt gezien als degene die uiteindelijk moet profiteren van perfecte mededinging.¹⁹ Een 'sterke', goed geïnformeerde consument is de motor van de economie. Consumenten zijn met hun bestedingen goed voor 58 procent van het Bruto Binnenlands Product (BBP) van de EU.²⁰ Consumentenbescherming vervult zowel een functie bij het verwezenlijken van de doelstellingen van de EU, het welzijn van de Europeanen, als het tot stand brengen van een Gemeenschappelijke markt.²¹ De Europese Commissie verwoordt het, in relatie tot de verwezenlijking van een verbeterd welzijn zo:

'Het tot stand brengen van een grote interne markt is een middel en niet het doel van de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap. De "vier vrijheden", nl. vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal, zijn er, evenals de

17 F. Cafaggi & H.W. Micklitz, *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Oxford: Intersentia 2009, p. 1.

18 M. de Witte & A. Vermeersch, *Europees consumentenrecht*, Apeldoorn: Maklu 2004, p. 13.

19 H.W. Micklitz e.a., *Consumer Law*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 3.

20 Micklitz e.a. 2010, p. 18.

21 Mededeling van de Commissie aan de Raad: Een nieuwe impuls voor het beleid inzake consumentenbescherming van 26 juni 1985, COM (85) 314, p. 8.

mededingingsregels, op gericht om te voorzien in de behoefte van de burger in zijn economische en andere bedrijvigheid.²²

Met betrekking tot de Gemeenschappelijke Markt heeft consumentenbescherming een andere functie:

‘Goederen die aan de consument niet in redelijke mate waar voor zijn geld geven zijn een slechte investering. Goederen die daarentegen een goed geïnformeerde consument tevreden stellen en hun geld waard zijn schenken de consument vertrouwen. Goederen die de naam hebben veilig en betrouwbaar te zijn veroveren zowel in als buiten de Gemeenschap de markt, en houden het communautaire marktaandeel in stand in de concurrentie tegen extra-communautaire producenten. Deze goederen zijn daarom een factor die de groei in economie en werkgelegenheid in stand houden’.²³

De uitdaging is om door middel van het creëren van een interne markt het welzijn van consumenten te verbeteren. Daarnaast dienen consumenten de markt te vertrouwen om zo de groei en de werkgelegenheid in stand te houden. Omdat consumenten dit niet alleen kunnen, aangezien hun belangen als individu vaak te klein zijn, ligt het antwoord op deze uitdagingen in het geven van mogelijkheden en middelen om consumenten te beschermen tegen risico's en bedreigingen die zij niet als individu kunnen bestrijden.²⁴

Consumentenbescherming is niet vanaf het begin een doel van de Europese Gemeenschap geweest. Na de top van 1972 in Parijs heeft de Europese Unie zich pas de belangen van de consumenten aangetrokken, met een eerste actieprogramma.²⁵ In het Verdrag van Maastricht²⁶ is in artikel 3 sub s (oud) vervolgens specifiek opgenomen dat de Gemeenschap ‘een bijdrage tot de versterking van de consumentenbescherming’ levert. Voorts is een titel consumentenbescherming ingevoerd waarmee de mogelijkheid ontstond om beleid te ontwikkelen.²⁷ In het Verdrag van Amsterdam²⁸ is dit artikel uitgebreid

22 Mededeling van de Commissie aan de Raad: Een nieuwe impuls voor het beleid inzake consumentenbescherming van 26 juni 1985, COM (85) 314, p. 8.

23 Mededeling van de Commissie aan de Raad: Een nieuwe impuls voor het beleid inzake consumentenbescherming van 26 juni 1985, COM (85) 314, p. 8.

24 Micklitz e.a. 2010, p. 19.

25 Resolutie van de Raad van 14 april 1975 betreffende een eerste programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *PB C* 92/1 van 25 april 1975.

26 Verdrag betreffende de Europese Unie, *PB C* 191 van 29 juli 1992.

27 Artikel 129 A van het toenmalige EG verdrag (na het verdrag van Maastricht).

28 Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijhorende akten, *PB C* 340 van 10 november 1997. In werking getreden op 1 mei 1999.

met het zogenaamde integratiebeginsel.²⁹ Na de wijzigingen in het Verdrag van Amsterdam zijn op het toenmalige artikel 95 (ex 100a) EU-verdrag belangrijke richtlijnen ter verbetering van de consumentenbescherming aangenomen.³⁰ De rechtvaardiging van consumentenbescherming werd nog gezocht in het interne marktbeleid.³¹ Consumentenbeschermingsmaatregelen die niet in verband waren te brengen met het vrije handelsverkeer kwamen niet op de Europese agenda.³² Met het Verdrag van Lissabon³³ is consumentenbescherming inmiddels verheven tot een grondrecht, opgenomen in artikel 38 van het Handvest voor de grondrechten. In artikel 169, eerste lid, VWEU is de consumentenbescherming als volgt omschreven:

‘Om de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, draagt de Unie bij tot de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van de consumenten als mede tot de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming, en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen.’

Dat de ontwikkelingen nog niet ten einde zijn blijkt uit het feit dat in de Verordening 254/2014 een meerjarig consumentenprogramma is vastgelegd voor de jaren 2014-2020.³⁴

Het Europese Hof van Justitie speelt ook een actieve rol in de consumentenbescherming. Een van de eerste zaken van het Europese Hof van Justitie die

29 Dit betekent dat de Gemeenschap dient bij de uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap op andere gebieden met de eisen van de consumentenbescherming rekening dient te houden (zie artikel 153 EG (oud)).

30 Voorbeelden zijn:

- Richtlijn 90/314/EEG betreffende pakketreizen, [1990] OJ L 158/59;
- Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, [1993] OJ L95/29;
- Richtlijn 94/47/EG betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat betreft bepaalde aspecten van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen [1994] OJ L 280/83;
- Richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, [1997] OJ L144/19;
- Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumentengoederen, [1999] OJ L171/12;
- Richtlijn 2001/95/EG inzake productveiligheid, [2002] OJ L11/4;
- Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, [2002] OJ L271/16.

31 P. Nebbia & T. Askham, *EU Consumer Law*, Richmond: Richmond Law & Tax Ltd 2004, p. 11.

32 Nebbia & Askham 2004, p. 11.

33 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon, 13 december 2007.

34 Verordening (EU) 254/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 tot vaststelling van een meerjarig consumentenprogramma voor de jaren 2014-2020 en tot intrekking van Besluit nr. 1926/2006/EG.

van groot belang is voor consumenten is de Cassis de Dijon-zaak.³⁵ In deze zaak worden de belangen van de consument (informerende van de consument en bescherming tegen bedrog) als rechtmatige doelstelling van de Gemeenschap erkend.³⁶ Het Europese Hof van Justitie onderstreept, onder andere in de zaak Océano³⁷ eveneens de zwakke (onderhandelings)positie en het gebrek aan informatie van de consument.³⁸ In de Heiniger-zaak³⁹ overweegt het Hof dat afwijkingen van regels die consumenten beschermen eng geïnterpreteerd moeten worden.⁴⁰ Het Hof overweegt bovendien dat consumentenbescherming boven de rechtszekerheid kan gaan.⁴¹

De beschreven ontwikkelingen tonen aan dat de consumentenbescherming, aanvankelijk niet eens vermeld in het Verdrag van Rome,⁴² uiteindelijk een belangrijke onafhankelijke plek heeft verworven binnen het Europese recht.⁴³

4.2.3 Consumentenrecht en het beginsel van vrije zelfbeschikking

Het consumentenrecht is een complex en gelaagd veld van regels. Naast de privaatrechtelijk gearde regels en middelen tot handhaving van het consumentenrecht is er ook de bestuursrechtelijke op Europese regelgeving gestoelde handhaving. Deze bestuursrechtelijke regels dienen meerdere doelen, zijn grensoverschrijdend en kennen een actieve overheidsbemoeienis. De vraag kan met recht gesteld worden of het consumentenrecht nog wel onder het privaatrecht kan worden geschaard. Door zwakke partijen te beschermen komt het recht van vrije zelfbeschikking, kenmerkend voor het privaatrecht, immers onder druk te staan. Contractvrijheid is uiteindelijk één van de pijlers van het privaatrecht. Een oplossing kan niet worden gevonden in de *iustum pretium*-leer. De *iustum pretium*-leer is, zoals beschreven in paragraaf 2.2.1.2, niet als zodanig aanvaard in het Burgerlijk Wetboek.⁴⁴ Een overeenkomst met onge-

35 HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 [1979] ECR I-649 (*Cassis de Dijon*).

36 Zie p. 657 en 659.

37 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346, [2000] ECR I -4941 (*Océano Grupo*), par. 25.

38 Zie ook onder meer: HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006: 675, [2006] ECR I-10421 (*Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium*).

39 HvJ EG 13 december 2001, C-481/99, ECLI:EU:C:2001:684, [2001] ECR I-9945 (*Heiniger/Bayerische Hypothekenbank*).

40 Zie par. 31.

41 Zie par. 47.

42 Verdrag tot oprichting van de EEG, 25 maart 1957 (Verdrag van Rome).

43 Zie voor een inventarisatie B. Kas & H.W. Micklitz, 'Overview of Cases Before the CJEU on European Consumer Contract Law (2009-2013): part I', *ERCL* 2014, Vol. 10, No. 2, pp. 189-257.

44 Zie bijv. F.W. Grosheide, 'Iustum Pretium, enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid', *WPNR* 1996/6227, p. 426. Om deze redenen worden kernbedingen in artikel 6:231 BW uitgezonderd van de algemene voorwaarden, zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p.1521 (MvT).

lijkwaardige tegenprestaties kan normaliter niet om het enkele feit dat de prestaties over en weer onevenwichtig zijn, worden aangetast.

Als echter geen sprake is van gelijkheid in economische zin en/of in technische kennis dan is er geen daadwerkelijke contractvrijheid.⁴⁵ Reële contractvrijheid veronderstelt gelijkwaardigheid van partijen en als deze ontbreekt is er geen sprake van daadwerkelijke vrijheid. Deze ongelijkheid van partijen mondt vaak uit in een overeenkomst waarin geen inhoudelijk evenwicht bestaat. Daarom is ook ingezet op de bestrijding van de ongelijke onderhandelingspositie van partijen in de precontractuele fase.⁴⁶ Het doel is contractvrijheid en het middel daartoe kan 'dwang' zijn.⁴⁷

Door de zelfbeschikking van de marktpartijen centraal te stellen blijft het consumentenrecht ingebed in het (algemene) privaatrecht.⁴⁸ Het recht op vrije economische zelfbeschikking komt aan alle marktdeelnemers toe en door dit te erkennen wordt vermeden dat aan de consument een algemene uitzonderingspositie wordt toegekend.⁴⁹ Naarmate de consument meer als een zwakke contractspartij wordt gezien die ondersteuning verdient, wordt het consumentenrecht echter wel meer een zelfstandig rechtsgebied.⁵⁰

Gezien de zeer gedetailleerde regelgeving in combinatie met de bestuursrechtelijke handhaving doet de poging om het consumentenrecht voor het privaatrecht te behouden enigszins krampachtig aan.⁵¹ Uit de casestudy zal volgen dat bijvoorbeeld de regelgeving inzake misleidende handelspraktijken wetgeving is met een sterk punitief karakter die in het burgerlijk recht is 'opgenomen'. Door dit punitieve karakter doet de regelgeving bestuursrechtelijk aan.

45 E. Swaenepoel, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 25. Zie ook O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007, p. 10.

46 Swaenepoel 2011, p. 26. Zie ook R.R.R. Hardy, 'Precontractuele informatieplichten in het EG-contractenrecht', *VrA* 2004/1.2, p. 23 en J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 28 e.v.

47 Zie in vergelijkbare zin J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 52-54.

48 Zie bijv. Swaenepoel 2011, p. 54.

49 Swaenepoel 2011, p. 54.

50 Swaenepoel 2011, p. 54. Zie ook M. Fontaine, 'Les Principes d'Unité et la protection de la partie faible' in: K. Boele-Woelki en F.W. Grosheide (red.), *The future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International Law 2007, p. 184.

51 Zie par. 4.5.3.1 e.v.

4.2.4 Conclusie

Het consumentenrecht heeft een snelle ontwikkeling doorgemaakt. Dit is met name te danken aan Europese invloeden. Het belangrijkste doel is het komen tot een echte interne markt voor de consument en daarbij het juiste evenwicht te vinden tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.⁵²

Het uiteindelijke doel van de consumentenbescherming is het verbeteren van het welzijn van de consumenten in het algemeen. Een goed geïnformeerde consument is eveneens belangrijk voor het functioneren van de (interne) markt. Een goed functionerende interne markt is uiteindelijk goed voor de algehele welvaart.

De rol van het Europese Hof van Justitie is in deze ontwikkeling aanzienlijk te noemen, gezien de actieve en op de bescherming van de consument gerichte opstelling van het Europese Hof van Justitie bij de uitleg van de richtlijnen.

Het consumentenrecht doorbreekt de verhouding tussen de marktpartijen, immers het recht op vrije zelfbeschikking en de contractvrijheid voor zowel consumenten als professionele partijen komt hiermee onder druk te staan. Om het consumentenrecht binnen het privaatrecht zijn plaats te geven, is gekozen voor de versterking van de positie van de consument in de precontractuele fase. Op die manier wordt de positie van de consument versterkt ten opzichte van de 'sterke' marktpartijen, zodat hij in vrijheid keuzes kan maken.

4.3 RELEVANTE REGELGEVING

4.3.1 Inleiding

De bescherming van de (Europese) consument staat hoog in het vaandel van de Europese Commissie. Deze belangstelling heeft geleid tot een groot aantal richtlijnen en enkele verordeningen. Ook zijn verschillende richtlijnen inmiddels herzien en aangevuld. Het Groenboek 'Herziening van het consumentenacquis'⁵³ is een aanzet geweest tot de wijziging van een aantal richtlijnen. De richtlijnen hebben onder meer als onderwerp misleidende reclame, oneerlijke handelspraktijken, e-commerce, oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en op afstand gesloten overeenkomsten. Deze richtlijnen zijn vervolgens geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Waar nodig zal de relevante regelgeving nader worden toegelicht. In verband met de case studies besteed ik hier aandacht aan de Verordening 2006/2004 betreffende de samen-

52 Groenboek 'Herziening van het consumentenacquis, 8 februari 2007, COM(2006) 744 def., p. 3

53 Groenboek 'Herziening van het consumentenacquis, 8 februari 2007, COM(2006) 744 def.

werking tussen nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving⁵⁴ en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.⁵⁵ De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is in het BW geïmplementeerd in artikel 6:193a e.v. en is ook bekend als de Wet oneerlijke handelspraktijken.⁵⁶

4.3.2 Verordening 2006/2004

Verordening 2006/2004 heeft tot doel voorwaarden te scheppen voor de bevoegde autoriteiten in de verschillende Europese lidstaten, ter bescherming van de consumenten, die moeten gaan samenwerken met elkaar en met de Commissie. Dit moet de nakoming van deze wetgeving bevorderen en de interne markt waarborgen en de economische belangen van de consumenten bevorderen (artikel 1). De bestaande handhavingsregelingen voor de bescherming van de belangen van de consumenten zijn niet aangepast aan de handhavingsproblemen van de interne markt. Evenmin is onderlinge doeltreffende en doelmatige samenwerking bij de handhaving mogelijk. Handhaving kon worden omzeild, doordat verkopers en dienstverleners zich elders in de Unie kunnen vestigen.⁵⁷ Elke lidstaat dient daarom een bevoegde autoriteit of autoriteiten en een verbindingsbureau aan te wijzen die belast zijn met de toepassing van de Verordening (artikel 4 lid 1). De te handhaven richtlijnen zijn genoemd in bijlage a van de Verordening. Het gaat onder meer om de volgende richtlijnen:

- Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame;⁵⁸
- Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten;⁵⁹

54 Verordening 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, 27 oktober 2004, betreffende de samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *Pb L* 364, p. 1.

55 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 149, p. 22.

56 *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 2. Wet van 14 oktober 2008, *Stb* 2008/397.

57 Overweging 2.

58 Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, *Pb L* 250, p. 17. Richtlijn gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 290, p. 18.

59 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb L* 95, p. 29. Richtlijn gewijzigd bij Besluit 2002/995/EG van de Commissie, *Pb L* 353, p. 1 en door gewijzigd door Richtlijn 2011/83/EU inzake consumentenrechten d.d. 25 oktober 2011 *Pb L* 304, p. 64.

- Richtlijn 97/55/EG tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen;⁶⁰
- Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken;⁶¹
- Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten.⁶²

De nationale autoriteiten zijn belast met handhaving en moeten gaan samenwerken bij grensoverschrijdende inbreuken op het consumentenrecht. Dit dient te gebeuren door informatie-uitwisseling op verzoek (artikel 6) of zonder verzoek nadat een autoriteit op de hoogte is gekomen van een inbreuk en dit meedeelt aan een bevoegde autoriteit (artikel 7). Ook kan een autoriteit een verzoek tot handhaving aan een bevoegde autoriteit doen om de inbreuken te beëindigen (artikel 8).

In de Verordening is gekozen voor een netwerk van publiekrechtelijke handhavingsinstanties die de belangen van consumenten moeten beschermen.⁶³ Deze keuze voor publiekrecht laat zich verklaren doordat alleen overheidsinstanties voldoende garanties geven voor omgang met vertrouwelijke informatie en het openbaar belang op een onpartijdige manier dienen en daarover verantwoording moeten afleggen.⁶⁴ Dit is met name belangrijk voor handelaren, die bijvoorbeeld veel reputatieschade kunnen lijden als zij negatief in het nieuws zijn. Bovendien zou publiekrechtelijke handhaving snel, effectief en efficiënt zijn.⁶⁵ De publiekrechtelijke handhaving zou door een grote meerderheid van de lidstaten van grote waarde worden geacht en de oprichting van een netwerk van overheidsinstanties op Europees niveau wordt gezien als een belangrijk element in de consumentenbescherming om een gelijk niveau van bescherming te bieden.⁶⁶

60 Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen.

61 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 149, p. 22.

62 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 304, p. 64.

63 Zie overweging 6.

64 Toelichting op de verordening, 18 juli 2003, Com 2003 (443), p. 8.

65 Toelichting op de verordening, 18 juli 2003, Com 2003 (443), p. 8.

66 Toelichting op de verordening, 18 juli 2003, Com 2003 (443), p. 9.

4.3.3 Vervolg; Wet handhaving consumentenbescherming

In Nederland is met de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) de Verordening 2006/2004 uitgewerkt.⁶⁷ De Whc bevat zelf geen materieel recht. Het 'consumentenacquis' is neergelegd in regelingen van het BW en in de Europese richtlijnen die in het BW zijn geïmplementeerd.⁶⁸ Maar de wet is ook een herijking van het consumentenbeleid. Voor deze herijking bestond een drietal aanleidingen:

- een sterke markt verdient een waar nodig sterke overheid;
- in verschillende onderzoeken naar de 'witte vlekken' op het gebied van consumentenbescherming zijn vele problemen gesignaleerd die een oplossing behoeven; en
- het nationale handhavingssysteem heeft aanpassing aan Verordening 2006/2004.⁶⁹

Naast de bepalingen uit de Verordening 2006/2004 zijn in de Whc bepalingen opgenomen die zien op de nationale situatie. Het betreft onder meer de bepaling dat de ACM bevoegd is om op te treden tegen zuiver nationale inbreuken (artikel 2.2 Whc), de samenwerking tussen de ACM en consumentenorganisaties (artikel 6.1 Whc), de bepaling dat consumentorganisaties belanghebbenden zijn bij besluiten (artikel 7.2 Whc) en de bepaling met betrekking tot de afwikkeling van massaschade (artikel 2.6 Whc).⁷⁰

Het uitgangspunt van de Whc is dat de toezichthouder pas handhaaft bij mogelijke inbreuken op het consumentenrecht als de markt daartoe niet in staat is.⁷¹ Het ingrijpen moet dus worden gezien als een *ultimum remedium*. Als binnen de individuele relatie tussen de consument(en) en de onderneming geen oplossing bereikt kan worden en de markt evenmin onder invloed van consumentenorganisaties, bedrijven of zelfregulering het gedrag van de onderneming kan corrigeren bestaat de mogelijkheid om in te grijpen.⁷² De ACM is dan ook niet bevoegd om in individuele gevallen tussen consument(en) en onderneming op te treden. De ACM heeft alleen bevoegdheid tot handhaven wanneer er sprake is van collectieve inbreuken op het consumentenrecht (artikel 1.1 sub f Whc).

Met de totstandkoming van de Whc is ook een nieuwe toezichthouder opgericht, de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit is per 1 april

67 Aangezien er sprake is van een verordening is er sprake van rechtstreekse werking en hoeft de regelgeving, voor zover dwingend voorgeschreven, ook niet geïmplementeerd te worden.

68 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 5-6.

69 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 2.

70 Zie ook W.H. van Boom, *Handhaving Consumentenbescherming. Een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Rotterdam: Uitgeverij Paris, 2010, p. 12.

71 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 2.

72 E.S. van Nimwegen, 'Handhaving door de Consumentenautoriteit: een goed samenspel met het Burgerlijk Wetboek en Europese regelgeving?', *Contracteren* juni 2010/2.4, p. 55.

2013 opgegaan in de ACM.⁷³ Er is destijds gekozen voor een nieuwe toezicht-houder omdat de verbeterde bescherming tegen (intra)communautaire inbreuken met een collectief karakter niet zo goed zouden passen bij de bestaande toezichthouders als OPTA, NMa en AFM.⁷⁴

In de bijlage onderdeel a van de Whc staan de conform de Verordening 2006/2004 te handhaven consumentenregels vermeld. De Nederlandse regels zijn er ook bij vermeld. De te handhaven regels hebben uitsluitend een Europese oorsprong.⁷⁵ Er worden door de ACM op grond van de Whc geen regels gehandhaafd die louter van Nederlandse oorsprong zijn.

4.3.4 Richtlijn en wet oneerlijke handelspraktijken

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is geïmplementeerd in de artikelen 6:193a tot en met j BW. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁷⁶ heeft twee doelen: de harmonisering van de verschillende nationale wetgeving inzake oneerlijke handelspraktijken van de lidstaten en daarnaast het creëren van een hoog niveau van bescherming van consumenten.⁷⁷ Oneerlijke handelspraktijken hebben een negatieve impact op het vertrouwen van de consument omdat consumenten als gevolg van oneerlijke handelspraktijken geen juiste keuzes maken, waardoor de markt ontregeld wordt.⁷⁸ De richtlijn heeft dan ook slechts betrekking op oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen en consumenten, niet op oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen onderling.⁷⁹

In artikel 3, tweede lid, van de Richtlijn is opgenomen dat de bepalingen uit de Richtlijn het verbintenissenrecht onverlet laten. Meer in het bijzonder wordt bedoeld op de regels omtrent de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken kent een verdeling in een tweetal typen oneerlijke handelspraktijken. Het gaat om misleidende en agressieve handelspraktijken. In de artikelen 5 tot en met 9, het materiële gedeelte van de richtlijn, is de uiteenzetting hiervan te vinden. In artikel 5 wordt de algemene norm gegeven, aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een handelspraktijk oneerlijk is of niet. Artikel 5, tweede lid, van de Richtlijn bepaalt dat een handelspraktijk oneerlijk is wanneer deze in strijd is met de professionele

73 Waar het besluiten van voor 1 april 2013 betreft zal worden verwezen naar de Consumentenautoriteit. Waar het de autoriteit in het algemeen betreft, zal worden verwezen naar de ACM.

74 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 4.

75 Zie artikel 3 sub a Vo 2006/2004.

76 Richtlijn 2005/29/EG, *Pb* L 149.

77 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 1.

78 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 1.

79 Artikel 3 lid 1 van de Richtlijn.

toewijding (sub a) en het economische gedrag van de gemiddelde consument met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren (sub b). In de artikelen 6 en 7 wordt aangegeven welke praktijken misleidend zijn en in de artikelen 8 en 9 welke handelspraktijken agressief zijn. Bijlage 1 van de Richtlijn geeft vervolgens een lijst met concrete gedragingen die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is in het BW geïmplementeerd in artikel 6:193a BW e.v. en is ook bekend als de Wet oneerlijke handelspraktijken.⁸⁰ De regeling maakt het zo voor de individuele consument mogelijk om bij schade een actie uit onrechtmatige daad te starten. Ook kan hij rectificatie eisen van onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard.⁸¹

4.3.5 Conclusie

Verordening 2006/2004 en de vele Europese richtlijnen genoemd in deze Verordening dienen de consumentenbescherming te ondersteunen. Deze regels zijn vervolgens geïmplementeerd door de nationale wetgevers. Voor het onderhavige onderzoek is met name de handhaving van bepalingen omtrent de oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193a tot en met j BW) interessant omdat de privaatrechtelijke bepalingen uit die wet door de ACM worden gehandhaafd.

4.4 FUNCTIE ACM EN CONSUMENTENBESCHERMING

4.4.1 Inleiding

In deze paragraaf komt de consumentenbescherming door de ACM aan bod. Zoals reeds opgemerkt was er tot 1 augustus 2014 sprake van een duaal handhavingssysteem. Voor een goed begrip van de achtergrond van de handhaving van het consumentenrecht en omdat veel van de in paragraaf 4.5 te bespreken uitspraken van voor 1 augustus 2014 zijn, zal kort stil worden gestaan bij het voormalige duale systeem.

4.4.2 Van Consumentenautoriteit naar ACM

De Consumentenautoriteit is, net als OPTA en de NMa, per 1 april 2013 opgegaan in de ACM. Het doel van de oprichting van de ACM is de vergroting van de

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 2. Wet van 14 oktober 2008, *Stb* 2008/397.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 3, p. 5.

effectiviteit en de efficiëntie van het markttoezicht in Nederland. De instelling van de ACM beoogt geen (grote) verandering in de bevoegdheden en procedures aan te brengen.⁸² Per 1 augustus 2014 is de Stroomlijningswet in werking getreden waardoor de bevoegdheden tussen de drie voormalige toezichthouders gelijk zijn getrokken.⁸³

Met de oprichting van de ACM is een aantal wijzigingen doorgevoerd. Het boeteregime is geüniformeerd waardoor er een maximale boete is voor overtredingen van bestuursrechtelijk te handhaven bepalingen op het gebied van consumentenbescherming. Daarnaast is het mogelijk om aanvullende eisen te stellen aan de last onder dwangsom.

De Whc kende tot 1 augustus 2014 een dual stelsel van handhaving door de ACM. Bij de opzet van het wetsvoorstel was aanvankelijk een strikt dual stelsel voorzien.⁸⁴ Civielrechtelijke bepalingen van het consumentenrecht zouden uitsluitend worden gehandhaafd met gebruikmaking van civielrechtelijke instrumenten (zie artikel 2.5 en 2.6 Whc (oud) en de nieuwe verzoekschriftprocedure ex artikel 3:305d BW). Deze bepalingen waren te vinden in de oude bijlage onder a. Schending van publiekrechtelijke bepalingen zou worden gehandhaafd met publiekrechtelijke instrumenten (artikel 2.9 en 2.23 Whc). De publiekrechtelijk te handhaven regelingen waren opgenomen in de oude lijst b. De ACM handhaafde tot 1 augustus 2014, als publiekrechtelijke toezichthouder, dan ook een deel van het consumentenrecht via het civiele recht (onderdeel a van de oude bijlage bij de Whc) en een ander deel via het bestuursrecht (onderdeel b van de oude bijlage bij de Whc). Het doel hiervan was dat de bestuursrechter civielrechtelijke begrippen niet zou hoeven toe te passen en uit te leggen.⁸⁵ Toch is bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer besloten om een aantal civielrechtelijke bepalingen bestuursrechtelijk te handhaven.⁸⁶ Dit gold alleen voor civielrechtelijke bepalingen waarvan overtreding eenvoudig is vast te stellen. Een voorbeeld was de overtreding van de zogenoemde 'zwarte' bedingen uit artikel 6:236 BW. Zo'n overtreding wordt door de ACM beboet met een bestuurlijke boete en kan ook aangepakt worden met een last onder dwangsom. De bedingen op de 'grijze' lijst dienen via de civielrechtelijke verzoekschriftprocedure te worden aangepakt. Een uitzondering hierop geldt voor de artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW.

Een reden voor de instelling van het duale stelsel was dat het niet tot de expertise van een publiekrechtelijke handhaver behoort om uitleg te geven

⁸² *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, nr. 3, p. 14.

⁸³ *Stb.* 2014/266. Zie ook *Stb.* 2014/247 en *Stb.* 2014/265.

⁸⁴ M.A. Heldeweg & G.J. Rijken, 'De ACM als toezichthouder in consumentenzaken', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 581.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 6 en 30-31.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 17.

aan open normen in het consumentenrecht. Het uitleggen van open normen is voorbehouden aan de civiele rechter. Een andere reden was om verschillen in uitleg van hetzelfde artikel tussen de bestuursrechter en civiele rechter te voorkomen. Verschillen zouden kunnen ontstaan als ook de bestuursrechter in een handhavingstraject civielrechtelijke open normen zou uitleggen.⁸⁷ De bestuursrechter kan niet verder gaan dan de vraag of de toezichthouder in redelijkheid tot zijn besluit is gekomen. Toch is bij de invoering van het duale stelsel gekozen voor het bestuursrechtelijk handhaven van de Wet oneerlijke handelspraktijken, hoewel open normen in deze wet zijn opgenomen. De redenen hiervoor waren dat: bestuursrechtelijke handhaving efficiënter is dan het tweeledige beste van zowel civielrechtelijke als bestuursrechtelijke handhaving, de discrepantie tussen de handhaving van open en gesloten normen verdwijnt en punitieve sancties ontbreken bij overtreding van open normen uit deze richtlijn.⁸⁸

Tijdens de evaluatie van de Whc in 2010 is naar voren gekomen dat het duale stelsel beter afgeschaft kon worden, om tot louter bestuursrechtelijke handhaving over te gaan. In de evaluatie zijn hier vijf redenen voor gegeven: gesloten normen vragen ook interpretatie, het duale stelsel draagt niet bij aan de doelmatigheid van de Consumentenautoriteit, ondernemingen ervaren een ongelijke behandeling aangezien de bestuursrechtelijke handhaving als ingrijpender wordt ervaren, de bestuursrechtelijke weg heeft een hoger punitief karakter en er is geen verschil in uitleg van het consumentenrecht door de civiele rechter en de bestuursrechter of de Consumentenautoriteit.⁸⁹

Binnen het bestuursrechtelijke traject zouden voldoende waarborgen zijn ingebouwd om open normen op gedegen wijze uit te leggen.⁹⁰ Problemen hoeven zich dan ook niet voor te doen, aldus de Minister.

Gezien het marginale gebruik van de privaatrechtelijke weg is de afschaffing van de handhaving via deze weg te begrijpen. De stelling dat er voldoende

87 *Kamerstukken II* 2011/12, 33070, Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming, nr.1, p. 9.

88 De civielrechtelijke handhaving van een open norm via artikel 3:305d BW kan slechts een bevel tot staking van de overtreding opleveren. Er kan geen boete worden opgelegd en evenmin kan schadevergoeding worden gevorderd. *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 14, p. 2.

89 *Kamerstukken II* 2011/12, 33070, Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming, nr. 1, p. 9.

90 *Kamerstukken II* 2011/12, 33070, Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming, nr. 1, p. 8-9. Uit het onderzoek van Pro Facto van maart 2010 dat ten grondslag ligt aan de evaluatie volgt dat de Consumentautoriteit zelf voldoende kennis in huis heeft om binnen het bestuursrechtelijke traject meer open privaatrechtelijke regels uit te leggen, daarnaast zit er een hoogleraar privaatrecht in de BAC en de bestuursrechter stelt in beroepszaken meervoudige kamers samen. Eventueel wordt een externe privaatrechtskundige aangetrokken door de rechtbank. (zie p. 51 van het onderzoek van Pro Facto). Overigens is de BAC met de totstandkoming van de ACM per 1 augustus 2014 opgeheven.

waarborgen zijn in het bestuursrechtelijke traject staat in het onderhavige hoofdstuk ter discussie.

4.4.3 Taken ACM

De belangrijkste taken en bevoegdheden van de ACM in relatie tot de Whc zijn: het optreden als verbindingsbureau en daarmee als partner in de samenwerking bij de aanpak van collectieve en grensoverschrijdende schendingen van communautair consumentenrecht (artikel 2.3 lid 1 Whc), het optreden als bevoegd gezag (toepassen handhaving en toezicht) ex artikel 3 onder c Verordening en het optreden als informatieloket.⁹¹

Het toezicht en de handhaving van het consumentenrecht zijn niet beperkt tot grensoverschrijdende consumentenkwesties. De bevoegdheden in de artikelen 2.2 en 2.4 Whc zijn zo geformuleerd dat zij ook zien op nationale aangelegenheden.⁹² Dit, voor zover deze voorkomen in de bijlage bij de Whc op lijst a.

4.4.4 Handhavingsbevoegdheden ACM

De handhaving door de ACM geschiedt sinds 1 augustus 2014 alleen nog met bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen. In deze paragraaf zullen eerst de oude privaatrechtelijke handhavingsmiddelen en de enkele daarbij behorende besluiten worden besproken. Daarna komt het bestuursrechtelijke handhavingstraject aan de orde.

Aanvankelijk: Privaatrechtelijke handhaving

In paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Whc (oud) werd de bijzondere verzoekschriftprocedure bij het hof Den Haag ex artikel 3:305d BW genoemd als middel om overtredingen genoemd in de oude bijlage onder a bij de Whc te handhaven. Het hof Den Haag kon op verzoek van de ACM oordelen dat een inbreuk gestaakt diende te worden onder oplegging van een dwangsom. Naast deze bijzondere verzoekschriftprocedure kon de ACM nog gebruik maken van de 'gewone' collectieve actie ex artikel 3:305b jo. 3:305a BW. Het betrof een dagvaardingsprocedure. Het voordeel hiervan was dat er zowel een gebod, een verbod als een verklaring voor recht gevraagd kon worden. Een nadeel was echter dat deze procedure al gauw een jaar of meer in beslag kon nemen.⁹³ Dit verklaarde de introductie van de verzoekschriftprocedure ex artikel 3:305d BW. Verordening 2006/2004 eist het 'onverwijld beëindigen of verbieden'

⁹¹ Zie onder meer artikel 6.1 Whc.

⁹² Heldeweg & Rijken 2011, p. 583.

⁹³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 33-34.

van intracommunautaire inbreuken door bevoegde autoriteiten (artikel 8, eerste lid, van de verordening).⁹⁴ Een verzoekschriftprocedure zou binnen een redelijke termijn beëindigd moeten kunnen worden, aldus de Memorie van Toelichting.⁹⁵ In beide gevallen, zowel bij toepassing van artikel 3:305b als van 3:305d BW, moest het gaan om collectieve belangen en bestond er geen bevoegdheid tot handhaving in individuele gevallen.

Via artikel 6:240 en 6:241 BW kon de ACM bij het hof Den Haag een verzoek indienen tot abstracte toetsing van algemene voorwaarden. Getoetst werd dan of algemene voorwaarden onredelijk bezwarend waren. De artikelen 6:233 onder a, 6:236 en 6:237 BW waren van overeenkomstige toepassing. Het betrof hier eveneens een dagvaardingsprocedure.

Ten slotte was de ACM op grond van artikel 2.6 Whc bevoegd mee te werken aan de totstandkoming van vaststellingsovereenkomsten inzake massaschade. De rechter kon deze vaststellingsovereenkomst algemeen verbindend verklaren.

Tot de afschaffing van het duale stelsel waren er slechts enkele procedures gevoerd op grond van artikel 3:305d BW. Deze zaken betroffen allen de naleving van artikel 7:512, eerste lid, BW (de verplichting voor een reisorganisatie om garant te staan voor reissom). Het hof Den Haag heeft in alle gevallen een dwangsom opgelegd voor iedere dag dat een reisorganisator artikel 7:512 BW lid 1 BW overtreedt. Eveneens diende op de website een tekst te worden geplaatst met als titel

‘Hof ‘s-Gravenhage beveelt [naam] maatregelen te treffen ter bescherming van de reiziger ingeval van financieel onvermogen van [naam]’.⁹⁶

Van artikel 3:305d BW is door de ACM weinig tot geen gebruik gemaakt. Mede daarom zal in paragraaf 4.5 alleen aandacht aan de bestuursrechtelijke handhaving van de privaatrechtelijk gearde regels worden gegeven.

Bestuursrechtelijke handhaving

De bepalingen in de bijlage onder b van de Whc worden bestuursrechtelijk gehandhaafd. De regels omtrent de bestuursrechtelijke handhaving zijn te vinden in paragraaf 3 van hoofdstuk 3 van de Whc. Artikel 2.8 Whc bepaalt dat de ACM bindende aanwijzingen kan geven tot naleving van de Whc. Als

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 33.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 33.

⁹⁶ Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.041.098/01 (*Cimarron Buitensport*). Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.043.252/01 (*Hubbeling*). Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.043.105/01 (*Jero Reizen*). Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.043.242/01 (*Club Travel*). Hof Den Haag 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0024 (*Byblos*). Hof Den Haag 7 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK4880 (*Gold Travel*). Hof Den Haag, 19 januari 2009, zaaknummer 200.041.059/01 (*Akwaaba Tours*). Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.043.11/01 (*Opvakantie B.V.*).

dergelijke aanwijzingen niet worden opgevolgd dan heeft de ACM de bevoegdheid om een bestuurlijke dwangsom en/of boete op te leggen.⁹⁷ Een bestuurlijke boete of dwangsom kan ook worden opgelegd bij overtredingen (ex artikel 2.9 Whc). Consumentenorganisaties kunnen op grond van artikel 7.2 Whc bij voornoemde procedures worden aangemerkt als belanghebbenden. De ontvankelijkheid van deze consumentenorganisaties hoeft hierdoor niet te worden getoetst aan artikel 1:2 lid 3 Awb.

Tegen besluiten van de ACM kan in bezwaar worden gegaan. In de bezwaarfase bracht de Bezwaaradviescommissie (BAC), tot 1 augustus 2014, een advies uit aan de ACM.⁹⁸ Na de bezwaarfase staat nog beroep open bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB).⁹⁹

De boetes uit artikel 2.9 Whc kennen per 1 juli 2016 een maximum van € 900.000 of als dat meer is een boete ter hoogte van 1% van de omzet van de overtreder (artikel 2.15 Whc).¹⁰⁰ Dit is een aanzienlijke verhoging ten opzichte van het maximumbedrag aan boetes die de Consumentenautoriteit eerder mocht opleggen voor overtredingen van de Whc (€ 75.000). Overtredingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken kenden overigens wel een hoog boetemaximum. De boetes voor overtredingen van de Whc en de Wet oneerlijke handelspraktijken zijn nu geüniformeerd. Deze verhoging dient om het afschrikwekkende effect van de boetes te vergroten.

De dwangsommen hebben tot doel de overtreding te doen staken. De bestuursrechtelijke handhaving heeft naast een punitief karakter dus ook een reparatoir karakter. Dit wordt gezien als het voordeel van bestuursrechtelijke handhaving ten opzichte van privaatrechtelijke handhaving, waar de nadruk meer op het reparatoire karakter ligt.¹⁰¹

Een speciale bevoegdheid die aan de ACM is gegeven, en door overtreders ook als zeer pijnlijk wordt ervaren, is de mogelijkheid tot openbaarmaking van een beschikking omtrent het opleggen van een dwangsom of bestuurlijke boete.¹⁰² De mogelijkheid van reputatieschade werkt afschrikwekkend.

⁹⁷ Zie ook par 2.3.3.

⁹⁸ Tot 1 augustus 2014 was op vrijwillige basis een BAC ingesteld. Zie hiervoor onder meer het Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Consumentenautoriteit, geldend tot 1 april 2013, *Stcrt.* 2007, nr. 224 en Besluit instelling Adviescommissie bezwaarschriften ACM, geldend van 1 april 2013 tot en met 1 augustus 2014, *Stcrt.* 2013, nr. 9714.

⁹⁹ Zie voor bespreking handhavingsmiddelen bestuursrecht par. 2.3.3.

¹⁰⁰ Overtredingen tot 1 juli 2016 konden ten hoogste een boete van € 450.000 opgelegd krijgen.

¹⁰¹ M.J. Schol, e.d., *Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming*, Groningen: Pro Facto, maart 2010, p. 49.

¹⁰² Artikel 2.23 Whc.

4.4.5 Spanningsveld taken ACM

In de vorige eeuw is, mede onder invloed van de Europese Unie, de liberalisering, privatisering en deregulering van verschillende markten in gang gezet. Het doel hiervan was en is nog steeds het creëren en behouden van voldoende concurrentie, oftewel volledige en effectieve mededinging. Zoals reeds in paragraaf 4.2.2 is opgemerkt, hangen consumentenbescherming en het Europese mededingingsrecht nauw samen. De consument is degene die moet profiteren van de perfecte mededinging. Het welzijn van de consumenten wordt verbeterd door het creëren van een interne markt. En een consument met vertrouwen in de markt bevordert de economische groei en de werkgelegenheid.¹⁰³ Het privaatrecht zou echter tekortschieten en niet het hoofd kunnen bieden aan inbreuken op het consumentenrecht met een collectief karakter. Deze collectieve inbreuken, zoals bijvoorbeeld algemene voorwaarden die in strijd zijn met wettelijke bepalingen, agressieve incassopraktijken en onjuiste informatie over garanties, worden niet of onvoldoende opgelost in de individuele betrekkingen tussen aanbieder en consument en hebben een ontregelende werking op de markt omdat de consument niet juist wordt geïnformeerd en geen efficiënte keuzes kan maken.¹⁰⁴ Het vertrouwen van consumenten in de markt dient belangen die het individuele belang van een consument in relatie tot een individuele ondernemer overstijgen. Publiekrechtelijke handhaving zal, aldus de Memorie van Toelichting, een disciplinerende werking hebben op het gedrag van malafide aanbieders.¹⁰⁵ Op de website Consuwijzer.nl, de site waar consumenten klachten kunnen indienen over aanbieders, wordt de ACM omschreven als:

‘een toezichthouder die zich sterk maakt voor consumenten en bedrijven. Dit doet zij onder andere door in actie te komen tegen bedrijven die zich niet aan de regels houden. Bijvoorbeeld door het opleggen van een boete. En door consumenten voor te lichten over hun rechten via ConsuWijzer.’¹⁰⁶

De ACM heeft een duidelijke taak, waarin haar bestaansrecht te vinden is. Om deze taak uit te voeren is aan de ACM een aantal bevoegdheden toegekend, onder andere het opleggen van boetes en lasten onder dwangsom (artikel 2.9 en 2.23 Whc).

De bestuursrechtelijke boete is een belangrijke sanctie die toezichthouders, hier de ACM, op gereguleerde markten gebruiken. De opkomst van de bestuurlijke boete laat zich verklaren doordat de gehanteerde vorm van handhaving

103 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 3.

104 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 2.

105 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 3.

106 Zie consuwijzer.nl. onder de link ‘over ons’.

van economisch bestuursrecht, het strafrecht, tekort bleek te schieten.¹⁰⁷ Ook in het kader van het consumentenrecht wordt, vanwege de disciplinerende werking, de publiekrechtelijke handhaving gezien als ondersteuning van het civiele stelsel.¹⁰⁸

Bij het gebruik van bestuursrechtelijke boetes door toezichthouders zijn kanttekeningen te plaatsen. Deze kanttekeningen zien met name op de rechtsbescherming van de marktpartijen. In het strafrecht straft een onafhankelijke rechter na een strafvervolgingsprocedure. Deze procedure is omgeven met waarborgen. In het bestuursrecht legt het bestuur zelf een boete op. Een marktautoriteit komt daardoor in een spagaat te verkeren wanneer normstelling, handhaving, sanctioneren en soms zelfs geschilbeslechting in één hand samen komen.¹⁰⁹ Hierbij kan de vraag gesteld worden welke gevolgen de aanwezigheid van de marktautoriteit heeft voor de mogelijkheden van marktpartijen, ondernemingen en consumenten om hun eigen privaatrechtelijke positie te handhaven.¹¹⁰ De verhouding tussen marktautoriteiten en de spelers op de markt is in die zin dan ook delicaat te noemen.¹¹¹ Aan de ene kant moeten autoriteiten afstand bewaren tot de op markt actief zijnde partijen, de ondernemers en de consumenten. In de Memorie van Toelichting op de Whc wordt hierover opgemerkt dat het de grote vraag is wanneer optreden geboden is, aangezien een terughoudende opstelling van de overheid bij vrije marktprocessen geboden is.¹¹² In beginsel dienen marktpartijen, consumenten en ondernemers er zelf uit te komen.¹¹³ Pas als onwenselijk gedrag van ondernemingen niet meer gecorrigeerd kan worden en de markt dit ook niet kan via bijvoorbeeld consumentenorganisaties, bedrijven of zelfregulering ligt optreden tegen collectieve inbreuken voor de hand.¹¹⁴ Daarnaast dient de toezichthouder onpartijdig te zijn en onafhankelijk overtredingen te beoordelen en eventueel te beboeten. Aan de andere kant moet de toezichthouder, ten behoeve van de legaliteit,¹¹⁵ de aan haar opgedragen taken uitvoeren en hierover publieke verantwoording afleggen. Een toezichthouder dient aan verschillende wensen tegemoet te komen. Als marktfalen wordt geconstateerd doet de toezichthouder zijn werk niet naar behoren, maar als er geen problemen

107 A.P.W. Duijkersloot, *Toezicht op gereguleerde markten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2007, p. 75. Zie ook C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002, p. 3 en p. 54 e.v.

108 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 3. Zie ook R.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

109 J.F. de Groot & R.R. Crince Le Roy, 'De spagaat van de marktautoriteit. Naar een centralisering van de sanctiebevoegdheid?', in: F.B. Falkena, M.E. Koppenol-LaForce & A.T. Ottow, *Markten onder toezicht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 35.

110 De Groot & Crince Le Roy 2004, p. 64.

111 De Groot & Crince Le Roy 2004, p. 79.

112 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 25.

113 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 25.

114 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 25.

115 Visie Markttoezichthoudersberaad, 'Criteria voor goed toezicht', 11 februari 2014.

zijn op de markt dan is een toezichthouder in de ogen van de publieke opinie al gauw een kostbare (overbodige) aangelegenheid.¹¹⁶

Een toezichthouder, in casu de ACM, zal op zoek gaan naar de grenzen van zijn bevoegdheden om zijn taak, het beschermen van de consument en het bevorderen van de interne markt, zo goed mogelijk te verrichten. De wetgever erkent dat er een spanningsveld bestaat tussen het aan de ene kant voldoende opkomen voor de belangen van de consument en aan de andere kant het bewaren van afstand tot de marktpartijen om zo de onafhankelijkheid als toezichthouder te bewaren.¹¹⁷ De functiescheiding van de organisatie van de toezichthouders door middel van zogenaamde '*Chinese walls*' dient het gevaar van vervlechting tussen onafhankelijkheid en het voldoende opkomen voor de belangen van consumenten te voorkomen.¹¹⁸ Binnen de organisatie moet de oplegging van de bestuurlijke boete worden gescheiden van het toezicht en onderzoek naar de overtreding.¹¹⁹ Dit beginsel is ook vastgelegd in artikel 10:3 Awb.

Daarnaast wordt betoogd dat de rechtsbescherming wordt gewaarborgd door de bestuursrechter en het CBb in beroep respectievelijk hoger beroep.¹²⁰ De proceduregang bij de ACM kent immers de mogelijkheid van bezwaar, beroep en hoger beroep. In de literatuur wordt de vraag gesteld hoe indringend een bestuursrechter besluiten van een toezichthoudende autoriteit toetst.¹²¹ In het bestuursrecht geldt over het algemeen dat de intensiteit van de rechterlijke toetsing afhangt van de aard en de omvang van de beslissingsruimte die de wet aan het bestuur laat. Als het bestuursorgaan veel beleidsvrijheid heeft dan zal de bestuursrechter terughoudend toetsen. Met name bij vage normen is niet altijd duidelijk of, in de visie van de wetgever, van beoordelingsvrijheid (marginale toetsing) of van beoordelingsruimte (volle toetsing) sprake dient te zijn. De reikwijdte van de toetsing wordt dan pas duidelijk in de rechtspraak. Aan de ACM komt, aldus de bestuursrechter, geen beoordelingsvrijheid toe bij de toetsing van gedragingen aan de Wet oneerlijke handelspraktijken.¹²² In de onderstaande casestudy zal onder meer geanaly-

116 H.B. Winter, 'Regulatory Enforcement in the Netherlands: Struggling with Independence', in: S. Comtois & K.J. de Graaf (red.), *On Judicial and Quasi-Judicial Independence*, Den Haag: BJu 2013, p. 158.

117 *Kamerstukken II* 2005/06, 27831, nr. 15, Kaderstellende visie 'Minder last, meer effect, zes principes van goed toezicht', p. 23. Zie ook Winter 2013, p. 158.

118 Duijkersloot 2007, p. 75.

119 Zie ook Albers 2002, p. 33 e.v. en H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005, p. 182-183.

120 Duijkersloot 2007, p. 97.

121 Duijkersloot 2007, p. 97-98.

122 Zie onder meer Rb. Rotterdam, 6 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2013, *JOR* 2009/233, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol, r.o. 2.3; Rb. Rotterdam, 8 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8617. Zie ook C.M.D.S. Pavillon, 'Legaliteit en evenredigheid van de sancties op de schending van de open normen uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2013/2, p. 64.

seerd worden in hoeverre de achtergrond en visie van de ACM al dan niet strijdt met het civiele recht en waarom bestuursrechtelijke handhaving meer geschikt zou zijn dan privaatrechtelijke handhaving. Bij deze analyse en problematisering wordt de uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter, wordt de aansluiting van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke middelen op elkaar beschouwd en wordt, waar mogelijk, bezien hoe de aansluiting verbeterd kan worden.

4.4.6 Conclusie

Het toezicht op het consumentenrecht heeft in zijn korte bestaan al een onstuimige ontwikkeling doorgemaakt. De Consumentenautoriteit is inmiddels vervangen door de ACM. Eveneens is het duale handhavingssysteem afgeschaft. Met de afschaffing is tegemoet gekomen aan de evaluatie en aan de kritiek vanuit de literatuur en de praktijk.¹²³ Kennis van het duale stelsel is, gezien de ontstaansgeschiedenis van het toezicht door de ACM, noodzakelijk om te zien hoe de ACM omgaat met privaatrecht. Het verklaart bovendien waarom tot de afschaffing van het duale stelsel bepaalde normen privaatrechtelijk zijn gehandhaafd.

De uitvoering van Verordening 2006/2004, die de aanleiding is geweest tot oprichting van de Consumentenautoriteit, heeft geresulteerd in een breder kader van handhavingssystemen van het consumentenrecht. Op grond van de Whc wordt immers ook tegen nationale overtredingen handhavend opgetreden.

Aandacht is verder besteed aan het spanningsveld van waaruit de ACM opereert.¹²⁴ Aan de ene kant heeft de ACM een sturende functie, namelijk het bevorderen van de interne markt en de bescherming van consumenten. Over deze aan haar opgedragen taak dient de ACM verantwoording af te leggen. Aan de andere kant zal de ACM afstand moeten bewaren tot de marktpartijen (ondernemers en consumenten), omdat zij als toezichthouder onpartijdig overtredingen dient te beoordelen en zo nodig te bestraffen.

4.5 ACM ALS HANDHAVER VAN CONSUMENTENRECHT EN CONTRACTENRECHT

4.5.1 Inleiding

In deze paragraaf zal aan de hand van uitspraken van de ACM nagegaan worden hoe de ACM privaatrechtelijk geaarde regels toepast. In de precontractuele fase spelen met name de informatieplichten een rol (paragraaf 4.5.2).

¹²³ Zie bijv. Nimwegen 2010, p. 54-59.

¹²⁴ Zie par. 4.4.5.

De Wet oneerlijke handelspraktijken is interessant vanwege de open normen die daarin zijn opgenomen. Uitspraken met betrekking tot de Wet oneerlijke handelspraktijken zullen in de aansluitende paragraaf worden besproken (paragraaf 4.5.3).

4.5.2 Precontractuele informatieplichten

Voordat een overeenkomst gesloten wordt heeft een wederpartij een aantal verplichtingen ten opzichte van de consument. De wederpartij heeft de plicht om de consument bepaalde informatie te verschaffen omtrent het aan te kopen goed of de te verlenen dienst. Gedacht kan worden aan de mededelingsplicht die we onder meer kennen uit de dwalings- en non-conformiteitsleerstukken.¹²⁵ Er zijn echter ook informatieplichten die van een professionele wederpartij verlangen dat hij aan een consument informatie verschaft die ziet op de basale aspecten van de overeenkomst. Voorbeelden zijn het noemen van de prijs, de bijkomende kosten, het geven van informatie omtrent de identiteit van de wederpartij, de bedenktijd, etc. Dit type informatie wordt door Hijma ook wel 'basale informatie' genoemd.¹²⁶ Het betreft hier informatieplichten afkomstig uit Europese Verordeningen die rechtstreeks toepasbaar zijn en Europese richtlijnen die op specifieke terreinen van het recht zien en zijn omgezet in het BW.¹²⁷ Hierbij kan worden gedacht aan de overeenkomsten op afstand (6:230m BW e.v.),¹²⁸ elektronische handel (artikel 3:15d en 6:227b

125 Zie hierover o.a. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, par 2.1.2.

126 Asser/Hijma 2013 7-1*, nr. 89c.

127 Er zijn ook informatieplichten te vinden in het meer algemene Draft Common Frame of Reference (DCFR, zie artikelen II.-3:101-109) en het voorgestelde Common European Sales Law (CESL, zie artikelen 13-19).

128 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, *PbEU* L 304. De richtlijn vervangt Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten *PbEG* L 144 en Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *PbEG* L 372.

BW),¹²⁹ oneerlijke contractbedingen (artikel 6:234)¹³⁰ en colportage¹³¹ (artikel 6:230t jo. 6:230m BW en 6:230u BW).¹³²

De gevolgen van het niet-naleven van de informatieplichten uit de artikelen 3:15d BW, 6:227b BW en 6:230m e.v. BW liggen met name in de terugtrekingsbevoegdheid van de consument. Zolang deze gegevens niet verstrekt zijn, kan de consument zich onttrekken aan zijn verplichtingen of wordt de periode om terug te treden verlengd.¹³³ Met betrekking tot de oneerlijke contractbedingen in de algemene voorwaarden kunnen consumenten zich beroepen op de vernietigbaarheid van de bedingen (6:233 BW).

Bestuursrechtelijk wordt door de ACM toegezien op een aantal van deze informatieplichten. Overtredingen van informatieplichten uit vier regelingen worden het vaakst door de ACM beboet. Het betreft artikel 3:15d BW (elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer), artikel 6:227b BW (overeenkomsten via elektronische weg), artikel 6:230m e.v. BW (koop op afstand) en artikel 23 Luchtvaart Verordening.¹³⁴ Hieronder zullen de meest door de ACM beboete informatieplichten worden besproken.

4.5.2.1 Artikel 3:15d BW

Een dienstverlener die tegen een vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op verzoek van de afnemer van de dienst, een dienst verricht, dient de in artikel 3:15d lid 1 sub a tot en met f BW genoemde gegevens te verstrekken aan de afnemer. Het betreft hier het verstrekken van gegevens omtrent de identiteit, gegevens die snel contact mogelijk maken, het KvK-nummer en

129 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* L 178.

130 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEU* L 95 gewijzigd bij Besluit 2002/995/EG, *PbEG* L 353.

131 Met betrekking tot colportage is er slechts een uitspraak onder het oude recht te vinden: Sanctiebesluit 23 april 2008 inzake UPC, CA/NCB/17 en Rb. Rotterdam 26 april 2010, ECLI: NL:RBROT:BM3076 (beroep). Het oogmerk van de colportage gespreken is niet meegedeeld. Hiervoor is door de Consumentenautoriteit een boete opgelegd van €45.000.

132 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, *PbEU* L 304. De richtlijn vervangt Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten *PbEG* L 144 en Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *PbEG* L 372.

133 Zie bijv. artikel 6:227b, vierde lid, BW en 6:230o BW (7:46d oud BW). L.B.A. Tigelaar, 'Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten', *NTBR* 2015/31, p. 206-213.

134 Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap, *Pb L* 293/3.

het BTW-nummer. De handhaving van dit artikel dient de consument zelf via privaatrechtelijke weg af te dwingen (art. 3:296 BW).¹³⁵

In de Memorie van Toelichting op artikel 3:15d BW staat dat de gegevens die in artikel 3:15d BW worden genoemd gemakkelijk en rechtstreeks toegankelijk zijn als deze gegevens en hun vindplaats op een voor gebruikers duidelijke en herkenbare wijze worden gepresenteerd.¹³⁶ Het vermelden van de identiteit in de algemene voorwaarden is, zoals blijkt uit de hier te bespreken besluiten, niet voldoende.

De ratio van het artikel, in samenhang met artikel 6:227b lid 1 onder c en artikel 6:227c lid 1 BW, is zoals volgt uit wetsgeschiedenis,¹³⁷ de bescherming van de consument tegen ongewilde bedieningshandelingen en de verantwoordelijkheid voor het zo inrichten van de website dat die onbedoelde handelingen traceerbaar en herstelbaar zijn.¹³⁸ Artikel 3:15d BW dient ter bescherming van de consument, die zich er bewust van moet zijn dat zijn werkelijke wil in overeenstemming is met de elektronische verklaring, artikel 3:15d BW legt dan ook verplichtingen op aan de verkoper. De verkoper dient namelijk de website, die voorziet in het over en weer uitspreken van de wilsverklaring, zodanig in te richten dat fouten snel kunnen worden hersteld en getraceerd.¹³⁹

In deze paragraaf zullen de besluiten van de ACM met betrekking tot artikel 3:15d BW in chronologische volgorde worden besproken en voor zover nodig van commentaar worden voorzien.

(1) Sana Direct

Casus. Bij Sana Direct, een postorderbedrijf in reform- en dieetvoeding, cosmetica, natuurgeneesmiddelen, kruiden en andere voedingssupplementen, constateren toezichthouders overtredingen van artikel 3:15d lid 1 sub a (vestigingsadres), f (geen BTW-identificatienummer) en lid 2 BW (vermelding van inbegrepen belastingen).¹⁴⁰

Het niet vermelden van een vestigingsadres is een bewuste keuze van Sana Direct. Sana Direct heeft geen kantoor in Nederland en evenmin werknemers. Het bedrijf wordt aangestuurd vanuit Zweden en leveringen vinden plaats vanuit België. Het kantoor in Nederland is slechts voor de accountant en de administratie. Sana Direct voert aan dat in haar algemene voorwaarden een vestigingsadres in Houten zal worden aangegeven. Sana Direct stelt dat de vermelde prijzen inclusief BTW zijn. Dit is inderdaad niet aangegeven, maar de consumenten zijn niet benadeeld.

135 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 8.

136 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 37-38.

137 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 58.

138 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368, r.o. 4.11.

139 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368, r.o. 4.11

140 Sanctiebesluit 5 november 2007 inzake Sana Direct, CA/NB/35/76. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.2, nr. 1.

Door toezichthouders is geconstateerd dat op de website waarop het product Glucosamine wordt aangeboden geen BTW-identificatienummer wordt vermeld.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat met het opnemen van het vestigingsadres in de algemene voorwaarden een einde is gekomen aan de overtreding van artikel 3:15d lid sub a BW. Met betrekking tot het niet vermelden van het feit of prijzen inclusief of exclusief BTW zijn overweegt de Consumentenautoriteit dat de overtreding ernstiger zou zijn als prijzen zouden worden getoond exclusief belastingen. Consumenten zijn nu niet gedupeerd. Dit neemt niet weg dat er sprake is van een overtreding. Sana Direct heeft aangevoerd dat haar algemene voorwaarden zullen worden aangepast door hierin aan te geven dat alle prijzen inclusief belastingen zijn. Hiermee komt een einde aan de overtreding.

Gezien de specifieke omstandigheden, waaronder het feit dat de overtredingen op grond van artikel 3:15d lid 1 sub a en lid 2 BW zijn beëindigd, worden geen maatregelen opgelegd ten aanzien van deze overtredingen. Voor de overtreding van het niet vermelden van het BTW-identificatienummer wordt een last onder dwangsom opgelegd van € 500 per dag met een maximum van € 50.000 voor elke dag dat de overtreding niet wordt beëindigd.

Het besluit blijft na de bezwaarfase, ongewijzigd, in stand op het punt van artikel 3:15d BW.

Commentaar. Het is opmerkelijk dat de Consumentenautoriteit oordeelt dat het opnemen van het adres in de algemene voorwaarden voldoende is. In de besluiten rondom de doorverkoopplaatsen van (concert)kaarten blijkt dit onvoldoende te zijn.¹⁴¹ Bij de overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW (vermelding van inbegrepen belasting) kijkt de Consumentenautoriteit naar de belangen van consumenten in de zin dat de consumenten geen schade hebben geleden omdat de prijzen die vermeld werden inclusief belasting waren. Er is wel een overtreding, maar omdat de consumenten geen nadeel hebben ondervonden wordt geen boete opgelegd. Dit lijkt mij een voorbeeld van een geval waarin de achtergrond van de Consumentenautoriteit als hoeder van de consumentenbelangen tot uitdrukking komt. De belangen van de consumenten zijn niet geschaad, waardoor een boete achterwege kan blijven.

(2) Postgarant

Casus. Postgarant is een postorderbedrijf in voedingssupplementen voor honden, afslankproducten, erotische producten en tandverzorgingsproducten. De Consumentenautoriteit constateert dat Postgarant haar identiteit en adres van vestiging (artikel 3:15d lid 1 sub a BW) noch haar contactgegevens en BTW-identificatienummer (artikel 3:15d lid 1 sub b en f BW) heeft vermeld op de website.

141 Zie par. 4.5.2.1, nr. 6.

Evenmin is vermeld of belastingen bij de prijzen zijn inbegrepen (artikel 3:15d lid 2 BW).¹⁴²

Het noemen van het e-mailadres, een postadres en een verwijzing naar een KvK-nummer zoals in een aantal gevallen op vervolgpagina's is gebeurd, is onvoldoende, aldus de Consumentenautoriteit. De vermelding van het KvK-nummer betekent geen gemakkelijke, rechtstreekse en permanente toegang tot informatie. Daarnaast is het vermelden van het KvK-nummer een aparte verplichting onder artikel 3:15d lid 1 sub c BW.¹⁴³

Het noemen van slechts de handelsnaam, zoals Postgarant in sommige gevallen in e-mails wel doet, is eveneens onvoldoende om de identiteit vast te stellen. Een handelsnaam hoeft namelijk niet geregistreerd te worden. Evenmin is het noemen van een e-mailadres voldoende. Artikel 3:15d lid 1 sub b BW spreekt van snelle communicatie met inbegrip van een elektronisch postadres. Het noemen van een e-mailadres is dus onvoldoende. Het verstrekken van deze gegevens per brief, zoals PostGarant stelt te doen, is onvoldoende omdat artikel 3:15d lid 1 sub b BW bepaalt dat de informatie permanent toegankelijk moet zijn.

In het kader van de verplichting om te vermelden of prijzen inclusief of exclusief BTW zijn, merkt PostGarant tijdens de hoorzitting op dat het nut van deze bepaling haar ontgaat. PostGarant vermeldt louter prijzen inclusief BTW.

Besluit. Voor het niet vermelden van de identiteit, het vestigingsadres, de contactgegevens en het bezoekadres van vestiging wordt een boete van € 30.000 per overtreding opgelegd. Tevens wordt er een dwangsom opgelegd van € 250 per dag, met een maximum van € 25.000 ter voorkoming van herhaling van de overtredingen. De Consumentenautoriteit legt met betrekking tot de overtredingen van artikel 3:15d lid 1 sub f, BW (niet vermelden BTW-nummer) en artikel 3:15d lid 2 BW (de inbegrepen belastingen bij de prijzen niet vermelden), geen boete op. De redenen hiervoor zijn dat de consumenten geen schade hebben geleden en ook dat PostGarant heeft toegezegd dit te zullen wijzigen.

Bezwaar. In bezwaar adviseert de Bezwaar Adviescommissie (BAC) de Consumentenautoriteit dat een handelsnaam wel voldoende kan zijn om de identiteit kenbaar te maken, mits daarbij ook de juiste adresgegevens worden vermeld.¹⁴⁴ De Consumentenautoriteit neemt dit punt niet over. PostGarant hanteert, aldus de Consumentenautoriteit, verschillende handelsnamen. Het vermelden van een enkele handelsnaam is onvoldoende om de identiteit te achterhalen.

Op advies van de BAC dient de Consumentenautoriteit nader te motiveren waarom de vermelding van een telefoonnummer of faxnummer noodzakelijk is. Dit wordt niet expliciet genoemd in de wet. De wet verlangt gegevens die een snel contact mogelijk maken. De Consumentenautoriteit motiveert zijn

142 Sanctiebesluit 23 januari 2008 inzake PostGarant, CA/NC/2/67. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.2, nr. 2.

143 Zie overweging 61. Hier wordt HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7608 aangehaald.

144 Zie 5.4 advies BAC.

standpunt nader met de onderbouwing dat de reguliere post geen snelle communicatie is en eveneens verwijst de Consumentenautoriteit naar artikel 27 van Richtlijn 2006/123/EG waarin aan lidstaten wordt opgedragen om ervoor te zorgen dat dienstverrichters adresgegevens verstrekken met inbegrip van postadres, faxnummer of e-mailadres en een telefoonnummer.

Beroep. De rechtbank oordeelt dat het noemen van de handelsnaam onvoldoende is, evenals het slechts noemen van het KvK-nummer.¹⁴⁵ Toegang tot het register van de KvK is niet gemakkelijk, rechtstreeks en permanent. Evenmin is het vermelden van de handelsnaam voldoende. De rechtbank halveert de boete van €30.000 tot €15.000 met als onderbouwing dat PostGarant wel enige gegevens heeft verstrekt waarmee haar identiteit kon worden achterhaald. Voorts is er geen verplichting om naast een postadres en elektronisch adres ook nog een telefoon- en/of faxnummer te vermelden. De post kan worden aangemerkt als een snelle, rechtstreekse en effectieve communicatievorm. Een telefoon- en/of faxnummer is dan niet vereist.

Hoger beroep. Het CbB bevestigt dat de vermelding van de handelsnaam en het KvK nummer onvoldoende is.¹⁴⁶ Daarnaast dient het e-mail adres afzonderlijk van de andere gegevens te worden vermeld. De verlaging van de boete wordt door het CbB weer ongedaan gemaakt omdat het CbB van oordeel is dat het een stelselmatige overtreding betreft.¹⁴⁷ Daarom heeft de Consumentenautoriteit terecht een boete van €30.000 opgelegd.

Commentaar. De rechtbank, net als overigens de BAC, kijkt meer dan de ACM naar het doel van de regeling, namelijk of het mogelijk is om de identiteit van de onderneming te achterhalen. Het CbB betreft in zijn oordeel vooral het stelselmatige karakter van de overtreding.

(3) Wizz Mobile

Casus. Wizz Mobile¹⁴⁸ maakt via banners op websites reclame voor ringtones. Wizz Mobile richt zich vooral op jongeren. De klachten over Wizz Mobile bestaan onder meer uit het feit dat consumenten ongewild een abonnement afsluiten, terwijl zij in de veronderstelling verkeren dat zij niet meer doen dan een gratis ringtone bestellen. De vraag is of Wizz Mobile voldoet aan de informatieplichten uit artikel 3:15d lid 1 sub a, b, c en f en lid 2 BW.

Besluit. Op de website wordt slechts de naam Mobqo vermeld. In de link 'Specifieke voorwaarden' wordt Wizz Mobile wel vermeld. Wat de relatie tussen deze twee is wordt echter niet duidelijk. Contactgegevens (sub b), KvK-nummer

145 Rb. Rotterdam 25 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL6368.

146 CbB 4 april 2012, ECLI:NL:Cbb:2013:BZ7807.

147 CbB 4 april 2013, ECLI:NL:Cbb:2013:BZ7807.

148 Sanctiebesluit 7 augustus 2008 inzake Wizz Mobile Interactive B.V., CA/NB/64/69. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 2.

(sub c) noch een BTW-nummer (sub f) worden op de website vermeld. Daarnaast is de prijs voor het abonnement onduidelijk, immers consumenten beseffen niet dat ze een abonnement afsluiten, en verder is op de website niet aangegeven of de prijs van de dienst inclusief BTW en/of verzendkosten is. Dit is in strijd met het tweede lid van artikel 3:15d BW. De Consumentenautoriteit legt een boete op van € 9.500. Deze boete ziet niet op overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub c en f, BW omdat de schade voor de consumenten zeer beperkt is.

Commentaar. In dit besluit wordt geen boete opgelegd voor het niet vermelden van het KvK- en BTW-nummer omdat de schade beperkt is voor consumenten.¹⁴⁹

(4) OX-2 International (Realtonekado.nl)

Casus. Realtonekado.nl, jijwint.nl en andere sites zijn domeinnamen van OX-2 International.¹⁵⁰ Op deze websites worden ringtones, wallpapers, quizzes en prijsvragen per sms aangeboden. Bezoekers dienen om een eerste gratis ringtone te krijgen hun MSN-gebruikersnaam en MSN-wachtwoord op te geven. Vervolgens stuurt OX-2 alle contactpersonen in de MSN-lijst een reclame e-mail. Hierbij lijkt het alsof deze reclame-berichten van een bekende afkomstig zijn en een cadeautje wordt aangeboden. De werkelijkheid is echter dat degene die een gratis ringtone wenst te krijgen of een prijs wil winnen, een betaald sms-abonnement dient af te sluiten.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt met betrekking tot de website realtonecadeau.nl dat OX-2 International artikel 3:15d lid 1 sub a, b, c en f BW heeft overtreden. Ten aanzien van de website jijwint.nl heeft OX-2 International niet voldaan aan artikel 3:15d lid 1 sub c en f BW. Wat betreft winps3.nl en iphonegame.nl is op 29 april 2008 niet voldaan aan 3:15d lid 1 sub a en aan artikel 3:15d lid 1 sub b BW (geen elektronisch postadres) en 3:15d lid 1 sub c en f, BW. Ten aanzien van artikel 3:15d lid 2 BW concludeert de Consumentenautoriteit dat onder de link 'voorwaarden' is opgenomen dat de gratis realtone alleen wordt verstrekt bij het aangaan van een abonnement waarvoor € 3 per ringtone moest worden betaald. Het betreft hier geen duidelijke en ondubbelzinnige wijze van weergeven. De Consumentenautoriteit legt een boete op van € 20.000 voor de overtredingen van artikel 3:15d lid 1 sub a en b en 3:15d lid 2 BW. Voor de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub c en f, BW wordt geen boete opgelegd.

¹⁴⁹ Zie commentaar bij Sana Direct, par. 4.5.2.1, nr. 1.

¹⁵⁰ Sanctiebesluit 5 december 2008 inzake Realtonekado.nl, CA/NCB/137/135.

(5) Smart Media Servies

Casus. Smart Media Services¹⁵¹ biedt op de website skilled2win.com spelletjes aan waarmee de suggestie wordt gewekt dat er geldbedragen kunnen worden gewonnen. Om deze prijzen te winnen diende de consument een sms-abonnement af te sluiten. De deelname liep door totdat de consument zich had afgemeld. De vraag is of Smart Media Services artikel 3:15d lid 1 sub a (identiteit), b (snel contact), c (inschrijven KvK), en f (BTW-nummer), en lid 2 (prijs inclusief BTW), BW heeft overtreden.

Besluit. Op de website wordt niet voldaan aan de informatieverplichtingen zoals het vermelden van de identiteit en de adresgegevens. Ook ontbreekt duidelijke informatie over de aard van de spelletjes op de website en het woordspel. Daarnaast worden aan consumenten, zonder toestemming, betaalde sms-berichten toegezonden. De overtredingen zijn gestaakt op 26 november 2009 omdat de dienst toen niet meer beschikbaar was, waardoor de boete met 5% wordt verlaagd. Er wordt geen boete opgelegd voor het niet-vermelden van het KvK- en BTW-nummer gezien de beperkte schade. Voor de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a en b wordt een boete opgelegd van €9.500.¹⁵² Voor de overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW wordt een boete van €38.000 opgelegd.¹⁵³

Commentaar. In dit besluit legt de ACM, net als in het Sana Direct-besluit, geen boete op voor het niet vermelden van het KvK-nummer en het BTW nummer. Zoals reeds bij het commentaar op het Sana Direct-besluit is opgemerkt, is er een overtreding, maar omdat de consumenten geen nadeel hebben geleden wordt er geen boete opgelegd. Het niet opleggen van een boete voor een overtreding die consumenten niet heeft geschaad, acht ik doelmatig. De doelstelling van de regels wordt zo immers in het oog gehouden.

(6) Budgetticket B.V. etc.

Casus. Websites als Budgetticket.nl, Onlineticketshop.nl (beiden Budgetticket B.V.) Worldticketshop.nl (Worldticketshop B.V.),¹⁵⁴ 4alltickets.nl, tickets4events.nl (4allTickets B.V.),¹⁵⁵ Pepetickets.nl (PePe Trading B.V.),¹⁵⁶ Ticketsnederland.nl (Leisure Tickets & Activities International B.V.),¹⁵⁷ Ticketloket.com

151 Sanctiebesluit 26 januari 2009 inzake Smart Media Services B.V., CA/NCB/220/71. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.3, nr. 4.

152 In deze boete zijn ook betrokken de overtredingen van artikel 7:46c lid 2 sub a juncto lid sub a en 7:46c lid 2 sub c BW.

153 In deze boete zijn ook betrokken de overtredingen van artikel 7:46c lid 1 sub b, c, e, f en i BW, artikel 7:46c lid 2 sub a juncto artikel 7:46c lid 1 sub b, c, e, f en i, BW.

154 Sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake Budgetticket e.a., CA/NB/550.

155 Sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake 4alltickets e.a., CA/NB/408.

156 Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake PePe Trading B.V., CA/NB/418/37.

157 Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake Leisure Tickets & Activities International B.V., CA/NB/421/61.

(Dutch Entertainment Services B.V.),¹⁵⁸ Ticketunlimited.nl (Ticket Unlimited B.V.)¹⁵⁹ en Kaartverkoop.nl¹⁶⁰ verkopen reeds verkochte kaartjes voor concerten en evenementen door aan andere consumenten.¹⁶¹ Budgetticket, Worldticketshop en Ticketsnederland vermelden hun identiteit in de algemene voorwaarden. Onlinetickets en Budgetticket vermelden hun identiteit (ook) onder de link 'contact'. Worldticketshop, Tickets4events en Pepetickets vermelden hun adres, het KvK-nummer en het BTW-nummer onder links als 'informatie' of 'over Worldticketshop'.

Budgetticket.nl, Worldticketshop.nl, Ticketsnederland.nl, Ticketunlimited.nl, Tickets4events.nl, Dutch Entertainment Services noch Onlineticketshop vermeldt of de prijzen op de website inclusief of exclusief BTW zijn en of verzendkosten in rekening worden gebracht. Onderaan de pagina is een vermelding geplaatst dat prijzen exclusief eenmalige servicekosten zijn.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat de algemene voorwaarden geen duidelijke en herkenbare plaats zijn voor het noemen van de identiteit en dat vermelding van de identiteit in de algemene voorwaarden in strijd is met artikel 3:15d lid 1 sub a en lid 2 BW. Dit geldt ook voor het noemen van de identiteit onder de link 'contact' en het vermelden van het adres, het KvK-nummer en het BTW-nummer onder links als 'informatie'. In de verschillende besluiten omtrent de ticketdoorverkoop worden lasten onder dwangsom opgelegd. Budgettickets B.V. (budgetticket.nl en onlineticketshop), Ticket Unlimited B.V. (ticketunlimited.nl) en Dutch Entertainment Services (ticketloket.com) dienen in relatie tot de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a, BW de identiteit gemakkelijk, permanent en rechtstreeks toegankelijk te maken dan wel de website offline te stellen en offline te houden op verbeurte van een dwangsom van €5.000 per overtreding per week tot een maximum van €100.000. Tickets4events krijgt eenzelfde dwangsom opgelegd voor overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a, c en f, BW als de informatie niet beschikbaar komt op de website.

Kaartverkoop.nl en Ticketsnederland.nl dienen op de website de informatie als genoemd in de artikelen 3:15d lid 1 sub a en f BW rechtstreeks en permanent, gemakkelijk toegankelijk te maken op verbeurte van een dwangsom van €1.000 per overtreding per week tot een maximum van €20.000.

Pepetickets.nl dient op de website de informatie uit artikel 3:15d lid 1 sub a en f BW gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk te maken dan wel de website offline te stellen en te houden op verbeurte van een dwangsom van €5.000 per overtreding per week tot een maximum van €100.000.

Het niet aangeven of de prijzen in- of exclusief BTW zijn en of de verzendkosten in rekening gebracht worden is een overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW. Het feit dat onderaan de pagina staat dat er nog eenmalige servicekosten bijkomen, is onvoldoende, aldus de Consumentenautoriteit. Deze informatie

158 Sanctiebesluit 14 september 2011 inzake Dutch Entertainmentservices, CA/NB/689/54.

159 Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake Ticket Unlimited B.V., CA/NB/412/59.

160 Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake www.kaartverkoop.nl, CA/NB/425/46.

161 Sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake Budgetticket e.a, CA/NB/550 en sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake 4alltickets e.a., CA/NB/408.

is opgenomen in een groot tekstblok waar deze niet opvalt en de consument bij de meest gangbare schermresolutie moet scrollen om deze informatie te vinden. Hiermee wordt niet voldaan aan het vereiste dat bij prijsaanduidingen uitdrukkelijk wordt vermeld of de leveringskosten zijn inbegrepen. Voor de overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW (in samenhang met artikel 6:193d juncto 6:193e sub c BW hierna nog te bespreken) krijgen Budgetticket.nl, Ticket unlimited.nl, Ticket4events.nl, Pepetickets.nl, Dutch Entertainment Services de last opgelegd om uitdrukkelijk en op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze te vermelden of er leveringskosten zijn en of de BTW is inbegrepen, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000 per overtreding per week met een maximum van € 100.000. De last onder dwangsom voor Kaart verkoop.nl en voor Leisure Tickets & Activities International bedraagt € 1.000 per overtreding per week met een maximum van € 20.000.

Bezwaar. Budgettickets.nl en Worldticketshop.nl zijn tegen het besluit van de Consumentenautoriteit in bezwaar gegaan. In bezwaar komen de lasten onder dwangsom met betrekking tot artikel 3:15d lid 1 sub a BW, te vervallen omdat het herhalingsgevaar inzake de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a BW ontbreekt.¹⁶² De last onder dwangsom met betrekking tot artikel 3:15d lid 2 BW blijft, in tegenstelling tot het advies van de BAC in bezwaar overeind. De toezichthoudende medewerkers hadden weliswaar geconstateerd dat de overtredingen beëindigd waren maar de Consumentenautoriteit heeft overwogen dat de overtreding daarvoor gedurende lange tijd heeft plaatsgevonden, terwijl dit op simpele wijze voorkomen had kunnen worden.

Beroep. In beroep oordeelt de rechtbank dat de Consumentenautoriteit, ondanks dat de overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW, reeds was beëindigd, wel een last onder dwangsom mocht opleggen.¹⁶³ De dwangsom strekt immers tot het voorkomen van herhaling. Evenmin is deze dwangsom onredelijk.

Commentaar. De dwangsom voor kaartverkoop.nl en voor Leisure Tickets & Activities is wellicht lager omdat zij na een eerste waarschuwing wel aanpassingen hebben doorgevoerd, maar deze aanpassingen nog onvoldoende duidelijk waren. De verlaging van de boetes wordt echter niet gemotiveerd.

Wellicht had tegen het besluit op grond van artikel 3:15d lid 2 BW nog bezwaar en beroep aangetekend kunnen worden met als argument dat het op een pagina naar beneden scrollen een gebruikelijke internethandeling is. Dit wordt, zoals hieronder zal worden besproken, aangenomen in de beroepszaak van Celdorado.¹⁶⁴

In deze besluiten wordt, in tegenstelling tot het besluit Sana Direct, vermelding van de identiteit in de algemene voorwaarden onvoldoende geacht.

162 Besluit op bezwaar 26 april 2011 inzake Budgetticket en Worldticketshop, CA/NB/576/23.

163 Rb. Rotterdam 28 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW9825, r.o. 5.5.

164 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2102:BW3358 (*Celdorado*), par. 4.5.3.3, nr. 10.

(7) Ryanair

Casus. Ryanair vermeldt op haar website niet het e-mailadres waar consumenten contact met haar kunnen opnemen. De consument kan wel een contactformulier invullen. De vraag is of een klacht kan worden toegelicht als de consument kiest voor het onderwerp ‘*complaint*’. Ryanair antwoordt dan via een *donotreply*-e-mail.

Besluit en bezwaar. Het niet vermelden van het e-mailadres is in strijd met artikel 3:15d lid 1 sub b BW (snelle communicatie).¹⁶⁵ De Consumentenautoriteit overweegt dat nu Ryanair haar e-mailadres niet kenbaar heeft gemaakt op de website, zij een obstakel voor de consument opwerpt om rechtstreeks en effectief te communiceren met Ryanair. Hierbij dient, aldus de Consumentenautoriteit, in aanmerking te worden genomen dat bij elektronische handel e-mailcorrespondentie het aangewezen communicatiemedium is. De gedachte achter artikel 3:15d BW is het vertrouwen in de elektronische handel te waarborgen. De consument dient daarom te weten met wie hij van doen heeft en moet desgewenst gemakkelijk contact met de handelaar kunnen opnemen.¹⁶⁶ De Consumentenautoriteit legt Ryanair een boete op van €60.000. Omdat Ryanair wel telefoonnummers en een contactformulier op de website beschikbaar heeft wordt niet de maximale boete opgelegd. Het besluit blijft na de bezwaarprocedure in stand.¹⁶⁷

Beroep. In beroep betoogt Ryanair dat het, volgens de Memorie van Toelichting, dient te gaan om snel contact en rechtstreekse, effectieve communicatie. Dit kan via telefoon, fax of e-mail. Ryanair heeft deze middelen geboden onder andere door het e-mail/contactformulier. De rechtbank oordeelt dat de Memorie van Toelichting de eis stelt van een gemakkelijke, rechtstreekse en permanente toegang tot gegevens. Eenmalige informatieverstrekking is niet voldoende. Het contactformulier is dan ook geen volwaardige vervanger van een e-mailadres.¹⁶⁸ Het besluit blijft na de beroepsprocedure op dit punt daarom in stand.

Hoger beroep. In hoger beroep bevestigt het CbB de uitspraak van de rechtbank.¹⁶⁹

165 Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.3, nr. 1, par. 4.5.2.6, nr. 1, par. 4.5.3.3, nr. 11, 4.5.3.4, nr. 5.

166 Zie overweging 219 en 220.

167 Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair CA/IB/878/27.

168 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868, r.o. 7.7.3.

169 CbB 10 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:103.

(8) Celldorado

Casus. Artiq biedt onder de naam Celldorado via televisiereclames en internet-banners sms-diensten aan.¹⁷⁰ De vraag is of Celldorado via de landingspagina's (internet) achter de reclamebanners aan haar informatieverplichtingen ex artikel 3:15d lid 1 sub a (identiteit), b (snel contact), c (KvK-nummer) en f (BTW-nummer), BW voldoet.

Op de website celldorado.com is de naam van Artiq Mobile B.V. slechts te vinden onder de links 'Specifieke voorwaarden' en 'Aanvullende Spelvoorwaarden'. Onder de link 'contact' is een contactformulier te vinden. Daarnaast is het e-mailadres onderaan de pagina te vinden als de link 'Aanvullende Spelvoorwaarden' wordt opgeklikt. De vermelding 'Celldorado' is eveneens onvoldoende in het kader van de vermelding van de identiteit. Het KvK-nummer en het BTW-nummer worden slechts vermeld op de landingspagina's van de uitingen maar niet op de website celldorado.com.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Celldorado de informatieverplichtingen op grond van artikel 3:15d lid 1 sub a (identiteit), b (snel contact), c (KvK-nummer) en f (BTW-nummer) BW heeft geschonden. De Consumentenautoriteit overweegt dat deze gegevens op de website celldorado.com ontbreken of onduidelijk zijn vermeld en dat deze gegevens ook niet gemakkelijk en rechtstreeks toegankelijk zijn gemaakt. Celldorado bestrijdt dit en voert aan dat de landingspagina permanent toegankelijk is. De Consumentenautoriteit legt een boete op van € 50.000. Er is geen sprake van boete-verhogende omstandigheden op dit punt.

Bezwaar. In bezwaar heeft Celldorado aangevoerd dat de gegevens niet per se op de homepage vermeld dienen te staan. Ook via doorklikken zouden de gegevens vindbaar mogen zijn. De BAC adviseert dat de Consumentenautoriteit een juist besluit heeft genomen. In navolging van de BAC verklaart de Consumentenautoriteit het bezwaar op dit punt ongegrond.¹⁷¹

Beroep. In beroep oordeelt de rechtbank Rotterdam dat de website celldorado.com permanent toegankelijk was. Het KvK- en het BTW-nummer waren na tweemaal doorklikken te vinden. De rechtbank oordeelt, anders dan de Consumentenautoriteit, dat deze gegevens voldoende transparant en eenvoudig te vinden zijn.¹⁷² Er is dus geen sprake van een overtreding op grond van sub c en f.

De identiteit en het emailadres zijn volgens de rechtbank, echter niet te vinden op de landingspagina's. Deze gegevens zijn slechts te vinden via de links naar de 'Algemene voorwaarden' of de 'Specifieke voorwaarden'. Het is onvoldoende duidelijk dat op deze links geklikt moet worden om het e-mailadres of de identiteit te vinden.

170 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 7, 4.5.3.2, nr. 1 en 4.5.3.3, nr. 10.

171 Besluit op bezwaar 3 maart 2011 inzake Celldorado, CA/NB/510/87.

172 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358 (*Celldorado*).

De rechtbank oordeelt voorts dat de boete voor de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub b, (snel contact) samenloopt met het hieronder te bespreken artikel 6:193d lid 2 en 3 en artikel 6:193f sub a, BW.

Omdat de overtredingen van artikel 3:15d, eerste lid onder c en f komen te vervallen en de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub b BW samenloopt, verlaagt de rechtbank de boete van € 50.000 naar € 25.000 voor overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a (identiteit) en b (snel contact) BW.

Hoger beroep. Het CBb volgt de rechtbank niet in het oordeel dat het KvK- en BTW-nummer op de landingspagina na tweemaal doorklikken, voldoende transparant en eenvoudig te vinden zijn.¹⁷³ Vanaf de homepage dient eerst geklikt te worden op de link 'Producten en prijzen' en daarna op een link die doorverbindt naar de concrete landingspagina van een dienst. Deze gegevens dienen zonder meerdere zoekpogingen gevonden te worden. Het CBb onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat de identiteit van Celldorado niet op de landingspagina is vermeld. De hoogte van de boete blijft echter ongewijzigd gezien de samenloop met de boete voor artikel 6:193d lid 2 en 3 en artikel 6:193f sub a BW.

Commentaar. In het civiele recht kan de rechter, bij de beantwoording van de vraag of de gegevens 'rechtstreeks en permanent' zijn verstrekt, de belangen van *beide* partijen afwegen onder meer op grond van de redelijkheid en billijkheid. Van de ene consument kan meer worden verwacht dan van de andere consument (leeftijd, opleidingsniveau etc.). Zo overweegt de rechtbank in de Otto-uitspraak,¹⁷⁴ in relatie tot de wils-vertrouwensleer van artikel 3:33 en 3:35 BW, dat de deskundigheid van partijen een rol speelt. Daarbij valt op dat de rechter van oordeel is dat aan de consument die zich op internet begeeft bepaalde eisen mogen worden gesteld. Zo mag van de koper die zich op internet begeeft worden verwacht dat hij beseft dat er sprake is van een geautomatiseerd proces als er elektronische berichten van de verkoper (Otto) onmiddellijk volgen op de handelingen van de consument.¹⁷⁵ Als de gevraagde prijs 700% lager ligt dan de redelijkerwijs te verwachten prijs kan men begrijpen dat er sprake is van een (menselijke) fout. Van een gemiddelde, geïnformeerde consument mag worden verwacht dat hij in dit geval betreft het de aanschaf van een (duur) LCD scherm zich heeft georiënteerd en dus de bandbreedte van de prijzen op de markt kent en dat hij moet begrijpen dat de door Otto geuite verklaring niet in overeenstemming was met haar wil.¹⁷⁶ Dat hierbij niet is voldaan aan de eisen van 3:15d BW doet hier niet aan af.

De invulling van de vraag in hoeverre vereiste gegevens toegankelijk zijn voor consumenten wordt in het civiele recht casuïstisch ingevuld. Een dergelijke casuïstische benadering is niet mogelijk voor de ACM die een geabstraheerde toetsing dient toe te passen. Ook het beboeten van de overtreding van regels

173 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.

174 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368.

175 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368, zie r.o. 4.13.

176 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368, zie r.o. 4.13.

die ruimte voor interpretatie open laten kan op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel en daarmee artikel 7 EVRM.¹⁷⁷ Een boetesysteem vraagt om heldere duidelijke regels. Open of vage normen kunnen eventueel worden ingevuld met beleidsregels. Het vastleggen in beleidsregels hoeveel muisklikken nog toelaatbaar is en of 'scrollen' is toegestaan om informatie te vinden, acht ik evenwel weinig zinvol.

Afronding

De ACM heeft in relatie tot artikel 3:15d BW verschillende besluiten genomen waarin boetes zijn opgelegd. In deze zaken staat de vraag centraal in hoeverre de vereiste gegevens 'gemakkelijk, rechtstreeks en permanent' toegankelijk zijn voor degene die de aangeboden dienst gebruikt. Zo is aanvankelijk het opnemen van het (vestigings)adres in de algemene voorwaarden voldoende om artikel 3:15d lid 1 sub a BW niet te overtreden (Sana Direct). In de latere besluiten betreffende de doorverkoopssites van (concert)kaarten wordt dit onvoldoende geoordeeld. Het opnemen van (contact, KvK, en BTW-nummer) gegevens onder een link wordt door de ACM in het besluit Celldorado beboet. In beroep constateert de rechtbank echter dat met tweemaal klikken het KvK- en het BTW-nummer is te vinden. Dit wordt voldoende geacht door de rechtbank. Het CBb vernietigt echter de aangevallen uitspraak op dit punt. In het besluit Sana Direct is het opnemen van het adres in de algemene voorwaarden weer voldoende. In beroep naar aanleiding van het besluit PostGarant oordeelt de rechtbank Rotterdam dat er wel enige gegevens zijn verstrekt waarmee de identiteit is te achterhalen. Op grond hiervan wordt de boete gehalveerd. Het CBb is echter streng en maakt deze halvering ongedaan.

Uit de besluitvorming is niet eenvoudig vast te stellen welke lijn er nu precies gevolgd wordt bij de invulling van het 'gemakkelijk, rechtstreeks en permanent' toegankelijk maken van de gegevens. De discussie richt zich op de vraag 'hoeveel muisklikken zijn nog toelaatbaar'.

In een aantal besluiten, onder andere Sana Direct, PostGarant en Wizz Mobile, oordeelt de ACM dat het achterwege laten van het KvK nummer of het niet vermelden of de prijs inclusief of exclusief BTW is, de consumenten geen nadeel heeft opgeleverd. Daarom wordt in dat geval geen boete opgelegd. Naar mijn mening is dit een doelmatige benadering omdat zo het belang dat door de bepaling wordt gediend, centraal staat.

4.5.2.2 Artikel 6:227b BW

Ook artikel 6:227b BW eist dat, voordat een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de informatiemaatschappij die een dienst verleent aan de wederpartij op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie verschaft over:

¹⁷⁷ Zie hierover ook par. 2.7.3.

- a) de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn;
- b) het al dan niet archiveren van de overeenkomst, nadat deze tot stand zal zijn gekomen(...);
- c) de wijze waarop de wederpartij van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken alsmede de wijze waarop hij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt;
- d) de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten;
- e) de gedragscodes waaraan hij zich heeft onderworpen en de wijze waarop deze gedragscodes voor de wederpartij langs elektronische wege te raadplegen zijn.

Het vierde lid van artikel 6:227b BW bepaalt dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van het niet naleven door de dienstverlener van de onder sub a, c of d genoemde verplichtingen, vernietigbaar is. Op grond van lid 4 wordt vermoed dat een overeenkomst onder invloed van het genoemde onder sub a en c van lid 1 tot stand is gekomen als de dienstverlener zijn verplichtingen op die grond niet is nagekomen.

In de Memorie van Toelichting bij dit artikel wordt benadrukt dat de te verstrekken informatie essentieel is voor de wils- of oordeelsvorming van de wederpartij.¹⁷⁸ Als de overeenkomst tot stand komt onder invloed van het niet verstrekt zijn van die informatie, dan dient de wederpartij in staat te zijn zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan indien in het geheel geen overeenkomst tot stand was gekomen.¹⁷⁹

Een wederpartij zou zich, aldus de Memorie van Toelichting, naast de vernietigingsmogelijkheid ook kunnen beroepen op artikel 6:217 BW en zich op het standpunt kunnen stellen dat er geen aanvaarding heeft plaats gevonden.¹⁸⁰

In een uitspraak van de kantonrechter Den Bosch wordt aangenomen dat een consument voldoende duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig informatie dient te krijgen over de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt en op welk moment deze tot stand komt, welke verplichtingen de aanmelder aangaat en op welke wijze en binnen welke termijn hij de overeenkomst ongedaan kan maken.¹⁸¹ Zo is bijvoorbeeld een button naar de spelregels en het doorgeleiden naar een scherm met de algemene voorwaarden via de 'meld je hier aan'-knop, die men heeft aangeklikt bij de aanmelding voor een welkomstpakket behorend bij een bepaald abonnement, voldoende. Dit geldt te meer als op de pagina ook een duidelijke voetnoot staat met betrekking tot de voorwaarden van het welkomstpakket, namelijk dat het alleen onder bepaalde voorwaar-

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 56.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 56.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 56.

¹⁸¹ Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4622.

den gratis wordt toegestuurd. Dergelijke voorwaarden kunnen bijvoorbeeld zijn dat de consument 14 dagen de tijd heeft om te beslissen of hij daadwerkelijk lid wil worden en dat als hij van het desbetreffende abonnement afziet, hij het welkomstpakket terug dient te sturen. Als de consument het welkomstpakket echter behoudt, zal hij op regelmatige basis producten tegen betaling ontvangen.

Het gaat echter te ver – en in dat geval is er sprake van strijd met artikel 6:227b BW – als een consument op een website zelf op zoek moet naar opzegtermijnen en automatische omzetting in een abonnement.¹⁸² Een aanbieder dient in een eerder stadium, bijvoorbeeld op een aanvraagformulier, te vermelden dat bijvoorbeeld een abonnement wordt omgezet in een abonnement voor de duur van drie maanden.

In deze paragraaf worden in chronologische volgorde de besluiten van de ACM met betrekking tot artikel 6:227b BW besproken en waar nodig van commentaar voorzien.

(1) Sana Direct

Casus. Sana Direct, verkoper van onder meer voedingssupplementen, geeft op haar website niet aan op welke wijze de wederpartij van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan raken (artikel 6:227b lid 1 sub a BW) en hoe hij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt (artikel 6:227b lid 1 sub b BW).¹⁸³ Als er een overeenkomst is gesloten ontvangt de consument een welkomstpakket en vervolgzendingen. De overeenkomst komt tot stand met slechts één stap, namelijk het klikken op de knop ‘versturen’. De knop ‘wissen’ maakt het niet mogelijk om inzicht te krijgen in ongewilde handelingen en deze te herstellen. Dit is des te bedenkelijker in combinatie met de enkele muisklik waardoor de overeenkomst tot stand komt. Hierdoor zal eerder een onbedoelde overeenkomst of een overeenkomst met onbedoelde inhoud tot stand komen.

Besluit. De Consumentenautoriteit legt voor de overtredingen ex artikel 6:227b lid 1 sub a en c BW samen met de overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub f juncto 7:46d (oud) BW een boete van € 48.000 op.

Bezwaar. In bezwaar overweegt de Consumentenautoriteit dat meer handelingen voor het sluiten van een overeenkomst niet vereist zijn, maar doordat consumenten veelal via banners op de pagina komen zullen zij de informatie achter

¹⁸² Rb. Zut phen, sector kanton, 31 januari 2006, ECLI:RBZUT:2006:AV1459. Zie ook Rb. Groningen, sector kanton, 17 mei 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AY6081. In deze uitspraak overweegt de rechter wel dat LIS in de bevestiging de proefperiode nader had moeten omschrijven. Ik denk dat dit te laat is op grond van artikel 6:227b BW. Immers dit dient te gebeuren voor het aangaan van de overeenkomst.

¹⁸³ Sanctiebesluit 5 november 2007 inzake Sana Direct, CA/NB/35/76. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 1.

de link 'Zo bestelt u' niet zien.¹⁸⁴ Via een aantal links dienen consumenten de informatie als bedoeld in artikel 6:227b lid 1 sub a BW te achterhalen. De website dient actief te worden doorzocht. De BAC merkt in haar advies aan de Consumentenautoriteit op dat Sana Direct artikel 6:227b lid 1 sub a BW weliswaar heeft overtreden, maar dat deze bepaling niet ziet op het duidelijk vermelden van de inhoud van de overeenkomst. Het betreft louter de totstandkoming. Als de Consumentenautoriteit bedoelt dat artikel 6:227b lid 1 sub a BW is overtreden omdat de inhoud van de overeenkomst ook ziet op vervolgbestellingen dan is dat niet juist, aldus de BAC. Artikel 6:227b BW ziet namelijk niet op de onbedoelde aanvaarding van een overeenkomst.¹⁸⁵

De BAC overweegt, in relatie tot artikel 6:227b lid 1 sub c BW, dat het te ver gaat om ook bij een overzichtelijk bestelproces te omschrijven hoe de consument van eventuele invoerfouten op de hoogte kan geraken en hoe hij deze kan herstellen. Artikel 6:227b lid 1 sub c BW verplicht aanbieders niet om informatie te verstrekken over de mogelijkheden tot herstel van een onbedoelde aanvaarding van een overeenkomst (door het onbedoeld klikken op de knop 'versturen'). In bezwaar komt de Consumentenautoriteit, in tegenstelling tot het primaire besluit, tot het oordeel dat artikel 6:227b lid 1 sub c BW niet is overtreden. Deze bepaling ziet slechts op het herstellen van 'bedieningsfouten', zoals typefouten of een onbedoelde muisklik. Er kunnen, door de opzet van de website, slechts bedieningsfouten worden gemaakt met betrekking tot de invoering van de naam, adres en woonplaatsgegevens. De knop 'wissen' biedt hiervoor uitkomst.

In het besluit op bezwaar wordt de boete met € 16.000 verlaagd.

(2) PostGarant

Casus. De consument ontvangt van PostGarant, nadat hij zijn gegevens heeft ingevuld niet alleen een welkomst- of proefpakket maar ook vervolgzendingen.¹⁸⁶ Deze bedragen worden automatisch geïncasseerd. De vraag is hier, net als bij Sana Direct, of voor het tot stand komen van de overeenkomst de vereiste informatie is verstrekt.

Besluit. Op de website is onvoldoende duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig aangegeven dat met één druk op de knop, het klikken op de verzendknop, een overeenkomst inzake de koop van het welkomstpakket, proefpakket of gratis product en een abonnement op vervolgzendingen tot stand komt. Dit is een overtreding van artikel 6:227b lid 1 sub a BW. Eveneens ontvangt de consument niet de informatie omtrent het herstel van door hem niet gewenste handelingen voordat de overeenkomst is gesloten. Hiermee overtreedt PostGarant artikel 6:227b lid 1 sub c BW. De Consumentenautoriteit legt een dwangsom op van

184 Advies inzake het bezwaarschrift van Sana Direct B.V, 15 mei 2008, CA/NB/35/64, zie 3.4.

185 Advies inzake het bezwaarschrift van Sana Direct B.V, 15 mei 2008, CA/NB/35/64, zie 6.16.

186 Sanctiebesluit 23 januari 2008 inzake PostGarant, CA/NC/2/67. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 2.

€ 250 per dag met een maximum van € 25.000 voor het voorkomen van herhaling van de overtredingen. Daarnaast wordt nog een boete opgelegd van € 60.000.

Bezwaar. Het bezwaar met betrekking tot artikel 6:227b lid 1 sub c BW wordt gegrond verklaard. Dit artikel beoogt de consumenten te beschermen tegen het tot stand komen van een overeenkomst die als gevolg van bedieningsfouten een andere inhoud heeft dan door de consument gewild. De bedieningsfouten kunnen in dit geval slechts bestaan uit het invoeren van de NAW-gegevens of een onbedoelde klik op de knop 'verzenden'. De typefouten kunnen worden hersteld door de knop 'wissen'. Artikel 6:227b lid 1 sub c BW ziet niet op onbedoelde aanvaarding. De boete wordt met € 10.000 verlaagd.

Beroep en hoger beroep. Met betrekking tot artikel 6:227b lid 1 sub a, BW overweegt de rechtbank dat de overeenkomst tot stand komt op het moment dat de consument op de knop 'verzenden' drukt. Een bevestigingse-mail met daarin gegevens is derhalve te laat. Zoals ook in het geschil Sana Direct is overwogen, strekt de overtreding van artikel 6:227b lid 1 sub a BW zich niet uit tot de vervolgzendingen.¹⁸⁷ De reden hiervan is gelegen in het feit dat er geen overeenkomst met betrekking tot de vervolgzendingen tot stand is gekomen. Het besluit blijft in hoger beroep in stand.¹⁸⁸

Afronding

Momenteel zijn er nog maar twee besluiten van de ACM met betrekking tot artikel 6:227b BW. Artikel 6:227b BW ziet uitsluitend op het herstellen van zogenaamde bedieningsfouten, niet op onbedoelde aanvaarding. De invulling van het op 'duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige' wijze informatie verschaffen wordt in de bezwaarfase in beide besluiten milder beoordeeld dan in het besluit in primo. Omdat het bedieningsfouten zijn die eenvoudig zijn te herstellen, worden de boetes verlaagd.

4.5.2.3 *Artikel 6:227c BW*

Op grond van artikel 6:227c lid 1 BW dient degene die een dienst aanbiedt van een informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW, de wederpartij passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter beschikking te stellen waarmee de wederpartij voor de aanvaarding van de overeenkomst van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken en waarmee hij deze kan herstellen.

187 Rb. Rotterdam 25 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL6368, r.o. 2.5.3.2.

188 CBb 4 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ7807, r.o. 3.2 onder 3.

(1) Ryanair

Casus. Toezichthouders van de Consumentenautoriteit hebben bij het boeken van een vliegticket bij Ryanair onderzocht of en op welke wijze de consument gedurende het boekingsproces de mogelijkheid heeft onbedoelde bedieningshandelingen op te merken en te herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt. De Consumentenautoriteit heeft vastgesteld dat de consument weliswaar met de browser terug kon keren, maar dat de gegevens dan opnieuw ingevuld dienden te worden. Daarnaast is vastgesteld dat aan het eind van het boekingsproces kosten worden vermeld, maar niet de namen van de reizigers zodat deze lastig te controleren en te herstellen zijn.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit heeft geoordeeld dat sprake is van een overtreding van artikel 6:227c lid 1 BW.¹⁸⁹ Er is een boete opgelegd van € 60.000. Daarnaast wordt een last onder dwangsom opgelegd. Het besluit blijft na bezwaar in stand.¹⁹⁰

Beroep. De rechtbank oordeelt dat het maken van vergissingen bij het invullen van de namen van de reizigers behoort tot niet gewilde handelingen zoals bedoeld in artikel 6:227c lid 1 BW.¹⁹¹ Consumenten moeten op de hoogte kunnen komen van deze vergissingen voorafgaand aan het kopen van de vliegtickets. Daarnaast is het niet mogelijk om via een returntoets de ingevoerde gegevens aan te passen. Kortom, er is geen sprake van passende doeltreffende en toegankelijke middelen om gemaakte fouten te herstellen. De ACM heeft de boete van € 60.000 terecht opgelegd.

Hoger beroep. In hoger beroep bevestigt het CBb de uitspraak van de rechtbank.¹⁹²

4.5.2.4 Artikel 6:230m e.v. BW

De artikelen betreffende overeenkomsten op afstand zijn sinds juni 2014 te vinden in boek 6 BW. Tot juni 2014 was de wettelijke regeling van de koop op afstand te vinden in artikel 7:46c (oud) BW. Artikel 7:46c (oud) BW bepaalde dat bij koop op afstand aan de wederpartij de in het eerste lid sub a tot en met sub i genoemde gegevens moesten worden verstrekt. Het betrof onder andere de identiteit, de prijs, de kosten van aflevering en de termijn voor de aanvaarding van het aanbod. Uit artikel 7:46d lid 1 (oud) BW volgde dat als niet was voldaan aan de informatieverplichtingen, de koper het recht had de koop op afstand zonder opgave van redenen binnen drie maanden te ontbin-

189 Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 7, par. 4.5.2.6, nr. 1, par. 4.5.3.3, nr. 11, 4.5.3.4, nr. 5.

190 Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/27.

191 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868.

192 CBb 10 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:103.

den. Dit was een krachtig en eenvoudig middel voor consumenten zelf om onder hun verplichtingen uit te komen en de overeenkomst te ontbinden. De artikelen 7:46c en d (oud) BW zijn nu vervangen door artikel 6:230m e.v. BW. De bedenktijd voor het ontbinden van de overeenkomst is verlengd tot 14 dagen. Ook dient informatie omtrent het bestaan en de inhoud van het herroepingsrecht te worden verstrekt. Wordt de informatie niet verstrekt dan wordt de bedenktijd verlengd tot maximaal 12 maanden na het einde van de oorspronkelijke herroepingstermijn (artikel 6:230o lid 2 BW).¹⁹³

Uit de civiele rechtspraak volgt dat vermeld moet worden dat er bij doorverkochte tickets een risico bestaat dat bij controle van de identiteit de koper de toegang tot het evenement geweigerd kan worden. Deze informatie kan niet slechts in de algemene voorwaarden worden opgenomen.¹⁹⁴ Ook het opnemen van de mogelijkheid tot ontbinding in de productvoorwaarden is onvoldoende.¹⁹⁵

Schending van artikel 7:46c lid 2 (oud) BW had als consequentie dat de consument de overeenkomst kon ontbinden (inmiddels in gelijke zin artikel 6:230m e.v. BW). De consument diende in dat geval wel, bijvoorbeeld bij afgenomen diensten als energie, een redelijke vergoeding te betalen over de daaraan voorafgaande periode.¹⁹⁶ De grondslag hiervoor vormde ongerechtvaardigde verrijking¹⁹⁷ of onverschuldigde betaling.¹⁹⁸

In deze paragraaf zullen de besluiten van de ACM met betrekking tot artikel 6:230m e.v. BW (7:46c oud BW) worden besproken en voor zover relevant van commentaar worden voorzien.

(1) UPC Nederland

Casus. UPC heeft in de periode van 1 januari 2007 tot en met 1 april 2007 een groot aantal abonnees van analoge televisie benaderd voor de verkoop van een abonnement op digitale televisie.¹⁹⁹ Hierbij gebruikte UPC colportage en telefonische verkoopmethoden. In geen van de callscripts is de bedenktijd genoemd.

193 Zie voor nadere bespreking Asser/Houben 7-X 2015, nr. 268-270.

194 Rb. Amsterdam 2 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU1596.

195 Rb. Rotterdam, sector kanton, locatie Middelharnis, 14 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU6285. Zie ook Rb 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4616.

196 Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2637. Het Europese Hof van Justitie is overigens wel strenger. Zo is in het Messner arrest geoordeeld dat bij tijdige herroeping de consument in beginsel geen gebruiksvergoeding hoeft te betalen. (HvJ EU 3 september 2009, ECLI:EU:C:2009:502, C-489/07 (*Messner*)).

197 Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2637.

198 Rb. Arnhem, sector kanton, 9 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU4362.

199 Sanctiebesluit 23 april 2008 inzake UPC, CA/NCB/17. Zie ook par. 4.5.2.5, nr. 1.

Besluit. De Consumentenautoriteit stelt vast dat UPC niet heeft voldaan aan artikel 7:46c BW lid 1, aanhef en onder f, BW juncto artikel 7:46d lid 1 (oud) BW. De gratis proefperiode van drie maanden is niet relevant. Er wordt een boete van €18.000 opgelegd.

(2) Wizz Mobile

Casus. Wizz Mobile²⁰⁰ biedt ringtones aan. Voor consumenten zou het onduidelijk zijn dat zij een abonnement afsluiten waarbij €3 per ringtone wordt betaald, omdat zij ervan uit zouden gaan dat zij slechts een 'gratis' ringtone downloaden. De vraag is of Wizz Mobile haar informatieplichten uit artikel 7:46c lid 1 sub a (identiteit), b (kenmerken product), c (prijs), e (wijze van betalen, leveren en uitvoeren), f (bedenktijd) en i (minimale duur overeenkomst), (oud) BW heeft geschonden.

Besluit. De overeenkomst wordt gesloten op het moment dat de consument 'OK' sms't nadat hij de mededeling 'Bedankt! Om je gratis realtone te ontvangen: sms OK naar 5858' heeft ontvangen. Vervolgens krijgt de consument een bericht met de tekst die hij ook heeft kunnen lezen op de computer na het invullen en verzenden van zijn mobiele nummer. Consumenten zullen, aldus de Consumentenautoriteit, niet bedacht zijn geweest op de aanvullende informatie, omdat er gescrold moet worden. Naast Wizz Mobile wordt ook de naam Mobqo gebruikt. Hierdoor is onduidelijk of er sprake is van een of twee ondernemingen. Onduidelijk is ook of het gaat om een abonnement en wat de inhoud is van dit abonnement. Evenmin wordt duidelijk vermeld wat de prijs is en of de prijs inclusief belastingen is. Er wordt een gratis sms aangeboden, terwijl er wel kosten zijn. Onduidelijk is dat er drie sms'jes per week worden verstuurd. Ook dient de ringtone binnen bepaalde tijd te worden gedownload anders verloopt de ringtone. Kortom, de wijze van betaling, aflevering en uitvoering is onvoldoende duidelijk kenbaar gemaakt. Evenmin is meegedeeld dat de consument een bedenktijd van 7 dagen heeft om de overeenkomst te ontbinden. De overeenkomst is moeilijk te beëindigen. De consument dient namelijk 'stop' te sms'en. Dit werkt in een aantal gevallen ook niet. Wizz Mobile heeft artikel 7:46c lid 1 sub a (identiteit), b (kenmerken product), c (prijs), e (wijze van betalen, leveren en uitvoeren), f (bedenktijd) en i (minimale duur overeenkomst) overtreden. De boete bedraagt €38.000.

Commentaar. In dit besluit komt scrollen binnen een sms'je aan de orde. In het nog te bespreken besluit Celldorado (handelsnaam van Artiq B.V.) speelt scrollen binnen een e-mail eveneens een rol. In het besluit Celldorado beboet de ACM Celldorado voor een overtreding op grond van de Wet oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193c lid 1 sub a BW).²⁰¹ De overtreding betrof het niet duidelijk

200 Sanctiebesluit 7 augustus 2008 inzake Wizz Mobile Interactive B.V., CA/NB/64/69. Zie ook par. 4.5.2.1, nr. 3.

201 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 8, 4.5.3.2, nr. 1 en 4.5.3.3, nr. 10.

vermelden dat de aangeboden dienst een abonnementsdienst was. De rechtbank oordeelde in beroep echter dat de informatie, dat sprake was van een abonnement, wel was te vinden op de website van Celldorado.²⁰² De consument diende echter naar beneden te scrollen. Scrollen is een gebruikelijke handeling voor de gemiddelde consument, aldus de rechtbank. Het CBb oordeelt in hoger beroep echter dat Celldorado met opzet niet heeft voldaan aan de vereiste weergave uit de SMS-Reclamecode.²⁰³

Nu het in het Wizz-besluit gaat om sms'en en het informatieplichten betreft en geen oneerlijke handelspraktijken, had wellicht in beroep succes geboekt kunnen worden door het standpunt in te nemen dat scrollen bij sms'en een gebruikelijke handeling is en dat de gegevens van artikel 7:46c (oud) BW daardoor wel duidelijk en begrijpelijk zijn verstrekt.

(3) Pretium Telecom

Casus. Pretium Telecom²⁰⁴ is net als Tele2, na het vrijgeven van de vaste telefonieabonnements door de invoering van de zogenaamde WLR, zich gaan begeven op de markt voor vaste telefonieabonnements. Via telemarketing probeerde Pretium nieuwe klanten te werven.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat artikel 7:46c lid 1 sub f juncto 7:46i lid 1 (oud) BW (tijdig meedelen van de bedenktijd) en artikel 7:46c lid 2 sub a juncto 7:46i lid 1 (oud) BW (vermelden bedenktijd bij nakoming van de overeenkomst op afstand), geschonden zijn. De boete bedraagt € 27.000. In dit geval is een boeteverlaging van 10% gehanteerd omdat de Consumentenautoriteit uitlatingen heeft gedaan in het tv-programma Kassa en omdat er andere afspraken met de toenmalige OPTA zouden zijn gemaakt.

Voor de overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub i juncto 7:46i lid 1 (oud) BW (tijdig meedelen van de minimale duur van de overeenkomst) wordt een boete van € 15.000 opgelegd. Voor de overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub b BW (oud) (meedelen belangrijkste kenmerken van de dienst) wordt een last onder dwangsom opgelegd. Pretium heeft geen informatie over de gesprekskosten gegeven.

Beroep. Anders dan in het bestreden besluit is de rechtbank van oordeel dat Pretium artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW heeft overtreden door in het gedeelte van het telemarketinggesprek voorafgaand aan het deel waarin de overeenkomst wordt gesloten niet de termijn van de ontbinding te noemen.²⁰⁵ De rechtbank hecht belang aan deze uitleg omdat ex artikel 7:46c lid 2 sub a BW Pretium tijdig bij de nakoming van de koop op afstand aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk gegevens verstrekt als bedoeld in de

202 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358 (*Celldorado*).

203 Zie voor bespreking par. 4.5.3.3, nr. 10.

204 Sanctiebesluit 4 december 2008 inzake Pretium Telecom B.V., CA/NB/22/200. Zie ook par. 4.5.2.5, nr. 2.

205 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528.

onderdelen a-f van het eerste lid. Hieruit volgt dat de duur van de bedenktijd wordt begrepen onder de op grond van lid 1 sub f, te vermelden gegevens, zodat dit tevens valt onder artikel 7:46c lid 2 sub a (oud) BW. Nu bij de totstandkoming van de overeenkomst per telefoon niet wordt voldaan aan de verplichting tot het geven van schriftelijke informatie over onder andere de bedenktijd voor de consument, gaat op dat moment de termijn van drie maanden als bedoeld in artikel 7:46d lid 1 BW lopen en niet een termijn van 7 werkdagen. Pas als de welkomstbrief met de termijn van 7 werkdagen wordt verstrekt, gaat de termijn van 7 werkdagen lopen. De rechtbank oordeelt dat er sprake is van een overtreding wegens het niet vermelden van de bedenktijd voor zover in de welkomstbrief is vermeld dat de termijn gaat lopen 'na dagtekening brief'.

Pretium heeft evenmin de belangrijkste kenmerken van de dienst (artikel 7:46c lid 1 sub b en c (oud) BW) en de minimale duur van de overeenkomst (artikel 7:46i lid 1 (oud) BW) meegedeeld. De boetes blijven overeind, maar worden wel gematigd met 25% vanwege uitlatingen door medewerkers van de Consumentenautoriteit in het televisieprogramma Kassa.

Hoger beroep. Het CBb gaat niet mee in het oordeel van de rechtbank dat de vaststelling van een andere overtreding dan ten grondslag gelegd aan het bestreden besluit nodig is om tot vaststelling te komen van overtreding van artikel 7:46c lid 2 sub a BW (oud).²⁰⁶ De vraag of de verplichting om een consument bij de nakoming van de overeenkomst te informeren over de duur van de bedenktijd is nagekomen, kan worden beoordeeld los van de vraag of een consument voorafgaand aan de totstandkoming van die overeenkomst op de hoogte is gebracht van zijn recht om de overeenkomst te ontbinden (artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW).

Met betrekking tot de overtreding van artikel 7:46c lid 2 sub f (oud) BW (het bij nakoming verstrekken van de termijn van ontbinding), overweegt het CBb dat onduidelijk is wanneer de informatie verstrekt dient te worden. Pretium stelt dat de termijn gaat lopen vanaf verzending van de welkomstbrief, de ACM daarentegen stelt dat de termijn gaat lopen vanaf de ontvangst van de welkomstbrief. De ACM onderbouwt deze stelling met verwijzing naar artikel 3:37 lid 3 BW, de ontvangsttheorie. Het CBb oordeelt dat deze onduidelijkheid niet ten nadele van Pretium dient te komen.

Omdat artikel 7:46c lid 2 sub a, BW en artikel 7:46i lid 1 (oud) BW niet is overtreden komt deze boete te vervallen. De boete van €21.600 wordt vastgesteld op €7.500. De boete wordt verlaagd met 5% vanwege bovenbedoelde uitspraken in het televisieprogramma Kassa. De boete wordt vervolgens met 30% verlaagd wegens overschrijding van de redelijke termijn. De boete voor overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW en artikel 7:46i lid 1 (oud) BW bedraagt €4.987,50.

De minimale duur van de overeenkomst is niet meegedeeld voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst. De overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub i (oud) BW en artikel 7:46i lid 1 (oud) BW, blijft staan. De boete wordt

206 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:278.

om de reeds hierboven genoemde redenen verlaagd met 5% en 30% en komt daarmee op € 9.975.

Het besluit waarin is geoordeeld dat sprake is van overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub b en c, (oud) BW en artikel 7:46i lid 1 (oud) BW (meedelen belangrijkste kenmerken van de dienst) wordt in hoger beroep in stand gelaten.

Commentaar. Uit deze uitspraak blijkt dat de invulling van het ‘tijdig bij de nakoming van de koop op afstand’ verstrekken van de informatie onduidelijk is. De passage uit de wetstekst het ‘tijdig bij de nakoming van de koop op afstand’ meedelen of ‘het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding’ lijkt op het eerste oog duidelijk. Toch blijkt dit moment niet zo eenduidig aan te geven te zijn. Dit onderstreept dat het lastig is om boetes op te leggen voor normen die redelijk gesloten lijken, maar toch meer ‘open’ zijn en daarmee vatbaar zijn voor discussie. Boetes zijn, gezien in het licht van het legaliteitsbeginsel, in dergelijke gevallen, naar mijn mening, minder geschikt als handhavingsmiddel.

(4) Smart Media Services B.V

Casus. Smart Media Services²⁰⁷ biedt spelletjes aan op internet met als doel sms-abonnementen aan consumenten te verkopen. Bij aanmelding ontvangt de consument een sms met de tekst:

‘Sms OK naar 2200. Voor jouw 5.000 euro spel sms je nu OK naar 2200. Goed gespeeld en goed gekozen. Sms OK naar 2200. Stop: sms STOP, info: pret platen.nl’.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat artikel 7:46c lid 1 sub a, b, c, e, f en i (oud) BW zijn overtreden. In het sms-bericht wordt de mogelijkheid vermeld om te stoppen en er wordt verwezen naar de website, maar hiervoor moet je naar beneden scrollen. Eveneens is onduidelijk dat er een sms-abonnement wordt afgesloten. Voor de overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub a BW en artikel 7:46c lid 2 sub a, juncto lid 1, sub a en artikel 7:46c lid 2 sub c (oud) BW wordt een boete van € 9.500 opgelegd.²⁰⁸ Voor de overtreding van artikel 7:46c lid 2 sub a juncto artikel 7:46c lid 1 sub b, c, e, f en i (oud), BW wordt een boete van € 38.000 opgelegd.²⁰⁹

207 Sanctiebesluit 26 januari 2009 inzake Smart Media Services B.V., CA/NCB/220/71. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 5.

208 Deze boete ziet tevens op de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a en b BW.

209 In deze boete zijn ook betrokken de overtredingen van artikel 3:15d lid 2 BW.

(5) Tele 2 Nederland B.V.

Casus. Tele2 Nederland B.V.²¹⁰ is kort na het vrijgeven van de Wholesale Line Rental (WRL) via telemarketing, een grootschalige campagne gestart om klanten te werven voor een vastnetabonnement.

Besluit. De Consumentenautoriteit constateert dat Tele2 artikel 7:46c lid 1 sub f juncto 7:46i lid 1 (tijdig meedelen bedenktijd) en 7:46c lid 2, sub a juncto 7:46c lid 1 sub f juncto 7:46i lid 1 (oud) BW (vermelden bedenktijd bij nakoming bij koop op afstand) heeft overtreden. De boete hiervoor bedraagt samen € 30.000. Eveneens heeft Tele2 de prijs niet tijdig meegedeeld (artikel 7:46c lid 1 sub c juncto 7:46i lid 1 (oud) BW) en de minimale duur van de overeenkomst (7:46c lid 1 sub i juncto 7:46i lid 1 (oud) BW). De Consumentenautoriteit legt hiervoor een boete op van € 15.000.

(6) Fotosessie

Casus. Fotosessie biedt fotoshoots aan en hanteert hiervoor twee werkwijzen.²¹¹ De eerste werkwijze is het benaderen van consumenten met de mededeling dat zij zijn geselecteerd. De tweede werkwijze is het via de website zelf doen van een auditie door de consumenten. In beide gevallen deelt Fotosessie de consumenten mee dat zij zijn geselecteerd en een fotoshoot ter waarde van € 450 voor maar € 125 aangeboden krijgen. De vraag is of Fotosessie artikel 7:46c lid 1 sub f BW en 7:46c lid 2 juncto lid 1 sub f (oud) BW heeft overtreden (het niet meedelen van het recht op ontbinding).

Besluit. Fotosessie dient de informatie voordat de overeenkomst wordt gesloten te verstrekken. De overeenkomst komt tot stand op het moment van het telefoongesprek en bij consumenten die niet telefonisch te bereiken zijn, op het moment dat de gezonden e-mail 'selectiebericht' ingevuld retour wordt ontvangen. De Consumentenautoriteit stelt vast dat in de door Fotosessie gehanteerde scripts tussen 15 augustus 2008 en 1 november 2009²¹² geen melding werd gemaakt van de toepasselijkheid van de bedenktijd. Ook het door Fotosessie aan de consument per e-mail gezonden selectiebericht bevatte geen mededeling over de toepasselijkheid van de bedenktijd. Aangezien uiterlijk bij nakoming de ontbindingsmogelijkheid meegedeeld dient te worden, stelt de Consumentenautoriteit vast dat artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW tot 1 november 2009 is overtreden door Fotosessie. Later heeft Fotosessie één van de scripts veranderd. Sindsdien is hierin de mogelijkheid opgenomen om binnen zeven dagen te annuleren. Het andere script is echter onveranderd gebleven. Er blijft dan ook sprake van een overtreding. Gezien de nauwe verbondenheid met artikel 6:193d

210 Sanctiebesluit 23 maart 2009 inzake Tele2 Nederland B.V., CA/NB/106/101.

211 Sanctiebesluit 14 januari 2010 inzake Fotosessie.com, CA/NCB/437/28. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 9 en 4.5.3.4, nr. 4.

212 Vanaf 1 februari 2009 is in één van de werkwijze wel melding gemaakt van de bedenktijd maar in de andere niet. Daarom is alsnog een boete opgelegd voor de periode van 1 februari tot 1 november 2009.

juncto artikel 6:193f sub b BW is er geen boete opgelegd (het betreft hier een schakelbepaling naar artikel 7:46c (oud) BW). Ook artikel 7:46c lid 2 juncto lid 1 sub f (oud) BW is overtreden. Wel is een boete opgelegd voor overtreding van artikel 7:46c lid 2 sub a juncto lid 1 sub f (oud) BW. De Consumentenautoriteit legt een boete van € 20.000 op.

Bezwaar. In bezwaar blijft de boete van € 20.000 gehandhaafd, ondanks het advies van de BAC de boete te matigen in verband met de mate van verwijtbaarheid, naar aanleiding van uitingen van toezichthouders tijdens een bedrijfsbezoek over de manier waarop in de toekomst zou worden omgegaan met vermoedelijke overtredingen van de wettelijke regeling van de koop op afstand (oud).

Beroep. De rechtbank bevestigt dat sprake is van overtreding van zowel artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW als artikel 7:46c lid 2 juncto lid 1 sub f (oud) BW.²¹³ Deze overtredingen zijn echter niet verwijtbaar, zoals ook de BAC in de bezwaarfase al overwoog. De Consumentenautoriteit heeft zelf het vertrouwen gewekt dat Fotosessie handelde conform de wettelijke bepalingen. De uitlatingen van de toezichthouders over de wijze waarop gehandhaafd zou worden, kunnen de Consumentenautoriteit weliswaar niet juridisch binden, maar de rechtbank is van oordeel dat de gewekte verwachtingen tot gevolg hebben dat de verwijtbaarheid voor wat betreft de overtredingen ontbreekt.²¹⁴ Daarom wordt geen boete opgelegd voor deze overtredingen. De totale boete wordt daarom verlaagd van € 20.000 naar € 14.000.

Commentaar. Het is van groot belang dat het beleid van de ACM helder is en dat handhavers ook in het voortraject hiernaar handelen. Daarnaast toont het ontbreken van de verwijtbaarheid aan dat de normen niet altijd eenduidig zijn uit te leggen. Met andere woorden onduidelijkheid van de norm kan meebrengen dat de verwijtbaarheid vermindert of ontbreekt hetgeen leidt tot vermindering of achterwege blijven van een boete.

(7) Celldorado

Casus. Zowel bij de internetuitingen als de televisiecampagnes verzendt Artiq B.V. (Celldorado is de handelsnaam van Artiq) een welkomstbericht, nadat de consument de sms met 'OK' heeft gestuurd.²¹⁵ De vraag is of een dergelijke sms aangemerkt kan worden als het schriftelijk of op een duurzame gegevensdrager verstrekken van de informatie als bedoeld in artikel 7:46c lid 2 (oud) BW.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat geen gegevens op een duurzame gegevensdrager worden verstrekt. Ook de verwijzingen in de tv-uitingen naar

213 Rb. Rotterdam 14 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW8407.

214 Rb. Rotterdam 14 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW8407, zie r.o. 8.7.

215 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 8, 4.5.3.2, nr. 1 en 4.5.3.3, nr. 15.

een website waarop de informatie is te downloaden is onvoldoende, omdat dit wordt gedaan in zeer kleine letters en gedurende korte tijd. Dit geldt ook voor de informatie opgenomen in de algemene voorwaarden die is te vinden via de links op landingspagina's en zonder scrollen niet, slechts gedeeltelijk of moeilijk zichtbaar is. De Consumentenautoriteit heeft hiervoor een boete van € 40.000 opgelegd.

Bezwaar en beroep. Het besluit blijft na bezwaar en beroep op dit punt in stand.²¹⁶ In hoger beroep komt deze overtreding niet meer aan de orde.²¹⁷

(8) Garant-o-Matic

Casus. Garant-o-Matic is een postorderbedrijf dat door middel van promotionele acties haar catalogi onder de aandacht brengt.²¹⁸ Uit de catalogus kunnen consumenten producten bestellen per telefoon of per bestelbon. De acties bestaan uit mailings per post naar (potentiële) klanten. In dit geval bestaat de actie uit het ontvangen van een gratis Cd-speler tegen betaling van de verzendkosten. In de brief was één en ander echter niet duidelijk verwoord. Er staat:

‘in deze promotie worden waardevolle elektronische producten toegekend, zoals bijvoorbeeld de Sony Bravia LCD TV t.w.v. € 1.195,00. Maar ook een Apple iPod Nano MP3 speler, vele draagbare cd spelers met koptelefoon, een luxe Nokia N95 en een Canon digitale IXUS fotocamera’.

In werkelijkheid diende de consument € 19,99 te betalen waarvoor hij de draagbare cd-speler ontving. Als hij de betaling deed binnen twee dagen na ontvangst van de e-mail dong hij mee naar in totaal één TV, één Nokia N95, één MP3 speler of één camera. Na een loterij zouden deze producten worden toegekend. Dat de consument binnen twee dagen diende te reageren en dat het maar om vier prijzen ging stond slechts in kleine letters op de achterzijde van de brief. De vraag is dan ook of Garant-o-Matic de artikelen 7:46c lid 1 sub b (de belangrijkste kenmerken), sub c (de prijs) en sub h (de termijn voor de aanvaarding van het aanbod), (oud) BW heeft overtreden.

Besluit. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat het hier feitelijk gaat om een promotioneel kansspel, namelijk de kans op het winnen van een TV, een MP3 speler, een Nokia telefoon of een digitale fotocamera. Uit de brief wordt niet duidelijk dat het maar om vier uit te keren prijzen gaat en dat deze prijzen pas na een loterij worden toegekend. In de kleine letters op de achterkant van de brief staat weliswaar dat het om een kansspel gaat, maar de Consumenten-

216 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358 (*Celldorado*), zie r.o. 5.5.

217 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.

218 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 15 en 4.5.3.4, nr. 6.

autoriteit acht dit niet in overeenstemming met artikel 7:46c lid 1 sub b (oud) BW.²¹⁹

Evenmin is, overeenkomstig artikel 7:46c lid 1 sub h (oud) BW op duidelijke wijze de termijn voor de aanvaarding van het aanbod dan wel de termijn voor het gestand doen van de prijs, bepaald. In het aanbod wordt een termijn van zeven dagen genoemd waarbinnen de consument moet reageren om het ‘pakket dat voor u klaar staat’ te ontvangen. Het reglement geeft echter aan dat de prijzen worden toegewezen aan consumenten die binnen twee dagen reageren. Daarnaast vermeldt het reglement ook dat de promotie loopt van 1 augustus tot en met 31 augustus 2008. Dus ook consumenten die daarna nog meedoen, ontvangen de cd-speler. Consumenten die binnen zeven-dagen-termijn, maar na twee dagen de €19,99 betaalden ontvingen de cd-speler. Deze zeven-dagen-termijn is onjuist, onduidelijk en onbegrijpelijk voor de consument.²²⁰

Ten slotte oordeelt de Consumentenautoriteit dat Garant-o-Matic verwarring heeft gezaaid omdat zij suggereerde dat de consument die binnen zeven dagen reageert een van de opgesomde prijzen zou ontvangen. Het is de consument daarom niet duidelijk voor welk product of welke dienst hij de prijs van €19,99 betaalt. Hiermee is artikel 7:46c lid 1 sub c BW overtreden.²²¹ De Consumentenautoriteit verhoogt, naar aanleiding van het overtreden van de informatieplichten, de totale boete die zij oplegt op grond van de hierna te bespreken overtredingen van de Wet Oneerlijke handelspraktijken met 20%. Feitelijk komt de boete voor het niet voldoen aan de informatieplichten neer op een bedrag van €20.000.

(9) Gewoon Energie

Casus. Gewoon Energie is wederverkoper die klanten energie-gerelateerde producten en diensten aanbiedt. De vraag is of Gewoon Energie de informatie omtrent het herroepingsrecht voldoende en op begrijpelijke wijze heeft verstrekt.

Besluit. De ACM oordeelt dat Gewoon Energie artikel 6:230m lid 1 sub h juncto 6:230o lid 1 sub c BW niet in acht heeft genomen.²²² Onder ‘Vraag en Antwoord’ wordt ‘een bedenktijd van 7 dagen’ genoemd, terwijl dit een termijn van 14 dagen dient te zijn. Daarnaast wordt naar de herroepingstermijn slechts verwezen in de algemene voorwaarden en onder ‘Vraag en Antwoord’. Geen informatie over de herroepingstermijn wordt verstrekt tijdens het bestelproces op de website. Gewoon Energie maakt onvoldoende duidelijk op welke manier, binnen welke termijn en onder welke voorwaarden de overeenkomst kan worden ontbonden. De informatie die wordt verstrekt is vervolgens ook nog onjuist. De ACM legt een last onder dwangsom op die inhoudt dat binnen twee weken na verzending van het besluit de website aangepast moet zijn.

219 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10, zie r.o. 7.1.1.

220 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10, zie r.o. 7.1.2.

221 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10, zie r.o. 7.1.3.

222 Sanctiebesluit 29 juli 2015 inzake Gewoon Energie, ACM/DC/2015/204593.

Commentaar. Vergelijkbare overwegingen zijn te vinden in het besluit inzake Energieflex.²²³

(10) Huurbegeleiding

Casus. Huurbegeleiding is eigenaar van een website waarop huurwoningen worden aangeboden. Consumenten kunnen tegen betaling zich laten registreren op die website. Na registratie worden de consumenten telefonisch benaderd voor – onder meer – het ondertekenen van een akte van cessie. De strekking van de akte is dat de consument de loonvordering op zijn werkgever zowel cedeert aan Huurbegeleiding voor het incasseren van haar honorarium als aan toekomstige verhuurders in het geval van achterstallige huurpenningen. Op de website van Huurbegeleiding is in de algemene voorwaarden onder artikel 12 ‘Opzegging’ opgenomen dat indien binnen de wettelijke bedenktijd een borgstellingsdocument is opgemaakt een bedrag van € 181,50 is verschuldigd.

De ACM heeft onderzoek gedaan naar de vraag of Huurbegeleiding zich houdt aan de consumentenregels.²²⁴

Besluit en bezwaar. De ACM oordeelt dat consumenten binnen de wettelijke bedenktijd niet kosteloos kunnen opzeggen. Dat Huurbegeleiding al uitvoering zou hebben gegeven aan de overeenkomst binnen de wettelijke bedenktijd doet hier niet aan af. Dit is een overtreding van artikel 6:230s lid 5 onder a BW. Bij uitoefening van het recht van herroeping is een consument alleen een evenredig bedrag verschuldigd als sprake is van een uitdrukkelijk verzoek van de consument tot nakoming van de overeenkomst tijdens de herroepingstermijn en als de handelaar vooraf de informatie heeft verstrekt over de voorwaarden, de termijn en de modaliteiten voor de uitoefening van het herroepingsrecht. Aan deze voorwaarden is niet voldaan. De ACM legt huurbegeleiding een boete op van € 100.000. In bezwaar blijft het besluit in stand.²²⁵

(11) T.O.M.

Casus. T.O.M. B.V. verkoopt verschillende producten, zoals fietsen, sportartikelen, kleding en speelgoed, via diverse verkoopkanalen, waaronder ook webwinkels. Consumenten die hun online bestelling retour hadden gezonden en contact opnamen om te vragen waar hun geld bleef, kregen te horen dat zij hun retourzending niet conform de retourprocedure hadden aangeboden. Zo hadden bijvoorbeeld consumenten hun IBAN-nummer niet doorgegeven.²²⁶ In deze gevallen betaalde T.O.M. het geld niet terug, maar kregen de consumenten een

223 Sanctiebesluit 14 september 2015 inzake Energieflex, ACM/DC/2015/204709.

224 Sanctiebesluit 26 mei 2016 inzake Financial Media en Huurbegeleiding, ACM/DJZ/2016/202336_OV. Zie voor bespreking van dit besluit ook par. 4.5.3.2, nr. 5 en 4.5.3.3, nr. 13.

225 Besluit op bezwaar 6 december 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/207273_OV.

226 Sanctiebesluit 9 juni 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/403307_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.2, nr. 6 en par. 4.5.3.3, nr. 14.

waardebon. Ook betaalde T.O.M. in verschillende gevallen niet de leveringskosten terug.

Besluit en bezwaar. De ACM beoordeelt naast de vraag of T.O.M. consumenten geen misleidende informatie heeft verstrekt over het recht op ontbinding bij overeenkomsten op afstand, de vraag of T.O.M. consumenten die overeenkomst hebben ontbonden heeft terugbetaald en of dit tijdig is gebeurd. De ACM heeft geconstateerd dat als consumenten niet bij T.O.M. klaagden, aan hen in het geheel niet werd terugbetaald. Wanneer consumenten wel klaagden, betaalde T.O.M. te laat het geld terug. De ACM legt T.O.M. voor de overtreding van artikel 6:230r BW een basisboete op van €200.000. De boete wordt gematigd tot €160.000 als gevolg van de samenhang met de andere boetes in dit besluit. In bezwaar blijft de boete overeind.²²⁷

(12) Shoebaloo e.a.²²⁸

Casus. Shoebaloo verkoopt online verschillende producten aan consumenten, waaronder schoenen en tassen. Via de website kunnen consumenten afbeeldingen bekijken van de producten en de producten bestellen. In het kader het speerpunt van de ACM 'de online consument' heeft de ACM onderzoek gedaan naar websites om te zien of zij de gewijzigde regelgeving omtrent het recht van ontbinding naleven. Shoebaloo geeft op twee plekken informatie over het recht van ontbinding. De ACM beoordeelt de vraag of de informatie beantwoordt aan artikel 6:230m BW.

Besluit en bezwaar. Op de website van Shoebaloo is op twee plekken informatie te vinden over ontbinding. De pagina 'Returns & Exchanges' is via een gelijknamige link aan de onderkant van de homepage op de website beschikbaar. De link is permanent beschikbaar tot het moment waarop de consument in het betaalscherm is. Alleen de informatie die via deze link direct zichtbaar is, dat wil zeggen zonder dat verder hoeft te worden doorgeklikt, wordt voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst verstrekt op een wijze die volgens ACM duidelijk en begrijpelijk is in de zin van artikel 6:230m lid 1 BW. De andere plek, de pagina 'Terms & Conditions' voldoet niet aan het eerste criterium van artikel 6:230 lid 1 BW. Niet duidelijk is dat onder deze link informatie te vinden is met betrekking tot het recht van ontbinding.

Voorts dient de inhoud van de informatie op deze twee plekken juist te zijn. Zo is de informatie aangaande de retour termijn onjuist. Shoebaloo meldt

227 Besluit op bezwaar 24 november 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/206888_OV.

228 De ACM heeft ook boetes opgelegd aan Coolcat, Bever, voormalig eigenares van Hipvoordeheh en eigenares van Kiesdejuistesportbh (nu: bhsupport.nl). Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Coolcat, ACM/DJZ/2016/205693_OV; Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Bever, ACM/DJZ/2016/205691_OV; Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Hipvoordeheh, ACM/DJZ/2016/205645; Besluit op bezwaar 19 januari 2017 inzake Hipvoordeheh, ACM/DJZ/2017/200172_OV; Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake KiesdejuistesportBH, ACM/DJZ/2016/205695; Besluit op bezwaar 19 januari 2017 inzake Kiesdejuistesportbh, ACM/DJZ/2017/200174_OV.

dat de producten binnen 14 dagen retour ontvangen moeten zijn, terwijl artikel 6:230s lid 1 BW bepaalt dat tot veertien dagen na het uitbrengen van de verklaring tot ontbinding van de overeenkomst, als bedoeld in artikel 6:230o lid 3 BW, de door hem ontvangen zaken terugzenden naar de handelaar of aan hem overhandigen. Ten onrechte worden ook producten met korting uitgezonderd van het recht van ontbinding (artikel 6:230p, aanhef en onder f, BW). Daarnaast blijkt niet duidelijk dat de kosten voor het retourneren van producten voor rekening van de consument komen. Dit is slechts toegestaan als de consument hiervoor vooraf voldoende duidelijk is geïnformeerd. De ACM legt, vanwege samenhang van de overtredingen, een gematigde boete op van €72.000.²²⁹ In bezwaar blijft het besluit in stand.²³⁰

Afronding

De ACM heeft met betrekking tot artikel 6230m e.v. BW (artikel 7:46c (oud) BW) verschillende besluiten genomen. Alleen naar aanleiding van het besluit inzake Fotosessie heeft de bestuursrechter met betrekking tot artikel 7:46c (oud) BW een uitspraak gedaan. De boete is in beroep verlaagd.

Op duidelijke en begrijpelijke wijze dienen de genoemde gegevens te worden verstrekt, waarvan het commerciële oogmerk moet blijken. In hoeverre scrollen binnen een sms, het aantal klikken per link, de grootte van het lettertype, nog voldoen aan het op duidelijke en begrijpelijke wijze kenbaar maken van de vereiste informatie blijft een punt van discussie. Naar mijn mening is dit het gevolg van de gekozen sanctie: de boete. Voordat een boete opgelegd kan worden, dient op grond van het legaliteitsbeginsel helder te zijn wanneer een bepaling overtreden wordt. Het gaat dan ook om de invulling van het op 'duidelijke en begrijpelijke' wijze verstrekken van informatie. De ACM zou partijen op de markt tegemoet kunnen komen met (nadere) beleidsregels, maar ik acht het weinig zinvol om in beleidsregels vast te leggen hoeveel maal 'doorklikken' nog toelaatbaar is. Mijns inziens kan beter gezocht worden naar alternatieve wijzen van sanctioneren, waarbij ook meer rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Gedacht kan worden aan informele gesprekken,²³¹ of het opleggen van een last onder dwangsom in plaats van een boete. In hoofdstuk 6 zal ik enkele mogelijkheden nader bespreken.²³²

229 Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Shoebaloo, ACM/DJZ/2016/205657_OV.

230 Besluit op bezwaar 9 februari 2017 inzake Shoebaloo, ACM/DJZ/2017/200716_OV.

231 Zie als voorbeeld ook het bericht van de ACM 11 mei 2016 inzake maaltijdboxen <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15797/Consument-kan-makkelijker-van-maaltijdbox-af-dankzij-ACM/>.

232 Zie par. 6.3.2.

4.5.2.5 Ongevraagde commerciële communicatie

Artikel 7:46h (oud) BW bevat voorschriften omtrent ongevraagde commerciële communicatie met het oog op de totstandkoming van een koop op afstand. Het eerste lid bepaalt dat de identiteit van de verkoper en het commerciële oogmerk van de communicatie op duidelijke en begrijpelijke wijze dienen te worden meegedeeld. In lid 4 wordt aangegeven dat dit ook bij elektronische berichten dient te worden vermeld. Op grond van het tweede lid dient voor het benaderen van natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf voorafgaande toestemming te worden verkregen. Deze bepaling is ex artikel 7:46i (oud) BW ook van toepassing op overeenkomsten tot het verrichten van diensten.

(1) UPC Nederland

Casus. UPC heeft, zoals hierboven reeds beschreven, in de periode van 1 januari 2007 tot en met 1 april 2007 een groot aantal abonnees van analoge televisie benaderd voor de verkoop van een abonnement op digitale televisie.²³³ Hierbij gebruikte UPC colportage en telefonische verkoopmethoden. De telefoongesprekken beginnen over het algemeen met de vraag 'mag ik u iets leuks aanbieden'. Vervolgens worden er nog enkele vragen gesteld over televisiekijken, waarna de vraag volgt of men gratis kennis wil maken met digitale televisie. Deze gratis kennismaking houdt een abonnement in met drie maanden gratis kijken.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat het commerciële oogmerk niet wordt vermeld zoals dat op grond van artikel 7:46h lid 1 juncto 7:46i lid 1 (oud) BW vereist is. Er wordt een boete opgelegd van € 45.000.

(2) Pretium

Casus. Pretium Telecom²³⁴ is na het vrijgeven van de vastnetabonnementen door de invoering van de zogenaamde WLR, zich gaan begeven op de markt voor vaste telefoonabonnementen. Via telemarketing probeerde Pretium nieuwe klanten te werven. Pretium deelde bij deze telefoongesprekken haar identiteit noch het commerciële oogmerk mee.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat onvoldoende duidelijk was voor consumenten dat zij een nieuwe overeenkomst met een nieuwe partij afsloten. Voor de overtreding van artikel 7:46h lid 1 juncto 7:46i lid 1 (oud) BW krijgt Pretium een boete van € 45.000 opgelegd. Eveneens wordt er een last onder dwangsom opgelegd. Na de bezwaarprocedure blijft het besluit ongewijzigd in stand.

²³³ Sanctiebesluit 23 april 2008 inzake UPC, CA/NCB/17. Zie voor dit besluit par. 4.5.2.4, nr. 1.

²³⁴ Sanctiebesluit 4 december 2008 inzake Pretium Telecom B.V., CA/NB/22/200. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 3.

Beroep. De rechtbank stelt vast dat de begrippen 'identiteit van de verkoper' en 'het vermelden van het commerciële kenmerk', in artikel 7:46h lid 1 (oud) BW in onderlinge samenhang dienen te worden gezien.²³⁵ De rechtbank oordeelt dat de opgelegde last onder dwangsom inhoudende dat 'indien er bij de consument verwarring ontstaat over deze identiteit of over de gedane commerciële mededeling, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen', verder gaat dan voor het herstel van de overtreding noodzakelijk is en voor dat deel dan ook niet opgelegd had mogen worden. De bepaling gaat niet zover dat de callcentermedewerker er voor dient te zorgen dat de consument de mededeling ook begrijpt. Op dit punt vernietigt de rechtbank het besluit. Voor het overige laat de rechtbank de boete en de last onder dwangsom in stand.

Hoger beroep. Het CBB volgt de rechtbank niet in de uitleg dat de begrippen 'identiteit van de verkoper' en 'commerciële oogmerk', in onderlinge samenhang dienen te worden gezien. De enkele vermelding van de bedrijfsnaam is niet zonder meer voldoende voor de bekendmaking van de identiteit, zeker gezien de geringe naamsbekendheid van Pretium.²³⁶ De verlaging door de rechtbank in verband met de uitlating van medewerkers in het televisieprogramma Kassa met 25% acht de rechtbank te hoog. 5% doet meer recht aan de situatie evenals een verlaging van 30% wegens overschrijding van de redelijke termijn. De boete komt uit op € 32.750. Het besluit met de last onder dwangsom is, aldus het CBB, door de rechtbank terecht gedeeltelijk vernietigd.

(3) OX-2 International

Casus. OX-2 International benadert consumenten via de MSN-vriendenlijst van andere consumenten.²³⁷ Het lijkt hierbij alsof deze reclame berichten van een bekende afkomstig is en er een cadeau wordt aangeboden. De werkelijkheid is echter dat degene die een gratis ringtone wil krijgen of een prijs wil winnen, een betaald sms-abonnement dient af te sluiten.

Besluit. Door de ontvangers was geen toestemming verleend. Dat derden hun MSN-lijst indirect ter beschikking stelden doet hier niet aan af. In strijd met artikel 7:46h lid 2 (oud) BW heeft OX-2 International geen toestemming gekregen van de geadresseerden. Evenmin is, in strijd met artikel 7:46h lid 4 sub a BW, de identiteit genoemd. Samen met artikel 3:15e lid 1 sub a, b, c en d (oud) BW krijgt OX-2 International een boete van € 65.000 opgelegd voor overtreding van artikel 7:46h lid 2 en 4 sub a (oud) BW.

²³⁵ Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528.

²³⁶ CBB 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:278.

²³⁷ Sanctiebesluit 5 december 2008 inzake Realtonekado.nl, CA/NCB/137/135.

(4) NEM

Casus. De NEM probeerde, na de liberalisatie van de energiemarkt, nieuwe klanten te werven voor gas en elektriciteit.²³⁸ Dit gebeurt door middel van cold calling, endorsed calling en special calling. Bij cold calling wordt gerefereerd aan het voorrecht van het wonen in een bepaalde wijk waardoor er een speciaal aanbod zou gelden. Bij endorsed calling en special calling wordt niet de eigen identiteit genoemd maar de identiteit van de huidige leverancier.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat artikel 7:46h lid 1 (oud) BW is overtreden doordat de identiteit en het commerciële oogmerk onvoldoende duidelijk zijn vermeld. De boete bedraagt €70.000.

Bezwaar en Beroep. In bezwaar en beroep wordt de bezwaren tegen de boete ongegrond verklaard. De rechtbank overweegt in beroep nog dat het standpunt van de NEM, dat deze informatie ook tijdig is als deze vertrekt wordt bij het welkomstpakket, binnen de bedenktijd, onjuist is. De bedenktijd is er niet voor bedoeld om dergelijke verplichtingen na te komen.²³⁹

(5) Lecturama

Casus. Lecturama biedt via telemarketing, per post en internet hobby- en verzamelpakketen aan. Lecturama maakt gebruik van call-centers. In de instructies staat dat niet teveel over de vervolgzendingen gesproken mag worden. Lecturama hanteert koude en warme scripts. Het warme script is naar aanleiding van een enquête. De vraag is of het commerciële oogmerk vroeg genoeg duidelijk is gemaakt.

Besluit. De ACM stelt vast dat de gebruikte scripts commercieel van oogmerk zijn. Dit oogmerk wordt echter niet duidelijk aan het begin van het gesprek meegedeeld zoals is vereist op grond van artikel 7:46h BW (oud). Pas met het doorlopen van het hele script kan de consument er achter komen dat het om een commercieel gesprek gaat. De ACM legt een boete van €70.000 op voor overtreding van artikel 7:46h lid 1 (oud) BW.²⁴⁰

Commentaar. De opzet van Lecturama is om het voor de consument zo onduidelijk mogelijk te maken. Dit staat namelijk in de instructies aan het callcenter. Hiervoor zijn de boetes bedoeld.

238 Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake Nederlandse Energie Maatschappij, CA/NB/527/29. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.2, nr. 2 en 4.5.3.4, nr. 1.

239 Zie overweging 8.6.2.

240 Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV. Zie ook par. 4.5.3.3, nr. 16.

Afronding

Met betrekking tot artikel 7:46h (oud) BW heeft de ACM een aantal besluiten genomen. Alleen naar aanleiding van het besluit inzake NEM is er beroep aangetekend. In beroep zijn de aangevoerde gronden tegen deze boete echter ongegrond verklaard.

4.5.2.6 Artikel 23 Luchtvaartverordening

Uit de Luchtvaartverordening vloeien rechtstreeks, voor privaatrechtelijke verhoudingen relevante, informatieverplichtingen voort. Op grond van artikel 23 lid 1 van de Luchtvaartverordening²⁴¹ dient een aanbieder van passagiersvluchten de definitieve door de passagiers te betalen prijs bekend te maken. Deze prijs omvat de geldende passagiers- of luchttarieven en alle toepasselijke belastingen en heffingen, toeslagen en vergoedingen die op het tijdstip van publicatie onvermijdbaar en onvoorzienbaar zijn. In ieder geval dienen de passagiers- of luchttarieven, belastingen, luchthavengelden en andere heffingen, toeslagen of vergoedingen te zijn gespecificeerd. Facultatieve prijstoeslagen dienen op duidelijke, transparante en ondubbelzinnige wijze te worden vermeld. In overweging 16 van de Luchtvaartverordening staat dat klanten in staat gesteld moeten worden om de tarieven voor luchtdiensten van verschillende luchtvaartmaatschappijen daadwerkelijk te vergelijken. De totale prijs die klanten moeten betalen moet daarom steeds worden aangegeven inclusief belastingen, heffingen en vergoedingen.

Sinds mei 2013 is transparantie van prijzen in de reisbranche één van de speerpunten van de ACM. Prijzen van vliegtickets vormen hiervan een belangrijk onderdeel.

(1) Ryanair

Casus. Het betreft de vraag of de vermelding van de prijzen van vliegtickets op de website van Ryanair in overeenstemming is met artikel 23 Luchtvaartverordening. Er zijn bijkomende kosten voor verschillende vormen van betalen, het inchecken en vormen van belasting.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat gaandeweg het boekingsproces pas blijkt dat er bijkomende kosten zijn.²⁴² De uiteindelijk te betalen prijs correspondeert niet met de aanvankelijk vermelde heen- en terugreisprizen. Het gaat met name om 'online inchecken', 'EU261 heffing', 'ETS

241 Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap, *Pb L* 293/3.

242 Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 7, par. 4.5.2.3, nr. 1, par. 4.5.3.3, nr. 11, 4.5.3.4, nr. 5.

heffing' en 'Belastingen/Toeslagen'. Onderaan boekingspagina 2 wordt de totaalprijs zichtbaar. Op deze pagina is nog opgenomen dat 'Optionele kosten zoals administratiekosten en toeslagen voor ingecheckte bagage zijn niet opgenomen'. De Consumentenautoriteit stelt vast dat de consument € 6 administratiekosten dient te betalen, afhankelijk van de betaalwijze. De enige betaalwijze die voor consumenten in Nederland geen administratiekosten met zich meebrengt is de Prepaid Mastercard. Dit is echter, naar het oordeel van de Consumentenautoriteit, geen gangbaar betaalmiddel. De bezwaren van Ryanair zijn op dit punt ongegrond verklaard.²⁴³

Beroep. Ryanair voert aan dat de consument op dezelfde pagina zowel een prijs exclusief kosten als een prijs inclusief alle vaste en onvermijdbare kosten te zien krijgt. Van misleiding is volgens hen geen sprake.²⁴⁴ Daarnaast is de Prepaid Mastercard wel een reële betalingsmogelijkheid zodat de administratiekosten vermijdbare kosten zijn. Ten onrechte zou de BAC in zijn advies de term gangbaar betaalmiddel gehanteerd hebben.

De rechtbank verwijst naar het Air Berlin arrest van het Hof van Justitie van de EU.²⁴⁵ Hierin heeft het Europese Hof van Justitie overwogen dat bij een elektronisch boekingssysteem, zoals in deze zaak aan de orde, de te betalen definitieve prijs bij elke vermelding van de prijzen van de luchtdiensten moet worden aangegeven, ook bij de eerste vermelding daarvan. Gelet op artikel 23 Luchtvaartverordening en de uitleg van het Hof oordeelt de rechtbank dat de definitieve prijzen niet vermeld stonden.

Met betrekking tot de administratiekosten voor het gebruik van het betaalmiddel oordeelt de rechtbank dat de gangbaarheid van het betaalmiddel van belang is. De rechtbank overweegt dat de Prepaid Mastercard destijds beschikbaar was voor de Nederlandse consument. De ACM heeft niet kunnen aangeven wat volgens haar qua beschikbaarheid het omslagpunt is en wanneer een betaalmiddel wel gangbaar is. Dit geldt temeer daar de ACM zelf heeft aangegeven dat inmiddels (ten tijde van het beroep) de Prepaid Mastercard voldoende beschikbaar is en dus gangbaar. De rechtbank verlaagt de boete dan ook tot € 10.000.

Commentaar. De vraag die hier centraal staat is, is wat een gangbaar betaalmiddel is. De ACM dient duidelijk aan te geven wanneer sprake is van een gangbaar betaalmiddel en wanneer niet.²⁴⁶

243 Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/27.

244 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868.

245 HvJ EU 15 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:11.

246 In hoger beroep wordt over wat een gangbaar betaalmiddel is niet meer geprocedeerd, zie CBB 10 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:103.

(2) KLM

Casus. KLM heeft met tarieven voor vliegtickets geadverteerd waarin de boekingskosten van € 10 per ticket niet waren opgenomen. Deze kosten werden pas aan het einde van het boekingsproces door KLM kenbaar gemaakt.

Besluit en bezwaar. De ACM heeft een boete opgelegd van € 200.000 voor overtreding van artikel 23 lid 1 Luchtvaartverordening.²⁴⁷ Artikel 23 lid 1 Luchtvaartverordening heeft tot doel om consumenten in staat te stellen de prijzen van de vliegtickets te vergelijken. De prijs die consumenten moeten betalen voor de vliegtickets moet daarom worden weergegeven inclusief de kosten die voorzienbaar en onvermijdbaar zijn. De bezwaren van KLM worden ongegrond verklaard.

Beroep. KLM voert aan dat de ACM geen boete op had mogen leggen omdat de boekingskosten niet onvermijdbaar en voorzienbaar zijn. Via andere verkoopkanalen worden andere boekingskosten in rekening gebracht.²⁴⁸ Consumenten die op de website de beschikbaarheid en kosten van de vlucht hebben bekeken, kunnen bijvoorbeeld telefonisch bestellen. De rechtbank overweegt dat de prijzen van de boekingskosten wellicht verschillen, maar deze boekingskosten overstijgen in ieder geval het bedrag van € 10 per vliegticket dat in rekening wordt gebracht bij het boeken van een ticket via internet. Deze kosten zijn dan ook niet vermijdbaar. Deze kosten hadden in de prijs opgenomen dienen te worden. Dit is anders als het om een bedrag van € 10 per boeking gaat. Immers, dan kunnen meer tickets worden aangeschaft en dan zijn de boekingskosten per ticket lager. KLM heeft in strijd gehandeld met artikel 23 lid 1 Luchtvaartverordening.

De boete wordt verlaagd omdat de boete ziet op een periode langer dan waarvoor de ACM bewijs heeft geleverd. De boete wordt vastgesteld op € 150.000.

(3) WTC

Casus. World Ticket Center (WTC) biedt op haar website vliegtickets en andere reisproducten aan. Bij de prijzen van tickets staat een 'i'. Onderaan de pagina staat bij 'i':

'Voor telefonische boekingen geldt € 0 customer service charge (csc). Voor online boekingen geldt er € 10 tot € 40 csc pp. Afhankelijk van uw klantniveau/soort, gelden er boekingskosten per boeking. Telefonisch/online nieuwe klant € 45/39, bronze € 30/25, silver € 30/15, gold member € 0.'

²⁴⁷ Sanctiebesluit 10 september 2014 inzake KLM, ACM/DJZ/2014/204921_OV.

²⁴⁸ Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1871.

Wanneer men doorklikt op de blauwe ‘i’ volgt een uitleg over bronze, silver en gold members. Aan het einde van het boekingsproces volgen vervolgens nog boekingskosten.

Besluit. De ACM is van oordeel dat WTC in strijd handelt met artikel 23 Luchtvaartverordening door niet de onvermijdbare en voorzienbare kosten direct te vermelden.²⁴⁹ De ACM verwijst hierbij naar de lezing van de Reclamecode Reisaanbiedingen, waarin staat dat ten aanzien van kosten waarvan de hoogte niet vooraf kan worden berekend, omdat deze afhankelijk is van bepaalde keuzes van de consument, de bijkomende kosten per boeking naast of onder de geadverteerde prijs op transparante wijze gespecificeerd dienen te worden.

In het kader van de *customer service charge* (‘csc’) heeft WTC opgemerkt dat zij de voorkeur geeft aan telefonische boekingen omdat zij dan de wensen van de klant beter kan inschatten. De kosten zijn dan ook vermijdbaar, aldus WTC. Ook de boekingskosten zijn niet voorzienbaar omdat het bij aanvang van de boeking niet duidelijk is welk klantniveau de betreffende consument heeft.

De ACM kan het betoog van WTC niet volgen. Dat een consument na het bezoeken van de website telefonisch zou boeken is een onwaarschijnlijke theoretische mogelijkheid. Ook de boekingskosten zijn niet onvoorzienbaar, zeker voor nieuwe klanten niet. WTC dient zo snel als mogelijk de totaalprijs inclusief de boekingskosten aan de consument te laten zien.

De ACM legt WTC een boete op van €200.000 voor de overtreding van artikel 23 lid 1 Luchtvaartverordening. De ACM legt ook een last onder dwangsom op.

Commentaar. In het licht van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de KLM zaak is het een interessante vraag of de kosten met betrekking tot de *customer service charge* (csc) en de boekingskosten onvermijdbaar en voorzienbaar zijn. Immers er is een mogelijkheid om telefonisch te boeken en zo de csc te ontlopen. Ook de boekingskosten zijn niet direct in te schatten omdat dit afhankelijk is van het aantal personen dat boekt en afhankelijk van het klanten niveau. Het blijft lastig om boetes op normen te zetten die ruimte laten voor verschillende interpretaties. Om tegemoet te komen aan de marktpartijen zou de ACM beleidsregels kunnen opstellen en mogelijk de regels kunnen coördineren met de Reclame Code Commissie. Naar mijn mening voert het te ver om gedetailleerde beleidsregels op te stellen. De oplossing kan beter gezocht worden in de wijze van sanctioneren. Gedacht kan worden aan het voeren van informele gesprekken of het opleggen van een last onder dwangsom in plaats van een boete. Bij een last onder dwangsom wordt immers nog een termijn gegund aan de overtreder, daarnaast heeft de ACM de mogelijkheid om de overtreden regels nader te expliciteren.

²⁴⁹ Sanctiebesluit 11 december 2014 inzake WTC, ACM/DJZ/2015/200199. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.2, nr. 3.

(4) Corendon

Casus. Corendon International Travel B.V. (hierna: 'Corendon') biedt naast pakketreizen ook losse vliegtickets aan. Voor deze beide diensten heeft de ACM tussen 20 augustus 2015 en 9 februari 2016 de website van Corendon onderzocht en met betrekking tot de prijzen van de losse vliegtickets getoetst aan artikel 23 Luchtvaartverordening.²⁵⁰ Corendon heeft tussen 22 december 2015 en 9 februari 2016 €3 servicekosten per segment per boeking gerekend. De prijs van de vliegtickets is per persoon. De vraag is of het gaat om vermijdbare kosten en of deze kosten duidelijk vermeld zijn.

Besluit. De ACM oordeelt dat de servicekosten in beginsel variabele onvermijdbare en voorzienbare kosten zijn.²⁵¹ Corendon kan dan ook volstaan met weergave van deze kosten direct bij de prijs van het vliegticket op transparante wijze alsmede de hoogte daarvan. Na selectie van de gewenste vlucht(en), komen de servicekosten vast te staan en moet Corendon de servicekosten (in ieder geval) opnemen in de prijs van het vliegticket. Corendon heeft weliswaar de bijkomende servicekosten op de twee pagina's in het online zoekproces voor vliegtickets vermeld, maar zij heeft nagelaten deze kosten direct bij de prijs op transparante wijze weer te geven alsmede de hoogte ervan, terwijl zij de kosten niet heeft opgenomen in de prijs. De consument had derhalve vanaf het begin geen volledig beeld van de definitieve prijs waardoor hij niet in staat was de prijzen van vliegtickets van Corendon in een vroeg stadium daadwerkelijk met de prijzen van andere aanbieders te vergelijken. Corendon krijgt voor de overtreding van artikel 23 Luchtvaartverordening een boete van €150.000 opgelegd.

4.5.2.7 Conclusie

De informatieplichten in de precontractuele fase beogen consumenten te voorzien van 'basale' informatie omtrent de transactie. De overtredingen van artikel 3:15d BW betreffen met name de vraag of de handelsnaam, het KvK-nummer, het BTW-nummer en de contactgegevens al dan niet duidelijk vermeld zijn.²⁵² Uit de wetsgeschiedenis²⁵³ en ook uit de civiele rechtspraak²⁵⁴ volgt dat het stelsel van artikel 3:15d BW in samenhang met artikel 6:227b BW ertoe strekt de consument bescherming te bieden tegen ongewilde bedieningshandelingen en de verplichting zeker te stellen om de website zo in te richten dat die onbedoelde handelingen traceerbaar en herstelbaar zijn.²⁵⁵ Eén en ander is er op gericht om te bewerkstelligen dat de wil van de koper in overeenstem-

250 Sanctiebesluit 13 juli 2016 inzake Corendon, ACM/DJZ/2016/203244_OV. Zie ook par. 4.5.3.3, nr. 12.

251 Sanctiebesluit 16 juni 2016 inzake Corendon, ACM/DJZ/2016/203244_OV.

252 Zie par. 4.5.2.1.

253 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 55 en 56.

254 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368.

255 Zie par. 4.5.2.2.

ming is met diens elektronische verklaringen. Artikel 3:15d BW legt ook de plicht aan de verkoper op om de website zo in te richten dat fouten snel kunnen worden achterhaald en hersteld.²⁵⁶

In het civiele recht heeft de rechter, bij de beantwoording van de vraag of gegevens 'rechtstreeks en permanent' zijn verstrekt, de mogelijkheid om de belangen van beide partijen af te wegen, onder meer op grond van de redelijkheid en de billijkheid.²⁵⁷

De ACM zal als bestuursrechtelijke handhaver een (dergelijke) belangenafweging niet, althans in veel geringere mate, kunnen maken. Zij dient, als gevolg de tot haar ter beschikking staande handhavingsmiddelen zoals de boetes, een consequent en eenvormig handhavingsbeleid te hanteren. Bezien in het licht van het legaliteitsbeginsel en artikel 7 EVRM dient voor marktpartijen en duidelijk te zijn wanneer sprake is van een overtreding.²⁵⁸

De ACM beoordeelt alleen of professionele verkopers artikel 3:15d BW hebben geschonden en of consumenten daardoor zouden kunnen of worden benadeeld. De ACM komt tot een oordeel op basis van het uitgevoerde onderzoek door inspecteurs die alle klachten en de werkwijze van de professionele verkoper in kaart hebben gebracht. Er vindt dan ook geen beoordeling van individuele klachten plaats, maar een beoordeling van collectieve klachten en de algehele werkwijze van een professionele verkoper.

De civiele rechter stelt aan de consument die zich op internet begeeft hogere eisen dan de ACM lijkt te doen. Ook de bestuursrechter oordeelt in de Celldorado-zaak, in tegenstelling tot de ACM, dat het tweemaal doorklikken bij het zoeken naar het KvK- en het BTW-nummer voldoende transparant en eenvoudig is.²⁵⁹ Het betreft hier gebruikelijke internethandelingen, aldus de rechtbank.²⁶⁰

Bij de ACM staat de vraag centraal of de te verstrekken gegevens 'rechtstreeks en permanent' toegankelijk zijn voor degene die de dienst gebruikt. De uitkomst van deze afweging zal van geval tot geval verschillen. Zo is in het besluit Sana Direct²⁶¹ het opnemen van het vestigingsadres in de algemene voorwaarden voldoende om aan artikel 3:15d lid 1 sub a BW te voldoen, maar in de latere besluiten rondom de doorverkoop van (concert)kaarten weer niet.²⁶² Dit geldt ook voor de plaats van vermelding van de contactgegevens (adres, KvK en BTW-nummer). De ACM oordeelt dat tweemaal moeten doorklikken naar de betreffende gegevens in strijd is met artikel 3:15d BW (Celldo-

256 Zie par. 4.5.2.1

257 Vergelijk Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368. Zie ook par. 4.5.2.1, nr. 8.

258 Zie hierover in het algemeen par. 2.7.3. Zie ook par. 4.5.2.1, nr. 8.

259 Zie par. 4.5.2.1, nr. 8.

260 Zie ook C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees Consumentenrecht: De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 512-515 en 679.

261 Zie par. 4.5.2.1, nr. 1.

262 Zie par. 4.5.2.1, nr. 6.

rado).²⁶³ De rechtbank oordeelt in beroep dat het tweemaal doorklikken een gebruikelijke internethandeling is. In tegenstelling tot hetgeen in het Sana Direct-besluit²⁶⁴ is besloten, is het opnemen van de identiteit van de onderneming en het e-mail adres achter de link 'Algemene Voorwaarden' onvoldoende.

Handhaving door middel van boetes dwingt de ACM tot een eenduidig beleid. Marktpartijen zoeken naar de grenzen van het toelaatbare, dit vraagt om een duidelijk en helder beleid. Duidelijke regels voorkomen een discussie over het aantal keren dat op een webpagina doorgeklikt dient te worden, over de grootte van het lettertype, het doorscrollen, et cetera.

Artikel 6:227b BW heeft als doel het voorkomen dat langs elektronische weg onbedoelde overeenkomsten of overeenkomsten met onbedoelde inhoud tot stand komen.²⁶⁵

De Consumentenautoriteit, na advies van de BAC, oordeelt tot tweemaal toe dat artikel 6:227b BW niet ziet op onbedoelde aanvaarding van de overeenkomst en daarom ook niet ziet op de vervolgzendingen. Uit civiele rechtspraak volgt dat de verkoper wel duidelijk dient aan te geven dat er vervolgzendingen zullen komen.²⁶⁶ Dit, terwijl de ACM na bezwaar, deze vervolgzendingen schaaft onder de inhoud van de overeenkomst waarop artikel 6:227b BW niet ziet.

In relatie tot artikel 6:227b BW is het moeilijk te zeggen of de civiele rechter een andere maatstaf hanteert dan de ACM. In de uitspraak van *butterfly.nl*²⁶⁷ oordeelt de civiele rechter dat een button met spelregels en een asterisk voldoende duidelijk zijn voor de consument om te beseffen dat het welkomstpakket wordt toegestuurd en dat de klant 14 dagen de tijd heeft om te beslissen of hij daadwerkelijk lid wil worden. In het besluit Sana Direct oordeelt de Consumentenautoriteit dat er door de ondernemer een te actieve houding van de consument wordt verwacht als zij via de banner op de website komen. De vereiste informatie zal dan te gemakkelijk over het hoofd worden gezien.²⁶⁸

Met betrekking tot overeenkomsten op afstand is het van belang dat de vereiste gegevens als omschreven in artikel 6:230m BW op 'duidelijke en begrijpelijke wijze' worden verstrekt, waarbij het commerciële oogmerk moet blijken. Het betreft hier ook de vraag in hoeverre bijvoorbeeld 'scrollen' binnen een sms nog het op 'duidelijke en begrijpelijke' wijze verstrekken van de vereiste gegevens is. Het boetebeleid vraagt om consistent beleid van de ACM.

²⁶³ Zie par. 4.5.2.1, nr. 8.

²⁶⁴ Zie par. 4.5.2.1, nr. 1.

²⁶⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 33.

²⁶⁶ Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4622. Zie voor bespreking par. 4.5.2.2.

²⁶⁷ Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4622.

²⁶⁸ Zie par. 4.5.2.2, nr. 1.

Men kan zich afvragen of het opstellen van zeer gedetailleerde beleidsregels mogelijk en wenselijk is.²⁶⁹

Ook in het kader van artikel 23 Luchtvaartverordening is een dergelijk spanningsveld terug te vinden. In hoeverre zijn boekingskosten onvermijdbaar en onvoorzienbaar? In de KLM zaak is het immers mogelijk om de boekingskosten te ontlopen door telefonisch te boeken. En hoe gangbaar dient een betalingsmiddel te zijn om administratiekosten te ontlopen?²⁷⁰

Uit de wijze van handhaving van de informatieplichten kan worden afgeleid dat het perspectief van handhaving van privaatrecht door de ACM verschilt van het perspectief van de civiele rechter. Vanuit de achtergrond en de taak die de ACM heeft richt de ACM zich met name op de ondernemers die de wet overtreden, terwijl de civiele rechter de individuele omstandigheden van het geval meeweegt. De civiele rechter neemt in zijn overwegingen de eigenschappen en het gedrag van de individuele consument mee. Bij de beoordeling van de vraag of bijvoorbeeld gegevens 'op duidelijke en begrijpelijke' wijze zijn verstrekt, kan de civiele rechter de redelijkheid en billijkheid in aanmerking nemen en in samenhang daarmee de individuele omstandigheden van het geval. De ACM kan de individuele omstandigheden van het geval niet, althans slechts in geringe mate, meewegen. Als gevolg van deze verschillende achtergrond in handhaving, kunnen er verschillen in uitleg zijn (vergelijk Otto-uitspraak).²⁷¹

De ACM legt bij de geconstateerde overtredingen in het algemeen boetes op. Boetes vragen, in het licht van het legaliteitsbeginsel, om een eenduidig beleid. Dit resulteert in vragen als wanneer zijn prijzen duidelijk vermeld en zijn gegevens begrijpelijk weergegeven? Zoals uit paragraaf 4.5.2.1 volgt leidt dit tot discussies over hoeveel muisklikken nog toelaatbaar zijn (Celldorado)²⁷² en of scrollen binnen een sms mag (Wizz Mobile).²⁷³ Ik vraag mij echter af of het zinvol is om beleidsregels op deze punten meer gedetailleerd te maken. Naar mijn mening zou gezocht kunnen worden naar andere vormen van handhavingsmiddelen. In paragraaf 4.6 zal ik hier nader op in gaan.

4.5.3 Wettelijke regeling oneerlijke handelspraktijken

4.5.3.1 *Open normen*

Zoals reeds beschreven in paragraaf 4.3.3 handhaaft de ACM, via het bestuursrecht, de Wet oneerlijke handelspraktijken. Deze wet is geïmplementeerd in

²⁶⁹ Zie par. 4.5.2.4.

²⁷⁰ Zie par. 4.5.2.6, nr. 2.

²⁷¹ Zie par. 4.5.2.1, nr. 8.

²⁷² Zie par. 4.5.2.1, nr. 8.

²⁷³ Zie par. 4.5.2.1, nr. 3.

de artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW. Van oneerlijke handelspraktijken is sprake als een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding en het vermogen van een consument om een besluit te nemen merkbaar beperkt is of kan worden beperkt (artikel 6:193b lid 2 BW). In het bijzonder is sprake van oneerlijke handelspraktijken wanneer deze 'misleidend' of 'agressief' zijn (artikel 6:193b lid 3 BW). Deze begrippen worden grotendeels in de wet zelf ingevuld met sub-normen in niet-limitatieve lijsten. Toch bevat de wet een groot aantal open normen. Zo is een handelspraktijk oneerlijk als een handelaar in strijd handelt met de vereisten van 'professionele toewijding' en het vermogen van de 'gemiddelde consument' om een geïnformeerd besluit te nemen 'merkbaar' wordt beperkt (artikel 6:193b lid 2 sub a en b BW). In artikel 6:193c lid 2 sub b BW is neergelegd dat een handelspraktijk misleidend is als een handelaar een verplichting uit een gedragscode niet nakomt voor zover deze verplichting 'concreet en kenbaar is en de handelaar aangeeft hieraan gebonden te zijn'.²⁷⁴

In het privaatrecht wordt vrij structureel met open normen gewerkt. Het voordeel van het gebruik van open normen is dat ze flexibel zijn. Aan de hand van concrete omstandigheden van het geval worden deze normen door de rechter ingevuld. Daardoor kan van geval tot geval de invulling verschillen. De 'vaagheid' van open normen is echter niet onbegrensd. Open normen zijn afgeleid uit waarden die als richtsnoer dienen, zoals rechtvaardigheid.²⁷⁵

Nadelen van het gebruik van vage normen zijn de consequenties voor de rechtszekerheid en een te grote rechterlijke vrijheid. Hier kan tegenin gebracht worden dat de verankering van het rechterlijk oordeel in een wettelijke open norm de legaliteit waarborgt. Gewaakt moet dan ook worden voor het ondoorzichtig worden van de handhaving van open normen door het niet nader concretiseren van de open normen en algemene beginselen, aldus Van Gerven.²⁷⁶ Open normen of rechtsbeginselen in regelgeving mogen geen stoplap zijn voor besluiteloosheid waarbij onderscheid op overheidsniveau wordt doorgeschoven naar bijvoorbeeld partijen die op de markt actief zijn.²⁷⁷ Open normen mogen geen holle inhoudsloze termen worden waardoor niet kan worden beoordeeld op welke wijze de rechter tot rechtsvorming komt.²⁷⁸ Barendrecht noemt overigens als nadeel van open normen dat de rechtsontwikkeling wordt belemmerd omdat vage normen geen stimulans zijn voor de ontwikkeling van nieuwe normen.²⁷⁹ De open norm beantwoordt immers

274 Zie verder Pavillon 2011, hs 7 en 8 (met name 7.2.3).

275 Pavillon 2011, p. 2.

276 W. van Gerven & S. Lierman, *Het algemeen deel: veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Deventer: Kluwer 2010, p. 304.

277 Van Gerven & Lierman 2010, p. 304.

278 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid; beschouwing over vage en scherpe normen, over binding van het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992, p. 69.

279 Barendrecht 1992, p. 72.

ook aan eventuele nieuwe materiële normen. Vage normen kunnen daarnaast leiden tot inefficiënte conflictoplossing. Doordat onduidelijk kan zijn welke feiten relevant zijn, kan dat ertoe leiden dat partijen zoveel mogelijk feiten stellen waardoor procedures mogelijk worden verlengd.²⁸⁰ Bij het hanteren van open normen zullen daarom beslissingen zorgvuldiger moeten worden verantwoord, immers daaruit volgt de invulling van de open norm.²⁸¹ Ten slotte beïnvloeden vage normen het gedrag van personen minder, omdat de onrechtmatigheid dan kan afhangen van de aard, de ernst, de duur en de schade. Hierdoor kan de rechtsgelijkheid in gevaar komen.²⁸²

Het spanningsveld tussen open normen en het opleggen van bestuurlijke boetes doet zich uitdrukkelijk voor in de beroepzaak van Celldorado.²⁸³ Celldorado doet een beroep op artikel 7 EVRM (legaliteitsbeginsel) omdat de Wet oneerlijke handelspraktijken verschillende open normen bevat die zowel op communautair als nationaal rechtelijk niveau nieuw zijn. Over de interpretatie van deze normen was op het moment van de overtredingen nog geen rechtspraak beschikbaar.²⁸⁴ Uit artikel 7 EVRM volgt, volgens Celldorado, dat geen bestuurlijke sanctie mag worden opgelegd indien het bestuursorgaan meent dat een open norm is overtreden. Voordat een boete opgelegd mag worden dient duidelijk te zijn voor welke overtreding een boete opgelegd kan worden. Voor Celldorado zou onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn geweest hoe deze normen geïnterpreteerd dienden te worden. De BAC adviseert de Consumentenautoriteit dat het in artikel 7 EVRM besloten liggende lex certa-beginsel meebrengt dat de Consumentenautoriteit dient na te gaan of het overtreden voorschrift voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om een overtreding te kunnen bestraffen met een bestuursrechtelijke boete.²⁸⁵ Dit betekent echter niet dat de Consumentenautoriteit zover dient te gaan dat in alle gevallen waarin sprake is van vage of open termen, op voorhand, bijvoorbeeld door middel van beleidsregels, invulling aan die open normen gegeven moet worden.²⁸⁶

Pavillon merkt op dat een Europees handvat voor invulling van de open normen ontbreekt. De civiele rechter heeft daarbij nog enig houvast aan wilsgebreken en het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 6:194 (oud) BW.²⁸⁷ Dit houvast zou niet gelden voor de ACM en de AFM. Deze moeten een eigen op de richtlijn afgestemde consumentvriendelijke uitleg van de normen ontwik-

280 Barendrecht 1992, p. 75.

281 Barendrecht 1992, p. 75.

282 Barendrecht 1992, p. 75. Zie ook Pavillon 2011, p. 2.

283 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358. Zie voor bespreking par. 4.5.3.3, nr. 10.

284 Zie par. 4.5.3.3, nr. 10.

285 BAC-advies inzake Celldorado, zie 5.14.

286 BAC-advies inzake Celldorado, 5.14.

287 Pavillon 2011, p. 388.

kelen.²⁸⁸ Gewezen wordt dan ook op het risico van parallelle invulling van de open normen door toezichthouder en bestuursrechters aan de ene kant en civiele rechters aan de andere kant. Dit zou kunnen leiden tot toepassingsverschillen.²⁸⁹ Of hiervan sprake is, wordt in de onderhavige paragraaf onderzocht.

4.5.3.2 Oneerlijke handelspraktijken

Een handelspraktijk is oneerlijk indien een handelaar in strijd met de vereisten van professionele toewijding handelt en het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen hierdoor merkbaar is beperkt of kan worden beperkt. De gemiddelde consument neemt of kan hierdoor een besluit over een overeenkomst nemen dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193b lid BW).

Wat de gemiddelde consument is, wordt niet gedefinieerd in de wet. In de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken²⁹⁰ wordt in overweging 18 de gemiddelde consument omschreven als de ‘gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’. Deze overweging vloeit voort uit jurisprudentie van het Hof van Justitie.²⁹¹ In de Memorie van Toelichting op de Wet oneerlijke handelspraktijken wordt opgemerkt dat de handelaar dus geen rekening hoeft te houden met iedere consument zoals bijvoorbeeld de naïeve consument.²⁹² Voorts is in artikel 6:193a lid 2 BW, neergelegd dat onder de gemiddelde consument ook wordt verstaan leden van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat een specifieke groep bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of het aangeboden product. Gedacht kan worden aan kinderen of ouderen. De richtlijn biedt de mogelijkheid om bij de bepaling van de gemiddelde consument rekening te houden met de maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren in de verschillende lidstaten en op de verschillende markten.²⁹³

Handelspraktijken zijn in het bijzonder oneerlijk als een handelaar misleidende of agressieve handelspraktijken verricht (artikel 6:193b lid 3 BW). Wat wordt verstaan onder misleidende handelspraktijken is omschreven in de

288 Pavillon 2011, p. 388.

289 Pavillon 2011, p. 389.

290 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad.

291 Zie onder meer, HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide GmbH*); HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90, ECLI:EU:C:1992:17, *Jur.* 1992, p. I-00131 (*Nissan*).

292 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 14.

293 Zie overweging 18 van Richtlijn 2005/29/EG.

artikelen 6:193c tot en met 6:193g BW. De omschrijving van agressieve handelspraktijken is te vinden in de artikelen 6:193h en 6:193i BW. Oneerlijke handelspraktijken zijn onrechtmatig jegens consumenten. Gangbare en rechtmatige reclamepraktijken waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen, maken een reclame op zich niet oneerlijk (artikel 6:193b, vierde lid, BW).

Aan de hand van besluiten van de ACM zal worden nagegaan hoe de ACM open normen uit de Wet Oneerlijke handelspraktijken toepast en welke bestuursrechtelijke middelen hiervoor gebruikt worden. In deze paragraaf komen besluiten aan bod waarin de ACM op grond van het algemene artikel 6:193b lid 2 BW een boete heeft opgelegd. In de daarop volgende paragrafen komen respectievelijk de misleidende en agressieve handelspraktijken aan de orde.

(1) Celldorado

Casus. Artiq Mobile B.V. ('Celldorado')²⁹⁴ is een onderneming die reclame maakt voor het afsluiten van sms-diensten via internet (celldorado.com): 'IQtest', 'IQtest Facebook', 'Brainage', 'Lovetest' en 'Datameter' en via televisie: 'Relatietest', 'Bierglas', 'Ware liefde Friendfinder' en 'Beest in bed'. In de beoordeling maakt de Consumentenautoriteit een onderscheid tussen de internet- en de televisiereclames (Celldorado is een handelsnaam van Artiq). Voor het gebruik van deze diensten dient het telefoontoestel van de consument aan bepaalde eisen te voldoen.

Besluit. Celldorado krijgt, voor zowel de internet-, als de televisie-uitingen een boete van in totaal € 110.000 opgelegd voor overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW (handelen in strijd met professionele toewijding). De overtreding betreft de informatievoorziening met betrekking tot de geschikte toestellen en de kosten van de IQ-test Facebook.

Bezwaar. In bezwaar oordeelt de Consumentenautoriteit dat de boete van € 110.000 voor de overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW (professionele toewijding) gehalveerd dient te worden. De overtreding betreft de informatievoorziening met betrekking tot de geschikte toestellen en de kosten van de IQ-test Facebook. De boete wordt verminderd omdat er sprake is van (incidentele) onzorgvuldigheid en niet van een structurele tekortkoming.²⁹⁵

Beroep en hoger beroep. In beroep en hoger beroep wordt het besluit in stand gelaten.²⁹⁶

294 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 8, 4.5.2.4, nr. 7 en 4.5.3.3, nr. 10.

295 Besluit op bezwaar 3 maart 2011 inzake Celldorado, CA/NB/510/87.

296 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358. CbB 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.

(2) Nederlandse Energie Maatschappij (NEM)

Casus. De NEM is een nieuwe energiemaatschappij die als gevolg van de liberalisering tot de energiemarkt is toegetreden. Via telemarketing probeert de NEM klanten te werven. Als consumenten overstappen naar de NEM dienen zij een machtiging te geven voor een automatische incasso. Currence Incasso Beheer B.V., waarbij de NEM is aangesloten, is een zelfstandige organisatie die eigenaar is van collectieve nationale betaalproducten waaronder het product Incasso/Machtigen. Currence heeft hiervoor regels opgesteld, de zogenaamde Rules & Regulations. Het betreft hier zelfregulering.

De Consumentenautoriteit heeft in de periode van 15 oktober 2008 tot en met 20 juli 2009 onderzoek gedaan naar de wervingscampagne van de NEM.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat de NEM in strijd heeft gehandeld met de vereisten van professionele toewijding door bij cold calling te vragen om een machtiging voor een periodieke automatische incasso. Dit is in strijd met de zogenaamde Rules and Regulations die Currence hanteert en ook in strijd met artikel 1.9 van de Gedragscode Consument en Energieleverancier ('Gedragscode').²⁹⁷ Hiermee is artikel 6:193b lid 2 sub a BW (strijd met professionele toewijding) overtreden. De boete bedraagt €150.000. Na de bezwaarprocedure blijft het boetebesluit in stand.

Beroep. De rechtbank bekrachtigt het oordeel dat sprake is van een overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW. De rechtbank is echter, anders dan de Consumentenautoriteit, van oordeel dat op grond van de letterlijke tekst van de Gedragscode niet tot dit oordeel kan worden gekomen. De rechtbank overweegt dat een handelwijze die inhoudt dat onduidelijke redenen worden gegeven over het motief waarom consumenten naar hun rekeningnummer wordt gevraagd en dat consumenten op het verkeerde been worden gezet bij de vraag naar hun rekeningnummer niet in overeenstemming is met artikel 1.9 van de Gedragscode. De onderhavige constatering dat er een overtreding is, is echter door de Consumentenautoriteit uitdrukkelijk niet op deze overweging gebaseerd. De rechtbank vraagt zich af of sprake is van strijd met de voorwaarden van Currence. De rechtbank beantwoordt deze vraag positief. Op grond van de voorwaarden van Currence is het niet toegestaan bij cold calling te vragen om een telefonische machtiging tot automatische incasso. De rechtbank vult 'het handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding' in aan de hand van het verbod dat is opgenomen in de voorwaarden van Currence. De overtreding kan niet worden gebaseerd op artikel 1.9 van de Gedragscode.

²⁹⁷ Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake NEM, CA/NB/527/29. Besluit op bezwaar 20 mei 2011 inzake NEM, CA/NB/527/68. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.3, nr. 4 en 4.5.3.4, nr. 1.

(3) WTC

Casus. WTC biedt via haar website vliegtickets en andere reisproducten aan. Bij haar reizen worden de prijzen berekend inclusief annuleringsverzekering en reisverzekering. Door middel van een opt-out dienen consumenten deze optie te verwijderen.

Besluit. De ACM oordeelt dat sprake is van een overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW. WTC handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding.²⁹⁸ Professionele toewijding houdt ex artikel 6:193a aanhef en onder f, BW in: het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken. Wat een normaal niveau van professionaliteit is kan worden beoordeeld aan de hand van verschillende feiten en omstandigheden zoals gedragscodes. In dit geval zijn normen neergelegd in de Reclamecode Reisaanbieding. Het naleven van een gedragscode betekent echter niet dat daarmee vaststaat dat de handelaar op het normale niveau van de voor hem geldende professionele standaard functioneert. De ACM verwijst hiervoor naar het besluit Celldorado. In het licht van de professionele toewijding mogen aan het zorgvuldig informeren van de consument hogere eisen worden gesteld dan het 'enkel' verschaffen van de informatie die op grond van de gedragscode verstrekt moet worden.²⁹⁹ WTC is aangesloten bij de ANVR en de ANVR hanteert de Reclamecode Reisaanbieding. In deze code staat dat optionele extra's alleen via opt-in mogen worden aangeboden. Het was voor WTC dan ook voldoende duidelijk dat WTC niet aan de professionele standaard voldeed.

De ACM legt een boete op van € 100.000 alsmede een last onder dwangsom.

(4) Lecturama

Casus. Lecturama biedt via telemarketing, per post en internet hobby- en verzamelpakketten aan. Er is sprake van vervolgzendingen. Gedurende de onderzoeksperiode maakt Lecturama gebruik van het betaalproduct Incasso/Machtigen van Currence. Currence is een zelfstandige organisatie die eigenaar is van de collectieve nationale betaalproducten waaronder het product Incasso/Machtigen. Currence heeft hiervoor regels opgesteld, de zogenaamde Rules & Regulations. Het betreft zelfregulering. Een geldige machtiging kan schriftelijk of telefonisch worden gegeven. Bij een telefonische machtiging geldt geen schriftelijkheidsvereiste. Wel geldt dat een bedrijf een consument geen machtiging tot automatische incasso mag vragen bij ongevraagde telefonische verkoop wanneer er geen sprake is van een bestaande klantrelatie. Bij een machtiging

298 Sanctiebesluit 11 december 2014 inzake WTC, ACM/DJZ/2015/200199. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.6, nr. 3.

299 Sanctiebesluit 11 december 2014 inzake WTC, ACM/DJZ/2015/200199, randnr. 92.

via een website geldt, ten tijde van het onderzoek, wel een schriftelijkheidsvereiste. De machtiging dient uitgeprint te worden en ondertekend.

Besluit. De ACM stelt vast dat het telefonisch vragen om een machtiging voor een automatische incasso verboden is wanneer een consument ongevraagd wordt gebeld door een bedrijf en wanneer er geen bestaande klantrelatie is.³⁰⁰ Dit vloeit voort uit de voorwaarden van Currence. Evenmin heeft Lecturama, bij bestellingen via de website, gevraagd om een schriftelijke bevestiging van de machtiging. De ACM legt een boete op van € 225.000 voor overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW. Er is in strijd gehandeld met het professionaliteitsvereiste.

(5) Financial Media

Casus. Financial Media is eigenaar van een website waarop huurwoningen worden aangeboden.³⁰¹ Consumenten kunnen tegen betaling zich laten registreren op die website. Na registratie worden de consumenten telefonisch benaderd voor – onder meer – het ondertekenen van een akte van cessie. Maandelijks zijn consumenten € 19,95 aan Financial Media verschuldigd. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een automatische incasso. In de algemene voorwaarden staat dat de consument door op de hoogte te zijn van de voorwaarden Financial Media machtigt om de inschrijvingskosten te incasseren. Financial Media gaat vervolgens over tot een automatische incasso. De ACM heeft onderzoek gedaan naar de vraag of Financial Media zich houdt aan de consumentenregels.

Besluit. Op grond van de Rules & Regulations van Currence dient Financial Media een schriftelijk ondertekende machtiging van de consumenten te hebben om de vordering bij de consument te incasseren. ACM is van oordeel dat deze regels de professionele standaard van het betalingsverkeer door automatische incasso vertegenwoordigen, dat Financial Media aan deze regels gebonden was en zij hier door in strijd handelde met de professionele toewijding (artikel 6:193b lid 2 BW). De online registratie van de consument, met invulling van verschillende gegevens en acceptatie van de algemene voorwaarden, kwalificeert niet als een schriftelijke machtiging. De ACM legt een boete op van € 200.000. In bezwaar blijft het besluit in stand.³⁰²

(6) T.O.M.

Casus. T.O.M. B.V. verkoopt verschillende producten, zoals fietsen, sportartikelen, kleding en speelgoed, via diverse verkoopkanalen, waaronder ook webwinkels.

300 Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 16 en 4.5.3.4, nr. 7.

301 Sanctiebesluit 26 mei 2016 inzake Financial Media en Huurbegeleiding, ACM/DJZ/2016/202336_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 13 en par. 4.5.2.4, nr. 10.

302 Besluit op bezwaar 6 december 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/207273_OV.

Consumenten die hun online bestelling retour hadden gezonden en contact opnamen om te vragen waar hun geld bleef, kregen te horen dat zij hun retourzending niet conform de retourprocedure hadden aangeboden. Zo hadden bijvoorbeeld consumenten hun IBAN nummer niet doorgegeven. In deze gevallen betaalde T.O.M. het geld niet terug, maar kregen de consumenten een waardebon. Ook betaalde T.O.M. in verschillende gevallen niet de leveringskosten terug.

Besluit en bezwaar. De ACM beoordeelt de vraag of T.O.M. consumenten geen misleidende informatie heeft verstrekt over het recht op ontbinding bij overeenkomsten op afstand en zij die de overeenkomst hebben ontbonden, heeft terugbetaald.³⁰³ De ACM overweegt dat T.O.M. niets van zich liet horen als een retour werd afgekeurd omdat het IBAN-nummer ontbrak. De consument diende zelf contact op te nemen met T.O.M. In 130 gevallen heeft T.O.M. de consument op geen enkele wijze terugbetaald. De ACM oordeelt dat T.O.M. in strijd heeft gehandeld met de vereisten van professionele toewijding ex artikel 6:193b lid 2 BW. De ACM legt T.O.M. een boete op van € 225.000. De boete wordt, gezien de samenhang met de andere boetes, gematigd tot € 180.000. In bezwaar blijft het besluit in stand.³⁰⁴

4.5.3.3 Misleidende handelspraktijken

De definitie van misleidende handelspraktijken is neergelegd in artikel 6:193c BW. Het betreft handelspraktijken waarbij informatie, met betrekking tot de aard van het product, de kenmerken, de prijs, etc., wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Een handelspraktijk is eveneens misleidend als er sprake is van een misleidende omissie. Dit kan het geval zijn als er essentiële informatie ex artikel 6:193e BW ontbreekt. In artikel 6:193g BW is een zwarte lijst te vinden van handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend zijn.

a. Garanties

(1) Keukenconcurrent en Keukenkampioen

Casus. De Keukenconcurrent³⁰⁵ en Keukenkampioen³⁰⁶ ('de Keukenconcurrent') zijn aangesloten bij de Centrale Branchevereniging Wonen (CBW). De CBW-erkende ondernemingen hanteren de algemene voorwaarden van de CBW. Deze CBW-voorwaarden zijn opgesteld in overleg met de Consumentenbond. Hierin is opgenomen dat: '1) aanbetalingen tot een maximum van 15% van de koopsom onder de CBW-garantieregeling vallen en 2) de rest van het aankoopbedrag

303 Sanctiebesluit 9 juni 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/403307_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 11 en par. 4.5.3.3, nr. 14.

304 Besluit op bezwaar 24 november 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/206888_OV.

305 Sanctiebesluit 19 november 2009 inzake Keukenconcurrent, CA/NCB/427/32.

306 Sanctiebesluit 19 november 2009 inzake Keukenkampioen, CA/NCB/426/32.

betaald moet worden bij aflevering.’ De Keukenconcurrent houdt zich hier niet aan en vraagt betaling van de volledige koopsom 12 of 5 dagen voor de levering van een keuken.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c lid 2 sub b BW (zich niet houden aan kenbare, concrete gedragscode) is. De Consumentenautoriteit legt een boete op van € 110.000 (inclusief € 10.000 voor non-coöperatief gedrag) en een dwangsom van € 5.000.

Bezwaar. In het besluit op bezwaar zijn de bezwaren van de Keukenconcurrent ongegrond verklaard.³⁰⁷

Beroep. Dit besluit houdt stand in beroep, met uitzondering van de verhoging van de basisboete met € 10.000 wegens non-coöperatief gedrag van de Keukenconcurrent.³⁰⁸ De overtreding zou door de houding van de Keukenconcurrent langer hebben geduurd dan nodig, waardoor een aanzienlijk groter aantal consumenten potentieel in hun belangen is geschaad. Daarnaast stelt de Consumentenautoriteit dat de Keukenconcurrent niet tijdig en duidelijk heeft aangegeven niet te willen meewerken aan een toezegging. De rechtbank overweegt echter dat de Keukenconcurrent het standpunt inneemt dat zij het niet eens is met de interpretatie van een wettelijke regel en met het oog daarop in het kader van het boetetraject een bepaalde ‘proceshouding’ aanneemt. Dit geeft geen aanleiding om de boete te verhogen. Voorts heeft de Consumentenautoriteit het advies van de BAC niet overgenomen. Uit de stukken blijkt bovendien niet dat eiseres heeft toegezegd mee te zullen werken aan een toezegging. De verhoging is dan ook ten onrechte.³⁰⁹

De Keukenconcurrent heeft ook aangevoerd dat de Consumentenautoriteit geen eenduidig boetebeleid heeft met betrekking tot de onderhavige overtreding. Beleidsregels ontbreken. De rechtbank overweegt dat het ontbreken van een boetebeleid niet in de weg staat aan het opleggen van een boete. Ook zonder een algemeen beleidskader geldt immers de norm dat de boete niet onevenredig mag zijn. De boete dient te voldoen aan artikel 2.21 Whc. Dit artikel geeft voldoende richting.

Hoger Beroep. De norm van artikel 11 CBW-voorwaarden is aldus het CBb voldoende kenbaar en concreet.³¹⁰ Pas bij aflevering behoeft de consument de keuken te betalen. In meer dan de helft van de gevallen is Keukenconcurrent afgeweken van de CBW-voorwaarden. De rechtbank is, aldus het CBb, dan ook

307 Besluit op bezwaar 2 juli 2010 inzake Keukenconcurrent, CA/NB/ 427/64 en besluit op bezwaar 2 juli 2010 inzake Keukenkampioen, CA/NB/426/64.

308 Rb. Rotterdam 14 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1281 (*Keukenconcurrent*) en Rb. Rotterdam 14 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1295 (*Keukenkampioen*).

309 Zie in beide zaken r.o. 2.8.4.7.

310 CBb 7 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:163.

op goede gronden tot het oordeel gekomen dat er sprake is van een overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub c BW.

De Keukenconcurrent voert aan dat de hoogte van de boete onvoldoende is gemotiveerd. Het CBb overweegt dat de ACM niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid in de thans voorliggende gevallen dienen te leiden tot het opleggen van aanzienlijke boetes van elk € 100.000. Ter zitting heeft de ACM erop gewezen dat de overtreding van het niet naleven van een verplichting uit de gedragscode in boetecategorie 4 valt volgens een door de ACM opgesteld memo. De boete bandbreedte is € 50.000 tot € 300.000. De ACM heeft met deze enkele verwijzing onvoldoende onderbouwd op welke grond de overtreding zou moeten leiden tot twee boetes van elk € 100.000. Het betreft weliswaar niet de overtreding van een beleidsregel, maar de verwijzing naar dit memo en het ontbreken van aanknopingspunten anderszins maken het naar het oordeel van het CBb dat de in het memo opgenomen boetecategorieën met bijbehorende bedragen van betekenis zijn. Gelet op de feiten, omstandigheden, de ernst en mate van verwijtbaarheid wordt de boete voor elk geval vastgesteld op € 50.000.

Commentaar. De ACM heeft de boete verhoogd met een bedrag van € 10.000 omdat de Keukenconcurrent een ander standpunt inneemt. Het innemen van een bepaald standpunt in een procedure zou niet direct hoeven te leiden tot een verhoogde boete omdat een partij zich niet coöperatief zou hebben opgesteld. Het lijkt mij niet dat een partij zou hoeven mee te werken aan haar eigen veroordeling. Deze boete is dan ook ten onrechte opgelegd, aldus de rechtbank in beroep. Wellicht is dit een voorbeeld waaruit blijkt dat de ACM bij handhaving zich te veel laat leiden door haar rol van consumentenbeschermers en niet geheel onafhankelijk opereert. Het feit dat er geen boetebeleid is, maakt nog niet dat er geen boete opgelegd kan worden, aldus de rechtbank en het CBb. De ACM wordt wel gehouden aan een (interne) memo met betrekking tot de hoogte van de boete.

(2) Mikro Electro, BCC, Scheer en Foppen, Harense Smit en De Block's

Casus. De Consumentenautoriteit heeft onderzoek gedaan naar zogenaamde aankoopgaranties. Deze aankoopgaranties verlengen de fabrieksgarantie. Over deze problematiek heeft de Consumentenautoriteit een aantal gelijklopende besluiten genomen met betrekking tot winkels die elektrische huishoudelijke apparaten verkopen.³¹¹ Aan de consument wordt meegedeeld dat zij alleen recht heeft op kosteloos herstel of vervanging, na afloop van de fabrieksgarantie, als zij een extra garantie aankoopt.

311 Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Mikro Electro, CA/NCB/560/48; Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake BCC, CA/NCB/522/71; Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Scheer en Foppen, CA/NCB/559/47; Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake De Block's, CA/NCB/535/50 en Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Harense Smit, CA/NCB/534/51.

Besluit. Het meedelen aan consumenten dat zij na afloop van de fabrieksgarantie zonder de aankoopgarantie geen recht hebben op kosteloos herstel of vervanging is een oneerlijke handelspraktijk. Hierdoor worden consumenten misleid omtrent hun recht op kosteloos herstel of vervanging in geval van een non-conform product, zoals geregeld in de artikelen 7:17-18 en 7:21-22 BW. Volgens de ACM zou de consument, gezien deze mededelingen, kunnen afzien van zijn recht op kosteloos herstel of vervanging, terwijl hij dat niet zou hebben gedaan als hij correct was geïnformeerd. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat deze handelspraktijk een overtreding opleveren van artikel 193c lid 1 sub g BW. De rechten van de consument, waaronder het recht van herstel of vervanging van de afgeleverde zaak, worden onjuist voorgesteld. De ACM legt een boete van €90.000 op.

Bezwaar en beroep. Het besluit blijft na bezwaar en beroep in stand.³¹² Het weglaten van deze informatie (wettelijke rechten bij non-conformiteit) of het wekken van de indruk dat, als fabrieks- of aankoopgarantie niet (meer) aan de orde is, er in geen enkel geval sprake kan zijn van kosteloos herstel of vervanging, acht de rechtbank een oneerlijke handelspraktijk.

Commentaar. Dat consumenten zich dergelijke extra garanties laten verkopen heeft mede als reden dat consumenten hun eigen rechten niet kennen, zoals de ACM concludeert uit meldingen op Consuwijzer.³¹³ Men kan zich afvragen in hoeverre dit de eigen verantwoordelijkheid is van consumenten. Om aan dit kennisgebrek bij consumenten tegemoet te komen is bestuurlijke handhaving noodzakelijk.³¹⁴ Wel blijven privaatrechtelijke remedies onmisbaar om in individuele gevallen bescherming af te dwingen.

b. Energie

(3) Greenchoice

Casus. De Groene Energie Administratie (Greenchoice)³¹⁵ is leverancier van gas en elektriciteit aan consumenten. De energiemarkt is per 1 januari 2004 geliberaliseerd, waarna nieuwe aanbieders, zoals Greenchoice, actief zijn geworden. Hierbij maakte Greenchoice gebruik van colportage, telemarketing en advertentiecampagnes. Greenchoice gebruikte in de scripts teksten als 'Korting

312 Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Mikro Electro, CA/NCB/560/96; Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Scheer en Foppen, CA/NCB/559/95; Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake De Block, CA/NCB/535/101; Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Harense Smit, CA/NCB/534/98; Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5541; Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5540; Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5538 en Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5539.

313 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14557/Halfjaarbericht-Consuwijzer-consument-onderschat-zijn-rechten-bij-garantie/>.

314 Zie ook Tigelaar 2015, p. 213. Tigelaar concludeert ook dat consumenten hun rechten niet kennen en dat bestuursrechtelijke handhaving noodzakelijk is om dit te ondervangen.

315 Sanctiebesluit 27 mei 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/26.

is BLIJVEND!’ en ‘Zwart op wit dat het goedkoper is’. Greenchoice is aangesloten bij EnergieNed die de Gedragscode Consument en Energieleverancier 2006 hanteert.³¹⁶ Door de colporteurs werd opgemerkt dat de consumenten aan de deur dienen te beslissen om aanspraak op de korting, teruggave of besparing te maken.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat er vijf overtredingen zijn. Een overtreding van de Colportagewet (oud)³¹⁷ en vier overtredingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken. In de gesprekken met consumenten zijn de korting, teruggave of besparing die de consumenten worden voorgehouden de voornaamste argumenten. De opmerkingen over de kortingen zijn echter ongefundeerd. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat gelet op de scripts, de verklaringen over de kortingen, etc. Greenchoice, gelet op artikel 6:193c lid 1 sub d BW (de prijs of specifiek prijsvoordeel), oneerlijke handelspraktijken heeft gehanteerd. De boete bedraagt € 150.000.

In de Gedragscode Consument en Energieleverancier 2006 is in artikel 6.4 opgenomen dat:

‘In geval de nieuwe leverancier constateert dat de opzegging van de bestaande overeenkomst mogelijk (financiële) gevolgen kan hebben, hij de consument hierover informeert.’

Een vergelijkbare bepaling is in de nieuwe Gedragscode van 2009 opgenomen. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat Greenchoice onvoldoende duidelijke informatie heeft verstrekt over de mogelijke opzegboetes bij de oude leveranciers. Het ontbrak consumenten aan informatie die direct betrekking had op financiële verplichtingen ten opzichte van de ‘oude’ leverancier.³¹⁸ Er dient sprake te zijn van een goede voorlichting, een eerlijke en goede manier van klanten werven en het afwikkelen van leverancierswisselingen op een voor de consument zo goed mogelijke manier. Gelet op artikel 6:193c lid 2 sub b BW (verplichtingen uit gedragscode) heeft Greenchoice oneerlijke handelspraktijken verricht. De boete bedraagt € 125.000.

Greenchoice heeft consumenten niet, althans niet duidelijk, gewezen op de bedenktijd van 8 dagen na het sluiten van de overeenkomst. Op grond van artikel 6:193d lid 2 en 3 BW juncto artikel 6:193e sub e BW wordt een boete opgelegd van € 150.000.

Ten slotte oordeelt de Consumentenautoriteit in relatie tot misleidende handelspraktijken dat artikel 6:193g sub g BW (beperkte beschikbaarheid product) is overtreden. Volgens de Consumentenautoriteit creëerden de colporteurs een *sense of urgency* en hebben zij getracht consumenten te bewegen tot het afstaan van hun gegevens en het zetten van een handtekening om zo een korting, teruggave of besparing te verkrijgen. Er was echter geen enkele nood-

316 Zie ACM.nl onder publicaties.

317 Van een boete op de overtreding van de Colportagewet (oud) wordt afgezien omdat de NMa hier reeds handhavend tegen heeft opgetreden.

318 Zie overweging 169.

zaak voor consumenten om direct aan de deur te beslissen, zoals ook blijkt uit de verklaringen van Planeta (het colportagebureau) en de colporteurs. Op eigen initiatief kon men ook overstappen naar Greenchoice en werd er ook een korting geboden van 0,25 eurocent p/kwh en per m³. Van beperkte beschikbaarheid was dus geen sprake. De boete bedraagt € 100.000.

Bezwaar. In bezwaar wordt de boete € 100.000 voor de overtreding van artikel 6:193g sub g BW vernietigd, omdat er geen sprake zou zijn van structurele overtredingen. De overige bezwaren worden ongegrond verklaard.³¹⁹ Overigens adviseert de BAC om de bezwaren inzake het *ne bis in idem*-beginsel (boete NMa) en de bezwaren tegen artikel 6:193c lid 2 sub b BW gegrond te verklaren. De BAC is van mening dat de overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW niet structureel is te noemen.³²⁰

Beroep. In beroep worden de bezwaren ongegrond verklaard.³²¹ Met betrekking tot de overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW overweegt de rechtbank dat op energiebedrijven een actieve informatieplicht rust. Deze volgt uit de doelstelling van de Wet oneerlijke handelspraktijken en uit het doel van de gedragscode (goed voorlichten en op een eerlijke en goede manier klanten werven en leverancierswisselingen op een voor de consument zo goed mogelijke manier afwikkelen).³²²

De rechtbank oordeelt dat het *ne bis in idem*-beginsel niet is geschonden omdat geen sprake is van dezelfde overtreding (artikel 6:193c lid 2 sub b, BW).

Hoger beroep. In beroep staat de vraag centraal of er sprake is van schending van het *ne bis in idem*-beginsel. Het CBb oordeelt dat de NMa destijds Greenchoice al een boete had opgelegd op grond van de Elektriciteitswet en de Gaswet. De Consumentenautoriteit had, aangezien het één en dezelfde activiteit betrof, niet ook nog boetes mogen opleggen op grond van de Wet oneerlijke handelspraktijken. De aangevallen uitspraak wordt dan ook vernietigd.³²³

Commentaar. Greenchoice heeft aangevoerd dat de ACM niet bevoegd zou zijn om open normen te handhaven. De ACM overweegt dat de normen niet dusdanig 'open' zijn dat van een professionele onderneming als Greenchoice niet kan worden verwacht dat zij in staat is de betreffende normen na te leven. Het betreft hier, aldus de ACM, voldoende duidelijke bepalingen, te weten:

'Afzien van misleidende mededelingen over de prijs of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel, dat wil zeggen juiste informatie geven over de prijs of een prijsvoordeel;

319 Besluit op bezwaar 20 december 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/57.

320 Advies BAC 7 november 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/56, zie 5.4.

321 Rb. Rotterdam 25 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8775.

322 Rb. Rotterdam 25 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8775, zie 7.2 en 7.3.

323 CBb 31 maart 2015, CBB:NL:2014:91.

- Het naleven van een kenbare verplichting uit een gedragscode, in casu de verplichting consumenten te wijzen op de mogelijke financiële gevolgen van een overstap naar een andere energieleverancier;
- Is er een recht op herroeping of annulering dan moet dat worden meegedeeld;
- Geen bedrieglijke beweringen doen over de beperkte beschikbaarheid van het product onder bepaalde voorwaarden als er geen sprake is van zo een beperkte beschikbaarheid.³²⁴

(4) Nederlandse Energie Maatschappij (NEM)

Casus. Net als Greenchoice is de NEM een nieuwe energiemaatschappij die als gevolg van de liberalisering tot de energiemarkt is toegetreden. Tussen 15 oktober 2008 en 20 juli 2009 heeft de NEM consumenten benaderd om over te stappen naar de NEM. Callcentermedewerkers deden het voorkomen alsof het product zeer beperkt beschikbaar was. Daarnaast werd 'energie tegen inkoop-prijs' en een 'laagste prijsgarantie' aangeboden. Daarbij wordt vermeld dat de prijs voor drie jaar wordt vastgezet zodat de consument geen last heeft van prijsstijgingen. Callcentermedewerkers refereerden ook aan een onderzoek in de regio waar de consument woont en dat dit aanbod speciaal voor deze regio zou gelden. De NEM hanteert als lid van EnergieNed de Gedragscode Consument en Energielevering.

Besluit. De Consumentenautoriteit stelt vast dat er overtredingen jegens de consument, gedefinieerd als de gemiddelde consument op een nieuwe markt, op grond van de Wet oneerlijke handelspraktijken zijn geconstateerd door de toezichthouders.³²⁵

Tijdens de verkoopgesprekken wordt aangegeven dat de prijs drie jaar lang vast zou staan. Dit gold echter alleen voor de prijs van elektriciteit, maar niet voor de prijs van gas. De Consumentenautoriteit oordeelt dat de NEM de voornaamste kenmerken van het product misleidend heeft gepresenteerd en dat hiermee artikel 6:193c lid 1 sub b BW is overtreden. De boete bedraagt € 150.000.

Callcentermedewerkers deden daarnaast uitspraken over besparingen, waarbij zij ook percentages noemden. Dit deden zij zonder enige onderbouwde kennis en zonder te weten bij welke energiemaatschappij de consument energie afneemt. Eveneens heeft de NEM niet aan consumenten meegedeeld dat het vastrecht dat zij hanteert tweemaal zo hoog is als bij andere maatschappijen. Evenmin heeft de gegarandeerde laagste prijsgarantie betrekking op het vastrecht en de prijs van gas. Hierover zijn consumenten onvoldoende geïnformeerd. Dit is een overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub d BW (de prijs/wijze van berekening). De boete wordt vastgesteld op € 150.000.

324 Sanctiebesluit 27 mei 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/26, zie p. 11.

325 Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake NEM, CA/NB/527/29. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 2 en 4.5.3.4, nr. 1.

Door direct verband te leggen met concurrenten en op te merken dat er voor de consumenten niets verandert, schept de NEM verwarring. Het feit dat er wellicht technisch niets verandert, betekent nog niet dat er juridisch niets verandert. Voor consumenten was het onduidelijk dat zij overstapten naar een andere maatschappij. De boete voor overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub a BW (verwarrende mededelingen concurrenten) bedraagt €150.000.

De NEM heeft, aldus de Consumentenautoriteit, twee bepalingen uit de Gedragscode, te weten artikel 1.5 (geen misbruik van onervarenheid van consumenten) en artikel 1.6 (verzoek om informatie door consumenten), overtreden. Uit de feiten blijkt dat consumenten die slechts informatie verzochten deze niet kregen en dat gesprekken met mensen van een hoge leeftijd bewust werden doorgezet. Door beide bepalingen uit de gedragscode te overtreden heeft de NEM artikel 6:193c lid 2 sub b BW overtreden (schending van kenbare gedragscode). De boete bedraagt €150.000.

Bezwaar. De bezwaren tegen het besluit waarin overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW is vastgesteld, worden deels gegrond verklaard, namelijk voor zover het de overtreding van artikel 1.5 van de Gedragscode betreft. De boete is met €50.000 verlaagd tot €100.000.³²⁶ Er zou onvoldoende bewijs zijn om te kunnen spreken van misbruik van de kwetsbaarheid van oudere consumenten.

Beroep. De rechtbank vernietigt het boetebesluit op overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub a BW.³²⁷ Uit de verkoopgesprekken blijkt dat er verwarring was. Maar dit is niet de misleidende handelspraktijk die artikel 6:193c lid 2 sub a BW beoogt te bestrijden. Er is immers geen sprake van een handelspraktijk die verwarring schept, bijvoorbeeld door vergelijkende reclame over de producten van een concurrent.³²⁸ De rechtbank wijst er op dat de Consumentenautoriteit in de zaak Pretium Telecom³²⁹ een soortgelijke handelspraktijk als een overtreding van artikel 7:46h lid 1 BW heeft aangemerkt. Ook in deze zaak is dat het geval. Het direct noemen van de naam van de mogelijke aanbieder na de eigen naam is een van de elementen van het onder die overtreding aan de NEM gemaakte verwijt dat aan het begin van het gesprek de identiteit en het commerciële oogmerk niet duidelijk werden medegedeeld.

Civiele rechter. Opvallend is dat de rechtbank Haarlem, sector kanton, in een civiele zaak omtrent nakoming door een consument van zijn betalingsverplichtingen ten opzichte van de NEM de mededeling dat de NEM goedkoper is dan andere energieleveranciers een gangbare reclamepraktijk acht op een markt waarop diverse aanbieders van energie met elkaar concurreren.³³⁰ De consument voert aan dat de reden voor het overstappen naar energimaatschappij

326 Besluit op bezwaar 20 mei 2011 inzake NEM, CA/NB/527/68.

327 Rb. Rotterdam 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184.

328 Rb. Rotterdam 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184, r.o. 13.4.

329 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528.

330 Rb. Haarlem, sector kanton, 25 juli 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX3025.

NEM is dat de NEM vele malen goedkoper zou zijn. Het tegendeel bleek echter waar te zijn. Deze mededeling kan, aldus de rechter, niet worden gezien als een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b BW. De motivering en de stellingen van gedaagde zijn vrij summier. Maar gezien de overwegingen van de Consumentenautoriteit had in deze zaak wellicht meer gezeten, al volgt hier wel uit dat er een spanningsveld bestaat tussen wat een gangbare reclameuiting is en wat een misleidende handelspraktijk is. Dit spanningsveld wordt mede veroorzaakt doordat de Consumentenautoriteit de gemiddelde consument op een nieuwe markt tot uitgangspunt neemt.³³¹ Een consument op een nieuwe markt kan niet in een kort tijdsbestek van cold calling een beslissing nemen voor een energiecontract van drie jaar.

Commentaar. Uit het bovenstaande blijkt onder meer het verschil tussen individuele geschilbeslechting door de civiele rechter en het toezicht dat door een toezichthouder met een aan hem opgedragen taak wordt uitgevoerd. De ACM onderzoekt de gehele gang van zaken bij een potentiële overtreder door alle scripts e.d. te bekijken. De civiele rechter weegt de omstandigheden van het individuele geval. Het oordeel komt vanuit een ander perspectief tot stand. De ACM behartigt de algemene belangen en de civiele rechter bekijkt de individuele omstandigheden van de civiele partijen.

(5) Windunie

Casus. Windunie biedt via haar website consumenten de mogelijkheid om een overeenkomst tot het leveren van energie te sluiten met Greenchoice. Windunie zou niet duidelijk op haar website hebben aangegeven dat zij als wederverkoper voor Greenchoice optreedt. Ook heeft Windunie op onduidelijk wijze informatie verstrekt over de berekening van de prijs.

Besluit. De ACM is van oordeel dat Windunie artikel 6:193c lid 1 sub f BW heeft overtreden (hoedanigheid handelaar vermelden), alsmede artikel 6:193d jo 6:193e sub c BW (het berekenen van de prijs).

Met betrekking tot de hoedanigheid van Windunie overweegt de ACM dat Windunie zich presenteert als energieleverancier. Voor het aanmeldformulier dient men op de knop 'klanten' te klikken. Op de pagina over de prijs wekt Windunie de indruk dat zij energieleverancier is omdat zij daar stelt 'levering door Windunie'. Referenties aan Greenchoice komen onvoldoende voor en bieden onvoldoende duidelijkheid over de relatie tussen Greenchoice en Windunie. Alleen bij de 'Veelgestelde vragen' is hier informatie over te vinden.

De prijs is, aldus de ACM, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt door Windunie. De daadwerkelijke verbruiksafhankelijke en verbruiksonafhankelijke kosten worden niet genoemd. Weliswaar heeft de consument de mogelijkheid om via de link 'Prijsinformatie' op de pagina door te klikken naar een module voor een kostenberekening op de website voor Greenchoice, maar deze link is onduidelijk en moeilijk te vinden.

331 Sanctiebesluit 27 mei 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/26, randnummer 48-57.

De ACM legt voor deze overtredingen, samen met de overtreding op grond van artikel 6:230m BW, een last onder dwangsom op ter hoogte van € 50.000.

Commentaar. Vergelijkbare overwegingen met betrekking tot de hoedanigheid van de handelaar zijn te vinden in het besluit Gewoon Energie.³³²

In het besluit Energieflex³³³ wordt, net als in het besluit Windunie, de vraag beoordeeld of voldoende informatie wordt verstrekt over de berekening van de prijs met betrekking tot de netbeheerkosten. Met betrekking tot de netbeheerkosten wordt op de website een gemiddelde prijs vermeld, waarbij wordt uitgegaan van de grootste netbeheerder. De netbeheerkosten voor individuele consumenten worden niet getoond. Energieflex biedt op haar website een tool aan om de kosten te berekenen, maar deze toont geen overzicht van door de consument uiteindelijk te betalen kosten. Hiermee overtreedt Energieflex artikel 6:193c lid 2 sub b BW. Zij handelt in strijd heeft gehandeld met de gedragscode waar zij zich aan gecommitteerd heeft.³³⁴

In relatie tot handhaving van artikel 6:193d lid 3 en 4 BW is de conclusie van A-G Wissink bij het arrest Stichting Misrekening/ING interessant. De vraag die centraal staat is in hoeverre van de consument verwacht mag worden dat hij onderzoek doet naar de berekening van de prijs. Wissink merkt in zijn conclusie op dat van de gemiddelde consument verwacht mag worden dat hij soms op zoek gaat naar nadere informatie. Alle omstandigheden van het geval zijn hierbij van belang.³³⁵ Het is conform artikel 6:193d lid 3 en 4 BW dat ook de context wordt meegenomen. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium als ook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen.³³⁶ De context dient meegenomen te worden bij de beantwoording van de vraag of voldoende informatie, in casu de folder, is verstrekt aan de gemiddelde consument. In het geval van ING hadden klanten de informatie ook kunnen opdoen uit andere informatiebronnen dan de folder. De Hoge Raad lijkt hiermee strenger te zijn voor consumenten dan de ACM.

De ACM kiest in de besluiten Windunie, Gewoon Energie en Energieflex voor een last onder dwangsom in plaats van een boete. Naar mijn mening is een last onder dwangsom een passendere sanctie dan een boete voor overtre-

332 Sanctiebesluit 29 juli 2015 ACM/DC/2015/204593. Gezien de grote gelijkenis met het Windunie besluit blijft deze zaak verder onbesproken.

333 Sanctiebesluit 14 september 2015 inzake Energieflex, ACM/DC/2015/204709.

334 Het betreft artikel 1.7 aanhef en onder f van de Gedragscode Consument en Energieleveranciers 2015. In de bepaling is onder meer neergelegd dat de consument voorafgaand aan de leveringsovereenkomst duidelijk wordt gemaakt wat zijn totale verwachte jaarkosten zullen zijn.

335 Conclusie A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314, par. 3.32. Zie in dit kader ook HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178 (*Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl*) en de noot van W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', AA 2015/10, p. 789.

336 Conclusie A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314, par. 3.32.

dingen van normen die vaag zijn zoals op duidelijke, begrijpelijk, ondubbelzinnige wijze informatie verstrekken.

c. *Georganiseerde reises*

(6) Pro-Actief

Casus. Pro-Actief Plus B.V. (Pro-Actief)³³⁷ is een onderneming die producten als Body Distress, voedingssupplementen en crèmes op basis van geitenboter of Arnica verkoopt. Om deze producten te verkopen organiseert Pro-Actief dagtochten met verkoopdemonstraties.³³⁸ Consumenten worden door middel van een persoonlijke brief met folder uitgenodigd. De dagtochten vinden plaats in verschillende (horeca)gelegenheden in Nederland. Tijdens de dagtochten krijgen de deelnemers een broodmaaltijd en een warme maaltijd aangeboden. Het grootste deel van de dag wordt in beslag genomen door de verkoopdemonstraties. Hierbij wordt opgemerkt dat er beperkte beschikbaarheid van de producten is ('op=op'). De exacte prijs van de producten wordt niet genoemd. Aan het einde van de dag kan er nog kort worden gedanst en bingo worden gespeeld.

Besluit en bezwaar. Proactief heeft door het niet noemen van de daadwerkelijke prijs artikel 6:193d lid 2 juncto artikel 6:193e sub c BW overtreden. Deelnemers namen hierdoor een beslissing tot aankoop en werden onder druk gezet als zij zich wilden terugtrekken.³³⁹ De Consumentenautoriteit overweegt dat een uitnodiging tot aankoop de daarin opgesomde essentiële informatie dient te bevatten. De boete bedraagt € 20.000. De Consumentenautoriteit oordeelt dat er sprake is van misleiding omtrent de beschikbaarheid van het product. Op grond van artikel 6:193c lid 1 sub b BW is een handelspraktijk misleidend indien informatie wordt verstrekt

'die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden al dan niet door de presentatie ten aanzien van: (...) b) de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid (...).'

De verkopers gaven aan dat de beschikbaarheid zeer beperkt was (op=op), terwijl in werkelijkheid het aantal producten hoger bleek te liggen. Deze overtreding valt niet onder artikel 6:193g sub g BW waar de nadruk op het tijdselement ligt om een onmiddellijke beslissing af te dwingen. Het gaat hier om een onjuiste voorstelling over de omvang van de voorraad.³⁴⁰ Uit de

337 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/529/101. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.4, nr. 3.

338 Het besluit betreft de onderzoeksperiode van 19 juli tot 1 september 2009.

339 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/529/101, zie randnummer 86.

340 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/529/101, zie overweging 57.

'op=op' en 'weg=weg' slogans kan worden afgeleid dat voormelde mededelingen werden gedaan om de deelnemers onder druk te zetten om zodoende een snelle beslissing over de aankoop van het desbetreffende product af te dwingen. Voor de overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub b BW legt de Consumentenautoriteit een boete van € 10.000 op. Het besluit blijft na de bezwaarprocedure in stand.³⁴¹

Commentaar. Men kan zich afvragen of slogans als op=op en weg=weg ook niet vallen onder gangbare en rechtmatige reclamepraktijken als bedoeld in artikel 6:193b lid 4 BW. In dat geval zou het geen oneerlijke handelspraktijk zijn. Het zal afhankelijk zijn van de omstandigheden waarin dergelijke mededelingen worden gedaan. Maar het lijkt niet zo waarschijnlijk dat de consument werkelijk gelooft dat verkopers op een verkoopdemonstratie te weinig producten bij zich hebben.

(7) R&S Handelsvertretung GmbH

Casus. R&S Handelsvertretung GmbH (R&S) draagt feitelijk zorg, in de door de Consumentenautoriteit onderzochte periode, voor verkoopdemonstraties onder de naam ITC Reislub ten behoeve van Goltex Vertriebs GmbH.³⁴² Tijdens deze demonstraties worden voedingssupplementen, ergotrainers en Energie Smog Protectors van R&S verkocht. Zij organiseert, om deze producten te verkopen, verkoopdemonstraties op afgelegen locaties. Net als in het geschil met Pro-Actief wordt melding gemaakt van een beperkte beschikbaarheid van de producten. Ook wordt de exacte prijs van de te verkopen producten niet genoemd.

Besluit. Net als in het besluit inzake Pro-Actief oordeelt de Consumentenautoriteit dat de artikelen 6:193c lid 1 sub b BW en artikel 6:193d juncto artikel 6:193e sub c BW zijn overtreden. De boetes zijn € 20.000 respectievelijk € 10.000. Op grond van artikel 6:193c lid 1 sub b BW is de oneerlijke handelspraktijk het verstrekken van feitelijke onjuiste informatie die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie ten aanzien van de voornaamste kenmerken van het product, zoals de beschikbaarheid, waardoor de consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Het gebruik van op=op als slogan is dan ook een oneerlijke handelspraktijk met betrekking tot informatie over de beschikbaarheid.

Op grond van artikel 6:193d juncto artikel 193e sub c BW is een misleidende omissie een oneerlijke handelspraktijk. Een misleidende omissie is het om in de uitnodiging tot aankoop niet opnemen van de (juiste) prijs, inclusief belastingen en andere kosten. Het niet of onduidelijk noemen van de prijs is dan ook een oneerlijke handelspraktijk.

³⁴¹ Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/691/41.

³⁴² Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake R&S Handelsvertretung GmbH, CA/NB/529/102.

Bezwaar. In de beslissing op bezwaar matigt de Consumentenautoriteit de boetes.³⁴³ De reden hiervan is gelegen in de beoordeling dat R&S zou bemiddelen tussen de verkopers in relatie tot de verkoopdemonstraties. De rol van R&S zou dan beperkt zijn. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat R&S weliswaar een eigen verantwoordelijkheid heeft, maar dat de boete wel in aanmerking komt voor matiging van 30%.

Beroep. De rechtbank oordeelt in beroep dat de bezwaren van R&S ongegrond zijn.³⁴⁴ In beroep staat de vraag van toerekenbaarheid aan R&S centraal.

(8) Goltex

Casus. Goltex Vertrieb GmbH (Goltex) organiseert verkoopdemonstraties voor consumenten.³⁴⁵ Tijdens deze demonstraties worden voedingssupplementen, ergotrainers en Energy Smog Protectors verkocht. De dagtochten worden omschreven als 'onze gezellige dagtocht', 'lentefeest in de Betuwe', 'uitnodiging voor Tirolse dag' en 'de grote lentetocht 2009'. In de flyers staat vermeld dat er gratis producten en gratis lunches worden verstrekt. Hierbij staat wel een asterisk met een verwijzing naar de tekst 'voor nieuwe clubleden'. In de praktijk dienen de producten en de lunches betaald te worden. Dit was alleen anders als er een (duur) product werd aangeschaft. De prijs voor een dagtocht bedraagt € 1,90 p.p.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat sprake is van een misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6:193g sub t BW (aanbieden gratis product). Het betreft de gratis lunch en bepaalde gratis producten die zouden worden aangeboden. Goltex merkt echter op dat er bij 'gratis' een asterisk staat. Deze asterisk verwijst naar de tekst dat de lunch alleen voor leden is. Dit lidmaatschap blijkt echter in het geheel niet te bestaan, althans geen inhoud te hebben. De Consumentenautoriteit oordeelt dat er gebruik is gemaakt van een wervingspraktijk met gratis producten die niet gratis blijken te zijn. Er dienen 'onvermijdelijke' kosten, namelijk kosten voor het kopen van een ander product, te worden gemaakt om het gratis product te verkrijgen. Bovendien worden de voorwaarden om lid te worden niet verduidelijkt en evenmin is er een inhoudelijk clublidmaatschap. Voor de overtreding van artikel 6:193g lid 1 sub t BW legt de Consumentenautoriteit een boete op van € 100.000.

Met betrekking tot de omschrijving van de dagtochten oordeelt de Consumentenautoriteit dat de indruk wordt gewekt dat het gaat om een dagje uit of een toeristische excursie. In werkelijkheid kent de dag een hoofdactiviteit die bestaat uit verkoopdemonstraties. Dit wordt echter niet vermeld, althans

343 Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake R&S Handelsvertretung GmbH, CA/NB/692/32.

344 Rb. Rotterdam 30 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2590.

345 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Goltex Vertriebs GmbH, CA/NB/529/100. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.4, nr. 2.

zeer cryptisch.³⁴⁶ Het betreft een handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c lid 1 sub c BW (motieven handelaar/handelspraktijk).

In het kader van misleiding met betrekking tot de prijs, ex artikel 6:193c lid 1 sub d BW merkt de Consumentenautoriteit op dat de dagtocht normaal € 19,90 per persoon zou zijn, maar in dit geval slechts € 1,90. De formulering van de uitnodigingen wekt de indruk dat de geadresseerde speciaal is geselecteerd en dat die selectie betekent dat aan hem/haar een fikse korting op de prijs wordt gegeven. Hiertoe zou de consument eerder worden bewogen zich aan te melden voor een dergelijke dagtocht. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Goltex artikel 6:193c lid 1 sub c en d BW heeft overtreden. De boete bedraagt € 100.000.

Na de bezwaarprocedure blijven de boetes ongewijzigd in stand.³⁴⁷

Beroep. Het oordeel over de overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub d BW (misleidende handelspraktijk ten aanzien van de prijs) houdt in beroep geen stand.³⁴⁸ Het persoonlijk aanbieden van voordeel maakt niet dat de aangeboden korting misleidend is, aldus de rechtbank Rotterdam. De rechtbank acht, gezien de motieven van Goltex, het persoonlijk aanbieden van specifiek prijsvoordeel mogelijk wel misleidend, maar hiervoor heeft zij reeds een boete gehad. Er is echter geen sprake van een overtreding op grond van artikel 6:193c lid 1 sub d BW.³⁴⁹ De boete wordt met € 25.000 verlaagd.

Hoger beroep. Het besluit blijft na hoger beroep van Goltex in stand.³⁵⁰ De ACM is echter ook in beroep gegaan tegen de vernietiging van de boete op grond van artikel 6:193c lid 1 sub d BW. Het CBb oordeelt dat sprake is van misleiding ten aanzien van de prijs, dan wel ten aanzien van een specifiek prijsvoordeel. Aan alle deelnemers is de dagtocht aangeboden voor de prijs van € 1,90. Het beroep van de ACM is dan ook gegrond. De boete wordt daarom weer verhoogd met € 25.000.

Goltex doet nog een beroep op het feit dat zij haar activiteiten op de Duitse markt ook uitvoert en dat de Duitse autoriteiten Goltex al meerdere malen hebben gecontroleerd. Het CBb overweegt echter dat de boetes redelijk zijn. De drie boetes van elk € 100.000 worden met in totaal € 2.500 verlaagd wegens overschrijding van de redelijke termijn.

Commentaar. Uit het verschil van inzicht tussen de rechtbank en het CBb over wat nu een specifiek prijsvoordeel is, kan worden afgeleid dat dit begrip niet eenduidig is. Goltex biedt de korting aan een ieder aan. Is daarmee sprake van misleiding? Is dit niet ook een onderdeel van gangbare reclamepraktijken? De

346 Het enige waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het niet om een dagtocht gaat maar om verkoopdemonstraties is de zin "Reizen-introductie en promotie van nieuwigheden". De Consumentenautoriteit acht dit te cryptisch om uit af te kunnen leiden dat het een verkoopdemonstratie is.

347 Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Goltex, CA/NB/694/41.

348 Rb. Rotterdam 25 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0879.

349 Rb. Rotterdam 25 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0879, zie r.o. 22.

350 CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

verschillende beoordeling toont wederom aan dat de grens tussen een gangbare handelspraktijk en een misleidende handelspraktijk dun kan zijn.

d. Banners, tv-reclames en internetboekingen

(9) Fotosessie

Casus. Fotosessie biedt fotoshoots aan en richt zich daarbij met name op jongvolwassenen. Fotosessie benadert consumenten zelf via internet met de mededeling dat zij geselecteerd zijn voor een fotoshoot of consumenten kunnen Fotosessie zelf benaderen waarna Fotosessie eenzelfde selectiebericht verzendt.³⁵¹ De fotoshoot wordt aangeboden voor €125 in plaats van de gestelde normale prijs van €450.

Besluit. De Consumentenautoriteit overweegt dat de door Fotosessie gebruikte uitdrukkingen en formuleringen op haar website en in haar individuele aan consumenten gerichte e-mails, webberichten en correspondentie, oneerlijke handelspraktijken zijn. Deze wekken de indruk dat de consument is geselecteerd als model en dat Fotosessie een rol van betekenis zou kunnen spelen voor de consument die een carrière als model ambieert. Het betreft hier misleidende handelspraktijken als bedoeld in artikel 6:193c lid 1 sub b BW (voornaamste kenmerken van product). Fotosessie is geen modellenbureau en selecteert ook geen talenten. Dat dit in de algemene voorwaarden is vermeld doet niet terzake, omdat de algemene voorwaarden pas worden ontvangen nadat de overeenkomst tot stand is gekomen en die dan ook te laat ter hand gesteld zouden zijn. Daarnaast is de tekst zo omvangrijk dat dit niet gelezen zal worden. De boete bedraagt €50.000.

Voorts oordeelt de Consumentenautoriteit dat het niet meedelen van de mogelijkheid tot ontbinding een misleidende omissie is ex artikel 6:193d juncto artikel 6:193f sub b juncto artikel 7:46c lid 1 (oud) BW. De boete bedraagt €50.000.

Fotosessie heeft eveneens in strijd gehandeld met artikel 193g sub g BW door bedrieglijk te beweren dat het product slechts onder speciale voorwaarden gedurende zeer beperkte tijd beschikbaar zou zijn (zwarte lijst). De bevestigingsmail waarin de consument werd aangespoord om binnen drie dagen de afspraak te bevestigen, heeft de consument ervan kunnen weerhouden om binnen de bedenktijd de fotoshoot te annuleren. De boete bedraagt €50.000. Overigens wordt de boete gezien de financiële situatie van Fotosessie gematigd.

Bezwaar. In bezwaar wordt, na advies van de Bezwaarschriften Adviescommissie (BAC), het besluit met betrekking tot de boete voor de overtreding van artikel 6:193g sub g BW herroepen omdat geen overtreding is komen vast te staan.³⁵² De BAC merkt op dat Fotosessie op de website had staan dat de actie slechts

351 Sanctiebesluit 14 januari 2010 inzake Fotosessie.com, CA/NCB/437/28. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 6 en 4.5.3.4, nr. 4.

352 Besluit op bezwaar 17 februari 2011 inzake Fotosessie, CA/NCB/437/86.

139 dagen geldig is.³⁵³ In artikel 6:193g sub g BW wordt de term 'zeer beperkte tijd' gebruikt. Het aantal van 139 dagen kan niet worden aangemerkt als een 'zeer beperkte tijd'. Evenmin valt de bevestigingsmail met de drie dagen bedenktijd waarna de korting zou vervallen onder artikel 6:193g sub g, BW. Het aanmoedigen van een bepaalde handeling bij het aangaan van de overeenkomst onder de voorwaarde dat de korting zal vervallen is op zich geen oneerlijke handelspraktijk. Dit geldt te meer daar de overeenkomst reeds tot stand is gekomen.

Beroep. De rechtbank bekrachtigt de overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub b BW en de boete blijft gehandhaafd. Ten onrechte is de verwachting gewekt dat een loopbaan als model in het verschiet ligt. De dienstverlening van Fotosessie was hier echter niet op gericht. Fotosessie heeft geen beroep aangetekend tegen de overtreding van artikel 6:193d juncto 6:193f lid 1 sub b BW.

(10) Celldorado

Casus. Artiq Mobile B.V. (Celldorado is een handelsnaam van Artiq, hierna: 'Celldorado')³⁵⁴ is een onderneming die reclame maakt voor het afsluiten van contracten voor sms-diensten via internet (celldorado.com): 'IQtest', 'IQtest Facebook', 'Brainage', 'Lovetest' en 'Datameter' en via televisie: 'Relatietest', 'Bierglas', 'Ware liefde Friendfinder' en 'Beest in bed'. In de beoordeling maakt de Consumentenautoriteit een onderscheid tussen de internet- en de televisie-reclames.

De reclames via internet verlopen via een banner. Als de consument op de banner klikt, komt hij op de zogenaamde landingspagina. De consument kan op deze landingspagina een test invullen. Aan het einde van de test kan de consument zijn mobiele nummer invullen en op de button 'ga verder' klikken. Als de consument dat doet dan verschijnt de tekst in beeld 'wij hebben je nummer ontvangen! Sms nu OK naar [shortcode] om jouw [naam van de test] – test te ontvangen'. De consument ontvangt tevens een sms met een ontvangstbevestiging. In deze sms staat:

'Antwoord OK naar [shortcode]. Info [telefoonnummer]. Stoppen: stop naar [shortcode]. Abonnementdienst [prijs] E/wk". Op de landingspagina staat in een klein lettertype de tekst: "Speel de leukste games. Dit is een betaalde abonnementdienst, € [prijs], max 3 items per week. Afmelden? Sms STOP naar [shortcode].'

Daaronder staat in kleinere letters een tekst met dezelfde strekking evenals een verwijzing naar de algemene voorwaarden, de mededeling dat Celldorado werkt volgens de Nederlandse Code of Conduct voor SMS-diensten en het adres van Celldorado.

353 Advies BAC 27 augustus 2010 inzake Fotosessie.com B.V., CA/NCB/437/85.

354 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 8, 4.5.2.4, nr. 7 en 4.5.3.2, nr. 1.

De consument wordt in de tv-reclame uitgenodigd om een sms-bericht te sturen met een keyword aan de shortcode. Onder in het beeld is een zwarte balk zichtbaar waar in kleine witte letters nadere informatie wordt gegeven. Onder meer valt te lezen dat het een abonnementsdienst betreft, hoe afgemeld dient te worden en wat de kosten zijn.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt in haar besluit dat Celldorado met de internetuitingen sms-abonnementsdiensten beoogt te verkopen. De reclameuitingen prijzen een test aan waarvan de consument de uitslag wil weten. De informatie dat het gaat om een abonnementsdienst is niet expliciet genoeg, aldus de Consumentenautoriteit, en is dan ook in strijd met artikel 6:193c lid 1 sub a BW (informatie omtrent de aard van het product). De boete voor de overtredingen bedraagt €275.000 (inclusief verhoging van €25.000).

Ook oordeelt de Consumentenautoriteit dat Celldorado artikel 6:193c lid 1 sub f BW (voeren van erkenningen, prijzen, bekroningen, etc.) heeft overtreden door zich van een 'certified' logo op de website te bedienen. Omdat de schade beperkt is wordt hiervoor geen boete opgelegd.

Voorts heeft Celldorado op haar website aangegeven gebonden te zijn aan de SMS-gedragscode en de daarvan deel uitmakende SMS-Reclamecode (artikel 6:193c lid 2 sub b BW). De Consumentenautoriteit oordeelt dat er vijf punten van deze code zijn overtreden. Door de Consumentenautoriteit wordt een boete van €165.000 opgelegd (inclusief €15.000 verhoging).

Het niet-meedelen van het vereiste dat de consument moet beschikken over van een geschikt telefoontoestel acht de Consumentenautoriteit een misleidende omissie in de zin van artikel 6:193d juncto 6:193e sub a, BW. Het weglaten of verborgen houden van de prijs, identiteit, BTW-nummer, KvK-nummer en contactgegevens zijn eveneens misleidende omissies ex artikel 6:193d juncto artikel 6:193e onder b en c en artikel 6:193f sub a en b, BW. Hiervoor wordt een boete opgelegd van €220.000 voor de internetreclames (dit is inclusief een verhoging van €20.000 op de maximale boete). Voor de tv-reclames wordt een boete opgelegd van €275.000 (inclusief €25.000 verhoging).

Het onjuist omschrijven dat het eerste item gratis is bij de Date-meter, betreft een overtreding van de zwarte lijst ex artikel 6:193g, aanhef en onder t, BW. De Consumentenautoriteit legt hiervoor een boete van €50.000 op.

De boetes zijn verhoogd omdat Celldorado een partij is die al enige tijd op de markt actief is en zich bewust is van de problemen die spelen rondom het aanbod van sms-diensten en de ophef daarover in alle media.

Bezwaar. Na de bezwaarprocedure blijft het besluit ten aanzien van de onderhavige punten in stand.³⁵⁵

Beroep. In beroep oordeelt de rechtbank met betrekking tot overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub a BW in relatie tot de internetuitingen anders dan de Consumentenautoriteit.³⁵⁶ Celldorado voert aan dat de informatie, dat het

355 Besluit op bezwaar 3 maart 2011 inzake Celldorado, CA/NB/510/87.

356 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358.

een abonnementsdienst betreft, wel is opgenomen op de website. De consument dient (in sommige gevallen) echter op de landingspagina naar beneden te scrollen. De rechtbank is van oordeel dat de Consumentenautoriteit in haar besluit onvoldoende heeft onderbouwd dat het misleidende informatie over het werkelijke aanbod betreft. De gemiddelde consument kan, aldus de rechtbank, voorzien dat het gaat om een betaalde abonnementsdienst. Op de landingspagina is de benodigde informatie te vinden en scrollen is daarbij een gebruikelijke handeling op het internet. De internetuitingen bieden de gemiddelde consument voldoende tijd en gelegenheid om de informatie te bekijken. Kortom, er is geen sprake van een overtreding.³⁵⁷

Met betrekking tot overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW (vermelding gebonden te zijn aan Gedragscode) oordeelt de rechtbank in lijn met de Consumentenautoriteit, met uitzondering van één overtreding uit de gedragscode omtrent de identificatiegegevens. De landingspagina's zijn wel transparant genoeg en scrollen behoort tot de normale internethandelingen. De boete van € 150.000 wordt door de rechtbank gematigd, omdat één van de vijf gedragingen naar het oordeel van de rechtbank geen overtreding is. Daarnaast is er sprake van samenloop met artikel 6:193g sub t BW (het gebruik van het woord gratis, hetgeen ook is verboden in de gedragscode). De boete wordt gematigd tot € 100.000.

Het besluit met betrekking tot de vaststelling van de overtreding ex artikel 6:193g sub t BW wordt door de rechtbank in stand gelaten.

De overtreding ex artikelen 6:193e sub a, b, en c en artikel 6:193f sub a en b BW als geconstateerd in het besluit blijven in stand. Dit geldt zowel voor de internetuitingen als de tv-uitingen.

Het besluit omtrent het niet in acht nemen van de vereiste professionele toewijding blijft eveneens na beroep in stand. De boete wordt gematigd tot € 25.000 in verband met samenloop met artikel 6:193d juncto 6:193e sub a BW. In het kader van de verwijtbaarheid van de overtreding van het vereiste van de professionele toewijding stelt Celldorado dat zij van mening is dat zij de Wet oneerlijke handelspraktijken heeft nageleefd, omdat zij in overeenstemming handelde met de SMS-Gedragscode en de SMS-Reclamecode. De rechtbank oordeelt dat de naleving van de codes een partij niet vrijwaart van schending van haar verplichtingen volgens de Whc. Deze codes zijn opgesteld in het kader van zelfregulering waarbij de branche zelf verantwoordelijkheid neemt. In het algemeen leidt naleving van deze codes niet tot de conclusie dat daarmee per definitie is voldaan aan overige verplichtingen die op een partij rusten. Overigens heeft Celldorado ook niet aangegeven voor welke overtredingen dit verweer zou gelden.

Met betrekking tot de verhogingen van de maximale boetes oordeelt de rechtbank in beroep dat de reden waarom deze verhogingen zijn opgelegd niet terecht is. De Consumentenautoriteit heeft, ten onrechte, deze verhogingen opgelegd omdat Celldorado een voortrekkersrol zou hebben en bewust de grenzen zou hebben opgezocht. De rechtbank concludeert dat deze verhogingen ten onrechte zijn.

357 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358, zie r.o. 7.4 en 7.5.

Hoger beroep. Het CBb oordeelt met betrekking tot de overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub a BW (internet) dat Celldorado is afgeweken van de SMS-Reclamecode.³⁵⁸ De informatie is zo gepresenteerd dat die van ondergeschikt belang lijkt. In de SMS-Reclamecode zijn bepaalde eisen gesteld aan kleurcodes en afmetingen. Het CBb ziet geen aanleiding voor een ander oordeel dan de door de ACM in eerste instantie opgelegde boete van € 250.000.

Met betrekking tot artikel 6:193c lid 2 sub b BW (internet), het niet nakomen van de gedragscode, overweegt het CBb dat voor de vraag of het niet-nakomen van de gedragscode automatische en misleidende handeling is er sprake moet zijn van een besluit over een transactie die de consument anders niet had genomen.³⁵⁹ De ACM heeft, aldus het CBb, aangenomen dat de consument mogelijk geen abonnement zou afsluiten bij een sms-dienstaanbieder die de SMS-Gedragscode niet toepast. Deze onderbouwing is onjuist. Alle omstandigheden van het geval dienen te worden aangenomen bij de vraag of de consument een andere aankoopbeslissing zou hebben genomen. Het rapport van de ACM biedt onvoldoende aanknopingspunten om te oordelen dat artikel 6:193c lid 2 sub b BW (internet) is overtreden.

Het besluit met de constatering dat artikel 6:193d BW in verbinding met 193e sub a, b en c BW en artikel 6:193f sub a en b BW, voornaamste kenmerken product (internet), is overtreden, blijft in stand. Wel overweegt het CBb dat een causaal verband tussen het ontbreken van de essentiële informatie en het door de consument te nemen besluit over een overeenkomst, aanwezig dient te zijn. Gezien het feit dat de dienst niet werkt wanneer men niet over het juiste medium beschikt, wordt dit causaal verband aanwezig geacht. Omdat het KvK-nummer en het BTW-nummer wel op de landingspagina te vinden waren wordt de boete gematigd tot € 150.000.

Het besluit dat Celldorado artikel 6:193d lid 1, 2 en 3 en 6:193e sub a, b en c en artikel 6:193f sub b BW (televisie) heeft overtreden, blijft in stand. Het betreft een uitnodiging tot aankoop waarin onvoldoende informatie is verstrekt. Zo is niet meegedeeld dat de consument een bepaald toestel dient te hebben en dat bij bijvoorbeeld de 'FriendFinder' de vriend ook toestemming dient te geven om zijn locatiegegevens beschikbaar te stellen. Wel matigt het CBb de boete tot € 150.000 omdat voldoende is vast komen te staan dat de consument wist dat hij een abonnement afsloot.

Commentaar. Celldorado stelt dat er een spanning bestaat tussen de normen van de Wet oneerlijke handelspraktijken en het legaliteitsbeginsel (artikel 7 EVRM). Het betreft de kenbaarheid van de norm die wordt overtreden. Of de norm voldoende kenbaar is of niet voor de betrokken partijen wordt, aldus Pavillon, niet systematisch getoetst.³⁶⁰ Zoals hierboven beschreven oordeelt de Consumentenautoriteit dat van consumenten niet verwacht mag worden dat er gescrolld moet worden en acht de rechtbank scrollen gebruikelijk bij

358 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.

359 Het CBb onderbouwt deze visie met het arrest van het HvJ EU 19 december 2013, C-281/12, ECLI:EU:2013:C:859 (*Trento Sviluppo*), punt 33.

360 Pavillon 2013, p. 67.

internethandelingen. Het CBb vindt een antwoord op deze vraag in de SMS-Gedragscode. Het was voor Celdorado echter niet duidelijk of zij nu wel of niet voldeed aan de norm van artikel 6:193c lid 1 sub a BW. Opmerkelijk is dat de BAC opmerkt dat op voorhand niet altijd met zekerheid kan worden bepaald wat 'duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige' presentatie van informatie is.³⁶¹

Het vereiste van professionele toewijding uit artikel 6:193b lid 2 BW wordt ingevuld met de Gedragscode waaraan de ondernemer zich heeft verbonden. Deze codes vrijwaren de ondernemer echter niet van de op hem rustende wettelijke verplichtingen.³⁶² Hiermee is het niet voldoen aan dit criterium dus slechts gedeeltelijk te voorzien. Het oordeel van het CBb maakt de gedragscodes tot een minimumstandaard.³⁶³ Opvallend is dat door het CBb met betrekking tot de overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW een sterke koppeling wordt gemaakt met het vereiste dat de consument een andere keuze had gemaakt als hij geweten had dat de aanbieder de gedragsregels overtrad. Hierbij dienen alle omstandigheden te worden meegewogen. De ACM heeft het verband tussen het niet-naleven van de gedragscode en het besluit van de consument over het sluiten van een overeenkomst, volgens het CBb, te snel aangenomen.

Opmerkelijk is verder dat het CBb oordeelt dat, in relatie tot de televisiereclames, het voor de consument duidelijk is dat er een abonnement wordt afgesloten, maar dat er onvoldoende informatie is verstrekt omtrent de inhoud van het abonnement. Als tot uitgangspunt wordt genomen dat de consument op de hoogte is van het feit dat een abonnement wordt afgesloten, dan mag ook wel een bepaalde inspanning van de consument worden verwacht om te onderzoeken wat de inhoud van het abonnement is, lijkt mij.³⁶⁴ A-G Wissink merkt in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad inzake Stichting Misrekening/ING op dat een reclameboodschap die is aan te merken als uitnodiging tot aankoop, niet steeds zelf alle essentiële informatie moet bevatten. Ook in het arrest *Ving Sverige* van het Hof van Justitie EU, waarop A-G Wissink zich baseert, wordt dit onderschreven.³⁶⁵ Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen in aanmerking genomen.³⁶⁶ Daarbij mag verdisconteerd worden dat de gemiddelde consument soms op zoek moet gaan naar nadere informatie.³⁶⁷

361 Advies BAC 7 december 2010 inzake Celdorado, CA/NB/510/86, randnummer 5.61. Zie ook Pavillon 2013, p. 68.

362 Rb. Rotterdam 19 april, 2012, ECLI:RBROT:2012:BW3358, r.o. 23.3.

363 Pavillon 2013, p. 67.

364 Zie in dit kader ook HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1191 en meer in het bijzonder de conclusie van de A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314.

365 HvJ EU 12 mei 2011, C-122/10, ECLI:EU:C:2011:299 (*Ving Sverige*).

366 Conclusie A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314, nr. 3.32.

367 Ibid.

Civiele rechter. Deze boete, opgelegd door de ACM, heeft gevolgen voor internet- en telefoonproviders. De rechtbank Middelburg, sector kanton, oordeelt in een geschil omtrent de kosten voor sms-diensten van Celldorado, dat Telfort, als provider via welke weg consumenten de sms-diensten ontvingen, wellicht niet verantwoordelijk is voor de misleiding op grote schaal, maar zich wel laat gebruiken om de gelden voor Celldorado te innen.³⁶⁸ Bij de overwegingen speelt mee dat de Consumentenautoriteit inmiddels een boete heeft uitgedeeld aan Celldorado. Evenmin is aangetoond dat de abonnee zich heeft aangemeld voor deze diensten. De vordering tot betaling van de facturen die zien op het gebruik van de sms-diensten van Celldorado worden in deze civiele zaak afgewezen.

(11) Ryanair

Casus. Ryanair biedt vliegtickets aan.³⁶⁹ In Nederland doet zij dat via haar Nederlandse website in de Nederlandse taal. Op deze website wordt ook een telefoonnummer van de klantenservice genoemd. Als men van deze klantenservice gebruik wenst te maken, dan wordt men slechts in de Engelse taal te woord gestaan.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Ryanair een misleidende handelspraktijk voert door bellers met de klantenservice slechts in het Engels te woord te staan. Weliswaar blijkt uit het contactformulier dat rechtstreekse communicatie met Ryanair in het Engels plaatsvindt, maar de Consumentenautoriteit oordeelt dat de Nederlandstalige website met boekingsmogelijkheden in het Nederlands, wel degelijk de belofte inhoudt dat dienstverlening in het Nederlands beschikbaar is. De aftersales is een onlosmakelijk onderdeel van de vliegreizen die Ryanair biedt. Ryanair heeft hiermee de misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in artikel 6:193g sub h BW. Het besluit blijft na de bezwaarprocedure van Ryanair in stand.³⁷⁰

Beroep. Ryanair voert aan dat pas sprake is van een overtreding als de *after sales*-dienstverlening in het Nederlands is beloofd, expliciet is toegezegd of is verzekerd. Dit volgt uit de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken. Van een dergelijke belofte is geen sprake. De enkele omstandigheid dat de consument aan het gebruik van de Nederlandse taal op de website van Ryanair mogelijk de verwachting aan ontleent dat hij ook in zijn eigen taal met eiseres zou kunnen communiceren, levert niet een dergelijke belofte op. Ryanair voert voorts aan dat de ACM niet tot het oordeel kan komen dat artikel 6:193g, aanhef en onder h, BW is overtreden, omdat geen sprake zou zijn van bedrog. Er is dan ook geen sprake van een misleidende handelspraktijk op grond van artikel 6 Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken.

368 Rb. Middelburg, sector kanton, 22 februari 2012, ECLI:NL:RB MID:2012:BY6918.

369 Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 7, 4.5.2.3, nr. 1, 4.5.2.6, nr. 1 en 4.5.3.4, nr. 5.

370 Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/27.

Naar het oordeel van de rechtbank maakt de omstandigheid dat het gaat om een Nederlandstalige website, waarop ook kan worden geklikt op ‘contact opnemen met de klantenservice’ dat sprake is van ‘beloven’ van de dienst klantenservice. Deze klantenservice is echter Engelstalig en daarmee staat vast dat artikel 6:193g, aanhef en onder h, BW is overtreden.³⁷¹

Hoger beroep. Het CbB bevestigt in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank.³⁷² Het CbB overweegt dat handelspraktijken die in de bijlage bij de richtlijn zijn genoemd onder alle omstandigheden misleidend zijn. Ruimte voor een aanvullende toetsing of sprake van bedrog is bestaat niet meer.

Commentaar. Het gaat hier om de uitleg van ‘beloven’. Naar mijn mening is de stelling van Ryanair, dat de Nederlandstalige website nog geen belofte inhoudt tot een Nederlandstalige klantenservice, verdedigbaar.

Daarnaast is de opmerking van Ryanair omtrent het bedrog interessant. Het woord ‘bedrog’ komt niet voor in artikel 6:193c BW maar is afkomstig uit artikel 6 van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken. In de parlementaire geschiedenis wordt wel bedriegen genoemd in relatie tot artikel 6:193c BW. Artikel 6:193c BW geeft de algemene definitie van misleidende handelspraktijken. Onder invloed van de in sub a tot en met g genoemde omstandigheden neemt de consument een beslissing die hij anders niet had genomen. Artikel 6:193g BW betreft omstandigheden die onder alle omstandigheden misleidend zijn, zo ook het niet duidelijk communiceren dat er een klantenservice in een andere taal wordt aangeboden. Het criterium dat de consument een andere beslissing neemt die hij anders niet had genomen is geen criterium dat volgt uit de zwarte lijst. Ik vraag mij af hoeveel consumenten zich, met de wetenschap dat de klantenservice in het Engels is, hebben laten tegenhouden en een andere vliegmaatschappij zouden hebben gekozen. Consumenten zullen zich veelal laten leiden door de (goedkoopste) prijs. De richtlijn en daarmee ook de Nederlandse wetgeving is op dit punt wel erg streng. Zeker gezien de oplossing die Ryanair heeft bewerkstelligd om de overtreding te beëindigen. Ryanair heeft naar aanleiding van dit besluit op de website de opmerking opgenomen dat de klantenservice in het Engels is. Deze opmerking is pas te zien als men doorklikt naar het klachten/contactformulier. Een klacht ontstaat veelal pas na boeking. Is een consument geholpen met de opmerking dat de klantenservice in het Engels is?

(12) Corendon

Casus. Corendon biedt op haar website ondermeer pakketreizen aan en losse vliegtickets. Bijkomende kosten werden onderaan in de zogenaamde *footer* van de webpagina vermeld. De ACM heeft de website van Corendon in de periode van 20 augustus tot en met 9 februari 2016 onderzocht en getoetst aan artikel 6:193d juncto 6:193e lid 1 sub c BW.

371 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868, r.o. 6.3.4.

372 CbB 15 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:103.

Besluit. ACM concludeert dat Corendon in strijd heeft gehandeld met artikel 6:193d juncto 6:193e lid 1 sub c BW.³⁷³ Corendon heeft op haar website niet steeds de definitieve prijs voor haar pakketreizen vermeld. Bij de vermelde prijs kwamen nog bijkomende kosten. Voor pakketreizen waren dit € 25 aan boekingskosten en € 2,50 aan kosten voor het Calamiteitenfonds. Voor deze dienst had de consument dus vanaf het begin geen volledig beeld van de prijs. Ten onrechte heeft Corendon gedurende het grootste deel van de pleegperiode volstaan met het onopvallend vermelden van deze kosten onderaan de pagina's in de *footer* in het wit in een rood vlak helemaal onderaan verstopt onder (onder meer) de informatie over de Kamer van Koophandel dan wel net boven de *footer*. De consument diende hiervoor ver naar beneden te *scrollen*. Pas op het moment dat de consument de geselecteerde pakketreis wilde boeken, kwamen de bijkomende kosten bovenop de prijs die de consument tot dat moment had gezien. Voor de vastgestelde overtredingen legt ACM boetes op met een totaal van € 200.000.

(13) Financial Media en Huurbegeleiding

Casus. Huurbegeleiding en Financial Media zijn eigenaren van verschillende websites waarop huurwoningen worden aangeboden.³⁷⁴ Consumenten kunnen tegen betaling zich laten registreren op die websites. Na registratie worden de consumenten telefonisch benaderd voor – onder meer – het ondertekenen van een akte van cessie. De strekking van de akte is dat de consument de loonvordering op zijn werkgever zowel cedeert aan Huurbegeleiding voor het incasseren van haar honorarium als aan toekomstige verhuurders in het geval van achterstallige huurpenningen. Volgens uitspraken van meerdere kantonrechters is deze akte van cessie niet rechtsgeldig. Desondanks hield Huurbegeleiding consumenten voor dat zij met het ondertekenen van die akte sneller in aanmerking zouden komen voor een huurwoning.

Financial Media incasseert zonder machtiging automatisch kosten bij consumenten en verlengt de abonnementen zonder dat hierover wordt geïnformeerd.

De ACM heeft onderzoek gedaan naar de vraag of Huurbegeleiding en Financial Media zich houden aan de wettelijke bepalingen met betrekking tot de oneerlijke handelspraktijken.

Besluit en bezwaar. Huurbegeleiding en Financial Media hebben via websites en telefonische aanbieden van dienstverlening en een akte van cessie, zonder dat daarbij op duidelijk wijze informatie is verstrekt over de voornaamste kenmerken, de prijs, de wijze van betaling en het herroepingsrecht van de overeenkomst aan de consument oneerlijke handelspraktijken gehanteerd in de zin van artikel 6:193d BW (misleidende omissies). De ACM acht de informatie over de wijze van betaling van de prijs, het via de inkomensverstrekker van

³⁷³ Sanctiebesluit 16 juni 2016 inzake Corendon, ACM/DJZ/2016/203244_OV.

³⁷⁴ Sanctiebesluit 26 mei 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/202336_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 10 en 4.5.3.2, nr. 5.

de consument incasseren van een aan een dienstverlener verschuldigde bedragen, niet gangbaar in de marktpraktijk van telefonische verkoop. Als hierover niet tijdig, duidelijk begrijpelijk en ondubbelzinnig over wordt geïnformeerd is sprake van een misleidende handelspraktijk. Huurbegeleiding en Financial Media hebben onvoldoende duidelijk dat de loonvordering werd gecedeerd.

Ook met betrekking tot de stilzwijgende verlenging van de overeenkomst is de consument onvoldoende geïnformeerd. Op de website wordt de informatie over de maandelijkse kosten en de stilzwijgende verlenging van het contract niet eerder kenbaar gemaakt dan onder de link 'voorwaarden' op de pagina waarop de consument zijn gegevens kan invullen om in contact te komen met de verhuurder. Daarnaast staat op de registratiepagina de zin 'De maandbijdrage is slechts €19,95 waarvoor u een maand lang onbeperkt kan reageren.' Hieruit blijkt onvoldoende dat er sprake is van stilzwijgende verlenging na de eerste maand.

De consument is eveneens onjuist geïnformeerd over het herroepingsrecht. Huurbegeleiding hanteert wel het herroepingsrecht. Zij heeft alleen de voorwaarden, de termijn en de modaliteiten voor de uitoefening van het herroepingsrecht op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel te laat verstrekt. Financial Media heeft in de voorwaarden het herroepingsrecht uitgesloten.

De ACM legt huurbegeleiding een boete op van €300.000 over overtreding van art. 6:193d BW en Financial Media €200.000. Het verschil zit in de duur van de periode van de overtreding. In bezwaar blijft het besluit in stand.³⁷⁵

(14) T.O.M.

Casus. T.O.M. B.V. verkoopt verschillende producten, zoals fietsen, sportartikelen, kleding en speelgoed, via diverse verkoopkanalen, waaronder ook webwinkels. Consumenten die hun online bestelling retour hadden gezonden en contact opnamen om te vragen waar hun geld bleef, kregen te horen dat zij hun retourzending niet conform de retourprocedure hadden aangeboden.³⁷⁶ Zo hadden bijvoorbeeld consumenten hun IBAN nummer niet doorgegeven. In deze gevallen betaalde T.O.M. het geld niet terug, maar kregen de consumenten een waardebon. Ook betaalde T.O.M. in verschillende gevallen niet de leveringskosten terug.

Besluit en bezwaar. De ACM beoordeelt de vraag of T.O.M. consumenten geen misleidende informatie heeft verstrekt over het recht op ontbinding bij overeenkomsten op afstand en zij die de overeenkomst hebben ontbonden, heeft terugbetaald. De ACM overweegt dat het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand van groot belang is omdat dit recht de informatieachterstand die de consument heeft ten opzichte van koop in een fysieke winkel, compen-

³⁷⁵ Besluit op bezwaar 6 december 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/207273_OV.

³⁷⁶ Sanctiebesluit 9 juni 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/403307_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 11 en par. 4.5.3.2, nr. 6.

seert. T.O.M. heeft via de websites en de standaard e-mails structureel onjuiste en/of misleidende informatie omtrent het recht van ontbinding en de daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting verstrekt. Op de website wekte T.O.M. ten onrechte de indruk dat de consument zijn IBAN nummer moet vermelden wil hij recht hebben op terugbetaling door T.O.M. In het geval dat een consument rechtsgeldig had ontbonden, deed T.O.M. niets vanwege het ontbreken van het IBAN nummer. Een consument die niets hoort van T.O.M. zal, aldus de ACM, ten onrechte eerder geneigd zijn de misleidende en/of onjuiste informatie als juist te aanvaarden.

T.O.M. betaalde consumenten die wel klaagden terug in de vorm van een waardebon. Consumenten zijn hiermee beknot in hun rechten omdat zij niet met hetzelfde betaalmiddel zijn terugbetaald. Evenmin heeft T.O.M. de leveringskosten terugbetaald. Consumenten hebben een onjuist beeld van hun rechten gekregen door toedoen van T.O.M. De ACM legt T.O.M. een basisboete op van €200.000. Gezien de hoogte van de boete en de samenhang tussen geconstateerde overtredingen wordt de boete gematigd tot €160.000. In bezwaar blijft het besluit in stand.³⁷⁷

d. Promotionele actie

(15) Garant-o-Matic

Casus. Garant-o-Matic is een postorderbedrijf dat via promotionele acties haar catalogi onder de aandacht brengt.³⁷⁸ Garant-o-Matic heeft mailings aan (potentiële) consumenten, met name ouderen, verstuurd waarin staat dat de consument binnen zeven dagen moet reageren om in aanmerking te komen om één van de opgesomde elektronische producten, te weten een iPod, Sony LCD, luxe Nokia, Canon fotocamera en vele cd-spelers, te ontvangen. De consument dient hiervoor de verzendkosten ad €19,99 over te maken. Onder de consumenten die binnen twee dagen reageerden werden de iPod, Sony LCD, Nokia en Canon verloot. Consumenten die reageerden binnen de promotieperiode ontvingen de cd-speler. Garant-o-Matic is aangesloten bij de Gedragscode Promotionele Kansspelen.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat van een misleidende ommissie aanwezig is in de zin van artikel 6:193d lid 2 juncto artikel 6:193e sub a BW (ontbreken voornaamste kenmerken in uitnodiging aankoop). De brief doet voorkomen alsof de consument binnen zeven dagen moet reageren om één van de opgesomde elektronische producten te ontvangen, maar om kans te maken moet hij binnen twee dagen reageren. Als hij na die twee dagen reageert zijn, m.u.v. de cd-speler, de producten/prijzen niet meer beschikbaar. Ook zal, aldus de Consumentenautoriteit, aan de consument na lezing van de brief niet duidelijk zijn dat de draagbare cd-speler tegen betaling van €19,99 feitelijk

³⁷⁷ Besluit op bezwaar 24 november 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/206888_OV.

³⁷⁸ Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.4, nr. 6 en 4.5.2.4, nr. 8.

gedurende de hele promotieperiode beschikbaar is. Het feit dat voormelde termijn van twee dagen in de reglementen is vermeld doet hier niet aan af. De boete wordt vastgesteld op € 10.000.

Voorts oordeelt de Consumentenautoriteit dat het omschrijven van een product als gratis misleidend is in de zin van artikel 6:193g sub t BW. Er dient in dit geval immers meer dan de onvermijdelijke kosten te worden voldaan. De consument dient een bedrag van € 19,99 te betalen om dit product thuisbezorgd te krijgen. Deze kosten zijn niet alleen de onvermijdelijke kosten om het product thuis bezorgd te krijgen. Volgens de specificatie van het bedrag omvat het bedrag ook personeelskosten in, het doen van mailings etc. Het gaat dus niet louter om de onvermijdelijke kosten. De boete bedraagt € 50.000.

Garant-o-Matic is eveneens een verplichting uit de Gedragscode Promotionele Kansspelen niet nagekomen. Onder punt 11 van het reglement geeft Garant-o-Matic aan dat de promotie is georganiseerd met in achtneming van de Gedragscode Promotionele Kansspelen. Dit impliceert dat Garant-o-Matic de Gedragscode kent en zich daaraan gebonden acht. Op grond van artikel 5 lid 1 van de Gedragscode mag een oproep tot deelname aan en informatie over een kansspel niet misleidend of onvolledig zijn en geen valse verwachtingen wekken. Deze bepaling is kenbaar en concreet. Hiermee heeft Garant-o-Matic in strijd gehandeld en is sprake van een handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c lid 2 sub b BW. Voor deze overtreding is geen boete opgelegd. Gezien de ernst van de overtredingen worden de boetes met 20% verhoogd.

Bezwaar. In het besluit op bezwaar wordt, op advies van de BAC, de overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW vernietigd (strijd met gedragscode).³⁷⁹ De Gedragscode Promotionele Kansspelen betreft niet een vrijwillige gedragscode in de zin van zelfregulering door de markt. Dergelijke gedragscodes vallen niet onder de reikwijdte van artikel 6:193c lid 2 sub b BW.

(16) Lecturama

Casus. Lecturama biedt via telemarketing, per post en internet hobby- en verzamelpakketen aan. Lecturama maakt gebruik van call-centers. Bij de telefonische verkopen doet Lecturama consumenten een aanbieding voor een kennismakingspakket in combinatie met één of meerdere gratis producten, zoals bijvoorbeeld een luxe opbergmap. Voor het kennismakingspakket brengt Lecturama een bedrag in rekening dat ligt onder de € 10 inclusief verzendkosten. Bij een positieve reactie gaat het script verder met het in orde maken van de verzending. Vermeld wordt dat er geen koopverplichting is. Als het pakket bevalt hoeft de consument niets te doen, de vervolgzendingen zullen komen. Bij een negatieve reactie luidt het script:

³⁷⁹ Besluit op bezwaar Consumentenautoriteit 20 mei 2011 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/47.

‘ik begrijp u, maar... Dit hobbypakket is inclusief gratis materialen. Deze kennismakingszending mag u altijd houden, wat u ook beslist. Wilt u het kennismakingspakket toch ontvangen?’

Op de website wordt de suggestie gewekt dat er gratis materialen worden verstrekt bij de afname van een kennismakingspakket. Er wordt echter geen informatie verstrekt over de vervolgzendingen.

Besluit. De ACM overweegt dat uit de scripts volgt dat de ‘gratis’ producten worden gebruikt om de consument over te halen om in te gaan op het aanbod van het kennismakingspakket.³⁸⁰ Tijdens de gesprekken wordt niet duidelijk gemaakt dat de verkoper hem feitelijk niet alleen een kennismakingspakket verkoopt maar ook vervolgzendingen. De ACM overweegt dat het voor de consument onduidelijk is dat door in te gaan op het aanbod van het kennismakingspakket tegen een relatief kleine vergoeding, hij volgens Lecturama ook instemt met de vervolgzendingen. Bij een positieve reactie wordt in het geheel niet gerefereerd aan de vervolgzendingen. Een voorwaarde, aldus de Leidraad voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken,³⁸¹ voor het gebruik van ‘gratis’ in een gezamenlijke aanbieding is dat de kosten van de aanbieding voor de consument duidelijk moeten zijn. Er is geen prijstransparantie. In één gesprek probeert Lecturama zowel het kennismakingspakket als de vervolgzendingen te verkopen. De consument moet zich actief inspannen als hij van deze zendingen af wil en de kosten wil tegengaan. Doet de consument dit niet dan wordt hij geconfronteerd met automatische incasso van bedragen die aanmerkelijk hoger zijn dan het bedrag van het kennismakingspakket. Er is dan ook sprake van strijd met artikel 6:193g sub t BW.

Met betrekking tot het gebruik van het woord ‘gratis’ op de website oordeelt de ACM dat van een overtreding van artikel 6:193g sub t BW plaatsvindt omdat de enige informatie over vervolgzendingen schuil gaat achter een link ‘garantie’. Daarnaast is deze informatie niet volledig omdat de totaalprijs per zending en de totaalprijs van alle afleveringen niet worden vermeld.

Uit de aanbiedingen per post kan ook niet worden opgemaakt dat een expliciet akkoord wordt gegeven voor vervolgzendingen. Maar omdat Lecturama bij bestelling via de post nabelt, beoordeelt de ACM louter het kennismakingspakket. Op basis daarvan kan geen overtreding worden vastgesteld. Er wordt een boete ad € 150.000 opgelegd.

(17) Calatus

Casus. Calatus biedt het puzzelblad Editie Enigma aan. Op de website editie enigma.nl wordt het puzzeltijdschrift omschreven als ‘Ruim een half pond

380 Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.5, nr. 5 en 4.5.3.4, nr. 7.

381 SEC (2009) 1666; te raadplegen: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_nl.pdf.

puzzel- en leesplezier voor het hele gezin!’ Naast de mogelijkheid voor consumenten om zelf een abonnement afsluiten, worden consumenten via een callcenter benaderd. De verkoop van het puzzelblad via telemarketing staat in het onderzoek van de ACM centraal. Via telemarketing worden halfjaarabonnementen verstrekt. Het gesprek wordt aangevangen met het vestigen van de aandacht op een gratis puzzelboekje. Dit boekje krijg je slechts bij een halfjaarabonnement.

Besluit. De ACM overweegt dat het voor de consument niet duidelijk is dat hij een halfjaarabonnement afsluit. Hiermee is de aard van het product onduidelijk en worden de voornaamste kenmerken van het product niet helder gemaakt.³⁸² Ook bestaat er misleiding ten opzichte van de prijs. Hiermee heeft Calatus artikel 6:193c lid 1 sub a, b en d, BW overtreden.

Eveneens laat Calatus informatie over haar product weg of verstrekt deze op onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze. Ook blijkt het commerciële kenmerk niet duidelijk. Op grond van artikel 6:193f sub b BW is bij commerciële communicatie de informatie genoemd in artikel 7:46c lid 1 sub b (oud) BW in ieder geval essentieel (belangrijkste kenmerken product). Dit geldt ook voor de prijs (artikel 7:46c lid 1 sub c (oud) BW), de wijze van betaling, aflevering en uitvoering van de overeenkomst (artikel 7:46c lid 1 sub e (oud) BW). Op grond van artikel 6:193f sub b BW juncto artikel 7:46c lid 1 sub b, c en e (oud) BW is er sprake van misleidende omissies.

Gezien de samenloop van de overtredingen legt de ACM één boete op ter hoogte van € 200.000. De ACM beschouwt de overtreding als zeer ernstig.

4.5.3.4 Agressieve handelspraktijken

Handelspraktijken worden als agressief gekwalificeerd wanneer zij in hun feitelijke context, al hun kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, waaronder het gebruik van lichamelijk geweld of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperken of kunnen beperken waardoor deze consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193b lid 1 juncto 6:193h lid 1 BW). Hierbij dient rekening gehouden te worden, aldus lid 2, met het tijdstip, de plaats, de aard en de vasthoudendheid die bij de handelspraktijk wordt gedemonstreerd, etc. In artikel 6:193i BW is een zogenaamde zwarte lijst opgenomen. In deze lijst staan handelspraktijken die onder alle omstandigheden agressief zijn.

382 Sanctiebesluit 1 juli 2015 inzake Calatus, ACM/DJZ/2015/203593_OV.

a. Energie

(1) Nederlandse Energiemaatschappij

Casus. De NEM heeft na de liberalisatie van de energiemarkt via telemarketing nieuwe klanten aan zich proberen te binden.

Besluit. De NEM maakt zich schuldig aan agressieve handelspraktijken. De Consumentenautoriteit overweegt dat het hardnekkig en ongewenst aandringen een agressieve handelspraktijk is in de zin van artikel 6:193i sub c BW (hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail, etc.).³⁸³ Uit 41 gesprekken blijkt dat consumenten aangeven dat zij niet geïnteresseerd zijn in een overstap. De callcentermedewerker legt zich daar niet bij neer en probeert de consument toch tot een overstap te bewegen. Ook blijkt uit meldingen op Consuwijzer dat, hoewel consumenten aangaven niet geïnteresseerd te zijn in een overstap, zij toch voortdurend werden benaderd. De hoge frequentie van telemarketing waarmee de NEM consumenten benadert, acht de Consumentenautoriteit ook een agressieve handelspraktijk in de zin van artikel 6:193i sub c BW. Omdat dit mede wordt begrepen onder artikel 11.7 Tw (oud) maakt de Consumentenautoriteit van haar bevoegdheid geen gebruik en laat zij dit over aan de toen nog bestaande OPTA.³⁸⁴ De boete bedraagt € 200.000.

Bezwaar en beroep. Na de bezwaar- en beroepsprocedure blijft het besluit in stand.³⁸⁵

Boete OPTA. De OPTA heeft voor overtreding van artikel 11.7 Tw (oud) een boete van € 225.000 opgelegd.³⁸⁶ Op grond van deze bepaling is het niet toegestaan om consumenten telefonisch te benaderen indien zij hebben aangegeven dat zij niet meer gebeld willen worden (recht van verzet).

b. Georganiseerde reises

(2) Goltex

Casus. Goltex organiseert verkoopdemonstraties waar zij ergotrainers, Energy Smog Protectors en voedingssupplementen verkoopt.³⁸⁷ Consumenten ontvangen per post een persoonlijke uitnodiging om deel te nemen aan de dagtochten. Bij de uitnodigingen zitten ook waardebonnen en winstcertificaten. Deze dienen

383 Rb. Rotterdam, 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184.

384 Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake NEM, CB/NB/527/29, zie randnummer 122 e.v. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.5, nr. 4 en 4.5.3.2, nr. 2.

385 Besluit op bezwaar inzake NEM 20 mei 2011, CA/NB/527/68; Rb. Rotterdam 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184.

386 OPTA 5 juli 2010, OPTA/ACNB/2010/201930.

387 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Goltex Vertriebs GmbH & Co, CA/NB/529/100. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 8.

in de touringcar, op de stoel, achtergelaten te worden. Alle deelnemende consumenten krijgen bij terugkomst in de touringcar een aantal producten.

Besluit. Goltex heeft agressieve handelspraktijken verricht door consumenten bedrieglijk de indruk te geven dat zij een prijs gewonnen hebben of zullen winnen, terwijl er geen sprake is van een prijs of voordeel (artikel 6:193i sub h BW). Ten aanzien van 'prijzen' wordt de indruk gewekt dat het ging om een uniek gewin, terwijl bij cadeaus werd aangegeven dat deze voor iedere deelnemer beschikbaar waren. Er is echter geen onderscheid gemaakt tussen prijzen en cadeaus. De producten die de deelnemers op hun stoel aantroffen waren geschenken. De Consumentenautoriteit overweegt dat op sommige uitnodigingen termen werden gebruikt als 'super-Jokerprijs' of 'super-voltreffer uit de grote tombola'. In andere gevallen werd de prijs echter zeer specifiek omschreven zoals een 10-delige pannenset. Deze prijzen zijn nooit uitgereikt. In de uitnodiging is door Goltex onderscheid gemaakt tussen cadeaus en prijzen. Er is dan ook bedrieglijk de indruk gewekt die er sprake is van een prijs of ander soortgelijk voordeel. De boete bedraagt € 100.000.

Bezwaar en beroep. Na de bezwaar- en beroepsprocedure blijft het besluit in stand.³⁸⁸

(3) Pro-Actief

Casus. Pro-Actief organiseert dagtrips met verkoopdemonstraties voor voornamelijk schoonheidsproducten naar afgelegen locaties.³⁸⁹ Deelnemers kunnen de zaal weliswaar verlaten maar bevinden zich op een locatie waar nauwelijks iets te doen is en waar zij moeilijk op eigen gelegenheid naar huis kunnen gaan. Ook worden de gordijnen van de zaal gesloten waarin de twee maal tweeëneenhalf uur durende demonstraties plaatsvinden. Voorts worden uitspraken gedaan als 'gooi je je gezondheid weg?' of 'zet je vandaag een stap naar een betere gezondheid' etc. Door de verkopers wordt een beroep gedaan op de deelnemers om in ruil voor de goedkope busreis wat terug te doen, namelijk een product te kopen.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat de gekozen locatie een afhankelijke positie creëert. Als bijzonder ernstig beoordeelt de Consumentenautoriteit de wijze waarop wordt ingespeeld op de mogelijke gezondheidstoestand van de (vooral oudere) deelnemers. Eveneens worden uitspraken gedaan zonder enige wetenschappelijke onderbouwing. De werkwijze van de verkopers wordt beoordeeld als ongepaste beïnvloeding van de consumenten. Daarmee is sprake van een handelspraktijk die, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, agressief is door intimidatie, beperking van keuzevrijheid en

388 Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Goltex, CA/NB/694/41. Rb. Rotterdam 30 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2590.

389 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/529/101. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 6.

ongepaste beïnvloeding, waardoor de consument een beslissing over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193h lid 1 BW). De boete bedraagt €120.000.

Bezwaar. Er is geen inhoudelijk bezwaar gemaakt tegen de geconstateerde en beboete agressieve handelspraktijken.³⁹⁰

c. Banners, tv-reclames en internetboekingen

(4) Fotosessie

Casus. Fotosessie deelt de consument mee dat hij of zij is geselecteerd voor een fotoshoot en deze aangeboden krijgt voor €125 in plaats van €450.³⁹¹ Deze korting geldt echter voor iedereen. Bij verzuim met betrekking tot de facturen en bij te late annulering verhoogt Fotosessie de prijs van de shoot met €15 bij de eerste aanmaning en later met nog eens €325. De aanmaningen worden ondertekend door een persoon van de juridische afdeling. Deze persoon blijkt in het geheel niet te werken bij Fotosessie en evenmin beschikt Fotosessie over een juridische afdeling.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Fotosessie agressieve handelspraktijken voert door consumenten bedrieglijk voor te houden dat zij geselecteerd zijn of een soortgelijk voordeel hebben behaald. Dit terwijl er helemaal geen sprake is van een korting of een gewonnen shoot. Fotosessie biedt iedereen de fotoshoot aan voor dezelfde prijs. Het betreft een handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b lid 1 en lid 3 juncto 6:193i sub h BW (bedrieglijk de indruk wekken dat consument een prijs heeft gewonnen of een ander soortgelijk voordeel). De boete wordt vastgesteld op €80.000.

Eveneens oefent Fotosessie met betrekking tot facturen bij verzuim en te late annulering een aanzienlijke mate van dreiging en intimidatie uit. Aanvankelijk verhoogt Fotosessie de prijs van de shoot met €15, maar later met nog eens €325. Dit kwalificeert de Consumentenautoriteit als een agressieve handelspraktijk in de zin van artikel 6:193h lid 1 BW. De boete bedraagt €50.000.³⁹²

Bezwaar en beroep. Na de bezwaar- en beroepsprocedure blijft het besluit op deze punten in stand.³⁹³

³⁹⁰ Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/691/41. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 6.

³⁹¹ Sanctiebesluit 14 januari 2010 inzake Fotosessie, CA/NCB/437/28. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 9 en 4.5.3.3, nr. 9.

³⁹² De boetes worden overigens gematigd als gevolg van de financiële situatie van Fotosessie.

³⁹³ Besluit op bezwaar 17 februari 2011 inzake Fotosessie, CA/NCB/437/86, Rb. Rotterdam 14 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW8407.

(5) Ryanair

Casus. Ryanair biedt in het boekingsproces reisverzekeringen aan.³⁹⁴ Zo komt de consument langs het scherm met het opschrift 'koop uw reisverzekering'. Heel klein onderaan staat de mogelijkheid 'verzeker me niet'. Als een consument dat aanklikt dan komt er in beeld 'Belangrijk bericht etc.'. Onder deze teksten staan twee buttons 'Nee dank u ik zal het risico wel nemen' en 'Ja voeg toe aan mijn boeking'.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat er geen sprake is van agressieve handelspraktijk ex artikel 6:193h lid 1 BW door ongepaste beïnvloeding. Onvoldoende blijkt van het misbruiken van een machtspositie om pressie uit te oefenen op zodanige wijze dat het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen aanzienlijk wordt beperkt. Wel oordeelt de Consumentenautoriteit dat de wijze waarop Ryanair de reisverzekering aanbiedt misleidend is en strijdig met de professionele toewijding. De eerste vraag is 'Selecteer het land waar u woonachtig bent'. Deze vraag is niet gericht op het afsluiten van een reisverzekering. De consument kan hierdoor misleid worden. Daarnaast is de optie 'verzeker me niet' moeilijk te vinden. Deze staat in de lijst met landen. Ook de button 'nee dank u, ik zal het risico wel nemen' leidt de aandacht af van de mogelijkheid dat ook bij andere aanbieders reisverzekeringen kunnen worden afgesloten. Er is geen sprake van agressieve handelspraktijken, maar wel van misleidende handelspraktijken. Omdat de overtreding is gekwalificeerd als 'agressief' en niet als 'misleidend' kan de Consumentenautoriteit, vanwege de onjuiste grondslag, geen boete opleggen.³⁹⁵

d) Promotionele acties

(6) Garant-o-Matic

Casus. Garant-o-Matic brengt haar catalogi onder de aandacht door middel van promotionele acties.³⁹⁶ Consumenten ontvangen een mailing met daarin de mededeling dat er een pakket voor hen klaar staat met een LCD tv, een Nokia telefoon, een Canon camera of een van de vele draagbare cd-spelers. De consument dient slechts de verzendkosten van €19,99 te betalen. In werkelijkheid gaat het om een loterij waarbij de tv, de Nokia en de Canon worden verloot onder de inzenders die binnen twee dagen hebben gereageerd. De overige consumenten kunnen gedurende de gehele promotieperiode alleen een draagbare cd-speler ontvangen.

³⁹⁴ Sanctie besluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 7, 4.5.2.3, nr. 1, 4.5.2.6, nr. 1 en 4.5.3.3, nr. 11.

³⁹⁵ Tegen dit deel van het besluit is dan ook geen bezwaar of beroep ingesteld. Zie voor overige overtredingen sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16 en de uitspraak in beroep Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868, par. 4.5.2.1, nr. 7, par. 4.5.2.3, nr. 1, par. 4.5.2.6, nr. 1 en par. 4.5.3.3, nr. 11.

³⁹⁶ Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 8, 4.5.3.3, nr. 15.

Besluit. De Consumentenautoriteit concludeert dat Garant-o-Matic bedrieglijk de indruk wekt dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zou winnen, terwijl de consument feitelijk een bedrag van € 19,99 moest betalen, waarvoor hij een draagbare cd-speler ontving, om in aanmerking te komen voor prijzen. De Consumentenautoriteit kwalificeert de handelspraktijk van Garant-o-Matic dan ook als agressief in de zin van artikel 6:193i sub h BW. De boete is niet uitgesplitst per overtreding en bedraagt derhalve samen met de misleidende handelspraktijken € 120.000 (inclusief verhoging).

(7) Lecturama

Casus. Lecturama biedt via telemarketing, per post en internet hobby- en verzamelpakketten aan. Lecturama maakt gebruik van callcenters. Nadat de consument het bestelproces heeft doorlopen, ontvangt hij tegen betaling het bestelde kennismakingspakket. Dan blijkt dat de consument ook vervolgzendingen kan verwachten. De consument moet zelf actie ondernemen om de vervolgzendingen niet (meer) te ontvangen. De vraag is of er sprake is van onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzendingen of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd maar waar de consument niet om heeft gevraagd (artikel 6:193i sub f BW).

Besluit. Via het verkoopkanaal telemarketing komen de vervolgzendingen pas aan de orde als de consument positief reageert op het kennismakingspakket.³⁹⁷ De ACM stelt vast dat de consument in een gesprek wordt gevraagd akkoord te gaan met de toezending van het kennismakingspakket en de vervolgzendingen. De woorden 'vervolgpakketten' en 'aflevering' komen in het script wel voor, maar dit wordt niet toegelicht. De consument is dan ook niet volledig geïnformeerd over de totaalprijs, omvang en inhoud van de vervolgzendingen. Er is dan ook sprake van een overtreding van artikel 6:193i sub f BW (vragen terugzending van producten waar de consument niet om heeft gevraagd).

Bij bestelling via de website krijgt de consument, nadat hij geklikt heeft op 'ja stuur mij...' de tekst 'hierbij machtig ik Lecturama om via automatische incasso het verschuldigde bedrag af te schrijven van mijn bank- of girorekening (...)'. Alleen achter de link 'garantie' blijkt dat na het kennismakingspakket vervolgzendingen zullen worden toegezonden. Het woord 'garantie' dekt niet de lading. De consument is er niet op bedacht dat hierachter de voorwaarden schuilgaan. De ACM concludeert dat de consument voorts dat ook al heeft hij de voorwaarden achter de link 'garantie' gelezen hij niet geacht kan worden expliciet akkoord te zijn gegaan met de vervolgzendingen. De ACM oordeelt dat er een overtreding is van artikel 6:193i sub f BW.

Bij de bestellingen per post heeft Lecturama nagebeld. Daarom is er geen overtreding van artikel 6:193i sub f BW.

In alle gevallen stelt de ACM vast dat Lecturama vraagt om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van de producten

³⁹⁷ Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.5, nr. 5, 4.5.3.3, nr. 16.

die zij heeft geleverd. Daarmee is voldaan aan het tweede vereiste van artikel 6:193i sub f BW. Er dient namelijk via automatische incasso betaald te worden. Als er geen automatische incasso is afgegeven dan zitten er acceptgirokaarten bij de zendingen. Als de consument de zending niet wil houden dan moet de consument deze terugsturen. Als de consument nalaat te betalen dan start Lecturama een incassoprocedure. De boete bedraagt € 300.000.

4.5.3.5 Conclusie

De oneerlijke handelspraktijken zijn onderverdeeld in misleidende (artikel 6:193c BW) en agressieve handelspraktijken (artikel 6:193h BW). Er is slechts een beperkt aantal uitspraken waarin is vastgesteld dat verkopers agressieve handelspraktijken die op de zwarte lijst staan hanteerden (artikel 6:193i BW).³⁹⁸ In drie besluiten is een overtreding van artikel 6:193i sub h BW (Goltex, Fotosessie en Garant-o-Matic)³⁹⁹ geconstateerd en in één zaak een overtreding van artikel 6:193i sub c BW (de NEM). Op grond van artikel 6:193h lid 1 BW is tweemaal een boete opgelegd (Pro-Actief en Fotosessie).⁴⁰⁰

Bij het beboeten van de misleidende handelspraktijken valt op dat in bezwaar en beroep de boetebesluiten een aantal maal worden herroepen (in bezwaar) c.q. (deels) worden vernietigd (in beroep). De Celldorado-zaak springt eruit omdat in beroep wordt geoordeeld dat er geen overtreding is van artikel 6:193c lid 1 sub a BW. De consument dient op de landingspagina naar beneden te scrollen om te zien dat het om een abonnementsdienst ging en dat wordt acceptabel geacht. In hoger beroep overweegt het CBb echter anders en oordeelt dat er strijd is met de SMS-Gedragscode.⁴⁰¹

In de overige zaken betreft het de uitleg van artikel 6:193c lid 2 sub a BW (het NEM-besluit),⁴⁰² de uitleg van artikel 6:193c lid 1 sub d BW (Goltex: persoonlijk aanbieden van voordeel),⁴⁰³ de vernietiging van de boete op non-coöperatief gedrag, artikel 6:193c lid 2 sub b BW (Garant-o-Matic: strijd met gedragscode),⁴⁰⁴ de uitleg van 'zeer beperkte tijd' ex artikel 6:193g sub g BW (Fotosessie)⁴⁰⁵ en de vraag of er sprake is van een structurele overtreding in de zin van artikel 6:193g sub g BW (Greenchoice).⁴⁰⁶

De verlaging van verschillende boetes is mogelijk te verklaren door de verschillen tussen een onafhankelijke rechter en een toezichthouder als de ACM, die met een opgedragen taak bevoegdheden uitvoert. Deze verschillen doen

398 Zie par. 4.5.3.4.

399 Zie par. 4.5.3.4, nr. 2, 4 en 6.

400 Zie par. 4.5.3.4, nr. 3 en 4.

401 Zie par. 4.5.3.3, nr. 10.

402 Zie par. 4.5.3.3, nr. 4.

403 Zie par. 4.5.3.3, nr. 8.

404 Zie par. 4.5.3.3, nr. 13.

405 Zie par. 4.5.3.3, nr. 9.

406 Zie par. 4.5.3.3, nr. 3.

zich voor zowel in de vergelijking tussen de civiele rechter ten opzichte van de ACM als toezichthouder als ook in de vergelijking met de bestuursrechter en de ACM. De (open) normen in relatie tot de misleidende handelspraktijken lijken ruimte te bieden voor verschillende interpretaties. Het gaat in de meeste gevallen niet zozeer om de vraag of sprake is van een overtreding in de zin van de Wet oneerlijke handelspraktijken, maar wel om de ernst, de verwijtbaarheid en de specifieke omstandigheden van deze overtreding en daarmee om de hoogte van de boete.⁴⁰⁷ Zo matigt de rechtbank in beroep, bijvoorbeeld in het Celdorado-zaak, de boetes vanwege samenloop met andere overtredingen (artikel 3:15d lid 1 sub b met artikel 6:193d lid 2 en 3 en artikel 6:193f sub a BW). Of het gaat om een autoriteit die (te) sterk voor de belangen van de consument opkomt of van 'beginnersenthousiasme' is in deze fase, gelet op het korte bestaan van de autoriteit, nog moeilijk te beoordelen.

Wat voorts opvalt, is het verschil in toetsing van de omstandigheden door de civiele rechter respectievelijk de ACM. Een civiele rechter weegt (meer) de belangen van de individuele partijen mee. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de kantonrechter te Haarlem die, in relatie tot artikel 6:193b lid 4 BW waar reclame wordt uitgezonderd van oneerlijke handelspraktijken, oordeelt dat de mededeling van de NEM dat zij de goedkoopste is, een gangbare reclamepraktijk is.⁴⁰⁸ Bij reclame maken horen nu eenmaal overdrijvingen en aanprijzingen. Teksten als 'wij zijn de goedkoopste' zijn geen enkele consument vreemd. De ACM bekijkt dergelijke uitlatingen echter meer in de context van het gehele onderzoek en beoordeelt de gedragingen van de ondernemer meer in het algemeen.

Dat de (open) normen ruimte bieden voor meerdere interpretaties betekent ook dat er een spanningsveld met artikel 7 EVRM, het legaliteitsbeginsel, bestaat. Strijd met het legaliteitsbeginsel is merkwaardig genoeg slechts in het Celdorado-besluit aan de orde gekomen. Gezien de hoogte van de boetes vraagt het beleid van de ACM om meer duidelijkheid. Overigens heeft de praktijk, zo blijkt ook uit de evaluatie uit 2010 die naar aanleiding van de Wet oneerlijke handelspraktijken is gehouden, om nadere handvatten gevraagd.⁴⁰⁹

4.6 CONCLUSIE

Toezichtprivaatrecht?

Uit de genoemde besluiten van de ACM in relatie tot de handhaving van het consumentenrecht kan geconcludeerd worden dat de ACM overtredingen fors beboet. In civiele procedures spelen de artikelen 6:193a e.v. BW echter een

407 Zie ook B. Keirsbilck, 'Vijf jaar bestuursrechtelijke handhaving van de Nederlandse Wet oneerlijke handelspraktijken (2008-2013)', *SEW*, 2013/11, p. 489.

408 Zie par. 4.5.3.3, nr. 4.

409 *Kamerstukken II* 2011/12, 33070, nr. 1, p. 6. Zie voor bespreking evaluatie par. 4.2.2.

bescheiden rol, althans er wordt (nog) zelden een beroep op gedaan. Hoewel de wetgever de consument is tegemoet gekomen, door te bepalen dat oneerlijke handelspraktijken onrechtmatig zijn, doen nog weinig consumenten een beroep op deze bepalingen. Waarschijnlijk zijn de kosten in verhouding tot het schadebedrag veelal te hoog om een procedure te starten.

Omdat er weinig privaatrechtelijke uitspraken zijn is een vergelijking tussen de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van de artikelen 6:193a e.v. BW lastig. Het consumentenrecht is wel een duidelijk voorbeeld van een rechtsgebied waarop een toezichthouder het gedrag van contractanten probeert te 'sturen' met het opleggen van boetes.

De vraag rijst of er welbeschouwd nog wel sprake is van handhaving van privaatrechtelijke regels. Er is in ieder geval sprake van wetgeving met een sterk punitief karakter die in het privaatrecht is 'opgenomen'. Daarnaast valt op dat de regelgeving erg publiekrechtelijk aandoet door de grote hoeveelheid lijsten (misleidende en agressieve handelspraktijken en informatieplichten). De vraag is welk voordeel, boven de reeds bestaande privaatrechtelijke handhavinginstrumenten als dwaling, misbruik van omstandigheden etc., de plaatsing van de Wet oneerlijke handelspraktijken in het BW oplevert als de consument er weinig gebruik van maakt.

De informatieplichten en de handhavingsmiddelen voor consumenten lijken wel toegankelijker en daardoor door consumenten sneller te worden ingezet dan de Wet oneerlijke handelspraktijken. Dit blijkt met name uit het beroep op artikel 6:230m e.v. BW (7:46c (oud) BW) door consumenten zelf.⁴¹⁰ Deze regeling lijkt effectief, omdat veel consumenten er een beroep op doen en bijna alle tijdige beroepen (lijken te) slagen, waardoor de overeenkomst wordt ontbonden of waardoor de termijn waarbinnen de ontbinding kan worden ingeroepen, wordt verlengd.⁴¹¹ De consument heeft hiermee een sterk middel in handen om een verkoper die zijn informatieplichten niet nakomt, daar toch toe te dwingen.

Wellicht past, met name in relatie tot de Wet oneerlijke handelspraktijken, de term toezichtrecht beter dan publiek- of privaatrecht.

In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat het feit dat de regels worden nageleefd belangrijker is dan de vraag of handhaving bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk geschiedt en wie welke regels handhaaft.⁴¹² Mijns inziens wordt er dan te snel voorbij gegaan aan de verschillende achtergrond en doelen van het privaatrecht respectievelijk het bestuursrecht. Om de te onderscheiden doelen te bereiken zijn verschillende handhavingsmiddelen in het leven geroepen, die hun eigen achtergrond hebben. Als deze door elkaar gaan lopen kan dit verwarring zaaien en kan dat de oorzaak zijn van het niet naleven van

⁴¹⁰ Zie par. 4.5.2.4.

⁴¹¹ Zie ook Tigelaar 2015, p. 206-213.

⁴¹² W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom (red.), *Handhaving van het consumentenrecht*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 150.

de regels. Zo hanteert het privaatrecht open normen waarmee de autonomie van partijen tot uitdrukking kan komen, terwijl het bestuursrechtelijk beboeten van deze open normen strijd met artikel 7 EVRM kan opleveren, hetgeen nauwkeurige invulling vereist. Handhaving van privaatrecht, waarin de belangen van individuele partijen centraal staan en de omstandigheden van het geval een grote rol spelen, kan in botsing komen met bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen, waarbij het algemene belang centraal staat. Kortom, om tegemoet te komen aan de eisen van het legaliteitsbeginsel van artikel 7 EVRM moeten er meer handvatten komen voor de marktpartijen. Dit zal echter wel ten koste gaan van één van de voordelen van het privaatrecht, namelijk de flexibiliteit van de open normen. Toch vraagt 'de vorm' van bestuursrechtelijke handhaving hierom.

Een te actieve ACM?

Bij de bespreking van de handhaving van de besluiten en uitspraken valt op, zowel bij de precontractuele informatieplichten⁴¹³ als bij de oneerlijke handelspraktijken,⁴¹⁴ dat de boetes van de ACM in een aantal gevallen in bezwaar, na advies van de BAC, of in beroep worden gematigd. Hieruit zou de voorzichtige conclusie getrokken kunnen worden dat de ACM open normen (te) onvriendelijk voor de ondernemers uitlegt.

Vermoedelijk zijn deze 'correcties' door de bestuursrechter beter te verklaren door de taken en missie van de ACM. De ACM is immers toezichthouder met de taak om de positie van de consument op de markt te bewaken. Dit volgt ook uit de vaststelling wie de 'gemiddelde consument' in een bepaalde casus is. De ACM is erop gericht om een groep kwetsbare consumenten extra bescherming te bieden.⁴¹⁵ Een onafhankelijke rechter, zowel in het bestuursrecht als in het privaatrecht, weegt de belangen van de betrokken partijen nadrukkelijker mee. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het besluit inzake de Keukenconcurrent.⁴¹⁶ Hierin wordt een boeteverhoging opgelegd wegens non-coöperatief gedrag. In beroep wordt deze boeteverhoging teruggedraaid, daar het een ten onrechte toegepaste sanctie betreft voor een partij wegens het innemen van een processtandpunt en de ACM op een (te) actieve wijze haar taken opvat. Dat betekent niet direct dat sprake is van non-coöperatief gedrag. Ook als sprake is van samenloop, twee of meer boetes voor eenzelfde handeling, matigt de rechtbank de boete. De ACM neemt het zekere voor het onzekere door op beide grondslagen een boete op te leggen. Zo wordt het risico vermeden dat de keuze voor één grondslag, wanneer deze grondslag in beroep onjuist blijkt te zijn, resulteert in een niet beboete overtreding. In die zin is het te begrijpen

413 Zie par. 4.5.2.

414 Zie par. 4.5.3.

415 Zie ook Keirsbilck 2013, p. 477.

416 Zie par. 4.5.3.3, nr. 1.

dat de ACM voor meerdere ankers gaat liggen. Het leidt wel tot meer beroeps-procedures.

Ook is er mogelijk een zekere druk vanuit de politiek op de ACM. Immers meer boetes zijn meer inkomsten. In het regeerakkoord van 2012 zijn de inkomsten uit boetes meegenomen tot wel 125 miljoen euro in 2017.⁴¹⁷

Dat een redelijk aantal boetes in beroep sneuvelt, zou de ACM onzeker hebben gemaakt.⁴¹⁸ Om marktpartijen te corrigeren probeert de ACM marktpartijen daarom eerst aan te spreken op hun gedrag. Zo hoopt de ACM een procedure te voorkomen. Het voordeel is dat marktpartijen in een vroeg stadium hun gedrag (kunnen) corrigeren. Het nadeel is dat dergelijke waarschuwingen kunnen leiden tot een gebrek aan bewijs van de overtreding. Door de waarschuwingen informeel te houden komen niet alle waarschuwingen vast te liggen. Mocht de marktpartij de overtreding niet staken en legt de ACM toch een boete op dan kan deze boete in beroep (deels) ongegrond worden verklaard wegens gebrek aan bewijs, zie bijvoorbeeld de zaak KLM in verband met artikel 23 Luchtvaartverordening.⁴¹⁹

Gemiddelde consument

De definitie van de gemiddelde consument is niet eenduidig. De civiele rechter lijkt uit te gaan van een geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument.⁴²⁰ Ook in overweging 18 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁴²¹ wordt, onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie, uitgegaan van de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument. Een consument verdiept zich in algemene voorwaarden en kijkt verder dan reclame-uitingen.⁴²² Ook van een op internet actief zijnde consument mag worden verwacht dat hij bepaalde kennis, bijvoorbeeld over de gemiddelde prijs, heeft (Otto-uitspraak),⁴²³ dan wel dat bepaalde reclame-uitingen niet al te serieus genomen moeten worden (NEM).⁴²⁴ Daarnaast kan bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, worden meegewogen of de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument is gesteld. Ook kan van de gemiddelde consument soms verlangd

417 NRC 11 april 2015 'Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek.'

418 NRC 11 april 2015 'Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek.'

419 Zie par. 4.5.2.6, nr. 2.

420 Pavillon 2013, p. 69. Zie ook Pavillon 2011, p. 359. Zie over de gemiddelde consument ook nader M.Th. Beumers & W.H. van Boom, 'De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht', in: M.Th. Beumers, W.H. van Boom & M.A. Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens* (preadviezen VASR), Deventer: Kluwer 2016, p. 1-32.

421 Richtlijn 2005/29/EG.

422 Pavillon 2011, p. 360.

423 Zie par. 4.5.2.1, nr. 8 bij commentaar.

424 4.5.3.3, nr. 4.

worden dat hij op zoek gaat naar nadere informatie (Stichting Misrekening/ING en Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl).⁴²⁵

De bestuursrechter lijkt de lat hoger te leggen voor bedrijven en oordeelt sneller dat de consument is misleid. Zo lijkt de gemiddelde consument minder moeite te hoeven doen om (essentiële) informatie tot zich te nemen. Zo oordeelt bijvoorbeeld de ACM dat in relatie tot de informatieplichten het opnemen van bijvoorbeeld het KvK- of BTW-nummer in de algemene voorwaarden onvoldoende is.⁴²⁶ Ook in relatie tot de Wet oneerlijke handelspraktijken overweegt de ACM dat een promotionele actie in feite een kansspel is dat niet in de reglementen kan worden opgenomen (Garant-o-Matic).⁴²⁷ De informatie dient direct duidelijk te zijn voor de consument. Vergelijk in deze zin ook de toespitsing van de discussie of de informatie beschikbaar is al dan niet zonder te scrollen of verborgen achter links.

De gemiddelde consument wordt in de besluiten van de ACM met betrekking tot de Wet oneerlijke handelspraktijken over het algemeen gevonden in een bepaalde groep consumenten die als zwak wordt aangemerkt. De verkoper dient met zwakkere groepen meer rekening te houden en er bedacht op te zijn dat zij voor bepaalde verkooptechnieken extra vatbaar zijn. De ACM neemt deze groepen extra in bescherming.⁴²⁸ In het Fotosessie-besluit⁴²⁹ worden tieners en jongvolwassenen aangemerkt als doelgroep, in Garant-o-Matic ouderen,⁴³⁰ net als in de besluiten over georganiseerde reisjes. Het is belangrijk dat de maatstaf om te bepalen wie de gemiddelde consument is duidelijker wordt, aangezien hier ook de beoordeling van de handelspraktijken van afhangt. Bij zwakkere groepen consumenten zijn bepaalde praktijken immers minder snel geoorloofd dan bij een andere categorie consumenten.

Open en vage normen

Dat open normen en artikel 7 EVRM met elkaar op gespannen voet staan wordt ook duidelijk uit de beschreven uitspraken. Het is daarom opvallend dat artikel 7 EVRM slechts in één besluit aan de orde is gekomen. De ACM is zelf van mening dat de normen niet dusdanig 'open' zijn dat van een professionele onderneming als [Greenchoice] niet kan worden verwacht dat zij in staat is de betreffende normen na te leven. Toegegeven dient te worden dat over de meeste in dit hoofdstuk genoemde normen weinig misverstand zal bestaan. Daarnaast kent de Wet Oneerlijke handelspraktijken veel voorschriften en lijsten die invulling geven aan de verschillende open normen. Toch zijn er ook gevallen waarin het niet duidelijk is of er al dan niet sprake is van een

⁴²⁵ Zie par. 4.5.3.3, nr. 10 onder commentaar.

⁴²⁶ Zie par. 4.5.2.1, nr. 5 en nr. 8.

⁴²⁷ Zie par. 4.5.2.4, nr. 8.

⁴²⁸ Zie ook Keirsbilck 2013, p. 477.

⁴²⁹ Zie par. 4.5.2.4, nr. 6.

⁴³⁰ Zie par. 4.5.2.4, nr. 8.

oneerlijke handelspraktijk terwijl dit, gezien de hoogte van de boetes, vanuit een oogpunt van rechtszekerheid voor zowel de consument als de professionele verkoper wel duidelijk zou moeten zijn. Het Celldorado-besluit is hiervan het duidelijkste voorbeeld.⁴³¹ Vanuit de praktijk wordt door ondernemers dan ook gevraagd om meer richtlijnen, zoals blijkt uit de evaluatie van de Wet oneerlijke handelspraktijken. Deze duidelijkheid wordt gevraagd ondanks de gedetailleerde regels van de Wet oneerlijke handelspraktijken.

Omdat de regels ruimte laten voor interpretatie, daar deze open en daarmee vaag zijn, neemt ook de kracht van de preventieve werking van de regels af. Voor de ACM maakt het de afweging om over te gaan tot het beboeten van overtredingen moeilijk, omdat zij bang is dat het mogelijk niet tot een veroordeling komt. De ACM maakt bij het overgaan tot vervolging een afweging of een procedure stand zal houden in beroep en/of hoger beroep.⁴³² De afschrikwekkende werking van boetes neemt af als bij marktpartijen het besef ontstaat dat overtredingen moeilijk te beboeten zijn.

Spontane naleving door marktpartijen zou het beste gestimuleerd worden door duidelijke en opvolgbare regels.⁴³³ Dit lijkt mij een juist uitgangspunt en ik onderschrijf hierbij ook de kanttekening dat niet uit het oog verloren moet worden dat tegenover de belangen van de consumenten de belangen van de ondernemers staan.⁴³⁴ Van Boom merkt op dat de gebruikelijke toezichthoudersstrategieën het invullen van zowel de privaats- als bestuursrechtelijke flexibele normen aan de hand van *responsive regulation* (duidelijkheid geven waar nodig is) de branche stimuleren tot internaliseren van normen en ontwikkelen van 'goede praktijken', sanctioneren waar duidelijke regels verwijtbaar niet nageleefd worden, de beste methode is.⁴³⁵ Ik wil hier wel de kanttekening bij plaatsen dat het van groot belang is dat er afstemming plaatsvindt tussen privaats- en publiekrecht. Daarnaast dient duidelijk te zijn hoe groot de verantwoordelijkheid is van de consument dan wel de ondernemer. De verschillende handhavingsmethoden kunnen gezien de verschillende doelstellingen van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, leiden tot verschillende toepassing van dezelfde regels. In het belang van een coherent handhavingssysteem dient dat te worden voorkomen.

Geabstraheerde handhaving?

Een verklaring voor het relatief hoge aantal zaken waarin de rechtbank in beroep boetes van de ACM matigt, is mogelijk te vinden in het feit dat de ACM

⁴³¹ Zie par. 4.5.3.3, nr. 10.

⁴³² Evaluatie van het functioneren van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) in de periode april 2013 – maart 2015, Den Haag: Kwink Groep 2015, p. 27. Te raadplegen op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/12/07/evaluatieonderzoek-acm-eindrapport>.

⁴³³ Van Boom 2010b, p. 150.

⁴³⁴ Van Boom 2010b, p. 150.

⁴³⁵ Van Boom 2010b, p. 150.

tot doel heeft boetes op te leggen voor meerdere overtredingen van één markt-partij. Er zal immers pas tot actie worden overgegaan als er sprake is van 'meerdere klachten van consumenten. De (open) normen uit bijvoorbeeld de wettelijke regeling oneerlijke handelspraktijken, maar ook bij de verschillende informatieverplichtingen, dienen geobjectiveerd en veralgemeniseerd te worden. Deze objectivering leidt tot discussies als 'is nu eenmaal of tweemaal doorklikken op een website voldoende duidelijk en begrijpelijk?', 'hoe groot dient het lettertype te zijn?', 'In hoeverre is scrollen op een website of binnen een sms'je een normale handeling?'. Ondanks de uitgebreid ingevulde begrippen en lijsten die op het eerste oog goed te begrijpen zijn, is er toch teveel ruimte voor interpretatieverschillen. Bij de beoordeling van een privaatrechtelijk geschil kunnen de individuele omstandigheden van het geval worden meegenomen. Bij de publiekrechtelijke beoordeling ligt dat veel moeilijker. Dit komt enerzijds door de handhavingsmethode (het spanningsveld boete en artikel 7 EVRM) en anderzijds doordat meerdere gevallen, in wisselende omstandigheden, gelijk bestraft dienen te worden. Dit probleem wordt enigszins ondervangen door het criterium van 'de gemiddelde consument', maar zoals hierboven besproken bestaat hierover weinig duidelijkheid.

Ik heb echter mijn bedenkingen tegen de oplossing om in het bestuursrecht open, flexibele normen nader in te vullen met (nog meer) beleidsregels. Ik vraag mij ook af of dit de coherentie van de handhaving ten goede komt. De verschillende handhavingsmethoden uit het privaatrecht en het bestuursrecht doorkruisen elkaar nu eenmaal. Een oplossing zou beter gezocht kunnen worden in het aanpassen van het boetesysteem. Boetes vragen om heldere duidelijke regels die weinig tot geen ruimte overlaten interpretatie. De ACM probeert met een informele aanpak duidelijkheid te creëren.⁴³⁶ Mogelijk kan meer richting en duidelijkheid vanuit de ACM worden gegeven met aanwijzingen en lasten onder dwangsom.

Resumerend

De ACM handhaaft met publiekrechtelijke middelen privaatrechtelijk geaarde regels, grotendeels te vinden in het BW, die consumenten dienen te beschermen. De bescherming van 'zwakke' consumenten heeft tot doel het welzijn van de consumenten te verbeteren. Een goed geïnformeerde consument, die in vrijheid keuzes kan maken, is daarnaast ook van belang voor een goed functionerende (interne) markt. De publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels die consumenten beschermen, dient het algemene belang.

De achtergrond van de ACM en de wijze van handhaving leidt tot verschillen met de privaatrechtelijke wijze van handhaving. De civiele rechter weegt in individuele gevallen de belangen van de partijen mee. Bij de handhaving

⁴³⁶ Zie als voorbeeld ook het bericht van de ACM 11 mei 2016 over de maaltijdboxen, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15797/Consument-kan-makkelijker-van-maaltijdbox-af-dankzij-ACM/>.

door de ACM staat het belang van de markt centraal, zodat individuele omstandigheden van het concrete geval bij de beoordeling buiten beschouwing blijven. De overtreding door de ondernemer wordt afgeleid uit het effect dat de overtreding op het functioneren van de markt kan hebben, ongeacht of die overtreding in het concrete geval nadelen voor de consument teweeg heeft gebracht.

De wijze van handhaving, het opleggen van boetes wegens overtreding van open en vage normen, levert spanning op met het legaliteitsbeginsel. De vraag dringt zich op of niet gezocht dient te worden naar alternatieve vormen van handhaving. Gedupeerde consumenten zijn immers niet direct gebaat bij publiekrechtelijke handhaving, zij blijven voor schadevergoeding aangewezen op de civielrechtelijke weg. In hoofdstuk 6 ga ik hier nader op in.⁴³⁷

⁴³⁷ Zie par. 6.4.4.