

De Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit

Advies inzake het bezwaarschrift van PostGarant B.V. van 8 februari 2008, ingediend namens gemachtigde, mr. M.C.J. de Schepper,

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 23 januari 2008, kenmerk CA/NC/2/67.

1. Procedureverloop

- 1.1 Uit de stukken en het verhandelde ter hoorzitting is de commissie – samengevat – het volgende gebleken.
- 1.2 Naar aanleiding van een melding van het Functioneel Parket is de Consumentenautoriteit een onderzoek gestart naar de gedragingen van PostGarant B.V. (hierna: PostGarant). De toezichthouders van de Consumentenautoriteit hebben onderzoek gedaan naar een mogelijke overtreding van de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 8.2 Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) juncto de artikelen 3:15d, 3:15e, en 6:227b, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en het bepaalde in artikel 8.5 Whc juncto de artikelen 7:46c, eerste en tweede lid, en 7:7, tweede lid, BW door PostGarant handelend onder o.a. de namen TopForm, Slim+, Superwhite, StarBright, Pet's Energy en Lively Spirit.
- 1.3 Op 29 oktober 2007 is op basis van het onderzoek een rapport van overtreding opgemaakt als bedoeld in artikel 2.8 Whc. Dit rapport is bij brief van diezelfde datum aan PostGarant toegezonden.
- 1.4 Bij brief van 2 november 2007 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van het besluit PostGarant in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke of mondelinge zienswijze te geven. Bij brieven van 5 november 2007 heeft de Consumentenautoriteit de Stichting de Ombudsman en de Consumentenbond uitgenodigd om als derde-belanghebbenden een zienswijze in te brengen.

- 1.5 Zowel de Stichting de Ombudsman als de Consumentenbond hebben afgezien van het indienen van een zienswijze.
- 1.6 Op 6 december 2007 heeft de Consumentenautoriteit een hoorzitting gehouden waarbij PostGarant haar zienswijze naar voren heeft gebracht. Tijdens de hoorzitting zijn tussen de Consumentenautoriteit en Postgarant afspraken gemaakt over het toezenden van een aantal nadere stukken. Bij brief van 6 december 2007 heeft de Consumentenautoriteit een overzicht van de gemaakte afspraken over het verstrekken van nadere stukken aan Postgarant toegezonden. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 20 december 2007 aan PostGarant is toegezonden.
- 1.7 Naar aanleiding van de tijdens de hoorzitting gemaakte afspraken heeft de Consumentenautoriteit, bij brief van 13 december 2007, PostGarant bericht over de check bij de afdeling Toezicht van de bevestigingsmail die klanten ontvangen na het plaatsen van een bestelling via een online coupon. Bij brief van 13 december 2007 heeft PostGarant aan de Consumentenautoriteit nadere stukken toegezonden.
- 1.8 Bij brief van 21 december 2007 heeft PostGarant een aantal opmerkingen geplaatst bij het verslag van de hoorzitting van 6 december 2007.
- 1.9 Bij besluit van 23 januari 2008, met kenmerk CA/NC/2/67
- a) stelt de Consumentenautoriteit vast dat PostGarant heeft overtreden de artikelen
 - 1) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15d, eerste lid, onder a, BW;
 - 2) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15d, eerste lid, onder b, BW;
 - 3) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15d, eerste lid, onder f, BW;
 - 4) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15d, tweede lid, BW;
 - 5) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15e, eerste lid, onder b, BW;
 - 6) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15e, eerste lid, onder c, BW;
 - 7) 8.2, derde lid, Whc juncto 6:227b, eerste lid, onder a, BW;
 - 8) 8.2, derde lid, Whc juncto 6:227b, eerste lid, onder c, BW;
 - 9) 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, eerste lid, onder a, BW;
 - 10) 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, eerste lid, onder f, juncto 7:46d BW;

11) 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, tweede lid, onder a, juncto 7:46c, eerste lid, onder a en f, BW;

12) 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, tweede lid, onder c, BW;

13) 8.5, eerste lid, Whc juncto 7:7, tweede lid, BW;

- b) rekent de onder a) genoemde overtredingen toe aan PostGarant statutair gevestigd te Eindhoven;
- c) legt een last onder dwangsom op van 4 keer € 250,- per dag, met een maximum van vier keer € 25.000,- aan PostGarant ter voorkoming van herhaling van de onder a) genoemde overtredingen.
- d) stelt de begunstigingstermijn op vier weken na bekendmaking van het besluit aan PostGarant behalve voor zover de last ziet op overtredingen met betrekking tot de verkoop via internet, in welk geval de begunstigingstermijn afloopt op het moment dat de verkoop via internet wordt hervat;
- e) legt PostGarant geen boete op voor de overtredingen van artikel 8.2, eerste lid, Whc juncto artikel 3:15d, eerste lid, onder f, BW en artikel 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15d, tweede lid, BW.
- f) legt PostGarant vier boetes op van totaal € 130.000,- voor de overtreding van
 - 1) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15d, eerste lid, onder a, BW;
 - 2) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15d, eerste lid, onder b, BW;
 - 3) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15e, eerste lid, onder b, BW;
 - 4) 8.2, eerste lid, Whc juncto 3:15e, eerste lid, onder c, BW;
 - 5) 8.2, derde lid, Whc juncto 6:227b, eerste lid, onder a, BW;
 - 6) 8.2, derde lid, Whc juncto 6:227b, eerste lid, onder c, BW;
 - 7) 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, eerste lid, onder a, BW;
 - 8) 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, eerste lid, onder f, juncto 7:46d BW;
 - 9) 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, tweede lid, onder a, juncto 7:46c, eerste lid, onder a en f, BW;
 - 10) 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, tweede lid, onder c, BW;
 - 11) 8.5, eerste lid, Whc juncto 7:7, tweede lid, BW.

1.10 De onder c) genoemde last houdt in dat PostGarant de daar genoemde overtredingen beëindigd door:

ten aanzien van de verkoop via internet;

- op de websites dan wel de afzonderlijke vervolgpagina's waarop de producten TopForm, Slim+, Starbright, Superwhite en Lively Spirit (zullen) worden aangeboden, rechtstreeks en permanent toegankelijk te maken voor degene die gebruikt maakt van deze dienst: a) de identiteit van de onderneming, b) het vestigingsadres, c) de gegevens die een snel, effectief en rechtstreeks contact mogelijk maken, door naast het elektronisch postadres ook een telefoon- en/of faxnummer te vermelden, d) de belastingen die bij de prijzen zijn inbegrepen, en het BTW-identificatienummer;
- op de websites dan wel de afzonderlijke vervolgpagina's waarop de producten TopForm, Slim+, Starbright, Superwhite en Lively Spirit (zullen) worden aangeboden duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig aan te geven: a) de stappen die nodig zijn om een bestelling te plaatsen en b) dat een overeenkomst wordt aangegaan ten aanzien van een welkomstpakket, een proefpakket of een gratis product *en* een abonnement op vervolgzendingen;
- op de websites dan wel de afzonderlijke vervolgpagina's waarop de producten TopForm, Slim+, Starbright, Superwhite en Lively Spirit (zullen) worden aangeboden duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig aan te geven: a) op welke wijze inzicht kan worden gekregen in niet gewilde handelingen en b) hoe van de bestelling kan worden afgezien nadat de persoonlijke gegevens van de consument zijn verzonden maar voordat een overeenkomst wordt aangegaan ten aanzien van een welkomstpakket, een proefpakket of een gratis product *en* een abonnement op vervolgzendingen;
- op de websites dan wel de afzonderlijke vervolgpagina's waarop de producten TopForm, Slim+, Starbright, Superwhite en Lively Spirit worden aangeboden duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig aan te geven of de mogelijkheid tot ontbinding van de overeenkomst binnen de termijn van zeven werkdagen van toepassing is bij de overeenkomst die wordt aangegaan voor een welkomstpakket, een proefpakket of een gratis product *en* een abonnement op vervolgzendingen;

- op de websites dan wel de afzonderlijke vervolgpagina's duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig aan te geven dat consumenten die een welkomstpakket, een proefpakket of een gratis product bestellen tevens een betalingsverplichting aangaan ten aanzien van een abonnement op vervolgzendingen;

ten aanzien van reclamecampagnes via e-mail;

- in de emailberichten met een wedstrijdelement duidelijk en ondubbelzinnig te vermelden: a) de identiteit van de onderneming, b) de gegevens die een snel, effectief en rechtstreeks contact mogelijk maken, c) de belastingen die bij de prijzen zijn inbegrepen, d) het BTW-identificatienummer en e) de aard en de voorwaarden voor de aanbieding of deelneming.

ten aanzien van de verkoop via telemarketing (callscripts) n.a.v. reclamecampagnes;

- op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze in de callscripts die gebruikt worden bij de verkoop van de producten TopForm en Superwhite op te nemen: a) de identiteit van de onderneming, b) dat de telemarketeer moet aangeven of er al dan niet een bedenktijd van zeven werkdagen geldt voor de bestelde producten en c) dat indien een bedenktijd geldt, de telemarketeer moet aangeven dat de overeenkomst binnen die termijn zonder opgave van reden kan worden ontbonden en op welke wijze.

ten aanzien van de informatieverplichtingen bij de nakoming van een koop op afstand;

- bij de nakoming van de koop op afstand in de begeleidende brieven bij de eerste zending van de producten Pet's Energy, TopForm, Slim+ en SuperWhite te vermelden: a) de identiteit van de onderneming, b) het bezoekadres van vestiging en c) of er al dan niet een bedenktijd van zeven werkdagen geldt voor de bestelde producten en, zo ja, dat de overeenkomst binnen die termijn zonder opgave van redenen kan worden ontbonden en op welke wijze.

1.11 Bij brief van 23 januari 2008 heeft de Consumentenautoriteit het besluit van diezelfde datum aan PostGarant toegezonden. De Consumentenautoriteit heeft PostGarant in de gelegenheid gesteld om binnen vijf werkdagen na 23 januari 2008 gemotiveerd aan te geven welke gegevens in het sanctiebesluit als vertrouwelijk zouden moeten worden aangemerkt.

- 1.12 Bij brief van 28 januari 2008 heeft PostGarant te kennen gegeven bezwaar te hebben tegen het bekendmaken van vertrouwelijke gegevens en de door de Consumentenautoriteit gehanteerde toetsingscriteria bij de beoordeling van vertrouwelijkheid van gegevens. De Consumentenautoriteit geeft bij brief van 30 januari 2008 in haar reactie onder meer aan dat op verzoek van PostGarant de namen van een aantal vennootschappen worden geschrapt in een voor openbare bekendmaking bestemde versie van het besluit van 23 januari 2008.
- 1.13 Bij brief van 7 februari 2008 aan PostGarant geeft de Consumentenautoriteit aan dat het besluit op 11 februari 2008 zal worden bekendgemaakt door plaatsing op de website van de Consumentenautoriteit en tevens wordt het persbericht toegevoegd. PostGarant laat bij brief van 8 februari 2008 weten het persbericht misleidend te vinden en verzoekt de Consumentenautoriteit om rekening te houden met enkele opmerkingen. Bij brief van 11 februari 2008 geeft de Consumentenautoriteit in reactie op het verzoek van PostGarant aan in het persbericht te vermelden dat bezwaar is aangetekend. Naar aanleiding van de overige opmerkingen zijn geen aanpassingen verricht.
- 1.14 Bij brief van 28 januari 2008 heeft de Consumentenautoriteit het dictum van het besluit van 23 januari 2008 toegezonden aan de Stichting de Ombudsman en de Consumentenbond.
- 1.15 Bij brief van 8 februari 2008 heeft mr. M.C.J. de Schepper namens PostGarant een bezwaarschrift ingediend tegen het besluit van 23 januari 2008 van de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd bij brief van 14 februari 2008. Bij brief van 18 april 2008 zijn de bezwaargronden aangevuld. Tevens is bij brief van 21 april een CD-rom aangeleverd, waarvan de ontvangst door de Consumentenautoriteit 24 april telefonisch is bevestigd.
- 1.16 Bij brief van 21 maart 2008 heeft PostGarant verzocht om uitstel van betaling in afwachting van de afloop van de bezwaarprocedure. De Consumentenautoriteit heeft bij brief van 4 april 2008 aan PostGarant bericht dat geen uitstel van betaling tot datum van onherroepelijke eindbeslissing wordt verleend.

- 1.17 Bij brief van 18 april 2008 is PostGarant door de commissie uitgenodigd haar bezwaarschrift op 4 juni 2008 mondeling toe te lichten. Zowel de Stichting de Ombudsman als de Consumentenbond hebben aangegeven geen gebruik te willen maken van het recht om te worden gehoord en van het recht om stukken uit het dossier in te zien.
- 1.18 Bij brief van 23 mei 2008 heeft de commissie van de Consumentenautoriteit een schriftelijke toelichting op het besluit ontvangen. Deze toelichting is door de commissie bij brief van 27 mei 2008 doorgezonden aan PostGarant.

2. Standpunt PostGarant

- 2.1 PostGarant heeft –samengevat- de volgende bezwaren aangevoerd:

1. Geen verantwoordelijkheid voor gedragingen derden

- 2.2 De Consumentenautoriteit heeft ten onrechte artikel 2.19, eerste lid, Whc niet toegepast en onvoldoende aannemelijk gemaakt dat PostGarant (volledig) verantwoordelijk kan worden gehouden voor de inhoud van de bedoelde advertenties. PostGarant werkt samen met een drietal bedrijven. De consumenten sluiten in eerste instantie met deze bedrijven een overeenkomst, welke vervolgens wordt overgenomen door PostGarant. PostGarant is als opdrachtgever slecht indirect verantwoordelijk voor de inhoud van de advertenties. PostGarant is van oordeel dat geen boete kan worden opgelegd voor gedragingen die haar niet kunnen worden verweten.

2. Compliance en medewerking bij boeteoplegging

- 2.3 De Consumentenautoriteit heeft ten onrechte bij de bepaling van de hoogte van de boetes geen rekening gehouden met compliance en medewerking van PostGarant aan het onderzoek. De compliance blijkt uit de door PostGarant ondernomen stappen naar aanleiding van het rapport van de Consumentenautoriteit van 29 oktober 2007. Zo is per 30 november 2007 de opdracht gegeven de online coupons van de websites van derden te verwijderen en heeft PostGarant alle maatregelen genomen om de overtredingen te beëindigen.

3. Gebruik handelsnaam (artikel 3:15d, eerste lid, onder a, BW)

- 2.4 De Consumentenautoriteit meent ten onrechte dat het vermelden van een handelsnaam onvoldoende is om aan de informatieverplichtingen met betrekking tot het vermelden van de identiteit te voldoen. In het handelsverkeer is het zeer gebruikelijk dat men zich presenteert met een handelsnaam in plaats van de naam van de rechtspersoon. De wetgever sanctioneert en reguleert dit met onder andere de artikelen 2:186, tweede lid, BW en artikel 9 Handelsregisterbesluit. Van het niet vermelden van een identiteit, als bedoeld in artikel 3:15d, eerste lid, onder a, BW is dan ook geen sprake.

4. Geen onderzoek naar daadwerkelijke schade consumenten

- 2.5 De Consumentenautoriteit heeft ten onrechte geen onderzoek verricht naar de ontstane schade bij consumenten naar aanleiding van de aan PostGarant verweten handelswijze. De mate waarin de consumentenbelangen daadwerkelijk zijn geschaad, is door de Consumentenautoriteit niet meegewogen bij het bepalen van de mate van verwijtbaarheid en evenmin in de belangenafweging bij het vaststellen van de sanctie. Het door de Consumentenautoriteit gestelde afnemende consumentenvertrouwen wordt niet of onvoldoende onderbouwd met feiten. Overigens heeft PostGarant zelf in de onderzoeksperiode slechts een gering aantal klachten ontvangen. Volgens PostGarant moet de bij consumenten ontstane schade naar aanleiding van de haar verweten handelswijze daarom zeer gering worden geacht.

5. Geen overtreding artikel 3:15d, eerste lid, onder b, BW

- 2.6 De Consumentenautoriteit is ten onrechte van oordeel dat de vermelding van een postadres onvoldoende is met het oog op de verplichting om gegevens te vermelden die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie mogelijk maken. De Consumentenautoriteit heeft niet gemotiveerd hoe het gebruik van de reguliere post afbreuk doet aan een snelle en correcte klachtafhandeling in een mate die schadelijk dan wel hinderlijk is voor consumenten. Omdat PostGarant over het algemeen een postadres en een emailadres vermeldt, is geen sprake van een overtreding van artikel 3:15d, eerste lid, onder b, BW.

6. Geen waarschuwing voor sanctieoplegging

- 2.7 De Consumentenautoriteit heeft PostGarant ten onrechte niet conform de op haar website gepubliceerde werkwijze eerst gewaarschuwd en de gelegenheid geboden zelf

snel en effectief de verweten gedraging te beëindigen, maar direct een boete opgelegd. PostGarant beroept zich op het vertrouwensbeginsel en stelt dat het niet waarschuwen aan handhaven in de weg staat, dan wel tot matiging van de sanctie moet leiden.

7. Geen overtreding artikel 6:227b, eerste lid, onder a, BW

2.8 De Consumentenautoriteit is ten onrechte van oordeel dat artikel 6:227b, eerste lid, BW van toepassing is. Ingevolge artikel 6:227b, derde lid, BW is het eerste lid van artikel 6:227b BW niet van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend door middel van de uitwisseling van elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie tot stand zijn gekomen. Volgens PostGarant is sprake van een overeenkomst als bedoeld in artikel 6:227b, derde lid, BW omdat een overeenkomst tot stand komt op het moment dat consumenten via de websites hebben gereageerd.

2.9 Voorts meent de Consumentenautoriteit ten onrechte dat artikel 6:227b, eerste lid, onder a, is overtreden. Naar het oordeel van PostGarant is het voldoende duidelijk dat bij invulling van het invulscherm en het klikken op de knop “verzenden” een overeenkomst tot stand komt met een schenkingcomponent en een abonnementcomponent. Verdere handelingen voor de totstandkoming van de overeenkomst zijn niet vereist, de toelichting is daarmee impliciet gegeven. De consument wordt via een vermelding op de website omtrent automatische incasso en automatische verlenging geïnformeerd over vervolgzendingen, waaruit blijkt dat het niet enkel een overeenkomst over een gratis proefzending betreft. Het invulscherm is overzichtelijk. Verder wordt in de begeleidende brief bij de eerste zending melding gemaakt van het abonnement, de kosten daarvan, alsmede de wijze waarop een abonnement alsnog kan worden voorkomen.

8. Geen overtreding artikel 6:227b, eerste lid, onder c BW

2.10 De Consumentenautoriteit stelt zich ten onrechte op het standpunt dat PostGarant artikel 6:227b, eerste lid, onder c BW heeft overtreden. Ten aanzien van de schenkingcomponent is het invulscherm overzichtelijk. Voordat een consument op de knop “verzenden” drukt, kan het zijn gegevens controleren. PostGarant stelt zich op het standpunt dat het niet redelijk is om op grond van artikel 6:227b, eerste lid, onder c, BW te verlangen dat PostGarant hetzelfde overzicht nogmaals in een vervolgscherm presenteert, met daarbij het verzoek de bestelling nogmaals te bevestigen. Ten aanzien

van de abonnementcomponent geldt dat in de begeleidende brief bij eerste zending informatie wordt verschaft aan de consument over de wijze waarop ongewenste handelingen kunnen worden hersteld. Daarbij komt dat PostGarant gebruik maakt van een voice-response opzegstelsysteem waarmee consumenten eenvoudig bestellingen en dus abonnementen kunnen opzeggen.

9. Geen overtreding artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW

- 2.11 De Consumentenautoriteit meent ten onrechte dat de verplichtingen inzake koop op afstand van toepassing zijn op de schenkingsovereenkomst. PostGarant benadrukt het onderscheid tussen de schenkingcomponent en de abonnementcomponent en is van oordeel dat de verplichtingen ingevolge artikel 7:46c, eerste lid, BW alleen gelden ten aanzien van de overeenkomst tot afsluiting van een abonnement. PostGarant is van oordeel dat de bedenktijd is verwezenlijkt met de proefperiode van 10 dagen en dat het niet nogmaals gunnen van een bedenktijd geen afbreuk doet aan de rechtspositie van de consument. PostGarant wijst erop dat een consument tweemaal wordt gewezen op de mogelijkheid om op te zeggen, in de bevestigingsmail en de begeleidende brief bij toezending van het proefproduct.

10. Geen overtreding artikel 7:7, tweede lid, BW

- 2.12 De Consumentenautoriteit meent ten onrechte dat sprake is van ongevraagde toezending als bedoeld in artikel 7:7, tweede lid, BW. PostGarant beroept zich hierbij op artikel 3:37 BW en de Haviltex-leer. Naar het oordeel van PostGarant wordt op zowel de websites en de afzonderlijke vervolgpagina's, als in de callscripts van de callcenters, duidelijk aangegeven dat met aanvaarding van de toezending van een welkomstpakket, proefpakket of proefproduct ook een overeenkomst wordt aangegaan voor de toezending van vervolgzendingen. Subsidiar dient volgens PostGarant te gelden dat in de betaling van de vervolgzendingen een aanvaarding van het aanbod van PostGarant tot afname van vervolgzendingen besloten ligt, dan wel dat PostGarant uit de betalingen daarvan mag afleiden, dat de wil op het ontvangen van vervolgzendingen is gericht.

11. Boeteverlagende omstandigheden: financiële positie

- 2.13 De Consumentenautoriteit heeft ten onrechte geen onderzoek gedaan naar de financiële positie van PostGarant, terwijl het ontbreken van inzicht is aangevoerd als

grond voor het niet laten meewegen van deze omstandigheden ter matiging van de opgelegde boetes. Ter onderbouwing van haar financiële situatie overlegt PostGarant een brief van 21 maart 2008 van [NAAM ACCOUNTANT], waaruit blijkt dat PostGarant op dit moment verlies maakt en gelet op haar vermogenspositie niet in staat is de aan haar opgelegde boete te betalen. Voorts wijst PostGarant op de financiële gevolgen van het onderzoek en de zelf getroffen preventiemaatregelen die niet in verhouding staan tot de haar gemaakte verwijten. PostGarant doet nadrukkelijk een beroep op artikel 2.21 Whc.

12. Geen boetebeleid

- 2.14 De Consumentenautoriteit hanteert ten onrechte geen boetebeleid bij het vaststellen van de hoogte van de sanctie. De Consumentenautoriteit handelt in strijd met het verbod van willekeur nu zij geen boeterichtsnoeren gebruikt of op een andere wijze haar beleid betreffende de hoogte van de boetes heeft kenbaar gemaakt. Daarmee miskent de Consumentenautoriteit jarenlange bestuursrechtelijke jurisprudentie. De Consumentenautoriteit meent ten onrechte dat slechts de motivering consistent behoeft te zijn.

13. Lager wettelijk boetemaximum in 2007

- 2.15 De Consumentenautoriteit gaat ten onrechte uit van de in het jaar 2008 geldende maximumboete van € 74.000,-. Gedurende de onderzoeksperiode (januari 2007 tot en met juli 2007) was de maximumboete € 67.000,-. Gelet op de onderzoeksperiode dient aansluiting gezocht te worden bij de geldende maximumboete in 2007, nu naar analogie van artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht in geval van wijziging van wetgeving de gunstigste bepalingen dienen te worden toegepast. Artikel 2.21, tweede lid, Whc bepaalt dat artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing is.

3. Standpunt Consumentenautoriteit

- 3.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de Consumentenautoriteit – samengevat – het volgende naar voren gebracht.

Ad 1. Verantwoordelijkheid voor gedragingen derden

- 3.2 PostGarant meent ten onrechte dat de betrokkenheid van derden een schulduitsluitingsgrond vormen in de zin van artikel 2.19 Whc. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat de betrokkenheid van andere bedrijven PostGarant niet ontslaat van de verantwoordelijkheid voor de verkoop van haar producten. PostGarant heeft geen feiten aangevoerd die onderbouwen dat consumenten een overeenkomst sluiten met een beheerder of eigenaar van een website en dat PostGarant die overeenkomst in een later stadium overneemt.

Ad 2. Compliance en medewerking bij boeteoplegging

- 3.3 De Consumentenautoriteit heeft de mededeling van PostGarant ter hoorzitting van 6 december 2007 inzake de beëindiging van de overtreding, dienovereenkomstig artikel 2.21 Whc, meegewogen bij het bepalen van de hoogte van de boete. De Consumentenautoriteit ziet verder geen aanleiding om de thans opgelegde boete te matigen wegens compliance en medewerking aan het onderzoek.
- 3.4 PostGarant was op 30 maart 2007 al op de hoogte van het onderzoek van de Consumentenautoriteit en heeft haar activiteiten daarna ongewijzigd voortgezet. Op 27 juni 2007 is door ambtenaren van de Consumentenautoriteit in een gesprek met PostGarant toegelicht aan welke wettelijke vereisten niet werd voldaan. Pas op 30 november heeft PostGarant opdracht gegeven tot het off-line zetten van online coupons. Overigens heeft de Stichting Reclame Code al op 23 augustus 2006 een oordeel gegeven over een klacht naar aanleiding van een advertentie in een reclamefolder, die op dezelfde wijze was ingekleed als de websites die door de Consumentenautoriteit zijn onderzocht. PostGarant heeft geen gehoor gegeven aan de aanbeveling van de Reclame Code Commissie om niet op een dergelijke wijze te adverteren.

Ad 3. Gebruik handelsnaam (artikel 3:15d, eerste lid, onder a, BW)

- 3.5 De Consumentenautoriteit is van oordeel dat een handelsnaam onvoldoende is om aan de informatieverplichtingen met betrekking tot het vermelden van de identiteit te voldoen. Volgens de Consumentenautoriteit geeft een handelsnaam niet aan wie de onderneming is en maakt het vermelden van een handelsnaam het voor een consument

moeilijk een onderneming te traceren op het moment dat deze van handelsnaam veranderd.

Ad 4. Geen onderzoek naar daadwerkelijke schade consumenten

- 3.6 De Consumentenautoriteit heeft de daadwerkelijk door consumenten geleden schade en het daadwerkelijk door PostGarant genoten voordeel niet vastgesteld en is daartoe – anders dan PostGarant stelt – ook niet gehouden. In het kader van de beoordeling van de ernst van de overtredingen heeft de Consumentenautoriteit steeds in aanmerking genomen dat de handelspraktijken van PostGarant schade aan het consumentenvertrouwen tot gevolg kunnen hebben.

Ad 5. Overtreding artikel 3:15d, eerste lid, onder b, BW

- 3.7 De Consumentenautoriteit is van mening dat met de vermelding van een postadres en een emailadres door PostGarant onvoldoende gegevens kenbaar zijn gemaakt die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve mogelijk maken. Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit voldoet een postadres niet aan de eisen van snel contact en rechtstreekse en effectieve communicatie, aangezien reguliere post niet eerder dan de volgende dag en door tussenkomst van een derde bezorgd zal worden. Daarbij komt dat het een verplichting betreft in het kader van verlenen van diensten langs elektronische weg en gelet op de snelheid van het elektronische verkeer, acht de Consumentenautoriteit een regulier postadres niet toereikend. In geen enkel geval wordt een telefoonnummer of faxnummer vermeld.

Ad 6. Geen waarschuwing voor sanctieoplegging

- 3.8 De Consumentenautoriteit heeft geen beleid vastgesteld om altijd eerst te waarschuwen alvorens een boete wordt opgelegd. Naar aanleiding van de hoorzitting van 4 juni 2008 geeft de Consumentenautoriteit bij brief van 5 juni 2008 aan dat in de publieksvoorlichting op de website, en wel in de toelichting op een deel van de civielrechtelijke handhaving, mogelijk een zinsnede staat vermeld welke tot verwarring zou kunnen leiden. De Consumentenautoriteit geeft aan dat deze zinsnede zal worden gewijzigd.

Ad 7. Overtreding artikel 6:227b, eerste lid, onder a, BW

- 3.9 De Consumentenautoriteit is van oordeel dat PostGarant bij het aanbieden van producten via algemene, voor een ieder toegankelijke websites, geen vorm van individuele communicatie bedrijft. In de memorie van toelichting wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat artikel 6:227b BW zich vooral richt op overeenkomsten die tot stand komen via een website (Kamerstukken II, 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 55). Artikel 6:227b, eerste lid, BW is dan ook van toepassing.
- 3.10 PostGarant informeert consumenten op haar websites en de afzonderlijke vervolgpagina's onvoldoende over het feit dat na het invullen van de bestelcoupon met het klikken op de knop "verzenden" een overeenkomst tot stand komt inzake de koop van een welkomstpakket, een proefpakket of een gratis product *en* een abonnement op vervolgzendingen. Artikel 6:277b, eerste lid, BW vereist dat de informatieverstrekking duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig is. Daaraan voldoet PostGarant niet. Dat de informatie wordt verstrekt in de begeleidende brief bij eerste zending van het product, zoals PostGarant stelt, doet daar niets aan af. Artikel 6:227b, eerste lid, onder a BW verlangt dat de informatie wordt verstrekt voordat de overeenkomst tot stand komt.
- 3.11 Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit is geen sprake van een overeenkomst bestaande uit een schenkingcomponent en een abonnementcomponent (zie randnummer 3.13). Evenwel is volgens de Consumentenautoriteit ook met een onderscheid tussen een schenkingcomponent en een abonnementcomponent nog steeds sprake is van een overtreding van artikel 6:227b, eerste lid, BW, nu ten aanzien van de schenkingsovereenkomst ook geldt dat PostGarant de informatie moet verstrekken dat met een klik op de knop "verzenden" een overeenkomst tot stand komt.

Ad. 8. Overtreding artikel 6:227b, eerste lid, onder c BW

- 3.12 De Consumentenautoriteit is van oordeel dat met de procedure zoals die op de onderzochte websites wordt gehanteerd en beschreven in randnummer 105 tot en met 115 van het bestreden besluit, de wederpartij niet de mogelijkheid heeft om van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte te geraken en te herstellen voordat de overeenkomst inzake de koop van het welkomstpakket proefpakket of gratis product en een abonnement op vervolgzendingen tot stand komt. Anders dan PostGarant ter hoorzitting van 6 november 2007 heeft betoogd, is in de bevestigingsmail geen

mogelijkheid tot opzegging of ontbinding opgenomen, maar is sprake van een unsubscribe-link.

Ad 9. Overtreding artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW

- 3.13 Volgens de Consumentenautoriteit kan geen sprake zijn van twee te onderscheiden overeenkomsten, nu het niet mogelijk is om een welkomstpakket, een proefpakket of een proefproduct te bestellen, *zonder* abonnement op vervolgzendingen. De vervolgzendingen zijn inherent aan de bestelling van het welkomstpakket, proefpakket of proefproduct en de consument moet zich voor de vervolgzendingen actief afmelden. Artikel 7:46c BW bepaalt dat informatie over de bedenktijd moet worden verstrekt *voordat* de koop op afstand wordt gesloten. Met de bevestigingsemail en de begeleidende brief bij toezending van het proefproduct, waar PostGarant naar verwijst, wordt niet voldaan aan de informatieverplichtingen van artikel 7:46c BW.

Ad 10. Overtreding artikel 7:7, tweede lid, BW

- 3.14 De Consumentenautoriteit merkt op dat, anders dan PostGarant kennelijk meent, de ongevraagde toezending alleen is vastgesteld ten aanzien van de aanbieding van producten via de websites en de afzonderlijke vervolgpagina's. Ingevolge de memorie van toelichting is sprake van ongevraagde toezending in de zin van artikel 7:7, tweede lid, BW als de consument niet om de zaak heeft verzocht en als de consument geen expliciet akkoord heeft gegeven voor toezending (Kamerstukken II 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 11).
- 3.15 Met de mededelingen in kleiner lettertype op de websites, waaruit consumenten hooguit kunnen afleiden dat zij ook vervolgzendingen bestelden, kan niet worden gesteld dat consumenten expliciet PostGarant om vervolgzendingen hebben verzocht of daar een expliciet akkoord voor hebben gegeven. Ook kan de Consumentenautoriteit PostGarant niet volgen in haar betoog dat in de betaling van de vervolgzendingen een aanvaarding ligt besloten. Om een expliciet akkoord is in elk geval niet verzocht, zodat sprake is van ongevraagde toezending als bedoeld in artikel 7:7, tweede lid, BW.

Ad 11. Boeteverlagende omstandigheden: financiële positie

- 3.16 Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit is de hoogte van de boete niet onevenredig in verhouding tot de eventuele nadelige gevolgen voor PostGarant. De Consumentenautoriteit geeft aan dat bij het bepalen van de hoogte van de boete de financiële positie van een onderneming niet doorslaggevend is, gelet op de belangen die de Whc beoogt te beschermen. In het kader van een evenredige belangenafweging wordt een onderneming tijdens een hoorzitting naar aanleiding van een rapport in de gelegenheid gesteld om inzicht te geven in zijn financiële positie. Het is aan een ondernemer om aannemelijk te maken dat zijn financiële positie zo slecht is, dat de gevolgen van de boete niet in verhouding staan tot de ernst en de aard van een overtreding.
- 3.17 PostGarant heeft geen objectieve en inzichtelijke informatie verstrekt over haar financiële positie. De overgelegde documenten (balans per 31 december 2006, winst- en verliesrekening 2006, voorlopige cijfers aangaande omzet en kosten 2007) roepen vragen op die naar het oordeel van de Consumentenautoriteit beantwoording verdienen alvorens een reële inschatting te kunnen maken van de gevolgen van de opgelegde boete voor de financiële positie van PostGarant.

Ad 12. Geen boetebeleid

- 3.18 De Consumentenautoriteit stelt voorop dat geen wettelijke verplichting bestaat tot het opstellen van boetebeleid. Artikel 4:81 Awb kent aan bestuursorganen slechts een bevoegdheid toe om beleidsregels vast te stellen. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat aan het motiveringsvereiste is voldaan, nu in de randnummers 202 tot en met 218 van het bestreden besluit uitvoerig is aangegeven waarmee bij het vaststellen van hoogte van de boete rekening is gehouden.

Ad 13. Lager wettelijk boetemaximum in 2007

- 3.19 In het bestreden besluit staat het boetemaximum van € 74.000 vermeld. Zoals tijdens de hoorzitting van 4 juni 2008 is aangegeven, zal de Consumentenautoriteit in de beslissing op bezwaar verwijzen naar het boetemaximum van 2007. Daarbij wijst de Consumentenautoriteit er op dat zij in het bestreden besluit een veelvoud aan overtredingen heeft geconstateerd en dat de opgelegde boete ver onder de maximale hoogte van de boete is gebleven.

4. Toepasselijke regelgeving

4.1 De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.2 van de Whc belast met onder meer de handhaving van de artikelen 8.2 en 8.5 Whc.

4.2 Artikel 8.2 Whc luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

Artikel 8.2 Whc

1. Degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent als bedoeld in artikel 15d, derde lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, neemt artikel 15d, eerste en tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in acht.

2. Indien commerciële communicatie als bedoeld in artikel 15e, derde lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, zorgt degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt, dat artikel 15e, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in acht wordt genomen.

3. De dienstverlener, bedoeld in het eerste lid, neemt de artikelen 227b, eerste en tweede lid, en 227c, eerste lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht.

(...)

5. Het derde en vierde lid zijn niet van toepassing, indien een overeenkomst uitsluitend door middel van de uitwisseling van elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie tot stand komt.

4.3 Artikel 8.5 luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

Artikel 8.5

1. De toezending van een niet bestelde zaak of het verrichten van een niet opgedragen dienst met het verzoek tot betaling van een prijs, bedoeld in artikel 7, tweede en vierde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, is niet toegestaan.

2. De verkoper of dienstverlener neemt bij een koop op afstand als bedoeld in artikel 46a, onder b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 46c en 46h, eerste, tweede, vierde, vijfde en zevende lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in acht.

(...)

4.4 Artikel 3:15d BW, waarnaar in artikel 8.2 Whc wordt verwezen, luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

Artikel 3:15d BW

1. Degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent, maakt de volgende gegevens gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk voor degenen die gebruik maken van deze dienst, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken:

a. zijn identiteit en adres van vestiging;

b. gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met hem mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronische postadres;

(...)

f. voor zover hij een aan de BTW onderworpen activiteit uitoefent: het btw-identificatienummer zoals bedoeld in artikel 2a, eerste lid, onder g, van de Wet op de Omzetbelasting 1968.

2. De dienstverlener geeft aanduidingen van prijzen in een dienst van de informatiemaatschappij duidelijk en ondubbelzinnig aan, met de uitdrukkelijke vermelding of, en zo mogelijk welke, belasting en leveringskosten daarbij inbegrepen zijn.

(...)

4.5 Artikel 3:15e BW, waarnaar in artikel 8.2 Whc wordt verwezen, luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

3:15e BW

1. Indien commerciële communicatie deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, zorgt degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt dat:

(...)

b. de commerciële communicatie zijn identiteit vermeldt;

c. de commerciële communicatie, indien deze verkoopbevorderende aanbiedingen, wedstrijden of spelen omvat, een duidelijke en ondubbelzinnige vermelding bevat van de aard en de voorwaarden van de aanbieding of de deelneming;

(...)

4.6 Artikel 6:227b BW, waarnaar in artikel 8.2. Whc wordt verwezen, luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

Artikel 6:227b BW

1. Voordat een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt verstrekt degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3 de wederpartij ten minste op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie over:

a. de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen en in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn;

(...)

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;

(...)

3. Lid 1 is niet van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend door middel van de uitwisseling van elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie tot stand zijn gekomen.

4.7 Artikel 7:46c BW, waarnaar in artikel 8.5 Whc wordt verwezen, luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

Artikel 7:46c BW

1. Tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten, moeten aan de wederpartij met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze, de volgende gegevens worden verstrekt, waarvan het commerciële oogmerk ondubbelzinnig moet blijken:

a. de identiteit en, indien de koop op afstand verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan, het adres van de verkoper;

(...)

f. het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e;

2. Tijdig bij de nakoming van de koop op afstand en, voor zover het niet aan derden af te leveren zaken betreft, uiterlijk bij de aflevering, moeten aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk of, voor zover het de in de onderdelen a en c-e bedoelde gegevens betreft, op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager, de volgende gegevens worden verstrekt, behoudens voor zover zulks reeds is geschied voordat de koop op afstand werd gesloten:

a. de gegevens, bedoeld in de onderdelen a-f van lid 1;

(...)

c. het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen;

4.8 Artikel 7:46d BW luidt als volgt:

Artikel 7:46d BW

1. Gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak heeft de koper het recht de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet is voldaan aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen, bedraagt deze termijn drie maanden. De eerste zin is van overeenkomstige toepassing vanaf de voldoening binnen de in de tweede zin bedoelde termijn aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen.
2. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 kan de verkoper, behoudens ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak, aan de koper geen vergoeding in rekening brengen.
3. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 heeft de koper recht op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper betaalde. De teruggave moet zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen na de ontbinding plaatsvinden.
4. De leden 1–3 zijn niet van toepassing op de koop op afstand:
 - a. van zaken waarvan de prijs gebonden is aan de schommelingen op de financiële markt, waarop de verkoper geen invloed heeft;
 - b. van zaken die:
 - 1°. zijn tot stand gebracht overeenkomstig specificaties van de koper;
 - 2°. duidelijk persoonlijk van aard zijn;
 - 3°. door hun aard niet kunnen worden teruggezonden;
 - 4°. snel kunnen bederven of verouderen;
 - c. van audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur, indien de koper hun verzegeling heeft verbroken;
 - d. van kranten en tijdschriften.

4.9 Artikel 7:7 BW luidt, waarnaar in artikel 8.5 Whc wordt verwezen, luidt – voor zover relevant – als volgt:

Artikel 7:7 BW

(...)

2. De toezending aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf van een niet door deze bestelde zaak met het verzoek tot betaling van een prijs, is niet toegestaan. Wordt desalniettemin een zaak toegezonden als bedoeld in de eerste volzin, dan is het in lid 1 bepaalde omtrent de bevoegdheid, de zaak om niet te behouden, van overeenkomstige toepassing.

(...)

- 4.10 Op grond van artikel 2.9 Whc is de Consumentenautoriteit bevoegd om een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen als zij van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden. In de artikelen 2.10 tot en met 2.23 Whc worden nadere voorschriften voor de uitoefening van deze bevoegdheid gegeven.
- 4.11 Op grond van artikel 2.15 Whc bedraagt de bestuurlijke boete ten hoogste het bedrag van de vijfde categorie geldboete, bedoeld in artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht. Ten tijde van het bestreden besluit was dit € 67.000,-.
- 4.12 Artikel 2.19, eerste lid, Whc bepaalt dat de Consumentenautoriteit geen bestuurlijke boete oplegt, voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.
- 4.13 Artikel 2.21, eerste lid, Whc bepaalt dat de Consumentenautoriteit de bestuurlijke boete afstemt op de ernst en duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij dient de Consumentenautoriteit zo nodig rekening te houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

5. Overwegingen commissie

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

- 5.1 Het bezwaarschrift is tijdig ontvangen en voldoet ook overigens aan alle vereisten voor ontvankelijkheid. De commissie gaat daarom in het navolgende inhoudelijk in op de bezwaren die PostGarant aanvoert.

Ten aanzien van de inhoud van het bezwaar

Ad 1. Verantwoordelijkheid voor gedragingen derden

- 5.2 De commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat PostGarant als opdrachtgever eindverantwoordelijk is voor de inhoud van de uitlatingen op de websites en in de reclamecampagnes. Artikel 8.2 Whc richt zich tot degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent ('dienstverlener'); artikel 8.5 Whc richt

zich tot degene die een zaak toezendt met het verzoek een prijs te betalen en tot de verkoper op afstand. Deze wetsbepalingen en de achterliggende wetsbepalingen uit het Burgerlijk Wetboek zien niet op hulppersonen bij de economische activiteit maar richten zich uitdrukkelijk tot degene voor wiens rekening en risico de betreffende economische activiteiten worden verricht. Normaalgesproken hebben de ingeschakelde marketingbureau's deze functie van hulppersoon en dragen opdrachtgevers zoals PostGarant binnen de grenzen van de betreffende wetsbepalingen verantwoordelijkheid voor hun werkzaamheden. PostGarant heeft niet aannemelijk gemaakt dat consumenten in eerste instantie met derden een overeenkomst sluiten, welke vervolgens tegen een vergoeding wordt overgenomen door PostGarant. De betrokkenheid van deze derden staat daarom niet aan de verantwoordelijkheid van PostGarant in de weg en kan evenmin een schulduitsluitingsgrond vormen in de zin van artikel 2.19 Whc.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 2. Compliance en medewerking bij boeteoplegging

- 5.3 De commissie meent dat geen omstandigheden aanwezig zijn die nopen tot matiging van de opgelegde boete. De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat PostGarant pas op 30 november 2007 opdracht heeft gegeven tot het off-line zetten van de online coupons, terwijl PostGarant al op 30 maart 2007 op de hoogte was van het onderzoek en op 27 juni 2007 in een gesprek met ambtenaren van de Consumentenautoriteit is gewezen op de overtredingen. Daarbij constateert de commissie dat PostGarant niet betwist geen gehoor te hebben gegeven aan een aanbeveling van 23 augustus 2006 van de Reclame Code Commissie, naar aanleiding van een klacht in een vergelijkbaar geval (randnummer 103 van het bestreden besluit), om niet op een dergelijke wijze te adverteren. Weliswaar is dat gegeven als zodanig niet beboetbaar maar het geeft wel aan dat PostGarant ervan op de hoogte was dat haar marketingactiviteiten niet als onberispelijk werden gezien door een toonaangevende geschilbeslechtsingsinstantie als de Reclame Code Commissie. Dit gegeven had PostGarant – zeker vanaf 27 juni 2007 – tot de beslissing kunnen brengen om de overtredingen eerder te staken dan zij heeft gedaan. Tegen deze achtergrond is de opvatting van de Consumentenautoriteit gerechtvaardigd.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 3. Gebruik handelsnaam (artikel 3:15d, eerste lid, onder a, BW)

- 5.4 De commissie is – anders dan de Consumentenautoriteit – van oordeel dat een bedrijf gebruik kan maken van zijn handelsnaam teneinde de ‘identiteit’ als bedoeld in artikel 3:15d, eerste lid, onder a, BW kenbaar te maken, mits daarbij ook de juiste adresgegevens worden vermeld. De commissie is van oordeel dat in de gegeven omstandigheden te strenge eisen zouden worden gesteld aan het begrip ‘identiteit’ als altijd ook de exacte naam van de besloten vennootschap die de onderneming drijft, genoemd zou moeten worden. De commissie neemt daarbij in aanmerking dat artikel 3:15d, eerste lid, BW beoogt om gegevens gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk te maken voor degene die gebruik maken van de dienst, teneinde informatie te krijgen of toegankelijk te maken. Met de vermelding van de bij de Kamer van Koophandel ingeschreven handelsnaam in combinatie met de verstrekking aan het publiek van de juiste adresgegevens wordt dit doel naar het oordeel van de commissie voldoende bereikt.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt gegrond te verklaren en adviseert de Consumentenautoriteit om aan het enkel vermelden van een handelsnaam geen consequenties te verbinden, indien daarbij tevens de juiste adresgegevens zijn vermeld.

Ad 4. Geen onderzoek naar daadwerkelijke schade consumenten

- 5.5 Volgens de commissie behoeft de Consumentenautoriteit – anders dan PostGarant stelt – geen onderzoek te verrichten naar de daadwerkelijk geleden schade bij consumenten en schade aan het consumentenvertrouwen. In het kader van de Whc is relevant dat elk handelen of nalaten in strijd met de wettelijke bepalingen schade toebrengt of *kan* toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten (vgl. artikel 1.1, onder f Whc). De constatering van een overtreding, betekent inbreuk op een collectief belang van consumenten waardoor schade zou *kunnen* ontstaan.

Zie in dit verband Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 15-16:

‘In het wetsvoorstel is gekozen om – in navolging van de Europese wetgever – geen strikte definitie van «collectieve belangen» op te nemen. Los van het feit dat een strikte definitie zou kunnen botsen met de vagere Europese norm (en dus de verplichtingen die uit verordening 2006/2004 voortvloeien wellicht niet nagekomen kunnen worden), dienen toezichthouders (en rechters) primair te kijken naar de onderliggende materiële norm waarop inbreuk wordt gemaakt.’

Zie voorts Kamerstukken I 2006/07, 30 411 nr. C, p. 3-5, met betrekking tot de definitie van collectieve consumentenbelangen:

‘ Het moet bij een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten derhalve gaan om een gedraging van een aanbieder die potentieel of daadwerkelijk het effect heeft dat een groep van consumenten op dezelfde manier wordt geraakt.’

En:

‘Het is aan de Consumentenautoriteit om aan te tonen dat sprake is van een collectieve inbreuk. Daarvoor is niet noodzakelijk dat een (groot) aantal consumenten reeds is geschaad door een bepaalde gedraging; voldoende is dat aannemelijk wordt gemaakt dat een grotere groep van consumenten in de toekomst kan worden geraakt door een bepaalde gedraging van een aanbieder, indien deze zijn praktijk niet aanpast. Het voorafgaande betekent dat, zoals de leden van de fractie van het CDA ook aangaven, niet alleen op basis van een kwantitatieve onderbouwing kan worden vastgesteld dat er sprake is van een collectieve inbreuk, maar ook op basis van een kwalitatieve analyse.’

De commissie benadrukt dat het hier niet gaat om een privaatrechtelijk schadebegrip dat betrokken moet worden op de direct betrokken consumenten, maar om een economisch geïnspireerd begrip dat veeleer duidt op de werkelijke of potentiële nadelige beïnvloeding van consumentengedrag en – vertrouwen. Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat met het overtreden van de regels van het consumentenacquis in wervende activiteiten via reclame, internetuitingen en telemarketing in de regel schade toegebracht wordt of toegebracht kan worden aan de collectieve belangen van consumenten. De betreffende regels zien nu juist op

voorkoming van die 'collectieve schade', zodat aan verder bewijs door de Consumentenautoriteit niet spoedig toegekomen hoeft te worden.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 5. Overtreding artikel 3:15d, eerste lid, onder b, BW

- 5.6 De commissie constateert dat de Consumentenautoriteit artikel 3:15d, eerste lid, onder b, BW zodanig interpreteert, dat naast de vermelding van een emailadres ook een telefoonnummer of faxnummer kenbaar moet worden gemaakt. In artikel 3:15d, eerste lid, onder b, BW wordt de vermelding van een telefoonnummer of faxnummer echter niet expliciet genoemd. De wet verlangt 'gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie mogelijk maken'.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt gegrond te verklaren en adviseert de Consumentenautoriteit om nader te motiveren waarom ingevolge artikel 3:15d, eerste lid, onder b, BW naast een emailadres een telefoonnummer of faxnummer moet worden vermeld.

Ad 6. Geen waarschuwing voor sanctieoplegging

- 5.7 De commissie is van oordeel dat PostGarant geen gerechtvaardigd vertrouwen kan ontlenen aan de publieksvoorlichting op de website van de Consumentenautoriteit. De Commissie stelt vast dat de tekst op de website van de Consumentenautoriteit, waar PostGarant in haar brief van 4 juni 2008 naar verwijst, geen concrete zinsnede bevat waarin staat dat de Consumentenautoriteit alvorens er handhavend wordt opgetreden, de overtreder waarschuwt en in de gelegenheid stelt de overtreiding te beëindigen, opdat handhaving kan worden voorkomen. Uit de context van de website moge duidelijk zijn dat het gaat om de overlegplicht van de Consumentenautoriteit in het kader van de civielrechtelijke verzoekschriftprocedure, die hier niet aan de orde is. Daarbij komt dat van een professionele marktdeelnemer, zoals PostGarant, mag worden verwacht dat verder wordt gekeken dan enkel naar de publiekssite van de Consumentenautoriteit en dat deze geen gerechtvaardigd vertrouwen kan en mag ontlenen aan de op de website gedane meer algemene opmerkingen en toelichtingen.

Gelet op het voorgaande kan het beroep van PostGarant op het vertrouwensbeginsel volgens de commissie niet slagen.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 7. Overtreding artikel 6:227b, eerste lid, onder a, BW

- 5.8 De commissie is van oordeel dat PostGarant bij haar wijze van aanbieden van producten via websites, geen vorm van individuele communicatie bedrijft. Artikel 6:227b, eerste lid, BW is dan ook van toepassing.
- 5.9 Naar het oordeel van de commissie brengt artikel 6:227b, eerste lid, onder a BW met zich dat in het onderhavige geval op de webpagina's van de betreffende producten ten minste moet worden vermeld *dat* met een klik op de knop "verzenden" een overeenkomst tot stand komt. Nu PostGarant op de websites en de afzonderlijke vervolgpagina's van de betreffende producten niet duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig vermeldt *dat* een overeenkomst tot stand komt, is de commissie met de Consumentenautoriteit van oordeel dat artikel 6:227b, eerste lid, onder a BW is overtreden.
- 5.10 Overigens verlangt artikel 6:227b, eerste lid, onder a BW volgens de commissie niet dat ook de *inhoud* van de tot stand te komen overeenkomst duidelijk wordt vermeld. Voor zover de Consumentenautoriteit van mening is dat PostGarant artikel 6:227b, eerste lid, onder a, BW heeft overtreden door niet duidelijk te vermelden dat een overeenkomst inzake de koop van een welkomstpakket *en* een abonnement inzake vervolgzendingen tot stand komt, volgt de commissie de Consumentenautoriteit dan ook niet.
- 5.11 Ten aanzien van het door PostGarant gestelde onderscheid in de overeenkomst tussen een schenkingcomponent en een abonnementcomponent oordeelt de commissie als volgt. Dit betoog kan PostGarant niet baten. Uit niets blijkt dat van twee losstaande overeenkomsten sprake zou zijn, en als er al een onderscheid zou bestaan tussen een schenkingcomponent en een abonnementcomponent, dan doet dat niets af aan het feit dat de overeenkomst ook wat betreft het abonnementscomponent met een klik op de

knop “verzenden” tot stand komt. Ook als het betoog van PostGarant gevolgd zou worden, zou dus sprake blijven van overtreding van artikel 8.2 Whc jo. artikel 6:227b lid 1 onder a BW.

De commissie adviseert de bezwaren van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 8. Overtreding artikel 6:227b, eerste lid, onder c, BW

- 5.12 Anders dan de Consumentenautoriteit is de commissie van oordeel dat de feiten waarop het bestreden besluit is gebaseerd, niet de conclusie kunnen dragen dat PostGarant in strijd met artikel 6:227b, eerste lid, onder c, BW heeft gehandeld. Met artikel 6:227b, eerste lid, onder c, BW beoogt de wetgever de consument te beschermen tegen het totstandkomen van een overeenkomst, die als gevolg van ‘bedieningsfouten’, zoals een typefout of onbedoelde muisklik, een andere inhoud heeft dan door de consument gewild was. Verder blijkt uit de toelichting van de wetgever dat artikel 6:227b, eerste lid, onder c, BW de aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij verplicht om informatie te verstrekken over de middelen die hij op grond van artikel 6:227c, eerste lid, BW ter beschikking dient te stellen, opdat de consument voor de aanvaarding van een overeenkomst op de hoogte kan geraken van door hem niet gewilde handelingen en de wijze waarop hij deze kan herstellen.
- 5.13 Uit het bestelproces op de bestelpagina’s van de producten blijkt dat eventuele bedieningsfouten enkel kunnen bestaan uit het invoeren van de naw-gegevens of een onbedoelde klik op de knop “verzenden”. Daarbij komt dat via de bestelpagina slechts één ‘welkomstpakket’ ter zake van één product kan worden besteld. De commissie heeft in haar advies in de zaak Sana Direct ten aanzien van artikel 6:227b, eerste lid, onder c, BW overwogen:

‘Eventuele typefouten bij de invoering van de naw-gegevens blijken als de consument deze gegevens controleert voordat hij op de knop ‘versturen’ klikt. Via de gebruikelijke functies die een computer hiervoor biedt, dan wel door te klikken op de knop ‘wissen’ onderaan de bestelpagina, kan de consument deze typefouten herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt. Het gaat naar het oordeel van de commissie te ver om aan te nemen dat artikel 6:227b,

eerste lid, onder c, BW de aanbieder verplicht om ook bij een zo overzichtelijk bestelproces – waarbij eventuele invoerfouten enkel kunnen bestaan uit een onjuiste invulling van de nawegegevens - te omschrijven hoe de consument van eventuele invoerfouten op de hoogte kan geraken en hoe hij deze kan herstellen.'

En:

'Artikel 6:227b lid 1 onder c BW verplicht aanbieders niet om de consument middelen ter beschikking te stellen tot herstel van een onbedoelde aanvaarding van de overeenkomst. Daaruit volgt dat artikel 6:227b lid 1 onder c BW aanbieders ook niet verplicht om informatie te verstrekken over de mogelijkheden tot herstel van een onbedoelde aanvaarding van de overeenkomst. Met een klik op de knop 'versturen' op de bestelpagina's van Sana Direct komt een overeenkomst tot stand. Daarmee is derhalve in voorkomende gevallen geen sprake van een niet gewilde handeling die vóór de aanvaarding van de overeenkomst en daarmee de totstandkoming van die overeenkomst zou kunnen worden hersteld, maar van een aanvaarding van de overeenkomst zelf. Uit het voorgaande volgt dan ook dat artikel 6:227b lid 1 onder c BW Sana Direct niet ertoe verplicht informatie te verstrekken over de wijze waarop de consument deze onbedoelde aanvaarding kan herstellen.'

- 5.14 Gelet op het voorgaande is de commissie van oordeel dat de last die de Consumentenautoriteit in haar besluit onder randnummer 186 oplegt, verder gaat dan artikel 6:227b BW in de gegeven omstandigheden toelaat.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt gegrond te verklaren.

Ad 9. Overtreding artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW

- 5.15 Uit hetgeen de commissie in onderdeel 5.11 heeft overwogen, volgt dat de commissie van oordeel is dat de overeenkomst inzake het welkomstpakket, proefpakket of proefproduct *en* een abonnement inzake vervolgzendingen gelijktijdig met een klik op de knop "verzenden" tot stand komt. Voorzover PostGarant beoogt te stellen dat de abonnementsovereenkomst pas definitief wordt als niet eerder wordt opgezegd, kan dit betoog haar niet baten, omdat ook in die visie met het drukken op de knop "verzenden" een overeenkomst – zij het onder ontbindende voorwaarde – tot stand komt. PostGarant heeft niet betwist dat de informatie over het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid tot ontbinding niet wordt verstrekt *voordat* de

consument op de verzendknop klikt. Naar het oordeel van de commissie handelt PostGarant in strijd met artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW nu de informatie niet wordt verstrekt voor de totstandkoming van de koopovereenkomst.

De commissie adviseert de bezwaren van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 10. Artikel 7:7, tweede lid, BW

- 5.16 De commissie stelt voorop dat de Consumentenautoriteit de door haar geconstateerde overtreding van artikel 7:7, tweede lid, BW baseert op de wijze van verkoop via internet. De wijze van verkoop via telemarketing is voor de beoordeling van het bestreden besluit in zoverre dan ook niet relevant. Uit de memorie van toelichting blijkt dat van ongevraagde toezending sprake is bij een prestatie zonder voorafgaand verzoek of expliciet consent van de consument (Kamerstukken II 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 11). Nu op de websites en de afzonderlijke vervolgpagina's consumenten nergens expliciet toestemming wordt gevraagd voor vervolgzendingen, is de commissie – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat PostGarant artikel 7:7, tweede lid, BW heeft overtreden. Gelet op het voorgaande ziet de commissie geen aanleiding om in te gaan op het beroep van PostGarant op artikel 3:37 BW en het Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB), omdat artikel 7:7 BW nu eenmaal voorgaat.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 11. Boeteverlagende omstandigheden: financiële positie

- 5.17 Ingevolge artikel 2.21 Whc dient de Consumentenautoriteit bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening te houden met eventuele boeteverlagende omstandigheden. Naar het oordeel van de commissie blijkt uit de randnummers 216 en 217 van het bestreden besluit dat de Consumentenautoriteit bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening heeft gehouden met mogelijke boeteverlagende omstandigheden.

5.18 De commissie is van oordeel dat – anders dan PostGarant stelt – de Consumentenautoriteit geen onderzoek behoeft te verrichten naar de financiële positie van een overtreder. Het is derhalve aan PostGarant om haar slechte financiële positie aannemelijk te maken. Nu de gegevens die PostGarant ter onderbouwing van haar standpunt heeft overgelegd onvoldoende inzicht bieden in haar financiële positie, heeft de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de commissie terecht geen aanleiding gezien tot een eventuele heroverweging op dit punt. De door PostGarant tijdens de hoorzitting van 4 juni 2008 overgelegde aanvullende financiële stukken, doen aan het voorgaande niet af.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 12. Afwezigheid boetebeleid

5.19 Naar het oordeel van de commissie handelt de Consumentenautoriteit met het ontbreken van een boetebeleid niet in strijd met het verbod van willekeur. Ten aanzien van het ontbreken van boetebeleid heeft de commissie in haar advies in de zaak Sana Direct als volgt overwogen:

‘De Commissie stelt vast dat het hier gaat om betrekkelijk nieuwe wetgeving, waardoor het niet uitzonderlijk is te achten dat de Consumentenautoriteit in de praktijk zoekt naar de gedragslijn bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete die het meest doeltreffend is en bovendien in rechte stand kan houden. Dit kan ertoe leiden dat verschillende mogelijkheden worden ‘uitgeprobeerd’, om te komen tot een uitgebalanceerd toemetingbeleid. Daartegen bestaat naar het oordeel van de commissie geen bedenkingen.’

5.20 De commissie is geen bestuursrechtelijke jurisprudentie bekend waaruit volgt dat op het bestuur onder bovengenoemde omstandigheden – zoals PostGarant stelt – de verplichting rust een boetebeleid vast te stellen. Het standpunt van PostGarant inhoudende dat de Consumentenautoriteit ten onrechte meent dat slechts de motivering consistent behoeft te zijn, kan de commissie niet volgen. De commissie heeft in haar advies in de zaak Sana Direct bepaald:

‘Dit neemt echter niet weg dat de keuzen dienen te voldoen aan de eisen van stelselmatigheid en dat – nu geen beleidsregels zijn bekendgemaakt over het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete in het licht van deze wettelijk voorgeschreven criteria – steeds een adequate en consistente motivering van de hoogte dient te worden gegeven.’

- 5.21 De Consumentenautoriteit heeft in de randnummers 202 tot en met 218 van het bestreden besluit uitvoerig gemotiveerd hoe zij de hoogte van de opgelegde boete aan de hand van de in artikel 2.21 Whc genoemde criteria (ernst en duur van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd), alsmede gelet op de na te streven speciale en generale preventie (afschrikwekkende werking van de boete), heeft bepaald. De commissie acht de hoogte van de boetes die voor de overtredingen zijn opgelegd in het licht van die motivering niet onevenredig.

De commissie adviseert de bezwaren van PostGarant op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 13. Lager wettelijk boetemaximum in 2007

- 5.22 Artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht (ingevolge artikel 2.21, tweede lid, Whc van overeenkomstige toepassing) bepaalt: ‘Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor verdachte gunstigste bepalingen toegepast’. De commissie stelt vast dat de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit is uitgegaan van het in 2008 geldende boetemaximum van € 74.000,-. De commissie is van oordeel dat gelet op de onderzoeksperiode (januari 2007 tot en met juli 2007) in de beslissing op bezwaar aansluiting gezocht moet worden bij het in 2007 geldende boetemaximum van € 67.000,-, zoals de Consumentenautoriteit tijdens de hoorzitting van 4 juni 2008 ook heeft aangegeven.

De commissie adviseert het bezwaar van PostGarant op dit punt gegrond te verklaren.

6. **Conclusie**

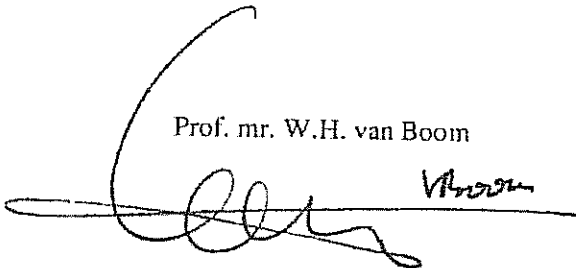
6.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de commissie het bezwaarschrift van PostGarant van 8 februari 2008 tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 23 januari 2008, kenmerk CA/NC/2/67,

- gegrond te verklaren voor zover dat is gericht tegen het deel van het besluit dat betrekking heeft op:
 - de overtreding van artikel 3:15d, eerste lid, onder a, BW;
 - de overtreding van artikel 3:15d, eerste lid, onder b, BW;
 - de overtreding van artikel 6:227b, eerste lid, onder c, BW;
 - en het gehanteerde wettelijke boetemaximum bij de sanctieoplegging;
- voor het overige ongegrond te verklaren.

6.2 Het advies is aldus vastgesteld te Den Haag op 7 juli 2008, door de Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit, bestaande uit prof. mr. W.H. van Boom (voorzitter), mr. dr. A.R. Hartmann (extern lid) en H.D. Tolsma (extern lid en secretaris).

Namens de commissie,
de voorzitter.

Prof. mr. W.H. van Boom

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'W.H. van Boom', written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.