

Datum

14 januari 2010

Kenmerk

CA/NCB/437/28

Besluit in zaak 437/Fotosessie.com

Besluit

Besluit van de Consumentenautoriteit als bedoeld in artikel 2.9 Wet handhaving consumentenbescherming tot het opleggen van een boete.

Samenvatting besluit

Fotosessie.com (hierna: Fotosessie) is een onderneming die fotoshoots aanbiedt in haar fotostudio en het resultaat daarvan vastlegt op een digitale drager. Dit gebeurt door de consument via internet te benaderen met de mededeling dat ze geselecteerd is of via de website van Fotosessie waar de consument zelf auditie kan doen. Met name tieners en jongvolwassenen voelen zich aangesproken door de onderneming.

Mede naar aanleiding van signalen van consumenten bij het informatieloket Consuwijzer is besloten een onderzoek in te stellen naar de werkwijze van Fotosessie. De handelspraktijken van Fotosessie zijn door de toezichthoudende medewerkers getoetst aan regels over algemene voorwaarden, koop op afstand en oneerlijke handelspraktijken.

De Consumentenautoriteit heeft geconstateerd dat deze regels door Fotosessie zijn overtreden. Fotosessie heeft bepalingen in haar algemene voorwaarden opgenomen die onredelijk bezwarend zijn voor de consument. Daarnaast heeft Fotosessie niet voldaan aan haar informatieverplichtingen jegens de consument wat betreft de ontbindingsmogelijkheid bij het sluiten van een koop op afstand. Met haar werkwijze heeft Fotosessie zich schuldig gemaakt aan misleidende en agressieve handelspraktijken, die oneerlijk worden geacht.

In dit besluit legt de Consumentenautoriteit hiervoor aan Fotosessie een bestuurlijke boete op met een totaalbedrag van EUR 100.000,-.

1	Verloop van de procedure.....	3
2	De onderneming.....	4
3	Het rapport.....	4
4	Feitelijk kader.....	5
5	Zienschijze Fotosessie.....	9
5.1	Zienschijze Fotosessie: algemeen.....	9
5.2	Zienschijze Fotosessie: feiten en omstandigheden.....	10
5.3	Zienschijze Fotosessie: juridische beoordeling.....	11
5.4	Beoordeling van de zienschijze van Fotosessie door de Consumentenautoriteit.....	11
6	Juridische beoordeling.....	13
6.1	Bevoegdheid.....	13
6.2	Algemene Voorwaarden.....	13
6.3	Informatieverplichtingen bij het sluiten van een koop op afstand.....	16
6.4	Oneerlijke handelspraktijken.....	20
6.4.1	Zwarte lijst: Agressief.....	22
6.4.2	Zwarte lijst: Misleidend.....	24
6.4.3	Agressieve handelspraktijken.....	27
6.4.4	Misleidende handelspraktijken.....	32
6.4.5	Misleidende omissie.....	37
6.5	Overige in het rapport opgenomen overtredingen.....	38
7	Conclusies.....	38
8	Maatregelen.....	38
8.1	Zienschijze Fotosessie: toezeggingstraject.....	39
8.2	Bestuurlijke boete.....	40
8.2.1	Verwijtbaarheid, ernst en duur van de overtredingen.....	41
8.2.2	Boetevaststelling.....	45
8.3	Last onder dwangsom.....	46
8.4	Toerekening van de overtredingen.....	46
9	Besluit.....	47

1 Verloop van de procedure

1. De Consumentenautoriteit ontving in augustus en september 2008 meldingen van consumenten via Consuwijzer die mede aanleiding gaven de werkwijze van Fotosessie.com (hierna ook: Fotosessie) te onderzoeken.¹
2. De meldingen hadden betrekking op de wijze waarop consumenten werden benaderd door de onderneming om een afspraak te maken voor een fotoshoot. Consumenten deden daarnaast melding van de confrontatie met aanmaningen en vorderingen van Fotosessie als gevolg van verzuim van de gemaakte afspraken.
3. In het kader van het onderzoek hebben toezichthouders van de Consumentenautoriteit informatie opgevraagd bij Fotosessie.² Voorts hebben zij een onaangekondigd bedrijfsbezoek gebracht aan Fotosessie. Hierbij is verschillende schriftelijke en digitale informatie meegenomen.³ Tevens zijn verklaringen opgenomen van verschillende werknemers van Fotosessie.⁴
4. Uit het onderzoek is het vermoeden gerezen dat Fotosessie werkwijzen hanteert die in strijd zijn met de in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) opgenomen wettelijke voorschriften omtrent algemene voorwaarden, koop op afstand en oneerlijke handelspraktijken. Hiermee zou Fotosessie de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) overtreden.
5. Na afronding van het onderzoek is op 15 september 2009 tegen Fotosessie rapport⁵ (hierna: het rapport) opgemaakt als bedoeld in artikel 5:48, eerste lid, juncto 5:53, tweede lid, Awb. Het rapport vormt de aanleiding voor dit besluit.
6. Op 30 oktober 2009 heeft ten kantore van de Consumentenautoriteit een hoorzitting plaatsgevonden. Fotosessie heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt om haar zienswijze naar aanleiding van het rapport naar voren te brengen.⁶
7. In dit besluit wordt allereerst ingegaan op de onderneming (hoofdstuk 2). Vervolgens komen het rapport (hoofdstuk 3) en een beschrijving van de feiten (hoofdstuk 4) aan de orde. Dan volgt de zienswijze van Fotosessie (hoofdstuk 5), de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit en de juridische beoordeling (hoofdstuk 6). In het laatste deel van

¹ Stuk 305/5.

² Stuk 305/7 en 305/9.

³ Stuk 305/13, 305/14 en 305/16.

⁴ Stuk 305/17.

⁵ Stuk 305/44.

⁶ Stuk 437/13.

dit besluit (hoofdstukken 7 en 8) zijn de conclusies weergegeven en worden de op te leggen maatregelen vastgesteld.

2 De onderneming

8. Bij aanvang van het onderzoek van de Consumentenautoriteit was Fotosessie.com als eenmanszaak ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 05079715, met als vestigingsadres Baileystraat 12, 8013 RV te Zwolle⁷.
9. De onderneming werd gedreven voor rekening van <directeur>, <geboortedatum>, <adresgegevens>.
10. Als bedrijfsomschrijving van Fotosessie wordt onder andere vermeld '*het vervaardigen van digitale portfolio's en foto-opdrachten voor bedrijven en particulieren; Fotostudio en digitale beelmanipulatie; (...) Talentscouting en -audities*'. Overige handelsnamen van de onderneming zijn onder meer StarStudio en StarsStudio.
11. Per 19 mei 2009 is de onderneming Fotosessie.com ondergebracht in de besloten vennootschap Fotosessie.com B.V., ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder hetzelfde registratienummer en met hetzelfde vestigingsadres als voornoemde eenmanszaak.⁸ De besloten vennootschap MediaFormats Holding B.V., ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 08196999, met als vestigingsadres Ministerlaan 73, 8014 PM te Zwolle, is bestuurder en enig aandeelhouder van Fotosessie.com B.V. De heer <directeur> is bestuurder en enig aandeelhouder van Media Formats Holding B.V.⁹
12. Ter hoorzitting heeft Fotosessie gesteld dat zij op dat moment elf werknemers in dienst had.¹⁰

3 Het rapport

13. In het rapport wordt geconcludeerd dat Fotosessie niet heeft voldaan aan:
 - a. Het verbod onredelijke bezwarende bedingen op te nemen in de algemene voorwaarden (artikel 6:236k BW).
 - b. De informatieverplichtingen bij een koop op afstand (artikelen 7:46c, eerste lid onder f, en 7:46c, tweede lid onder a, BW).

⁷ Stuk 305/1.

⁸ Stuk 437/11, bijlage 1 en 437/18.

⁹ Stuk 437/18.

¹⁰ Zie stuk 437/13.

- c. De wet oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193i, onder h sub 1, 6:193g, onder g, 6:193h, eerste lid, 6:193c, eerste lid onder b, d en f, en 6:193d jo. 6:193f BW).

4 Feitelijk kader

- 14. In het kader van het onderzoek zijn de werkwijzen van Fotosessie onderzocht.
- 15. Bij het werven van nieuwe klanten zijn twee werkwijzen te onderscheiden:¹¹
 - a. Consumenten worden rechtstreeks per e-mail benaderd door Fotosessie met een selectiecode (hierna: werkwijze 1).
 - b. Consumenten kunnen zichzelf aanmelden voor een online auditie via de website van Fotosessie (hierna: werkwijze 2).

Werkwijze 1: Selectiecode

- 16. Bij de werkwijze 1 wordt de consument actief benaderd met een selectiecode.¹² Dit doet Fotosessie door een standaardbericht via mail naar de consument te versturen of op verschillende netwerksites te plaatsen. In het bericht staat vermeld dat de consument is geselecteerd vanwege looks en uitstraling. Met de selectiecode maakt de consument kans op een fotoshoot van EUR 450,-. De consument moet de selectiecode invullen op Fotosessie om kans te maken op die fotoshoot.
- 17. Na het invullen van de selectiecode op de website, aangevuld met naam, telefoonnummer en e-mailadres, wordt de consument gebeld door een medewerker van Fotosessie.
- 18. Het gesprek wordt gevoerd aan de hand van een vast callscript.¹³ In het gesprek wordt de consument verteld dat de ingevoerde selectiecode de consument recht geeft op een gesponsorde korting van EUR 325,-. In plaats van EUR 450,-, betaalt de consument nu EUR 125,- euro voor de fotoshoot.
- 19. De consument wordt gevraagd of hij een afspraak wil maken. Er wordt in dat geval een datum en een tijdstip afgesproken wanneer de fotoshoot zal plaatsvinden.
- 20. Aan het eind van het gesprek vindt sinds december 2008 een opname plaats waarin de gegevens worden gecontroleerd en de afspraak wordt bevestigd (zgn. voicelog). In de voicelog wordt de consument gewezen op de geldende verzuimregeling.

¹¹ Stuk 305/9.

¹² Stuk 305/25.

¹³ Stuk 305/9, bijlage 4 en stuk 305/17, p. 7-8.

21. De verzuimregeling houdt in dat als de consument verzuimt de afspraak na te komen, het gesponsorde bedrag komt te vervallen en de consument de volledige EUR 450,- moet betalen.
22. Ook wordt op alle transacties de algemene voorwaarden van toepassing verklaard. Deze worden meegestuurd met de bevestigingsmail die de consument binnen drie dagen na het telefoongesprek ontvangt.
23. Sinds februari 2009 werkt Fotosessie met een gewijzigd callscript.¹⁴ In deze versie wordt tijdens de voicelog opgenomen dat de consument binnen zeven werkdagen kosteloos de afspraak kan verzetten of annuleren. Hiermee wordt bedoeld dat de consument na het telefoongesprek nog 7 werkdagen heeft om de afspraak te verzetten of annuleren.
24. De consument die zich heeft aangemeld met een selectiecode maar niet telefonisch kan worden bereikt ontvangt een e-mail bericht van Fotosessie.¹⁵ In deze e-mail wordt de consument gevraagd in een reactie aanvullende gegevens te verstrekken en een voorkeursdatum voor de fotoshoot op te geven.

Werkwijze 2: online auditie

25. Op de website van Fotosessie kan de consument zich aanmelden voor een online auditie. Daarmee kan de consument in aanmerking komen voor een (deels gesponsorde) fotoshoot. Het aanmelden op deze manier wordt de online auditie genoemd.
26. Om online auditie te doen dient de consument zijn gegevens in te vullen op de website en een aantal foto's van zichzelf mee te sturen. De consument moet aanvinken akkoord te gaan met de algemene voorwaarden.¹⁶ Ook moet de consument aangeven wel of niet beschikbaar te zijn om betaalde opdrachten te doen via modellenbureaus en castingbureaus.¹⁷
27. Consumenten die zich op deze manier aanmelden, worden opgebeld door een medewerker van Fotosessie. Het gesprek wordt gevoerd aan de hand van een vast callscript.¹⁸
28. Het callscript komt in grote mate overeen met het callscript bij werkwijze 1, behoudens de introductie. De consument wordt bij aanvang van het gesprek verteld dat zijn online auditie is ontvangen en dat hij door de selectie heen is gekomen.

¹⁴ Stuk 305/13, 00305000010004-0005.

¹⁵ Stuk 305/9, bijlage 5.

¹⁶ Stuk 305/6 en 305/7, p. 8.

¹⁷ Stuk 305/6 en 305/12.

29. Het callscript bij werkwijze 2 is sinds februari 2009 gewijzigd.¹⁹ De introductie en de tekst betreffende het opnemen van de voicelog zijn aangepast. In het telefoongesprek maakt Fotosessie een afspraak met de consument voor een fotoshoot op een bepaalde datum.
30. Sinds december 2008 worden ook bij deze werkwijze alle gesprekken opgenomen en vastgelegd in een zogenaamde voicelog.
31. Zoals in werkwijze 1, stuurt Fotosessie de consument die zij niet telefonisch heeft kunnen bereiken een e-mail.²⁰ De consument die deze e-mail ontvangt, dient de gevraagde gegevens in de e-mail in te vullen en een voorkeursdatum voor een fotoshoot op te geven.

Vervolg bij beide werkwijzen

32. Na zowel het maken van een telefonische afspraak als na het maken van een afspraak via e-mail, ontvangt de consument binnen 3 dagen een bevestiging in de vorm van twee e-mails. De e-mails worden aangeduid als de 'herinneringsmail'²¹ en de 'attentiemail'²².
33. Bij de herinneringsmail worden de algemene voorwaarden zoals gehanteerd door Fotosessie meegestuurd als bijlage.²³
34. In de attentiemail staat o.a. dat er een telefonische bandopname van de boekingsafspraken is gemaakt. De consument wordt er op gewezen dat de afspraak bindend en rechtsgeldig is. Ook wordt (nogmaals) gewezen op de verzuimregeling.
35. Vanaf de derde week van februari 2009 wordt in plaats van de 'herinneringsmail' een 'bevestigingsmail'²⁴ gestuurd. Alle aanvullende informatie omtrent de gemaakte afspraak en de fotoshoot, wordt in deze mail net als de algemene voorwaarden als bijlage meegestuurd. Bij de herinneringsmail stond al deze informatie in de mail zelf.
36. Een dag voorafgaand aan de fotoshoot wordt de consument door Fotosessie telefonisch benaderd om hem aan de afspraak te herinneren. Daaropvolgend stuurt Fotosessie een e-mail 'herinnering fotoshoot wel bereikt'.²⁵ Als Fotosessie de consument niet telefonisch heeft kunnen bereiken, ontvangt deze de e-mail 'herinnering fotoshoot'.²⁶

¹⁸ Stuk 305/9, bijlage 3 en stuk 305/17, p. 7-8.

¹⁹ Stuk 305/13, 00305000010002-0003.

²⁰ Stuk 305/9, bijlage 5.

²¹ Stuk 305/9, bijlage 6.

²² Stuk 305/9, bijlage 8.

²³ Stuk 305/9, bijlage 7.

²⁴ Stuk 305/31.

²⁵ Stuk 305/9, bijlage 9.

²⁶ Stuk 305/9, bijlage 10.

De fotoshoot

37. Op de dag van de fotoshoot tekent de consument een 'opdrachtformulier',²⁷ waarin alle afspraken en voorwaarden worden aangegeven.
38. Bij de shoot zijn een fotograaf en een visagiste/kapster aanwezig. De fotograaf maakt het aantal afgesproken foto's van de consument. Enkele foto's worden door de fotograaf na de fotoshoot uitgebreid digitaal nabewerkt.
39. Direct na afloop van de fotoshoot wordt de consument gevraagd een evaluatieformulier in te vullen. De opmerkingen van de consument omtrent de fotoshoot worden gebruikt op de website van Fotosessie.
40. Fotosessie stuurt circa vier tot zes weken na de fotoshoot een cd-rom aan de consument met daarop de tijdens de fotoshoot gemaakte foto's, inclusief de digitaal nabewerkte foto's, een afleverformulier en een instructie voor het aanmaken van een digitaal portfolio.²⁸

Procedure bij het niet nakomen van een afspraak

41. Consumenten die een afspraak verzuimen of annuleren buiten de bedenktijd van zeven werkdagen, krijgen per post een factuur toegestuurd met daarin het bedrag dat ze zouden moeten betalen voor de fotoshoot, zijnde EUR 125,- vermeerderd met EUR 15,- administratiekosten. Op deze factuur wordt aangegeven dat het verschuldigde bedrag eigenlijk EUR 450,- bedraagt, maar dat Fotosessie een minnelijke schikking voorstelt van EUR 140,- inclusief administratiekosten.²⁹
42. Wordt de betalingstermijn van 14 dagen overschreden, dan ontvangt de consument een tweede factuur met het volledige bedrag voor de fotoshoot zonder de korting, wederom vermeerderd met de administratiekosten. Het totale verschuldigde bedrag bedraagt dan EUR 465,-.³⁰
43. Wordt nogmaals niet binnen de betalingstermijn van 14 dagen betaald, dan stuurt Fotosessie het dossier door naar een incassobureau. Fotosessie heeft afspraken omtrent incassovorderingen gemaakt met InkassoUnie te Eindhoven en Intrum Justitia te Den Haag.

²⁷ Stuk 305/9, bijlage 11.

²⁸ Stuk 305/9, bijlage 12.

²⁹ Stuk 305/9, bijlage 15.

³⁰ Stuk 305/9, bijlage 16.

5 Zienswijze Fotosessie

44. Kort weergegeven is door Fotosessie, naar aanleiding van het rapport, op de hoorzitting het volgende naar voren gebracht.

5.1 Zienswijze Fotosessie: algemeen

45. Fotosessie meent dat in het rapport ten onrechte het beeld is gewekt van een louche onderneming³¹ die minderjarigen misleidt en uit is op winstbejag. Fotosessie zegt te goeder trouw te zijn en verwijst daarvoor naar de e-mailcorrespondentie die voorafgaand aan het (rapport)onderzoek met de Consumentenautoriteit is gevoerd. In dit verband benadrukt Fotosessie bovendien dat zij uit die e-mailwisseling heeft begrepen dat haar algemene voorwaarden en haar website niet in strijd met de wet waren. Fotosessie wijst er voorts op dat toen zij haar algemene voorwaarden begin 2009 had aangepast, zij deze ter goedkeuring aan de Consumentenautoriteit heeft voorgelegd.

46. Door Fotosessie wordt erop gewezen dat reeds in 2007 gesprekken hebben plaatsgevonden met de Consumentenautoriteit. In die gesprekken is door medewerkers van de Consumentenautoriteit aangegeven dat indien er aanleiding zou bestaan dat Fotosessie haar handelwijze zou moeten aanpassen, de Consumentenautoriteit contact zou opnemen met Fotosessie om een en ander aan Fotosessie voor te leggen. De Consumentenautoriteit heeft dat evenwel niet gedaan, maar heeft een bedrijfsbezoek gebracht aan Fotosessie hetgeen uitmondde in het rapport.

47. Na ontvangst van het rapport heeft Fotosessie een advocaat om advies gevraagd. Dat heeft ertoe geleid dat de algemene voorwaarden, callscripts en andere relevante documenten met inachtneming van het in het rapport gestelde is aangepast. De website van Fotosessie wordt op zeer korte termijn eveneens aangepast.³² Daarom, alsmede omdat van bewuste misleiding van consumenten geen sprake is, vraagt Fotosessie de Consumentenautoriteit om – in plaats van het opleggen van een boete of last onder dwangsom – een toezeggingstraject te volgen.

³¹ Ter onderbouwing van de stelling dat Fotosessie geen louche onderneming is heeft Fotosessie als bijlage bij de pleitnota betreffende haar zienswijze, enkele foto's gevoegd van de fotostudio van Fotosessie. Daarnaast heeft Fotosessie een verklaring overgelegd waaruit blijkt dat Fotosessie is erkend als leerbedrijf Fotonica. Dat laatste houdt in dat studenten van fotografieopleidingen bij Fotosessie in het kader van hun opleiding een stage kunnen volgen dan wel werken. Zie stuk 437/11, bijlagen 4 en 5.

³² Fotosessie heeft ter hoorzitting aan de hoorcommissie een map overhandigd waarin de bedoelde aangepaste algemene voorwaarden en andere relevante documenten, zoals callscripts, zijn opgenomen. Zie dossierstuk 437/12.

5.2 *Zienswijze Fotosessie: feiten en omstandigheden*

48. In het rapport is naar de mening van Fotosessie ten onrechte het uitgangspunt genomen (onder andere voor de definiëring van de gemiddelde consument) dat Fotosessie zich uitsluitend op jongeren of tieners richt. Fotosessie bestrijdt dit en wijst erop zich te richten op consumenten in het algemeen, maar ook op bedrijven, bijvoorbeeld voor reclamefotografie. Fotosessie voert voorts aan dat op het opdrachtformulier door Fotosessie steeds expliciet vermeld is dat Fotosessie geen modellen-, castingbureau of boekingskantoor is. Fotosessie doet ook geen toezegging of belofte met betrekking tot het verkrijgen van opdrachten of modellenwerk in de toekomst. De Consumentenautoriteit had volgens Fotosessie moeten onderzoeken wat de beweegredenen van de klanten van Fotosessie zijn en hen moeten vragen naar hun ervaringen met Fotosessie. Fotosessie zegt vele positieve reacties te ontvangen.³³
49. Fotosessie erkent dat zij aan de consument die met haar een afspraak voor een fotoshoot heeft, maar daarvoor niet komt opdagen, een factuur stuurt. Dit is volgens Fotosessie gerechtvaardigd omdat personeel van Fotosessie tijd heeft gereserveerd voor de desbetreffende fotoshoot. De aldus gemaakte kosten kunnen op de desbetreffende consument worden herhaald. Fotosessie wijst erop dat dat gebruikelijk is in het economisch verkeer, bijvoorbeeld bij de tandarts.
50. Het is feitelijk juist dat Fotosessie in haar uitingen niet bestaande afdelingen opvoert, maar – anders dan in het rapport wordt geconcludeerd – heeft Fotosessie wel professionele medewerkers in dienst. Hairstylisten en visagistes hebben allen een relevante opleiding genoten en voor de fotograaf geldt hetzelfde.³⁴ Eveneens feitelijk onjuist is de vaststelling in het rapport dat EUR 100,- de gemiddelde prijs zou zijn voor fotoshoots zoals Fotosessie die aanbiedt. Fotosessie heeft ter hoorzitting een groot aantal offertes van concurrenten overgelegd waaruit blijkt dat veelal aanzienlijk hogere prijzen worden gevraagd voor vergelijkbare fotoshoots.³⁵
51. Fotosessie voert voorts aan dat de conclusies in het rapport met betrekking tot de bewerkingstijd van de foto's apert onjuist zijn. Fotosessie betoogt dat de bewerking plaatsvindt op de centrale interne harde schijf van Fotosessie en dat ze vervolgens worden weggeschreven naar een externe harde schijf. De Consumentenautoriteit heeft haar conclusies over de bewerkingstijd ten onrechte gebaseerd op de tijd die nodig is om de bestanden van de interne centrale harde schijf weg te schrijven naar de externe harde schijf.
52. Fotosessie heeft voorts financiële gegevens overgelegd ter onderbouwing van haar standpunt dat zij een kleine onderneming is met een bescheiden winst. Ook Fotosessie

³³ Stuk 437/11, bijlage 7; zij heeft aangegeven desgewenst nog meer positieve reacties te kunnen overleggen.

³⁴ Stuk 437/11, bijlage 9.

³⁵ Stuk 437/11, bijlage 10.

merkt de gevolgen van de financiële crisis en is thans niet in staat om haar directeur zijn salaris uit te betalen.³⁶

5.3 Zienswijze Fotosessie: juridische beoordeling

53. Ten aanzien van de in het rapport geconstateerde overtredingen afzonderlijk benadrukt Fotosessie nogmaals dat zij haar algemene voorwaarden en andere voor haar werkwijze relevante documenten naar aanleiding van het rapport heeft aangepast. Voorts wijst Fotosessie op de feitelijke onjuistheden in het rapport zoals die hiervoor in randnummer 48 tot en met 52 zijn weergegeven. Daarnaast gaat Fotosessie nog in op het navolgende.
54. Fotosessie wijst erop dat het callscript dat zij hanteerde tussen februari 2009 tot aan de datum van de hoorzitting, de mededeling bevat dat de afspraak binnen zeven werkdagen na het telefoongesprek kan worden geannuleerd. Anders dan in het rapport is vastgesteld, is daarmee voldaan aan het vereiste dat moet worden meegedeeld dat de overeenkomst binnen zeven werkdagen na de totstandkoming daarvan kan worden ontbonden.
55. Fotosessie stelt dat haar capaciteit daadwerkelijk beperkt is en haar uitingen aangaande de beperkte beschikbaarheid van fotoshoots zijn dan ook feitelijk juist. Wat betreft haar uitingen merkt Fotosessie voorts op dat een zekere mate van overdrijven eigen is aan reclame en dat van de gemiddelde consument mag worden verwacht dat deze dat begrijpt.

5.4 Beoordeling van de zienswijze van Fotosessie door de Consumentenautoriteit

56. In deze paragraaf beoordeelt de Consumentenautoriteit een (algemeen) deel van de zienswijze van Fotosessie. Voor zover de door Fotosessie aangevoerde argumenten niet in deze paragraaf aan de orde komen, worden zij – omwille van de leesbaarheid – verderop in dit besluit beoordeeld.³⁷
57. Voor zover Fotosessie met haar stellingen betreffende de eerdere contacten met de Consumentenautoriteit, de vermeende toezeggingen van ambtenaren van de Consumentenautoriteit en haar goede trouw,³⁸ wil betogen dat de Consumentenautoriteit geen onderzoek met het oog op het opleggen van een boete of last onder dwangsom had mogen instellen, overweegt de Consumentenautoriteit het volgende.
58. De eerdere contactmomenten tussen de Consumentenautoriteit en Fotosessie vonden plaats in het kader van een handhavingsverzoek van de Belgische autoriteiten.³⁹ In het kader van dat handhavingsverzoek heeft de Consumentenautoriteit de toen door Fotosessie

³⁶ Stuk 437/11, bijlagen 11, 12 en 13.

³⁷ Met name in hoofdstuk 6 en hoofdstuk 8 van dit besluit.

³⁸ Randnummer 45 en 46.

³⁹ Dit zijn de autoriteiten die in België belast zijn met het toezicht op de naleving van consumentenwetgeving.

toegepaste algemene voorwaarden beoordeeld op die onderdelen waarop het handhavingsverzoek van de Belgische autoriteiten betrekking had. Naar aanleiding van die beoordeling heeft de Consumentenautoriteit Fotosessie voor zover nodig op die onderdelen de algemene voorwaarden in overeenstemming met de wet doen brengen.

59. De verantwoordelijkheid voor het naleven van de wet- en regelgeving waarop de Consumentenautoriteit toezicht houdt berust steeds volledig bij de onderneming zelf. De Consumentenautoriteit heeft nimmer de algemene voorwaarden van Fotosessie integraal 'goedgekeurd'. Fotosessie heeft er dan ook niet op kunnen vertrouwen dat de Consumentenautoriteit haar algemene voorwaarden integraal getoetst heeft aan de relevante wet- en regelgeving.
60. Fotosessie heeft verder aangevoerd dat toezichthouders van de Consumentautoriteit in september 2008 aan haar het vertrouwen zouden hebben gegeven dat haar bedrijfsvoering destijds strookte met de wettelijke voorschriften. De Consumentautoriteit overweegt in dit verband dat de door Fotosessie bedoelde contacten tussen medewerkers van de Consumentautoriteit en de directeur van Fotosessie uitsluitend betrekking hadden op een onderdeel van de algemene voorwaarden van Fotosessie, dat in de onderhavige procedure geen rol speelt. Daarnaast hebben die contacten plaatsgevonden in een ander tijdvak dan de periode waarop de overtreding betrekking heeft. Ook anderszins valt uit de citaten die Fotosessie uit de bedoelde contacten heeft weergegeven, niet af te leiden dat medewerkers van de Consumentautoriteit aan Fotosessie het door haar bedoelde vertrouwen zouden hebben gegeven. Dit argument van Fotosessie treft derhalve geen doel.
61. Het argument dat Fotosessie met betrekking tot een aantal van de in het rapport vastgestelde overtredingen haar bedrijfsvoering inmiddels zodanig zou hebben aangepast dat van overtredingen geen sprake meer is, beoordeelt de Consumentenautoriteit als volgt. Deze stelling – wat er overigens ook van moge zijn – kan niet afdoen aan de omstandigheid dat de vastgestelde overtredingen als zodanig wel zijn begaan.
62. Daarbij overweegt de Consumentautoriteit dat het naleven door ondernemingen van de wettelijke voorschriften niet zozeer valt aan te merken als een bijzondere omstandigheid, waarvoor de onderneming behoort te worden beloond, doch veeleer als een normaal onderdeel van de reguliere bedrijfsvoering. Het belonen van Fotosessie voor het alsnog naleven van de regelgeving zou zich in dit verband niet verdragen met de belangen van consumenten, die als gevolg van de overtredingen van Fotosessie zijn benadeeld. Evenmin zou zodanige beloning te rechtvaardigen zijn jegens de concurrenten van Fotosessie, die zich wel van meet af aan hebben gehouden aan de geldende regelgeving.

6 Juridische beoordeling

6.1 Bevoegdheid

63. De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.2 Whc belast met de handhaving van de wettelijke bepalingen, bedoeld in de onderdelen a en b van de bijlage bij de Whc. De in het rapport geconstateerde overtredingen worden vermeld in onderdeel b van de bijlage bij de Whc, welke bepalingen de Consumentenautoriteit bestuursrechtelijk kan handhaven.

64. De Consumentenautoriteit kan optreden als er sprake is van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. De werkwijze van Fotosessie, waarbij de consument via internet benaderd wordt of online auditie kan doen, heeft het kenmerk dat meer consumenten op eenzelfde manier zijn of kunnen worden geschaad, waardoor sprake is van een mogelijke schending van collectieve belangen van consumenten.

6.2 Algemene Voorwaarden

65. In artikel 6:231, onder a, BW is een definitie van algemene voorwaarden opgenomen: *'algemene voorwaarden: een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.'*

66. Algemene voorwaarden tussen een onderneming en een consument mogen geen bedingen bevatten die onredelijk bezwarend kunnen zijn voor de consument. De wettelijke regels omtrent de algemene voorwaarden geven enkele bedingen die in alle gevallen (zwarte lijst) of in sommige gevallen (grijze lijst) worden geacht onredelijk bezwarend te zijn.

67. In artikel 6:236 BW is de zwarte lijst opgenomen. Deze bedingen worden in alle gevallen geacht onredelijk bezwarend te zijn voor de wederpartij.

68. Artikel 6:236, aanhef en onder k, BW luidt als volgt: *"Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend."*

69. Dergelijke bewijsafspraken kunnen de rechten van de consument geheel illusoir maken of de consument anderszins ernstig benadelen. Bewijsafspraken zijn onredelijk bezwarend voor zover de consument in zijn bewijspositie wordt benadeeld, bijvoorbeeld doordat de mogelijkheid om bewijs te leveren wordt beperkt of uitgesloten.

Algemene voorwaarden van Fotosessie

70. Fotosessie heeft algemene voorwaarden opgesteld die zij van toepassing verklaart op alle koopovereenkomsten met particuliere consumenten.⁴⁰ Er is dus sprake van algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 van het BW.
71. Op 1 januari 2009 heeft Fotosessie haar algemene voorwaarden aangepast. Twee bepalingen van deze versie van de algemene voorwaarden zijn tijdens het onderzoek nader bekeken.
72. Artikel 4 van de algemene voorwaarden van Fotosessie ziet op de mogelijkheid van het verzetten van een gemaakte afspraak voor een fotoshoot. Voor zover hier van belang bepaalt voornoemd artikel 4 dat een voor een fotoshoot gemaakte afspraak altijd verzet kan worden vanwege ziekte of in verband met het overlijden van een familielid of bloedverwant. Als bewijs accepteert Fotosessie alleen een origineel doktersbewijs (in geval van ziekte) dan wel een origineel van een overlijdensbericht (in geval van een overlijdensgeval).⁴¹
73. Artikel 14 van de algemene voorwaarden van Fotosessie, genaamd 'uitsluitingen' luidt als volgt: *'Alle andere, ook mondeling gedane, vermeende afspraken of toezeggingen of aanvullingen of garanties of schade betreffende de aanmelding voor de online auditie en/of de uitvoering van de opdracht voor de fotoshoot, welke niet uitdrukkelijk door Fotosessie.com in deze voorwaarden zijn beschreven en/of welke in strijd zijn met bovenstaande voorwaarden en/of welke niet schriftelijk middels een door Fotosessie.com gewaarmerkte e-mail en/of via reguliere post zijn verzonden, worden uitgesloten en daarmee als niet rechtsgeldig afgedaan.'*⁴²
74. Ter hoorzitting heeft Fotosessie verklaard dat deze laatste bepaling in de algemene voorwaarden is opgenomen naar aanleiding van discussies met consumenten. Fotosessie gaf aan dat consumenten zich vaak beriepen op mondeling gemaakte afspraken.⁴³ Het was voor Fotosessie onmogelijk om deze afspraken te verifiëren.

⁴⁰ Stuk 305/19 en 305/31.

⁴¹ Stuk 305/19 en 305/31.

⁴² Stuk 305/19 en 305/31.

⁴³ Stuk 437/13.

*Beoordeling van de Consumentenautoriteit**Artikel 4 van de algemene voorwaarden*

75. Artikel 4 van de algemene voorwaarden beschrijft de verzuimregeling. Consumenten die een overeenkomst aangaan met Fotosessie maken een afspraak voor een fotoshoot. Fotosessie regelt in de verzuimregeling dat (na de wettelijke bedenktijd van zeven werkdagen waarbinnen de consument zonder opgave van redenen mag annuleren of verzetten) de consument de gemaakte afspraak enkel mag verzetten als er sprake is van ziekte of van een overlijdensgeval van een familielid of bloedverwant.
76. Fotosessie benoemt in de algemene voorwaarden de bewijsmiddelen die de consument mag gebruiken om aan te tonen dat er sprake is van ziekte of van een overlijdensgeval. De consument mag dat alleen doen door middel van de in de algemene voorwaarden limitatief opgesomde bewijsstukken, namelijk een origineel doktersbewijs of een origineel overlijdensbericht. Het is voor de consument niet mogelijk om met een ander bewijsmiddel ziekte of een overlijdensgeval aan te tonen.
77. Dit heeft als consequentie dat de consument wordt beperkt in zijn bewijsbevoegdheid. In beginsel zou de consument namelijk met alle mogelijke bewijsmiddelen moeten mogen aantonen dat zijn beroep op de verzuimregeling terecht is. Door voor te schrijven dat een consument dit enkel mag doen met een origineel doktersbewijs of een origineel overlijdensbericht, ofwel door de bewijsmiddelen te beperken, beperkt Fotosessie de bevoegdheid van de consument om bewijs te leveren. Hierdoor wordt de consument in zijn bewijspositie benadeeld.

Artikel 14 van de algemene voorwaarden

78. Artikel 14 van de algemene voorwaarden, genaamd 'uitsluitingen', beoogt het aantal rechtsgeldige afspraken te beperken tot de afspraken die expliciet in de algemene voorwaarden worden genoemd. De voorwaarde geeft aan dat alle andere afspraken, toezeggingen, aanvullingen of garanties, die niet opgenomen zijn in de algemene voorwaarden of die in strijd zijn met de algemene voorwaarden of die niet schriftelijk door Fotosessie zijn bevestigd, niet worden gesloten en als niet rechtsgeldig worden afgedaan.
79. Door dergelijke afspraken per definitie uit te sluiten, wordt het de consument onmogelijk gemaakt om zich op vermeende afspraken te beroepen. Mocht de consument van mening zijn dat er een dergelijke afspraak is gemaakt tussen hem en Fotosessie, wordt hem het recht ontnomen het bestaan hiervan te bewijzen.
80. De Consumentenautoriteit benadrukt dat mondelinge afspraken tussen een onderneming en een consument wel degelijk rechtsgeldig zijn en niet in de algemene voorwaarden zijn uit te sluiten.

81. Derhalve sluit de bepaling de consument af van het leveren van bewijs dat er tussen Fotosessie en hem andere (mondelinge) afspraken of toezeggingen of aanvullingen of garantie of schade, betreffende de aanmelding voor de online auditie en/of de uitvoering van de opdracht voor de fotoshoot, zijn gemaakt.

Conclusie van de Consumentenautoriteit

82. De Consumentenautoriteit stelt vast dat artikel 4 van de algemene voorwaarden van Fotosessie, als hiervoor in randnummer 72 weergegeven, met zich brengt dat de consument die met Fotosessie een afspraak maakt voor een fotoshoot geen ander bewijs kan inbrengen voor het feit dat hij verhinderd is vanwege ziekte of een overlijdensgeval, dan een doktersbewijs dan wel een origineel overlijdensbericht. Deze bepaling beperkt aldus de bevoegdheid van de consument om bewijs te leveren, zoals bedoeld in artikel 6:236, aanhef en onder k, BW.
83. De Consumentenautoriteit stelt tevens vast dat artikel 14 van de algemene voorwaarden van Fotosessie, als hiervoor in randnummer 73 weergegeven, de consument de bevoegdheid ontnemt van het leveren van elk ander bewijs dan de algemene voorwaarden als rechtsgeldig benoemd, om zodoende aan te tonen dat er andere (mondelinge) afspraken zijn gemaakt. Deze bevoegdheid sluit derhalve de bevoegdheid van de consument om bewijs te leveren uit, zoals bedoeld in artikel 6:236, aanhef en onder k, BW.
84. De Consumentenautoriteit concludeert dat de bepalingen op de zwarte lijst, zijnde artikel 6:236 BW, voorkomen en de consument ernstig in zijn bewijspositie benadelen. Derhalve worden de bepalingen, op grond van artikel 6:236 BW, geacht onredelijk bezwarend te zijn voor de consument.
85. De Consumentenautoriteit komt derhalve tot de conclusie dat Fotosessie artikel 8.3 Whc, juncto artikel 6:236, aanhef en onder k, BW heeft overtreden.

6.3 Informatieverplichtingen bij het sluiten van een koop op afstand

86. Artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW bepaalt dat tijdig voordat de overeenkomst op afstand wordt gesloten, aan de wederpartij op duidelijke en begrijpelijke wijze informatie moet worden verstrekt over het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid tot ontbinding als bedoeld in artikel 7:46d BW.
87. Ingevolge artikel 7:46c, tweede lid onder a, juncto eerste lid onder f, BW moet een consument tijdig bij nakoming van de koop op afstand op duidelijke en begrijpelijke wijze

schriftelijk of op een andere duurzame gegevensdrager informatie worden verstrekt over het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid tot ontbinding overeenkomstig de artikelen 7:46d, eerste lid, en 7:46e BW, de zogenaamde bedenktijd.

88. Volgens artikel 7:46d van het BW kan de consument binnen de bedenktijd van zeven werkdagen de overeenkomst ontbinden. Artikel 7:46i, zesde lid, BW geeft aan dat de bedenktijd gaat lopen vanaf het sluiten van de overeenkomst.
89. Artikel 7:46i, eerste lid, BW bepaalt dat onder meer artikel 7:46c BW en artikel 7:46d, eerste lid, BW van overeenkomstige toepassing zijn op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten.

Werkwijze Fotosessie

90. Fotosessie sluit, met gebruikmaking van de werkwijzen 1 en 2, overeenkomsten met consumenten uitsluitend met gebruik van technieken voor communicatie op afstand, namelijk via internet en telefonie. De gesloten overeenkomst strekt tot het verrichten van een dienst, namelijk het maken van een fotoshoot. Daardoor is in casu sprake van een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten, zoals omschreven in randnummer 89, en moet Fotosessie voldoen aan de wettelijke informatieverplichtingen omtrent koop op afstand.
91. Voornoemde overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten komen tot stand op het moment dat de consument tijdens een telefoongesprek een afspraak maakt voor een fotoshoot bij Fotosessie. Daarnaast komt een overeenkomst tot stand op het moment dat Fotosessie, van de consument die zij niet telefonisch kon bereiken, de gezonden e-mail 'selectiebericht'⁴⁴ (volledig) ingevuld terugontvangt.

Beoordeling Consumentenautoriteit, artikel 7:46c, eerste lid onder f, BW

92. De aanbieder moet tijdig vóór de totstandkoming van de overeenkomst aan de consument mededelen of de bedenktijd van toepassing is. Deze mededeling moet op duidelijke en begrijpelijke wijze worden gedaan met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen.⁴⁵
93. De Consumentenautoriteit stelt vast dat in de callscripts voor werkwijzen 1 en 2 zoals Fotosessie die in ieder geval hanteerde van 15 augustus 2008 tot begin februari 2009, geen melding werd gemaakt van het van toepassing zijn van de bedenktijd.⁴⁶ Ook het door Fotosessie aan de consument (die niet per telefoon konden worden bereikt) per e-mail

⁴⁴ Stuk 305/9, bijlage 5.

⁴⁵ Artikel 7:46c, eerste lid aanhef en sub f, BW.

⁴⁶ Stuk 305/9, bijlage 3 en 4.

gezonden selectiebericht, bevatte geen mededeling over het van toepassing zijn van de bedenktijd.⁴⁷

94. In die gevallen waarin tijdens de telefoongesprekken op basis van de callscripts een afspraak werd gemaakt, werd een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten gesloten. Ook als het ingevulde selectiebericht werd terugontvangen kwam een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten werden gesloten. Daarom heeft Fotosessie niet voldaan aan de in artikel 7:46c, eerste lid sub f, BW neergelegde verplichting om tijdig vóór het tot stand komen van de overeenkomst aan de consument mede te delen of de bedenktijd van toepassing is.
95. In februari 2009 heeft Fotosessie haar callscripts gewijzigd. In het callscript voor werkwijze 1 zoals Fotosessie dat hanteert vanaf begin februari 2009 tot 30 oktober 2009, is de mededeling opgenomen dat de consument binnen zeven werkdagen de afspraak kosteloos kan verzetten of annuleren.⁴⁸
96. Ter hoorzitting is door Fotosessie betwist dat artikel 7:46c, eerste lid onder f, BW is overtreden.⁴⁹ Fotosessie heeft namelijk in het gehanteerde callscript de consument erop gewezen dat de afspraak kon worden geannuleerd. Onder annuleren dient in het gangbare taalgebruik hetzelfde te worden verstaan als onder ontbinden.
97. De Consumentenautoriteit volgt Fotosessie in haar zienswijze dat met die mededeling is voldaan aan de plicht om mede te delen of de bedenktijd van toepassing is. Terecht heeft Fotosessie aangevoerd dat met het gebruik van de term annuleren voldoende duidelijk is dat de consument de overeenkomsten tot het maken van een fotoshoot ongedaan kan maken.
98. Echter, de mededeling dat de overeenkomst binnen zeven werkdagen kan worden geannuleerd is alleen opgenomen in het callscript voor werkwijze 1. Het callscript voor werkwijze 2 zoals Fotosessie dat hanteert vanaf begin februari 2009 tot 30 oktober 2009 bevat alleen de mededeling dat de afspraak binnen zeven dagen kosteloos verzet kan worden.⁵⁰ Deze mededeling voldoet naar het oordeel van de Consumentenautoriteit (nog steeds) niet aan het vereiste dat op duidelijke en begrijpelijke wijze aan de consument mededeling wordt gedaan van het (al dan niet) van toepassing zijn van de bedenktijd. Immers, uit deze mededeling blijkt niet dat de consument de overeenkomst binnen zeven werkdagen ook ongedaan kan maken.

⁴⁷ Stuk 305/9, bijlage 5.

⁴⁸ Stuk 305/13, bijlage 3.

⁴⁹ Stuk 437/13.

⁵⁰ Stuk 305/13, bijlage 2.

Beoordeling Consumentenautoriteit; artikel 7:46c, tweede lid en eerste lid onder f, BW

99. Voorts moet uiterlijk bij nakoming van de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten, aan de consument (nogmaals) worden medegedeeld of de ontbindingsmogelijkheid van toepassing is. Deze mededeling dient ofwel schriftelijk te worden gedaan ofwel op een andere de consument ter beschikking staande duurzame gegevensdrager.
100. Met betrekking tot het begrip duurzame gegevensdrager geldt dat een mededeling per e-mail volstaat mits de aanbieder daarbij aan de consument opdraagt om de inhoud van die e-mail op te slaan op een duurzame gegevensdrager, zoals de harddisk van de computer van de consument.⁵¹
101. Fotosessie informeert de consument waarmee ze een overeenkomst op afstand heeft gesloten per e-mail over de details van de overeenkomst. Dit doet zij tot begin februari met de 'herinneringsmail'⁵² en de 'attentiemail'⁵³. In deze e-mails staat geen informatie over de ontbindingsmogelijkheid.
102. Vanaf februari 2009 ontvangt de consument na het sluiten van de overeenkomst op afstand de 'bevestigingsmail'.⁵⁴ Deze e-mail wordt verzonden met drie bijlagen. In de bijlage 'afspraakherinnering' staat informatie opgenomen over de ontbindingsmogelijkheid. In deze e-mail wordt de consument er echter niet op gewezen de informatie op te slaan op een duurzame gegevensdrager.
103. Uiterlijk bij nakoming van de overeenkomst moet daarnaast nog aan de consument worden medegedeeld welke vereisten gelden voor de gebruikmaking van de ontbindingsmogelijkheid. Artikel 7:46c, tweede lid, schrijft voor dat deze mededeling - anders dan Fotosessie in haar zienswijze heeft betoogd - slechts schriftelijk kan geschieden.
104. In dit verband wijst de Consumentenautoriteit erop dat laatstgenoemde bepaling er van uitgaat dat de daar genoemde gegevens schriftelijk worden verstrekt, maar dat ten aanzien van de gegevens genoemd onder a en c tot en met e van die bepaling tevens volstaat dat de gegevens worden verstrekt op een andere de consument ter beschikking staande duurzame gegevensdrager. Nu de mededeling betreffende de vereisten voor gebruikmaking van de bedenktijd niet is opgenomen in artikel 7:46c, tweede lid onder b, BW moet worden

⁵¹ Nota II, Kamerstukken II 1999/2000, 26 861, nr. 3, p.20.

⁵² Stuk 305/9, bijlage 6.

⁵³ Stuk 305/9, bijlage 8.

⁵⁴ Stuk 305/31.

geconcludeerd dat voor die mededeling verstrekking op een andere duurzame gegevensdrager niet volstaat.

105. Zoals hierboven in randnummer 102 omschreven, informeert Fotosessie haar klanten over de ontbindingsmogelijkheid per e-mail. Ook de vereisten die gelden voor de gebruikmaking van de ontbindingsmogelijkheid worden (als bijlage) per e-mail verzonden. Hiermee voldoet Fotosessie niet aan de genoemde informatieverplichting.

Conclusie Consumentenautoriteit

106. Artikel 8.5 Whc schrijft voor dat de handelaar artikel 7:46c BW naleeft. Nu Fotosessie zulks, zoals uit het vorenstaande blijkt, heeft nagelaten, heeft Fotosessie artikel 8.5 Whc juncto 7:46c, eerste lid onder f, BW overtreden.
107. Tevens heeft Fotosessie artikel 8.5 Whc, juncto 7:46c, tweede lid onder a, juncto 7:46c, eerste lid onder f, BW overtreden.

6.4 Oneerlijke handelspraktijken

108. Op 15 oktober 2008 is in werking getreden de wet Oneerlijke Handelspraktijken.⁵⁵ Deze wet geeft uitvoering aan de richtlijn nr. 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.
109. Bij toetsing aan de wettelijke regels over oneerlijke handelspraktijken moet allereerst worden beoordeeld of deze bepalingen van toepassing zijn aan de hand van artikel 6:193a BW. Als dat het geval is, dan wordt bekeken of de handelspraktijk er een is uit de zwarte lijsten (artikelen 6:193i en 6:193g BW). Handelspraktijken die niet op de zwarte lijst staan worden vervolgens getoetst aan de criteria van 'misleidend' (artikelen 6:193c-f BW) en 'agressief' (artikel 6:193h BW) of aan het algemene verbod van artikel 6:193b lid 2.

Toepasselijkheid van de BW-bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken

110. Fotosessie was tot 19 mei 2009 een eenmanszaak en werd gedreven voor rekening en risico van de heer <directeur>. Vanaf laatstgenoemde datum heeft de heer <directeur> de activiteiten waarmee hij handelde onder de naam Fotosessie, ondergebracht in de besloten vennootschap Fotosessie.com B.V. Gesteld kan worden dat de heer <directeur> tot 19 mei 2009 als natuurlijk persoon handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Vanaf die datum handelde de rechtspersoon Fotosessie.com B.V. in de uitoefening van een beroep of bedrijf en handelde de heer <directeur> ten behoeve van die rechtspersoon. Daarmee kan de heer <directeur> en vanaf 19 mei 2009 ook Fotosessie.com B.V. worden beschouwd als

⁵⁵ Stb. 2008, 397.

handelaar zoals bedoeld in artikel 6:193a, lid 1, onder b, van het BW. Onder product wordt in de wet zowel een goed als een dienst verstaan, zo blijkt uit artikel 6:193a, lid 1, onder c, van het BW. Het product dat Fotosessie aanbiedt is een fotoshoot en het resultaat daarvan vastgelegd op een digitale drager. Hiertoe verricht Fotosessie handelspraktijken als bedoeld in artikel 6:193a, lid 1, onder d, van het BW.

De gemiddelde consument

111. In de BW-bepalingen over oneerlijke handelspraktijken speelt het begrip ‘gemiddelde consument’ een belangrijke rol. Dit begrip wordt in artikel 6:193a, tweede lid, BW nader toegelicht. In die bepaling staat dat onder gemiddelde consument mede wordt verstaan: het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voor zien dat die groep wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgegelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product. Ten aanzien van het begrip ‘gemiddelde consument’ in dit besluit, overweegt de Consumentenautoriteit het volgende.
112. In het rapport is de gemiddelde consument gekwalificeerd als ‘jongeren ofwel tieners’. In haar zienswijze⁵⁶ heeft Fotosessie aangegeven dat in het rapport ten onrechte is vastgesteld dat Fotosessie zich uitsluitend richt tot jongeren ofwel tieners. Volgens Fotosessie is het enkele feit dat zij een informele manier van benaderen heeft niet voldoende om die conclusie in belangrijke mate te dragen. Fotosessie wijst erop dat zij minderjarigen bij voorkeur niet uitnodigt, omdat gebleken is dat zij vaak geen toestemming hebben van hun wettelijk vertegenwoordiger. Volgens Fotosessie heeft zij ook via Google geadverteerd en zijn op Hyves ook volwassenen actief.
113. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat de wijze waarop Fotosessie consumenten benadert wel degelijk veel zegt over de doelgroep van Fotosessie. Daarbij gaat het niet alleen om het tutoyeren in de (reclame)uitingen van Fotosessie. De toonzetting op de website, in advertenties, correspondentie en telefoongesprekken (callscripts) is zeer informeel. Daarnaast gebruikt Fotosessie in haar teksten veelvuldig terminologie waarmee een verband wordt gelegd met het werken als model en ook met uiterlijk en uitstraling. Fotosessie adverteerde voorts op netwerksites als Hyves welke hoofdzakelijk door een jong publiek gebruikt worden. Uit dit alles leidt de Consumentenautoriteit af dat Fotosessie zich richt op een jong publiek.
114. Het standpunt van Fotosessie dat zij juist geen tieners, althans geen minderjarigen, benadert omdat zij vaak handelen zonder toestemming van hun ouders, verwerpt de Consumentenautoriteit. Uit het dossier blijkt immers dat er meerdere gevallen zijn waarin

⁵⁶ Stuk 437/12.

ouders van minderjarigen melding hebben gemaakt, in ieder geval bij ConsuWijzer⁵⁷ en bij Fotosessie zelf,⁵⁸ van het feit dat hun kind benaderd is door Fotosessie. Ook het standpunt dat ook op Google is geadverteerd en dat op Hyves ook volwassenen actief zijn, treft geen doel omdat het niet afdoet aan de wijze waarop Fotosessie zich afficheert. Zoals gezegd spreekt dit met name een jong publiek aan.

115. De Consumentenautoriteit is evenwel van oordeel dat niet voldoende is komen vast te staan dat het publiek waarop Fotosessie zich richt, alleen maar bestaat uit ‘jongeren ofwel tieners’. Ook jongvolwassenen kunnen zich aangesproken voelen door de benaderingswijze van Fotosessie. Daarom kwalificeert de Consumentenautoriteit de gemiddelde consument in het onderhavige geval iets ruimer dan in het rapport is gedaan, namelijk als ‘tieners en jongvolwassenen’.

6.4.1 Zwarte lijst: Agressief

116. Artikel 6:193b, eerste lid, BW bepaalt dat een handelaar jegens een consument onrechtmatig handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Uit het derde lid sub b van artikel 6:193b BW volgt dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien deze kwalificeert als agressieve handelspraktijk als bedoeld in (onder meer) artikel 6:193i BW.
117. In laatstgenoemde bepaling wordt een aantal handelspraktijken opgesomd die onder alle omstandigheden agressief zijn. Daarbij wordt (sub h) genoemd: “de bedrieglijke indruk wekken dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen dan wel door een bepaalde handeling te verrichten een prijs zal winnen of een ander soortgelijk voordeel zal behalen, als er in feite (...) geen sprake is van een prijs of een ander soortgelijk voordeel (...)”.

Werkwijze Fotosessie.com

118. Uit het onderzoek en hetgeen hiervoor in randnummer 16 tot en met 24 is weergegeven, komt het volgende naar voren.
119. Bij werkwijze 1 benaderde Fotosessie de consument persoonlijk door het versturen van selectieberichten via (onder andere) netwerksites.⁵⁹ De strekking van die selectieberichten was dat de desbetreffende consument door Fotosessie was geselecteerd vanwege zijn of haar looks en uitstraling. Deze selectie gaf de desbetreffende consument kans op een gratis fotoshoot ter waarde van EUR 450,- indien hij of zij de in het selectiebericht opgenomen

⁵⁷ Stuk 305/5.

⁵⁸ Stuk 305/13, bijlage 9 en 10.

⁵⁹ Stuk 305/25.

persoonlijke selectiecode zou invullen op de website van Fotosessie. Consumenten die vervolgens hun persoonlijke selectiecode alsmede hun contactgegevens invulden op de website van Fotosessie, kregen een bericht met dezelfde strekking als het selectiebericht te zien.⁶⁰

120. Fotosessie gebruikte de aldus verkregen contactgegevens van de consument om deze te benaderen per telefoon. De telefoongesprekken werden gevoerd aan de hand van een callscript.⁶¹ Uit het callscript blijkt dat – kort en zakelijk weergegeven – de consument werd gefeliciteerd met zijn of haar selectie en werd medegedeeld dat de selectiecode recht gaf op een ‘Goldselectie’. Deze Goldselectie zou inhouden dat de consument een fotoshoot bij Fotosessie kon laten maken waarbij een korting op de normale prijs (EUR 450,-) zou worden verleend van EUR 325,-. Het vervolg van het telefoongesprek was erop gericht te komen tot een afspraak voor de fotoshoot.
121. Per begin februari 2009 hanteerde Fotosessie een gewijzigd callscript.⁶² In telefoongesprekken die werden gevoerd met gebruikmaking van dit gewijzigd callscript werd – kort en zakelijk weergegeven – de consument eraan herinnerd dat hij of zij kans kon maken op een gratis fotoshoot en dat hij of zij de selectiecode had ingevuld op de website van Fotosessie. Vervolgens werd aan de consument medegedeeld dat deze een mooie uitstraling heeft en dat Fotosessie om die reden een fotoshoot kon aanbieden met een korting van 75% op de normale prijs (EUR 450,-).⁶³ Het vervolg van het telefoongesprek was erop gericht te komen tot een afspraak voor de fotoshoot.
122. In die gevallen waarin Fotosessie de consument niet telefonisch kon bereiken, stuurde zij deze een e-mail.⁶⁴ In deze e-mail werd – kort en zakelijk weergegeven – de consument medegedeeld dat hij of zij was geselecteerd uit 62.000 personen. Vanwege deze selectie werd de consument uitgenodigd voor het maken van een (test)fotoshoot met een korting van EUR 325,- op de normale prijs (EUR 450,-). Als de consument deze e-mail, ingevuld en met daarbij een (voorkeurs)datum voor de fotoshoot, terugstuurde naar Fotosessie kwam daarmee de afspraak voor de fotoshoot tot stand.
123. Echter, in de praktijk hanteerde Fotosessie altijd⁶⁵ een prijs van EUR 125,- voor de fotoshoot. Uit de administratie van Fotosessie is gebleken dat nooit de op de prijslijst en in correspondentie van Fotosessie genoemde ‘normale’ prijs van EUR 450,- in rekening is gebracht.

⁶⁰ Stuk 305/17, p. 22-24.

⁶¹ Stuk 305/9, bijlage 4.

⁶² Stuk 305/13, bijlage 3.

⁶³ Dit komt neer op een korting van EUR 325.

⁶⁴ Stuk 305/9, bijlage 5.

⁶⁵ Althans, in verreweg de meeste gevallen.

124. Voorts heeft een medewerker van Fotosessie verklaard dat iedereen dezelfde e-mail ontvangt met het bericht dat hij of zij is geselecteerd en dat iedereen Goldselectie – een korting van EUR 325,- op de normale prijs van EUR 450,- – wint. Voorts heeft deze medewerker verklaard dat de selectiecode geen rol speelt bij het bepalen van een winnaar.⁶⁶
125. Daarnaast is ter hoorzitting van de zijde van Fotosessie verklaard dat op haar – toen nog aan te passen – website een fotoshoot wordt aangeboden voor een prijs van EUR 125,-.⁶⁷ De Consumentenautoriteit leidt hieruit af dat Fotosessie steeds een prijs van EUR 125,- voor een fotoshoot heeft willen hanteren en heeft gehanteerd.

Beoordeling Consumentenautoriteit

126. Gelet op het vorenstaande stelt de Consumentenautoriteit vast dat Fotosessie, door de hiervoor in randnummer 119 tot en met 123 beschreven handelwijze bij consumenten bedrieglijk de indruk heeft gewekt dat zij een prijs hebben gewonnen dan wel een ander soortgelijk voordeel (een korting) hebben behaald, terwijl in feite geen sprake was van een prijs of een ander soortgelijk voordeel (een korting). Zij heeft immers fotoshoots aan willen bieden en aangeboden voor EUR 125,-, waarbij zij de consument voorspiegelde dat de eigenlijke prijs EUR 450,- bedroeg en dat de consument een voordeel van EUR 325,- genoot.
127. Gelet op het bepaalde in artikel 6:193i, sub h, jo. 6:193b, eerste lid en derde lid sub b, BW heeft Fotosessie aldus een oneerlijke – meer in het bijzonder een agressieve – handelspraktijk gehanteerd. Daarmee heeft zij jegens consumenten onrechtmatig gehandeld.

Conclusie Consumentenautoriteit

128. Artikel 8.8 Whc schrijft voor dat een handelaar de bepalingen van Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6⁶⁸ van het Burgerlijk Wetboek in acht neemt. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Fotosessie zulks heeft nagelaten door jegens consumenten onrechtmatig te handelen als bedoeld in randnummer 116 hiervoor. Derhalve heeft Fotosessie artikel 8.8 Whc, juncto artikel 6:193i, onder h sub 1, BW overtreden.

6.4.2 Zwarte lijst: Misleidend

⁶⁶ Stuk 305/13, bijlage 1.

⁶⁷ Stuk 437/13.

⁶⁸ Oneerlijke handelspraktijken, artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW.

129. Artikel 6:193b, eerste lid, BW bepaalt dat een handelaar jegens een consument onrechtmatig handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Uit het derde lid sub a van artikel 6:193b BW volgt dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien deze kwalificeert als misleidende handelspraktijk als bedoeld in (onder meer) artikel 6:193g BW.
130. In laatstgenoemde bepaling wordt een aantal handelspraktijken opgesomd die onder alle omstandigheden misleidend zijn. Daarbij wordt (sub g) genoemd: bedrieglijk beweren dat het product slechts gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn of dat het slechts onder speciale voorwaarden gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn om de consument onmiddellijk te doen beslissen en hem geen kans of onvoldoende tijd te geven om een geïnformeerd besluit te nemen.

Werkwijze Fotosessie

131. Uit het onderzoek en in randnummer 25 tot en met 31 hiervoor, blijkt dat bij werkwijze 2 de consument die de website van Fotosessie bezocht op het scherm een uitnodiging te zien kregen om online auditie te doen.⁶⁹ Nadat de consument de button “Doe online auditie” aanklikten verscheen een scherm waarin – kort en zakelijk weergegeven – een actie werd gepromoot welke inhield dat de consument online auditie kon doen om in aanmerking te komen voor één van 3800 gesponsorde fotoshoots. De consument werd aangespoord om meteen te reageren omdat de actie nog slechts geldig zou zijn tot een bepaalde datum.⁷⁰ De consument die zich naar aanleiding hiervan aanmeldde werd door Fotosessie telefonisch, of indien dat niet lukte per e-mail, benaderd voor het maken van een afspraak voor een fotoshoot.
132. Van de zijde van Fotosessie is verklaard dat de actie steeds is verlengd vanwege het succes ervan.⁷¹ De actie zou zijn bedoeld om mensen warm te maken om zich in te schrijven bij Fotosessie, maar – zo is van de kant van Fotosessie benadrukt – niet om direct een afspraak voor een fotoshoot te maken.⁷²
133. In die gevallen waarin met gebruikmaking van werkwijze 1 of 2 een afspraak werd gemaakt, ging het steeds om een fotoshoot waarbij een korting van EUR 325,- werd gesuggereerd op de zogenaamd normale prijs (EUR 450,-).⁷³ Nadat de afspraak was gemaakt stuurde Fotosessie per omgaande een zogenaamde ‘herinneringsmail’ aan de consument.⁷⁴ In de herinneringsmail werd de consument gevraagd om de herinneringsmail ter bevestiging van

⁶⁹ Stuk 305/6.

⁷⁰ Stuk 305/12 en 305/37.

⁷¹ Stuk 305/17, p. 18.

⁷² Stuk 305/6 en 305/17, p. 15 en p. 18.

⁷³ Zie ook randnummer 119 tot en met 125 hiervoor.

⁷⁴ Stuk 305/9, bijlage 8.

de afspraak binnen drie dagen terug te sturen aan Fotosessie. Indien de consument dit zou nalaten, zou de gesuggereerde korting van EUR 325,- komen te vervallen.

Beoordeling Consumentenautoriteit

134. Uit de verklaringen van de kant van Fotosessie dat de actieperiode steeds werd verlengd en dat de gesuggereerde korting van EUR 325,- niet daadwerkelijk kwam te vervallen als een afspraak na meer dan drie dagen werd bevestigd,⁷⁵ concludeert de Consumentenautoriteit dat het door Fotosessie aangeboden product (de fotoshoot) tegen de aangeboden korting niet slechts gedurende beperkte tijd beschikbaar was.⁷⁶
135. Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit heeft Fotosessie met haar gedragingen als omschreven in randnummer 131 tot en met 133 bedrieglijk beweerd dat het product (de fotoshoot) slechts onder speciale voorwaarden (de korting) gedurende zeer beperkte tijd beschikbaar zou zijn. Gelet op hetgeen van de zijde van Fotosessie is verklaard over de reden van het telkens verlengen van de actie,⁷⁷ kan worden aangenomen dat Fotosessie dat deed met het oogmerk de consument snel een beslissing te doen nemen over het maken van een afspraak. De bevestigingsmail waarin de consument werd aangespoord om binnen drie dagen de afspraak te bevestigen, heeft de consument kunnen weerhouden van het binnen de bedenktijd annuleren van de fotoshoot.
136. De Consumentenautoriteit is daarom van oordeel dat Fotosessie haar bedrieglijke bewering deed om de consument onmiddellijk te doen beslissen en hem geen kans of onvoldoende tijd te geven om een geïnformeerd besluit te nemen. Daarmee heeft Fotosessie, gelet op het bepaalde in de artikelen 6:193g, sub g, jo. artikel 6:193b, eerste lid en derde lid sub a, BW, oneerlijke – meer in het bijzonder misleidende – handelspraktijken gehanteerd. Daarmee heeft zij jegens consumenten onrechtmatig gehandeld.

Conclusie Consumentenautoriteit

137. Artikel 8.8 Whc schrijft voor dat een handelaar de bepalingen van Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6⁷⁸ van het Burgerlijk Wetboek in acht neemt. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Fotosessie zulks heeft nagelaten door jegens consumenten onrechtmatig te handelen als bedoeld in randnummer 129 hiervoor. Derhalve heeft Fotosessie artikel 8.8 Whc, juncto 6:193g, onder g, BW overtreden.

⁷⁵ Stuk 305/17, p. 18 en p. 28

⁷⁶ Deze conclusie sluit aan bij hetgeen hiervoor in randnummer 119 tot en met 125 is overwogen. Namelijk dat feitelijk van een actie geen sprake was omdat Fotosessie altijd EUR 125,- voor een fotoshoot in rekening bracht.

⁷⁷ Zie randnummer 132.

⁷⁸ Oneerlijke handelspraktijken, artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW.

6.4.3 *Agressieve handelspraktijken*

138. Artikel 6:193b, eerste lid, BW bepaalt dat een handelaar jegens een consument onrechtmatig handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Uit het derde lid sub b van artikel 6:193b BW volgt dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien deze kwalificeert als agressieve handelspraktijk als bedoeld in onder andere artikel 6:193h, eerste lid, BW.
139. Op grond van artikel 6:193h, eerste lid, BW wordt een handelspraktijk in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, als agressief aangemerkt indien 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 wordt beperkt of kan worden beperkt waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.
140. Uit het tweede lid van artikel 6:193h BW blijkt dat bij de bepaling of een handelspraktijk agressief is, onder meer rekening wordt gehouden met het tijdstip, de plaats, de aard en de vasthoudendheid die bij de handelspraktijk wordt gedemonstreerd, het gebruik van dreigende gedragingen of dreigende of grove taal, bezwarende of disproportionele niet-contractuele belemmeringen die door de handelaar zijn opgelegd ten aanzien van een consument die zijn rechten uit de overeenkomst wenst uit te oefenen waaronder het recht om de overeenkomst te beëindigen of een ander product te kiezen en het dreigen met maatregelen die wettelijk niet kunnen worden genomen.

Werkwijze Fotosessie

141. Uit het onderzoek is gebleken dat Fotosessie zowel bij werkwijze 1 als bij werkwijze 2 callscripts heeft gebruikt om de consument te benaderen voor het maken van een afspraak voor een fotoshoot.⁷⁹ In de callscripts die Fotosessie van in ieder geval 15 oktober 2008 tot februari 2009 heeft gebruikt, wordt onder andere weergegeven dat een gedeelte van het gesprek wordt opgenomen, een zogenaamd voicelog, om te dienen als juridisch bewijs dat de afspraak is gemaakt. De directeur van Fotosessie heeft evenwel verklaard dat de technische functionaliteit om telefoongesprekken op te nemen pas in december 2008 in werking is getreden en dat vóór die tijd – in weerwil van hetgeen in de callscripts vermeld wordt – feitelijk geen voicelogs zijn gemaakt.⁸⁰

⁷⁹ Stuk 305/9, bijlage 3 en 4.

⁸⁰ Stuk 305/17, p. 35.

142. Daarnaast is uit het onderzoek naar voren gekomen dat Fotosessie ongeveer één werkdag nadat een afspraak tot stand gekomen is een afspraakbevestiging in de vorm van twee e-mails stuurde, te weten een 'herinneringsmail' en een 'attentiemail'.⁸¹ In de attentiemail wijst Fotosessie erop dat de telefonisch gemaakte afspraak is vastgelegd op voicelog en dat deze bindend en rechtsgeldig is. De attentiemail is ondertekend met "Het Hoofd Juridische Zaken FOTOSESSIE.COM M. van Diest".⁸² Zoals in het rapport is vastgesteld en ter hoorzitting door Fotosessie is beaamd, heeft Fotosessie geen afdeling juridische zaken en heeft Fotosessie geen M. van Diest in dienst.
143. De Consumentenautoriteit stelt op basis van het onderzoek en het dossier voorts vast dat Fotosessie aan de consument die niet verscheen voor een afspraak voor een fotoshoot, of een afspraak voor een fotoshoot na de bedenktijd annuleerde, een factuur⁸³ stuurde waarin Fotosessie stelde dat de geadresseerde aan Fotosessie was verschuldigd een totaalbedrag van EUR 465,-, bestaande uit EUR 125,- (eigen bijdrage)⁸⁴, EUR 325,- (de eerder verleende korting) en een bedrag van EUR 15,- (administratiekosten). In de factuur werd vervolgens een "minnelijke schikking" voorgesteld à EUR 140,- (zijnde EUR 125,- vermeerderd met EUR 15,- administratiekosten). Deze zogenaamde "Factuur Verzuim / Te Late Annulering Digitale Fotoshoot" bevatte de volgende tekst: "Ontvangen wij geen minnelijke betaling van u binnen de hierboven gestelde uiterlijke betaaltermijn, dan zal automatisch de incassoprocedure worden opgestart via ons incassobureau Inkasso Unie te Eindhoven of Intrum Justitia te Den Haag. Deze minnelijke factuur wordt dan verhoogd tot het bedrag van de werkelijke door fotosessie gemaakte kosten wegens uw verzuim en zal dan derhalve worden verhoogd met het eerder aan u toegekende kortingsbedrag van EUR 325,-. Het verschuldigde bedrag wordt dan tevens vermeerderd met de wettelijk verschuldigde rente en incassokosten. Voor facturen welke niet kunnen worden geïncasseerd, wordt in alle gevallen voor de rechtbank te Zwolle geprocedeerd. Tevens zullen in geval van rechtsgang de kosten van het rechtsgeding worden verhaald." De factuur is ondertekend met "FOTOSESSIE.COM Hoofd Juridische Zaken".
144. Indien voornoemde factuur niet tijdig werd voldaan stuurde Fotosessie een "Factuur Verzuim / Te Late Annulering Digitale Fotoshoot / Verhoging".⁸⁵ Met deze factuur brengt Fotosessie het voornoemde totaalbedrag van EUR 465,- in rekening. Ook in deze factuur wijst Fotosessie erop dat zij, bij het achterwege blijven van betaling, een incassoprocedure zal opstarten, wettelijke rente en incassokosten in rekening zal brengen en zo nodig bij de

⁸¹ Stuk 305/9, bijlage 6 en 8.

⁸² Stuk 305/9, bijlagen 6, 8, 9, 10, 15 en 16.

⁸³ Stuk 305/9, bijlage 15.

⁸⁴ Dit was het bedrag dat Fotosessie met de consument was overeengekomen voor de fotoshoot; daarbij is van belang dat Fotosessie de consument voorhield dat hij een prijsvoordeel genoot van EUR 325 op de normale prijs van EUR 450. Zie randnummer 119 tot en met 125 hiervoor.

⁸⁵ Stuk 305/9, bijlage 16.

rechter zal procederen. De factuur is wederom ondertekend met “FOTOSESSIE.COM Hoofd Juridische Zaken”.

Zienswijze Fotosessie

145. Fotosessie heeft op de hoorzitting verklaard dat zij niet beschikt over een afdeling juridische zaken. Haar toenmalige incassogemachtigden Intrum Justitia te Den Haag en Inkasso Unie te Eindhoven hebben haar geadviseerd om gefingeerde namen of pseudoniemen te gebruiken. Fotosessie heeft destijds aangenomen dat dit geoorloofd was.⁸⁶ Voornoemde incassogemachtigden hebben Fotosessie ook geadviseerd om een marktconforme prijs voor een fotoshoot te presenteren en daarop een korting te verlenen omdat dan bij een eventueel incassotraject aanspraak gemaakt zou kunnen worden op een hoger bedrag.⁸⁷ De Consumentenautoriteit is evenwel van oordeel dat Fotosessie hiervoor zelf verantwoordelijkheid te dragen heeft.
146. In haar zienswijze heeft Fotosessie voorts naar voren gebracht dat bij incassoprocedures altijd werd ingezet op een hoger bedrag dan de kosten van de fotoshoot ad EUR 125,-, maar dat zaken steevast werden geschikt op een bedrag van EUR 50,-. In de praktijk werden geen zaken aanhangig gemaakt bij de rechtbank, omdat Fotosessie vreesde daarmee haar goede naam te schaden.⁸⁸ Dit neemt naar het oordeel van de Consumentenautoriteit evenwel niet weg dat Fotosessie ingeval van verzuim de consument een “Factuur Verzuim / Te Late Annulering Digitale Fotoshoot / Verhoging” stuurde zoals hiervoor is uiteengezet.
147. Ook heeft Fotosessie een vergelijking gemaakt met het verzuimen van een afspraak bij de tandarts; het is – zo stelt Fotosessie – gebruikelijk dat de cliënt die een afspraak verzuimt het consult in rekening wordt gebracht. De Consumentenautoriteit gaat op dit argument in in randnummer 152 hierna.

Beoordeling Consumentenautoriteit: feiten

148. Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit gaat van de hiervoor in randnummer 141 tot en met 144 omschreven handelwijze met betrekking tot de facturen bij verzuim en te late annulering, in aanzienlijke mate dreiging en intimidatie uit.
149. Bij haar oordeel heeft de Consumentenautoriteit in acht genomen dat Fotosessie vanaf het moment dat de consument een afspraak maakt voor een fotoshoot, benadrukt dat een rechtsgeldige overeenkomst tot stand gekomen is en in dat verband de consument

⁸⁶ Stuk 437/13.

⁸⁷ Stuk 437/13.

⁸⁸ Stuk 437/ 13.

meerdere keren voorhoudt dat (een deel van) het telefoongesprek waarin de fotoshoot wordt overeengekomen, wordt opgenomen als voicelog, terwijl – in elk geval tot medio december 2008 – van een geluidsopname feitelijk geen sprake was. Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit kan het in strijd met de waarheid benadrukken dat (een deel van) het telefoongesprek wordt opgenomen geen ander doel hebben dan de consument onder druk te zetten.

150. Voorts doet Fotosessie voorkomen dat zij over een juridische afdeling beschikt. De feitelijk onjuiste informatie over het bestaan van een afdeling juridische zaken wordt door Fotosessie herhaald in de facturen die zij verzendt ingeval van verzuim en te late annulering. Ook met het doen alsof Fotosessie beschikt over een afdeling juridische zaken, heeft Fotosessie de consument onder druk willen zetten.
151. De druk op de consument wordt ten slotte nog verder opgevoerd door te dreigen met incassotrajecten en gerechtelijke procedures als de consument “Factuur Verzuim / Te Late Annulering Digitale Fotoshoot” niet betaalt.
152. Daarnaast verhoogt Fotosessie in de facturen het voor de Fotosessie overeengekomen bedrag aanzienlijk met eerst EUR 15,- en later nog eens EUR 325,-, terwijl daarvoor naar het oordeel van de Consumentenautoriteit juridisch geen enkele basis is, en dreigt zij met het in rekening brengen van meerkosten, zoals wettelijke rente. Wat betreft de vergelijking die Fotosessie maakt met verzuim van een afspraak bij de tandarts⁸⁹ wijst de Consumentenautoriteit er op dat het allerm minst gebruikelijk is om reeds in de eerst verzonden factuur – zonder dat daarvoor een juridische basis bestaat – een hoger bedrag in rekening te brengen dan is overeengekomen en wordt gedreigd met incassoprocedures en gerechtelijke maatregelen.
153. Zoals hiervoor in randnummer 148 tot en met 151 is uiteengezet wordt de consument met de daar beschreven handelspraktijken aanzienlijk onder druk gezet. Daarom kan ervan uitgegaan worden dat de consument door vorenbedoelde handelwijze is geïntimideerd dan wel ongepast beïnvloed. Zodoende heeft Fotosessie de keuzevrijheid of vrijheid van handelen van de consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kunnen beperken, namelijk door de consument onder druk te zetten om de (ten minste tot op zekere hoogte discutabele) facturen te voldoen. De consument heeft hierdoor een besluit over de overeenkomst genomen of kunnen nemen, dat hij anders niet had genomen, te weten het overgaan tot betaling van de factuur van Fotosessie. Op grond hiervan merkt de Consumentenautoriteit de handelspraktijken van Fotosessie aan als agressief.

⁸⁹ Zie randnummer 147.

154. Het vorenstaande geldt te meer nu de gemiddelde consument (tieners en jongvolwassenen), geen enkele ervaring heeft met juridische aangelegenheden, incassoprocedures en dergelijke. Ook in de praktijk is gebleken dat consumenten zich onder druk gezet voelden door de handelwijze van Fotosessie, zoals uit het hiernavolgende blijkt.
155. De Consumentenautoriteit heeft vastgesteld dat de consument de bejegening door Fotosessie daadwerkelijk kwalificeert als intimiderend. Dit blijkt onder meer uit een e-mail van een consument d.d. 27 januari 2009 aan Fotosessie, waarin deze – samengevat – schrijft: niet gediend te zijn van de intimiderende toon de correspondentie van Fotosessie en dat in de gedragscode van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen is voorgeschreven dat debiteuren uitsluitend op gepaste wijze benaderd worden zonder dat bedreigende en/of intimiderende methoden worden gebruikt.⁹⁰ Een andere consument bericht Fotosessie per e-mailbericht van 10 januari 2009: “Ik wil dit graag in termijnen betalen en dus bij deze een betalingsregeling aanvragen. (...) Al met al vind ik het zeer onbegripvol dat het bedrag überhaupt in rekening gebracht wordt, maar daar heb ik overduidelijk niets op in te brengen. Dus bij deze wil ik een betalingsregeling aanvragen voor het minnelijke schikking betalingsvoorstel van EUR 165,-“.⁹¹
156. Ook uit de door ConsuWijzer ontvangen klachten blijkt dat consumenten onder de indruk zijn van de handelwijze van Fotosessie. Bijvoorbeeld de klacht van 28 januari 2009 waarin een consument aangeeft dat haar dochter is benaderd door Fotosessie en Fotosessie uiteindelijk onder verwijzing naar de voicelog stelt dat een afspraak is gemaakt. Deze consument heeft rekeningen en aanmaningen van Fotosessie ontvangen voor een bedrag van EUR 465,-. Een min of meer gelijklopende klacht kwam op 14 april 2009 bij ConsuWijzer binnen. In dit geval betrof het een bedrag van EUR 350,-. Van 2 maart, 16 juni en 6 juli 2009 dateren klachten met dezelfde strekking waarbij de consument aan ConsuWijzer vraagt wat hij kan doen dan wel of hij de facturen van Fotosessie moet betalen.⁹²

Beoordeling Consumentenautoriteit: conclusie

157. De Consumentenautoriteit stelt dan ook vast dat Fotosessie door aldus te handelen in de periode van 15 oktober 2008 tot 30 oktober 2009 de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot haar product, in dit geval de fotoshoot, door intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding aanzienlijk heeft beperkt of kunnen beperken, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst heeft genomen of heeft kunnen nemen dat hij anders niet had genomen.

⁹⁰ Stuk 305/38, bijlage 11.

⁹¹ Stuk 305/38, bijlage 9.

⁹² Stuk 305/5.

158. Dit betekent dat Fotosessie, gelet op het bepaalde in artikel 6:193h BW, aldus een of meerdere oneerlijke – meer in het bijzonder een agressieve – handelspraktijken heeft gehanteerd en daarmee onrechtmatig jegens consumenten heeft gehandeld.
159. Artikel 8.8 Whc schrijft voor dat een handelaar de bepalingen van Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht neemt. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Fotosessie zulks heeft nagelaten door jegens consumenten onrechtmatig te handelen als bedoeld in randnummer 138 hiervoor. Derhalve heeft Fotosessie artikel 8.8 Whc overtreden.

6.4.4 Misleidende handelspraktijken

160. Artikel 6:193b, eerste lid, BW bepaalt dat een handelaar jegens een consument onrechtmatig handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Uit het derde lid sub a van artikel 6:193b BW volgt dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien deze kwalificeert als misleidende handelspraktijk als bedoeld in (onder meer) artikel 6:193c BW. In het eerste lid van laatstgenoemde bepaling wordt bepaald dat een handelspraktijk misleidend is indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van die informatie, zoals ten aanzien van (...) b. de voornaamste kenmerken van het product, zoals (...) van het gebruik te verwachten resultaten (...), waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Werkwijze Fotosessie

161. Het onderzoek van de Consumentenautoriteit naar Fotosessie heeft mede betrekking gehad op de wijze waarop Fotosessie zich presenteert aan de consument. In dat verband is vastgesteld dat Fotosessie veelvuldig uitdrukkingen, formuleringen en dergelijke gebruikt die de indruk wekken dat Fotosessie modellen selecteert en dat Fotosessie een rol van betekenis zou kunnen spelen voor de consument die een carrière als model ambieert. Dit leidt de Consumentenautoriteit af uit de navolgende feiten en omstandigheden.
162. De website van Fotosessie bevat tal van vetgedrukte koppen en banners met teksten als: “Je bent geselecteerd”, “pak nu je kans op een professionele studio fotoshoot met online portfolio en start je carrière bij de grootste fotostudio van de benelux”, “direct online modelling”, “ben je beschikbaar om betaalde opdrachten te doen via modellen- en castingbureau’s?”, “ben je gescout?”, “geen modellenbureau meer nodig! ontvang nu zelf al je opdrachten online via je portfolio!”, “De nieuwste manier om te starten als Model, Acteur of Figurant is vanaf NU in Nederland en België...”, “Maak Glamourfoto’s voor jezelf, je

carriere, of voor je partner, want iedereen kan mooi zijn”, “Stap in de wereld van de Online Opdrachten en wacht nooit meer tevergeefs op je modellenbureau”.⁹³

163. In haar tot individuele consumenten gerichte e-mails en webberichten⁹⁴ als bedoeld in randnummer 16 vraagt Fotosessie “Ben jij beschikbaar als model voor opdrachtwerk?” In diezelfde e-mail meldt Fotosessie vervolgens dat de geadresseerde is “geselecteerd” op basis van “looks en uitstraling”. Nadat de consument een selectiecode heeft ingevuld wordt deze geleid naar de website van Fotosessie.
164. Op de website van Fotosessie kan de consument zich aanmelden voor een “online auditie” (werkwijze 2).⁹⁵ Daartoe moeten zij enkele persoonlijke gegevens invullen alsmede enkele foto’s van zichzelf meesturen. Daarnaast wordt de consument op het invulscherm gevraagd aan te geven of hij of zij beschikbaar is “om betaalde opdrachten te doen via modellenbureaus en castingbureaus” en “om betaalde opdrachten en audities te doen voor TV-producties en TV-commercials via tv-productiebedrijven”.
165. In alle door Fotosessie in elk geval tot aan februari 2009 gebruikte callscripts⁹⁶ voor de werkwijzen 1 en 2, wordt de consument gefeliciteerd met zijn of haar “selectie” welke recht zou geven op een gesponsorde fotoshoot. In deze callscripts wordt meerdere keren gerefereerd aan de “selectie” van de consument. Voorts wordt in deze callscripts gesteld dat de foto’s die de consument in het door Fotosessie na een fotoshoot ter beschikking gestelde internetportfolio plaatst, “regelmatig bekeken kunnen worden door grote reclame- en castingbureaus, waardoor je ook kans maakt om opdrachten te gaan doen”.
166. In de door Fotosessie vanaf februari 2009 tot aan (in ieder geval) 30 oktober 2009 gebruikte callscripts⁹⁷ voor de werkwijzen 1 en 2 wordt aan de consument medegedeeld dat hij of zij volgens Fotosessie “een hele mooie uitstraling” heeft en dat hij of zij daarom wordt uitgenodigd voor een “professionele fotoshoot met maar liefst 75% korting”. In dat verband bevat het callscript nog zinsneden als “omdat we jou tegemoet willen komen, omdat we jou een zeer geschikte kandidaat vinden”. Verderop is in het callscript opgenomen “En wie weet haal je er een hartstikke leuke opdracht uit van een reclame of een casting bureau”.
167. De consument die zich via de website van Fotosessie heeft aangemeld, maar die niet door Fotosessie kon worden bereikt ontving per e-mail een “selectiebericht”.⁹⁸ Ook in dit selectiebericht wordt de consument voorgehouden dat Fotosessie een deel van de fotoshoot

⁹³ Stuk 305/6.

⁹⁴ Stuk 305/25.

⁹⁵ Stuk 305/9, bijlage 1.

⁹⁶ Stuk 305/9, bijlage 3 en 4.

⁹⁷ Stuk 305/13.

⁹⁸ Stuk 305/9, bijlage 5. Zowel werkwijze 1 als werkwijze 2.

betaalt omdat de consument is “geselecteerd” uit “62.000 aanmeldingen”. Daarom zou Fotosessie de consument “willen uitnodigen” om met hem of haar “aan het werk te gaan”. Voorts bevat het selectiebericht de volgende alinea: “Als je dat wilt, kun je met jouw eigen portfolio verder gaan in dit vak en opdrachten gaan doen via casting- en modellenbureau’s. Jouw foto’s zijn dan gemaakt door Fotosessie.com, de grootste FotoStudio van de Benelux. Je komt daarmee dus extra goed voor de dag.” In het selectiebericht wordt verderop als een onderdeel van de fotoshoot genoemd: “ONLINE PORTFOLIO OM OPDRACHTEN TE KUNNEN ONTVANGEN VAN OPDRACHTGEVERS”. Het selectiebericht is ondertekend door “Robin Jansen” van de “AFDELING SELECTIE NEW TALENTS”.

168. Enige tijd nadat de fotoshoot heeft plaatsgevonden ontvangt de consument de foto’s op cd-rom. Bij de cd-rom zit een schrijven met daarin onder andere een “Persoonlijk SponsorVoorstel” voor de consument.⁹⁹ Daarin wordt gesteld dat Fotosessie de fotoshoot van de desbetreffende consument waardeert met het cijfer 8.2 en daarom tegen een gereduceerd tarief een volgende fotoshoot aanbiedt. De brief is ondertekend met “FOTOSESSIE.COM Afdeling Sponsoring Acceptance”.

169. Daarnaast blijkt uit het dossier dat Fotosessie naar aanleiding van fotoshoots en daaropvolgende reacties van individuele consumenten, doet voorkomen dat mogelijk een carrière als model in het verschiet ligt. De Consumentenautoriteit doelt hiermee op e-mailcorrespondentie een consument en Fotosessie waarin door Fotosessie gevraagd wordt of hij aan zijn carrière wil werken en wanneer hij beschikbaar is.¹⁰⁰

Zienswijze Fotosessie

170. In haar zienswijze heeft Fotosessie aangegeven dat zij in het opdrachtformulier aangeeft dat modellenwerk slechts voor zeer weinigen is weggelegd.¹⁰¹ Fotosessie zegt dit ook tijdens het bezoek van cliënten voor een fotoshoot, te benadrukken.

Beoordeling Consumentenautoriteit

171. De Consumentenautoriteit heeft al deze uitingen die verwijzen naar een (kans op een) carrière als model of iets van vergelijkbare aard, beoordeeld in de context waarin zij zijn gedaan en rekening houdend met de gemiddelde consument (tieners en jongvolwassenen). Daarbij heeft zij vastgesteld dat de uitingen talrijk zijn en dat zij in de verschillende contacten die Fotosessie met de consument heeft voordat een afspraak voor een fotoshoot wordt gemaakt, keer op keer worden herhaald, zowel mondeling als schriftelijk. Ook nadat een fotoshoot heeft plaatsgevonden doet Fotosessie in de communicatie met de

⁹⁹ Stuk 305/9, bijlage 12.

¹⁰⁰ Stuk 305/38, bijlage 3 en 4.

¹⁰¹ Stuk 437/12, paragraaf 4.9.

desbetreffende consument, vorenbedoelde uitingen. Over de wijze van presentatie merkt de Consumentenautoriteit op dat de uitingen op de website veelal zijn weergegeven als oneliners in opvallende vetgedrukte koppen en in banners. Daarnaast wordt met de op het invulscherf gestelde vragen over de beschikbaarheid van de consument voor betaald werk als model of voor tv-producties, gesuggereerd dat er kans zou bestaan op een carrière als model. Met het doen van deze uitingen verstrekt Fotosessie aan de consument informatie die de indruk wekt dat de consument is geselecteerd omdat hij mogelijk geschikt is voor een carrière als model.

172. Tijdens het onderzoek is komen vast te staan dat “Robin Jansen” en de afdelingen “Selectie New Talents” en Sponsoring Acceptance” niet bestaan. Voorts is gebleken dat van een “selectie” op basis van “looks en uitstraling” feitelijk nooit sprake is geweest. Van een auditie of van een vorm van kandidatuur of geschiktheid voor een carrière als model is derhalve geen sprake. Dit is tijdens het onderzoek en in de zienswijze van Fotosessie niet door Fotosessie weersproken. Het niet bestaan van voornoemde afdelingen is door Fotosessie zelfs beaamd.¹⁰² Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit kan daaruit worden geconcludeerd dat de desbetreffende door Fotosessie verstrekte informatie feitelijk onjuist is.
173. Naar aanleiding van het onderzoek en van hetgeen Fotosessie ter hoorzitting naar voren heeft gebracht, stelt de Consumentenautoriteit vast dat de dienstverlening van Fotosessie bestaat uit het uitvoeren van de fotoshoot, inclusief visagie en hairstyling, het bewerken en aan de consument ter beschikking stellen van de gemaakte foto’s en het bieden van de mogelijkheid om foto’s te presenteren in een online portfolio op de website van Fotosessie. De dienstverlening van Fotosessie omvat evenwel niet – terwijl Fotosessie dat met de door haar verschaft informatie wel doet voorkomen – de selectie van talent voor modellenwerk, het afnemen audities en het faciliteren van een carrière als model. Het product dat Fotosessie aanbiedt heeft dan ook niet de kenmerken – in termen van het daarvan te verwachte resultaat, maar ook qua inhoud – die Fotosessie suggereert.
174. Dat Fotosessie, zoals zij in haar zienswijze heeft gesteld, in het opdrachtformulier informatie verschaft met de strekking dat zij geen modellenbureau of iets dergelijks is en dat een modellencarrière slechts voor weinigen is weggelegd, kan aan het vorenstaande niet afdoen. Uit het dossier heeft de Consumentenautoriteit namelijk afgeleid dat dit opdrachtformulier tijdens de afspraak voor de fotoshoot aan de consument wordt overhandigd. Echter, de hiervoor bedoelde onjuiste informatie wordt aan de consument juist verstrekt voordat de overeenkomst tot stand komt en met de kennelijke bedoeling om de consument over te halen om een overeenkomst met Fotosessie te sluiten. Uit hetgeen Fotosessie in haar zienswijze stelt, blijkt dat pas als de consument op basis van de onjuiste

¹⁰² Stuk 437/12, paragraaf 3.8 en 3.9.

informatie heeft besloten om een overeenkomst voor een fotoshoot met Fotosessie aan te gaan, Fotosessie benadrukt dat modellenwerk voor slechts zeer weinigen is weggelegd. De onjuiste informatie heeft dan echter zijn – door Fotosessie gewenste – uitwerking al gehad en de consument is er reeds door benadeeld.

175. In het verlengde hiervan heeft de Consumentenautoriteit vastgesteld dat in de algemene voorwaarden¹⁰³ nadrukkelijk wordt gesteld dat Fotosessie geen modellenbureau is. Hierover overweegt de Consumentenautoriteit dat de consument de algemene voorwaarden pas ontvangt nadat de overeenkomst tot stand gekomen is. Daarnaast is het zo dat de algemene voorwaarden als bijlage zijn gevoegd bij een zeer omvangrijke tekst met informatie en aanwijzingen, waarvan verwacht mag worden dat die niet altijd even grondig worden gelezen door de consument en zeker niet door de gemiddelde consument (tieners en jongvolwassenen). Rekening houdend met de wijze van presentatie van de misleidende informatie, kan worden aangenomen dat de mededeling dat Fotosessie geen modellenbureau is de gemiddelde consument (tieners en jongvolwassenen) niet bereikt of in ieder geval niet opweegt tegen de eerdere talrijke uitingen.
176. In randnummer 115 hiervoor is de gemiddelde consument in de onderhavige zaak omschreven als ‘tieners en jongvolwassenen’. Het is algemeen bekend dat tieners en jongvolwassenen gevoelig zijn voor en onzeker zijn over hun uiterlijk. Daarom is te verwachten dat de (op niets gebaseerde) suggestie dat de consument mogelijk geschikt is als model vanwege zijn looks en uitstraling – die door Fotosessie met de in randnummer 162 tot en met 169 bedoelde informatie wordt gewekt – tieners en jongvolwassenen vleit en hen op het verkeerde been zet. De informatie is daarom misleidend. Deze misleidende informatie kan juist een tiener dan wel jongvolwassene verleiden om zich aan te melden bij Fotosessie voor een fotoshoot, terwijl hij dat mogelijk niet gedaan zou hebben als hij wist wat de dienstverlening van Fotosessie daadwerkelijk zou inhouden, te weten hetgeen hiervoor in randnummer 173 is weergegeven.

Conclusie Consumentenautoriteit

177. De Consumentenautoriteit concludeert dat Fotosessie onjuiste informatie verstrekt alsmede informatie verstrekt die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. De informatie is op zichzelf onjuist dan wel misleidend en het onjuiste en misleidende karakter ervan vloeit daarnaast voort uit de algemene presentatie ervan. De onjuiste dan wel misleidende informatie heeft betrekking op de voornaamste kenmerken van het product; meer in het bijzonder op de van de fotoshoot te verwachten resultaten. Het is aannemelijk dat de gemiddelde consument een besluit neemt over een overeenkomst met Fotosessie, dat hij anders niet had genomen. Daarmee heeft Fotosessie, gelet op het bepaalde in de artikelen

¹⁰³ Stuk 305/19, artikel 11.

6:193c, eerste lid sub b, jo. artikel 6:193b, eerst en derde lid sub a, BW, gebruik gemaakt van oneerlijke – meer in het bijzonder misleidende – handelspraktijken. Daarmee heeft zij jegens consumenten onrechtmatig gehandeld.

178. Artikel 8.8 Whc schrijft voor dat een handelaar de bepalingen van Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht neemt. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Fotosessie zulks heeft nagelaten door jegens consumenten onrechtmatig te handelen als bedoeld in randnummer 160 hiervoor. Derhalve heeft Fotosessie artikel 8.8 Whc, juncto artikel 6:193c, eerste lid, onder b, BW overtreden.

6.4.5 Misleidende omissie

179. Artikel 6:193d, eerste lid, BW, geeft aan dat een handelspraktijk eveneens misleidend is indien er sprake is van een misleidende omissie. Volgens het tweede lid van dat artikel moet onder een misleidende omissie worden verstaan iedere handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

180. Artikel 6:193f, onder b, BW bepaalt dat als er sprake is van commerciële communicatie, de informatie genoemd in artikel 7:46c, eerste lid, BW in ieder geval essentieel is. Artikel 7:46c, eerste lid onder f, BW bepaalt dat tijdig voordat de overeenkomst op afstand wordt gesloten, aan de wederpartij op duidelijke en begrijpelijke wijze informatie moet worden verstrekt over het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid tot ontbinding als bedoeld in artikel 7:46d BW.

181. Artikel 3:15^e, derde lid, BW geeft een definitie van commerciële communicatie: elke vorm van communicatie bestemd voor het aanprijzen van diensten van een onderneming die een commerciële activiteit uitoefent.

Beoordeling Consumentenautoriteit

182. Uit de beschreven werkwijzen in randnummer 16 tot en met 31 van Fotosessie kan worden afgeleid dat Fotosessie haar diensten aanprijst via verschillende vormen van communicatie, zoals telefoon en internet. Op grond hiervan kan worden vastgesteld dat er sprake is van commerciële communicatie als gedefinieerd in artikel 3:15e, derde lid, BW. Daarom is artikel 6:193f BW van toepassing en kwalificeert de informatie bedoeld in artikel 7:46c, eerste lid, BW als essentiële informatie die de consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen.

183. In randnummer 106 is door de Consumentenautoriteit geconcludeerd dat Fotosessie nagelaten heeft de (essentiële) informatie bedoeld in artikel 7:46c, eerste lid onder f, BW tijdig aan de consument te verstrekken. Hiermee heeft Fotosessie essentiële informatie weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Dit kwalificeert als een misleidende omissie als bedoeld in artikel 6:193d BW.

Conclusie Consumentenautoriteit

184. Op grond van het vorenstaande concludeert de Consumentenautoriteit dat Fotosessie essentiële informatie heeft weggelaten en daarmee artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193d juncto artikel 6:193f, onder b, BW heeft overtreden.

6.5 Overige in het rapport opgenomen overtredingen

185. Ten aanzien van de in het rapport weergegeven vermoedelijke overtreding van de artikelen 8.8 Whc juncto 6:193c, eerste lid onder f, BW en 8.8 Whc juncto 6:193c, eerste lid, onder d, BW stelt de Consumentenautoriteit in het onderhavige besluit geen overtreding vast.

7 Conclusies

186. De Consumentenautoriteit concludeert dat door Fotosessie.com in strijd is gehandeld met:

- a. artikel 8.8 Whc juncto artikel 8.3 Whc, juncto artikel 6:236, onder k, BW (zwarte lijst bedingen in de algemene voorwaarden);
- b. artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid onder f, BW (informatieverplichting voor de totstandkoming van een koop op afstand);
- c. artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46c, tweede lid onder a, juncto 7:46c, eerste lid onder f, BW (informatieverplichting bij de nakoming van een koop op afstand);
- d. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193i, onder h sub 1, BW (zwarte lijst agressieve handelspraktijken);
- e. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193g, onder g, BW (zwarte lijst misleidende handelspraktijken);
- f. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193h, eerste lid, BW (agressieve handelspraktijken);
- g. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid onder b, BW (misleidende handelspraktijken);
- h. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193d juncto artikel 6:193f, onder b, BW (misleidende omissie).

8 Maatregelen

187. Indien de Consumentenautoriteit van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden dan kan zij aan de overtreder op grond van artikel 2.9, eerste lid, Whc een last onder dwangsom en/of een bestuurlijke boete opleggen.
188. De Consumentenautoriteit heeft zich er van vergewist, dat ten aanzien van de in hoofdstuk 6 genoemde overtredingen, geen sprake is van een situatie waarin geen boete kan worden opgelegd zoals bedoeld in de artikelen 5:5 en 5:6 Awb¹⁰⁴ en artikelen 5:41 tot en met 5:44 Awb.¹⁰⁵

8.1 Zienswijze Fotosessie: toezeggingstraject

189. Fotosessie heeft op de hoorzitting¹⁰⁶ aangegeven bereid te zijn om haar handelwijze in overeenstemming te brengen met de wet- en regelgeving. Daarom is het volgens Fotosessie niet zinvol om een boete of last onder dwangsom op te leggen, maar zou kunnen worden volstaan met een toezeggingstraject. De Consumentenautoriteit overweegt hieromtrent het volgende.
190. Gedurende het onderzoek hebben de toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit geconstateerd dat Fotosessie meerdere substantiële overtredingen van de Whc heeft begaan. Het betreft onder andere - naar hun aard ernstige - overtredingen met betrekking tot het verrichten van oneerlijke handelspraktijken. Uit de klachten die over de door Fotosessie gehanteerde oneerlijke handelspraktijken bij (onder andere) ConsuWijzer zijn binnengekomen, hebben de toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit eveneens kunnen afleiden dat de overtredingen ernstig zijn. De aard en hoeveelheid van de geconstateerde overtredingen zijn - mede gelet op de klachten van consumenten over Fotosessie - naar het oordeel van de toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit dermate ernstig, dat zij hebben besloten een rapport als bedoeld in artikel 5:48 Awb op te maken en de Consumentenautoriteit in overweging te geven om een boete en/of een last onder dwangsom op te leggen. Uit artikel 5:51, eerste lid, Awb volgt dat een bestuursorgaan, indien een rapport als bedoeld in artikel 5:48 Awb is opgesteld, een beslissing omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete moet nemen.
191. In hoofdstuk 6 van dit besluit wordt bevestigd dat Fotosessie meerdere overtredingen van de Whc heeft begaan, waaronder overtredingen betreffende het verrichten van oneerlijke handelspraktijken. Gelet op de klachten van consumenten over Fotosessie bij ConsuWijzer en correspondentie tussen consumenten en Fotosessie die zich in het dossier bevindt, is de Consumentenautoriteit van oordeel dat het collectieve consumentenbelang getroffen is

¹⁰⁴ Tot 1 juli 2009: artikelen 2.16, eerste en tweede lid, Whc.

¹⁰⁵ Tot 1 juli 2009: artikel 2.19, eerste, tweede, vierde en vijfde lid, Whc.

¹⁰⁶ Zie stuknr 437/11.

door de overtredingen van Fotosessie. Het schaden van collectieve consumentenbelangen door naar hun aard ernstige overtredingen, zoals dat in het onderhavige geval is gebeurd, acht de Consumentenautoriteit dermate ernstig dat het opleggen van een bestraffende sanctie in de vorm van een boete passend is. Voorts wijst de Consumentenautoriteit er in dit verband op dat van een boete een preventieve werking uitgaat in die zin dat de overtreder, maar ook andere marktpartijen ervan moet weerhouden om in de toekomst soortgelijke overtredingen te begaan. Ook met het oog op deze speciale en generale preventieve werking die van een boete uitgaat, acht de Consumentenautoriteit een boete een passende maatregel. Ten slotte merkt de Consumentenautoriteit op dat Fotosessie pas in een zeer laat stadium, namelijk nadat rapport tegen haar was opgemaakt, heeft aangeboden een toezeggingstraject in te willen gaan. Onder voornoemde omstandigheden is er geen plaats voor een toezeggingstraject als door Fotosessie verzocht.

8.2 Bestuurlijke boete

192. Op grond van artikel 2.15, eerste lid, Whc bedraagt een door de Consumentenautoriteit op te leggen bestuurlijke boete in de zin van artikel 2.9, eerste lid, Whc per overtreding ten hoogste het bedrag van de vijfde categorie zoals bedoeld in artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht. Met ingang van 1 januari 2008 is het bedrag van de vijfde categorie geldboete gesteld op EUR 74.000,- Wanneer het gaat om een overtreding van artikel 8.8 Whc, is de Consumentenautoriteit bevoegd een boete op te leggen die ingevolge artikel 2.15, tweede lid, Whc ten hoogste EUR 450.000,- per overtreding bedraagt.
193. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt de Consumentenautoriteit overeenkomstig het bepaalde in artikelen 5:46, tweede lid, Awb¹⁰⁷, in ieder geval rekening met de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. De Consumentenautoriteit houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
194. Ingevolge artikel 3:4, tweede lid, Awb neemt de Consumentenautoriteit bij het bepalen van de hoogte van de boete het evenredigheidsbeginsel in acht. Op grond van deze bepaling mogen de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete zodanig dient te zijn dat deze de overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen voor andere (potentiële) overtreeders een afschrikkende werking heeft (generale preventie).

¹⁰⁷ Tot 1 juli 2009: artikel 2.21 Whc.

195. In de onderhavige zaak is de Consumentenautoriteit van oordeel dat het, mede gelet op het aantal en de aard van de begane overtredingen, passend is een boete op te leggen voor de overtredingen van:

- a. artikel 8.3 Whc juncto artikel 6:236, onder k, BW;
- b. artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46c, tweede lid onder a, juncto 7:46c, eerste lid onder f, BW;
- c. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193i, onder h sub 1, BW;
- d. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193g, onder g, BW;
- e. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193h, eerste lid, BW;
- f. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid onder b, BW;
- g. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193d juncto artikel 6:193f, onder b, BW.

196. Voor de overtreding van artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid onder f, BW besluit de Consumentenautoriteit geen boete op te leggen gelet op de nauwe verwevenheid met (het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan) de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193d juncto artikel 6:193f, onder b, BW.

8.2.1 Verwijtbaarheid, ernst en duur van de overtredingen

Verwijtbaarheid van de overtredingen

197. Fotosessie heeft benadrukt dat zij haar bedrijfsvoering heeft afgestemd op extern door haar ingewonnen adviezen.¹⁰⁸ Zo zou het incassokantoor waarvan Fotosessie diensten afneemt, aan Fotosessie hebben meegedeeld dat het toegestaan is gebruik te maken van namen en functies van niet bestaande medewerkers.
198. Voor zover Fotosessie hiermee wil betogen dat de overtredingen haar niet of in mindere mate kunnen worden verweten, overweegt de Consumentautoriteit dat zij Fotosessie hierin niet volgt. Zoals reeds in randnummer 145 hiervoor is overwogen, draagt Fotosessie zelf verantwoordelijkheid voor haar handelen. Het naleven door ondernemingen van door hen ingewonnen adviezen geschiedt geheel voor rekening en risico van de ondernemingen zelf. Er bestaat geen geschreven of ongeschreven rechtsregel op basis waarvan moet worden aangenomen dat de omstandigheid dat Fotosessie haar gedragingen zou hebben afgestemd op extern ingewonnen advies, meebrengt dat die gedragingen haar niet of verminderd verwijtbaar zouden zijn.
199. De Consumentautoriteit overweegt tenslotte dat ook anderszins niet is gebleken van feiten of omstandigheden op grond waarvan moet worden geoordeeld dat de door Fotosessie

¹⁰⁸ Zie dossierstuk 437/11.

begane overtredingen niet aan haar kunnen worden verweten. Derhalve concludeert de Consumentenautoriteit dat de overtredingen aan Fotosessie kunnen worden verweten.

Ernst van de overtredingen

200. Om de ernst van de overtreding vast te stellen kijkt de Consumentenautoriteit in de eerste plaats naar de geschonden normen. Daarbij neemt zij in aanmerking welke consumentenbelangen die normen beogen te beschermen.
201. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat het opnemen van onredelijk bezwarende bedingen in de algemene voorwaarden in beginsel een ernstige overtreding is. Door de consument te binden aan een beding dat voor hem onredelijk bezwend is, wordt de consument ernstig belemmerd in de gebruikmaking van zijn rechten.
202. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat de overtreding van de informatieverplichtingen bij een koop op afstand kunnen leiden tot een ernstige beschadiging van het consumentenvertrouwen. Doordat de onderneming niet heeft vermeld of er sprake is van een bedenktijd, is de consument niet op de hoogte van de hem toekomende rechten. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat er sprake is van ernstige overtredingen.
203. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat overtredingen betreffende oneerlijke handelspraktijken overtredingen betreft die naar hun aard zeer ernstig zijn. Misleidende en agressieve handelspraktijken kunnen grote schade toebrengen aan individuele consumenten, maar ook aan het consumentenvertrouwen. Bij overtredingen betreffende oneerlijke handelspraktijken moet dan ook worden uitgegaan van aanzienlijke boetes.

Duur van de overtredingen

Artikel 8.3 Whc juncto artikel 6:236, onder k, BW

204. In het rapport hebben toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit vastgesteld dat de overtreding is aangevangen op 1 januari 2009. Vanaf deze datum zijn de besproken algemene voorwaarden van toepassing verklaard.¹⁰⁹
205. Ter hoorzitting, op 30 oktober 2009, heeft Fotosessie aangegeven dat de algemene voorwaarden inmiddels zijn gewijzigd.¹¹⁰ De bepalingen besproken in randnummer 72 en 73 komen in de nieuwe algemene voorwaarden niet meer voor. De nieuwe voorwaarden zijn van toepassing verklaard vanaf 1 november 2009.¹¹¹

¹⁰⁹ Stuk 305/19.

¹¹⁰ Stuk 437/11, paragraaf 4.2.

¹¹¹ Stuk 437/12, bijlage 1.

206. De Consumentenautoriteit is derhalve van oordeel dat Fotosessie in ieder geval van 1 januari 2009 tot 30 oktober 2009 artikel 8.3 Whc juncto artikel 6:236, onder k, BW heeft overtreden.

Artikel 8.5 Whc juncto 7:46c, eerste lid onder f, BW

207. In het rapport hebben toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit vastgesteld dat de overtreding is aangevangen op 15 augustus 2008.

208. Ter hoorzitting is het nieuwe callscript van Fotosessie overgelegd.¹¹² Deze is in gebruik vanaf 30 oktober 2009. In het nieuwe callscript wordt de consument expliciet gewezen op de ontbindingsmogelijkheid. Dit gebeurt aan het begin van het gesprek, en wordt herhaald bij afsluiting van het gesprek.

209. De Consumentenautoriteit is derhalve van oordeel dat Fotosessie in ieder geval van 15 augustus 2008 tot 30 oktober 2009 artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46, eerste lid onder f, BW heeft overtreden.

Artikel 8.5 Whc juncto 7:46c, tweede lid onder b, BW

210. Ook voor deze overtreding is in het rapport door toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit vastgesteld dat de overtreding is aangevangen op 15 augustus 2008.

211. Fotosessie heeft ter hoorzitting laten weten dat zij ook inmiddels haar werkwijze in overeenstemming heeft gebracht met artikel 7:46c, tweede lid onder b, BW.¹¹³ In de bevestigingsmail wordt de consument, vanaf 30 oktober 2009, expliciet gewezen op de mogelijkheid de overeenkomst binnen zeven werkdagen te ontbinden.¹¹⁴ Ook wordt de consument er op gewezen de voorwaarden (en aanvullende informatie) op een duurzame gegevensdrager op te slaan.

212. De Consumentenautoriteit is derhalve van oordeel dat Fotosessie in ieder geval van 15 augustus 2008 tot 30 oktober 2009 artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46, tweede lid onder a en eerste lid onder f, BW heeft overtreden.

Artikel 8.8 Whc

213. Voor alle gedragingen van Fotosessie die een overtreding vormen van artikel 8.8 Whc, zoals in dit besluit omschreven, geldt dat in het rapport door toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit is vastgesteld dat deze gedragingen op het moment van

¹¹² Stuk 437/12, bijlage 2.

¹¹³ Stuk 437/11, paragraaf 4.4.

¹¹⁴ Stuk 437/12, bijlage 3.

inwerkingtreden van de Wet oneerlijke handelspraktijken op 15 oktober 2008 gaande waren.

Artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193i, onder h sub 1, BW

214. Ter hoorzitting is door Fotosessie verklaard dat ze haar werkwijze met betrekking tot deze overtreding heeft gewijzigd en dat ze bij het aanbieden van haar diensten niet meer de indruk wekt dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen of dat er een ander soortgelijk voordeel kan worden behaald.¹¹⁵

215. De dienst zal vanaf 30 oktober 2009 op de website worden aangeboden voor een prijs van EUR 125,- en niet meer voor een bedrag van EUR 450,-.¹¹⁶ Daarnaast is iedere verwijzing naar een selectiecode, zoals besproken in randnummer 16, inmiddels door Fotosessie verwijderd uit de documentatie en zal worden verwijderd van de website.¹¹⁷

Artikel 8.8 Whc juncto 6:193g, onder g, BW

216. Ook wat betreft deze overtreding heeft Fotosessie ter hoorzitting verklaard de werkwijze te hebben aangepast.¹¹⁸ Fotosessie geeft aan dat het woord 'actie' en het woord 'korting' niet langer in de communicatie de consument wordt genoemd.

Artikel 8.8 Whc juncto 6:193h, eerste lid, BW

217. Fotosessie heeft ter hoorzitting verklaard dat de praktijk voor wat betreft het gebruikte callscript en de informatieverstrekking rondom het sluiten van de overeenkomst is gewijzigd.¹¹⁹ Daartoe zijn de nieuwe documenten ter onderbouwing overgelegd.¹²⁰ Verder geeft Fotosessie aan dat in de huidige praktijk niet meer wordt geschermd met niet-bestaande medewerkers.¹²¹

Artikel 8.8 Whc juncto 6:193c, eerste lid onder b, BW

218. Wat betreft de misleidende handelspraktijken heeft Fotosessie verklaard misleidende terminologie, zoals 'actie', 'korting' en 'selectie', niet meer te hanteren.¹²²

Artikel 8.8 Whc juncto 6:193d juncto 6:193f, onder b, BW

219. Zoals hierboven in randnummer 208 aangegeven, heeft Fotosessie haar werkwijze in overeenstemming gebracht met de wettelijke informatieverplichtingen die gelden voor een

¹¹⁵ Stuk 437/11, paragraaf 4.6.

¹¹⁶ Stuk 437/13.

¹¹⁷ Stuk 437/11, paragraaf 4.6.

¹¹⁸ Stuk 437/11, paragraaf 4.7.

¹¹⁹ Stuk 437/11, paragraaf 4.8.

¹²⁰ Stuk 437/12, bijlagen 2 tot en met 5.

¹²¹ Stuk 437/11, paragraaf 3.9.

¹²² Stuk 437/11, paragraaf 4.9 en 4.10.

koop op afstand.¹²³ Ter hoorzitting zijn nieuwe documenten overgelegd waarin de wijzigingen zijn aangebracht.¹²⁴

Artikel 8.8 Whc

220. De Consumentenautoriteit is derhalve van oordeel dat alle overtredingen van artikel 8.8 Whc, zoals in dit besluit vastgesteld, in ieder geval van 15 oktober 2008 tot 30 oktober 2009 door Fotosessie zijn begaan.

8.2.2 Boetevaststelling

221. De Consumentenautoriteit benadrukt dat zij voor elke van de in randnummer 186 genoemde overtredingen afzonderlijk een boete kan opleggen. In het hiernavolgende stelt de Consumentenautoriteit vast welke boete zij passend acht voor elk van de door Fotosessie begane overtredingen. Daarbij neemt zij het navolgende in acht.

222. Voor elk van de overtredingen van de artikelen 8.3 en 8.5 Whc bedraagt de boete ten hoogste EUR 74.000,- en voor elk van de overtredingen van artikel 8.8 Whc bedraagt de boete ten hoogste EUR 450.000,-.¹²⁵ Gelet op deze boetemaxima alsmede op de aard van de overtreden voorschriften en de belangen die met de overtreden voorschriften moeten worden beschermd¹²⁶, acht de Consumentenautoriteit per overtreding de volgende boetes passend:

- a. EUR 20.000,- voor de overtreding van artikel 8.3 Whc juncto artikel 6:236, onder k, BW;
- b. EUR 20.000,- voor de overtreding van artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46c, tweede lid onder a, juncto 7:46c, eerste lid onder f, BW;
- c. EUR 80.000,- voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193i, onder h sub 1, BW;
- d. EUR 50.000,- voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193g, onder g, BW;
- e. EUR 80.000,- voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193h, eerste lid, BW;
- f. EUR 50.000,- voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid onder b, BW;
- g. EUR 50.000,- voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193d juncto artikel 6:193f, onder b, BW.

¹²³ Stuk 437/11, paragraaf 4.3.

¹²⁴ Stuk 437/12, bijlagen 2 tot en met 5.

¹²⁵ Zie randnummer 192

¹²⁶ Zie ook randnummer 200 tot en met 203.

223. Voor de door Fotosessie begane overtredingen acht de Consumentenautoriteit derhalve een boete van in totaal EUR 350.000,- passend. De Consumentenautoriteit is niet gebleken van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden.
224. Zoals in randnummer 194 hiervoor is overwogen, is de Consumentenautoriteit bij het opleggen van een boete gebonden aan het evenredigheidsbeginsel. Mede gelet op de financiële situatie van de onderneming ziet de Consumentenautoriteit aanleiding om de boete te matigen. De Consumentenautoriteit is evenwel van oordeel dat – gelet op het aantal en de ernst van de door Fotosessie begane overtredingen – een aanzienlijke boete op zijn plaats is. Wat dit laatste betreft moet worden benadrukt dat van de boete een preventieve werking moet uitgaan die niet alleen de overtreder zelf, maar ook andere – al dan niet potentiële – overtreeders moet weerhouden van het begaan van overtredingen.
225. Gelet op het vorenstaande acht de Consumentenautoriteit een boete van EUR 100.000,- voor de vastgestelde overtredingen gezamenlijk, passend.

8.3 Last onder dwangsom

226. De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.9, aanhef en sub a, Whc bevoegd een last onder dwangsom op te leggen om een overtreding ongedaan te maken dan wel een herhaling van een overtreding te voorkomen.
227. Fotosessie heeft bij haar zienswijze naar voren gebracht dat zij haar werkwijze in overeenstemming heeft gebracht met de geldende wet- en regelgeving. Fotosessie heeft in dit verband kortweg gesteld, dat haar algemene voorwaarden thans stroken met de wettelijke vereisten, en zij niet langer handelt in strijd met de wet koop op afstand en met de wet oneerlijke handelspraktijken. Dit heeft Fotosessie gestaafd met documenten, waaronder nieuwe callscripts, algemene voorwaarden en andere bescheiden. Daarnaast heeft Fotosessie toegezegd haar website te zullen aanpassen.
228. Op grond van het vorenstaande acht de Consumentenautoriteit thans geen gronden aanwezig om aan Fotosessie een last onder dwangsom op te leggen. Uit dit laatste valt overigens geen oordeel van de Consumentautoriteit af te leiden, over de vraag of de bedrijfsvoering van Fotosessie thans wel zou voldoen aan de wettelijke voorschriften. Daarbij merkt zij nadrukkelijk op dat de Consumentenautoriteit kan overgaan tot nacontroles indien zij dat gepast acht, om te verzekeren dat Fotosessie de geldende wet- en regelgeving ook feitelijk eerbiedigt.

8.4 Toerekening van de overtredingen

229. Bij aanvang van het onderzoek van de Consumentenautoriteit was Fotosessie.com als eenmanszaak ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder

nummer 05079715, met als vestigingsadres Baileystraat 12, 8013 RV te Zwolle. De onderneming werd gedreven voor rekening van <directeur>.¹²⁷

230. Met ingang van 19 mei 2009 is de eenmanszaak Fotosessie.com een besloten vennootschap, Fotosessie.com B.V. Fotosessie.com B.V. is ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel te Zwolle onder hetzelfde registratienummer en met hetzelfde vestigingsadres als voornoemde eenmanszaak.¹²⁸
231. De besloten vennootschap MediaFormats Holding B.V., ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel te Zwolle onder hetzelfde nummer 08196999, met als vestigingsadres Ministerlaan 73, 8014 PM, te Zwolle, is bestuurder en enig aandeelhouder van Fotosessie.com B.V. De heer <directeur> is bestuurder en enig aandeelhouder van Media Formats Holding B.V.¹²⁹
232. Gelet op bovenstaande kan slechts worden geconcludeerd dat Fotosessie.com, thans Fotosessie.com B.V., valt onder de volledige zeggenschap van de heer <directeur> en dat hij de enige persoon is die kan beslissen wat er in het bedrijf gebeurt en op welke wijze en ook feitelijk belast is met de bedrijfsvoering.
233. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat het daarom passend is om de eenmanszaak Fotosessie.com, thans Fotosessie.com B.V. en de heer <directeur> gezamenlijk de boetes op te leggen voor de betaling waarvan zij hoofdelijk aansprakelijk zijn.

9 Besluit

De Consumentenautoriteit:

- a) stelt vast dat Fotosessie.com overtredingen heeft begaan van
1. artikel 8.3 Whc juncto artikel 6:236, onder k, BW;
 2. artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid onder f, BW;
 3. artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46c, tweede lid onder a, juncto 7:46c, eerste lid onder f, BW;
 4. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193i, onder h sub 1, BW;
 5. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193g, onder g, BW;
 6. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193h, eerste lid, BW;
 7. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid onder b, BW;
 8. artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193d juncto artikel 6:193f, onder b, BW.

¹²⁷ Stuk 305/1.

¹²⁸ Stuk 437/18.

¹²⁹ Stuk 437/18.

- b) rekent de genoemde overtredingen toe aan Fotosessie.com B.V., en de heer <directeur>;
- c) legt aan Fotosessie.com B.V. en de heer <directeur> voor deze overtredingen gezamenlijk een boete op van EUR 100.000,- voor de betaling waarvan zij hoofdelijk aansprakelijk zijn;

Dit besluit is gericht tot Fotosessie.com B.V., gevestigd te Zwolle en de heer <directeur> te <plaats>.

's-Gravenhage, 14 januari 2010

w.g.
Mw. mr. A.C.M.P. Le Guellec
Wvd. Consumentenautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtsreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Consumentenautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16759, 2500 BT, Den Haag.

De boetes dienen binnen 6 weken nadat het besluit op de in artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven wijze bekend is gemaakt, te zijn betaald door storting op bankrekeningnummer 569.993.962 ten name van de Consumentenautoriteit, Postbus 16759 2500 BT Den Haag, onder vermelding van het kenmerk van dit besluit. Na het verstrijken van deze termijn wordt de geldboete vermeerderd met de wettelijke rente.