

De onafhankelijke Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit

Advies inzake het bezwaarschrift van

Goltex Vertriebs GmbH & Co Kommanditgesellschaft,

van 17 mei 2011, aangevuld bij brief van 24 juni 2011, ingediend door de gemachtigde mevr. mr. F.M.P. Brisdet.

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 7 april 2011 ("bestreden besluit"),
met kenmerk CA/NB/529/79

1 Procedureverloop

- 1.1 Uit de stukken en het verhandelde ter hoorzitting is de Commissie – samengevat – het volgende gebleken.

Het onderzoek

- 1.2 In 2008 heeft de Consumentenautoriteit een verkennend onderzoek laten verrichten door Intomart Gfk naar – onder andere – misleidende en agressieve verkoop tijdens dagtochten per bus. Uit dat onderzoek volgde dat (i) consumenten van tevoren niet weten dat er tijdens de dagtocht een verkoopdemonstratie plaatsvindt, (ii) er op consumenten druk wordt uitgeoefend om iets te kopen, en (iii) consumenten onvoldoende of onjuiste informatie krijgen over de producten die verkocht worden en voorwaarden die daaraan zijn verbonden. Het gemiddelde bedrag per gedupeerde bij een dergelijke dagtocht per bus, als gevolg van misleidende of agressieve verkoop, is volgens het rapport 'Oneerlijke handelspraktijken (OHP's) in Nederland' van november 2008 Euro 295,-.¹
- 1.3 Op basis van deze uitkomsten heeft de Consumentenautoriteit 'misleidende en agressieve verkoopdemonstraties' als prioriteit benoemd in het handhavingsbeleid.
- 1.4 Naar aanleiding van klachten op Consuwijzer en een emailbericht van VARA's Kassa over dagtochten onder de naam ITC Reisclub, heeft de Consumentenautoriteit besloten nader onderzoek te verrichten naar deze dagtochten onder de naam ITC Reisclub ("**ITC-dagtochten**").
- 1.5 Tussen april 2009 en 18 juli 2009 heeft de Consumentenautoriteit onderzoek verricht naar dagtochten die onder de naam ITC Reisclub werden verricht. In die periode hebben ongeveer 15.000 mensen aan een ITC-dagtocht deelgenomen.² Het aantal (unieke)

¹ Het rapport is te raadplegen op www.consumentenautoriteit.nl, waarin de dagtochten worden aangeduid als 'busreisesjes' (o.a. par. 4.6). Het gaat hierbij om dergelijke dagtochten in algemene zin, niet de ITC-dagtochten.

² Busvervoerder heeft aangegeven van januari 2009 tot en met 17 juli 2009 30.115 mensen voor Goltex te hebben vervoerd; in de onderzoeksperiode betekent dat ongeveer de helft van 30.000 mensen.

consumenten dat een aankoop heeft gedaan in die periode kan worden geschat op ca. 1.600.³ De omzet in die periode kan worden geschat op € 1,3 miljoen.⁴

- 1.6 In het kader van het onderzoek naar R&S hebben op 20 april 2009, 29 mei 2009 en 1 juli 2009 toezichthouders van de Consumentenautoriteit deelgenomen aan een ITC-dagtocht. Voorts hebben de toezichthouders tijdens en na de ITC-dagtochten gesproken met verschillende deelnemers van de dagtochten. Daarnaast hebben toezichthouders op 1 en 10 september bedrijfsbezoeken afgelegd bij de betrokken bedrijven bij de ITC-dagtochten (Goltex, R&S,). Ook heeft Consumentenautoriteit informatie ingewonnen bij het Duitse Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (het "Bundesamt").
- 1.7 Vanaf 17 juli 2009 zijn de ITC-dagtochten in Nederland gestaakt.⁵

De handelspraktijk

- 1.8 ITC Reisclub danwel ITC is een handelsnaam van Goltex Vertriebs GmbH & Co. Kommanditgesellschaft ("**Goltex**"). Onder deze handelsnaam nodigt Goltex consumenten via persoonlijk geadresseerde brieven uit om aan dagtochten deel te nemen.
- 1.9 Tijdens het onderzoek van de Consumentenautoriteit is gebleken dat Goltex bij de organisatie van de ITC-dagtochten in Nederland gebruik maakte van diensten van R&S Handelsvertretung GmbH ("**R&S**").
- 1.10 Goltex bepaalde de inhoud van de uitnodigingen voor de ITC-dagtochten en stelde de uitnodigingen op in het Duits. R&S verzorgde veelal de vertaling van de uitnodigingen naar het Nederlands. Goltex verstuurde vervolgens de uitnodigingen naar de consumenten.
- 1.11 De aangeschreven consumenten waren over het algemeen 55+ers, kennelijk omdat de dagtochten doordeweeks overdag plaatsvonden zodat met name deze doelgroep beschikbaar is. Verschillende van de deelnemers zijn regelmatig terugkerende deelnemers aan de ITC-dagtochten.
- 1.12 In de brieven werd als reden voor de uitnodiging gegeven dat de ontvanger een prijs heeft gewonnen die hij/zij tijdens de georganiseerde dagtocht kan afhalen, of dat de ontvanger punten of een tegoed heeft verzameld dat hij/zij tijdens de dagtocht kan inwisselen tegen geschenken. Het bestreden besluit bevat een aantal voorbeelden van brieven met folders. De brieven waren verschillend voor verschillende dagtochten, maar de strekking was steeds dezelfde; de voorbeeldbrieven en folders kunnen als representatief gezien worden voor de handelspraktijken van Goltex.

³ Geschat op basis van gegevens uit een computerbestand van Pro Actief (overgenomen van R&S), waaruit blijkt dat 4.900 unieke klanten een koopovereenkomst met Goltex gesloten hebben tussen 1 september 2008 en 17 juli 2009.

⁴ Geschat op basis van de door Pro Actief opgegeven omzet van R&S over de periode tussen 1 september 2008 en 17 juli 2009: € 3.969.365,-.

⁵ Totdat deze vanaf 17 augustus 2009 wederom werden georganiseerd, maar niet langer met enige bemoeienis van R&S.

- 1.13 In de brieven werden de ontvangers aangemoedigd de prijs/inwisselmogelijkheid te verzilveren door deel te nemen aan de komende dagtocht. Bij de uitnodigingen werden flyers gevoegd, waaronder vouchers voor prijzen die zouden zijn gewonnen of coupons voor maaltijden geldig voor de eerstvolgende dagtocht. Op de antwoordstrook stond de reisdatum en de mogelijke opstapplaatsen en -tijden. Ook stond op de antwoordstrook vermeld – op de plaats waar de antwoordstrook moet worden afgeknipt – “reizen-introductie en promotie van nieuwigheden”. In de tekst van de uitnodigingsbrief werd niet ingegaan op de verkoopdemonstraties die tijdens de dagtocht zouden plaatsvinden.
- 1.14 De busreis voor de ITC-dagtochten werd veelal verzorgd door veelal op rechtstreeks verzoek van Goltex. De consumenten stuurden hun aanmelding voor een ITC-dagtocht in dat geval aan die deze aanmeldingen doorstuurde aan Goltex. maakte op basis van de aanmeldingen een planning voor de route van de bus tijdens de ITC-dagtochten. Deelnemers aan de ITC-dagtochten werden vóór 9 uur 's ochtends op een vastgestelde opstapplaats opgehaald, waarna de deelnemers rond 'koffietijd' bij de locatie afzette waar de verkoopdemonstraties zouden plaatsvinden. De deelnemers moesten dan hun folders (met daarin de producten die ze zouden hebben gewonnen) in de bus op hun stoel achterlaten, kennelijk met de bedoeling om bij terugkomst de gewonnen producten aan te treffen.
- 1.15 De locaties voor de verkoopdemonstraties werden vastgesteld door Goltex, hetgeen veelal gebeurde op voordracht van R&S. R&S bezocht bepaalde locaties die geschikt leken voor verkoopdemonstraties, en maakte dan namens Goltex afspraken over aldaar te houden verkoopdemonstraties onder de naam ITC. Het betrof partycentra in de plaatsen Wachtum, Utrecht, Rhenoy en Dorst. Op iedere locatie vonden vier tot vijf verkoopdemonstraties per week plaats. De medewerkers van de partycentra incasseerden bij de deelnemers de prijs voor de dagtocht.
- 1.16 R&S regelde de verkopers die op de door Goltex vastgestelde tijden en locaties aanwezig zouden zijn om de producten aan te prijzen tijdens de verkoopdemonstraties van ITC. Daartoe wierf R&S een vijftal verkopers, die als zelfstandig ondernemer als verkoper werkten. De verkopers hadden in de zaal waar de verkoopdemonstratie plaatsvond een eigen (zelf gecontracteerde) medewerker die hielp met bijvoorbeeld het opstellen van de verkoopcontracten en het overhandigen van verkochte artikelen.
- 1.17 Goltex bepaalde hoe de dag verliep en welke producten er te koop werden aangeboden. Daarbij konden de verkopers kiezen uit een aantal grote hoofdartikelen die Goltex te koop aanbood; per verkoopdemonstratie moesten de verkopers kiezen uit één hoofdartikel (bijvoorbeeld een 'ergotrainer'), eventueel een tweede (groot) artikel, een aantal reizen, en verschillende kleinere artikelen (zoals potten crème). Goltex transporteerde deze producten vanuit Duitsland naar de verkooplocaties. Goltex bepaalde de prijs waarvoor deze producten werden verkocht. Per product duurden de verkoopdemonstraties een half uur tot ruim twee uur.
- 1.18 Naast de verkoopdemonstraties werd een apart te betalen lunch gehouden, en werd er gedurende ongeveer een half uur bingo gespeeld. Uit de verklaringen van verkopers blijkt

dat er in eerdere jaren van de ITC-dagtochten ook livemuziek was, maar dat dat de laatste jaren (waaronder de onderzoeksperiode in 2009) niet of nauwelijks meer het geval was. Aan het eind van de middag werd er een gratis broodmaaltijd met kopje koffie of thee geserveerd. Voor vertrek moesten de deelnemers dan hun overige consumpties, aangetekend op hun consumptiekaart, en de prijs voor de dagtocht, afrekenen bij het personeel van het partycentrum.

1.19 Ook bepaalde Goltex welke cadeautjes de deelnemers aan de ITC-dagtochten kregen; die cadeautjes werden door Goltex naar de verkooplocaties getransporteerd. In de uitnodigingen en folders werd bij een aantal afgebeelde producten waarbij vermeld stond dat deze "gratis" zouden zijn, een asterisk vermeld; die asterisk verwees naar de tekst "voor nieuwe clubleden". Verkopers hebben verklaard dat een deelnemer "nieuw clublid" werd door tijdens de ITC-dagtocht iets te kopen; dat bleek alleen het geval te zijn bij aankoop van het hoofdartikel of tweede artikel van de verkoopdemonstratie. De deelnemer kreeg in dat geval een lidmaatschapspasje en geschenken. Een deelnemer die slechts een van de kleinere producten aanschafte (zoals een pot crème), bleek geen nieuw clublid te worden, en geen geschenken te krijgen. Nieuwe 'clubleden' werden niet geregistreerd. Op een volgende ITC-dagtocht kon een deelnemer opnieuw "nieuw clublid" worden door iets te kopen, waarna hij/zij opnieuw een lidmaatschapspasje en geschenken ontving.

1.20 Er werden in de uitnodigingen en folders ook producten afgebeeld waarbij stond dat ze "gratis" of "gegarandeerd gratis" waren, zonder dat daarbij een asterisk was vermeld. In de bevestigingsbrief (die deelnemers kregen na aanmelding voor een dagtocht) werd bovendien aan de deelnemer gegarandeerd dat hij 'alle in de uitnodiging vermelde geschenken en service [zal] ontvangen'. Bij de dagtochten waaraan de toezichthouders van de Consumentenautoriteit hebben deelgenomen werden deze producten echter niet allemaal ontvangen. Door R&S en de verkopers is bevestigd dat de deelnemers de laatste twee jaar (dus ook in de onderzoeksperiode in 2009) niet precies kregen wat in de uitnodigingen stond afgebeeld. Wel kregen de deelnemers aan het eind van de dag een plastic tas met enkele geschenken, die zij aantroffen op hun stoel in de bus.

1.21 Als gezegd zijn de ITC-dagtochten vanaf 17 juli 2009 gestaakt.

Voornemen boeteoplegging

1.22 Op 26 april 2010 heeft de Consumentenautoriteit een boeterapport opgemaakt en aan Goltex gestuurd. Het boeterapport ziet op de gedragingen van R&S, ITC (Goltex), en Pro Actief Plus, het bedrijf van mevr. en dhr. _____ dat zij hebben opgezet in april 2009, vlak voor het moment waarop R&S haar handelspraktijken per 17 juli 2009 heeft gestaakt. De onderzoeksperiode ten aanzien van Goltex ziet op de periode waarbinnen de Consumentenautoriteit ITC-dagtochten heeft bijgewoond, te weten van 20 april 2009 tot en met 1 juli 2009.

1.23 Goltex heeft op 31 augustus 2010 haar zienswijze gegeven op het boeterapport van 26 april 2010. Op 25 oktober 2010 heeft Goltex tijdens een hoorzitting haar zienswijze toegelicht over de vermoedelijke overtredingen die in het boeterapport zijn vermeld.

- 1.24 Vervolgens heeft de Consumentenautoriteit bij bestreden besluit van 7 april 2011 aan Goltex drie boetes opgelegd met een totaal bedrag van € 300.000,-, wegens overtreding van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming ("Whc"), jo. artikel 6:193i, aanhef en onder h, van het Burgerlijk Wetboek ("BW") (bedrieglijk de indruk wekken dat de consument een prijs heeft gewonnen), artikel 6:193g, aanhef en onder t, BW (een product als gratis omschrijven als de consument meer dan de onvermijdelijke kosten moet maken), en artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder c, BW (misleitend ten aanzien van de motieven van de handelspraktijk) en artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder en d, BW (misleitend ten aanzien van de prijs van de handelspraktijk).
- 1.25 Tegen dat besluit heeft Goltex bezwaar gemaakt bij brief van 17 mei 2011, aangevuld bij brief van 2 augustus 2011.
- 1.26 Bij brief van 24 augustus 2011 heeft de Commissie R&S uitgenodigd haar bezwaarschrift op 5 oktober 2011 mondeling toe te lichten en is zij gewezen op het recht om tot 25 september 2011 nadere stukken in te dienen.
- 1.27 Bij brief van 23 september 2011 heeft de Consumentenautoriteit de Commissie en de gemachtigde van Goltex een schriftelijke reactie op het bestreden besluit gestuurd.
- 1.28 Op 5 oktober 2011 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij Goltex haar bezwaren en de Consumentenautoriteit het bestreden besluit heeft toegelicht. Van de hoorzitting van 5 oktober 2011 is een verslag gemaakt dat bij brieven van 31 oktober 2011 aan Goltex en de Consumentenautoriteit is toegezonden en geacht wordt deel uit te maken van dit advies. Bij brief van 4 november 2011 heeft de Consumentenautoriteit naar aanleiding van het verslag enkele opmerkingen gemaakt die zijn toegevoegd aan het dossier. Bij brief van 7 november 2011 heeft Goltex naar aanleiding van het verslag enkele opmerkingen gemaakt die aan het dossier zijn toegevoegd.

2 Standpunt Goltex

- 2.1 Goltex heeft bezwaren aangevoerd die hierna genummerd 1-7 samengevat weergegeven worden.
- 1. Onjuiste rechtspersoon beboet (bezwaarschrift rdnrs 4-8)*
- 2.2 Goltex heeft aangevoerd dat ten onrechte 'Goltex Vertriebs' als overtreder van de bepalingen betreffende de uitnodigingen is aangemerkt. Niet Goltex Vertriebs, maar 'Goltex Reisen' is verantwoordelijk voor het verzenden van de uitnodigingen, en voor de overeenkomsten met de busonderneming en de partycentra. Daarbij gaat de Commissie ervan uit dat bedoeld is 'Goltex Reisen GmbH & Co. Kommoditgesellschaft'. Goltex Vertriebs is volgens Goltex slechts verantwoordelijk voor de verkoop en levering van producten. Goltex Reisen handelde volgens Goltex niet namens Goltex Vertriebs.
- 2. Onrechtmatig binnentreden door de Consumentenautoriteit (bezwaarschrift rdnrs. 9-21)*

- 2.3 Goltex stelt dat – nu de deename door toezichthouder onaangekondigd was, terwijl zij zich tegenover de uitvoerende personen van de dagtocht niet hadden gelegitimeerd – de deename aan verschillende dagtochten in strijd was met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).
- 2.4 Daartoe voert Goltex aan dat uit Europese jurisprudentie volgt dat 'de statutaire zetel, de vaste inrichting en de bedrijfsruimte' van ondernemingen op basis van artikel 8 EVRM wordt beschermd tegen 'inmenging van de overheid'. Goltex stelt dat de bus en de afgehuurde partycentra geen openbare ruimtes zijn, maar privéruimtes (die al dan niet voor commerciële doelen worden gebruikt. Goltex verwijst naar het arrest van het EHRM van 16 april 2002, *Société Colas Est et autres c/France*. Binnentreden in privéruimtes wordt in het Wetboek van strafvordering ("Sv") enkel toegestaan met een rechterlijke machtiging of met toestemming van de bewoner nadat de toezichthouder zich heeft gelegitimeerd en aan de cautieplicht heeft voldaan. Volgens Goltex voorzien noch Sv noch de Whc er in 'om bedrijfsruimtes te betreden zelfs met voorafgaande toestemming van de betrokken onderneming'. Als de toezichthouders van de Consumentenautoriteit al toestemming hadden om de bus en de afgehuurde partycentra te betreden, hebben zij in ieder geval verzuimd zich te legitimeren en de cautie te verlenen. Daarom is het binnentreden volgens Goltex onrechtmatig.
- 2.5 Nu de bewijsvoering van de boete is verkregen door onrechtmatig binnentreden, moet dit bewijs op basis van artikel 6 EVRM worden uitgesloten.

3. Maximale harmonisatie van de Richtlijn OHP (bezwaarschrift rdnrs. 23-24)

- 2.6 Goltex stelt dat zij in Duitsland 'precies dezelfde' handelspraktijken voert als de handelspraktijken waarvoor de Consumentenautoriteit in Nederland een boete heeft opgelegd. In Duitsland geldt volgens Goltex echter een 'veel strenger' toezichtregime, van zowel ex ante als ex post toezicht. Goltex ontvangt al 'decennialang' vergunningen voor hun verkoopactiviteiten, waarbij Goltex 'vele malen uitgebreid is onderzocht en doorgelicht'. Daarnaast vond ex post toezicht plaats, met enkele tientallen onaangekondigde descentes. De Duitse toezichthouders hebben nimmer een overtreding van Goltex van de richtlijn OHP vastgesteld. Nu die handelspraktijken in Duitsland nooit onrechtmatig zijn beoordeeld, heeft Goltex diezelfde handelspraktijken in Nederland toegepast. Dat strookt niet met de maximale harmonisatie die de Richtlijn OHP voorschrijft met het oog op een gelijk speelveld op de interne markt.

4. Onjuiste invulling van de gemiddelde consument (bezwaarschrift rdnrs 28-41)

- 2.7 De Consumentenautoriteit gaat er volgens Goltex ten onrechte van uit dat Goltex haar handelspraktijken bewust heeft gericht op 'ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben'. Goltex meent dat de Consumentenautoriteit ten onrechte geen objectieve criteria (zoals leeftijd) geeft waaraan deze groep ouderen voldoet. Goltex wijst erop dat haar doelgroep op de Nederlandse markt in 2009 het resultaat is van de groep mensen die tussen 2000 en 2003 zich heeft opgegeven naar aanleiding van de toen

geanonimiseerde uitnodigingen. De gemiddelde leeftijd van de deelnemers is ca. 62 jaar, net iets hoger dan de gemiddelde leeftijd van de uitgenodigde deelnemers (ook ca. 62 jaar). Nu deze mensen de pensioengerechtigde leeftijd nog niet hebben bereikt, meent Goltex dat het niet gaat om ouderen die extra bescherming zouden genieten voor dergelijke handelspraktijken.

2.8 Goltex bestrijdt dat de bustochten op ouderen gericht zijn. De uitnodigingen richten zich volgens Goltex niet op ouderen, maar op alle consumenten; de reisbestemmingen zijn 'mooie bestemmingen' die voor alle consumenten interessant zijn; er bestaat geen verband tussen de bus en de leeftijd van de deelnemers (het is een efficiënte vervoersmethode voor deze handelspraktijk); het feit dat de dagtochten op doordeweekse dagen overdag plaatsvinden betekent evenmin dat Goltex zich op ouderen richt (de deelnemers kunnen ook o.a. ZZP'ers, studenten, etc. zijn); het assortiment van gezondheidsproducten richt zich niet specifiek op ouderen (juist jongeren zijn geïnteresseerd in producten tegen ouderdomskwalen).

2.9 Goltex betoogt dat het feit dat de ITC-dagtochten een lage prijs hebben en veel prijzen in het vooruitzicht zijn gesteld, niet betekent dat Goltex zich op 'minder draagkrachtige' consumenten richt. Het is volgens Goltex een gangbare reclamepraktijk om potentiële consumenten met lage instapkosten en cadeaus te werven.

2.10 Op basis hiervan meent Goltex dat de Consumentenautoriteit niet kon afwijken van de gangbare definitie van gemiddelde consument.

5. Geen overtreding van artikel 6:193i, aanhef en onder h, BW (bezwaarschrift rdnrs. 42-45)

2.11 Goltex heeft producties overgelegd waarin is geregistreerd welke deelnemer welke cadeaus heeft ontvangen en hoeveel broodmaaltijden zijn uitgedeeld. Goltex stelt dat hieruit kan worden afgeleid dat zij 'al het noodzakelijke heeft gedaan om ervoor te zorgen dat alle deelnemers aan de dagtochten de beschreven cadeaus daadwerkelijk ontvingen'.

6. Geen overtreding van artikel 6:193g, aanhef en onder t, BW (bezwaarschrift rdnrs. 46-52)

2.12 Goltex stelt dat de als gratis aangeduide producten op de uitnodigingen waren voorzien van een asterisk. Conform het Duitse, communautaire recht, en het Nederlandse recht (Rb Roermond, 25 januari 2001, LJN 449651) zou deze vorm van reclame correct zijn. De asterisk verwijst naar de tekst 'voor nieuwe clubleden'; dit is een vertaling van het Duitse 'Kunde', welke vertaling door R&S was aangeleverd en waarop Goltex te goeder trouw heeft vertrouwd. Overigens zou duidelijk uit de uitnodigingen blijken dat met 'clublid' en 'klant' is bedoeld. Klanten hadden daarnaast bij Goltex kunnen informeren hoe zij 'clublid' konden worden; daarvoor was een telefoonnummer ('hotline') beschikbaar. 'Clublid' kon men worden door producten van Goltex aan te schaffen, waarbij een minimumbedrag van € 49,- geldt voor een product. Daarbij stelt Goltex dat 'als men een hele dag onderweg is,

de kosten die duidelijk minder dan € 20,- bedragen ulteraard als geringe kosten aan te merken'.

7. Geen overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, aanhef onder c en d, BW (bezwaarschrift rdnrs. 53-58)

2.13 Goltex stelt dat de deelnemers onderdeel uitmaken van een vast klantenbestand, die precies weten dat er verkoopdemonstraties plaats zullen vinden. Maar ook voor andere potentiële deelnemers is duidelijk dat er verkoopdemonstraties zullen plaatsvinden, zoals blijkt uit verschillende kreten op de uitnodigingen: 'merkartikelen reclameshow', 'de dag omvat verschillende presentaties', 'reizenintroductie', en 'promotie van nieuwigheden - deelneming vrijblijvend'. Volgens Goltex krijgen potentiële deelnemers aldus de juiste informatie verstrekt. De verklaringen hieromtrent van consumenten en van R&S zijn volgens Goltex niet objectief. Goltex heeft alles gedaan wat in haar macht lag om de dag bij het gekozen thema te laten aansluiten. Als de uitvoering daarvan niet naar behoren was, was dat een verantwoordelijkheid van R&S, die de uitvoering van de dagtochten op zich nam.

2.14 De prijs van de dagtocht die in essentie werd aangeprezen als gereduceerd van € 19,90 naar € 1,90 is volgens Goltex niet misleidend, nu de dagtochten in het verleden (het jaar 2000) daadwerkelijk voor dergelijke bedragen zijn aangeboden (voor fl. 24,90).

3 Standpunt Consumentenautoriteit

3.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de Consumentenautoriteit zich ten overstaan van de Commissie op het standpunt gesteld dat de bezwaren van Goltex ongegrond zijn. De Consumentenautoriteit heeft het volgende naar voren gebracht:

Ad 1 Juiste rechtspersoon beboet (schriftelijke reactie rdnrs. 27-36)

3.2 De Consumentenautoriteit wijst er op dat zij in het bestreden besluit onderscheid heeft gemaakt tussen Goltex Reizen en Goltex Vertriebs (randnummers 120-125 bestreden besluit). Beide bedrijven maken onderdeel uit van de firma Goltex, zijn op hetzelfde kantooradres gevestigd, en hebben dezelfde bedrijfsleider. Het handelen van Goltex Reizen (het opstellen en versturen van de uitnodigingen en het contracteren met de busonderneming) is naar het oordeel van de Consumentenautoriteit verricht 'tezamen met' en 'ten behoeve van' Goltex Vertriebs, nu die handelingen 'rechtstreeks verband [houden] met de verkoopbevordering van de producten van Goltex Vertriebs', nu die uitnodigingen daarvoor 'cruciaal' waren. Daarbij geldt dat Goltex Vertriebs 'de spil van de verkoopactiviteiten op de Nederlandse markt' is van de firma Goltex. De opbrengst uit verkopen was voor Goltex Vertriebs, en de cadeaus waren ook van Goltex Vertriebs afkomstig. Goltex Vertriebs heeft voorts niet gesteld niet op de hoogte te zijn geweest van de uitnodigingen en heeft ook niet geprobeerd overtredingen van de Wet OHP door die uitnodigingen te voorkomen. De overtredingen worden op grond van bovenstaande door de Consumentenautoriteit aan Goltex Vertriebs toegerekend.

- 3.3 De tijdens de verkoopdemonstraties verkochte reizen maakten geen expliciet deel uit van het onderzoek van de Consumentenautoriteit, zodat deze handelspraktijk geen relevant onderdeel uitmaakt van het bestreden besluit.

Ad 2. Rechtmatig binnentreden door de Consumentenautoriteit (schriftelijke reactie rdnrs. 39-43)

- 3.4 De Consumentenautoriteit stelt dat van onrechtmatig binnentreden geen sprake was. Toezichthouders van de Consumentenautoriteit hebben – met twee personen per keer – aan drie ITC-dagtochten anoniem deelgenomen. De uitnodiging bood de mogelijkheid om andere personen te laten deelnemen. Hun aanmelding verliep via inzending van de aanmeldingsbon die aan de uitnodigingsbrief zat. Tijdens de dagtocht is aan de toezichthouders van de Consumentenautoriteit niet verzocht zich te legitimeren, en zij hebben tijdens de ITC-dagtochten geen gebruik gemaakt van toezichtsbevoegdheden in de zin van (Titel 5.2) van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb").

- 3.5 Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit zijn de bus en de (afgehuurde) partycentra geen privéruimtes in de zin van artikel 8 EVRM, nu het commerciële ruimtes buiten het kantoor en vestigingen van Goltex zijn.

- 3.6 Ook indien sprake zou zijn van privéruimtes, meent de Consumentenautoriteit dat een beroep op artikel 8 EVRM niet tot bewijsuitsluiting kan leiden. In het arrest van het HvJ *Colas Est e.a.* was sprake van het in beslag nemen van (een groot aantal) documenten, terwijl daar in deze procedure geen sprake van is (noch van andere toezichtsbevoegdheden). Voor zover artikel 8 EVRM dus al van toepassing zou zijn, is er geen sprake van schending van dat artikel, zo stelt de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit verwijst naar een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBB") op dit punt (CBB 7 juni 2007, LJN BA7443), waarin het CBB heeft geoordeeld dat anonieme informatievergaring door de AFM geoorloofd is.

- 3.7 Nu de deelname aan de ITC-dagtochten niet onrechtmatig was, meent de Consumentenautoriteit dat het aldaar verkregen bewijs ook niet onrechtmatig verkregen is.

Ad 3. Subsidiair: maximale harmonisatie van de Richtlijn OHP (schriftelijke reactie rdnrs. 37-38)

- 3.8 De Consumentenautoriteit stelt dat uit de bewering van Goltex dat in Duitsland nooit overtredingen zijn vastgesteld van de Duitse regelgeving ter implementatie van de Wet OHP, niet volgt dat haar handelspraktijken in Duitsland dús conform de Duitse regelgeving ter implementatie van de Wet OHP zou zijn. Daaruit kan ook niet worden afgeleid dat Goltex om die reden in Nederland de regelgeving ter implementatie van de Wet OHP niet zou hebben geschonden. Dat volgt volgens de Consumentenautoriteit ook niet uit de volledige harmonisatie van de Richtlijn OHP.

Ad 4. De gemiddelde consument (schriftelijke reactie rdnrs. 21-26)

- 3.9 De Consumentenautoriteit wijst er op dat alleen ten aanzien van overtreding van artikel 8.8 Whc, jo. artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder c en d, BW de invulling van het begrip 'gemiddelde consument' relevant is. Bij overtreding van artikel 6:193g en 6:193i BW gaat het om handelspraktijken die te allen tijde verboden zijn ongeacht het type consument (zwarte lijst).
- 3.10 De Consumentenautoriteit stelt verder dat indien voor de handelaar 'redelijkerwijze voorzienbaar' is dat een specifieke groep consumenten 'wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid' bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of het aangeboden product, bij de beoordeling van de handelspraktijk van het gemiddelde lid van die specifieke groep moet worden uitgegaan. Oudere consumenten kunnen als een dergelijk specifieke groep worden gezien.
- 3.11 In dit geval heeft Consumentenautoriteit de 'gemiddelde consument' op basis van de inhoud en formulering van de uitnodigingen, de wijze van aanprijzen, de lage kosten, het grote aantal cadeaus en prijzen, de reisbestemmingen, het vervoermiddel (bus) en het feit dat de dagtochten doordeweeks overdag plaatsvonden, vastgesteld als 'het gemiddelde lid van de groep ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben'. Door de genoemde omstandigheden, in samenhang beoordeeld, moet volgens de Consumentenautoriteit voorzienbaar zijn geweest dat met name ouderen met een kleiner inkomen of een kleiner sociaal netwerk zich aangesproken zouden voelen door een 'dergelijk voordeel en gezellig dagje-uit'.
- 3.12 Ten slotte merkt de Consumentenautoriteit op dat uit de productie (nr. 6 bij het bezwaarschrift) blijkt dat een aanzienlijk deel van de deelnemers 63 jaar of ouder was en dat er een 'piek' in aantallen 64-72 jarigen lag. Ook de busonderneming, houders van de partycentra, de verkopers, deelnemers zelf, en de toezichthouders van de Consumentenautoriteit hebben verklaard dat voornamelijk ouderen deelnamen aan de ITC-dagtochten.

Ad. 5 Overtreding van artikel 6:193i, aanhef en onder h, BW

- 3.13 De Consumentenautoriteit stelt dat zij bij deze overtreding (bedrieglijk de indruk wekken dat een bepaalde prijs heeft gewonnen) onderscheid is gemaakt tussen 'prijzen' en 'cadeaus'. Het ontvangen van gewonnen prijzen is in het kader van dit wetsartikel beoordeeld; het ontvangen van cadeaus is beoordeeld in het kader van artikel 9:193g, aanhef en onder t, BW. De door Goltex overgelegde stukken (producties 10-12 bij het bezwaarschrift) betreffen enkel de levering en verdeling van cadeaus, niet de zogenaamd gewonnen prijzen. Op dit punt heeft Goltex niets aangedragen dat de constatering van de Consumentenautoriteit kan weerleggen.

Ad. 6 Overtreding van artikel 6:193g, aanhef en onder t, BW

- 3.14 De Consumentenautoriteit stelt dat bij producten die in de uitnodigingen als 'gratis' werden aangeduid een asterisk verwees naar de aanduiding 'voor nieuwe clubleden', terwijl in de uitnodigingen onduidelijk was wat 'nieuwe clubleden' waren en hoe men 'nieuw clublid' kon

worden. In de praktijk bleek dat te gaan om deelnemers die tijdens de ITC-dagtocht een duurder product aanschaffen, hetgeen is bevestigd door verkopers en door consumenten. Hieruit volgt volgens de Consumentenautoriteit dat consumenten meer dan de onvermijdelijke kosten moesten maken om deze 'gratis' producten te verkrijgen. De toelichting achteraf door Goltex bij deze aanduiding van 'nieuwe clubleden' kan de verwachting van consumenten op basis van de uitnodigingen niet wijzigen.

Ad. 7 Overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, aanhef onder c en d, BW

- 3.15 De Consumentenautoriteit stelt dat de uitnodigingen verwezen naar toeristische dagtochten of dagtochten met een speciaal thema, terwijl het in de praktijk hoofdzakelijk ging om het bijwonen van verkoopdemonstraties. De enkele verwijzing naar verkoopdemonstraties zoals 'promotie van nieuwigheden' is onvoldoende om aannemelijk te maken dat het gemiddelde lid van de doelgroep (zie hierboven Ad. 4) daaruit zou afleiden dat de dagtocht met name uit verkoopdemonstraties zou bestaan. Door de presentatie van de uitnodigingen kan volgens de Consumentenautoriteit de gemiddelde consument worden bewogen tot deelname aan de dagtocht. Dat een deel van de deelnemers vaste klanten zouden zijn, doet hier niet aan af: dat het motief van de dagtocht uit de uitnodigingen moet blijken, is onafhankelijk van het feit dat een deel van de ontvangers al op de hoogte was van dat motief.
- 3.16 Ook uit het feit dat de consumenten persoonlijk worden aangeschreven met de mededeling dat zij speciaal zijn geselecteerd en een fikse korting krijgen, kan consumenten tot deelname aan de ITC-dagtochten bewegen, zodat die aangeboden korting volgens de Consumentenautoriteit misleidend is. Het feit dat het aangeboden prijsvoordeel feitelijk juist zou zijn, doet hier niet aan af, nu het er om gaat dat de consumenten een voordeel aangeboden krijgen om ze te bewegen deel te nemen aan de dagtocht.

4 Toepasselijke regelgeving

- 4.1 Op 1 juli 2009 zijn de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 264) en de Aanpassingswet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 265) in werking getreden. Door de betrokken wetgeving is de Whc met ingang van die dag gewijzigd. De onderzochte handelspraktijk is (ruim) voor 1 juli 2009 aangevangen. Echter, Goltex heeft pas op 26 april 2010 vernomen – door middel van het boeterapport – dat de Consumentenautoriteit voornemens was om jegens haar handhavend op te treden. Gelet op de overgangsbepalingen bij de Vierde tranche van de Awb en op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("ABRS") van 1 juni 2011 (nr. 201007178/1/H1, LJN: BQ6826), geldt in dat geval – voor zover hier van belang – het recht zoals dat gold na inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb.
- 4.2 De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.2 jo. bijlage b van de Whc belast met onder meer de bestuursrechtelijke handhaving van artikel 8.8 Whc.
- 4.3 Artikel 8.8 Whc luidt als volgt:

"Een handelaar neemt de bepalingen van afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht."

4.4 Artikel 6:193a BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"1. In deze afdeling wordt verstaan onder:
a. consument: natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf;
b. handelaar: natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of degene die ten behoeve van hem handelt;
[...]
2. In deze afdeling wordt mede verstaan onder gemiddelde consument: het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product.
[...]"

4.5 Artikel 6:193c BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"1. Een handelspraktijk is misleidend 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 de informatie, zoals ten aanzien van:
[...]
c. de verplichtingen van de handelaar, de motieven voor de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces, een verklaring of een symbool in verband met directe of indirecte sponsoring of erkenning van de handelaar of het product;
d. de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend, of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel;
[...]"

4.6 Artikel 6:193g BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"De volgende handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden misleidend:
[...]
f. een product als gratis, voor niets of kosteloos te omschrijven als de consument iets anders moet betalen dan de onvermijdelijke kosten om in te gaan op het aanbod en het product af te halen dan wel dit te laten bezorgen;
[...]"

4.7 Artikel 6:193i BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"De volgende handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden agressief:
[...]
h. 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:
1°. geen sprake is van een prijs of een ander soortgelijk voordeel; of
2°. als het ondernemen van stappen om in aanmerking te komen voor de prijs of voor een ander soortgelijk voordeel afhankelijk is van de betaling van een bedrag door de consument of indien daaraan voor hem kosten zijn verbonden.
[...]"

4.8 Op grond van artikel 2.9 Whc is de Consumentautoriteit bevoegd om een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen als zij van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden. Wanneer het gaat om een overtreding van artikel 8.8 Whc is de Consumentenautoriteit bevoegd een boete op te leggen die op basis van artikel 2.15, lid 2, Whc ten hoogste € 450.000,- per overtreding bedraagt.

4.9 Artikel 5:1 Awb luidt als volgt:

- "1. In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.
2. Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.
3. Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing."

4.10 Artikel 5:10a Awb luidt als volgt:

- "1. Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen.
2. Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.

4.11 Artikel 5:11 Awb luidt als volgt:

"Onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift."

4.12 Artikel 5:12 Awb luidt als volgt:

- "1. Bij de uitoefening van zijn taak draagt een toezichthouder een legitimatiebewijs bij zich, dat is uitgegeven door het bestuursorgaan onder verantwoordelijkheid waarvan de toezichthouder werkzaam is.
2. Een toezichthouder toont zijn legitimatiebewijs desgevraagd aanstonds.
3. Het legitimatiebewijs bevat een foto van de toezichthouder en vermeldt in ieder geval diens naam en hoedanigheid. Het model van het legitimatiebewijs wordt vastgesteld bij regeling van Onze Minister van Justitie."

4.13 Artikel 5:15 Awb luidt als volgt:

- "1. Een toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner.
2. Zo nodig verschaft hij zich toegang met behulp van de sterke arm.
3. Hij is bevoegd zich te doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangewezen."

4.14 Artikel 5:49 Awb luidt als volgt:

- "1. Het bestuursorgaan stelt de overtreder desgevraagd in de gelegenheid de gegevens waarop het opleggen van de bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe, berust, in te zien en daarvan afschriften te vervaardigen.
2. Voor zover blijkt dat de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt, draagt het bestuursorgaan er zoveel mogelijk zorg voor dat deze gegevens aan de overtreder worden medegedeeld in een voor deze begrijpelijke taal."

4.15 Artikel 8 EVRM luidt als volgt:

- "1. Een ieder heeft het recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

5 Overwegingen Commissie

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van Goltex

- 5.1 Het bezwaarschrift is tijdig ontvangen en voldoet ook overigens aan alle vereisten voor ontvankelijkheid.

Ad 1 – Onjuiste rechtspersoon?

- 5.2 Ten aanzien van de bezwaren van Goltex dat ten onrechte Goltex Vertriebs is aangesproken op de handelspraktijken die zien op de uitnodigingen voor de ITC-dagtochten, nu Goltex Reizen die uitnodigingen heeft verstuurd, merkt de Commissie het volgende op. In het bestreden besluit (randnummers 120-125) heeft de Consumentenautoriteit gereageerd op ditzelfde bezwaar van Goltex in haar zienswijze van 31 augustus 2010.
- 5.3 De Consumentenautoriteit heeft naar het oordeel van de Commissie terecht geoordeeld dat Goltex Reizen de geconstateerde overtredingen als 'medepleger' in de zin van artikel 5:1, lid 2, Awb heeft begaan. De Memorie van Toelichting bij de Vierde tranche Awb⁶ verduidelijkt voor het begrip 'medeplegen' (ook in bestuursrechtelijke context) dat medeplegen zich voordoet als twee of meer personen gezamenlijk een delict plegen. Voor strafbaarheid als medepleger is niet vereist dat de medeplegers ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het delict vervullen, mits sprake is van bewuste samenwerking en gezamenlijk uitvoering.⁷ Voor zover de Consumentenautoriteit terecht de gestelde overtredingen heeft beboet (zie hierna), heeft zij daarop naar het oordeel van de Commissie dan ook terecht Goltex Vertriebs aangesproken. Daarbij acht de Commissie de volgende omstandigheden van belang.
- 5.4 Wat betreft het afzetten van de producten van de firma Goltex op de Nederlandse markt hebben Goltex Reizen en Goltex Vertriebs feitelijk gezamenlijk gehandeld, daarbij opererend vanuit één kantoor en onder één directeur (dhr.). Voor de geconstateerde overtredingen geldt daarbij dat de handelingen van Goltex Reizen en Goltex Vertriebs – welke handelingen *tezamen* tot het afzetten van de producten van Goltex hebben geleid – in samenwerking zijn uitgevoerd, waarbij de Consumentenautoriteit de handelspraktijk van verkoop tijdens verkoopdemonstraties terecht als 'hoofd'-activiteiten van de firma Goltex heeft aangemerkt. De Consumentenautoriteit heeft naar het oordeel van de Commissie dan ook terecht en afdoende gemotiveerd uiteen gezet dat de handelspraktijken van Goltex Reizen ten aanzien van het opstellen en versturen van de uitnodigingen ten dienste stonden van de handelspraktijken van Goltex Vertriebs bij het verkopen van haar producten op de Nederlandse markt. Nu het opstellen en versturen van die uitnodigingen een noodzakelijk onderdeel van het verkoopproces van Goltex Vertriebs betreffen, heeft de Consumentenautoriteit terecht kunnen oordelen dat die uitnodigingen zijn opgesteld en verstuurd ten behoeve van Goltex Vertriebs, en dat Goltex Reizen op basis van artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder a, BW daarom kan worden gezien als de onderneming die ten behoeve van de handelaar Goltex Vertriebs heeft gehandeld.
- 5.5 In dat licht is tevens van belang dat Goltex Vertriebs niet heeft gesteld niet op de hoogte te zijn geweest van de activiteiten van Goltex Reizen, terwijl Goltex Vertriebs – gelet op de feitelijke organisatie van de firma Goltex – wel degelijk in de gelegenheid was om op de hoogte te zijn van de activiteiten van Goltex Reizen en in te grijpen zodra dat nodig was. In

⁶ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 79.

⁷ Zie bijvoorbeeld HR 17 november 1981, NJ 1983, 84.

zoverre en voor zover nodig kan Goltex Vertriebs daarom ook worden verweten niet te hebben ingegrepen op de onrechtmatige activiteiten van Goltex Reizen ten aanzien van de uitnodigingen, nu die activiteiten ten dienste stonden aan en onlosmakelijk onderdeel vormden van de verkoopactiviteiten van Goltex Vertriebs tijdens de ITC-dagtochten.

- 5.6 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de bezwaren van Goltex op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 2 – Onrechtmatig binnentreden door de Consumentenautoriteit?

- 5.7 Goltex betoogt in dit bezwaar dat de toezichthouders ten onrechte zouden zijn binnentreden in privéruimtes van ondernemingen, die worden beschermd door artikel 8 EVRM, zodat het vergaarde bewijs tijdens de anonieme deelneming aan de ITC-dagtochten onrechtmatig is, en niet zou mogen worden gebruikt ter onderbouwing van de opgelegde boete. Hierover overweegt de Commissie als volgt.
- 5.8 De Commissie stelt voorop dat de Whc en de Awb een onderscheid maken tussen de fase van het toezicht houden op de naleving van wettelijke voorschriften (Titel 5.2 Awb) en het opleggen van reparatoire en/of punitieve sancties indien een overtreding van wettelijke voorschriften is vastgesteld (Titels 5.1, 5.3 en 5.4 Awb). De toezichthouder begint de toezichtfase normaalgesproken met observaties, het vergaren van informatie en zo nodig het verzamelen van documenten en monsters.
- 5.9 De anonieme deelname aan de ITC-dagtochten is naar het oordeel van de Commissie duidelijk geschied in het kader van de (eerste fase) van het houden van toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften, waarbij observatie van feitelijkheden voorop stond.
- 5.10 In het kader van het toezicht is de toezichthouder op grond van de Awb – die van toepassing is op toezicht dat wordt uitgeoefend op basis van de Whc door de toezichthouders van de Consumentenautoriteit – bevoegd om alle plaatsen te betreden, met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner (artikel 5:15 Awb). Hij mag zich daarbij zelfs toegang verschaffen met behulp van de politie (artikel 5:15, lid 2, Awb). Artikel 5:15 Awb biedt de toezichthouders van de Consumentenautoriteit dan ook de bevoegdheid om deel te nemen aan een dagtocht, alsmede om de bus en de (afgehuurde) partycentra te betreden.
- 5.11 De stelling van Goltex dat voor het 'binnentreden' van de bus en de afgehuurde partycentra een rechterlijke machtiging vereist zou zijn (op basis van Sv.) omdat het zou gaan om privéruimtes, gaat dan ook niet op. De Awb biedt daartoe afdoende basis, terwijl Sv. niet van toepassing is omdat geen sprake is van strafrechtelijk onderzoek, maar van bestuursrechtelijk toezicht. Op basis van de Awb is enkel in het geval van binnentreding van een *woning* toestemming van de bewoner vereist. Van een woning is in het geval van de bus en de afgehuurde partycentra onmiskenbaar geen sprake.
- 5.12 Ook op basis van het aangehaalde arrest van het HvJ *Colas Est* kan niet gezegd worden dat voor het gebruik maken van een dergelijke toezichtsbevoegdheid een machtiging vereist

zou zijn voor het betreden van de bus en de afgehuurde partycentra, of dat de handelingen van de toezichthouders onrechtmatig zouden zijn. Dat arrest betreft het gebruik maken van vergaande bevoegdheden door de Franse mededingingsautoriteit, waarbij grote hoeveelheden documenten in beslag zijn genomen. In de eerste plaats is dit feitelijk en juridisch een duidelijk andere situatie, die andere juridische waarborgen vergt dan de onderhavige casus. De Consumentenautoriteit heeft anoniem deelgenomen aan een voor het brede publiek toegankelijke dagtocht en heeft in dit geval – behalve het betreden van ruimtes (de bus en de partycentra) – dus geen gebruik gemaakt van toezichtsbevoegdheden. De enige inbreuk op artikel 8 EVRM waarvan dan sprake zou kunnen zijn, zou het anoniem en onaangekondigd deelnemen aan de ITC-dagtochten zijn.

- 5.13 Op basis van artikel 8 EVRM kan enkel inbreuk worden gemaakt op het privé-leven (welk recht op basis van het arrest *Colas Est* ook toekomt aan rechtspersonen) indien (i) die inbreukmogelijkheid is voorzien bij wet, en (ii) – kort gezegd – noodzakelijk is in een democratische samenleving. Aan beide criteria is naar het oordeel van de Commissie voldaan. De mogelijkheid van binnentreden is neergelegd in de Awb (artikel 5:15), terwijl in artikel 5:12 Awb is bepaald dat die toezichthouders zich op verzoek dienen te legitimeren. Deze bepalingen zijn onmiskenbaar noodzakelijk in een democratische samenleving ten behoeve van de in artikel 8, lid 2, EVRM genoemde belangen, waaronder de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.
- 5.14 De Commissie benadrukt verder dat de omstandigheid dat de toezichthouders zich niet uit eigen beweging hebben gelegitimeerd, niet relevant is. Uit artikel 5:12 Awb volgt dat die toezichthouders een legitimatiebewijs bij zich moesten dragen, en dat op verzoek hadden moeten tonen. Nu de toezichthouders daar niet om zijn verzocht, hadden zij hun legitimatiebewijs niet uit zichzelf hoeven te tonen.
- 5.15 Er is overigens geen rechtsregel waaruit volgt dat de toezichthouder van tevoren bij te onderzoeken rechtssubjecten zou moeten aankondigen dat zij van hun toezichtsbevoegdheden gebruik zullen maken. Dat een dergelijke praktijk van het anoniem vergaren van informatie in het kader van toezicht niet onrechtmatig is, volgt tevens uit de door de Consumentenautoriteit aangehaalde uitspraak van het CBb van 7 juni 2007 (LJN BA7443). Naar het oordeel van de Commissie is de hier gehanteerde werkwijze ook alleszins redelijk, nu het uitvoeren van effectief toezicht sterk belemmerd zou kunnen worden indien de toezichthouder zich te allen tijde van te voren zou moeten legitimeren en het doel van het onderzoek zou moeten aankondigen. Het ontbreken van een dergelijke rechtsregel is dan ook niet in strijd met artikel 8 EVRM.
- 5.16 Gedurende de toezichtfase geldt bovendien geen cautieplicht. Artikel 5:10a Awb bepaalt dat de cautie moet worden gegeven als sprake is van verhoor met het oog op het aan een verdachte opleggen van een bestraffende sanctie. Daarvan is geen sprake in het geval toezichthouders 'toezicht houden'. De cautie is aan Goltex gegeven ten tijde van de hoorzitting over het voornemen om een boete op te leggen, en dus tijdig.

- 5.17 Ten overvloede merkt de Commissie op dat, mocht er overigens al sprake zijn geweest van bepaalde vormfouten of andere onvolkomenheden tijdens het onderzoek, in een bestuursrechtelijke procedure als de onderhavige de zogenaamde 'vrije bewijsleer' geldt.⁸ Die leidt er toe dat zogenaamd onrechtmatig verkregen bewijs slechts van de procedure moet worden uitgesloten indien het 'zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht'.⁹ Daarvan is naar het oordeel van de Commissie geenszins sprake, al was het maar omdat de Commissie geen vormfouten of onvolkomenheden zijn gebleken.
- 5.18 Het verkregen bewijsmateriaal is dan ook naar het oordeel van de Commissie niet onrechtmatig, zodat het ook niet – met een beroep op artikel 6 EVRM – uitgesloten hoefde te worden.
- 5.19 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de bezwaren van Goltex op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 3. Maximale harmonisatie van de Richtlijn OHP?

- 5.20 Goltex stelt dat zij in Duitsland 'precies dezelfde' handelspraktijken voert als de handelspraktijken waarvoor de Consumentenautoriteit in Nederland een boete heeft opgelegd, terwijl zij in Duitsland – waar een 'veel strenger' toezichtregime zou gelden dat bestaat uit zowel ex ante als ex post toezicht – nooit beboet is. Ten aanzien hiervan overweegt de Commissie als volgt. Dat de Richtlijn OHP in bepaalde opzichten maximumharmonisatie nastreeft, is juist. Daaruit kan echter niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat vergelijkbare handelspraktijken in verschillende landen tot gelijke oordelen moeten leiden wat betreft de rechtmatigheid.
- 5.21 In de eerste plaats oordeelt de Commissie dat de stelling van Goltex dat het zou gaan om 'precies dezelfde' handelspraktijken niet op gaat. Nog afgezien van het feit dat in deze procedure niet in detail is komen vast te staan hoe Goltex haar busreizen in Duitsland precies uitvoert, is duidelijk dat de vertaling van de uitnodigingen niet tot dezelfde betekenis heeft geleid. Zo is bij de asterisk bij verschillende 'cadeaus' aangegeven dat deze gratis zouden zijn voor 'nieuwe clubleden', hetgeen een andere betekenis heeft dan het Duitse 'Kunde'.
- 5.22 Voor deze procedure is de omstandigheid dat Goltex in Duitsland nog nimmer zou zijn beboet dan ook, gelet op de in Nederland gevoerde handelspraktijken en geconstateerde overtredingen, naar het oordeel van de Commissie niet relevant. Hieruit kan immers niet worden afgeleid dat Goltex *om die reden* in Nederland de regelgeving ter implementatie van de Richtlijn OHP niet zou hebben geschonden. Bovendien is niet uitgesloten dat de Richtlijn OHP zoals in Duitsland geïmplementeerd in de Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ("**UWG**"), in dat land minder indringend gehandhaafd wordt. Het toezicht door

⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 januari 1988, AB 1989, 36.

⁹ Zie ABRvS 4 februari 2000, AB 2000, 242. Zie ook Schreuder-Viasbiom, Rechtsbescherming en de bestuurlijke voorprocedure, Deventer: Kluwer, 2011.

de Duitse toezichthouders zoals aangevoerd door Goltex lijkt in elk geval niet gericht te zijn geweest op toetsing van dezelfde juridische criteria, zodat hier geen harde conclusies uit te trekken zijn. Hetgeen door Goltex is aangevoerd omtrent het toezicht door Duitse toezichthouders, lijkt ook overigens geen betrekking te hebben op toezicht op naleving van de Duitse pendant van de UWG.

5.23 Los daarvan volgt uit de doelstelling van de Richtlijn OHP tot maximumharmonisatie niet noodzakelijkerwijs dat (precies) dezelfde handelspraktijk zonder meer in elke lidstaat gelijkelijk toelaatbaar danwel ontoelaatbaar dient te zijn. De Richtlijn laat het aan de nationale rechter over om te beslissen of de 'gemiddelde consument' in de betreffende lidstaat beïnvloed wordt of kan worden door de betreffende handelspraktijk en of deze als oneerlijk moet worden bestempeld. Dergelijke oordelen kunnen per land verschillen. Er zijn immers sociale, culturele en taalkundige factoren die een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van de vraag of de gemiddelde consument door een bepaalde handelspraktijk is misleid of kan worden misleid.¹⁰

5.24 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de bezwaren van Goltex op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 4. De gemiddelde consument?

5.25 Goltex heeft uitgebreid betoogd dat de Consumentenautoriteit er ten onrechte van uit zou gaan dat Goltex haar handelspraktijken bewust heeft gericht op 'ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben'. De Commissie overweegt hieromtrent als volgt.

5.26 Allereerst merkt de Commissie op dat de Consumentenautoriteit terecht benadrukt dat alleen ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 8.8 Whc, jo. artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder c en d, BW de invulling van het begrip 'gemiddelde consument' relevant is. Bij overtreding van artikel 6:193g en 6:193i BW gaat het om handelspraktijken die te allen tijde verboden zijn ongeacht het type consument (zwarte lijst). Het gaat hierbij dus enkel om de geconstateerde overtreding dat het motief van de ITC-dagtochten (verkoopdemonstraties) niet duidelijk blijkt uit de uitnodigingen, en dat het prijsvoordeel van de dagtocht misleidend is.

5.27 Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit voldoende gemotiveerd aangegeven dat de handelspraktijken die hier in geding zijn (het opstellen en versturen van de uitnodigingen voor de verkoopdemonstraties) daadwerkelijk gericht zijn geweest op oudere mensen. Immers, uit de gegevens die Goltex zelf heeft overgelegd, blijkt dat de gemiddelde leeftijd van de deelnemers ca. 62 jaar bedraagt. Wat er ook zij van het betoog van Goltex dat van 'oudere' pas kan worden gesproken vanaf 65 jaar, de Commissie is van oordeel dat het feit dat met name een wat ouder publiek op de busreizen af kwam, gecombineerd met de constatering dat de uiterlijke kenmerken van de uitnodigingen, die – naar het de Commissie aannemelijk voorkomt – met name aantrekkelijk gevonden zullen worden door een wat ouder publiek, reeds afdoende

¹⁰ Bijv. C.C. van Dam, SEW 2009/1, pp. 3-11, met nadere verwijzingen.

bewijzen dat Goltex haar handelspraktijken *de facto* richt op ouderen. Dat er mogelijk ook deelnemers aan de ITC-dagtochten deelnamen die beduidend jonger waren, en niet als oudere zouden kunnen worden geclassificeerd, betekent ook niet dat de gemiddelde consument waar Goltex zich op richt geen 'oudere' zou zijn.

- 5.28 De stelling van Goltex dat de uitnodigingen zich niet *richten* op ouderen, maar op alle consumenten, is naar het oordeel van de Commissie evenmin houdbaar, nu Goltex zelf heeft aangegeven te putten uit een adresbestand van – meest oudere – deelnemers die eerder met een dergelijke ITC-dagtocht zijn meegeweest; die – meest oudere – deelnemers zijn kennelijk de primaire doelgroep van Goltex. Daarnaast geldt dat het voor het constateren van overtredingen van de Wet OHP niet noodzakelijk is dat de handelspraktijk zich *richt op* die doelgroep; ook kan een gemiddelde consument worden misleid wanneer de handelaar (Goltex) *redelijkerwijs kon voorzien* dat die specifieke groep wegens leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit terecht vastgesteld dat Goltex bij haar handelspraktijken redelijkerwijs kon voorzien dat de aangeschreven oudere consumenten bijzonder vatbaar zouden zijn voor deze manier van uitnodigingen en de tijdens de ITC-dagtochten aangeboden producten.
- 5.29 Dat de Consumentenautoriteit voorts de groep van oudere consumenten verder preciseert als 'ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben', kan volgens de Commissie voldoende door het bewijsmateriaal worden gedragen. Daarbij heeft de Consumentenautoriteit een samenstel van omstandigheden in onderling verband gezien en op basis daarvan geconcludeerd dat geen sprake is van een gemiddelde groep ouderen, maar van een groep ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben. De relevante omstandigheden die de Consumentenautoriteit hier bij heeft betrokken, zijn de inhoud en formulering van de uitnodigingen, de wijze van aanprijzen, de lage kosten, het grote aantal cadeaus en prijzen, de reisbestemmingen, het vervoermiddel (bus) en het feit dat de dagtochten doordeweeks overdag plaatsvonden.
- 5.30 Aan Goltex kan worden toegegeven dat deze factoren elk op zichzelf beschouwd niet de conclusie kunnen dragen dat Goltex zich richt op ouderen, en specifiek op ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben. Maar deze factoren in samenhang gezien worden, en kijkend naar de constatering van de toezichthouders tijdens de dagtochten en in gesprekken met de verkopers, de busonderneming, de houders van de partycentra en de deelnemers, rechtvaardigen de conclusie dat de doelgroep daadwerkelijk uit ouderen, meer specifiek ouderen die rondkomen van een AOW, bestaat; daaruit kon de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie afleiden dat de handelspraktijken van Goltex zich op deze specifieke groep gemiddelde consumenten richtten, althans dat zij redelijkerwijs kon voorzien dat deze consumenten voor haar handelspraktijken bijzonder vatbaar zouden zijn.
- 5.31 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de bezwaren van Goltex op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 5. Overtreding van artikel 6:193i, aanhef en onder h, BW? (bedrieglijk de indruk wekken dat een bepaalde prijs heeft gewonnen)

- 5.32 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 6:193i, aanhef en onder h, BW (bedrieglijk de indruk wekken dat een prijs gewonnen is), overweegt de Commissie als volgt. In het bestreden besluit (randnummers 56-69) heeft de Consumentenautoriteit voldoende gemotiveerd dat Goltex de deelnemers in de uitnodigingsbrieven specifieke prijzen (zoals bijvoorbeeld) 10-delige pannenset in het vooruitzicht stelde, die deze deelnemers tijdens de ITC-dagtocht konden afhalen, terwijl die prijzen niet (allemaal) zijn ontvangen. Dat die prijzen niet (allemaal) zijn ontvangen is door de toezichthouders tijdens de drie ITC-dagtochten waaraan zij hebben deelgenomen, uit eigen ervaring geconstateerd. Ook de verkopers en deelnemers hebben bevestigd dat het feitelijk zo was dat niet alle producten die als prijs werden aangekondigd, ook werden overhandigd aan de deelnemers.
- 5.33 Hetgeen Goltex in het bezwaarschrift op dit punt heeft aangevoerd en de producties die zij daarbij heeft overgelegd, zien niet op de aangeboden prijzen maar op de 'cadeaus'. De Consumentenautoriteit heeft in het bestreden besluit terecht geoordeeld dat het ontvangen van gewonnen prijzen in het kader van artikel 6:193i, aanhef en onder h, BW is beoordeeld, terwijl het ontvangen van cadeaus is beoordeeld in het kader van artikel 9:193g, aanhef en onder t, BW. Ten aanzien van deze overtreding heeft Goltex dan ook verder niets aangedragen dat de constatering van de Consumentenautoriteit kan weerleggen.
- 5.34 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de bezwaren van Goltex op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 6. Overtreding van artikel 6:193g, aanhef en onder t, BW? (aanbieden van een gratis product dat niet gratis is)

- 5.35 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 6:193i, aanhef en onder h, BW (aanbieden van een gratis product dat niet gratis is), overweegt de Commissie als volgt. In het bestreden besluit (randnummers 70-93) heeft de Consumentenautoriteit voldoende gemotiveerd uiteengezet dat Goltex producten als gratis in de uitnodigingen presenteerde, terwijl meer dan de onvermijdelijke kosten moesten worden gemaakt om die producten te ontvangen. Het betreft de als gratis aangeduide producten (cadeaus) op de uitnodigingen die op de uitnodigingen waren voorzien van een asterisk. Onder omstandigheden kan dit een correcte handelspraktijk zijn.
- 5.36 Naar het oordeel van de Commissie is in dit geval echter sprake van een misleidende handelspraktijk. Immers, de asterisk verwijst naar de tekst 'voor nieuwe clubleden'. Dat het in dit geval feitelijk niet om een lidmaatschap van een vereniging ging, dat iedereen 'nieuw' was – ook deelnemers die eerder al een clubpas hadden verkregen – en dat niet alle aankopen tot 'lidmaatschap' konden leiden, blijkt op geen enkele manier uit de (tekst van de) uitnodigingen. De feitelijke gang van zaken (waarbij men kennelijk bij deelname aan ledere ITC-dagtocht opnieuw 'nieuw clublid' kan en moet worden door aanschaf van een van de duurdere producten) blijkt pas tijdens de ITC-dagtocht zelf. Dat daarbij door

aanschaf van een product van € 49,- nieuw clublid zou kunnen worden zoals Goltex stelt, is naar het oordeel van de Commissie niet relevant. Dit doet immers niet af aan de misleiding van de consument die er door ontstaat dat bij de consument de indruk wordt gewekt dat hij clublid kan worden en dan een geschenk zal ontvangen. Bovendien is het argument feitelijk onjuist omdat men zelfs bij aanschaf van een product van € 49,- geen lid wordt van welke club dan ook.

- 5.37 Daarbij merkt de Commissie op dat de stelling van Goltex dat de vertaling door een derde (R&S) is aangeleverd, niet relevant is voor de beoordeling van de handelspraktijken van Goltex, nu Goltex te allen tijde verantwoordelijk is voor haar eigen handelspraktijken en de bewoordingen die zij daarbij gebruikt.
- 5.38 Terecht stelt de Consumentenautoriteit dat de toelichting die achteraf of zelfs tijdens de dagtocht wordt gegeven bij de aanduiding 'nieuwe clubleden', de verwachting van consumenten op basis van de uitnodigingen niet kan wijzigen, zodat het misleidende karakter van de handelspraktijk niet kan worden gerepareerd.
- 5.39 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de bezwaren van Goltex op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 7. Overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, aanhef onder c en d, BW? (misleiding ten aanzien van de motieven van de handelspraktijk en ten aanzien van de prijs)

- 5.40 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, aanhef onder c en d, BW (misleiding ten aanzien van de motieven van de handelspraktijk en de prijs) overweegt de Commissie als volgt. In het bestreden besluit (randnummers (94-115) heeft de Consumentenautoriteit voldoende gemotiveerd uiteengezet dat Goltex met de uitnodigingen potentiële klanten heeft misleid of heeft kunnen misleiden ten aanzien van het doel van de ITC-dagtocht, en dat het aanbieden van het prijsvoordeel bij deelname aan de dagtocht misleidend was.
- 5.41 In de eerste plaats oordeelt de Commissie dat de Consumentenautoriteit terecht heeft gesteld dat bij de beoordeling van de handelspraktijk niet relevant is of de aangeschreven consumenten al vaker mee waren geweest met een ITC-dagtocht en aldus wisten dat er verkoopdemonstraties zouden plaatsvinden. De uitnodigingen roepen door hun presentatie, zowel visueel als tekstueel, een beeld op van een leuk dagje uit met een touringcarbus naar een mooie bestemming (met muziek en gratis eten). Hierdoor kan de gemiddelde consument van de groep ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben, worden bewogen tot deelname aan de dagtocht.
- 5.42 Daarnaast oordeelt de Commissie dat bij de beoordeling van de uitnodigingen wel rekening is gehouden met het feit dat de uitnodiging verwijzingen bevat naar de verkoopdemonstraties, maar dat die verwijzingen volstrekt onvoldoende zijn om het karakter van de ITC-dagtocht duidelijk te maken: een dag die voor het grootste gedeelte bestaat uit verkoopdemonstraties van dwingende aard. De kreten op de uitnodigingen ('merkartikelen reclameshow', 'de dag omvat verschillende presentaties',

'reizenintroductie', en 'promotie van nieuwigheden – deelneming vrijblijvend') zijn daarbij niet in de hoofdtekst van de uitnodiging opgenomen, maar op voor de beoordeling van de uitnodigingen als geheel minder relevante plaatsen zoals bij de afknipstrook en in de bijgevoegde folders. Uit de uitnodigingen als geheel blijkt volgens de Commissie niet, en zeker niet voor de gemiddelde consument als hier relevant, wat het daadwerkelijke doel en de werkelijke invulling is van de ITC-dagtochten.

- 5.43 Ook ten aanzien van de prijs van de dagtocht die werd aangeprezen als gereduceerd van € 19,90 naar € 1,90, oordeelt de Commissie dat de Consumentenautoriteit terecht een overtreding heeft vastgesteld. De Consumentenautoriteit overweegt terecht dat juist uit het feit dat de consumenten (oudere die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben) persoonlijk worden aangeschreven met de mededeling dat zij speciaal zijn geselecteerd en een fikse korting krijgen, volgt dat zij worden misleid doordat zij door deze manier van communicatie tot deelname aan de ITC-dagtochten (kunnen) worden bewogen. Dat persoonlijk aangeboden voordeel is de reden dat die aangeboden korting misleidend is; het feit dat het aangeboden prijsvoordeel feitelijk juist zou zijn, is daarom hierbij niet relevant.
- 5.44 De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit de bezwaren van Goltex op dit punt ongegrond te verklaren.

6 Conclusie

- 6.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van Goltex van 17 mei 2011, aangevuld bij brief van 1 juni 2011, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 7 april 2011, ongegrond te verklaren.
- 6.2 Het advies is aldus vastgesteld te Den Haag op 20 december 2011, door de Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit, bestaande uit prof. mr. W.H. van Boom (voorzitter), prof. mr. E.H. Hondius (extern lid) en dr.mr. M.Y. Schaub (extern lid).

Namens de Commissie,
de voorzitter,



Prof. mr. W.H. van Boom