

De onafhankelijke Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit

Advies inzake het bezwaarschrift van

Pro-Actief Plus B.V.,

van 18 mei 2011, aangevuld op 28 juni 2011, ingediend door de gemachtigde dhr. mr. J.H. van der Velden

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 7 april 2011 ("bestreden besluit"),
met kenmerk CA/NB/529/80

1 Procedureverloop

- 1.1 Dit advies betreft de boete van totaal € 150.000,- die de Consumentenautoriteit aan het bedrijf Pro-Actief Plus B.V. ("**Pro-Actief**") heeft opgelegd voor haar handelspraktijken met betrekking tot verkoopdemonstraties tijdens dagtochten per bus. 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 veelal 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. Op basis van deze uitkomsten heeft de Consumentenautoriteit 'misleidende en agressieve verkoopdemonstraties' als prioriteit aangewezen in het handhavingsbeleid.
- 1.3 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**").
- 1.4 Tussen april 2009 en 18 juli 2009 heeft de Consumentenautoriteit onderzoek verricht naar dagtochten die onder de naam ITC Reisclub werden verricht. Vanaf 17 juli 2009 zijn de ITC-dagtochten in Nederland gestaakt.¹
- 1.5 Het is de Consumentenautoriteit – tijdens deelname aan een ITC-dagtocht op 1 juli 2009 – gebleken dat dezelfde mensen die voorheen via de Duitse vennootschap R&S Handelsvertretung GmbH verbonden waren aan de organisatie van de ITC-dagtochten, een nieuwe, Nederlandse vennootschap hadden opgericht, Pro-Actief. Pro-

¹ Totdat deze vanaf 17 augustus 2009 werden vervolgd door Pro-Actief.

Actief is opgericht op 3 april 2009; in juli zijn de eerste uitnodigingen voor verkoopdemonstraties onder de naam van Pro-Actief verstuurd.

- 1.6 Met Pro-Actief hebben feitelijk het concept van de ITC-dagtochten voortgezet, maar onder in hun optiek gunstiger voorwaarden voor consumenten en zonder enige relatie met Goltex Vertriebs GmbH & Co. Kommanditgesellschaft ("Goltex"). Wel werden deels dezelfde locaties als bestemmingen van de dagtochten gebruikt, werden dezelfde verkopers ingezet, en werd deels dezelfde klantenkring van deelnemers aangeschreven. Het ging dan om dagtochten, bedoeld voor oudere deelnemers, met een busrit naar een locatie waar verkoopdemonstraties werden gehouden, en enig vermaak (muziek, bingo) plaatsvond.
- 1.7 De toezichthouders van de Consumentenautoriteit hebben vervolgens tussen 6 augustus 2009 en 26 augustus 2010 (de periode tussen de eerste uitnodiging van Pro-Actief waarover de Consumentenautoriteit beschikt, en de laatste uitnodigingen die door Pro-Actief zijn verstuurd) onderzoek verricht naar de door Pro-Actief georganiseerde dagtochten. De periode waarover de overtreding is geconstateerd is door de Consumentenautoriteit vastgesteld op 16 september 2009 tot en met 18 februari 2010 (de periode tussen de eerste en de laatste dagtocht die ambtenaren van de Consumentenautoriteit hebben bijgewoond). In die periode organiseerde Pro-Actief ongeveer 3 dagtochten per week, waaraan circa 50 personen per reis deelnamen. Pro-Actief heeft verklaard tussen 19 juli 2009 en 1 september 2009 ca 100.000 uitnodigingen te hebben verstuurd. De die het busvervoer uitvoerde voor Pro-Actief heeft verklaard in 2009 een totaal aantal van 8817 deelnemers te hebben vervoerd naar de verkooplocaties.
- 1.8 In het kader van het onderzoek naar Pro-Actief hebben toezichthouders van de Consumentenautoriteit op 16 september 2009, 12 januari 2010 en op 18 februari 2010 deelgenomen aan een dagtocht. Voorts hebben de toezichthouders tijdens en na de dagtochten gesproken met verschillende deelnemers van de dagtochten. Daarnaast hebben toezichthouders op 1 september 2009 een bedrijfsbezoek afgelegd bij Pro-Actief.

De handelspraktijken

- 1.9 Daarbij zijn de volgende feiten aangaande de onderzochte handelspraktijken van Pro-Actief van belang, die uit de stukken in het dossier volgen.
- 1.10 Pro-Actief stelde de uitnodigingen voor de dagtochten op en verstuurd deze naar de consumenten. In het boeterapport bevindt zich een voorbeeld van een uitnodiging, die volgens de Consumentenautoriteit representatief is voor de uitnodigingen van Pro-Actief. De adresbestanden had Pro-Actief grotendeels overgenomen van Goltex.
- 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, die Pro-Actief nog kenden van de ITC-dagtochten.

- 1.12 In de brieven werd de klant persoonlijk uitgenodigd voor een dagtocht met verkoopdemonstraties, muziek en bingo. Ook werd vermeld dat de deelnemers verteld zou worden over de 'mooie producten en nieuwe reisbestemmingen' van Pro-Actief. De klant werd er op gewezen dat de kostprijs voor deelname aan de dagtocht (in de voorbeelduitnodiging in het boeterapport) € 59,90 is, maar dat de aangeschreven klant 'als geselecteerde gast' maar € 9,90 betaalt, en dat ook een eventuele introductie maar € 9,90 betaalt.
- 1.13 De consumenten stuurden hun aanmelding voor een dagtocht aan Pro-Actief. Deelnemers aan de dagtochten werden vóór 9 uur 's ochtends op een vastgestelde opstapplaats opgehaald, waarna de bus de deelnemers rond 'koffietijd' bij de locatie afzette waar de verkoopdemonstraties zouden plaatsvinden. Bij aankomst ontvingen de deelnemers een cadeau en een consumptiekaart.
- 1.14 De locaties voor de verkoopdemonstraties waren door Pro-Actief geregeld in partycentra in de plaatsen Wachtum, Utrecht, Rhenoy en Hank. Op iedere locatie vonden vier tot vijf verkoopdemonstraties per week plaats.
- 1.15 Pro-Actief regelde verkopers die aanwezig zouden zijn om de producten aan te prijzen tijdens de verkoopdemonstraties. Daartoe wierf Pro-Actief een vijftal verkopers, die als zelfstandig ondernemer 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.
- 1.16 Pro-Actief bepaalde hoe de dag verliep en welke producten er te koop werden aangeboden. Daarbij konden de verkopers kiezen uit een aantal grote hoofdartikelen; per verkoopdemonstratie moesten de verkopers kiezen uit één hoofdartikel, eventueel een tweede (groot) artikel (zoals de 'Body Distress²'), een aantal reizen, en verschillende kleinere artikelen (zoals een pot crème). Pro-Actief kocht deze producten zelf in en bepaalde de prijs waarvoor deze producten werden verkocht. Per product duurden de verkoopdemonstraties een half uur tot ruim twee uur.
- 1.17 Naast de verkoopdemonstraties werd een gratis warme lunch aangeboden, en werd er gedurende ongeveer een half uur bingo gespeeld en werd er een verloting gehouden, werd er live muziek gespeeld en was er gelegenheid om te dansen. 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.
- 1.18 Ook bepaalde Pro-Actief welke cadeautjes de deelnemers aan de dagtochten kregen.
- 1.19 Over de wijze van presenteren en verkopen en over de sfeer tijdens de verkoopdemonstraties, blijkt uit de stukken het volgende.

² Een Body Distress is kennelijk een matras die op de normale matras gelegd moet worden en die dient om het lichaam te ontladen van zogenaamde 'elektro-smog'.

- 1.20 In sommige gevallen gaven de verkopers vóór aanvang van de verkoopdemonstratie aan dat de deelnemers de mogelijkheid hadden om gedurende de gehele verkoopdemonstratie weg te blijven. De partycentra zijn evenwel gelegen op een locatie waar zich landbouwvelden en/of woonwijken bevonden en waar geen eenvoudig bereikbare alternatieve gelegenheid was om iets te eten of te drinken in bijvoorbeeld een café-restaurant. In sommige gevallen waren de gordijnen gesloten, zodat de aandacht van de deelnemers feitelijk wel gericht moest zijn op de verkoopdemonstraties op het podium. De aanwezigen in de zaal werden gemaand om op te letten tijdens de verkoopdemonstraties. De verkoopdemonstraties vonden plaats op een podium voor in de zaal waarop de te verkopen producten uitgesteld stonden.
- 1.21 Bij de producten die tijdens de verkoopdemonstraties werden aangeboden, werd meer of minder expliciet vermeld dat deze de gezondheid bevorderen. Zo werden bijvoorbeeld kuren met voedingssupplementen verkocht, crème op basis van arnica en de 'Body Distress'. Pro-Actief had een beschrijving van de te verkopen producten opgesteld die zij aan de verkopers meegaf en door hen als leidraad werd gebruikt. Voorts werd door de verkopers verwezen naar externe bronnen, zoals een boekje '100 en gezond', een boekje van Blokker en het tijdschrift 'Swing'. Daarbij speelden de verkopers expliciet in op de gezondheidsproblemen van de – met name oudere – deelnemers, bijvoorbeeld door de deelnemers expliciet naar hun gezondheidskwalen en medicijngebruik te vragen en daaraan te refereren.
- 1.22 De prijs van de producten werd tijdens de verkoopdemonstratie – althans tot vlak voordat een koop werd gesloten – niet expliciet aangeduid. Tijdens de verkoopdemonstratie werd de exacte prijs meestal niet genoemd; wel werd bijvoorbeeld de prijs van een concurrent genoemd, of werd van een hoog bedrag afgeteld naar beneden, of werd een maandelijks bedrag genoemd. De verkopers nodigden de deelnemers uit om het product te kopen voordat de exacte prijs bekend was gemaakt.
- 1.23 De verkopers stelden tijdens de verkoopdemonstraties vaak dat er maar een beperkt aantal van de zojuist aangeprezen producten voor handen was, die voor een hele lage prijs weg mochten. De verkopers hebben echter verklaard dat er in principe altijd voldoende voorraad was van de producten, en dat consumenten altijd alsnog konden besluiten tot aankoop over te gaan.
- 1.24 Voorts lieten de verkopers tijdens de verkoopdemonstraties expliciet blijken dat ze, gelet op de lage prijs van de dagtocht, van de deelnemers verwachtten dat ze iets kochten.
- 1.25 Pro-Actief heeft geen klachten van consumenten ontvangen; evenmin zijn er in de onderzoeksperiode klachten over Pro-Actief binnengekomen bij Consuwijzer of de Consumentenautoriteit.
- 1.26 Op 26 april 2010 heeft de Consumentenautoriteit een boeterapport opgemaakt en aan Pro-Actief gestuurd. Het boeterapport ziet op de gedragingen van R&S, ITC (Goltex), en Pro-Actief-Plus. De onderzoeksperiode ten aanzien van Pro-Actief ziet op de periode vanaf 14 september 2009 tot en met 18 februari 2010.

- 1.27 Pro-Actief heeft op 20 mei 2010 haar zienswijze gegeven op het boeterapport van 26 april 2010. Die zienswijze heeft de Consumentenautoriteit per post ontvangen op 3 juni 2010.
- 1.28 Pro-Actief heeft op 25 oktober 2010 tijdens een hoorzitting haar zienswijze gegeven over de vermoedelijke overtredingen die in het boeterapport zijn vermeld.
- 1.29 Vanaf 18 februari 2010 heeft Pro Actief haar bedrijfsactiviteiten gestaakt.
- 1.30 Vervolgens heeft de Consumentenautoriteit bij besluit van 7 april 2011 (het "**bestreden besluit**") aan Pro-Actief drie boetes opgelegd voor een totaal bedrag van € 150.000,-, wegens overtreding van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming ("**Whc**"), jo. artikel 6:193c, lid 1, aanhef en onder b, Burgerlijk Wetboek ("**BW**"); artikel 6:193h, lid 1, BW; en artikel 6:193d, jo. 6:193e, aanhef en onder c, BW.
- 1.31 Tegen dat besluit heeft Pro-Actief bezwaar gemaakt bij brief van 18 mei 2011, aangevuld bij brief van 28 juni 2011.
- 1.32 Op 13 september 2011 is Pro Actief failliet verklaard.
- 1.33 Bij brief van 24 augustus 2011 heeft de Commissie (de curator van) Pro-Actief 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. Bij brief van 24 augustus 2011 heeft de Commissie de Consumentenautoriteit uitgenodigd voor de hoorzitting en haar gewezen op het recht om tot 25 september 2011 een nadere schriftelijke toelichting op het bestreden besluit te geven.
- 1.34 Bij brief van 23 september 2011 heeft de Consumentenautoriteit de Commissie en de gemachtigde van Pro-Actief een schriftelijke reactie op het bestreden besluit gestuurd.
- 1.35 Op 5 oktober 2011 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij Pro-Actief niet is verschenen 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 2011 aan de curator van Pro-Actief en aan de Consumentenautoriteit is toegezonden en geacht wordt deel uit te maken van dit advies. Bij brief van 8 november 2011 heeft de Consumentenautoriteit naar aanleiding van het verslag enkele opmerkingen gemaakt die zijn toegevoegd aan het dossier.

2 Standpunt Pro-Actief

- 2.1 Pro-Actief heeft bezwaren aangevoerd die hierna genummerd 1-5 samengevat weergegeven worden.

1. Het boetebesluit is onzorgvuldig, want gebaseerd op een onjuist feitelijk uitgangspunt (bezwaarschrift pp. 1)

- 2.2 Pro-Actief heeft aangevoerd dat de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit ten onrechte een uitnodiging voor een dagtocht heeft gehanteerd zonder de antwoordstrook. Op de antwoordstrook stond volgens Pro-Actief precies het dagprogramma aangegeven, zodat de deelnemer precies wisten wat hen te wachten stond, ook dat er verkoopdemonstraties zouden plaatsvinden. Door dit te miskennen, is het bestreden besluit gebaseerd op een onjuiste aanname welke tot de onjuiste conclusie zou hebben geleid dat Pro-Actief overtredingen heeft begaan en een boete opgelegd kon worden.

2. Er is aan Pro-Actief ten onrechte een boete opgelegd en geen waarschuwing of last onder dwangsom. Dat is disproportioneel (bezwaarschrift p.1-2).

- 2.3 Pro-Actief stelt dat uit de parlementaire geschiedenis van de Whc volgt dat de Consumentenautoriteit in deze zaak te voortvarend is opgetreden; zij had Pro-Actief moeten waarschuwen, dan wel een last onder dwangsom moeten opleggen. Daarbij had de Consumentenautoriteit moeten betrekken dat (i) er geen klachten van deelnemers over Pro-Actief zijn geweest, (ii) Pro-Actief de dagtochten juist beoogde te organiseren zonder de fouten die Goltex maakte, (iii) andere organisatoren van dagtochten met verkoopdemonstraties – die agressievere methoden hanteren – niet zijn aangesproken (willekeur), (iv) Pro-Actief een *start up* bedrijf is, terwijl zij door de Consumentenautoriteit niet gewezen is op de gestelde overtredingen voordat een boete is opgelegd. Een boete is daarom volgens Pro-Actief niet gerechtvaardigd, dan wel de boete had sterk moeten worden gematigd.

3. Pro-Actief betoogt dat er geen sprake is geweest van oneerlijke of agressieve handelspraktijken (bezwaarschrift p. 3-6).

- 2.4 Pro-Actief stelt dat er geen sprake is geweest van agressieve handelspraktijken. Pro-Actief is haar bedrijf juist begonnen, los van Goltex, om consumenten een prettiger dagtocht te kunnen aanbieden onder betere voorwaarden, met onder andere duidelijker uitnodigingen, met meer ruimte voor andere activiteiten dan verkoopdemonstraties, met producten en productinformatie beschikbaar in het Nederlands in plaats van het Duits en met minder 'druk' vanuit de verkopers op de consumenten om tot aankoop over te gaan.

- 2.5 De uitingen van verkopers waarop de Consumentenautoriteit de agressiviteit van de handelspraktijk baseert, moeten in de juiste context geplaatst worden. Bovendien is agressiviteit een kwestie van beleving. Pro-Actief wijst er op dat diverse deelnemers verschillende keren meegingen met de dagtochten, zodat een agressieve verkooppraktijk niet waarschijnlijk is. En zij verwijst naar een rapportage van Eurip, waarin wordt geconcludeerd dat negatieve uitlatingen van enkelen in een groep door de slechte sfeer die daardoor ontstaat, tot slechte verkoopresultaten leiden. De verkopers hadden er daarom belang bij zich niet agressief op te stellen.

- 2.6 Ook stelt Pro-Actief dat de Consumentenautoriteit er ten onrechte van uitgaat dat ouderen "bijzonder vatbaar zouden zijn voor de gehanteerde handelspraktijk of de aangeboden producten". Daartoe verwijst Pro-Actief naar een overgelegde publicatie van Active

Development, waarin wordt geconcludeerd dat ouderen ervaren en kritische consumenten zijn.

- 2.7 Voorts is volgens Pro-Actief onjuist dat de verkooplocaties op een afgelegen locatie lagen: in Utrecht aan de Vecht en in Hank in het Dorp bevond het restaurant zich in het dorp. Voor zover Pro-Actief bekend werden de zalen niet afgesloten (op slot), maar werden gewoon de deuren dichtgedaan; deelnemers hebben nooit aangegeven zich opgesloten te voelen.
- 2.8 Ook merkt Pro-Actief op dat de uitingen over de positieve effecten van producten waarvan "wellicht wetenschappelijk niet [is] aangetoond" dat die bestaan, veel in de cosmetica-branche voorkomen, evenals bij homeopathische producten.
- 2.9 Daarnaast stelt Pro-Actief dat de verwijten ten aanzien van het slechts beperkt beschikbaar zijn van de producten niet verschillen "van de aankoop in een winkel met beperkte voorraad danwel op de markt". In die situaties hoeft geenszins van misleiding sprake te zijn.
- 2.10 Hetzelfde geldt volgens Pro-Actief voor het prijsbeleid, waarmee Pro-Actief kennelijk doelt op het verwijt van de Consumentenautoriteit dat de prijs van de producten niet of (te) laat wordt genoemd. Ook dat zou volgens Pro-Actief evenzo gebruikelijk zijn in winkels en op de markt.

4. Pro-Actief had geen invloed over verkopers en het verkoopproces tijdens de verkoopdemonstraties (bezwaarschrift p. 3).

- 2.11 Pro-Actief stelt dat zij "geen enkele directe invloed kon uitoefenen op de verkopers en hetgeen deze verkopers zich al dan niet tijdens verkooppresentaties lieten ontvallen". Daarmee lijkt Pro-Actief te betogen dat zij door de Consumentenautoriteit ten onrechte als (functioneel) dader is aangemerkt.

5. Subsidiar: de hoogte van de opgelegde boete is disproportioneel (bezwaarschrift p. 3-4)

- 2.12 Pro-Actief stelt subsidiar dat als haar al een boete opgelegd had kunnen worden, de hoogte verlaagd zou moeten worden. Daarbij wijst Pro-Actief er op dat (i) er geen klachten van deelnemers over Pro-Actief zijn geweest, (ii) Pro-Actief een *start up* bedrijf is, terwijl zij door de Consumentenautoriteit niet gewezen is op de gestelde overtredingen voordat een boete is opgelegd, (iii) de gestelde overtredingen in verhouding tot de overtredingen van Goltex veel minder ernstig zouden zijn, (iv) de termijn van de gestelde overtredingen (vanaf 2009) veel korter is in verhouding tot de overtredingen die Goltex gedurende lange tijd heeft begaan.

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 Pro-Actief ongegrond zijn. De Consumentenautoriteit heeft het volgende naar voren gebracht:

Ad 1. Zorgvuldigheid van de felten waarop het boetebesluit is gebaseerd (schriftelijke reactie rdnrs. 20-22)

- 3.2 De Consumentenautoriteit wijst er op dat het onderzoek gebaseerd was op acht verschillende uitnodigingen, waarvan er zeven een dagprogramma bevatten. De bezwaargrond van Pro-Actief is dan ook feitelijk onjuist.
- 3.3 Op basis van de dagprogramma's meent de Consumentenautoriteit dat het voor deelnemers weliswaar duidelijk kon zijn *dat* er verkoopdemonstraties plaats zouden vinden, maar niet dat de dagtocht voornamelijk uit verkoopdemonstraties zou bestaan. Dat het dagprogramma volledig duidelijk zou zijn, wordt door de Consumentenautoriteit daarom niet gevolgd.

Ad 2. Waarschuwing of last onder dwangsom in plaats van boete (schriftelijke reactie rdnrs. 9-14 en 44-45)

- 3.4 De Consumentenautoriteit stelt dat het feit dat er over Pro-Actief geen klachten zijn binnengekomen niet betekent dat de Consumentenautoriteit niet bevoegd zou zijn om onderzoek te doen en handhavend op te treden. De Consumentenautoriteit heeft een discretionaire bevoegdheid om al dan niet handhavend op te treden; klachten kunnen daartoe een aanleiding zijn, maar dat is niet noodzakelijk.
- 3.5 De aard en ernst van de overtredingen (drie oneerlijke, waaronder één agressieve handelspraktijk, waarbij bovendien de relatief kwetsbare groep van 55+-ers is betrokken), is voor de Consumentenautoriteit aanleiding geweest boetes op te leggen, en niet een last onder dwangsom of een waarschuwing te geven. De door Pro-Actief aangehaalde parlementaire geschiedenis van de Whc is niet relevant, nu het aangehaalde citaat ziet op het afwikkelen van massaschades, en niet op het opleggen van bestuursrechtelijke sancties.
- 3.6 Volgens de Consumentenautoriteit betekent het feit dat andere bedrijven met soortgelijke handelspraktijken als Pro-Actief niet zouden worden aangesproken door de Consumentenautoriteit, niet dat sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. De Consumentenautoriteit heeft immers een discretionaire bevoegdheid om al dan niet handhavend op te treden, en is niet verplicht om alle bedrijven in dezelfde bedrijfstak bij het onderzoek te betrekken.

Ad 3. Pro-Actief heeft oneerlijke en agressieve handelspraktijken begaan (schriftelijke reactie rdnrs 15-19 en 23-37).

- 3.7 De Consumentenautoriteit stelt dat de handelspraktijken (de verkooptechnieken) wel degelijk oneerlijk en agressief waren. Het feit dat deelnemers meerdere malen deelnemen, betekent niet dat de handelspraktijk niet oneerlijk zou zijn en ontslaat Pro-Actief niet van haar verplichtingen om onder meer de Wet oneerlijke handelspraktijken ("**Wet OHP**") na te leven. Wat betreft de context van de uitingen van de verkopers, stelt de Consumentenautoriteit dat uit de opgemaakte verslagen van de bijgewoonde dagtochten voldoende kan worden afgeleid wat de werkwijze van de verkopers was. De context van de handelspraktijk en de uitlatingen van verkopers is op basis hiervan goed vast te stellen.

Daarbij geven verschillende verklaringen van deelnemers inzicht in de context van de handelspraktijk. Daarbij merkt de Consumentenautoriteit op dat ook ervaring van de deelnemers – en niet enkel de bedoeling van de verkoper – van belang is voor beoordeling van de handelspraktijk. Dat sprake zou zijn van een prettige atmosfeer wordt door de Consumentenautoriteit bestreden, gelet op de verslagen van de bijgewoonde dagtochten.

- 3.8 De Consumentenautoriteit merkt op dat het belang van de doelgroep (55+-ers) er in is gelegen dat deze groep "meer dan gemiddeld gevoelig" is voor argumenten over hun gezondheid, "omdat in het algemeen hun vitaliteit afnemende is en hun gezondheid kwetsbaarder wordt". Voorts wordt door Pro-Actief bewust ingespeeld op die afnemende gezondheid van de oudere deelnemers. Daarbij wordt dan het uithoudingsvermogen van de oudere deelnemers op de proef gesteld door de langdurige verkoopdemonstraties, zodat de vergelijking met reclameboodschappen over cosmetica en homeopathische middelen niet opgaat.
- 3.9 De Consumentenautoriteit stelt voorts dat niet het voorraadbeheer relevant is voor de overtreding betreffende de onjuiste mededelingen over de beschikbaarheid van het product, maar het verkeerde beeld dat de consument wordt voorgehouden over de voorraad, met het oogmerk de consument te bewegen het product ter plekke aan te schaffen. De Consumentenautoriteit acht de stelling dat een dergelijke techniek ook in winkels en op markten zou worden gebruikt onvoldoende onderbouwd. Daarnaast is deze techniek niet vergelijkbaar met verkoop in winkels en markten, nu de verkoopdemonstraties langdurig zijn, zodat de consument zich daar niet (gemakkelijk) aan kan onttrekken en de beïnvloeding sterker is.
- 3.10 Ten aanzien van het niet of te laat noemen van de prijs merkt de Consumentenautoriteit op dat hetgeen Pro-Actief heeft aangevoerd niet aannemelijk maakt dat dergelijke praktijken als geconstateerd ook in winkels en/of op markten plaatsvinden.

Ad 4. Daderschap van Pro-Actief (schriftelijke reactie rdnrs. 46-48)

- 3.11 De Consumentenautoriteit stelt dat de overtredingen, die feitelijk zijn begaan door de verkopers, aan Pro-Actief kunnen worden toegerekend, nu Pro-Actief die verkopers had geworven en met hen een contractuele relatie had, op basis waarvan de verkopers door Pro-Actief in staat zijn gesteld om de producten van Pro-Actief tijdens de verkoopdemonstraties te verkopen. Volgens de Consumentenautoriteit had Pro-Actief het in haar macht om te bepalen op welke locaties en data de verkopers werkzaam konden zijn en/of zij haar contractuele relatie met de verkopers wilde voortzetten. Pro-Actief is dan ook tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van haar mocht worden verwacht om de geconstateerde overtredingen van de Whc en de Wet OHP te voorkomen. Hieruit vloeit volgens de Consumentenautoriteit het functioneel daderschap van Pro-Actief voort.
- 3.12 De omstandigheid dat er geen klachten over Pro-Actief zijn binnengekomen, betekent volgens de Consumentenautoriteit voorts niet dat het handelspraktijken niet binnen de machtssfeer van Pro-Actief lagen, en dat van Pro-Actief redelijkerwijs mocht worden verwacht de overtredingen te voorkomen.

Ad 5. Subsidiair: de hoogte van de opgelegde boete (schriftelijke reactie rdnrs 38-43)

- 3.13 Ten aanzien van de evenredigheid van de hoogte van de boete merkt de Consumentenautoriteit op dat die – ook in vergelijking met andere zaken waarin boetes vanwege oneerlijke handelspraktijken zijn opgelegd – niet onevenredig hoog is. Er is sprake van zeer ernstige overtredingen. Daarnaast is de boete volgens de Consumentenautoriteit niet onevenredig hoog – ook niet in relatie tot de boetes die aan Goltex zijn opgelegd. Het feit dat de Consumentenautoriteit een nieuwe toezichthouder is, maakt voorts niet dat de hoogte van de boete disproportioneel is. Het feit dat geen klachten zijn binnengekomen over Pro-Actief heeft daarnaast niet tot gevolg dat de overtredingen minder ernstig zijn.

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.
- 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 6:193c 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:

- a. [...]
- b. de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procédé en datum van fabricage of verrichting, levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles.
[...]"

- 4.5 Artikel 6:193d BW luidt als volgt:

1. Een handelspraktijk is bovendien misleidend indien er sprake is van een misleidende omissie.
2. Een misleidende omissie is 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.
3. Van een misleidende omissie is eveneens sprake indien essentiële informatie als bedoeld in lid 2 verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.
4. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen."

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

"In het geval van een uitnodiging tot aankoop is de volgende informatie, voor zover deze niet reeds uit de context blijkt, essentieel als bedoeld in artikel 193d lid 2:

[...]

c. de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend en, in voorkomend geval, de extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, het feit dat deze extra kosten moeten worden betaald;

[...]"

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

"1. Een handelspraktijk is in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, agressief 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.

[...]"

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. Artikel 2.15 Whc bepaalt dat een bestuurlijke boete ten hoogste het bedrag van de vijfde categorie geldboete, bedoeld in artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht bedraagt, terwijl overtreding van artikel 8.8 beboet kan worden met een boete van ten hoogste € 450 000.

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 51 Wetboek van Strafrecht luidt – voor zover relevant – als volgt:

"1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.

2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen."

5 Overwegingen Commissie

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van Pro-Actief

5.1 Het bezwaarschrift is tijdig ontvangen en voldoet ook overigens aan alle vereisten voor ontvankelijkheid. De omstandigheid dat Pro-Actief op 13 september 2011 failliet is verklaard, maakt dat niet anders. Het bezwaar is niet ingetrokken door de curator.

Ad 1 – Zorgvuldige feitelijke onderbouwing van het boetebesluit?

- 5.2 Ten aanzien van het bezwaar van Pro-Actief dat de Consumentenautoriteit de boete ten onrechte heeft gebaseerd op een voorbeeld van een uitnodiging zonder dagprogramma, overweegt de Commissie als volgt. De Commissie meent dat de Consumentenautoriteit afdoende heeft gemotiveerd dat zij beschikte over acht uitnodigingen, waarvan er zeven een dagprogramma bevatten.
- 5.3 De Commissie volgt de Consumentenautoriteit in haar oordeel dat uit die uitnodigingen - inclusief de dagprogramma's - niet ondubbelzinnig blijkt dat het grootste deel van de dagtocht met het bijwonen van verkoopdemonstraties is gevuld. Overigens meent de Commissie dat deze uitnodigingen slechts één factor zijn in het oordeel van de Consumentenautoriteit dat sprake is geweest van agressieve handelspraktijken.
- 5.4 De Commissie adviseert de bezwaren van Pro-Actief op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 2 – Ander handhavingsinstrument?

Ten aanzien van het bezwaar van Pro-Actief dat ten onrechte een boete, en geen last onder dwangsom of waarschuwing is opgelegd, overweegt de Commissie als volgt. Indien de Consumentenautoriteit een overtreding van de Wet OHP en de Whc constateert, biedt de Whc haar een ruime discretionaire bevoegdheid om gebruik te maken van de haar ter beschikking staande handhavingsmiddelen. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit in dit geval in redelijkheid kunnen oordelen dat het opleggen van een boete opportuun was. De door Pro-Actief genoemde omstandigheden (met name die genoemd onder randnummer 2.3 hierboven) maken niet dat het opleggen van een boete onevenredig is.

- 5.5 De Commissie adviseert de bezwaren van Pro-Actief op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 3. Oneerlijke en agressieve handelspraktijk?

- 5.6 Ten aanzien van de vaststelling door de Consumentenautoriteit dat sprake zou zijn geweest van oneerlijke en agressieve handelspraktijken, overweegt de Commissie als volgt.
- 5.7 Ten aanzien van de algemene factoren die de Consumentenautoriteit in overweging heeft genomen bij de beoordeling of de handelspraktijk oneerlijk c.q. agressief was, meent de Commissie dat deze factoren door de Consumentenautoriteit afdoende aannemelijk zijn gemaakt. Ook is adequaat gemotiveerd waarom het relevante factoren betreft.
- 5.8 Zo is het feit dat de handelspraktijk zich richtte op voornamelijk oudere deelnemers voldoende aannemelijk gemaakt, en is ook door Pro-Actief niet weersproken. Weliswaar heeft Pro-Actief betoogd dat oudere consumenten in het algemeen niet meer beïnvloedbaar zijn dan andere consumenten, maar de Consumentenautoriteit heeft de factor leeftijd naar het oordeel van de Commissie in dit geval relevant geacht omdat de handelspraktijk er uit bestaat om (ook) gezondheidsproducten aan te bieden aan wat onmiskenbaar een publiek

van oudere mensen is. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit dit terecht relevant geacht met de motivering dat (i) het gaat om langdurige verkoopdemonstraties waaraan de deelnemers zich niet gemakkelijk konden onttrekken, terwijl (ii) ouderen meer dan gemiddeld gevoelig zijn voor argumenten over hun gezondheid, omdat in het algemeen hun vitaliteit afnemende is en hun gezondheid kwetsbaarder wordt. De vergelijking met aanprijzingen van gezondheidsproducten in reclames en in winkels en op de markt, gaat dan ook volgens de Commissie niet op. Dat is door de Consumentenautoriteit afdoende gemotiveerd.

Feitelijk onjuiste informatie over de beschikbaarheid van een product

- 5.9 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW, overweegt de Commissie dat naar haar oordeel afdoende is komen vast te staan dat deze overtreding is begaan.
- 5.10 Pro-Actief heeft ook niet weersproken dat verkopers de producten aanprezen met de mededeling dat er nog slechts enkele exemplaren beschikbaar waren. Naar het oordeel van de Commissie zijn de mededelingen van de verkopers over de beschikbaarheid van de producten onmiskenbaar een verkooptechniek om de consument te bewegen snel een keuze te maken, omdat anders de kans voorbij zou zijn om het product nog aan te schaffen. Daarbij heeft Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie terecht betrokken dat de verkoopdemonstraties lang duurden, en dat zij – telkens eenmalig – werden gehouden op veelal afgelegen locaties, zodat er ook daadwerkelijk geen andere kans zou zijn om het product aan te schaffen of om tot prijsvergelijking over te gaan. De vergelijking die Pro-Actief in dat verband maakt met de markt en met winkels, gaat feitelijk mank, en is overigens door Pro-Actief onvoldoende gemotiveerd onderbouwd.

Agressieve handelspraktijk: ongepaste beïnvloeding

- 5.11 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193h, eerste lid, BW, overweegt de Commissie dat naar haar oordeel afdoende is komen vast te staan dat deze overtreding is begaan.
- 5.12 De verscheidene omstandigheden die de Consumentenautoriteit aandraagt om de ongepaste beïnvloeding te motiveren, zijn naar het oordeel van de Commissie afdoende komen vast te staan, en er is afdoende gemotiveerd waarom deze omstandigheden relevant zijn voor de beoordeling van deze overtreding. Zo heeft de Consumentenautoriteit de volgende factoren bij deze overtreding betrokken: de veelal afgelegen plek van de verkooplocaties, de langdurige verkoopdemonstraties, de doelgroep van ouderen met een relatief korter uithoudingsvermogen voor dergelijke langdurige demonstraties, de aanprijzing van gezondheidsproducten waarbij expliciet op de gezondheid van de oudere deelnemers werd ingespeeld, de omstandigheid dat (vaak) feitelijk onjuiste danwel voistrekt onvoldoende wetenschappelijk onderbouwde informatie over de heilzame werking van de producten werd gegeven, de omstandigheid dat expliciet op het schuldgevoel van deelnemers werd ingespeeld als zij niets aanschafden.
- 5.13 De stelling van Pro-Actief dat de sfeer goed was, dat deelnemers nooit klaagden en zelfs regelmatig meegingen, kunnen naar het oordeel van de Commissie niet weerleggen dat de

gevoerde handelpraktijk agressief was en er sprake was van ongepaste beïnvloeding. Het is juist de gehele door de Consumentenautoriteit uitgebreid geschetste context van de handelspraktijk (zie de omstandigheden in het voorgaande randnummer) die maakt dat deze handelspraktijk agressief was. Naar het oordeel van de Commissie betekent het feit dat deelnemers mogelijk meermalen met de dagtochten meegingen, zeker niet dat de handelspraktijk waaraan zij werden blootgesteld om die reden niet agressief zou kunnen zijn; tussen die beide aspecten bestaat naar het oordeel van de Commissie geen noodzakelijk causaal verband. Ongepaste beïnvloeding kan immers ook bestaan in het uitoefenen van pressie op een subtiele wijze die het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt. Bij intimidatie, dwang en lichamelijk geweld zou men zich kunnen voorstellen dat de gemiddelde consument die daar aan is blootgesteld, zich voortaan zal proberen te onttrekken aan dergelijke praktijken – hoewel dat geenszins noodzakelijk hoeft te zijn. Bij subtieler vormen van agressieve ongepaste beïnvloeding is het al dan niet terugkerend deelnemen aan de betreffende praktijk als zodanig des te minder doorslaggevend.

- 5.14 Ook de verwijzing door Pro-Actief naar de rapportage van Eurip kan aan dit oordeel niet afdoen. Het feit dat het in algemeen beter is voor de verkoopcijfers als er geen negatieve uitlatingen worden gedaan, zegt immers niets over de vraag of in het geval van deze dagtochten dergelijke negatieve uitlatingen zijn gedaan.

Weglaten van essentiële informatie (de prijs)

- 5.15 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193d, jo. artikel 6:193e aanhef en onder c, BW, overweegt de Commissie dat naar haar oordeel is komen vast te staan dat deze overtreding is begaan.
- 5.16 De Commissie constateert dat Pro-Actief niet heeft weersproken dat verkopers de producten aanprezen zonder de prijs te noemen, dan wel af te tellen van een hoog naar een laag bedrag, of door een (hogere) prijs van de concurrent te noemen, of door een bepaald af te betalen bedrag per maand te noemen. Naar het oordeel van de Commissie was dit onmiskenbaar een verkooptechniek om consumenten te bewegen het product te kopen voordat zij wisten wat de prijs was. Daarbij heeft de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie terecht betrokken dat de verkoopdemonstraties lang duurden. De stelling van Pro-Actief dat een soortgelijke handelspraktijk in winkels en op markten wordt gehanteerd, is – wat er verder van zij – niet beslissend voor de vraag of deze al dan niet oneerlijk is.

De Commissie adviseert de bezwaren van Pro-Actief op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 4. Verantwoordelijkheid van Pro-Actief voor handelspraktijken?

- 5.17 Ten aanzien van het bezwaar van Pro-Actief dat zij geen enkele directe invloed zou kunnen uitoefenen op de verkopers en het verkoopproces, overweegt de Commissie als volgt.

- 5.18 De handelspraktijk die door de Consumentenautoriteit is beoordeeld, betreft het organiseren van dagtochten per bus waarbij verkoopdemonstraties werden gehouden voor een groep – meest oudere, 55+ – deelnemers.
- 5.19 Pro-Actief wordt door de Consumentenautoriteit ten aanzien van deze handelspraktijken kort gezegd een drietal overtredingen verweten, te weten misleiding omtrent de beschikbaarheid van een product, misleiding door het niet of laat noemen van de prijs van het product, en ongepaste beïnvloeding c.q. agressieve handelspraktijk.
- 5.20 Op grond van artikel 8.8 Whc geldt dat een 'handelaar' de bepalingen van Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 BW in acht dient te nemen. Daaronder vallen de hier relevante bepalingen van het BW: 6:193c, lid 1, aanhef en onder b, 6:193d, 6:193d, aanhef en onder c en e, en 6:193h, lid 1, BW. De normadressaat van deze bepalingen is aldus de 'handelaar', die in artikel 8.1, lid 2, onder b, Whc wordt gedefinieerd als "natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of degene die ten behoeve van hem handelt". Artikel 6:193a, lid 1, aanhef en onder b, BW kent dezelfde definitie van handelaar. Pro-Actief kan dan ook worden aangemerkt als normadressaat van de desbetreffende bepalingen van het BW.
- 5.21 Voorts bepaalt artikel 1.1, aanhef en onder j, Whc dat onder 'overtreder' wordt verstaan "degene die een overtreding pleegt of medepleegt". Gezien de aard van de hier verweten overtredingen betreft het dus in de eerste plaats de verkopers die tijdens de verkoopdemonstraties de fysieke, feitelijke handelingen hebben gepleegd, welke door de Consumentenautoriteit als overtreding van genoemde bepalingen van het BW worden gekwalificeerd.
- 5.22 Op basis van het IJzerdraad-arrest van de Hoge Raad (23 februari 1954, NJ 1954, nr. 378) hoeft het daderschap in strafrechtelijke zin echter niet beperkt te blijven tot de persoon die de fysieke handelingen verricht een strafbaar feit plegen, maar kan tevens de zogenaamde functionele dader als zodanig worden aangemerkt. Om als functioneel dader te kunnen worden aangemerkt, is vereist dat de fysieke handelingen van het delict in de machtssfeer van de functioneel dader liggen (bijvoorbeeld door bedrijfsmatige ondergeschiktheid), en dat de functioneel dader de fysieke handelingen van het delict aanvaardt of in het algemeen aanvaardt, waarbij van het laatste in beginsel al sprake is indien de functionele dader tekortgeschoten is in hetgeen redelijkerwijze van hem mocht worden verwacht om de wederrechtelijke gedragingen te voorkomen.
- 5.23 De leer van het functioneel daderschap geldt volgens de wetgever ook in het bestuursrecht indien sprake is van strafbare feiten.³ Ook in de jurisprudentie van de ABRS is dit als uitgangspunt aangenomen, zodat ook degene (de persoon of rechtspersoon) die maatschappelijk gezien verantwoordelijk is voor de fysieke gedraging als overtreder kan worden aangewezen.⁴

³ Zie memorie van toelichting bij de invoering van de Vierde tranche Awb, Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 78.

⁴ Zie de in de memorie van toelichting (Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 79) aangehaalde jurisprudentie van de ABRS: ABRS 3 juli 2002, AB 2002, 311; JB 2002, 243; ABRS 17 juli 2002, AB 2003, 78. Zie voor een recenter voorbeeld ABRS 15 oktober 2008, nr. 20070345, AB Kort 2008, 441.

- 5.24 Pro-Actief wordt door de Consumentenautoriteit verantwoordelijk gehouden voor de verweten handelspraktijken, nu zij de desbetreffende de dagtochten met verkoopdemonstraties heeft georganiseerd en daarvoor de verkopers – die de feitelijke handelingen hebben begaan – heeft ingezet. Die verkopers handelden blijkens de door Pro-Actief overgelegde voorbeeld-overeenkomst met de verkopers in opdracht van Pro-Actief. Op basis van deze contractuele verhouding hadden de verkopers instructies hoe te handelen tijdens de verkoopdemonstraties. Zo kon Pro-Actief op basis van die overeenkomst van opdracht een waarschuwing geven en uiteindelijk overgaan tot onmiddellijke beëindiging van de (overeenkomst van) opdracht indien de verkopers zich niet aan de regels van Pro-Actief zouden houden. Hieruit volgt naar het oordeel van de Commissie dat Pro-Actief kennelijk op basis van de overeenkomsten van opdracht met haar verkopers de juridische mogelijkheid had om in te grijpen in het verkoopproces en de verkooptechnieken die tijdens de verkoopdemonstraties werden gehanteerd door de verkopers. Dat punt acht de Commissie van belang voor de beoordeling van de IJzerdraad-criteria en het functioneel daderschap van Pro-Actief.
- 5.25 Dat Pro-Actief als zodanig niet bij de verkoopdemonstraties aanwezig zou zijn geweest, en dat Pro-Actief geen klachten van deelnemers heeft ontvangen, maakt dat niet anders. Het had naar het oordeel van de Commissie op de weg van Pro-Actief gelegen om bij haar verkopers actiever te informeren naar de gang van zaken tijdens de verkoopdemonstraties, dan wel zelf te komen inspecteren of de gang van zaken tijdens de verkoopdemonstraties volgens de wettelijke regels verliep. Door na te laten zich actiever met de handelspraktijk van de verkopers te bemoeien, is Pro-Actief naar het oordeel van de Commissie tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijze van haar mocht worden verwacht om de wederrechtelijke gedragingen van de verkopers te voorkomen, terwijl het – gelet op de contractuele relatie met de verkopers – wel in de macht van Pro-Actief lag om terzake op te treden.
- 5.26 Pro-Actief kan derhalve als functioneel dader worden gezien. Naar het oordeel van de Commissie is de Consumentenautoriteit dan ook op juiste gronden tot de conclusie gekomen dat Pro-Actief als overtreder van de desbetreffende bepalingen van de Whc en de Wet OHP kan worden aangemerkt.
- 5.27 De Commissie adviseert de bezwaren van Pro-Actief op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 5 – Hoogte boete?

- 5.28 Ten aanzien van de hoogte van de boete oordeelt de Commissie als volgt. Pro-Actief stelt dat de geconstateerde overtredingen zeer gering zijn, zodat die niet in verhouding staan tot de aanzienlijke boetes en in verhouding met de schade die door de overtredingen zou zijn ontstaan. Daarbij wijst Pro-Actief er op dat (i) er geen klachten van deelnemers over Pro-Actief zijn geweest, (ii) Pro-Actief een *start up* bedrijf is, terwijl zij door de Consumentenautoriteit niet gewezen is op de gestelde overtredingen voordat een boete is opgelegd, (iii) de gestelde overtredingen in verhouding tot de overtredingen van Goltex veel minder ernstig zouden zijn, (iv) de termijn van de gestelde overtredingen (vanaf 2009) veel

korter is in verhouding tot de overtredingen die Goltex gedurende lange tijd heeft begaan. De Consumentenautoriteit stelt daarentegen dat de boete wel evenredig is gezien de aard en ernst van de geconstateerde overtredingen (drie oneerlijke, waaronder één agressieve handelspraktijk, waarbij bovendien de relatief kwetsbare groep van 55+-ers is betrokken).

- 5.29 Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit terecht geoordeeld dat die in vergelijking met andere zaken waarin boetes zijn opgelegd vanwege oneerlijke handelspraktijken – ook in het geval van Goltex – niet onevenredig hoog is, en dat sprake is van zeer ernstige overtredingen. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit daarbij terecht betrokken dat Pro-Actief expliciet heeft ingespeeld op de gezondheidsproblemen van de oudere consumenten.
- 5.30 Dat er geen klachten zijn ontvangen over Pro-Actief is volgens de Commissie geen aanleiding om een lagere boete op te leggen, aanzien dit geen noodzakelijk causaal verband heeft met de ernst van de overtredingen. Hoewel het de Consumentenautoriteit naar het oordeel van de Commissie inmiddels zou sieren om beleidsregels over de te hanteren hoogtes van boetes te publiceren, zodat de daarbij gehanteerde relevante factoren kenbaar en toetsbaar zouden zijn, is de thans aan Pro-Actief opgelegde boete naar het oordeel van de Commissie als zodanig evenredig en adequaat gemotiveerd.
- 5.31 De Commissie adviseert de bezwaren van Pro-Actief op dit punt ongegrond te verklaren.

6 Conclusie

- 6.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van Pro-Actief 18 mei 2011, aangevuld bij brief van 28 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 14 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 mr. dr. M.Y. Schaub (extern lid).

Namens de Commissie,
de voorzitter,



Prof. mr. W.H. van Boom