



Besluit Openbare versie

Ons kenmerk: CA/NB/867/64
Zaaknummer: 867
Datum: 20 juni 2013

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de bezwaren van Hotel Group International C.V. en de heer [X] tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 9 oktober 2012, met kenmerk CA/NB/867/13. In het besluit werd vastgesteld dat Hotel Group International C.V. en de heer [X] bij de verkoop van het HotelGroup Passport zich niet hebben gehouden aan de timeshareregelgeving en de regels die gelden bij telemarketing.

1. Inleiding en verloop van de procedure

- Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden.¹ Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (hierna aangeduid als ACM) de rechtsopvolgster van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) en de Consumentenautoriteit.
- Op grond van artikel 42, tweede lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, worden bezwaarschriften die ingediend zijn bij de NMa, OPTA of Consumentenautoriteit aangemerkt als bezwaarschriften die zijn ingediend bij ACM. Het besluit op bezwaar zal dan ook door of namens ACM genomen worden.
- Bij besluit van 9 oktober 2012 met kenmerk CA/NB/867/13 (hierna ook: het bestreden besluit) heeft de Consumentenautoriteit vastgesteld dat Hotel Group International C.V. en de heer [X] overtredingen hebben begaan van:
 - artikel 8.6 van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) juncto artikel 7:50b, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) juncto 7:50c, eerste lid van het BW juncto artikel 7:50g, eerste lid, van het BW; en
 - artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46h, eerste lid, van het BW.
- De Consumentenautoriteit heeft deze overtredingen toegerekend aan Hotel Group International C.V. en de heer [X] en voor deze overtredingen een boete opgelegd van in totaal EUR 105.000,-. Tevens zijn twee lasten onder dwangsom opgelegd.
- Bij brief van 15 oktober 2012 hebben Hotel Group International C.V. en de heer [X] (hierna gezamenlijk: HGI) bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Bij brief van 18 oktober 2012 heeft de Consumentenautoriteit de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en een termijn gesteld tot 21 november 2012 voor de indiening van de gronden van bezwaar. De gronden van bezwaar zijn ingediend bij brief van 13 november 2012. Daarnaast heeft HGI op 22 oktober 2012 bezwaar ingediend tegen de ontvangstbevestiging d.d. 18 oktober 2012. HGI heeft dit bezwaar bij

¹ Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Stb. 2013, 102).



Besluit Openbare versie

brief van 30 oktober 2012² ingetrokken.

6. Overeenkomstig het Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Consumentenautoriteit van 8 november 2007³ heeft de Consumentenautoriteit het bezwaar tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Consumentenautoriteit (hierna: de Adviescommissie).
7. Bij brief van 9 januari 2013 zijn HGI en de Consumentenautoriteit door de Adviescommissie uitgenodigd voor een hoorzitting op 27 maart 2013. Tijdens deze hoorzitting heeft HGI haar bezwaren en heeft de Consumentenautoriteit het bestreden besluit toegelicht. Van deze hoorzitting is een verslag⁴ opgemaakt dat bij brief van 17 april 2013 aan HGI en ACM is toegestuurd.
8. Op 17 april 2013 heeft de Adviescommissie haar advies vastgesteld en aan ACM uitgebracht. Het advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
9. Voor een uitgebreide weergave van de procedure, de bezwaren van HGI, de standpunten van ACM en de toepasselijke wetgeving, wordt verwezen naar de randnummers 2.1 tot en met 4.10 van het advies.

2. Het advies van de Adviescommissie

10. *Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt:*
“Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie ACM naar aanleiding van het bezwaarschrift van HGI en de heer [X] van 13 november 2012, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 9 oktober 2012, kenmerk CA/NB/867/13,
 - *in de beslissing op bezwaar (I) de motivering te heroverwegen ten aanzien van de toerekeningsgrondslag met betrekking tot de heer [X], en (II) de motivering te heroverwegen ten aanzien van de hoogte van de boete van EUR 60.000 voor overtreding van de artikelen 8.6 Whc juncto 7:46b, lid 1, 7:50c lid 1 en 7:50g, lid 1 BW;*
 - *de bezwaren van HGI voor het overige ongegrond te verklaren.”*
11. ACM neemt het advies van de Adviescommissie over voor zover daarbij is geadviseerd de bezwaren van HGI voor het overige ongegrond te verklaren. ACM verwijst, overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:49 van de Algemene wet bestuursrecht, voor de motivering van de ongegrondverklaring van de bezwaren, naar het advies. De desbetreffende punten van het advies moeten hier als herhaald en ingelast worden beschouwd.
12. Voor zover de Commissie adviseert het primaire besluit nader te motiveren, zal ACM dit in deze beslissing op bezwaar doen. Ten slotte wordt het verzoek om een kostenvergoeding

² Zie dossierstuk CA/NB/867/29

³ Stct. 2007, nr. 224/10.

⁴ Zie dossierstuk CA/NB/867/59.



Besluit Openbare versie

besproken.

3. Beoordeling ACM

De (motivering van de) boete voor overtreding van artikel 8.6 van de Whc

13. De Adviescommissie meent in randnummer 5.23 van haar advies dat ACM het bestreden besluit afdoende heeft gemotiveerd ten aanzien van de duur van de overtreding, het wettelijk boetemaximum, de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid, de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn begaan, de omstandigheden van de overtreder, en de aanwezigheid van boete verlagende of verhogende omstandigheden en dat de boete evenredig is.
14. Wel is de Adviescommissie in randnummer 5.24 van haar advies van oordeel dat de motivering van het besluit heroverwogen dient te worden. Ten aanzien van de interne – niet gepubliceerde en dus niet kenbare/transparante – boetebeleidsregels van ACM meent de Adviescommissie namelijk dat de motivering van de hoogte van de boete van EUR 60.000 voor de overtreding van artikel 8.6 Whc preciezer beargumenteerd kan worden, met name ook gelet op de mondelinge toelichting ter zitting. Van de zijde van ACM is namelijk ter zitting aangegeven dat er door ACM niet eerder een boete is opgelegd voor overtreding van dit artikel, terwijl er bij dezelfde mate van ernst en verwijtbaarheid een bedrag is gekozen wat dichter tegen het boetemaximum van EUR 76.000 aan zit dan bij de overtreding van artikel 8.5 Whc juncto artikel 7:46h, eerste lid, BW. De Adviescommissie adviseert om deze mondelinge toelichting te verwerken in het besluit op bezwaar.
15. ACM volgt het advies van de Adviescommissie en vult randnummer 84 van het bestreden besluit als volgt aan.
16. In het bestreden besluit zijn aan HGI twee afzonderlijke boetes opgelegd. De ene boete heeft betrekking op het niet naleven van de informatieverplichtingen van de Wet Koop op Afstand, meer specifiek artikel 7:46h, eerste lid van het BW, terwijl de andere boete ziet op het niet-naleven van de informatieverplichtingen die de timeshareregelgeving stelt ten aanzien van de verkoop van een vakantieproduct van lange duur. Dit betreft de informatieverplichtingen van de artikelen 7:50b, eerste lid BW en 7:50c, eerste lid BW.
17. ACM merkt op dat de regelgeving van de Wet Koop op Afstand niet zonder meer gelijk kan worden gesteld aan de timeshareregelgeving. Het gaat om duidelijk van elkaar verschillende bepalingen, welke verschillen in het bestreden besluit zijn belicht in onder meer de randnummers 57, 84 en 89. ACM gaat er dan ook van uit dat de zinsnede ‘overtreding van de artikelen 8.6 Whc juncto 7:46b, lid 1, 7:50c lid 1 en 7:50g, lid 1 BW’ in de conclusie van het advies van de Adviescommissie op een vergissing berust en dat bedoeld is de in het bestreden besluit beboete overtreding van artikel 8.6 van de Whc juncto artikel 7:50b, eerste lid BW, juncto artikel 7:50c, eerste lid BW juncto artikel 7:50g, eerste lid van het BW.
18. De verschillen rechtvaardigen naar het oordeel van ACM ook het verschil in de hoogte van de opgelegde boete. Anders dan bij het niet naleven van de informatieverplichtingen van artikel 7:46h, eerste lid van het BW, te weten het niet duidelijk mededelen van het commerciële oogmerk aan het begin van elk telemarketinggesprek, gaat het bij de bepaling van artikel 7:50b, eerste lid van het BW om nauwkeurige en toereikende informatie die de



Besluit Openbare versie

handelaar geruime tijd voor het sluiten van de overeenkomst kosteloos en op duidelijke en begrijpelijke wijze aan de consument moet verstrekken.

19. In tegenstelling tot het niet naleven van de verplichtingen van de Wet Koop op Afstand, levert het niet naleven van de verplichtingen uit artikel 7:50b BW een oneerlijke handelspraktijk op. Om die reden heeft ACM het passend en geboden geacht om voor de overtreding van de timeshareregelgeving een hogere boete op te leggen dan voor het niet naleven van de verplichtingen zoals opgenomen in de Wet Koop op Afstand.
20. Daarnaast heeft bij de bepaling van een hogere basisboete een rol gespeeld dat HGI niet alleen de verplichtingen die artikel 7:50b, eerste lid BW stelt heeft geschonden, maar ook de vormvoorschriften van artikel 7:50c, eerste lid BW. Overeenkomsten werden niet schriftelijk, op een duurzame gegevensdrager aangegaan en de overeenkomsten werden niet door beide partijen ondertekend. Het niet naleven van deze vormvereisten, maakt dat de 'overeenkomsten' die HGI met consumenten sloot – anders dan zij aanvoert - op grond van artikel 3:39 van het BW nietig zijn.⁵ ACM tilt zwaar aan de omstandigheid dat HGI consumenten, ondanks deze evidente nietigheid van de 'overeenkomsten', meent te moeten confronteren met aanhoudende incasso-paktijken.
21. Gelet op het vorenstaande meent ACM dat de opgelegde boete van EUR 60.000 in dit geval passend en evenredig is. ACM wijst er daarbij op dat haar standpunt door de voorzieningenrechter in de uitspraak van 30 november 2012 is onderschreven.⁶

De toerekeningsgrondslag ten aanzien van de heer [X]

22. In randnummer 5.25 van haar advies adviseert de Adviescommissie ten aanzien van de motivering van de toerekening van de overtreding van artikel 8.6 Whc juncto de artikelen 7:50b, eerste lid BW, 7:50c, eerste lid, BW en artikel 7:50g, eerste lid, BW het volgende. De Adviescommissie stelt allereerst vast dat de Consumentenautoriteit, gezien de zogenaamde 'IJzerdraad-criteria' en de feiten van deze zaak, terecht heeft geoordeeld dat de aan HGI verweten overtredingen tevens als overtreding aan de heer [X] kunnen worden toegerekend. Wel meent de Adviescommissie dat de gekozen motivering verbetering behoeft. Het lijkt er volgens de Adviescommissie namelijk op dat het besluit twee gronden voor toerekening aan de heer [X] vervlochten heeft. Enerzijds lijkt toerekening van de overtreding aan de heer [X] te geschieden op de grond dat hij als "degene die in naam van of ten behoeve van HGI als handelaar optreedt (artikel 7:50a, onder b, BW). Anderzijds wordt gerefereerd aan de zogenaamde 'IJzerdraad-criteria', die veelal voor functioneel daderschap van bestuurders en beleidsbepalers worden gehanteerd. De Adviescommissie adviseert de motivering van het bestreden besluit op dit punt te herzien met uitsluitende gebruikmaking van de zogenaamde 'IJzerdraad-criteria'.
23. ACM merkt allereerst op dat HGI ten aanzien van de grondslag van de toerekening van de overtredingen aan de heer [X] geen bezwaren naar voren heeft gebracht. Op welke grond(en) de toerekening van de overtredingen aan de heer [X] heeft plaatsgevonden, staat in bezwaar dan ook niet ter discussie. Desalniettemin zal ACM het advies van haar Adviescommissie op dit punt volgen en de motivering ten aanzien van de toerekening van de overtreding van artikel 8.6 Whc aan de heer [X] verduidelijken.

⁵ Kamerstukken II, 2009-2010, 32 422, nr. 3, pagina 12 (MvT).

⁶ Uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam d.d. 30 november 2012, LJN: BY4734.



Besluit Openbare versie

24. Uitgangspunt is dat een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom kan worden opgelegd aan degene die een overtreding pleegt of medepleegt.⁷
25. Wat betreft de pleger van de overtreding kan dit zijn degene die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het delict vervult, maar sinds het IJzerdraad-arrest⁸ staat evenwel vast dat ook zogenoemde functionele daders een strafbaar feit kunnen plegen. Vereist is dan enerzijds dat de fysieke handelingen die het delict opleveren in de machtssfeer van de functionele dader lagen en anderzijds dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden. Van dit laatste is in beginsel reeds sprake indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. In het bestuursrecht is dit niet anders. Dit betekent dat in veel gevallen een bedrijf of instelling of de leiding van een bedrijf of instelling als overtreder zal kunnen worden aangemerkt, ook al is de gedraging in fysieke zin gepleegd door bijvoorbeeld een werknemer of een opdrachtnemer.⁹
26. Voor de geconstateerde overtreding van artikel 8.6 heeft te gelden dat Hotel Group International kan worden aangemerkt als handelaar in de zin van artikel 8.1 Whc en dat zij de wetgeving betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling in acht diende te nemen. ACM is, zoals in het bestreden besluit is gemotiveerd, van oordeel dat Hotel Group International als handelaar in de zin van artikel 8.1 van de Whc verantwoordelijk is voor de verkoop van het vakantieproduct van lange duur als bedoeld in artikel 7:50a, onder d, van het BW, te weten het HotelGroup Passport. Hotel Group International heeft in de schriftelijke zienswijze bovendien erkend dat zij consumenten telefonisch via telemarketing heeft benaderd voor de verkoop van HotelGroup Passport. Ook heeft zij erkend dat de overeenkomst vervolgens mondeling met de consument werd gesloten. ACM komt dan ook tot de conclusie dat de vastgestelde overtreding van artikel 8.6 van de Whc aan Hotel Group International kan worden toegerekend.
27. Gelet op de in randnummer 22 van dit besluit vermelde 'IJzerdraad-criteria', meent ACM dat de overtreding daarnaast ook aan de heer [X] als functioneel dader kan worden toegerekend. ACM acht daarbij van belang dat de heer [X] in zijn hoedanigheid van volledig gevolmachtigde van Hotel Group International en bestuurder van Paragon Ltd volledig bevoegd is beslissingen te nemen over de handelspraktijk van Hotel Group International. Met andere woorden, de fysieke handelingen die de overtreding opleveren, te weten het benaderen van consumenten via telemarketing voor de verkoop van een vakantieproduct van lange duur, zonder dat de vereiste informatie van tevoren schriftelijk aan consumenten werd verstrekt en zonder dat de overeenkomst schriftelijk werd gesloten en door beide partijen ondertekend, lagen in de machtssfeer van de heer [X]. Het lag eveneens in de macht van de heer [X] om in te grijpen bij fouten bij de verkoop van het HotelGroup Passport, bijvoorbeeld het niet geruime tijd voor het sluiten van de overeenkomst verstrekken van de vereiste informatie aan de consument of het feit dat de overeenkomst niet schriftelijk op een duurzame gegevensdrager werd aangegaan en door beide partijen ondertekend, maar mondeling.

⁷ Zie artikel 1.1, aanhef en onder j, Whc juncto artikel 2.9, eerste lid, Whc.

⁸ Zie HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

⁹ Zie MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, pp. 78 en 79 en *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Kluwer Deventer 2009, aantekening 3 bij artikel 5:1 van de Awb.



Besluit Openbare versie

28. De heer [X] is naar het oordeel van ACM tekort geschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om de geconstateerde overtreding van artikel 8.6 Whc te voorkomen. Immers, uit de gezamenlijke zienswijze van Hotel Group International en de heer [X] blijkt dat zij bewust gekozen hebben voor de telefonische verkoop van het HotelGroup Passport. Zij geven immers aan dat zij belbestanden kopen bij listbrokers in Nederland, die zij vervolgens - met een door hen opgesteld callscript - verstrekken aan door hen ingeschakelde callcenters, die vervolgens via telemarketing consumenten benaderen ten behoeve van de verkoop van het HotelGroup Passport. In de uitzending van het televisieprogramma 'Meldpunt' van Omroep Max heeft de heer [X], die in dit programma optrad als vertegenwoordiger van Hotel Group International, verklaard dat zijn bedrijf het HotelGroup Passport via telemarketing verkoopt. De heer [X] heeft in dat programma tevens verklaard dat het HotelGroup Passport zijns inziens niet onder de timeshareregelgeving valt en dat hij de verkoop ervan via telemarketing zal voortzetten.¹⁰ De heer [X] is er in dit televisieprogramma door een medewerker van ConsuWijzer¹¹ op gewezen dat het HotelGroup Passport moet worden aangemerkt als een vakantieproduct van lange duur, dat onder de timeshareregelgeving valt. De heer [X] heeft hierin echter geen aanleiding gezien de handelspraktijk van Hotel Group International aan te passen.
29. Gelet op hetgeen hiervoor in dit besluit is overwogen is de heer [X] tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om de geconstateerde overtreding van artikel 8.6 van de Whc te voorkomen. ACM komt dan ook tot de conclusie dat de vastgestelde overtreding van artikel 8.6 van de Whc aan zowel Hotel Group International als aan de heer [X] kan worden toegerekend. ACM wordt in haar standpunt gesteund door de uitspraak van de voorzieningenrechter van 30 november 2012, waarin de voorzieningenrechter in randnummer 21 van oordeel is dat ook de heer [X] als overtreder is aan te merken.¹²

4. Conclusie

30. ACM verwijst naar de randnummers 15 tot en met 27 van dit besluit. ACM is van mening dat zij haar besluit met de aanvullende motivering overeenkomstig het advies van de Adviescommissie thans voldoende heeft gemotiveerd. De bezwaren van HGI zijn dan ook ongegrond.

5. Beoordeling verzoek kostenvergoeding bezwaarprocedure

31. HGI heeft in haar bezwaarschrift verzocht om een vergoeding voor de kosten die zij in verband met de behandeling van het bezwaar heeft gemaakt.¹³ Op grond van artikel 7:15 Awb worden deze kosten uitsluitend vergoed door het bestuursorgaan voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.
32. In dit geval is geen sprake van herroeping van het bestreden besluit wegens een aan het bestuur te wijten onrechtmatigheid. ACM ziet in dit geval dan ook geen aanleiding om tot

¹⁰ Zie dossierstuk CA/NB/845/6.

¹¹ ConsuWijzer is het loket van de overheid voor consumenten.

¹² LJN: BY4734.

¹³ Zie dossierstuk CA/NB/867/32.



Besluit
Openbare versie

een kostenvergoeding over te gaan.

B E S L U I T :

Autoriteit Consument en Markt:

- verklaart de bezwaren van HGI ongegrond;
- wijst het verzoek om een kostenvergoeding op grond van artikel 7:15 Awb af.

's-Gravenhage, 20 juni 2013

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.
mr. J.G. Vegter
bestuurslid

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.