

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2016/403307_OV
Zaaknummer: 16.0137.32
Datum: 9 juni 2016

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van boetes aan de besloten vennootschap T.O.M. B.V. wegens overtredingen van de Wet handhaving consumentenbescherming en aan [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] wegens het feitelijk leiding geven daaraan.

1. Samenvatting

1. De besloten vennootschap T.O.M. B.V. verkoopt via internet verschillende producten aan consumenten, waaronder fietsen, sportartikelen, (sport)kleding en speelgoed.
2. Het is van belang dat consumenten via alle verkoopkanalen, ook via webwinkels, goed worden geïnformeerd. Alleen dan kunnen consumenten een afgewogen beslissing nemen over overeenkomsten die zij al dan niet aangaan en houden zij vertrouwen in de markt. Consumenten die op afstand een product kopen hebben bovendien in de meeste gevallen het recht om de overeenkomst binnen veertien dagen te ontbinden. Het recht van ontbinding beoogt de informatieachterstand van consumenten die zij hebben ten opzichte van in de winkel gekochte producten tegen te gaan. Met dat belang voor ogen is de Autoriteit Consument en Markt naar aanleiding van meldingen van consumenten een onderzoek gestart naar de naleving van de regels over het herroepingsrecht door T.O.M. B.V. Daarbij is beoordeeld of T.O.M. B.V. consumenten geen misleidende informatie verstrekte over het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand en consumenten die de overeenkomst op afstand ontbonden, heeft terugbetaald.
3. In dit besluit stelt de Autoriteit Consument en Markt vast dat T.O.M. B.V. onjuiste en misleidende informatie verstrekte over het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand en de terugbetaling die dient te volgen na ontbinding. Zo kregen consumenten die hun online bestelling retour hadden gezonden en contact opnamen om te vragen waar hun geld bleef van T.O.M. B.V. te horen dat zij hun retourzending niet conform de retourprocedure hadden aangeboden en dat T.O.M. B.V. de retourzending niet kon verwerken, omdat de consument bijvoorbeeld zijn rekeningnummer (International Bank Account Number) niet had vermeld. De consument kreeg in dat geval een waardebon, terwijl hij niet met een waardebon had betaald. T.O.M. B.V. betaalde aldus niet, zoals vereist, met hetzelfde betaalmiddel terug. Daarnaast heeft de Autoriteit Consument en Markt vastgesteld dat T.O.M. B.V. de van de consument ontvangen betalingen niet tijdig en niet volledig terugbetaalde. Zo werden de leveringskosten

Besluit
Openbaar

door T.O.M. B.V. niet terugbetaald. Ten slotte acht de Autoriteit Consument en Markt het beleid van T.O.M. B.V. om bij het afkeuren van retourzendingen geen actie te ondernemen en te wachten tot de consument zelf contact opneemt om te vragen waar zijn geld blijft onzorgvuldig en in strijd met de vereisten van professionele toewijding.

4. De Autoriteit Consument en Markt legt hiervoor boetes op aan T.O.M. B.V. van in totaal EUR 500.000. Daarnaast stelt ACM in dit besluit vast dat [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] feitelijk leiding hebben gegeven aan die overtredingen. De Autoriteit Consument en Markt houdt de feitelijk leidinggevers ieder hoofdelijk aansprakelijk voor de eerder genoemde boete tot een bedrag van EUR 125.000.

**Besluit
Openbaar**

Inhoudsopgave

1	Samenvatting	1
2	Leeswijzer	5
3	Aanleiding en verloop van de procedure	5
4	Het onderzoeksrapport	9
5	Betrokken (rechts)personen	9
6	Feitelijk kader	10
6.1	Informatie over ontbinding van de overeenkomst op afstand.....	11
6.1.1	Informatie op de websites	11
6.1.2	Informatie in de standaard e-mails	14
6.2	Wijze van afhandelen van de retourzendingen en terugbetaling in de praktijk.....	16
7	Zienswijze	19
8	Juridisch Kader	21
8.1	Bevoegdheid ACM	21
8.2	Overeenkomsten op afstand	22
8.3	Wet oneerlijke handelspraktijken.....	23
9	Juridische beoordeling	25
9.1	Misleidende informatie over het recht van ontbinding en terugbetaling	25
9.2	Onjuiste terugbetaling in geval van ontbinding van overeenkomsten op afstand.....	30
9.3	Handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding	39
10	Overtreders	41
10.1	TOM	41
10.2	Feitelijk leidinggevers	41
10.2.1	Juridisch kader	41
10.2.2	[FEITELIJK LEIDINGGEVER 2].....	43
10.2.3	[FEITELIJK LEIDINGGEVER 1].....	44
10.2.4	Conclusie ten aanzien van de feitelijk leidinggevers.....	46
11	Boetes	47
11.1	Beboeting door ACM	47
11.2	Verwijtbaarheid	48
11.2.1	TOM	48
11.2.2	[FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1]	52
11.3	Boetetoemeting TOM	52
11.3.1	Misleidende informatie over het recht van ontbinding van de consument (artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW)	53
11.3.2	Onjuiste terugbetaling in geval van ontbinding van overeenkomsten op afstand (artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW)	54

Besluit
Openbaar

11.3.3	Handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding (artikel 6:193b, tweede lid, BW)	56
11.3.4	Conclusie basisboete	56
11.3.5	Boeteverhogende of verlagende omstandigheden	57
11.3.6	Evenredigheid	57
11.3.7	Conclusie ten aanzien van de boete	57
11.4	Boetetoemeting feitelijk leidinggevers	57
11.4.1	Conclusie	59
12	Besluit	60

Besluit Openbaar

2. Leeswijzer

5. In dit besluit wordt in het navolgende eerst ingegaan op het verloop van de procedure (hoofdstuk 3), de inhoud van het onderzoeksrapport (hoofdstuk 4), de betrokken (rechts)personen (hoofdstuk 5) en de feiten van de onderhavige zaak (hoofdstuk 6). Vervolgens wordt de zienswijze van T.O.M. B.V. en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] (hoofdstuk 7) en het juridisch kader vermeld (hoofdstuk 8). Hierna volgt de juridische beoordeling van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) (hoofdstuk 9). In de daarop volgende hoofdstukken wordt ingegaan op de overtreders (hoofdstuk 10) alsmede de vaststelling van de op te leggen boetes (hoofdstuk 11). Ten slotte volgt het besluit van ACM (hoofdstuk 12).

3. Aanleiding en verloop van de procedure

6. Een belangrijk thema op de agenda van ACM voor 2014-2015 was de “*online consument*”.¹ Aangezien er over webwinkels veel meldingen binnenkwamen bij ConsuWijzer, het informatieloket van ACM voor consumenten, hebben toezichhoudend ambtenaren van ACM onderzocht wat de belangrijkste problemen waren die bij consumenten voorkomen bij het online aankopen van producten. Hiervoor hebben zij gesprekken gevoerd met stakeholders en onderzoek gedaan naar meldingen van consumenten bij ConsuWijzer en signalen uit de media. Daaruit kwam naar voren dat consumenten vaak problemen hebben bij de uitoefening van het recht van ontbinding.
7. De Consumentenbond heeft in 2013² en 2014³ praktijkonderzoek gedaan naar de uitoefening van het recht van ontbinding en hierover nieuwsberichten uitgebracht.⁴ Uit deze onderzoeken en gesprekken hierover met de Consumentenbond en andere belangrijke stakeholders bleek dat webwinkels bij het inroepen van het recht van ontbinding door consumenten in de praktijk vaak niet volledig en/of niet tijdig terugbetalen. Gevolg van het niet volledig en tijdig terugbetalen door webwinkeliers na ontbinding is dat er consumentenschade ontstaat. Daarnaast leiden overtredingen van de regels tot een ongelijk (inter)nationaal speelveld voor webwinkels.
8. ACM had in 2013 en 2014 via het informatieloket ConsuWijzer meldingen van consumenten ontvangen over de besloten vennootschap T.O.M. B.V. gevestigd te Bladel (hierna: TOM).⁵ Deze meldingen hadden met name betrekking op de webwinkel Internetbikes. Zo meldden

5/60

¹ Nieuwsbericht ACM “ACM gaat verder met reacties Agenda 2014-2015”, dossierstuk 4.

² Consumentengids april 2013 – Artikel “Niet goed, geen geld terug”, dossierstuk 3.

³ Consumentengids december 2014 – Artikel “Pakketje retour, geld weg!”, dossierstuk 7.

⁴ Nieuwsbericht Consumentenbond “Webwinkels nemen loopje met retourzendingen”, dossierstuk 2.

⁵ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage A.

Besluit Openbaar

consumenten onder andere dat zij hun geld niet terug kregen als zij bestelde producten retourneerden. In juli 2014 is ACM een onderzoek gestart naar de naleving van de regels over het herroepingsrecht door TOM. ACM richtte zich daarbij op de volgende webwinkels van TOM: www.internet-bikes.com (hierna: Internetbikes), www.internet-toys.com (hierna: Internettoys), www.internet-sportclubs.com (hierna: Internetsportclubs) en www.internet-sportandcasuals.com (hierna: Internetsportandcasuals).

9. Toezichthoudend ambtenaren van ACM hebben in juli en augustus 2014 voormelde websites vastgelegd en geanalyseerd.⁶ Omdat toezichthoudend ambtenaren van ACM constateerden dat TOM consumenten op deze websites onjuist en onvolledig informeerde over het recht van ontbinding hebben zij TOM hierop aangesproken, uitgelegd wat er moest worden aangepast en gezegd dat TOM deze regels ook in de praktijk moest naleven.⁷ TOM heeft desgevraagd aangegeven de websites te zullen aanpassen aan de geldende regels en die regels ook in te praktijk te zullen gaan naleven.⁸
10. Op 5 december 2014 hebben toezichthoudend ambtenaren van ACM de vier websites van TOM opnieuw vastgelegd en geconstateerd dat de informatie op de websites op dat moment in lijn was met hetgeen zij met TOM hadden afgesproken.⁹ Bij brief van 16 december 2014¹⁰ hebben toezichthoudend ambtenaren van ACM aan TOM medegedeeld dat zij op dat moment geen aanleiding zagen om handhavend op te treden, maar dat ACM alsnog tot handhaving zou overgaan in het geval zij in de toekomst zou constateren dat TOM consumenten onjuist voorlicht over het recht van ontbinding of de regels hierover in de praktijk niet goed toepast.
11. Daarnaast heeft ACM bij de implementatie van de nieuwe consumentenregels in de Nederlandse wet¹¹ op 13 juni 2014 consumenten en webwinkels uitvoerig geïnformeerd over

6/60

⁶ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlagen C, D en E.

⁷ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlagen G en H; Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, bijlage I. ACM heeft de instructies voor aanpassingen ook digitaal aan TOM toegestuurd; Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage K.

⁸ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage R.

⁹ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage Q.

¹⁰ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage R.

¹¹ Wet van 12 maart 2014 tot wijziging van de Boeken 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* L 304/64) (Implementatiewet richtlijn consumentenrechten).

Besluit Openbaar

(onder andere) de gewijzigde regels rondom het recht van ontbinding.¹² Ook daarna heeft ACM op haar website meermaals actief en in detail gewezen op de geldende regels op dit gebied.¹³

12. De Consumentenbond heeft in maart en april 2015 wederom praktijkonderzoek verricht onder 200 modewebwinkels in het kader van terugbetaling bij het invoeren van het recht van ontbinding. De Consumentenbond heeft zich daarbij voorgedaan als consument. Een van de onderzochte webwinkels was Internetsportandcasuals van TOM. Op 3 juli 2015 deelde de Consumentbond aan ACM mee dat zij in het kader van dit onderzoek drie bestellingen had gedaan bij Internetsportandcasuals en deze had geretourneerd. TOM had deze retouren niet uit eigen beweging terugbetaald. Bij navraag waar hun geld bleef, had TOM meegedeeld dat TOM niet had kunnen terugbetalen omdat er op het retourformulier geen rekeningnummer (International Bank Account Number, hierna: IBAN) was opgeschreven. TOM had vervolgens een waardebon toegestuurd.¹⁴
13. Ook via haar informatieloket ConsuWijzer ontving ACM opnieuw meldingen van consumenten over problemen met terugbetaling na retournering van bestellingen aan TOM.¹⁵ Hierop heeft ACM besloten een onderzoek in te stellen naar de naleving van de regelgeving over het recht van ontbinding van consumenten bij online aankopen als bedoeld in artikel 6:230o van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en de verplichtingen van de handelaar daarbij als bedoeld in artikel 6:230r BW door TOM.
14. In het kader van dat onderzoek hebben toezichthoudend ambtenaren van ACM de eerder onderzochte websites opnieuw vastgelegd en onderzocht¹⁶, consumenten benaderd die bij ConsuWijzer een melding hadden gedaan over TOM, bij de Consumentenbond alle informatie gevorderd die betrekking had op het onderzoek dat de Consumentenbond had gedaan naar Internetsportandcasuals¹⁷ en op 2 oktober 2015 een bedrijfsbezoek gebracht aan TOM.
15. Bij het bedrijfsbezoek hebben toezichthoudend ambtenaren van ACM diverse digitale bestanden verkregen, waaronder:
 - een overzicht van alle retouren sinds 1 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015 die door TOM in het klantmanagementsysteem (Customer Management System,

¹² O.a. <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/verkoopmethode/consumentenregels/nieuwe-regels-voor-verkoop-aan-consumenten/> en <https://www.consuwijzer.nl/thema/consument-is-kampioen>.

¹³ Nieuwsbericht ACM 25 november 2014 "ACM gaat letten op terugbetaling na annulering bij webwinkels modebranche", dossierstuk 6; Nieuwsbericht ACM 1 juli 2015 "ACM spreekt modewebwinkels succesvol aan op terugbetaling bij retour", dossierstuk 9.

¹⁴ Retourzendingen onderzoek, dossierstuk 9.

¹⁵ VvA [Verslag van Ambtshandelingen] Meldingen ConsuWijzer, dossierstuk 10.

¹⁶ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage Q.

¹⁷ Informatievordering, dossierstuk 12.

Besluit Openbaar

hierna: CMS) zijn geregistreerd als “Terug in voorraad zonder credit” en de redenen die daarbij zijn aangevinkt, samengesteld door een medewerker van [Vertrouwelijk], de provider van TOM (hierna: CMS-overzicht);¹⁸

- twee overzichten van door TOM verstrekte waardebonnen gedurende de periode 1 december 2014 tot en met 2 oktober 2015; één overzicht betreft de waardebonnen die gebruikt zijn, het andere overzicht de waardebonnen die niet gebruikt zijn, waarbij is aangegeven of de waardebon al dan niet door TOM is geblokkeerd;¹⁹
- e-mailwisselingen uit de mailbox customerservice@tom-bv.com vanaf 1 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015.²⁰

Op basis van deze bestanden heeft ACM een analyse uitgevoerd.²¹

16. Op 7 januari 2016 hebben toezichthoudend ambtenaren van ACM aan TOM een weergave van feiten zoals die in het onderzoek waren gebleken, toegestuurd en TOM in de gelegenheid gesteld hierop te reageren.²² TOM heeft van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt.
17. Het onderzoek heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport (hierna: het onderzoeksrapport) dat ACM op 23 februari 2016 aan zowel TOM als [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] heeft gestuurd.²³
18. Op 22 maart 2016 heeft een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van ACM. Tijdens de hoorzitting heeft TOM haar mondelinge zienswijze gegeven. Zij heeft daarbij een document “Weerlegging van feiten door T.O.M. B.V.” overgelegd.²⁴ Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat aan het dossier is toegevoegd en aan zowel TOM als [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] is toegezonden.²⁵

¹⁸ VvA bedrijfsbezoek d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 27, bijgevoegde CD, bijlage “overzicht_2.csv” bij DigitaalMail [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1]\overzicht retouren 2.msg; VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 3 en bijlage 4.

¹⁹ VvA bedrijfsbezoek d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 27, bijgevoegde CD, bijlagen “waardebonnen gebruikt.csv” en “waardebonnen niet gebruik.csv” bij DigitaalMail [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1]\Screens; VvA onderzoek bij klantenservice d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 28, p. 2 en 3 en bijlagen 5 en 6.

²⁰ VvA bedrijfsbezoek d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 27, bijgevoegde CD, bij DigitaalMail Customer Service.

²¹ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, p. 1 t/m 4 en bijlage 98.

²² Weergave feiten complex, dossierstuk 55.

²³ Toezending rapport, dossierstukken 60, 61 en 62.

²⁴ Dit document is in het dossier opgenomen onder kenmerk 2016100646.

²⁵ Zie de brieven van 4 mei 2016, die met de kenmerken 2016202576, 2016202579 en 20160280 in het dossier zijn opgenomen.

Besluit Openbaar

4. Het onderzoeksrapport

19. In het onderzoeksrapport wordt geconstateerd dat TOM, in ieder geval gedurende de periode van 15 december 2014 tot en met 2 oktober 2015 de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) heeft overtreden door in strijd te handelen met de volgende artikelen:
- a. Artikel 8.2a Whc juncto artikel 6:230r BW: onjuist toepassen van de regels voor terugbetaling na ontbinding door de consument;
 - b. Artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW: verstrekken van misleidende informatie over de rechten van de consument;
 - c. Artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, aanhef en onder a, BW: handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding.

In het onderzoeksrapport wordt tevens geconcludeerd dat zowel [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] als [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] feitelijk leiding heeft gegeven aan voormelde overtredingen.

5. Betrokken (rechts)personen

20. TOM is een besloten vennootschap, gevestigd op het adres Rootven 18-20 te Bladel. De vennootschap is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel met nummer 18077169.²⁶
21. TOM exploiteert webwinkels via de websites www.internet-bikes.com, www.internet-toys.com, www.internetsportandcasuals.com en www.internet-sportclubs.com, waar zij producten, waaronder fietsen, aanbiedt. Ook verkoopt TOM onder de handelsnaam Quality Shops producten aan consumenten onder meer via Amazon en Bol.com.
22. Volgens het uittreksel van de Kamer van Koophandel luidt de bedrijfsomschrijving van TOM als volgt: "Het uitoefenen van een detailhandel in rijwielen en aanverwante artikelen; Het (doen) verkopen van onderdelen ten behoeve van rijwielen en aanverwante artikelen; Het (doen) repareren van rijwielen; De exploitatie van een webwinkel op het gebied van fietsen, fietsonderdelen en fietsaccessoires; De exploitatie van een webwinkel op het gebied van speelgoed gerelateerde producten; De exploitatie van een webwinkel op het gebied van artikelen voor fans van (sport)clubs; De exploitatie van een webwinkel op het gebied van aan sport en casuals gerelateerde producten".

9/60

²⁶ KvK uittreksel TOM BV, dossierstuk 16.

Besluit Openbaar

23. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2], geboren op [GEBORTE DATUM] te [GEBORTE PLAATS] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1], geboren op [GEBORTE DATUM] te [GEBORTE PLAATS] vormen samen de directie van TOM. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] is verantwoordelijk voor de afhandeling van retouren, terwijl [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] verantwoordelijk is voor de uitvoering van terugbetalingen via de bank. Beiden beschikken elk indirect over [VERTROUWELIJK] van de aandelen in TOM.²⁷

6. Feitelijk kader

24. Het onderzoek van ACM richtte zich met name op het recht van ontbinding van consumenten en de informatie die werd gegeven over dit recht, alsmede op de afhandeling van ontbindingen in de praktijk. Hieronder zal ACM een korte weergave geven van de handelwijze van TOM met betrekking tot dit recht van ontbinding en de afhandeling daarvan in de praktijk. Bij de beschrijving van de informatie die TOM geeft over het recht van ontbinding zal worden uitgegaan van voormelde websites zoals die op 17, 24 en 31 augustus 2015 door toezichthoudend ambtenaren van ACM zijn vastgelegd.²⁸ De informatie over het recht van ontbinding op de websites is gedurende de drie vastleggingen niet inhoudelijk gewijzigd. Ter illustratie zijn een aantal schermafbeeldingen opgenomen, welke willekeurig uit de drie vastleggingen zijn geselecteerd. Voor de zichtbaarheid van de afbeeldingen zijn delen van schermafbeeldingen weergegeven.
25. Daarnaast gaf TOM informatie over het recht van ontbinding in standaard e-mails die zij aan consumenten zond.
26. Hoe de afhandeling van retourzendingen en de terugbetaling door TOM na ontbinding van een overeenkomst op afstand in de praktijk verliep, zal ACM weergeven aan de hand van verklaringen die namens TOM tijdens het bedrijfsbezoek van ACM op 2 oktober 2015 zijn afgelegd. Ook baseert ACM zich hierbij op de door de Consumentenbond verstrekte

²⁷ [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] is voorzitter van Stichting Administratiekantoor T.O.M. Holding. Deze stichting is enig aandeelhouder van T.O.M. Holding B.V. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] is bestuurder van T.O.M. Holding B.V.. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] is voorzitter van Stichting Administratiekantoor Rievis Investment. Deze stichting is enig aandeelhouder van Rievis Investment B.V. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] is bestuurder van Rievis Investment B.V. T.O.M. Holding B.V. en Rievis Investment B.V. hebben beiden 50% van de aandelen in T.O.M. Invest (ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder 17282797), welke op zijn beurt enig aandeelhouder is van TOM. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2], vader en zoon, vormen samen de directie van TOM. Zie KvK uittreksel Rievis Investment BV, dossierstuk 13; KvK uittreksel TOM Invest BV, dossierstuk 14; KvK uittreksel TOM Holding BV, dossierstuk 15; KvK uittreksel TOM BV, dossierstuk 16; KvK uittreksel Stichting Administratiekantoor Rievis Investment, dossierstuk 50; Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage I, p. 1 en VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlage 8, p. 4.

²⁸ Vastlegging websites 17, 24 en 31 augustus 2015, dossierstuk 45.

Besluit Openbaar

informatie.²⁹ Deze informatie bestaat uit drie vastleggingen die de Consumentenbond heeft gedaan op 23 maart 2015, 30 maart 2015 en 22 april 2015 van een bestelproces bij de webwinkel Internetsportandcasuals van TOM. De Consumentenbond heeft zich gedurende de bestelprocessen steeds voorgedaan als consument en heeft de overeenkomsten na ontvangst van de producten ontbonden. Ter illustratie zijn ook afbeeldingen opgenomen uit die bestel- en ontbindingsprocessen.

6.1 Informatie over ontbinding van de overeenkomst op afstand

6.1.1 Informatie op de websites

27. Op de websites www.internet-bikes.com, www.internet-toys.com, www.internetsportandcasuals.com en www.internet-sportclubs.com geeft TOM informatie over het recht van ontbinding en haar retourprocedure. Deze informatie is te vinden op de pagina "klantenservice" onder de kopjes "bedenktermijn", "deelvergoeding", "retourneren" en "retourprocedure". Ook in de "Algemene Leveringsvoorwaarden" verstrekt TOM informatie over het recht van ontbinding en de retourprocedure.
28. Bij vergelijking van de vastgelegde website www.internet-bikes.com blijkt dat de informatie die TOM op de pagina "klantenservice" onder de kopjes "bedenktermijn" en "deelvergoeding" gaf in de periode van 5 december 2014 tot 31 augustus 2015 ongewijzigd is, met uitzondering van het volgende. Onder het kopje "retourneren" stond bij de vastlegging van de website op 5 december 2014 het volgende: "Indien u een bedrag betaald heeft, zal dit bedrag zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 14 dagen na herroeping, terug betaald worden met hetzelfde betaalmiddel waarmee u betaald heeft. T.O.M. bv mag wachten met terugbetalen tot zij de goederen retour heeft ontvangen of de consument heeft aangetoond dat de goederen zijn afgeleverd bij T.O.M. bv, al naar gelang welk tijdstip eerst valt. Aan de terugbetaling zijn voor u geen administratiekosten verbonden."³⁰ Bij de vastlegging van de website op 31 augustus 2015 bleek aan deze tekst te zijn toegevoegd: "Om uw terugbetaling te kunnen verwerken dient u uw IBAN-nummer te vermelden op het retourformulier."³¹ Toezichhoudend ambtenaren van ACM hebben vastgesteld dat deze laatste zinsnede in elk geval sinds 30 maart 2015 op de website is vermeld.³²

²⁹ VvA Informatie ontvangen van de Consumentenbond, dossierstuk 54.

³⁰ Citaten uit de teksten op de websites van TOM zijn letterlijk overgenomen, inclusief spelfouten.

³¹ Vastlegging websites 17, 24 en 31 augustus 2015, dossierstuk 45 en VvA vergelijking website, dossierstuk 48.

³² VvA Informatie ontvangen van de Consumentenbond, dossierstuk 54, bijlage 13.

Besluit Openbaar

Let bij het retourneren op het volgende:

- De 14 dagen bedenktijd geldt alleen voor die producten die bij de webwinkels van Internetbikes, Internettoys, Internetportclubs en Internetportandcasuals gekocht zijn;
- Het artikel is in ongebruikte staat en het artikel komt retour in de originele verpakking;
- U kunt binnen een termijn van 14 dagen na ontvangst van uw totale bestelling en zonder opgave van reden de koopovereenkomst herroepen, u bent op tijd met herroepen als u de herroeping verzend voordat deze termijn is verstreken;
- Wij adviseren u om het verwerken van uw retourzending te optimaliseren gebruik te maken van het retourformulier en een kopie van uw factuur toe te voegen aan de retourzending.
- Indien u een bedrag betaald heeft, zal dit bedrag zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 14 dagen na herroeping, terug betaald worden met hetzelfde betaalmiddel waarmee u betaald heeft. T.O.M. bv mag wachten met terugbetalen tot zij de goederen retour heeft ontvangen of de consument heeft aangetoond dat de goederen zijn afgeleverd bij T.O.M. bv, al naar gelang welk tijdstip eerst valt. Aan de terugbetaling zijn voor u geen administratiekosten verbonden. Om uw terugbetaling te kunnen verwerken dient u uw IBAN-nummer te vermelden op het retourformulier.

12/60

29. Onder het kopje “retourprocedure” stond op 5 december 2014: “U kunt op deze wijze producten aan ons retourneren: Wij adviseren u om het verwerken van uw retourzending te optimaliseren gebruik te maken van het retourformulier en deze samen met een kopie van uw factuur toe te voegen aan de retourzending. U kunt ook aangeven of u het artikel wilt ruilen of dat u graag een waardebon wilt ontvangen.” Toezichhoudend ambtenaren hebben geconstateerd dat ten tijde van de vastlegging van de website op 31 augustus 2015 daaraan was toegevoegd: “Indien u een terugbetaling wenst, dient u uw IBAN op het retourformulier te vermelden.”³³

RETOURPROCEDURE

U kunt op deze wijze producten aan ons retourneren:

Wij adviseren u om het verwerken van uw retourzending te optimaliseren gebruik te maken van het retourformulier en deze samen met een kopie van uw factuur toe te voegen aan de retourzending.

U kunt ook aangeven of u het artikel wilt ruilen of dat u graag een waardebon wilt ontvangen. Indien u een terugbetaling wenst, dient u uw IBAN op het retourformulier te vermelden.

Het retourformulier is te vinden via onderstaande link:

[Retourformulier](#)

30. Naar aanleiding van het bedrijfsbezoek op 2 oktober 2015 heeft TOM haar websites aangepast. Onder het kopje “retourneren” heeft TOM de zin “Om uw terugbetaling te kunnen verwerken dient u uw IBAN-nummer te vermelden op het retourformulier” verwijderd. Onder het kopje “retourprocedure” staat in plaats van de zin “Indien u een terugbetaling wenst, dient u uw IBAN op het retourformulier te vermelden” nu “Indien u een terugbetaling wenst, adviseren wij u uw IBAN op het retourformulier te vermelden.”³⁴

³³ VvA vergelijking website, dossierstuk 48.

³⁴ VvA vastlegging website, dossierstuk 51.

**Besluit
Openbaar**

31. Het retourformulier op de websites van TOM is sinds 5 december 2014 gedurende de onderzoeksperiode niet gewijzigd en ziet er als volgt uit³⁵:



LET OP: * verplichte in te vullen velden

Retourformulier

Ik / Wij (*) deel / delen (*) u hierbij mede dat ik / wij (*) onze overeenkomst betreffende de verkoop van de volgende goederen/levering van de volgende dienst (*) herroep / herroepen (*):

-- Doorhalen wat niet van toepassing is --

Aan:	T.O.M. bv	Rootven 18	5531 MB Bladel	verkoop@tom-bv.com
Factuurnummer:			Besteld op*:	
Ontvangen op*:			Naam*:	
Bedrijf:			Adres*:	
Datum*:			E-mail:	
Handtekening*:				

Te retourneren artikelen; vul in en markeer (x) wat gewenst is:

	Aantal	Artikelomschrijving	Stukprijs (€)	Totale prijs (€)	Waardebon
Retour <input type="checkbox"/>					<input type="checkbox"/>
Ruilen voor <input type="checkbox"/>					
Retour <input type="checkbox"/>					<input type="checkbox"/>
Ruilen voor <input type="checkbox"/>					
Retour <input type="checkbox"/>					<input type="checkbox"/>
Ruilen voor <input type="checkbox"/>					
Retour <input type="checkbox"/>					<input type="checkbox"/>
Ruilen voor <input type="checkbox"/>					

Wij verbeteren graag onze dienstverlening, vul daarom hier uw reden van uw retour in:

Voor meer informatie contacteer a.u.b. onze klantenservice via customerservice@tom-bv.com

T.O.M. bv – t.a.v. Retourafdeling – Rootven 18 – 5531 MB – Bladel – Nederland

³⁵ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage 17 van bijlage Q.

Besluit Openbaar

6.1.2 Informatie in de standaard e-mails

32. TOM heeft op haar websites geen telefoonnummer vermeld waarop zij bereikbaar is.³⁶ Zij communiceert alleen online met haar klanten. Klanten kunnen het contactformulier op de websites invullen of per e-mail contact opnemen. De klantenservice reageert uitsluitend per e-mail, ook als klanten verzoeken telefonisch contact met hen op te nemen.
33. De klantenservice van TOM beschikt over standaardteksten die de medewerkers kunnen gebruiken om per e-mail te reageren op vragen of opmerkingen van klanten.³⁷
34. Wanneer een retourzending volgens TOM niet in orde is onderneemt zij zelf geen actie richting de klant, maar wacht zij tot de klant zelf contact opneemt.³⁸ Wanneer een klant informeert wanneer hij zijn geld terug krijgt stuurt TOM de volgende standaard e-mail (hierna: standaard e-mail 1):³⁹

“Geachte heer, mevrouw,

Wij hebben naar aanleiding van uw bericht intern onderzoek gedaan. Daaruit is gebleken dat uw retourzending niet conform de retourprocedure is aangeboden. Daarom heeft onze retourafdeling, door onderstaande in rood gemarkeerde redenen, uw retour niet kunnen verwerken met een terugbetaling:

- Artikel niet meer in originele verpakking
- Artikel niet meer in ongebruikte staat
- Bijbehorend kopiefactuur ontbreekt
- Bijbehorend retourformulier ontbreekt
- Er is geen ruiling aangegeven
- IBAN-nummer ontbreekt op retourformulier

Omdat wij graag uw retourzending alsnog correct willen afhandelen hebben wij u zojuist handmatig een waardebon toegestuurd t.w.v. de geretourneerde artikelen.

U kunt deze binnen 1 jaar bij een volgende bestelling verzilveren in een van onze webshops.

Vertrouwende u hiermede correct te hebben geïnformeerd.

³⁶ Op grond van artikel 6:230m, eerste lid, aanhef en onder c, BW is een handelaar gehouden, voordat de consument gebonden is aan een overeenkomst op afstand of een overeenkomst buiten de verkooppriimte, dan wel een daartoe strekkend aanbod, zijn telefoonnummer te verstrekken. Deze overtreding viel buiten het bestek van het onderzoek.

³⁷ Bestanden ontvangen via Cryptshare, dossierstuk 42, document “CS – Waardebon retour onvol. 1”.

³⁸ VvA onderzoek bij klantenservice d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 28., p. 2.

³⁹ Bestanden ontvangen via Cryptshare, dossierstuk 42, document “CS – Waardebon retour onvol. 1”.

Besluit Openbaar

Met vriendelijke groet,
[Vertrouwelijk]

Bezoek ook onze webshops:
Internetbikes | Internettoys | Internetsportclubs | InternetSportandCasuals”

35. Tot 2 juli 2015 stond aan het eind van standaard e-mail 1 de zin “Uw retourzending is hiermee definitief verwerkt en het is niet meer mogelijk hier een wijziging in aan te brengen.” Op 2 juli 2015 gaf [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] opdracht aan de klantenservice om deze zin uit standaard e-mail 1 te verwijderen.⁴⁰
36. TOM hanteerde de volgende standaard e-mail⁴¹ (hierna: standaard e-mail 2) in het geval een klant protesteerde tegen een waardebon en een terugbetaling verlangde:

“Geachte heer, mevrouw,

Indien u graag een terugbetaling had ontvangen, dan had u dit met uw persoonlijke bankgegevens (IBAN) op het formulier moeten aangeven als opmerking. Terugbetaling geschied dan binnen de wettelijke termijn van 14 dagen.

Helaas heeft u uw IBAN-nummer niet ingevuld op het retourformulier, waardoor onze administratie geen terugbetaling heeft kunnen verwerken. Op onze [retourpagina](#) communiceren wij duidelijk dat uw IBAN-nummer op het retourformulier ingevuld dient te worden om uw terugbetaling te kunnen verwerken:

- Indien u een bedrag betaald heeft, zal dit bedrag zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 14 dagen na herroeping, terug betaald worden met hetzelfde betaalmiddel waarmee u betaald heeft. T.O.M. bv mag wachten met terugbetalen tot zij de goederen retour heeft ontvangen of de consument heeft aangetoond dat de goederen zijn afgeleverd bij T.O.M. bv, al naar gelang welk tijdstip eerst valt. Aan de terugbetaling zijn voor u geen administratiekosten verbonden. Om uw terugbetaling te kunnen verwerken dient u uw IBAN-nummer te vermelden op het retourformulier.

Vertrouwende u hiermede correct te hebben geïnformeerd.

Met vriendelijke groet,
[Vertrouwelijk]

⁴⁰ Wijziging standaard mail, dossierstuk 36.

⁴¹ Bestanden ontvangen via Cryptshare, dossierstuk 42, document “CS – Waardebon retour onvol. 2”.

Besluit Openbaar

Bezoek ook onze webshops:

Internetbikes | Internettoys | Internetsportclubs | InternetSportandCasuals”

37. In de periode van januari 2015 tot en met juni 2015 werd in standaard e-mail 2 ook vermeld: “Daar uw retourzending reeds in onze administratie verwerkt is, kunnen wij dit helaas niet meer aanpassen ” of woorden van gelijke strekking. Deze zin is door de klantenservice op 3 juli 2015 uit standaard e-mail 2 verwijderd.⁴²
38. Als een klant na ontvangst van standaard e-mail 2 nogmaals protesteerde tegen de gang van zaken, stuurde TOM de volgende standaard e-mail (hierna: standaard e-mail 3)⁴³:

“Geachte heer, mevrouw,

Bedankt voor uw bericht.

Ik heb uw dossier intern besproken en heb onze administratieafdeling opdracht gegeven de waardebon handmatig om te zetten in een terugbetaling en deze te verwerken.

opgegeven IBAN: [rekeningnummer]

Ik hoop u hiermee voldoende geïnformeerd te hebben. Mocht u nog vragen hebben omtrent uw terugbetaling ben ik u graag van dienst.

Met vriendelijke groet,
[Vertrouwelijk]

Bezoek ook onze webshops:

Internetbikes | Internettoys | Internetsportclubs | InternetSportandCasuals”

6.2 Wijze van afhandelen van de retourzendingen en terugbetaling in de praktijk

39. Tot het bedrijfsbezoek op 2 oktober 2015 ging TOM bij het afhandelen van retourzendingen bij al haar websites als volgt te werk. Retourzendingen werden beoordeeld door [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] en door hem in CMS geregistreerd. In dit systeem houdt TOM het verloop van alle bestellingen bij.

⁴² VvA selectie e-mails uit mailbox customerservice@tom-bv.com, dossierstuk 52, bijlage 3.

⁴³ Bestanden ontvangen via Cryptshare, dossierstuk 42, document “CS – Waardebon retour onvol. 3”.

Besluit Openbaar

40. In het geval een retour in orde werd bevonden, maakte [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] een creditnota aan en zette daarop een stempel "Per bank betaald". [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] zorgde er vervolgens voor dat het gecrediteerde bedrag aan de klant werd terugbetaald. Leveringskosten werden door TOM niet terugbetaald.⁴⁴
41. Retouren die niet in orde werden bevonden werden in CMS geregistreerd met "Terug in voorraad zonder credit" of "Retour afgekeurd". [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] vinkte daarbij in CMS de reden(en) aan in een lijst met opties. Retouren werden bijvoorbeeld afgekeurd als het product beschadigd was, niet in de originele verpakking zat of niet compleet was.

RETOUREN

Ontvangen 02-10-2015

Artikelen retour
710009 1

Actie Retour afgekeurd

- Factuur ontbreekt
- Retourformulier ontbreekt
- Retourformulier: ruiling ontbreekt
- Geen bankrekeningnummer aangegeven
- Fiets afgemoteerd
- Beschadigd (in rek)
- Niet in originele verpakking (in rek)
- Bol.com / Amazon
- Geen retouromelding Bol.com / Amazon
- Niet afgehaald AH / GB Tilburg
- Alternatief artikel niet in assortiment
- Artikel gebruikt
- Niet betaald
- Retour vervoerder
- Artikel niet compleet retour

42. De registratie "Terug in voorraad zonder credit" gebruikte TOM ook als de klant geen IBAN had aangegeven of als het retourformulier ontbrak. "Terug in voorraad zonder credit" betekende dat het retour gezonden product terug ging in de voorraad van TOM zonder dat het door de klant betaalde bedrag werd gecrediteerd.

17/60

⁴⁴ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlage 8, p. 23.

Besluit Openbaar

RETOUREN

Ontvangen 02-10-2015

Artikelen retour

C75897-43 1/3

C75897-44

Actie Terug in voorraad zonder credit

- Factuur ontbreekt
- Retourformulier ontbreekt
- Retourformulier: ruiling ontbreekt
- Geen bankrekeningnummer aangegeven
- Fiets afgemoteerd
- Beschadigd (in rek)
- Niet in originele verpakking (in rek)
- Bol.com / Amazon
- Geen retourmelding Bol.com / Amazon
- Niet afgehaald AH / GB Tilburg
- Alternatief artikel niet in assortiment
- Artikel gebruikt
- Niet betaald
- Retour vervoerder
- Artikel niet compleet retour

18/60

43. In geval de retour volgens TOM niet in orde was, ondernam TOM geen actie richting de klant. TOM ging noch over tot terugbetaling van het door de klant betaalde bedrag, noch informeerde zij de klant over de (reden van de) afkeuring van de retourzending. Pas in het geval de klant zelf contact opnam met haar klantenservice, reageerde TOM in de vorm van standaard e-mail 1.⁴⁵ In dat geval stuurde TOM de klant een waardebon. Als de klant daarna aangaf geen prijs te stellen op een waardebon, stuurde TOM de klant standaard e-mail 2. Pas als de klant na standaard e-mail 2 bleef aandringen, ging TOM over tot terugbetaling van (een deel van) het door de klant betaalde bedrag.⁴⁶ De klantenservice vermeldde dan de betaalopdracht op een betaallijst met als omschrijving “weerstand waardebon”. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] zorgde vervolgens aan de hand van die betaallijst voor terugbetaling. De eerder toegestuurde waardebon werd dan geblokkeerd.⁴⁷

⁴⁵ Zie par. 6.1.2 van dit besluit.

⁴⁶ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 3.

⁴⁷ VvA onderzoek bij klantenservice d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 28, p. 2.

Besluit Openbaar



19/60

44. Sinds 5 oktober 2015 heeft TOM haar automatiseringssysteem aangepast, zodat zij haar klanten door middel van een dagelijkse bankbatch via haar betaaldienstverlener [Vertrouwelijk]⁴⁸ (hierna: Vertrouwelijk) kan terugbetalen zonder dat zij over het IBAN beschikt.⁴⁹

7. Zienswijze

45. Kort weergegeven komt de zienswijze van TOM en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] op het onderzoeksrapport neer op het volgende. ACM heeft in 2014 contact opgenomen met TOM en haar gewezen op onvolkomenheden in de informatie op haar websites met betrekking tot het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand. Zo mocht volgens ACM op het retourformulier niet naar het IBAN van de consument worden gevraagd, aldus TOM. Naar aanleiding van dit gesprek heeft TOM de informatie op haar websites conform de instructies van ACM aangepast.⁵⁰ Bij brief van 16 december 2014 heeft ACM TOM laten weten dat zij de websites opnieuw had vastgelegd en dat de informatie die

⁴⁸ Door TOM en in de dossierstukken ook wel aangeduid als [Vertrouwelijk]. ACM zal verder uitgaan van [Vertrouwelijk].

⁴⁹ Reactie op bedrijfsbezoek, dossierstuk 32.

⁵⁰ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlagen K t/m P.

Besluit Openbaar

TOM op die websites gaf over het herroepingsrecht ten tijde van de vastlegging in lijn was met hetgeen daarover was afgesproken.⁵¹

46. TOM benadrukt dat zij altijd volledige medewerking heeft verleend en haar websites op advies van ACM steeds direct heeft aangepast. TOM is dan ook erg boos over het onaangekondigde bedrijfsbezoek dat ACM op 2 oktober 2015 aan haar bedrijf in Bladel heeft gebracht. TOM vindt het bedrijfsbezoek onevenredig. De onverwachte “inval” van ACM heeft grote impact gehad op haar medewerkers, terwijl ACM had kunnen volstaan met een telefoontje om TOM veronderstelde overtredingen te laten beëindigen.
47. Naar aanleiding van het bedrijfsbezoek heeft TOM direct contact opgenomen met haar servicepartner [Vertrouwelijk] en haar betaaldienstverlener [Vertrouwelijk] over de mogelijkheden om privacygevoelige gegevens als IBAN te ontvangen via [Vertrouwelijk]. Zij heeft vervolgens haar automatiseringssysteem aangepast en betaalt sindsdien haar klanten terug door middel van een dagelijkse bankbatch via haar betaaldienstverlener [Vertrouwelijk]. TOM meent dat ACM een zorg- en informatieplicht jegens online webwinkels heeft ter bescherming van de consument en dat ACM daaraan niet heeft voldaan. Als zij in 2014 door ACM goed was voorgelicht over het te gebruiken retourformulier en de mogelijkheid om haar klanten geautomatiseerd terug te betalen via haar betaaldienstverlener, hadden vele misverstanden voorkomen kunnen worden, aldus TOM.
48. Ten slotte wijst TOM erop dat ACM ten onrechte voorbij gaat aan het feit dat zij in 2014 en 2015, toen klanten om terugbetaling vroegen, in totaal 639 terugbetalingen heeft verricht en dat zij in veel gevallen de leveringskosten waar de consument nog recht op had per bank terugbetaalde.
49. ACM zal hieronder eerst reageren op de algemene verweren van TOM.
50. TOM heeft ook tijdens de hoorzitting nog benadrukt dat het bedrijfsbezoek een grote impact heeft gehad, niet alleen op haar vaak jonge medewerkers, maar ook in de gemeenschap Bladel en op de reputatie van TOM. Volgens TOM was het bedrijfsbezoek niet noodzakelijk geweest en had ACM kunnen volstaan met een waarschuwend telefoontje om de gewenste situatie te bereiken.⁵²
51. ACM is zich terdege bewust van de mogelijke impact van een bedrijfsbezoek. Voordat zij overgaat tot de inzet van deze bevoegdheid, vindt een zorgvuldige afweging plaats of de inzet

⁵¹ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage R.

⁵² Zie het verslag van de hoorzitting dat als bijlage is gevoegd bij de brieven van 4 mei 2016, die met dekenmerken 2016202576, 2016202579 en 20160280 in het dossier zijn opgenomen (hierna: hoorzittingsverslag).

Besluit Openbaar

van de bevoegdheid redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van de toezichthoudende taak van ACM als bedoeld in artikel 5:13 van de Algemene Wet bestuursrecht (hierna: Awb).⁵³ Dat in dit geval is gekozen voor een bedrijfsbezoek aan TOM is gelegen in het feit dat ACM TOM er al in 2014 op heeft geattendeerd dat zij regelgeving omtrent het recht van ontbinding dient na te leven. Desondanks kwam uit het onderzoek dat de Consumentenbond in maart en april 2015 heeft gedaan het beeld naar voren dat de naleving van die regelgeving in de praktijk niet goed verliep. Ook ontving ACM via ConsuWijzer meldingen van consumenten die problemen ondervonden bij de retournering van hun bestelling aan TOM. Om te kunnen beoordelen hoe de retourprocedure bij TOM in de praktijk verloopt, was het noodzakelijk om een bezoek aan TOM te brengen. Dat TOM deze “inval”, zoals zij het bedrijfsbezoek noemt, als onnodig heeft ervaren, maakt de inzet van deze bevoegdheid niet onevenredig.⁵⁴

52. In hoofdstuk 9 zal ACM verder ingaan op de zienswijze van TOM.

8. Juridisch Kader

8.1 Bevoegdheid ACM

53. ACM is op grond van artikel 2.2 Whc belast met het toezicht op de naleving van de wettelijke bepalingen bedoeld in onderdeel a van de bijlage bij de Whc. De bepalingen waarop de in dit besluit beschreven handelwijze betrekking heeft, staan vermeld in onderdeel a van de bijlage bij de Whc.
54. ACM kan optreden als sprake is van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder f, Whc. Via de websites www.internet-bikes.com, www.internet-toys.com, www.internetsportandcasuals.com en www.internet-sportclubs.com biedt TOM producten aan consumenten aan. De gedragingen en verkoopwijze via internet van TOM hebben het kenmerk dat meerdere consumenten op eenzelfde manier zijn of kunnen worden bereikt en geschaad, waardoor sprake is van een mogelijke schending van collectieve belangen van consumenten in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder f, Whc.
55. Indien sprake is van een inbreuk op de bepalingen genoemd in bijlage a bij de Whc kan ACM op grond van artikel 2.9 Whc een last onder dwangsom en/of bestuurlijke boete opleggen.

⁵³ ACM houdt onder meer toezicht op de naleving van de Whc.

⁵⁴ Zie ook CBB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191 (*ITC Reisclub*).

Besluit Openbaar

8.2 Overeenkomsten op afstand

56. Artikel 6:230g, eerste lid, aanhef en onder a, b, en e, BW luidt:

“1. In deze afdeling wordt verstaan onder:

a. *consument*: iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen;

b. *handelaar*: iedere natuurlijke of rechtspersoon die handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit, al dan niet mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt;

[...]

e. *overeenkomst op afstand*: de overeenkomst die tussen de handelaar en de consument wordt gesloten in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand zonder gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van handelaar en consument en waarbij, tot en met het moment van het sluiten van de overeenkomst, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer middelen voor communicatie op afstand;”

57. Artikel 6:230o, eerste en derde lid, BW luidt, voor zover relevant:

“1. De consument kan een overeenkomst op afstand of een overeenkomst buiten de verkooppriimte zonder opgave van redenen ontbinden tot een termijn van veertien dagen is verstreken, na:

[...]

b. bij een consumentenkoop:

1°. de dag waarop de consument of een door de consument aangewezen derde, die niet de vervoerder is, de zaak heeft ontvangen;

2°. de dag waarop de consument of een door de consument aangewezen derde, die niet de vervoerder is, de laatste zaak heeft ontvangen, indien de consument in eenzelfde bestelling meerdere zaken heeft besteld die afzonderlijk worden geleverd;

3°. de dag waarop de consument of een door de consument aangewezen derde, die niet de vervoerder is, de laatste zending of het laatste onderdeel heeft ontvangen indien de levering van een zaak bestaat uit verschillende zendingen of onderdelen; of

[...]

22/60

Besluit Openbaar

3. De consument oefent het in lid 1 bedoelde recht uit door binnen de in dat lid gestelde termijn het ingevulde modelformulier voor ontbinding, bedoeld in bijlage I deel B van de richtlijn, te zenden of een andere daartoe strekkende ondubbelzinnige verklaring te doen aan de handelaar.”

58. Artikel 6:230r, eerste, tweede en derde lid, BW luidt als volgt:

“1. De handelaar vergoedt na ontbinding van de overeenkomst overeenkomstig artikel 230o onverwijld doch uiterlijk binnen veertien dagen na de dag van ontvangst van de verklaring tot ontbinding alle van de consument ontvangen betalingen, met inbegrip van de leveringskosten.

2. De handelaar komt de in lid 1 bedoelde verbintenis na, met gebruikmaking van hetzelfde betaalmiddel als door de consument is gebruikt ter voldoening van de voor de ontbinding op de consument rustende verbintenissen, tenzij de consument uitdrukkelijk met een ander betaalmiddel heeft ingestemd en met dien verstande dat de consument hierdoor geen kosten mag hebben.

3. Onverminderd het bepaalde in lid 1 is de handelaar niet verplicht de bijkomende kosten terug te betalen, indien de consument uitdrukkelijk voor een andere wijze dan de door de handelaar aangeboden minst kostbare wijze van standaardlevering heeft gekozen.”

8.3 Wet oneerlijke handelspraktijken

59. Op 15 oktober 2008 is de Wet oneerlijke handelspraktijken (hierna: Wet OHP) in werking getreden. Met deze wet zijn bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken opgenomen in afdeling 3A van Titel 3 van boek 6 (artikelen 6:193a en volgende) van het BW. Hiermee is uitvoering gegeven aan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.⁵⁵

60. De Wet OHP is van toepassing op de handelspraktijken van handelaren jegens consumenten voor, gedurende en na de totstandkoming van een commerciële transactie met betrekking tot een product.

⁵⁵ Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

Besluit Openbaar

24/60

61. Artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder a t/m f, BW luidt:

“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;
- c. product: goed, elektriciteit daaronder begrepen, of dienst;
- d. handelspraktijk: iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten;
- e. besluit over een overeenkomst: een door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument overgaat tot handelen;
- f. professionele toewijding: normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken;”

62. Volgens artikel 6:193b, tweede lid, BW is een handelspraktijk oneerlijk indien een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding en het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

63. Artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW luidt 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:

[...]

- g. de rechten van de consument waaronder het recht van herstel of vervanging van de afgeleverde zaak of het recht om de prijs te verminderen, of de risico's die de consument eventueel loopt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.”

9. Juridische beoordeling

64. ACM dient in haar sanctiebesluiten te expliciteren waarom zij tot handhaven bevoegd is door per overtreding te motiveren waarom naar haar oordeel sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten als bedoeld in de Whc. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt naar overtredingen die hun oorzaak vinden in een structurele inbreuk op wettelijke bepalingen en overtredingen die hun oorzaak vinden in een incidentele inbreuk op wettelijke bepalingen.
65. Een structurele inbreuk kan bijvoorbeeld ontstaan door het al dan niet bewuste ontwerp van de bedrijfsorganisatie en de werkprocessen van een onderneming. Van een structurele inbreuk is bijvoorbeeld sprake bij het niet voldoen van bescrpts voor de telefonische verkoop aan de wettelijke eisen die daaraan gesteld worden. Een incidentele inbreuk ontstaat doordat bij op zichzelf rechtmatige werkprocessen fouten worden gemaakt door individuen die handelen in dienst van een onderneming. Bij het opleggen van sancties ten aanzien van een overtreding die bestaat in een verzameling van incidentele inbreuken, die aldus een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten opleveren, worden hogere eisen gesteld aan de kwantitatieve onderbouwing dan in het geval van een structurele inbreuk.⁵⁶
66. Hieronder zal ACM ingaan op de in het onderzoeksrapport geconstateerde overtredingen.

9.1 Misleidende informatie over het recht van ontbinding en terugbetaling

67. TOM handelt bij de online verkoop van haar producten in de uitoefening van haar bedrijf en valt daarmee onder de definitie van "handelaar" als bedoeld in artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder b, BW. De online verkoop door TOM aan consumenten kan worden aangemerkt als handelspraktijk in de zin van artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder d, BW.
68. Op grond van artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW is een handelspraktijk 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 de rechten van de consument waaronder het recht van herstel of vervanging van de afgeleverde zaak of het recht om de prijs te verminderen, of de risico's die de consument eventueel loopt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Het recht van ontbinding van een overeenkomst op afstand, alsmede het daaruit voortvloeiende recht van de consument om na ontbinding zijn betaling terug te krijgen, kunnen in de optiek van ACM eveneens onder deze bepaling worden geschaard, omdat het vergelijkbare

⁵⁶ BAC-advies in zaak 17/UPC, p. 13 t/m 18, gepubliceerd op www.acm.nl.

Besluit Openbaar

consumentenrechten betreffen. Een handelaar mag dan ook geen onjuiste of misleidende informatie verstrekken over het recht van ontbinding en terugbetaling na ontbinding.

26/60

69. Toezichthoudend ambtenaren van ACM hebben geconstateerd dat TOM zich bediende van een aantal standaard e-mails in het geval consumenten gebruik maakten van hun recht van ontbinding. Wanneer de consument na ontbinding informeerde wanneer hij zijn geld terug zou krijgen, stuurde TOM standaard e-mail 1 waarin zij meldde dat de retourzending niet conform de retourprocedure is aangeboden, waardoor zij niet tot terugbetaling kon overgaan. Als één van de redenen om niet tot terugbetaling over te gaan gaf TOM aan dat het IBAN ontbrak op het retourformulier ("IBAN-nummer ontbreekt op retourformulier"). Ook vermeldde TOM in die e-mail: "Omdat wij graag uw retourzending alsnog correct willen afhandelen hebben wij u zojuist handmatig een waardebon toegestuurd t.w.v. de geretourneerde artikelen".⁵⁷
70. ACM acht de informatie in deze standaard e-mail 1 om meerdere redenen misleidend. Zij overweegt daarbij het volgende. De consument kan een overeenkomst op afstand, zoals een online aankoop in een van de webshops bij TOM, zonder opgave van redenen ontbinden tot een termijn van veertien dagen is verstreken.⁵⁸ De consument kan het recht van ontbinding uitoefenen door gebruik te maken van het ingevulde modelformulier voor ontbinding als bedoeld in bijlage I deel B van de Richtlijn consumentenrechten⁵⁹, maar dit is niet vereist. Het doen van een daartoe strekkende ondubbelzinnige verklaring aan de handelaar volstaat ook.⁶⁰ De wijze waarop de ontbindingsverklaring moet worden uitgebracht is dus vormvrij, maar voormeld modelformulier geeft de consument zekerheid met betrekking tot de vraag of de verklaring op de juiste wijze is uitgebracht.⁶¹
71. TOM wekt in standaard e-mail 1 echter de indruk dat de consument het recht van ontbinding niet op de juiste manier heeft ingeroepen door op het retourformulier niet zijn IBAN te vermelden. Ook op haar websites vermeldt TOM – in elk geval sinds 30 maart 2015 - dat de consument om de terugbetaling te kunnen verwerken zijn IBAN dient te vermelden op het retourformulier.⁶² Deze informatie is onjuist dan wel misleidend, omdat de wet niet vereist dat de consument zijn IBAN vermeldt. Ook als de consument geen IBAN vermeldt, rust op de handelaar – in dit geval TOM – de verplichting om onverwijld, maar uiterlijk binnen veertien

⁵⁷ Zie par. 6.1.2 van dit besluit.

⁵⁸ Zie artikel 6:230o, eerste lid, BW.

⁵⁹ Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad.

⁶⁰ Zie artikel 6:230o, derde lid, BW.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld ook in het artikel 'Het herroepingsrecht bij overeenkomsten op afstand', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2014/23, p. 2 e.v.

⁶² VvA Informatie ontvangen van de Consumentenbond, dossierstuk 54, bijlage 13.

Besluit Openbaar

dagen na ontvangst van de (vormvrije) verklaring tot ontbinding, alle van de consument ontvangen betalingen te vergoeden, met inbegrip van de leveringskosten.⁶³

72. Door te doen alsof de consument door het niet vermelden van zijn IBAN een fout heeft begaan, schuift TOM de schuld van het niet vergoeden van de door haar ontvangen betalingen ten onrechte in de schoenen van de consument. De gemiddelde consument kan hierdoor op het verkeerde been worden gezet en een besluit over een overeenkomst nemen dat hij anders – dat wil zeggen als hij had geweten dat hij niet gehouden is om bij ontbinding van de overeenkomst zijn IBAN te vermelden - niet had genomen.
73. Hetzelfde geldt voor de vermelding in standaard e-mail 1 dat TOM de retourzending van de consument alsnog correct wil afhandelen door het toesturen van een waardebon ter waarde van de geretourneerde artikelen. Ook deze informatie is misleidend, omdat het lijkt alsof zij de consument tegemoet wil komen door hem alsnog een waardebon te sturen, terwijl TOM wettelijk verplicht is om de consument terug te betalen met hetzelfde betaalmiddel als door de consument is gebruikt, tenzij de consument uitdrukkelijk met een ander betaalmiddel heeft ingestemd.⁶⁴ Ook door deze informatie kan de gemiddelde consument op het verkeerde been worden gezet en bijvoorbeeld akkoord gaan met een waardebon, terwijl hij het recht had om zijn geld terug te krijgen. Overigens dient TOM na ontbinding van de overeenkomst op afstand *alle* van de consument ontvangen betalingen te vergoeden, niet alleen de waarde van de geretourneerde producten.
74. In het geval de consument in reactie op standaard e-mail 1 aangaf dat hij geen waardebon wilde, maar zijn geld terug, stuurde TOM standaard e-mail 2. In die e-mail werd de consument het volgende medegedeeld: “Indien u graag een terugbetaling had ontvangen, dan had u dit op het formulier moeten aangeven als opmerking. [...] Helaas heeft u uw IBAN-nummer niet ingevuld op het retourformulier waardoor onze administratie geen terugbetaling heeft kunnen verwerken.”⁶⁵
75. Ook in deze tweede standaard e-mail wijt TOM het niet kunnen terugbetalen aan het ontbreken van een IBAN, terwijl de consument zoals eerder vermeld wettelijk niet verplicht is om deze informatie aan TOM te verstrekken.
76. Toezichthoudend ambtenaren van ACM hebben aan de hand van bij TOM aangetroffen e-mailcorrespondentie vastgesteld dat TOM de betreffende standaard e-mails ook daadwerkelijk

⁶³ Zie artikel 6:230r, eerste lid, BW.

⁶⁴ Zie artikel 6:230r, tweede lid, BW.

⁶⁵ Zie par. 6.1.2 van dit besluit.

Besluit Openbaar

heeft verstuurd.⁶⁶ Zo meldt een consument naar aanleiding van de ontvangst van standaard e-mail 1 aan TOM het volgende⁶⁷:

"[...] Tegelijkertijd wordt er op het retourformulier niet eens om een IBAN-nummer gevraagd! Ik heb mijn bestelling via Ideal betaald, dus volgens mij bent u in het bezit van mijn IBAN-nummer?! Ook betreft het helemaal geen ruiling, maar een retour, zoals ik gewoon netjes correct had aangekruist op het retourformulier! Ik ga daarom dus niet akkoord met een waardebon en verwacht dat u het bedrag van 27,95 euro z.s.m. overmaakt!" Na ontvangst van standaard e-mail 2 e-mailt dezelfde consument aan TOM: "Ik vind het raar dat ik mijn IBAN-nummer had moeten vermelden, omdat jullie dat gewoon hebben doordat ik met Ideal heb betaald (?!). Op het retourformulier zelf wordt dit niet vermeld en vind ik dus niet duidelijk! En als jullie een beetje bedrijf zijn, neem je volgens mij even contact op met de klant om hier naar te vragen (?!)."⁶⁸

28/60

77. Een andere consument meldt na ontvangst van standaard e-mail 1 per e-mail aan TOM:

"Schande, schande,...dat u mij afscheept met een waardebon. Wat heb ik verkeerd gedaan? [...] Ik verzoek u daarom alsnog voor een terugbetaling en de waardebon door te halen." Ook deze consument ontvangt vervolgens standaard e-mail 2 van TOM en reageert daarop als volgt: "Ik vind dat U mij nog steeds niet correct heeft geïnformeerd. [...] Ik heb en hou een onprettig gevoel dat er een reden wordt/is verzonnen om maar niet te hoeven terug te betalen. De motivering dat de administratie niet kan worden gewijzigd omdat de retourzending is verwerkt, is gewoon kul. Je kan altijd wijzigingen in een administratie aanbrengen. U begrijpt dat ik eens maar nooit weer iets bij u zult kopen."⁶⁹

78. Uit voormelde e-mailcorrespondentie blijkt overigens ook dat TOM standaard e-mail 2 niet in alle gevallen verstuurd, maar in sommige gevallen na aandringen van de consument alsnog overging tot terugbetaling.⁷⁰ Daar staat tegenover dat een enkele consument soms wel vijf e-mails aan TOM moest sturen om TOM te bewegen tot terugbetaling over te gaan.⁷¹

79. TOM verstrekt in haar standaard e-mails informatie die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden ten aanzien van de rechten van de consument, in dit geval het recht van ontbinding bij een overeenkomst op afstand. De omstandigheid dat TOM op de

⁶⁶ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53.

⁶⁷ Citaten uit de e-mailcorrespondentie die bij TOM is aangetroffen zijn letterlijk overgenomen, inclusief spelfouten.

⁶⁸ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 24.

⁶⁹ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 48.

⁷⁰ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlagen 5, 83, 84 en 90.

⁷¹ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 26.

Besluit Openbaar

29/60

pagina klantenservice, onder het kopje “retourneren”, van haar websites vermeldt: “Om uw terugbetaling te kunnen verwerken dient u uw IBAN-nummer te vermelden op het retourformulier” of woorden van gelijke aard of strekking, maakt dat niet anders. Door de consument in standaard e-mail 2 tegen te werpen dat hij de procedure op de website niet heeft gevolgd door het IBAN niet te vermelden op het retourformulier, zet TOM consumenten op het verkeerde been over de wijze waarop het recht van ontbinding kan worden ingeroepen en het recht op terugbetaling.

80. Dat consumenten hierdoor inderdaad een besluit over een overeenkomst konden nemen dat zij anders – dat wil zeggen met de juiste informatie over hun rechten – niet hadden genomen, ziet ACM terug in voormelde e-mailcorrespondentie⁷². Zo schrijft een consument, die na ontvangst van standaard e-mail 1 aan TOM te kennen had gegeven dat hij zijn geld terug wenste en daarbij zijn IBAN vermeldde, na ontvangst van standaard e-mail 2 aan TOM: “Wat u schrijft is misschien zo leesbaar op de website, maar waar ik mij op beroep is uw klantvriendelijkheid. Daarnaast staat er nergens op uw retourformulier een ruimte vermeldt waar het IBAN is in te vullen, enkel aanvinken “ruilen voor of retour” (met een voorgeprint hokje zoals wel beschikbaar voor alle andere zaken die in te vullen zijn). Ook wordt nergens de klant er attent op gemaakt voorzichtigheid te betrachten met het invullen van de IBAN en als dit niet wordt gedaan, dat er dan de straffe op staat van het niet terugontvangen van de betaalde kosten. [...]” Nadat TOM daarop reageerde met de opmerking dat zij helaas geen andere mogelijkheid zag om een reeds verwerkte retourzending anders te vergoeden dan met een waardebon, waar in dat geval ook nog de leveringskosten van waren afgetrokken, en dat zij helaas niets meer voor de betreffende consument kon betekenen, heeft de consument de handdoek in de ring gegooid en uiteindelijk genoeg genomen met een waardebon.⁷³
81. Weer een andere consument meldt aanvankelijk onder vermelding van haar IBAN aan TOM dat zij haar geld terug wil, maar neemt na ontvangst van standaard e-mail 2 genoeg meteen waardebon, mits TOM haar tegemoet wil komen door geen leveringskosten te rekenen.⁷⁴
82. Gelet op het vorenstaande komt ACM tot de conclusie dat TOM in haar standaard e-mails in elk geval in de periode van 14 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015⁷⁵ informatie heeft verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden ten aanzien van de rechten van de consument, in dit geval het recht van ontbinding bij een overeenkomst op afstand, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst kon nemen

⁷² VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53.

⁷³ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 30.

⁷⁴ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 39.

⁷⁵ VvA selectie e-mails uit mailbox customerservice@tom-bv.com, dossierstuk 52, bijlage 1 en VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 96.

Besluit Openbaar

dat hij anders niet had genomen. TOM heeft hiermee gehandeld in strijd met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW. Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Whc. Doordat de overtreding het gevolg is van een standaard handelwijze is sprake van een structurele inbreuk en daarmee van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten als bedoeld in de Whc.

9.2 Onjuiste terugbetaling in geval van ontbinding van overeenkomsten op afstand

83. TOM handelt bij de online verkoop van haar producten aan consumenten in het kader van haar handelsactiviteit dan wel bedrijfsactiviteit en is daarmee aan te merken als handelaar als bedoeld in artikel 6:230g, eerste lid, aanhef en onder b, BW. TOM gaat met consumenten overeenkomsten aan door middel van een georganiseerd systeem voor verkoop op afstand – namelijk haar webwinkels – waarbij geen sprake is van gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van handelaar en consument. Tot en met het moment van het sluiten van de overeenkomst wordt steeds uitsluitend gebruik gemaakt van een of meer middelen voor communicatie op afstand. De overeenkomsten die TOM via haar webwinkels aangaat met consumenten worden daarmee aangemerkt als overeenkomsten op afstand in de zin van artikel 6:230g, eerste lid, aanhef en onder e, BW.
84. Op grond van artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW dient een handelaar na ontbinding van de overeenkomst overeenkomstig artikel 6:230o BW onverwijld doch uiterlijk binnen veertien dagen na de dag van ontvangst van de verklaring tot ontbinding alle van de consument ontvangen betalingen, met inbegrip van de leveringskosten, te vergoeden. Hierbij dient de handelaar gebruik te maken van hetzelfde betaalmiddel als door de consument is gebruikt ter voldoening van de voor de ontbinding op de consument rustende verbintenissen, tenzij de consument uitdrukkelijk met een ander betaalmiddel heeft ingestemd en met dien verstande dat de consument hierdoor geen kosten mag hebben.
85. Omwille van de leesbaarheid van dit besluit, zal ACM in deze paragraaf eerst beoordelen of TOM consumenten die de met haar op afstand gesloten overeenkomst overeenkomstig artikel 6:230o BW hebben ontbonden met – kort gezegd – het juiste betaalmiddel heeft terugbetaald. Daarna zal zij beoordelen of TOM consumenten tijdig en volledig heeft terugbetaald.

Terugbetaling met hetzelfde betaalmiddel

86. Indien een retourzending niet in orde werd bevonden, bijvoorbeeld omdat de klant op het retourformulier geen IBAN had vermeld, ondernam TOM geen actie richting de klant. In het geval de klant contact opnam met de klantenservice van TOM om te informeren wanneer de

Besluit Openbaar

terugbetaling zou gaan plaatsvinden, stuurde TOM de klant een waardebon toe, ongeacht het door de consument gebruikte betaalmiddel. Als de klant vervolgens aangaf geen prijs te stellen op een waardebon en zijn IBAN verstrekte, ging TOM naar eigen zeggen direct alsnog over tot terugbetaling van (een deel van) het door de klant betaalde bedrag en blokkeerde zij de eerder verstrekte waardebon.⁷⁶

87. Toezichthoudend ambtenaren van ACM hebben bij het bedrijfsbezoek aan TOM op 2 oktober 2015 onder meer een CMS-overzicht, twee overzichten van door TOM verstrekte waardebonnen en e-mailwisselingen uit de e-mailbox customerservice@tom-bv.nl verkregen, die zij hebben geanalyseerd.⁷⁷ TOM heeft de hierna genoemde aantallen die uit voormelde bestanden en analyse voortvloeien niet betwist.
88. Uit het CMS-overzicht blijkt dat TOM in de periode van 1 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015 in ieder geval 651 retouren heeft geregistreerd als "*terug in voorraad zonder credit*". Aangezien TOM in het CMS-overzicht ook bestellingen registreerde die op andere dan de door ACM vastgelegde websites waren geplaatst,⁷⁸ zijn deze door ACM in haar beoordeling meegenomen.
89. TOM heeft op 25 november 2015 desgevraagd aangegeven dat twee van de 651 bestellingen door zakelijke klanten (en dus niet door consumenten) zijn gedaan.⁷⁹ Dit betekent dat 649 van voormelde 651 geretourneerde bestellingen aldus door consumenten zijn gedaan. Deze retouren hebben betrekking op overeenkomsten die door consumenten met TOM op afstand zijn gesloten en vallen daarmee onder de reikwijdte van het onderzoek.⁸⁰ Dat TOM op de hoorzitting in tweede instantie heeft gesteld dat niet twee, maar 65 bestellingen door zakelijke klanten zijn gedaan⁸¹ is niet nader onderbouwd. Hierin ziet ACM geen aanleiding om het voormelde aantal bij te stellen.
90. Uit het CMS-overzicht blijkt voorts dat het betaalmiddel dat de consument heeft gebruikt om de bestelling te betalen in geen van de 649 gevallen een waardebon was. In ieder geval ten

⁷⁶ Zie par. 6.1.2 en 6.2 van dit besluit; VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 2 en 3 en bijlage 8, p. 3, 4, 7 en 14; VvA onderzoek bij klantenservice d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 28, p. 1 en 2.

⁷⁷ Zie m. 15.

⁷⁸ Zie hoofdstuk 3, 5 en 6 van dit besluit.

⁷⁹ Beantwoording informatieverzoek 2015206852, dossierstuk 47, bijlage "Lijst terug in voorraad zonder credit aangevuld T.O.M. bv 25-11-2015.xlsx".

⁸⁰ De betalingen zijn immers veelal gedaan via iDEAL.

⁸¹ Hoorzittingsverslag, p. 10; Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, productie 11.

Besluit Openbaar

aanzien van 409 van de 649 retouren is in CMS als reden voor het niet opmaken van een creditnota “geen bankrekeningnummer aangegeven”, al dan niet in combinatie met “retourformulier: ruiling ontbreekt” en/of “factuur ontbreekt” aangevinkt. Volgens het CMS-overzicht heeft TOM 330 van voormelde 409 retouren⁸² ontvangen binnen zestien dagen na het plaatsen van de bestelling door de consument. Uitgaande van één dag tussen plaatsing van de bestelling en de ontvangst ervan door de consument,⁸³ en één dag tussen de retourzending van de bestelling en de ontvangst ervan door TOM, zijn de overeenkomsten op afstand ten aanzien van voormelde 330 bestellingen tijdig – namelijk binnen veertien dagen na ontvangst van de producten door de consument – ontbonden. Bij deze 330 retouren heeft TOM in CMS niet (ook) “retourformulier ontbreekt” als reden aangevinkt. ACM stelt daarmee vast dat bij deze retouren steeds een retourformulier of andere ondubbelzinnige verklaring was bijgevoegd, waarmee de consumenten overeenkomstig artikel 6:230o BW hun overeenkomst met TOM hebben ontbonden. TOM heeft voormelde 330 retouren desondanks afgekeurd.⁸⁴

91. Uit de analyse die toezichthoudend ambtenaren van ACM van het bij TOM meegenomen digitale materiaal hebben gemaakt⁸⁵ blijkt dat TOM ten aanzien van 185 van voormelde 330 geretourneerde bestellingen⁸⁶ – in ieder geval in eerste instantie – de consument heeft terugbetaald door middel van het verstrekken van een waardebon, terwijl deze niet met een waardebon had betaald.⁸⁷ Hiermee handelde TOM in strijd met artikel 6:230r, tweede lid, BW.
92. Het betoog van TOM dat de waardebon ertoe diende om klanten direct schadeloos te stellen en zij klanten die daarom vroegen – in 2014 en 2015 waren dit er in totaal 639 – alsnog per bank terugbetaalde,⁸⁸ kan niet slagen. Uit de wet volgt immers dat een handelaar bij de terugbetaling (direct) gebruik dient te maken van hetzelfde betaalmiddel als door de consument bij de betaling van de bestelling is gebruikt. De wet biedt geen ruimte voor terugbetaling met een

⁸² In het onderzoeksrapport wordt gesproken over 340 in plaats van 330 retouren die binnen zestien dagen na bestelling door TOM zijn ontvangen. ACM heeft tien van de 340 bestellingen zekerheidshalve buiten beschouwing gelaten.

⁸³ Op schermafdrukken van de website van TOM valt te zien dat producten op zijn vroegst de dag na plaatsing van de bestelling worden verzonden dan wel kunnen worden afgehaald op een afhaalpunt. Zie Vastlegging websites 17, 24 en 31 augustus 2015, dossierstuk 45, bijlagen 2 t/m 4.

⁸⁴ VvA bedrijfsbezoek d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 27, bijgevoegde CD, bijlage “overzicht_2.csv” bij Digitaal\Mail [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1]\overzicht retouren 2.msg; VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 3 en bijlage 4.

⁸⁵ Zie m. 15.

⁸⁶ In het onderzoeksrapport wordt gesproken over 191 in plaats van 185 tijdig geretourneerde bestellingen ten aanzien waarvan TOM aan de consument een waardebon heeft uitgekeerd, terwijl deze niet met een waardebon had betaald. ACM heeft zes van de 191 bestellingen zekerheidshalve buiten beschouwing gelaten.

⁸⁷ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, p. 1 t/m 4 en bijlage 98.

⁸⁸ Hoorzittingsverslag, p. 10 en 13; Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, productie 9 en 22.

Besluit Openbaar

33/60

ander betaalmiddel, tenzij de consument uitdrukkelijk met een ander betaalmiddel heeft ingestemd. Uit het CMS-overzicht en de overzichten van verstrekte waardebonnen blijkt deze uitdrukkelijke instemming niet. Dat een deel van voormelde 185 verstrekte waardebonnen is gebruikt, maakt niet dat de desbetreffende consumenten uitdrukkelijk hebben ingestemd met terugbetaling door middel van een ander betaalmiddel. Dat consumenten veelal eieren voor hun geld kiezen valt ook terug te zien in een melding van een consument bij ConsuWijzer. In een telefonische verklaring aan een toezichthoudend ambtenaar van ACM gaf deze consument desgevraagd aan dat hij uiteindelijk geen geld heeft ontvangen omdat TOM bleef volharden in het standpunt dat de consument op het retourformulier zijn IBAN had moeten invullen. De consument heeft er daarom uiteindelijk voor gekozen om gebruik te maken van de toegestuurde waardebon, terwijl hij veel liever geld had teruggekregen.⁸⁹

93. Uit de bekeken e-mailwisselingen valt evenmin op te maken dat consumenten met de waardebon als (terug)betaalmiddel hadden ingestemd. Veel consumenten laten per e-mail aan TOM blijken verbaasd te zijn over het feit dat TOM een waardebon verstrekt en verzoeken TOM om alsnog per bank terug te betalen. Zo meldt een consument: “De moeite die jullie nemen om mij een waardebon te sturen hadden jullie ook kunnen gebruiken om te melden dat ik geen rekeningnummer had ingevuld en dit graag hadden willen ontvangen dat is nou eens service. [...] Het ontbreken van het rekeningnummer is geen reden om ons maar een waardebon te geven. Op het formulier heb ik ook nergens aangekruist dat ik een waardebon zou willen ontvangen.”⁹⁰ Een andere consument e-mailt TOM het volgende: “Ik wil geen waardebon, ik wil mijn geld terug. Ik heb waardebon ook niet aangegeven op het retourformulier. Ik wil u wijzen op uw eigen voorwaarden. Hierin staat beschreven dat binnen 14 dagen het geld (hetzelfde betaalmiddel) wordt teruggestort.”⁹¹
94. Volgens TOM stuurde zij de consument een waardebon toe omdat zij van ACM op het retourformulier niet naar het IBAN van de consument mocht vragen waardoor zij niet tot terugbetaling kon overgaan. Zij was niet op de hoogte van de mogelijkheid om klanten geautomatiseerd terug te betalen via haar betaaldienstverlener en is hierover door ACM niet goed voorgelicht. Uit een Verslag van Ambtshandelingen blijkt dat toezichthoudend ambtenaren van ACM TOM op 3 oktober 2014 erop hebben gewezen dat het retourformulier van TOM een aantal verplichte velden bevat die niet op het modelformulier voor ontbinding als bedoeld in bijlage I deel B van de Richtlijn consumentenrechten⁹² staan, waarmee het retourformulier niet in lijn is met Europese regelgeving. In reactie op het voorstel van TOM om deze velden als

⁸⁹ Toezending verklaring consument: [CONSUMENT 1], dossierstuk 22.

⁹⁰ VvA analyse digitaal materiaal d.d. 28 december 2015, dossierstuk 53, bijlage 12.

⁹¹ VvA analyse digitaal materiaal d.d. 28 december 2015, dossierstuk 53, bijlage 15.

⁹² Zie noot 59.

Besluit Openbaar

“optioneel” aan te merken hebben toezichthoudend ambtenaren van ACM aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben.⁹³ Anders dan TOM doet voorkomen heeft ACM TOM aldus nooit verboden om op het retourformulier een veld op te nemen waar de consument optioneel zijn IBAN kan invullen. TOM mocht de vermelding van het IBAN echter niet verplicht stellen.⁹⁴

95. Bovendien blijkt uit informatie die ACM heeft verkregen van Currence⁹⁵, Betaalvereniging Nederland⁹⁶ en [Vertrouwelijk], de betaaldienstverlener van TOM, dat het niet verstrekken van het IBAN door de consument niet aan terugbetaling in de weg hoeft te staan. Ondernemers die gebruik maken van diensten van een betaaldienstverlener kunnen volgens Currence en Betaalvereniging Nederland de rekeninginformatie bij de betaaldienstverlener opvragen.⁹⁷ [Vertrouwelijk] heeft dit bevestigd; zij biedt haar klanten een eenvoudige en kosteloze optie om altijd inzage te verkrijgen in het IBAN van de consumenten die met iDEAL hebben betaald.⁹⁸ Uit de informatie van Currence en Betaalvereniging Nederland volgt bovendien dat betaaldienstverleners vaak de mogelijkheid bieden om betalingen die een webwinkel via de betaaldienstverlener heeft ontvangen, na retournering via diezelfde route te laten terugbetalen.⁹⁹
96. TOM voert aan dat zij naar aanleiding van het bedrijfsbezoek op 2 oktober 2015 direct contact heeft opgenomen met haar servicepartner [Vertrouwelijk], die op haar beurt overleg heeft gepleegd met betaaldienstverlener [Vertrouwelijk]. TOM heeft ACM per e-mail van 5 oktober 2015 bericht dat zij haar automatisering heeft aangepast.¹⁰⁰ Op de hoorzitting heeft TOM desgevraagd bevestigd dat zij sindsdien (dus sinds begin oktober 2015) consumenten geautomatiseerd terugbetaalt via haar betaaldienstverlener.¹⁰¹ Dat TOM, zoals zij stelt, niet eerder bekend was met de mogelijkheid om terugbetaling aan klanten via haar betaaldienstverlener te automatiseren is een omstandigheid die voor haar rekening en risico hoort te blijven. TOM heeft als professioneel handelaar een eigen verantwoordelijkheid om de consumentenregels in acht te nemen en haar werkprocessen en systemen hierop in te richten. Het had dan ook op haar weg gelegen om bij haar servicepartner [Vertrouwelijk] dan wel

34/60

⁹³ Verslag van opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage I, p. 2.

⁹⁴ Zie ook par. 11.2 van dit besluit.

⁹⁵ Currence is de eigenaar van de nationale betaalproducten waaronder iDEAL.

⁹⁶ Currence heeft de werkzaamheden ten behoeve van haar merken en producten uitbesteed aan Betaalvereniging Nederland.

⁹⁷ Telefoonnotitie Currence over iDeal, dossierstuk 24; Retourbetalingen met iDeal, dossierstuk 43.

⁹⁸ Telefoonnotitie [Vertrouwelijk], dossierstuk 25.

⁹⁹ Zie noot 97 en 98.

¹⁰⁰ Reactie op bedrijfsbezoek, dossierstuk 32.

¹⁰¹ Hoorzittingsverslag, p. 15 en 16.

Besluit Openbaar

betaaldienstverlener [Vertrouwelijk] te informeren hoe zij consumenten kon terugbetalen als zij niet in het bezit was van de IBAN's van die consumenten.

97. TOM stelt voorts dat zij in 79,95% van de door ACM in kaart gebrachte gevallen tot terugbetaling is overgegaan. Volgens haar is ACM in haar onderzoek hieraan volledig voorbij gegaan.¹⁰² TOM heeft deze stelling niet nader onderbouwd en de stelling kan reeds daarom niet slagen. Tevens heeft TOM op de hoorzitting verwezen naar wat zij noemt "bewijsstuk C".¹⁰³ Voor zover TOM met voormelde stelling en verwijzing heeft beoogd te betogen dat zij in 2015 in veel gevallen alsnog tot uitbetaling per bank is overgegaan, doet dit geen afbreuk aan het feit dat TOM in eerste instantie niet heeft terugbetaald met hetzelfde betaalmiddel als door de consument is gebruikt.
98. Ook uit de informatie die ACM van de Consumentenbond heeft verkregen blijkt dat wanneer er werd gevraagd wanneer TOM zou terugbetalen, TOM een waardebon toestuurde, terwijl niet met een waardebon was betaald en evenmin was ingestemd met terugbetaling via dit betaalmiddel.¹⁰⁴
99. Voor zover TOM met de overige op de hoorzitting genoemde percentages¹⁰⁵ heeft beoogd te betogen dat handhaving niet proportioneel is omdat de terugbetaling slechts in een zeer klein aantal gevallen niet met het juiste betaalmiddel heeft plaatsgevonden, volgt ACM dit betoog evenmin. TOM hanteerde gedurende de periode van overtreding het beleid om retourzendingen waarbij geen IBAN was vermeld af te keuren en de desbetreffende consumenten daarover niet te informeren. Consumenten die vervolgens informeerden wanneer zij een terugbetaling konden verwachten, ontvingen van TOM een waardebon in plaats van een terugbetaling met – kort gezegd – het juiste betaalmiddel.¹⁰⁶ Gelet op dit beleid kan worden gesproken van een structurele inbreuk op de collectieve belangen van consumenten als bedoeld in de Whc.
100. Gelet op het vorenstaande komt ACM tot de conclusie dat TOM op grote schaal consumenten die hun overeenkomst op afstand met TOM overeenkomstig artikel 6:230o BW hebben ontbonden, heeft terugbetaald door middel van een waardebon, terwijl deze consumenten niet

35/60

¹⁰² Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, productie 15. Tijdens de hoorzitting noemde TOM een percentage van 80%, zie Hoorzittingsverslag, p. 11.

¹⁰³ Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 is overgelegd.

¹⁰⁴ VvA Informatie ontvangen van de Consumentenbond, dossierstuk 54; Retourzendingen onderzoek, dossierstuk 9.

¹⁰⁵ Zo stelt TOM onder andere dat op jaarbasis bij 0,19% van alle bestellingen ten onrechte is terugbetaald middels een waardebon. Zie Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, productie 13; Hoorzittingsverslag, p. 11.

¹⁰⁶ Zie par. 6.1.2 en 6.2 van dit besluit.

Besluit Openbaar

met een waardebon hadden betaald en evenmin met dit betaalmiddel hadden ingestemd. TOM heeft hiermee gehandeld in strijd met artikel 6:230r, tweede lid, BW.

Tijdige terugbetaling

101. ACM heeft haar onderzoek beperkt tot de retouren die volgens TOM terug in voorraad zijn gegaan terwijl er geen creditnota is opgemaakt. TOM hanteerde het beleid om consumenten die vervolgens informeerden naar hun terugbetaling, een waardebon te verstrekken in plaats van terug te betalen met – kort gezegd – het juiste betaalmiddel. Voor de beoordeling van de tijdigheid van de terugbetalingen door TOM heeft ACM daarom bekeken of TOM de 185 waardebonnen die TOM in dat kader heeft verstrekt¹⁰⁷, tijdig – dus binnen veertien dagen na de dag van ontvangst van de verklaring tot ontbinding – heeft verstrekt.¹⁰⁸
102. Uit de analyse die toezichhoudend ambtenaren van ACM hebben gemaakt¹⁰⁹ blijkt dat TOM 91 van voormelde 185 waardebonnen¹¹⁰ later dan veertien dagen na de ontvangst van de retourzending heeft verstrekt.¹¹¹ TOM betaalde in voormelde 91 gevallen de van de consument ontvangen betalingen aldus niet tijdig terug. Hiermee handelde TOM in strijd met artikel 6:230r, eerste lid, BW. Gelet op het grote aantal gevallen waarin TOM niet tijdig terugbetaalde, kan worden gesproken van een structurele inbreuk op de collectieve belangen van consumenten als bedoeld in de Whc.
103. TOM heeft op de hoorzitting verwezen naar wat zij noemt “bewijsstuk C”, een lijst met terugbetalingen over 2015.¹¹² Voor zover TOM hiermee heeft beoogd te betogen dat er ook consumenten zijn die wel tijdig zijn terugbetaald, doet dit geen afbreuk aan het feit dat TOM in ieder geval in voormelde 91 gevallen niet binnen de wettelijk voorgeschreven termijn van veertien dagen heeft terugbetaald.
104. Gelet op het vorenstaande komt ACM tot de conclusie dat de terugbetaling door TOM in de vorm van een waardebon, in groten getale niet heeft plaatsgevonden binnen de wettelijk

36/60

¹⁰⁷ Zie rn. 91 van dit besluit.

¹⁰⁸ Hierbij is gekeken naar de datum waarop de bestelling - inclusief retourformulier of andere ondubbelzinnige ontbindingsverklaring - door TOM retour is ontvangen en de datum waarop de waardebon is uitgegeven.

¹⁰⁹ Zie rn. 15.

¹¹⁰ In het onderzoeksrapport wordt gesproken over 94 in plaats van 91 gevallen waarin TOM de consument heeft terugbetaald middels een waardebon naar aanleiding van ontbinding van de overeenkomst op afstand overeenkomstig artikel 6:230o BW en deze terugbetaling later dan veertien dagen na de ontvangst van de retourzending heeft plaatsgevonden. ACM heeft zekerheidshalve drie van de 94 gevallen buiten beschouwing gelaten.

¹¹¹ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, p. 1 t/m 4 en bijlage 98.

¹¹² Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 is overgelegd.

Besluit Openbaar

voorgeschreven termijn van veertien dagen na ontbinding. TOM handelde hiermee in strijd met artikel 6:230r, eerste lid, BW.

Volledige terugbetaling

105. TOM hanteerde gedurende de periode van overtreding het beleid om de consument bij uitoefening van het recht van ontbinding alleen de waarde van de geretourneerde artikelen te vergoeden en niet de door de consument betaalde leveringskosten, zo blijkt uit een verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1]¹¹³, de door hem getoonde creditfacturen¹¹⁴ en een e-mail die TOM na het bedrijfsbezoek aan ACM heeft gestuurd.¹¹⁵ Ook op de hoorzitting heeft [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] verklaard dat de leveringskosten niet (direct) werden vergoed door middel van de te verstrekken waardebon.¹¹⁶ TOM voerde dit beleid overigens niet enkel ten aanzien van afgekeurde retourzendingen waarbij zij overging tot terugbetaling door middel van een waardebon. Wanneer een consument zijn retourzending conform de retourprocedure van TOM had geretourneerd en TOM overging tot terugbetaling per bank, vergoedde TOM de leveringskosten evenmin.¹¹⁷
106. Dat TOM voormeld beleid voerde ziet ACM ook terug in bij TOM aangetroffen e-mailcorrespondentie. Zo meldt een consument per e-mail aan TOM: “Dat is dan helaas een fout van mij geweest, maar alsnog heb ik mijn IBAN nummer opgegeven zie mijn eerste mail. Dan nog is het bedrag van de waardebon niet gelijk aan de aankoop die ik bij jullie heb gedaan.” Hierop reageert TOM als volgt: “Wij hebben zojuist de waardebon opgehoogd met de verzendkosten. Deze is in een separate mail toegestuurd. Excuses voor het ongemak.”¹¹⁸ Een gelijksoortige reactie geeft TOM op een e-mail van een andere consument: “Ik heb de oude waardebon laten vervallen en een nieuwe waardebon ter waarde van uw totale factuur (inclusief verzendkosten) uitgekeerd. [...]”¹¹⁹ Een andere consument meldt aan TOM nadat TOM de aan hem verstrekte waardebon in een terugbetaling heeft omgezet: “Ik heb een terugbetaling van u ontvangen echter is dit een bedrag van €34,95 ipv €41,90. Gezien de bestelling volledig geretourneerd is, bent u wettelijk verplicht de door u in rekening gebrachte verzendkosten ook terug te betalen. Deze betaling zie ik dan ook graag tegemoet van u. [...]” In reactie op de vraag van de klantenservice van TOM hoe hiermee dient te worden omgegaan,

¹¹³ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlage 8, p. 22, 23, 31 t/m 35.

¹¹⁴ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlagen 6 en 7.

¹¹⁵ Reactie op bedrijfsbezoek, dossierstuk 32.

¹¹⁶ Hoorzittingsverslag, p. 10.

¹¹⁷ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlagen 6 en 7.

¹¹⁸ VvA analyse digitaal materiaal d.d. 28 december 2015, dossierstuk 53, bijlage 8.

¹¹⁹ VvA analyse digitaal materiaal d.d. 28 december 2015, dossierstuk 53, bijlage 39.

Besluit Openbaar

meldt [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] per e-mail: “Waardebon aanbieden voor openstaand bedrag zou ik eerst proberen. Bij weerstand gewoon op de betaallijst zetten + het nog te betalen bedrag. [...]”.¹²⁰

107. Ook uit de analyse die toezichthoudend ambtenaren van ACM hebben gemaakt¹²¹ volgt dat TOM in veel gevallen een waardebon heeft uitgekeerd ter waarde van het bedrag van de bestelling minus EUR 6,95, het bedrag dat TOM klanten in rekening brengt voor de levering van pakketten kleiner dan 120x60x50.¹²² Aangetroffen e-mailwisselingen die betrekking hebben op een aantal van deze gevallen bevestigen dat TOM de leveringskosten niet heeft vergoed.¹²³
108. Voormeld beleid van TOM valt eveneens terug te zien in de informatie die ACM van de Consumentenbond heeft verkregen. TOM stuurde ook hier een waardebon ter waarde van het bestelde artikel. De leveringskosten vergoedde TOM niet.¹²⁴
109. TOM voert aan dat het niet terugbetalen van de leveringskosten aan consumenten te wijten is aan een technisch mankement, dat zij direct na oktober 2015 heeft verholpen door middel van een systeemaanpassing. Tijdens de hoorzitting heeft TOM een lijst met terugbetalingen over 2015 verstrekt waaruit volgens haar blijkt dat in veel gevallen de leveringskosten waarde consument nog recht op had per bank zijn terugbetaald. Deze betalingen zijn volgens TOM ten onrechte niet meegenomen in het onderzoek van ACM.¹²⁵ ACM overweegt dat hetgeen TOM aanvoert geen afbreuk doet aan het feit dat TOM de leveringskosten – in ieder geval in eerste instantie – niet terugbetaalde.
110. ACM concludeert op basis van het voorgaande dat TOM in elk geval ten aanzien van bestellingen die volledig werden geretourneerd structureel het beleid hanteerde om de door de consument betaalde leveringskosten niet te vergoeden. Dit levert een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten als bedoeld in de Whc op. Doordat TOM de leveringskosten niet terugbetaalde, vergoedde zij niet alle door de consument gedane betalingen, terwijl zij hier wettelijk gezien wel toe verplicht was. Hierdoor handelde TOM in strijd met de verplichting als bedoeld in artikel 6:230r, eerste lid, BW.

38/60

¹²⁰ VvA selectie e-mails uit mailbox customerservice@tom-bv.com, dossierstuk 52, bijlage 6.

¹²¹ Zie rn. 15.

¹²² Vastlegging websites 17, 24 en 31 augustus 2015, dossierstuk 45, bijlagen 2 t/m 4.

¹²³ VvA analyse digitaal materiaal d.d. 28 december 2015, dossierstuk 53, bijlagen 30, 58 en 60.

¹²⁴ Retourzendingen onderzoek, dossierstuk 9; VvA Informatie ontvangen van de Consumentenbond, dossierstuk 54.

¹²⁵ Hoorzittingsverslag, p. 10; Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, productie 10, 14 en 21.

Besluit Openbaar

111. Gelet op het vorenstaande komt ACM tot de conclusie dat TOM in de periode van 14 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015 structureel in strijd heeft gehandeld met artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW, hetgeen een overtreding oplevert van artikel 8.2a Whc.

9.3 Handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding

112. Volgens artikel 6:193b, tweede lid, BW is een handelspraktijk oneerlijk indien een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding en het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. In artikel 6:193a, aanhef en onder f, BW wordt professionele toewijding gedefinieerd als het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken.
113. Uit de Memorie van Toelichting bij de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹²⁶ blijkt dat in de definitie van “professionele toewijding” twee elementen zijn opgenomen. Het eerste element is “de bijzondere vakkundigheid” en het tweede “de zorgvuldigheid”. Indien een handelaar ten aanzien van beide elementen op een normaal niveau (of hoger) functioneert, is zij professioneel toegewijd. Dit zal per geval moeten worden vastgesteld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.
114. Wat een normaal niveau van de voor de handelaar geldende professionele standaard is, kan worden beoordeeld aan de hand van verschillende feiten en omstandigheden. Daarbij kunnen ook gedragscodes relevant zijn, nu deze uiting kunnen geven aan het niveau van de professionele standaard in een bepaalde branche.
115. In dit geval is echter zo evident dat de handelspraktijk van TOM in strijd is met de vereisten van professionele toewijding dat het niet nodig is om de professionele standaard in de branche voor webwinkels af te leiden uit een gedragscode. TOM hanteerde namelijk gedurende de pleegperiode het beleid om zelf geen actie te ondernemen bij het afkeuren van retourzendingen. Zij hanteerde een zogenaamd “piepsysteem”. Dit piepsysteem kwam er op neer dat TOM na het afkeuren van een door de consument geretourneerde bestelling vanwege het ontbreken van het IBAN die consument noch informeerde over het feit dat de retour door haar was afgekeurd, noch over de reden daarvan. TOM liet de consument in het ongewisse en

39/60

¹²⁶ Zie noot 55.

Besluit Openbaar

40/60

betaalde het door de consument betaalde bedrag niet terug. Zij kwam pas in actie als de consument zelf per e-mail contact opnam om te informeren waar zijn geld bleef.¹²⁷ Deze passieve houding van TOM acht ACM onzorgvuldig, omdat deze houding tot gevolg heeft dat consumenten die – om wat voor reden dan ook – niet “piepen”, van TOM geen geld terug ontvangen en evenmin een waardebbon krijgen toegestuurd.

116. In de optiek van ACM mag van een online handelaar, op wie na ontbinding van de overeenkomst op afstand door de consument, de terugbetalingsverplichting rust, worden verwacht dat hij zelf alles in het werk stelt om terugbetaling mogelijk te maken. Zo had TOM de bankgegevens via haar betaaldienstverlener kunnen achterhalen of het ontbrekende IBAN zelf via de e-mail bij de consument kunnen navragen. Dat dit meer werk en inzet van extra personeel behelst en de meeste consumenten toch wel reageren als zij geen geld terug krijgen, zoals door TOM tijdens het bedrijfsbezoek is verklaard,¹²⁸ is geen reden om dan maar niets te doen en af te wachten tot de consument zelf reageert. Sterker nog, TOM draait de zaak om door de verantwoordelijkheid bij de consument te leggen.¹²⁹
117. Doordat TOM de consument noch zelf informeerde over het feit dat de door de consument retour gezonden bestelling door haar was afgekeurd, noch over de reden van die afkeuring, is het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar beperkt of kon dit worden beperkt. De gemiddelde consument kon hierdoor een besluit over een overeenkomst nemen, dat hij anders – ware hij wel goed geïnformeerd over de afkeuring van zijn retourzending - niet had genomen.¹³⁰ Consumenten die niet weten dat hun retourzending is afgekeurd, kunnen daartegen immers niet protesteren.
118. Uit de analyse die toezichhoudend ambtenaren van ACM van het bij TOM meegenomen digitale materiaal hebben gemaakt, blijkt dat het gedurende de pleegperiode zou gaan om 149 gevallen, die noch een waardebbon, noch een terugbetaling hebben ontvangen. TOM heeft niet zozeer betwist dat zij de 149 consumenten die volgens het onderzoeksrapport geen contact met haar opnamen ten onrechte niet heeft geïnformeerd en terugbetaald, maar slechts verwezen naar wat zij noemt “bewijsstuk C”.¹³¹ Bewijsstuk C bevat een overzicht van 369 betalingen die TOM in het boekjaar 2015 aan consumenten heeft verricht. Daargelaten dat in

¹²⁷ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 4 e.v.

¹²⁸ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 4.

¹²⁹ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 7.

¹³⁰ Volgens artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder e, BW wordt onder een besluit over een overeenkomst verstaan: een door een consument genomen besluit over de vraag of, en zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent, ongeacht of de consument overgaat tot handelen.

¹³¹ Zie de Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 is overgelegd.

Besluit Openbaar

het door TOM overgelegde overzicht niet is gespecificeerd in welke van de in het onderzoeksrapport vermelde 149 gevallen alsnog een terugbetaling is verricht, constateert ACM na vergelijking met de analyse die toezichhoudend ambtenaren van ACM hebben gemaakt van de digitale gegevens die zij bij het bedrijfsbezoek aan TOM heeft meegenomen, dat gedurende de pleegperiode in elk geval meer dan 130 gevallen resteren waarin geen terugbetaling (in geld noch in waardebonnen) heeft plaatsgevonden. Doordat de retour gezonden bestellingen terug in voorraad gingen zonder dat de door de consument gedane betalingen werden gecrediteerd, kan het niet anders zijn dan dat TOM hiervan financieel heeft geprofiteerd.

119. Gelet op het vorenstaande komt ACM tot de conclusie dat TOM in elk geval in de periode van 1 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015 structureel heeft gehandeld in strijd met de vereisten van professionele toewijding. Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW.

10. Overtreders

10.1 TOM

120. TOM is handelaar in de zin van artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder b, BW. TOM dient op grond van artikel 8.8 Whc de bepalingen van Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 BW (artikel 6:193a tot en met artikel 6:193j BW) in acht te nemen.¹³² Daarnaast is TOM handelaar in de zin van artikel 6:230g, eerste lid, aanhef en onder b, BW. TOM dient op grond van artikel 8.2a Whc Titel 5 van Boek 6 BW (artikel 6:230g tot en met artikel 6:230z BW) in acht te nemen.
121. TOM is bij haar praktijk, waaronder het sluiten van overeenkomsten op afstand, verantwoordelijk voor de naleving van deze consumentenwetgeving. TOM is gezien het bovenstaande aan te merken als overtreder van de in hoofdstuk 9 vastgestelde overtredingen.

10.2 Feitelijk leidinggevers

10.2.1 Juridisch kader

122. Artikel 5:1, derde lid, Awb luidt:

“Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.”

¹³² Zie par. 9.1 van dit besluit.

Besluit Openbaar

123. Artikel 51, tweede lid, Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) luidt:

“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.”

124. Een feitelijk leidinggever is degene die, al dan niet op grond van een formele dienstbetrekking, feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over de gedraging van de rechtspersoon.¹³³

125. Een natuurlijke persoon kan beboetbaar leidinggeven aan een overtreding van een rechtspersoon door actieve gedragingen, als hij de overtreding bevordert door middel van handelen, alsook door passieve gedragingen, waarbij de natuurlijke persoon de overtreding doet bevorderen door nalaten.¹³⁴

126. Uit de jurisprudentie volgen minimumcriteria wanneer in ieder geval sprake is van feitelijk leiding geven in de zin van artikel 51, tweede lid, Sr:

“Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.”¹³⁵

127. De verplichting om maatregelen te nemen ter voorkoming van een bepaalde gedraging kan op meerdere natuurlijke personen tegelijk rusten.¹³⁶ In een dergelijk geval kunnen meerdere personen aan één gedraging van de rechtspersoon leiding geven.

128. Het feitelijk leidinggeven vereist volgens vaste jurisprudentie dat sprake is van (voorwaardelijk)

¹³³ HR 16 juni 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7243, NJ 1981, 586 (*Papa Blanca*), r.o. 8.

¹³⁴ Vlg. HR 20 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:355. Zie ook: Rb. Rotterdam 16 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW6221.

¹³⁵ HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986 AC9607, NJ 1987, 321 (*Slavenburg*), r.o. 5.1.1.

¹³⁶ HR 16 juni 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7243, NJ 1981, 586 (*Papa Blanca*), r.o. 8.

Besluit Openbaar

opzet.¹³⁷ Daartoe is het in het geval van de hier geconstateerde overtredingen voldoende dat sprake is van opzet op de gedragingen van de rechtspersoon. Niet van belang is of degene die kennis heeft van de gedragingen beoogt een norm te overtreden. Een dergelijke verzwaarde vorm van opzet is niet vereist.¹³⁸

10.2.2 [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2]

129. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] is aan te merken als feitelijk leidinggever van de in hoofdstuk 9 vastgestelde overtredingen. Ten eerste verkeerde [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] ten tijde van de overtredingen in de positie waarin hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming van de gedragingen die hebben geleid tot de overtreding. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] heeft de leidinggevende functie van Chief Executive Officer (hierna: CEO) en is uit hoofde van die functie verantwoordelijk voor de handelwijze van TOM. Daaronder valt het sluiten van overeenkomsten op afstand met consumenten.¹³⁹ Aldus heeft [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] zeggenschap over de handelwijze van TOM.
130. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen. Kennis van de verboden gedragingen is voor het feitelijk leidinggeven niet vereist. In dit geval is zeker sprake van het bewuste aanvaarden van de aanmerkelijke kans. In dit geval was [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] zelfs persoonlijk op de hoogte van de gedragingen die ten grondslag liggen aan de in hoofdstuk 9 vastgestelde overtredingen. Daarnaast heeft [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] feitelijk een rol gespeeld bij de verboden gedragingen.
131. In oktober 2014 hebben toezichthoudend ambtenaren [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] er persoonlijk op gewezen dat TOM consumenten op haar websites onjuist en onvolledig informeerde over het recht van ontbinding. ACM heeft destijds aangegeven dat TOM de informatie over het recht van ontbinding op haar websites diende aanpassen opdat deze in overeenstemming zou zijn met de geldende regels. ACM heeft ook aangegeven dat TOM deze regels bij uitoefening van het recht van ontbinding ook moest gaan naleven. TOM heeft uiteindelijk aanpassingen doorgevoerd op de websites.¹⁴⁰
132. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] was op de hoogte van de feitelijk onjuiste dan wel voor de gemiddelde consument misleidende informatie over diens rechten in de zin van artikel 6:193c,

¹³⁷ HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP4584 (*SE Fireworks*), r.o. 7.5 en 7.6. Zie ook: HR 12 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2149, *RvdW* 2010, 168, r.o. 2.5.

¹³⁸ HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314 (*Kleurloos opzet*), bevestigd in HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 544, r.o. 3.3.

¹³⁹ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage I, p. 1.

¹⁴⁰ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage I, Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage R.

Besluit Openbaar

eerste lid, aanhef en onder g, BW zoals vastgesteld in paragraaf 9.1. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] gaf op 2 juli 2015 aan de klantenservice de opdracht om de zin “uw retourzending is hiermee definitief verwerkt en het is niet meer mogelijk hier een wijziging in aan te brengen” uit standaard e-mail 1 te verwijderen.¹⁴¹ Een medewerker van de klantenservice antwoordde vervolgens dat hij ook de vervolmail (standaard e-mail 2) had aangepast aangezien daar een vergelijkbare regel in stond.¹⁴²

133. Bovendien was [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] op de hoogte van de praktijk om bij ontbinding niet terug te betalen met hetzelfde betaalmiddel in de zin van artikel 6:230r BW zoals vastgesteld in paragraaf 9.2 en van het “piepsysteem” waarmee TOM in strijd handelde met artikel 6:193b, tweede lid, BW zoals vastgesteld in paragraaf 9.3. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] verrichtte de terugbetalingen en bepaalde het beleid hieromtrent.¹⁴³ [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] ging in de meeste gevallen over tot uitbetaling aan de hand van een betaallijst als de consument na standaard e-mail 2 van TOM bleef aandringen op terugbetaling.¹⁴⁴ De klantenservice zette dan een betaalopdracht op een betaallijst met als omschrijving “weerstand waardebon”. De toegestuurde waardebon werd dan geblokkeerd.¹⁴⁵
134. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] was eveneens bekend met het niet automatisch terugbetalen van leveringskosten. Hij vormde het beleid hieromtrent en gaf hierover instructies. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] antwoordde op de vraag van een medewerker van de klantenservice van TOM hoe om te gaan met een consument die erop stond ook betaalde leveringskosten terugbetaald te krijgen: “Waardebon aanbieden voor openstaand bedrag zou ik eerst proberen. Bij weerstand gewoon op betaallijst zetten + het nog te betalen bedrag”.¹⁴⁶

10.2.3 [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1]

135. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] is eveneens aan te merken als feitelijk leidinggever van de in hoofdstuk 9 vastgestelde overtredingen. Ten eerste verkeerde [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] ten tijde van de overtredingen in de positie waarin hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om maatregelen te treffen ter voorkoming van de gedragingen die hebben geleid tot de overtreding. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] heeft de leidinggevende functie van Chief Product Manager (hierna: CPO) en is uit hoofde van die functie verantwoordelijk voor de handelwijze

¹⁴¹ Wijziging standaard mail, dossierstuk 36.

¹⁴² VvA onderzoek bij klantenservice d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 28, p. 2.

¹⁴³ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlage 8, p. 4 en VvA onderzoek bij klantenservice d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 28.

¹⁴⁴ Zie par. 6.2 van dit besluit.

¹⁴⁵ VvA onderzoek bij klantenservice d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 28, p. 2.

¹⁴⁶ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 6.

Besluit Openbaar

van TOM waaronder het sluiten van overeenkomsten op afstand met consumenten.¹⁴⁷ Aldus heeft [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] zeggenschap over de handelwijze van TOM.

136. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen. In dit geval is zeker sprake van het bewuste aanvaarden van de aanmerkelijke kans. In dit geval was [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] zelfs persoonlijk op de hoogte van de gedragingen die ten grondslag liggen aan de in hoofdstuk 9 vastgestelde overtredingen. Daarnaast heeft [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] feitelijk een rol gespeeld bij de verboden gedragingen.
137. In oktober 2014 hebben toezichhoudend ambtenaren [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] er persoonlijk op gewezen dat TOM consumenten op haar websites onjuist en onvolledig informeerde over het recht van ontbinding. ACM heeft destijds aangegeven dat TOM de informatie over het recht van ontbinding op haar websites moest aanpassen opdat deze in overeenstemming zou zijn met de geldende regels en deze regels ook bij uitoefening van het recht van ontbinding gaat naleven. TOM heeft aanpassingen doorgevoerd op de websites.¹⁴⁸
138. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] was op de hoogte van het feitelijk onjuist informeren dan wel (kunnen) misleiden van de consument over diens rechten in de zin van artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW zoals vastgesteld in paragraaf 9.1. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] geeft aan dat in het geval een consument de overeenkomst op afstand heeft ontbonden, maar zijn IBAN niet heeft doorgegeven, TOM wachtte op de reactie van de consument.¹⁴⁹ TOM reageerde dan volgens [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] als volgt: “[...] helaas heeft u het formulier niet goed ingevuld. Wij hebben uw bankgegevens niet...Als u, u krijgt op voorhand krijgt u al een waardebon.”¹⁵⁰ Daaruit blijkt bovendien dat [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] op de hoogte was van de praktijk om bij ontbinding niet terug te betalen met hetzelfde betaalmiddel in de zin van artikel 6:230r BW zoals vastgesteld in paragraaf 9.2. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] was bovendien op de hoogte van het feit dat er e-mails verstuurd zijn waarin werd aangegeven dat de retour definitief was afgehandeld.¹⁵¹
139. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] was tevens op de hoogte van het “piepsysteem” waarmee TOM in strijd handelt met artikel 6:193b, tweede lid, BW zoals vastgesteld in paragraaf 9.3.

¹⁴⁷ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage I, p. 1.

¹⁴⁸ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage I, Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage R.

¹⁴⁹ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlage 8, p. 4.

¹⁵⁰ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlage 8, p. 16.

¹⁵¹ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlage 8, p. 4.

Besluit Openbaar

46/60

[FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] is namelijk bekend met de wijze van toepassing van de regels voor terugbetaling na ontbinding binnen TOM, daar hij onder andere verantwoordelijk is voor de afhandeling van retouren. Hij heeft dit persoonlijk op zich genomen nadat ACM in 2014 TOM heeft bezocht.¹⁵² Hij beoordeelt alle retourzendingen persoonlijk en registreert de afhandeling in CMS.¹⁵³ [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] antwoordde als volgt op de vraag waarom TOM op het moment dat een klant geen IBAN heeft vermeld op een retourformulier, niet aan de klant om dit IBAN vraagt: “Ja dat is nog meer werk voor ons. Dan zouden wij nog meer moeten gaan doen en wij wachten gewoon af tot, elke klant, tenminste de meeste klanten die reageren wel als ze iets teruggestuurd hebben en ze zien het geld niet.”¹⁵⁴

140. De keuze om een “piepsysteem” te hanteren was dus een bewuste. Het niet automatisch terugbetalen van leveringskosten was bij [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] ook bekend. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] heeft verklaard dat hij er vrijwel zeker van is dat TOM bij een retour in principe alleen de waarde van de geretourneerde artikelen vergoedt, en niet de door de consument betaalde leveringskosten. Deze praktijk is door de toezichthoudend ambtenaren van ACM ter plaatse geverifieerd en bevestigd en als overtreding vastgesteld in paragraaf 9.2.¹⁵⁵

10.2.4 Conclusie ten aanzien van de feitelijk leidinggevers

141. Uit het voorgaande blijkt dat [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] als CEO en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] als CPO ten tijde van de overtredingen leidinggevende posities hadden binnen TOM. Zij waren verantwoordelijk voor het beleid dat de overtredingen bewerkstelligde. Zij hebben, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, het treffen van maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege gelaten en hebben aldus bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de beboetbare gedragingen zich zouden voordoen. Beiden hadden zelfs een actieve rol in de verboden gedragingen. Zowel [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] als [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] hebben daarom feitelijk leiding gegeven aan de gedragingen van TOM die in dit besluit zijn aangemerkt als overtredingen in de zin van artikel 5:1, derde lid, Awb juncto artikel 51, tweede lid, onder 2°, Sr.

¹⁵² VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 1.

¹⁵³ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 2 en bijlage 8, p. 3.

¹⁵⁴ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlage 8, p. 6. Het niet automatisch contact opnemen is door [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] bevestigd op de hoorzitting, p. 5.

¹⁵⁵ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, bijlagen 6, 7 en 8, p.22, 23, 31-34. Ter plekke zijn er creditnota's bekeken van bestellingen die in zijn geheel zijn ontbonden. Daaruit bleek dat de leveringskosten in dat geval niet werden terugbetaald.

11. Boetes

11.1 Beboeting door ACM

142. Op grond van artikel 2.9 Whc kan ACM aan TOM voor een geconstateerde inbreuk een bestuurlijke boete opleggen. Deze boete bedraagt blijkens artikel 2.15 Whc ten hoogste EUR 450.000. Op grond van artikel 12n, derde lid, Instellingswet Autoriteit Consument en Markt¹⁵⁶(hierna: Instellingswet ACM) kan ACM, met toepassing van artikel 5:1, derde lid, Awb juncto artikel 51, tweede lid, onder 2, Sr, tevens een bestuurlijke boete opleggen aan feitelijk leidinggevers van ten hoogste EUR 450.000 per overtreding.
143. Bij het vaststellen van de hoogte van een op te leggen boete wordt – op grond van artikel 5:41 en 5:46 Awb – de verwijtbaarheid van de overtreder, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd betrokken. Voorts moet het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht genomen worden.
144. Op 1 augustus 2014 is de Boetebeleidsregel ACM 2014 (hierna: Boetebeleidsregel) in werking getreden.¹⁵⁷De Boetebeleidsregel bevat nadere regels voor de wijze waarop ACM invulling geeft aan haar bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen. De algemene doelstelling bij het vaststellen van de hoogte van de boete is dat de boete evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding. Voorts hanteert ACM het uitgangspunt dat de op te leggen boete voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder als voor (potentiële) andere overtreders.
145. ACM hanteert binnen de maximale boetes verschillende boetecategorieën, die oplopen in ernst. Volgens de Toelichting op de Boetebeleidsregel is bij de indeling in een boetecategorie aansluiting gezocht bij het belang dat wordt beschermd door de desbetreffende wettelijke bepaling, in relatie tot de wet waarvan deze deel uitmaakt. Naarmate aan dit belang een groter gewicht moet worden toegekend, is bij overtreding van de wettelijke bepaling die dit belang beschermt, een hogere boete gerechtvaardigd.¹⁵⁸ Dit maakt passende beboeting mogelijk.
146. ACM zal allereerst op grond van artikel 2.7, eerste en tweede lid, Boetebeleidsregel ACM de basisboete vaststellen binnen de bandbreedte van de boetecategorie waarin de overtreden

¹⁵⁶ Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), *Stb.* 2013, 102.

¹⁵⁷ Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), *Stcrt.* 2014, 19776. De Boetebeleidsregel 2014 is van toepassing op overtredingen waarvoor rapport is opgemaakt vanaf 1 augustus 2014

¹⁵⁸ Boetebeleidsregel ACM 2014.

Besluit Openbaar

norm is ingedeeld.

147. De in onderhavig besluit geconstateerde overtredingen zijn volgens de Bijlage 2 bij de Boetebeleidsregel ingedeeld in boetecategorie III. ACM stelt daarom de basisboete van deze overtredingen vast binnen de op grond van artikel 2.7 Boetebeleidsregel aan boetecategorie III verbonden boetebandbreedte tussen EUR 100.000 en EUR 300.000.
148. ACM stelt op grond van artikel 2.2 Boetebeleidsregel de basisboete in ieder geval aan de hand van drie verschillende factoren binnen de bandbreedte vast, te weten: de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en de duur van de overtreding.
149. Na vaststelling van de basisboete beoordeelt ACM of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden op grond van artikel 2.8, eerste lid, Boetebeleidsregel. In artikel 2.9 en 2.10 Boetebeleidsregel staan omstandigheden die in ieder geval gelden als boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden. Ten slotte toetst ACM de evenredigheid van de op te leggen boetes.

11.2 Verwijtbaarheid

150. Uit artikel 5:46 Awb volgt dat ACM bij het vaststellen van de boete de hoogte daarvan dient af te stemmen op de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten.

11.2.1 TOM

151. In het onderhavige besluit komt een beeld naar voren van een bedrijf dat het recht van consumenten op ontbinding van de op afstand gesloten overeenkomst bewust niet respecteert.
152. De hiervoor in paragraaf 9.1, 9.2 en 9.3 geconstateerde overtredingen van de artikelen 8.2a en 8.8 Whc zijn begaan binnen de invloedssfeer en normale bedrijfsvoering van TOM. TOM heeft bewust de keuze gemaakt haar bedrijfsvoering op een bepaalde wijze in te richten. ACM is van oordeel dat deze overtredingen haar daardoor ten volle kunnen worden verweten.
153. Van TOM mag als professionele marktpartij worden verwacht dat zij op de hoogte is van de geldende wettelijke regels. In dit geval is TOM bovendien door ACM op het bestaan van de nieuwe wettelijke regels gewezen en wist zij dat ACM zou gaan monitoren. Anders dan TOM meent, rust op ACM geen waarschuwingplicht.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Zie in dit verband ook de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 28 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW9825, rechtsoverweging 8.7 en 8.8.

Besluit Openbaar

49/60

154. TOM wist bovendien heel goed dat er sprake was van een rechtsgeldige ontbinding wanneer geen IBAN werd vermeld. Dit blijkt uit het antwoord dat TOM gaf op de vraag van ACM of er van een juiste wijze van ontbinden sprake was als het IBAN niet werd vermeld: "Het is wel een goede ontbinding, klanten kunnen wel ontbinden, maar T.O.M. kon niet terugbetalen. Dat is het punt. Ontbinden is geen punt van discussie." TOM wist daarbij van de verplichtingen die bestaan na ontbinding, waaronder terugbetalen.¹⁶⁰ Er was derhalve geen reden omde ontbinding niet te accepteren als het IBAN ontbreekt en niet over te gaan tot terugbetaling en TOM wist dit.
155. ACM heeft in 2014 aangegeven dat TOM het invullen van een aantal velden op het retourformulier niet verplicht mocht stellen, maar wel als optioneel in te vullen veld mocht weergeven.¹⁶¹ Het is TOM destijds niet verboden op het retourformulier naar het IBAN te vragen zodat niet kan worden volgehouden dat ACM TOM onjuist zou hebben geïnformeerd zoals TOM beweert.¹⁶²
156. ACM heeft in november 2014 TOM daarnaast erop gewezen dat TOM de consument moet terugbetalen met hetzelfde betaalmiddel. In de e-mail van ACM aan TOM stond: "Recent hebben we een melding van een consument ontvangen die aangeeft een tegoedbon in plaats van geld te hebben ontvangen na ontbinding van aankoop [...] Ik wijs u erop dat u de consument moet terug betalen met hetzelfde betaalmiddel, tenzij deze uitdrukkelijk heeft ingestemd met een tegoedbon."¹⁶³ Het kon bij TOM niet onbekend zijn dat het toesturen van een waardebon in het geval de consument aan de bel trok, in strijd is met de wet.
157. TOM betoogt dat zij niet op de hoogte was van het feit dat haar gedragingen verboden waren. Zij wijst erop dat zij de Consumentbond, toen deze TOM aansprak op naleving van de regelgeving, heeft doorverwezen naar ACM.¹⁶⁴ Dit betoog gaat niet op nu TOM, zoals in deze paragraaf reeds is aangegeven, als professionele marktpartij op de hoogte dient te zijn van de regelgeving en derhalve van het verboden karakter. Zij is hier bovendien niet alleen op

¹⁶⁰ Hoorzittingsverslag, p. 15.

¹⁶¹ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage I, p. 2

¹⁶² Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, toelichting bij bewijsstuk E en bewijsstuk E; zie ook VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] d.d. 2 oktober, dossierstuk 31, p. 5-8.

¹⁶³ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18, bijlage M.

¹⁶⁴ Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, productie 2; Hoorzittingsverslag, p. 6, Retourzendingen onderzoek, dossierstuk 9; VvA: bestanden ontvangen van [CONSUMENT 2], dossierstuk 23, bijlage 1.

Besluit Openbaar

gewezen door ACM zoals vermeld in randnummer 154 maar ook door goed geïnformeerde consumenten.

158. TOM was gezien de vele klachten, die zij per e-mail ontving, op de hoogte van de verboden gedragingen. TOM ontving via de e-mail ook veel klachten over haar handelwijze om geen contact met de consument op te nemen als zij een retour afkeurde wegens het ontbreken van het IBAN.¹⁶⁵ Daarnaast heeft ACM meldingen ontvangen en aan TOM doorgestuurd. Zo is TOM in 2014 reeds door ACM op consumentenmeldingen als binnengekomen bij ConsuWijzer over het niet terugbetalen met het juiste betaalmiddel gewezen en heeft ACM deze ook aan TOM gestuurd.¹⁶⁶
159. TOM heeft naar aanleiding van die klachten niet zelf onderzocht of haar handelwijze wel in overeenstemming was met de regels. Zij heeft daarmee de kans onbenut gelaten haar handelwijze aan te passen.
160. TOM handelde bovendien onzorgvuldig door geen actie te ondernemen op het moment dat zij niet beschikte over het IBAN van de consument. Op de vraag waarom TOM niet aan de consument vroeg wat zijn IBAN was op het moment dat TOM daar niet over beschikte, antwoordde [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1]: “Ja, dat is nog meer werk voor ons”.¹⁶⁷ Volgens TOM kon zij een consument die na het afkeuren van een retour contact opnam met TOM, het best compenseren door een waardebon toe te sturen.¹⁶⁸ Uit paragraaf 9.1 blijkt dat ook in het geval dat de consument contact met TOM opnam, zijn IBAN doorgaf en aangaf dat hij geld terug wilde, TOM niet overging tot terugbetaling.
161. TOM heeft daarmee niet aannemelijk gemaakt dat zij er alles aan heeft gedaan dat redelijkerwijs mogelijk was om de geconstateerde overtredingen te beëindigen en in de toekomst vergelijkbare overtredingen te voorkomen.¹⁶⁹
162. TOM voert aan dat ACM een informatieplicht heeft en zij TOM had moeten informeren, met name over de mogelijkheid dat [Vertrouwelijk] de terugbetaling voor TOM kon verzorgen zonder dat TOM over het IBAN van de consument beschikte.¹⁷⁰ De taak van ACM op het gebied van

50/60

¹⁶⁵ VvA bedrijfsbezoek d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 27, VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53 en VvA selectie e-mails uit mailbox customerservice@tom-bv.com, dossierstuk 52.

¹⁶⁶ Verslag van Opname stukken uit zaak 13.0774.29, dossierstuk 18J. TOM zou na ontbinding geen geld teruggeven, maar een waardebon.

¹⁶⁷ VvA bedrijfsbezoek in het kader van de Wet handhaving consumentenbescherming, dossierstuk 31, p. 6.

¹⁶⁸ Hoorzittingsverslag, p. 6.

¹⁶⁹ EHRM 7 oktober 1988, ECLI:NL:XX:1988:AB9983, NJ 1991/351 (*Slabiaku*).

¹⁷⁰ Hoorzittingsverslag, p. 11 en 12.

Besluit Openbaar

consumentenbescherming gaat niet zo ver dat zij adviseert op welke wijze individuele handelaren hun specifieke bedrijfsvoering zo optimaal mogelijk wetsconform kunnen inrichten met het oog op hun specifieke wensen en behoeften.

163. Als handelaar is TOM verplicht terug te betalen na ontbinding, ook al beschikt zij niet over het IBAN. Het staat TOM vrij haar betalingen op de door haar gewenste wijze te regelen mits zij zich daarbij aan het (consumenten)recht houdt. Zij heeft ervoor gekozen [Vertrouwelijk] in te schakelen, naar eigen zeggen omdat zij zelf niet de kennis over het complexe betaalverkeer in huis had,¹⁷¹ en zij geen rekeningnummers van klanten in de bestanden wenste op te slaan in verband met hackingsgevaar. Indien een handelaar niet kan voldoen aan de terugbetalingsverplichting, is het aan de handelaar om uit te zoeken op welke wijze zij hier wel aan kan voldoen.¹⁷²
164. Ook het feit dat TOM uit het contract met [Vertrouwelijk] afleidde dat [Vertrouwelijk] de rekeningnummers niet met TOM zou delen, ontslaat TOM niet van deze verplichting.¹⁷³ TOM heeft er zelf voor gekozen deze overeenkomst met deze inhoud aan te gaan. ACM merkt op dat het contract dat TOM met [Vertrouwelijk] heeft gesloten een uitzonderingsbepaling bevat voor het delen van gegevens die noodzakelijk zijn voor het uitvoeren van betalingsdiensten. Uit het hoorzittingsverslag blijkt daarnaast dat TOM aan [Vertrouwelijk] nooit de vraag heeft gesteld hoe zij consumenten het door hen betaalde bedrag moest terugbetalen als zij geen IBAN van die consument had.¹⁷⁴ In plaats daarvan rustte TOM op haar lauweren en wachtte tot de consument zelf aan de bel trok.
165. Tot slot merkt ACM op dat schuld in de zin van verwijtbaarheid in dit geval geen bestanddeel is van de overtreding. ACM hoeft de verwijtbaarheid niet te bewijzen, maar deze mag ACM veronderstellen als het daderschap vaststaat. Dit is slechts anders als de overtreder aannemelijk weet te maken dat hij al hetgeen heeft gedaan dat redelijkerwijs mogelijk was om de overtreding(en) te voorkomen.¹⁷⁵ Daar is gezien het voorgaande geen sprake van.
166. ACM concludeert dan ook dat de in hoofdstuk 9 vastgestelde overtredingen te verwijten zijn aan TOM.

¹⁷¹ Hoorzittingsverslag, p. 5, 6, 8 en 11.

¹⁷² Zie par. 9.2 van dit besluit.

¹⁷³ Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, toelichting bij en bewijsstuk D. ACM wijst erop dat er wel uitzonderingen op het niet meedelen van gegevens bestaan. TOM had [Vertrouwelijk] kunnen vragen naar de mogelijkheden.

¹⁷⁴ Hoorzittingsverslag, p. 15.

¹⁷⁵ EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991/351 (*Slabiaku*).

Besluit Openbaar

11.2.2 [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1]

167. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] verkeren zoals in paragraaf 10.2 beschreven beiden in een positie waarin zij bevoegd en redelijkerwijs gehouden waren maatregelen te treffen ter voorkoming van de gedragingen die hebben geleid tot de overtredingen.
168. ACM heeft hen persoonlijk op het bestaan van de nieuwe wettelijke regels gewezen. Zij wisten ook dat ACM de naleving hiervan zou gaan monitoren. Tegelijkertijd waren ze op de hoogte van de gedragingen en hebben zij alle twee hierbij een feitelijke rol gespeeld. Dit terwijl zij het proces ook anders hadden kunnen inrichten. Zij hebben daarmee niet al hetgeen gedaan dat redelijkerwijs mogelijk was om de overtredingen te voorkomen.
169. Gelet op hetgeen overwogen in paragraaf 10.2 komt ACM tot de conclusie dat zowel [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] als [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] ten volle kan worden verweten dat zij feitelijk leiding hebben gegeven aan de geconstateerde overtredingen van de artikelen 8.2a en 8.8 Whc begaan door TOM.

11.3 Boetetoemeting TOM

170. De in dit besluit geconstateerde overtredingen zijn in de Boetebeleidsregel ingedeeld in Boetecategorie III met een basisboete in de bandbreedte tussen EUR 100.000 en EUR 300.000. In deze paragraaf stelt ACM binnen deze bandbreedte per overtreding de basisboete vast op grond van de ernst, de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn begaan, en de duur van de overtredingen.
171. Alvorens dit te doen, bespreekt ACM hier een algemeen punt van TOM. TOM geeft wat betreft de omvang van alle overtredingen in het algemeen aan dat deze relatief gezien zeer klein is.¹⁷⁶ Dit is niet juist. TOM heeft ervoor gekozen om haar bedrijfsproces zo in te richten dat zij, in het geval zij niet beschikte over het IBAN van de consument, geen contact opnam met de consument. Door te kiezen voor deze inrichting van haar bedrijfsproces raakt zij alle consumenten die hun overeenkomst met TOM ontbonden en niet uit zichzelf hun IBAN verstrekten. Voorts gaf TOM gedurende een deel van de periode van overtreding verkeerde informatie op haar openbaar toegankelijke website(s) en in haar e-mails over de rechten van consumenten.

52/60

¹⁷⁶ Hoorzittingsverslag, p. 7, 9 en 11.

Besluit Openbaar

11.3.1 Misleidende informatie over het recht van ontbinding van de consument (artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW)

172. Bij de bepaling van de ernst van de overtredingen is allereerst relevant dat de Wet OHP de belangen van consumenten beoogt te beschermen. Oneerlijke handelspraktijken kunnen grote schade toebrengen aan individuele consumenten, maar ook aan het consumentenvertrouwen in het algemeen. Consumenten kunnen het vertrouwen verliezen in bepaalde verkoopkanalen en hun economische gedrag kan worden verstoord. Zo kan het de bereidheid van consumenten om overeenkomsten op afstand af te sluiten (waaronder die met webwinkeliers) doen afnemen, ook als het gaat om handelaren die de wettelijke bepalingen die strekken tot bescherming van de consumenten wel naleven. Daarnaast kunnen consumenten in het geheel afzien van bepaalde aankopen of diensten. Bij overtredingen betreffende oneerlijke handelspraktijken moet dan ook worden uitgegaan van boetes die in verhouding staan tot deze factoren.
173. In deze zaak gaat het steeds om het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand. Dit recht is van groot belang nu dit beoogt de informatieachterstand die de consument heeft ten opzichte van koop in een fysieke winkel te compenseren. In het bijzonder geldt voor deze zaak dat consumenten door TOM via de websites en de standaard e-mails structureel onjuiste en/of misleidende informatie omtrent hun recht van ontbinding en de daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting heeft verstrekt.
174. Vanaf ten minste 30 maart 2015 stond op de websites van TOM dat de consument zijn IBAN dient te vermelden op het retourformulier indien hij terugbetaling wenst.¹⁷⁷ Consumenten krijgen hierdoor een verkeerd beeld van hun rechten. Zo wekte TOM hiermee ten onrechte de indruk dat de consument zijn IBAN moet vermelden wil hij recht hebben op terugbetaling door TOM. Omdat de informatie op openbaar toegankelijke websites staat, kunnen in potentie veel consumenten deze informatie tot zich nemen. Het gaat hier immers om alle consumenten die deze tekst kunnen lezen en niet alleen om de consumenten die bij TOM een bestelling plaatsten. Volgens TOM waren er [VERTROUWELIJK] bestellingen per jaar.¹⁷⁸ Dat TOM aangeeft dat het maar om een relatief klein aantal consumenten gaat dan ook niet op.¹⁷⁹
175. In het geval dat de consument rechtsgeldig had ontbonden, deed TOM niets vanwege het ontbreken van het IBAN. De consument moest dan de moeite nemen om contact op te nemen met TOM. De consument zal, als hij misleidende en/of onjuiste informatie op de websites heeft

53/60

¹⁷⁷ VvA Informatie ontvangen van de Consumentenbond, dossierstuk 54, bijlage 13.

¹⁷⁸ Weerlegging van Feiten door T.O.M. B.V., als door TOM tijdens de hoorzitting van 22 maart 2016 overgelegd, productie 3.

¹⁷⁹ Hoorzittingsverslag, p. 7, 9 en 11.

Besluit Openbaar

gekregen en vervolgens van TOM niets hoort, eerder geneigd zijn de misleidende en/of onjuiste informatie als juist te aanvaarden.

176. Ook consumenten die wel tot actie overgingen en contact opnamen, ontvingen misleidende en/of onjuiste informatie in de standaard e-mails. Die consumenten werden door deze informatie afgeremd verdere actie te ondernemen. De indruk werd gewekt dat niet juist was ontbonden en dat het terugbetalen met een waardebon terugbetaling op juiste wijze zou zijn. Zelfs als de consument TOM attendeerde op de juiste toepassing van de regelgeving, verstreekte TOM nog informatie die onjuist of misleidend was.
177. Het betrof een standaardhandelwijze van TOM. Er was sprake van een beleidsmatige keuze waarbij gebruik gemaakt werd van standaard e-mails. Standaard e-mail 1 bereikte al die consumenten die hun overeenkomst met TOM wilden ontbinden maar die niet uit zichzelf hun IBAN vermeldden. De andere standaard e-mails bereikten de consumenten die ondanks de misleidende en/of onjuiste informatie volhardden in het halen van hun recht door wederom per e-mail contact op te nemen met TOM. De onjuiste en/of misleidende informatie in de standaard e-mails, al dan niet in combinatie met onjuiste dan wel misleidende informatie op de websites van TOM, konden een consument ervan weerhouden zijn recht te halen. Het staat vast dat de handelwijze van TOM er daadwerkelijk toe heeft geleid dat de consument het er vaak bij liet zitten.¹⁸⁰
178. Ten aanzien van de duur van de overtreding heeft ACM vastgesteld dat de overtredingen in ieder geval hebben plaatsgevonden in de periode 14 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015.¹⁸¹ Dit is ruim acht maanden.
179. Gelet op het voorgaande acht ACM voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW een basisboete van EUR 200.000 gepast.

11.3.2 Onjuiste terugbetaling in geval van ontbinding van overeenkomsten op afstand (artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW)

180. ACM heeft vastgesteld dat TOM niet in alle gevallen tijdig, volledig en met hetzelfde betaalmiddel heeft terugbetaald. Het niet naleven van deze wettelijke bepalingen kan schade toebrengen aan het consumentenvertrouwen.
181. Wat betreft de tijdigheid van het terugbetalen door TOM merkt ACM op, dat op het moment de consument geen contact opnam met TOM, er niets gebeurde. TOM betaalde dus in het geheel

¹⁸⁰ VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 12.

¹⁸¹ Zie par. 9.1 van dit besluit; VvA selectie e-mails uit mailbox customerservice@tom-bv.com, dossierstuk 52, bijlage 1 en VvA analyse digitaal materiaal, dossierstuk 53, bijlage 96.

Besluit Openbaar

niet. Het proces dat volgt als de consument wel contact opneemt met TOM zorgde ervoor dat TOM vaak niet tijdig terugbetaalde.

182. TOM stuurde de consument over het algemeen een waardebon als de consument contact opnam met de klantenservice om te informeren wanneer de terugbetaling zou plaatsvinden.¹⁸² Het verstrekken van de waardebon kan gezien worden als terugbetalen, zij het niet met hetzelfde betaalmiddel. Dat het tot terugbetaling komt, komt door toedoen van de consument zelf. Slechts als de consument aangaf dat TOM met het juiste betaalmiddel diende te betalen, ging TOM in sommige gevallen over tot terugbetaling met het juiste betaalmiddel.¹⁸³ Het gevolg van terugbetaling met het onjuiste betaalmiddel is dat de consument beknot wordt in zijn rechten. De consument kan immers niet meer zelf kiezen of hij genoeg neemt met een waardebon. In plaats van geld kregen consumenten een waardebon die zij alleen bij TOM kunnen gebruiken.
183. TOM betaalde de leveringskosten niet terug in het geval de gehele bestelling werd teruggestuurd. Dit geldt zowel voor die gevallen waarin TOM een waardebon verstreekte als in die gevallen waarin zij wel beschikte over een IBAN en het voor de goederen betaalde bedrag terugstortte op de rekening van de consument. Dit alles betekent dat TOM nooit volledig terugbetaalde.
184. In het onderzoek heeft ACM geconstateerd dat TOM 191 consumenten met een waardebon in plaats van geld heeft terugbetaald. Daarnaast heeft ACM vastgesteld dat TOM in 91 gevallen de waardebon niet tijdig heeft toegestuurd. Dit is een beleidsmatige keuze van TOM om haar handelspraktijk op deze wijze in te richten. Ook het niet terugbetalen van leveringskosten bij volledige terugzending van de bestelling is een onderdeel van de handelswijze. Alle consumenten die hun volledige overeenkomst met TOM hebben ontbonden worden hierdoor geschaad.
185. De consument kreeg op grond van de misleidende informatie al een onjuist beeld van zijn rechten en dit onjuiste beeld wordt door middel van het handelen van TOM zoals in deze paragraaf beschreven bevestigd.

55/60

¹⁸² Zie par. 9.2 van dit besluit. Het gaat hier om die gevallen waarin TOM de retour had afgekeurd wegens het ontbreken van een IBAN op het retourformulier en de klant contact opnam met de klantenservice om te informeren wanneer de terugbetaling zou plaatsvinden.

¹⁸³ Zie par. 9.2 van dit besluit.

Besluit Openbaar

186. Ten aanzien van de duur van de overtreding heeft ACM vastgesteld dat de overtredingen in ieder geval hebben plaatsgevonden in de periode 14 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015. Dit is ruim acht maanden.

187. Gelet op het voorgaande, acht ACM een basisboete van EUR 200.000 gepast voor de overtreding van artikel 8.2a Whc juncto artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW.

11.3.3 Handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding (artikel 6:193b, tweede lid, BW)

188. TOM liet niets van zich horen als een retour werd afgekeurd omdat zijn IBAN ontbrak. TOM bracht de consument niet op de hoogte van de afkeuring van zijn retour. De consument moest hier dus zelf achter komen. Hij moest dan zelf contact opnemen met TOM. Als TOM het IBAN van de consument nodig had om hem terug te kunnen betalen, dan had TOM zelf contact met de consument kunnen opnemen om deze te vragen naar zijn IBAN. Door geen contact op te nemen en af te wachten tot de consument zelf het initiatief nam, heeft TOM onzorgvuldig gehandeld.

189. Consumenten die niet achter hun geld aangingen, hebben hierdoor directe financiële schade ondervonden. ACM heeft geconstateerd dat TOM in elk geval in 130 gevallen op geen enkele wijze heeft terugbetaald.¹⁸⁴ In deze gevallen heeft TOM financieel geprofiteerd. In de andere onderzochte gevallen, waarin wel rechtsgeldig was ontbonden maar de retour werd afgekeurd in verband met het ontbreken van het IBAN, nam TOM evenmin uit zichzelf contact op. Dat uiteindelijk in sommige gevallen wel is terugbetaald, is te danken aan de oplettende en actieve opstelling van de consument.

190. Ten aanzien van de duur van de overtreding heeft ACM vastgesteld dat de overtreding in ieder geval heeft plaatsgevonden in de periode 14 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015. Dit is ruim acht maanden.

191. Gelet op het voorgaande, acht ACM een basisboete van EUR 225.000 gepast voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW.

11.3.4 Conclusie basisboete

192. Gelet op hetgeen in paragraaf 11.3 is overwogen, concludeert ACM dat:

- voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW een basisboete van EUR 200.000 gepast is;

¹⁸⁴ Zie par. 9.3 van dit besluit.

Besluit Openbaar

- voor de overtreding van artikel 8.2a Whc juncto artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW een basisboete van EUR 200.000 gepast is;
 - voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW een basisboete van EUR 225.000 gepast is.
- Het totaal van de basisboetes komt dan ook op EUR 625.000.

11.3.5 Boeteverhogende of verlagende omstandigheden

193. TOM stelt dat zij altijd bereid is geweest haar handelwijze aan te passen mits ACM haar op deze overtredingen had gewezen. Tijdens de hoorzitting heeft TOM aangegeven nu ook in overeenstemming met de wet te handelen.¹⁸⁵ Dit is geen omstandigheid die noopt tot matiging van de op te leggen boetes aan TOM. TOM heeft niet meer gedaan dan waar zij wettelijk toe gehouden was en heeft consumenten niet uit eigen beweging schadeloos gesteld. Gelet op het voorgaande is geen sprake van feiten of omstandigheden die ACM nopen tot matiging van de op te leggen boetes aan TOM. Van boeteverhogende omstandigheden is ook niet gebleken.

11.3.6 Evenredigheid

194. TOM heeft geen andere gegevens verstrekt dan een afschrift van de winst- en verliesrekening 2014.¹⁸⁶ Hierin ziet ACM geen aanleiding de boete bij te stellen.
195. Wel meent ACM dat de hoogte van de op te leggen boetes niet evenredig is gelet op enige samenhang tussen de geconstateerde overtredingen.. ACM zal de aan TOM op te leggen boetes dan ook matigen.

11.3.7 Conclusie ten aanzien van de boete

196. Gelet op het vorenstaande stelt ACM de aan TOM op te leggen boetes als volgt vast:
- EUR 160.000 voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW;
 - EUR 160.000 voor de overtreding van artikel 8.2a Whc juncto artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW;
 - EUR 180.000 voor de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW.

11.4 Boetetoemeting feitelijk leidinggevers

197. Volgens ACM is het gelet op het vorenstaande eveneens passend om zowel [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] als [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] ieder een boete op te leggen wegens

¹⁸⁵ Hoorzittingsverslag, p. 8.

¹⁸⁶ Hoorzittingsverslag, p. 17 en 18: [VERTROUWELIJK]; Verlenging reactietermijn feitencomplex, dossierstuk 56.

Besluit Openbaar

het feitelijk leiding geven aan die overtredingen. De boete die ACM aan een feitelijk leidinggevende kan opleggen bedraagt ten hoogste EUR 450.000.¹⁸⁷

198. Artikel 2.11 Boetebeleidsregel luidt:

“Indien de ACM een bestuurlijke boete oplegt aan een natuurlijke persoon vanwege het geven van opdracht tot een overtreding of het feitelijk leiding geven aan een overtreding, kan de ACM bij de vaststelling van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden als bedoeld in de artikelen 2.12 en 2.13, rekening houden met de mate van betrokkenheid van de natuurlijke persoon bij het plegen van de overtreding en de positie van de natuurlijke persoon binnen de marktorganisatie waarvoor hij of zij werkzaam is, dan wel werkzaam was.”

199. Ten aanzien van de hoogte van de aan de feitelijk leidinggevendenden op te leggen boetes overweegt ACM het volgende. Voor wat betreft de ernst, omstandigheden en duur van de overtredingen die zijn begaan door TOM, verwijst ACM korthedshalve naar hetgeen daaromtrent is overwogen in paragraaf 11.3.1 tot en met 11.3.5 van dit besluit. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] hebben beiden in alle pleegperiodes feitelijk leiding gegeven aan de in dit besluit vastgestelde overtredingen. Wat betreft de positie van de feitelijk leidinggevers is in paragraaf 10.2 omschreven dat zij beiden directeur zijn van TOM. Zij waren beiden op de hoogte van de verboden gedragingen en hebben daar zelfs een feitelijke rol in gespeeld.¹⁸⁸ De feitelijk leidinggevers hebben beiden een actieve rol in het geheel en wisten dan wel behoorden te weten van het verboden karakter van de gedragingen. Zij hebben niet al hetgeen gedaan dat redelijkerwijs mogelijk was om de overtredingen te voorkomen.¹⁸⁹ Ze waren daarbij dus zeer betrokken. Er zijn daarnaast geen omstandigheden gebleken die nopen tot verlaging dan wel verhoging van de boete.¹⁹⁰

200. Wat betreft de financiële situatie van [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] heeft ACM beiden ter hoorzitting in de gelegenheid gesteld om ACM hierover nader in te lichten in verband met een mogelijk op te leggen boete. Zij hebben hiervan geen gebruik gemaakt.¹⁹¹

201. Gelet op het voorgaande stelt ACM dat voor beide feitelijk leidinggevers een boete van EUR

¹⁸⁷ Artikel 12n, derde lid, van de Instellingswet ACM, luidt: “Indien de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 5:1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht toepassing geeft aan artikel 51, tweede lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht, bedraagt voor de daar bedoelde overtreder de bestuurlijke boete ten hoogste € 450.000.”

¹⁸⁸ Zie par. 10.2.2 t/m 10.2.4 van dit besluit.

¹⁸⁹ Zie par. 11.2.2 van dit besluit.

¹⁹⁰ Zie ook par. 11.3.5 van dit besluit.

¹⁹¹ Hoorzittingsverslag, p. 17 en 18.

Besluit Openbaar

125.000 gepast is. Gelet op het voorgaande legt ACM zowel [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] als [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] een boete op van EUR 125.000. Gelet op de financiële verknochtheid tussen de rechtspersoon en feitelijk leidinggevers, wil ACM voorkomen dat zij feitelijk tweemaal in hun vermogen worden geraakt. ACM stelt beide feitelijk leidinggevers dan ook ieder hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van EUR 125.000 van de boete opgelegd aan TOM.¹⁹²

11.4.1 Conclusie

202. ACM stelt, het voorgaande in aanmerking genomen,
- a. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] hoofdelijk aansprakelijk tot een bedrag van EUR 125.000 van de boetes opgelegd aan TOM;
 - b. [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] hoofdelijk aansprakelijk tot een bedrag van EUR 125.000 van de boetes opgelegd aan TOM;
- wegens het feitelijk leiding geven aan de overtreding door TOM van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, artikel 8.2a Whc juncto artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW en artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW.

59/60

¹⁹² Art. 5:1 Awb jo. art. 51, tweede lid, Sr biedt hiertoe de ruimte.

Besluit Openbaar

12. Besluit

Autoriteit Consument en Markt

- I. legt een boete van EUR 160.000 op aan T.O.M. B.V., statutair gevestigd te Bladel, wegens overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW;
- II. legt een boete van EUR 160.000 op aan T.O.M. B.V., statutair gevestigd te Bladel, wegens overtreding van artikel 8.2a Whc juncto artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW;
- III. legt een boete van EUR 180.000 op aan T.O.M. B.V., statutair gevestigd te Bladel, wegens overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, tweede lid, BW;
- IV. legt een boete op van EUR 125.000 aan [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2], geboren te [GEBORTEPLAATS], en doet dit in de vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de boetes aan T.O.M. B.V. tot een bedrag van EUR 125.000; en
- V. legt een op boete van EUR 125.000 aan [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1], geboren te [GEBORTEPLAATS], en doet dit in de vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de boetes aan T.O.M. B.V. tot een bedrag van EUR 125.000.

Dit besluit is gericht tot ieder van bovengenoemde (rechts)personen afzonderlijk.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

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

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij de Autoriteit Consument en Markt. Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

ACM wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift ACM te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door ACM worden behandeld.

60/60