

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2016/206888_OV
Zaaknummer: 16.0137.32.1.01

Datum: 24 november 2016

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar van T.O.M. B.V., [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] gericht tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 9 juni 2016, inzake boetes wegens overtredingen van de Wet handhaving consumentenbescherming en het feitelijk leidinggeven daaraan.

1 Samenvatting

1. Op 9 juni 2016 heeft de Autoriteit Consument en Markt een besluit genomen waarin aan T.O.M. B.V. boetes zijn opgelegd van in totaal EUR 500.000 wegens overtredingen van de Wet handhaving consumentenbescherming. Daarnaast heeft de Autoriteit Consument en Markt in dat besluit [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] ieder hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor EUR 125.000 van die boete omdat zij feitelijk leiding hebben gegeven aan de door T.O.M. B.V. begane overtredingen. T.O.M. B.V. en haar feitelijk leidinggevendenden hebben op 13 juli 2016 bezwaar gemaakt tegen dit besluit.
2. In dit besluit verklaart de Autoriteit Consument en Markt de bezwaren van T.O.M. B.V. en haar feitelijk leidinggevendenden ongegrond. ACM blijft van oordeel dat zij uit het door haar gedane onderzoek kon concluderen dat T.O.M. B.V. structureel consumenten heeft misleid door gedurende de periode van 14 januari 2015 tot 2 oktober 2015 onjuiste en misleidende informatie te verstrekken over het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand. Hiermee heeft zij consumenten op het verkeerde been gezet, waardoor zij een besluit over een overeenkomst namen of konden nemen, dat zij niet hadden genomen als zij hadden beschikt over de juiste informatie. De Autoriteit Consument en Markt acht dit schadelijk aangezien het vertrouwen van consumenten in online verkoop door dit soort handelspraktijken wordt geschaad.
3. Daarnaast heeft T.O.M. B.V. consumenten die hun bestelling rechtsgeldig hadden geretourneerd niet tijdig, niet volledig en niet met hetzelfde betaalmiddel terugbetaald. Ook blijft de Autoriteit Consument en Markt erbij dat het piepsysteem dat T.O.M. B.V. in de periode van overtreding hanteerde evident in strijd is met het normale niveau van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht. Voor alle vastgestelde overtredingen geldt dat zij voortvloeien uit het beleid dat T.O.M. B.V. hanteerde en dat zij schade toebrengen of kunnen toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. De Autoriteit Consument en Markt ziet in de bezwaren van T.O.M. B.V. en haar feitelijk leidinggevendenden geen aanleiding om de eerder opgelegde boetes verder te matigen.

2 Verloop van de procedure

4. Bij besluit van 9 juni 2016 (hierna: het bestreden besluit)¹ heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) boetes opgelegd aan T.O.M. B.V. (hierna TOM) ter waarde van in totaal EUR 500.000. Daarnaast heeft ACM in dit besluit [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] ieder hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor EUR 125.000 van bovengenoemde boete omdat zij feitelijk leiding hebben gegeven aan de door TOM begane overtredingen. Voor de procedure tot de datum van het bestreden besluit verwijst ACM korthedshalve naar randnummers 6 tot en met 18 van het bestreden besluit.
5. Bij besluit van 30 juni 2016² (hierna: het publicatiebesluit) heeft ACM besloten tot publicatie van het bestreden besluit.
6. Op 13 juli 2016 hebben TOM en haar feitelijk leidinggevend (hierna gezamenlijk aangeduid als: TOM) bezwaar aangetekend tegen het bestreden besluit en het publicatiebesluit.³ Bij brieven van 29 juli 2016, 19 september 2016 en 30 september 2016 heeft TOM haar bezwaargronden aangevuld.⁴ Op de bezwaren van TOM tegen het publicatiebesluit zal ACM een afzonderlijk besluit nemen. De bezwaren gericht tegen het publicatiebesluit komen in dit besluit dan ook niet aan de orde.
7. Op 14 juli 2016 heeft TOM zich gewend tot de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam (hierna: de voorzieningenrechter) met het verzoek het publicatiebesluit en het boetebesluit te schorsen.⁵
8. De voorzieningenrechter heeft de verzoeken van TOM bij uitspraak van 21 september 2016 afgewezen⁶. ACM heeft het bestreden besluit vervolgens op 27 september 2016 gepubliceerd op haar website.
9. Op 12 oktober 2016 heeft ten kantore van ACM een hoorzitting plaatsgevonden. TOM is in de gelegenheid gesteld haar bezwaren toe te lichten. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 9 november 2016⁷ aan TOM is toegezonden.

3 Het bestreden besluit

10. ACM heeft aan TOM in het bestreden besluit een boete opgelegd van in totaal EUR 500.000 wegens een aantal verschillende overtredingen. Ten eerste een structurele

¹ Besluit van 9 juni 2016 met het kenmerk: ACM/DJZ/2016/403307

² Besluit van 30 juni 2016 met het kenmerk: ACM/DJZ/2016/404167

³ Brieven van 13 juli 2016 met het kenmerk ACM/DJZ/2016/101648 en ACM/DJZ/2016/101647

⁴ Kenmerk: respectievelijk 2016101810, 2016102227 en 2016102340

⁵ Brief van 14 juli 2016 met het kenmerk: 2016101648.

⁶ De uitspraak is gepubliceerd op rechtspraak.nl onder ECLI:NL:RBROT:2016: 7231.

⁷ Brief van 9 november 2016 met het kenmerk: ACM/DJZ/2016/206589

overtreding van artikel 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) juncto artikel 6:193c eerste lid, aanhef en onder g, van het Burgerlijk Wetboek (hierna BW).

Deze overtreding heeft betrekking op de periode van 14 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015. De overtreding ziet op het feit dat TOM in deze periode informatie heeft verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden ten aanzien van het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand. Hierdoor kon de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst nemen dat hij anders niet had genomen.

11. Ten tweede heeft TOM in strijd gehandeld met artikel 6:230r, eerste en tweede lid BW, hetgeen een overtreding van artikel 8:2a Whc oplevert. Ook deze overtreding heeft betrekking op de periode van 14 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015. Zo kregen consumenten die hun bestelling retour hadden gezonden niet tijdig en niet volledig hun betaling terug. Ook betaalde TOM consumenten terug met een waardebon, terwijl deze consumenten niet met een waardebon hadden betaald en evenmin met dit betaalmiddel hadden ingestemd. Daarnaast hanteerde TOM gedurende de periode van 14 januari 2015 tot 2 oktober 2015 het beleid om de consument bij het recht van ontbinding alleen de waarde van de geretourneerde artikelen te vergoeden en niet de door consument betaalde leveringskosten.
12. Ten derde een structurele overtreding van art. 8.8 Whc juncto artikel 6:193b tweede lid BW wegens het handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding. Deze overtreding heeft eveneens betrekking op de periode van 14 januari 2015 tot en met 2 oktober 2015. TOM heeft gedurende deze periode in strijd met de vereisten van professionele toewijding gehandeld doordat zij bij het afkeuren van retourzendingen een zogenaamd “piepsysteem” hanteerde. Dit systeem kwam erop neer dat TOM na het afkeuren van een retourzending de consument niet informeerde over het feit dat de retour door haar was afgekeurd, noch over de reden daarvan. Zij liet de consument in het ongewisse en betaalde het door de consument betaalde bedrag niet terug. De gemiddelde consument kon hierdoor een besluit nemen over een overeenkomst dat hij anders, als hij wel goed geïnformeerd was over de afkeuring van zijn retourzending, niet had genomen.
13. [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] zijn in het bestreden besluit ieder hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de eerder genoemde boete tot een bedrag van EUR 125.000 wegens het feitelijk leidinggeven aan voormelde overtredingen.

4 Bezwaargronden

14. TOM heeft in bezwaar – samengevat weergegeven – het volgende aangevoerd.
15. TOM betwist - onder verwijzing naar een groot aantal bijlagen bij haar bezwaarschrift - primair de in het besluit vastgestelde overtredingen te hebben gepleegd. TOM plaatst vraagtekens bij het onderzoek zoals dat door ACM is verricht. TOM heeft in bezwaar een verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] d.d. 2 juli 2016 overgelegd,

waaruit volgens haar blijkt dat de analyse die ACM heeft gemaakt van het materiaal dat zij tijdens het bedrijfsbezoek bij TOM heeft meegenomen, onjuist is.

16. Volgens TOM heeft ACM iedere vastgestelde overtreding gebaseerd op onvoldoende geverifieerde gegevens. Daarnaast is ACM volgens TOM uitgegaan van een veel te hoog aantal geverifieerde klachten. Hierdoor zou er sprake zijn van een zorgvuldigheidsgebrek in de zin van artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en een motiveringsgebrek in de zin van artikel 7:12 Awb.
17. TOM ontkent misleidende en onjuiste informatie te hebben verstrekt over het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand en de terugbetaling die dient te volgen na ontbinding. ACM heeft de tekst van de standaard e-mails verkeerd geïnterpreteerd. De standaard e-mails moeten volgens haar worden gezien als uitleg aan consumenten met als doel om zo snel mogelijk terugbetaling met hetzelfde betaalmiddel tot stand te brengen. TOM wijst erop dat zij in de betreffende gevallen niet in het bezit was van een bankrekeningnummer van de consumenten en dat zij daarom niet per bankrekeningnummer kón terugbetalen. Volgens TOM blijkt uit de door ACM onderzochte correspondentie van/met consumenten ook niet dat consumenten misleid (kunnen) zijn geweest ten aanzien van hun recht tot ontbinding. Volgens TOM moet de gemiddelde consument worden geacht op de hoogte te zijn van de geldende consumentenregels. Tevens zien de standaard e-mails niet op het recht van ontbinding, maar op de afhandeling van de terugbetaling, aldus TOM. Daardoor is de juridische kwalificatie van de overtreding volgens TOM niet juist.
18. TOM is voorts van mening dat zij alle consumenten in de door ACM onderzochte gevallen tijdig en in het juiste betaalmiddel heeft terugbetaald. Volgens TOM staat artikel 6:230r, tweede lid, BW er niet aan in de weg om eerst een waardebon aan te bieden om zo 'in overleg te geraken met de klant'. In alle gevallen zouden consumenten ook uitdrukkelijk hebben ingestemd met een waardebon. De conclusie van ACM dat door TOM onvolledig en niet tijdig is terugbetaald, mist gezien de verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] van 2 juli 2016 dan ook feitelijke grondslag, aldus TOM. Dit is volgens TOM alleen anders bij de drie bestellingen die door of namens de Consumentenbond zijn gedaan. Deze consumenten hebben volgens TOM kennelijk bewust hun bankrekeningnummer niet opgegeven én de waardebon niet teruggezonden of daar anderszins actie tegen ondernomen. ACM heeft volgens TOM niet meer overtredingen aangetoond. Daarnaast stelt TOM dat leveringskosten slechts incidenteel niet zijn terugbetaald, het gaat hierbij volgens TOM over dezelfde drie consumenten als hierboven genoemd.
19. TOM stelt dat niet door ACM is aangetoond of aannemelijk gemaakt dat TOM het beleid voerde om bij het afkeuren van retourzendingen geen actie te ondernemen richting de consument en af te wachten of die consument zelf contact opnam met TOM. TOM is daarom van mening dat zij niet in strijd met de vereisten van professionele toewijding heeft gehandeld. Voor zover er sprake is van een of meerdere overtredingen is volgens TOM door ACM niet aangetoond dat TOM het verkrijgen van onrechtmatig voordeel heeft beoogd c.q. dat TOM daadwerkelijk onrechtmatig voordeel heeft genoten.

20. [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] erkennen dat zij feitelijk leiding hebben gegeven aan TOM.
21. Subsidiair voert TOM aan dat voor zover er al sprake is van overtredingen het gaat om incidenten. Het opleggen van een boete is niet evenredig, gelet op de informatie die ACM haar heeft gegeven over het opvragen van het IBAN, alsmede gelet op de ernst van de overtredingen.
22. Meer subsidiair meent TOM dat de boetes substantieel verlaagd moeten worden gelet op de rol van ACM bij de implementatie van de nieuwe consumentenregels, de ernst van de overtredingen, hun nauwe verwevenheid en de duur van en de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn gepleegd.
23. Ten slotte verzoekt TOM haar een vergoeding toe te kennen voor de kosten die zij in bezwaar heeft gemaakt.

5 Juridisch kader

24. Voor het juridisch kader verwijst ACM korthedshalve naar paragraaf 8 van het bestreden besluit. Daar waar nodig, gaat ACM bij de behandeling van de bezwaargronden van TOM in op de relevante wetsartikelen.

6 Overwegingen

25. ACM zal allereerst ingaan op hetgeen TOM ten aanzien van het door ACM verrichte onderzoek heeft aangevoerd.

Onderzoek door ACM en gebruik van het Excelbestand

26. Met haar stelling dat het onderzoek van ACM onzorgvuldig is, doelt TOM met name op dossierstuk 53 en dan in het bijzonder op het Excelbestand "Analyse digitaal materiaal dossier def" (hierna: het Excel-bestand).⁸ TOM heeft uiteengezet dat ACM op basis van dit Excel-bestand onjuiste conclusies heeft getrokken. Verder heeft ACM de in het Excel-bestand opgenomen gegevens onvoldoende geverifieerd en is het onderzoek niet volledig geweest doordat ACM een te beperkt aantal en bovendien onjuiste zoektermen heeft gebruikt voor het samenstellen van het Excel-bestand. Mede ten gevolge daarvan is ook de analyse van het Excelbestand niet juist. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft TOM een nadere verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] van 2 juli 2016 voorzien van nadere stukken ingebracht.⁹ Daarnaast heeft TOM op de hoorzitting bij monde van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] uiteengezet hoe het CMS-systeem werkt en de aandacht gevestigd op onjuistheden in (de samenstelling van) het Excelbestand en de analyse daarvan.

⁸ Dossierstuk 53 bevat het Verslag van ambtshandelingen "Analyse bestanden meegenomen bij bedrijfsbezoek" van 28 december 2015. Het Excelbestand bevindt zich op de daar als bijlage bijgevoegde cd-rom.

⁹ De verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] van 2 juli 2016 is als bijlage 3 bij het bezwaarschrift van 13 juli 2016 gevoegd.

27. ACM stelt voorop dat aan de vastgestelde overtredingen diverse bewijsmiddelen ten grondslag liggen. ACM heeft de website van TOM onderzocht, e-mailcorrespondentie tussen TOM en consumenten beoordeeld, verklaringen afgenomen van de voor TOM werkzame [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] en [X] en standaard e-mails bekeken. Op grond van deze bewijsmiddelen kunnen de overtredingen worden vastgesteld. ACM merkt daarbij op dat de bewijsmiddelen in hun onderlinge samenhang beschouwd een consistent beeld opleveren van de handelwijze en het beleid van TOM. Verderop in dit besluit wordt nader ingegaan op de tegen deze bewijsmiddelen ingebrachte bezwaren.
28. Naast deze bewijsmiddelen heeft ACM informatie aan de overtreding ten grondslag gelegd, die rechtstreeks afkomstig is uit het CMS-systeem. Deze informatie ziet op geretourneerde bestellingen en bevindt zich in de kolommen A tot en met M van het Excelbestand. In de kolommen N tot en met P van het Excelbestand worden door TOM aangeleverde gegevens over de aard van de bestellingen weergegeven.¹⁰ De kolommen Q tot en met AH bevatten de analyse van de gegevens betreffende de bestellingen. Voor een goed begrip van het Excelbestand moet dit worden gelezen in samenhang met het verslag van ambtshandelingen “Analyse bestanden meegenomen bij bedrijfsbezoek” van 28 december 2015.¹¹ Met de analyse in het Excelbestand wordt op het niveau van afzonderlijke geretourneerde bestellingen inzichtelijk gemaakt waartoe het beleid van TOM in de praktijk leidde. Daarnaast maakt de analyse de orde van grootte van vastgestelde overtredingen inzichtelijk. ACM heeft met de analyse niet beoogd om uitputtend precieze aantallen schendingen van de Whc in kaart te brengen. De analyse is evenmin bedoeld om uitputtende informatie te verkrijgen over het aantal gevallen waarin TOM wel in overeenstemming met de Whc handelde.
29. De bezwaren die TOM tegen de analyse in het Excelbestand inbrengt, moeten worden verworpen. ACM overweegt daartoe het volgende.
30. In zijn nadere verklaring van 2 juli 2016 filtert [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] uit de 651 in het Excelbestand opgenomen bestellingen, al die bestellingen die niet als bewijs kunnen worden gebruikt voor het vaststellen van de overtredingen. ACM heeft een dergelijke selectie ook toegepast. De selectie van ACM komt voor een deel overeen met die van TOM in de nadere verklaring. TOM heeft net als ACM bestellingen die niet door consumenten zijn gedaan, bestellingen die zijn gedaan via andere websites,¹² bestellingen die te laat zijn geretourneerd en bestellingen die zonder creditnota terug in voorraad zijn geplaatst om een andere dan voor het onderzoek relevante reden buiten beschouwing gelaten. TOM komt met de toepassing van deze selectie tot een aantal van 412 bestellingen.

¹⁰ Deze gegevens zijn door TOM aangeleverd naar aanleiding van een informatieverzoek van ACM.

¹¹ Dossierstuk 53; t.a.p. voetnoot 8.

¹² Consumenten kunnen ook via websites als www.bol.com en www.amazon.com bestellingen bij TOM plaatsen.

31. TOM stelt in de nadere verklaring van 2 juli 2016 en de uiteenzetting over het CMS-systeem op de hoorzitting¹³ evenwel dat van de 412 bestellingen er 409 niet relevant zijn voor de vaststelling van de overtredingen.¹⁴ Daartoe voert zij aan dat in die gevallen de geretourneerde bestelling niet traceerbaar was omdat deze was teruggestuurd zonder retourformulier. Om dat te bewijzen heeft TOM van de desbetreffende bestellingen uitdraaien uit het CMS-bestand overgelegd waarin als reden voor het niet verzenden van een creditnota onder meer de optie “geen retourformulier” is aangevinkt.
32. ACM volgt TOM niet in haar standpunt dat die 409 geretourneerde bestellingen niet waren voorzien van een retourformulier en daarom niet traceerbaar waren. Uit het Excelbestand kan namelijk worden opgemaakt dat bij slechts 102 geretourneerde bestellingen de optie “Retourformulier ontbreekt” is aangevinkt. Zoals hiervoor is aangegeven heeft ACM dat Excelbestand van TOM verkregen en is dat opgebouwd uit gegevens die uit het CMS-systeem van TOM afkomstig zijn. TOM heeft weliswaar in het kader van de bezwaarprocedure uitdraaien uit het CMS-systeem overgelegd waaruit blijkt dat ook voor 310 andere dan de genoemde 102 bestellingen de optie “geen retourformulier” was aangevinkt, maar zij heeft voor het verschil met de in het Excelbestand over dat punt opgenomen informatie geen overtuigende verklaring kunnen geven. Bovendien blijkt uit ander bewijsmateriaal dat in een aantal van de gevallen waarvan TOM stelt dat de retour niet traceerbaar was, er wel degelijk een retourformulier was meegezonden. ACM wijst in dit verband op beschikbare e-mailcorrespondentie tussen consumenten en TOM over geretourneerde bestellingen.¹⁵
33. TOM heeft in de verklaring op de hoorzitting ook betoogd dat de conclusies van ACM over het niet terugbetalen van de verzendkosten onjuist zijn en dat dit komt door een verkeerde invoer in het Excelbestand. ACM kan dit betoog niet volgen. De volgens TOM onjuiste in kolom E van het Excelbestand opgenomen totaalbedragen van de geheel of gedeeltelijk geretourneerde bestellingen zijn immers rechtstreeks afkomstig uit het CMS-bestand van TOM. Van een onjuiste invoer van gegevens door ACM kan dan ook geen sprake zijn. Verder wordt in het verslag van ambtshandelingen van 28 december 2015 en het Excelbestand precies aangegeven uit welke gegevens en op welke wijze ACM afleidt voor welke geretourneerde bestellingen met zekerheid kan worden vastgesteld dat de verzendkosten niet zijn vergoed. Anders dan TOM betoogt heeft ACM in dat verband vastgesteld en meegewogen of een bestelling al dan niet in zijn geheel werd geretourneerd. Verder wijst ACM erop dat uit meerdere verklaringen van de zijde van TOM en uit andere bewijsmiddelen geconcludeerd kan worden dat TOM de verzendkosten niet terugbetaalde aan de consument.¹⁶

¹³ Deze uiteenzetting is op schrift gesteld en vrijwel letterlijk voorgedragen; zie het verslag van de hoorzitting, bijlage 3.

¹⁴ De resterende drie bestellingen zijn bestellingen die de Consumentenbond heeft laten doen in het kader van een onderzoek. Op dit punt wordt in randnr. 44 hierna nader ingegaan.

¹⁵ In randnr. 47 hierna wordt hier dieper op ingegaan. In dit verband is ook de daar genoemde e-mailcorrespondentie met [CONSUMENT 1] relevant.

¹⁶ Dit komt in mr. 44 van dit besluit aan de orde .

34. Gelet op het voorgaande treffen de bezwaren van TOM tegen (het gebruik van) het Excelbestand geen doel. In het navolgende zal ACM nader ingaan op de bezwaren van TOM tegen de in het bestreden besluit vastgestelde overtredingen.

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

35. TOM ontkent kort gezegd misleidende en onjuiste informatie te hebben verstrekt over het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand en de terugbetaling die dient te volgen na ontbinding. TOM voert aan dat ACM de tekst van de verstuurd standaard e-mails verkeerd interpreteert. De standaard e-mails zien niet op het recht van ontbinding, maar op de afhandeling van de terugbetaling. De standaard e-mails moeten volgens haar worden gezien als uitleg aan consumenten met als doel om zo snel mogelijk terugbetaling met hetzelfde betaalmiddel tot stand te brengen. Uit de door ACM onderzochte e-mailcorrespondentie tussen TOM en consumenten blijkt ook niet dat die consumenten misleid zijn ten aanzien van hun recht tot ontbinding. De juridische kwalificatie van de overtreding is volgens TOM dan ook niet juist. Artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW is niet van toepassing, aldus TOM.
36. ACM stelt vast dat TOM niet betwist dat zij de betreffende e-mails heeft verstuurd en dat de tekst van die e-mails standaard was. ACM acht de tekst van deze standaard e-mails wel degelijk om meerdere redenen misleidend. Zij verwijst hiervoor allereerst naar hetgeen zij ten aanzien van de standaard e-mails heeft overwogen in randnummer 70 en verder van het bestreden besluit. Volgens ACM geven standaard e-mail 1 en standaard e-mail 2 een misleidende voorstelling van zaken. In die e-mails suggereert TOM immers dat er vormvereisten mogen worden gesteld aan een ondubbelzinnige verklaring om een overeenkomst op afstand te ontbinden en dat het te wijten is aan de wijze waarop de consument gebruik heeft gemaakt van het recht van ontbinding dat hij geen terugbetaling in geld krijgt, maar een waardebon. TOM doet het voorkomen dat de consument zijn IBAN had moeten vermelden op het retourformulier om terugbetaling in geld mogelijk te maken. Ook doet TOM het in de standaard e-mails voorkomen dat zij de consument tegemoet komt door hem op voorhand een waardebon te sturen, terwijl zij verplicht is de consument terug te betalen met hetzelfde betaalmiddel als waarmee de consument heeft betaald.
37. Daarmee wordt de consument niet op juiste wijze voorgelicht over zijn rechten als bedoeld in artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW. Het argument van TOM dat standaardmail 1 en 2 niet zien op het recht van ontbinding, maar op de afhandeling van de terugbetaling en dat om die reden geen sprake is van schending van voormeld artikel, gaat niet op. Artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW ziet op de rechten van de consument, waaronder het recht van herstel of vervanging van de afgeleverde zaak of het recht om de prijs te verminderen. De rechten van de consument omvatten ook het recht van ontbinding van een overeenkomst en het daaruit voortvloeiende recht

op terugbetaling.

38. Doordat TOM de consument niet juist informeerde over zijn recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand, kon de consument een ander besluit over een overeenkomst nemen dan hij zou hebben gedaan als hij wel goed zou zijn geïnformeerd. ACM blijft dan ook bij haar standpunt dat TOM in strijd heeft gehandeld met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder g, BW. Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Whc. De stelling van TOM dat consumenten heel goed op de hoogte zijn van hun rechten, doet niet af aan de conclusie dat TOM die consumenten onjuist heeft geïnformeerd en dat er dus sprake is van een overtreding.
39. De stelling van TOM dat de standaard e-mails waren bedoeld om bij gebreke van het IBAN van de consument zo snel mogelijk terugbetaling met hetzelfde betaalmiddel te kunnen bewerkstelligen, leidt gelet op de bewoording van de standaard e-mails niet tot een andere conclusie. Zo stond tot begin juli 2015 in standaard e-mail 1: “Uw retourzending is hiermee definitief verwerkt en het is niet meer mogelijk hier een wijziging in aan te brengen”. In standaard e-mail 2 stond de volgende zinsnede: “Daar uw retourzending reeds in onze administratie verwerkt is, kunnen wij dit helaas niet meer aanpassen”. De strekking van de tekst in de standaard e-mails is er duidelijk op gericht de consument genoeg te laten nemen met een waardebon en niet, zoals TOM stelt, om terugbetaling in geld mogelijk te maken.
40. Overigens is het niet zo – in tegenstelling tot wat TOM doet voorkomen – dat ACM haar heeft verboden om consumenten te vragen naar hun IBAN. Toezichhoudende ambtenaren van ACM hebben TOM er op 3 oktober 2014 slechts op gewezen dat haar retourformulier een aantal verplichte velden bevatte die niet op het modelformulier voor ontbinding als bedoeld in bijlage I deel B van de Richtlijn consumentenrechten¹⁷ staan. Daarmee was dit formulier niet in lijn met Europese regelgeving. In reactie op het voorstel van TOM om deze velden als ‘optioneel’ aan te merken, hebben toezichhoudende ambtenaren aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben.¹⁸

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

41. TOM voert in bezwaar kort gezegd aan dat de conclusie van ACM dat 185 consumenten zijn terugbetaald door middel van het verstrekken van een waardebon, terwijl die consumenten wel tijdig en correct hun koopovereenkomst hebben ontbonden, feitelijk onjuist is. TOM verwijst hiervoor naar de bij het bezwaar gevoegde verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] van 2 juli 2016. Hieruit volgt volgens TOM dat de analyse die ACM heeft gemaakt van het bij het bedrijfsbezoek van 2 oktober 2015

¹⁷ 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 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad.

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

meegenomen materiaal, onjuist is. TOM vindt ook dat artikel 6:230r, tweede lid, BW er niet aan in de weg staat om eerst een waardebon aan te bieden om zo 'in overleg te geraken met de klant'. In alle gevallen zouden klanten ook uitdrukkelijk hebben ingestemd met een waardebon. De conclusie van ACM dat door TOM ook onvolledig en niet tijdig is terugbetaald, mist ook feitelijke grondslag gezien de verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] van 2 juli 2016, aldus TOM. Volgens TOM moet aan de eerdere verklaring die [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] tijdens het bedrijfsbezoek op 2 oktober 2015 tegenover toezichthoudende ambtenaren van ACM heeft afgelegd voorbij worden gegaan vanwege de geëmotioneerde toestand waarin hij toen verkeerde.

42. Met betrekking tot dit laatste argument, merkt ACM op dat uit vaste jurisprudentie volgt dat een belanghebbende - in dit geval [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] – kan worden gehouden aan zijn eerste tegenover een toezichthouder afgelegde verklaring.¹⁹ Slechts in bijzondere gevallen zal doorslaggevend belang moeten worden toegekend aan een intrekking of wijziging van deze eerdere verklaring tegenover een toezichthouder.²⁰ Van een dergelijk bijzonder geval is naar de mening van ACM geen sprake. ACM acht daarbij van belang dat [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1], ook tijdens de hoorzitting ten kantore van ACM, niet heeft aangevoerd dat hij tijdens het bedrijfsbezoek iets anders heeft verklaard dan in het verslag is weergegeven. De inhoud van de verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] komt bovendien overeen met de verklaring van [X], die destijds als manager van de klantenservice bij TOM werkzaam was.²¹ De enkele stelling dat [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] ten tijde van zijn verklaring tijdens het bedrijfsbezoek geëmotioneerd was, maakt niet dat hij niet aan die verklaring kan worden gehouden.²² Hetzelfde geldt voor de verklaring van [X]. Dat [X] naar eigen zeggen ten tijde van het bedrijfsbezoek nog in zijn inwerkperiode zat maakt niet dat ook hij niet aan zijn eerdere verklaring kan worden gehouden.²³
43. ACM heeft vastgesteld dat TOM het beleid hanteerde om consumenten die hun bestelling hadden geretourneerd zonder vermelding van hun IBAN en vervolgens contact met haar opnamen om te vragen waar hun geld bleef, niet met hetzelfde betaalmiddel terug te betalen, maar meteen een waardebon te sturen. Dit beleid blijkt uit de verklaringen van zowel [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] als [X], alsmede uit het beeld dat naar voren komt uit de e-mailcorrespondentie die tijdens het bedrijfsbezoek uit

¹⁹ De verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] is in het dossier opgenomen als dossierstuk 31.

²⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld de uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 13 juli 2011 en de Centrale Raad van Beroep van 22 januari 2013, die op rechtspraak.nl zijn gepubliceerd onder respectievelijk ECLI:NL:RVS:2011:BR1401 en ECLI:NL:CRVB:2013:BY9159.

²¹ Zie dossierstuk 28.

²² Zie ook rechtsoverweging 10.4 van de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 21 september 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:7231)

²³ Zie de schriftelijke verklaring van [X] d.d. 26 juli 2016, die door TOM als bijlage 15 bij brief van 29 juli 2016 is overgelegd.

de mailbox customerservice@tom-bv.com van TOM is meegenomen.²⁴ [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] heeft op de hoorzitting ten kantore van ACM bevestigd dat “de klant meteen als hij reclameert een waardebon krijgt”.²⁵ In haar bezwaarschrift erkent TOM dat zij niet in geld terugbetaalde als de consument zijn IBAN niet had vermeld op het retourformulier. Volgens TOM was haar beleid erop gericht consumenten ten spoedigste schadeloos te stellen: zij kregen daartoe terstond een waardebon aangereikt en in het geval zij daarmee niet instemden droeg [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] er zorg voor dat de consument binnen de wettelijke termijn schadeloos werd gesteld.²⁶

44. ACM heeft tevens vastgesteld dat TOM ook het beleid had om de leveringskosten niet standaard terug te betalen. ACM baseert dit op de verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1], zijn e-mail van 2 oktober 2015 aan [Y] van [VERTROUWELIJK]²⁷, zijn e-mail aan ACM en de klantenservice van TOM d.d. 5 oktober 2015²⁸, de tekst van de standaard e-mails inhoudende dat een waardebon wordt verstrekt ter waarde van de geretourneerde artikelen, de e-mailcorrespondentie van consumenten waaruit blijkt dat verzendkosten niet werden vergoed²⁹, de drie bestellingen die door de Consumentenbond zijn gedaan³⁰ en de verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] op de hoorzitting in de sanctiefase dat sprake was van een mankement in haar systeem.³¹ Uit de nadere verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] van 2 juli 2016, die TOM in bezwaar heeft overgelegd, blijkt eveneens dat verzendkosten door TOM niet werden terugbetaald.³²
45. Dat aan de geconstateerde gedragingen een beleid ten grondslag lag maakt dat sprake is van een structurele inbreuk op wettelijke bepalingen en reeds daardoor van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten als bedoeld in de Whc.
46. Los van het feit dat de overtreding reeds volgt uit het beleid dat TOM hanteerde, heeft ACM door de analyse van de digitale bestanden die zij tijdens het bedrijfsbezoek heeft meegenomen, vastgesteld dat gedurende de periode van overtreding:

²⁴ Deze e-mailcorrespondentie is in het dossier opgenomen als dossierstuk 53.

²⁵ Zie het verslag van de hoorzitting, p. 6.

²⁶ Zie randnummer 43 van het bezwaarschrift.

²⁷ Zie dossierstuk 30.

²⁸ Zie dossierstuk 32.

²⁹ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 53, bijlage 8, 30 en 54.

³⁰ Zie dossierstukken 9 en 54, bijlage 23. De Consumentenbond heeft drie bestellingen gedaan bij Internetsportandcasuals.com op respectievelijk 23 maart 2015 (factuurnummer 2213485), 30 maart 2015 (factuurnummer 2215401) en 22 april 2015 (factuurnummer 2221375).

³¹ Zie het verslag van de hoorzitting, p. 10: “Gesteld wordt dat TOM alleen waardebonnen uitkeerde voor de goederenwaarde. Dat klopt. Ook daar was een mankement in het systeem van TOM. De verzendkosten werden niet direct meegenomen in de waardebon”.

³² Zie p. 8 van de verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] van 2 juli 2016, die als bijlage 3 bij het bezwaarschrift van 13 juli 2016 is gevoegd.

- TOM bij 409 retouren niet uit eigen beweging een creditnota heeft opgemaakt vanwege het ontbreken van het IBAN op het retourformulier;
- in 330 (van die 409) retouren de overeenkomst op afstand tijdig is ontbonden;
- TOM in 185 (van de 330) retouren een waardebon heeft toegestuurd; en
- 91 (van de 185) waardebonnen niet zijn toegestuurd binnen 14 dagen na ontvangst van de retourzending.

47. ACM ziet in de nadere analyse van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2], die TOM in bezwaar heeft overgelegd, geen aanleiding om haar standpunt te herzien. ACM acht de reductie van 185 retourzendingen waarin de overeenkomst op afstand tijdig is ontbonden en waarin TOM een waardebon heeft verstrekt tot de drie bestellingen die door de Consumentenbond zijn gedaan niet onderbouwd. Dat in de uitdraaien van CMS die TOM in bezwaar heeft overgelegd bij 412 gevallen is aangevinkt dat het retourformulier in het geheel zou ontbreken staat haaks op de constatering van ACM dat in CMS bij die gevallen vaak als reden is vermeld 'Retourformulier: ruiling ontbreekt', wat impliceert dat er wel degelijk een retourformulier was. Het argument dat het retourformulier in al die gevallen in zijn geheel zou ontbreken staat bovendien haaks op de inhoud van de e-mailcorrespondentie die ACM tijdens het bedrijfsbezoek bij TOM heeft meegenomen.³³ TOM gaf in de e-mails aan consumenten zelf als reden voor het niet verwerken van de retourzending op dat geen ruiling was aangegeven en een IBAN ontbrak. ACM wijst in dit verband met name op de e-mailcorrespondentie tussen TOM en [CONSUMENT 1].³⁴ TOM heeft aan [CONSUMENT 1] een uitdraai uit CMS gestuurd, waarop is aangevinkt 'Retourformulier: ruiling ontbreekt' en 'geen bankrekeningnummer aangegeven'. Het vakje 'Retourformulier ontbreekt' is op die uitdraai niet aangevinkt. TOM heeft geen plausibele verklaring kunnen geven voor de verschillen in de CMS-uitdraaien. De verschillen kunnen in elk geval niet worden verklaard door de stelling van TOM dat de wijze waarop ACM het administratiesysteem van TOM slechts op zoektermen heeft bevestigd, tot gevolg had dat niet alle gevallen naar voren kwamen waarin een retourformulier ontbrak. Om herhaling te voorkomen verwijst ACM in dit verband naar hetgeen zij eerder in dit besluit over het door haar verrichte onderzoek heeft overwogen.³⁵
48. ACM blijft, gelet op het vorenstaande, dan ook bij haar standpunt dat TOM in strijd heeft gehandeld met artikel 6:230r, eerste en tweede lid, BW en dat dit een overtreding oplevert van artikel 8.2a Whc. Volgens ACM heeft zij voor deze overtreding terecht een boete opgelegd.

³³ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 53, bijlagen 1, 2, 8, 10, 12, 30, 35, 39, 40, 49 en 54.

³⁴ Zie dossierstuk 53, bijlage 2.

³⁵ Zie randnr. 32 en 33.

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

49. TOM voert in bezwaar aan dat, samengevat weergegeven, geen sprake was van een zogenaamd 'piepsysteem'. TOM stelt dat ACM eraan voorbij gaat dat correct geretourneerde producten onmiddellijk werden terugbetaald. Volgens haar is het niet voorgekomen dat in het geval een consument tijdig en correct een koopovereenkomst heeft ontbonden, het betreffende product zonder bericht aan de consument terug in de voorraad is gegaan uitsluitend omdat TOM niet over de bankgegevens van die consument beschikte. Volgens TOM heeft zij dan ook niet gehandeld in strijd met de vereisten van professionele toewijding. TOM verwijst hiervoor naar de verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] van 2 juli 2016. Verder werd er volgens TOM wel degelijk actief gehandeld naar consumenten, nu zij, indien een bankrekeningnummer ontbrak, consumenten direct een waardebon aanbod en zij bij vragen hierover of protest daartegen probeerde het bankrekeningnummer te achterhalen om de terugbetaling in gang te zetten. TOM wijst erop dat zij geen andere keus had dan om zo te handelen, nu zij van ACM niet naar het bankrekeningnummer van consumenten mocht vragen. Voorts stelt TOM dat door ACM niet is onderbouwd dat zij heeft geprofiteerd van haar praktijk en wijst daarvoor op een door haar overgelegd overzicht van de omzet, retouren en uitgekeerde waardebonnen in de periode van 1 januari tot 2 oktober 2015.
50. ACM wijst in dit verband op de verklaring die [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] tijdens het bedrijfsbezoek ten aanzien van toezichthoudende ambtenaren van ACM heeft afgelegd.³⁶ [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] heeft desgevraagd verklaard dat de klant die geen IBAN op het ontbindingsformulier had ingevuld pas een waardebon kreeg toegestuurd nadat hij contact op had genomen met de klantenservice van TOM. [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] heeft in antwoord op de vraag 'waarom vraagt u dan niet gewoon naar het bankrekeningnummer?' ook geantwoord: "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 reageren wel als ze iets teruggestuurd hebben en ze zien het geld niet. [...]".³⁷ En: "Dat is die route zoals die loopt. Dus de klant krijgt altijd als hij ons goed informeert te allen tijde zijn geld terug. Alleen, wij hebben regels waar wij ons aan moeten houden, maar die klant [...] moet ons informeren over het banknummer".³⁸ De verklaring van [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] wordt bevestigd door de verklaring van [X]. Zoals eerder in dit besluit is overwogen kunnen [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] en [X] aan deze verklaringen worden gehouden.

³⁶ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 4 e.v.

³⁷ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 6

³⁸ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 7.

51. Dat TOM een piepsysteem hanteerde, blijkt eveneens uit de e-mailcorrespondentie die in het dossier is opgenomen. Daaruit komt het beeld naar voren dat consumenten pas een waardebon kregen toegezonden nadat zij contact hadden opgenomen met de klantenservice van TOM. 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,³⁹ 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.⁴⁰ Voor zover TOM meent dat zij geen andere keus had dan om zo te handelen, nu zij van ACM niet naar het bankrekeningnummer van consumenten mocht vragen, verwijst ACM naar hetgeen zij daarover eerder in dit besluit heeft overwogen.⁴¹
52. ACM blijft dan ook bij haar oordeel dat het door TOM gehanteerde piepsysteem evident in strijd is met het normale niveau van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht.⁴² TOM heeft hierdoor in strijd gehandeld met de vereisten van professionele toewijding als bedoeld in artikel 6:193b, tweede lid BW.
53. Het argument van TOM dat het normale niveau van zorgvuldigheid in dit geval niet blijkt uit een voor haar bekende gedragscode maakt dit niet anders. Wat een normaal niveau is van de voor de handelaar geldende professionele standaard, kan worden beoordeeld aan de hand van verschillende feiten en omstandigheden. Gedragscodes kunnen daarbij relevant zijn, nu deze uiting kunnen geven aan het niveau van de professionele standaard in een bepaalde branche, maar het bestaan van een gedragscode is geen vereiste voor de beoordeling van de professionele standaard. In dit geval is zo evident dat de handelspraktijk van TOM – en dan met name het door haar gehanteerde piepsysteem - 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.
54. 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

³⁹ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 4.

⁴⁰ VvA verklaring [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] d.d. 2 oktober 2015, dossierstuk 31, p. 7.

⁴¹ Zie randnr. 40.

⁴² Zie ook rechtsoverweging 12.4 van de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 21 september 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:7231)

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.⁴³

55. Dat aan de geconstateerde gedragingen een beleid ten grondslag lag maakt dat sprake is van een structurele inbreuk op artikel 6:193b, tweede lid, BW en reeds daardoor van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten als bedoeld in de Whc.
56. Of en in welke mate consumenten die niet zelf contact hebben opgenomen de dupe zijn geworden van de handelwijze van TOM is voor de vaststelling van de overtreding niet relevant. Om aan te geven dat het door TOM gehanteerde beleid er in de praktijk daadwerkelijk toe leidde dat consumenten die om wat voor reden dan ook niet piepten geen geld én geen waardebon ontvingen, heeft ACM in het bestreden besluit aangegeven dat het gedurende de periode van overtreding ging om in elk geval meer dan 130 gevallen.⁴⁴ Na heroverweging in bezwaar stelt ACM vast dat het niet gaat om meer dan 130, maar om 126 gevallen.⁴⁵ ACM verwijst voor de factuurnummers van de gevallen waarin geen terugbetaling heeft plaatsgevonden naar het overzicht dat als bijlage 1 bij dit besluit is gevoegd.
57. Het argument van TOM dat het juist niet aannemelijk is dat zij met haar handelwijze voordeel beoogde kan ACM niet volgen en volgt in elk geval niet uit de door TOM in bezwaar overgelegde bijlage 7. ACM blijft er dan ook bij dat het niet anders kan dan dat TOM, doordat de retour gezonden bestellingen terug in voorraad gingen zonder dat de door de consument gedane betalingen werden gecrediteerd, hiervan financieel heeft geprofiteerd. Los daarvan doet het argument van TOM dat zij in zijn totaliteit in de periode van overtreding door haar handelwijze geen financieel voordeel heeft genoten, niet af aan de door ACM vastgestelde overtredingen.

Feitelijk leidinggevenden

58. ACM heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat er gelet op hun positie binnen TOM – [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] vormden samen de directie van TOM - voldoende grond is om hen met betrekking tot de geconstateerde overtredingen als feitelijk leidinggevenden aan te merken. [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] hebben het bestreden

⁴³ 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.

⁴⁴ Zie randnummer 189 van het bestreden besluit.

⁴⁵ ACM laat de bestellingen met de factuurnummers 2198055, 2210140, 2213979, 2214025, 2225842, 2240881 en 2257497 buiten beschouwing, omdat deze mogelijk niet tijdig zijn geretourneerd.

besluit op dit punt niet betwist.

59. Volgens [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] staat niet ter discussie dat zij feitelijk leidinggeven aan TOM.⁴⁶ Volgens het bezwaarschrift is [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] verantwoordelijk voor de inkoop en voor de feitelijke beoordeling van de afhandeling van alle producten die retour komen. Zijn feitelijke oordeel wordt door hem persoonlijk verwerkt in CMS. [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] is verantwoordelijk voor de algemene en dagelijkse gang van zaken binnen TOM, waaronder de juiste afhandeling van iedere overeenkomst die met een consument wordt gesloten, aldus TOM.⁴⁷

De hoogte van de opgelegde boetes

60. TOM meent dat de boetes substantieel verlaagd moeten worden gelet op de rol van ACM bij de implementatie van de nieuwe consumentenregels, de ernst van de overtredingen, hun nauwe verwevenheid en de duur van en de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn gepleegd.
61. Om herhaling te voorkomen, verwijst ACM naar hoofdstuk 11 van het bestreden besluit, waarin zij heeft gemotiveerd dat en op grond waarvan zij bevoegd is voor de geconstateerde overtredingen afzonderlijke boetes op te leggen en hoe zij tot de hoogte van de opgelegde boetes is gekomen. Gelet op de duur en ernst van de overtredingen heeft ACM de basisboetes voor de drie overtredingen vastgesteld op EUR 200.000, EUR 200.000 en EUR 225.000, met een totaalbedrag van EUR 625.000. ACM heeft daarbij acht geslagen op de omstandigheid dat de gedragingen weliswaar voortvloeien uit één feitencomplex, maar in beginsel los van elkaar kunnen worden verricht. Gelet op de samenhang tussen de gedragingen heeft ACM vervolgens besloten het boetebedrag te matigen tot in totaal EUR 500.000. ACM heeft daarnaast bepaald dat beide feitelijk leidinggevendenden hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de betaling van de boete die is opgelegd aan TOM, ieder tot een bedrag van EUR 125.000.
62. Voor zover TOM meent dat de boetes substantieel verlaagd moeten worden gelet op de rol van ACM bij de implementatie van de nieuwe consumentenregels, wijst ACM op hetgeen zij daarover eerder in dit besluit heeft overwogen.⁴⁸ Gelet op de juiste voorlichting die ACM aan TOM heeft gegeven en de omstandigheid dat TOM door het eerdere onderzoek en de berichtgeving door ACM gewaarschuwd was, maakt dat de gedragingen haar volledig kunnen worden verweten.
63. Gelet op het voorgaande zijn de opgelegde boetes passend en evenredig. ACM ziet in hetgeen TOM in bezwaar te berde heeft gebracht dan ook geen aanleiding om de

⁴⁶ Zie het bezwaarschrift, p. 2.

⁴⁷ Zie het bezwaarschrift, p. 4.

⁴⁸ Zie randnummer 40 van dit besluit.

Besluit Openbaar

opgelegde boetes nog verder te matigen.

Kostenvergoeding

64. De bezwaren van TOM zullen op grond van het vorenstaande ongegrond worden verklaard. Dit betekent eveneens dat het verzoek van TOM om haar een kostenvergoeding toe te kennen wordt afgewezen. Voor een kostenvergoeding op grond van artikel 7:15 van de Awb is alleen plaats als het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan – in dit geval ACM – te wijten onrechtmatigheid. Daarvan is in dit geval geen sprake.

7 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

- verklaart de bezwaren van TOM B.V., [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 1] en [FEITELIJK LEIDINGGEVENDE 2] tegen het besluit van 9 juni 2016 met kenmerk ACM/DJZ/2016/403307 ongegrond;
- wijst het verzoek om een kostenvergoeding af.

w.g.
mr. C.A. Fonteyn,
bestuursvoorzitter.

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

17/18

**Besluit
Openbaar**

BIJLAGE 1 Overzicht retouren handelen in strijd met vereisten van professionele toewijding

Factuurnummer:

2197608	2217024	2233394	2266143
2197678	2217108	2233451	2266352
2198292	2217146	2233504	2267852
2198618	2217271	2234079	
2199105	2217791	2234190	
2199477	2218238	2235352	
2199843	2218452	2235844	
2200943	2218639	2237297	
2202461	2218645	2237875	
2202601	2218697	2239578	
2203008	2219364	2240536	
2203028	2219553	2242190	
2203216	2219793	2242727	
2203834	2220052	2242962	
2203910	2220280	2243296	
2204374	2221043	2243912	
2204443	2221115	2244118	
2204646	2221201	2244701	
2204705	2221757	2244895	
2205373	2222947	2250023	
2205384	2223476	2251411	
2205769	2223539	2254136	
2207345	2224923	2254688	
2207410	2225425	2254765	
2208631	2225437	2255742	
2208788	2225591	2256797	
2209121	2225680	2257406	
2209480	2225971	2257547	
2209611	2226407	2257730	
2209988	2226982	2257792	
2210782	2227225	2258505	
2211055	2228129	2260187	
2211385	2228174	2260662	
2211701	2228611	2260696	
2211819	2230153	2261055	
2212670	2231065	2261749	
2214318	2231077	2262356	
2214638	2231379	2264024	
2215251	2232333	2264970	
2215881	2232690	2265628	
2216043	2232873	2265762	