

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2017/200172_OV
Zaaknummer: 16.0134.32.1.01
Datum: 19 januari 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar van [VERTROUWELIJK], gericht tegen het boetebesluit van 28 september 2016 met kenmerk ACM/DJZ/2016/205645. Bezwaar deels gegrond. Verlaging van de boete van EUR 50.000 naar EUR 5.000 voor overtreding van artikel 8.2a, eerste lid, van de Wet handhaving consumentenbescherming juncto artikel 6:230m, eerste lid onder h, van het Burgerlijk Wetboek.

1 Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 28 september 2016 (hierna: het bestreden besluit)¹ heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) aan [VERTROUWELIJK] (hierna: betrokkene) een boete opgelegd. Op 8 november 2016 heeft betrokkene bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.² Desgevraagd heeft ACM op 23 november 2016 betrokkene het dossier toegestuurd.³
2. Bij brief van 24 november 2016 heeft betrokkene op verzoek van ACM financiële gegevens verstrekt, die zij desgevraagd heeft aangevuld op 21 en 27 december 2016 en 4 januari 2017.⁴
3. Op 9 januari 2017 heeft ten kantore van ACM een hoorzitting plaatsgevonden, waarvan het verslag op 19 januari 2017 aan betrokkene is verzonden.⁵

2 Het bestreden besluit

4. ACM heeft betrokkene een boete opgelegd van EUR 50.000, omdat zij van 19 augustus 2015 tot en met 28 oktober 2015 (hierna: de pleegperiode) op haar website niet heeft voldaan aan de voorschriften zoals opgenomen in artikel 6:230m, eerste lid onder h, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Dit levert een overtreding op van artikel 8.2a, eerste lid, van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc).

3 Bezwaargronden

5. Betrokkene voert in bezwaar kort gezegd de volgende gronden aan:

¹ ACM/DJZ/2016/205645.

² ACM/DJZ/2016/102706.

³ ACM/DJZ/2016/206926.

⁴ ACM/DJZ/2016/206831, ACM/DJZ/2016/102912, ACM/DJZ/2016/207529, ACM/DJZ/2016/103215, ACM/DJZ/2016/103248 en ACM/DJZ/2017100035.

⁵ ACM/DJZ/2017/200359.

Besluit Openbaar

- I. Het handhavend optreden van ACM is passend noch geboden (paragraaf 4.1);
- II. Betrokkene kan niet worden aangemerkt als overtreder (paragraaf 4.2);
- III. De overtreding kan betrokkene niet worden verweten (paragraaf 4.3);
- IV. ACM heeft niet alle procedurele waarborgen in acht genomen (paragraaf 4.4);
- V. De boete is niet evenredig (paragraaf 4.5).

4 Overwegingen⁶

4.1 Handhavend optreden ACM

6. Volgens betrokkene is het handhavend optreden van ACM passend noch geboden:
 - I. De overtreding is van een te geringe omvang om handhavend op te treden. ACM heeft twee meldingen van consumenten ontvangen. De webwinkel is bovendien zeer kleinschalig; omzet en winst waren marginaal.
 - II. Er is sprake van willekeur.
 - III. ACM had een minder zwaar handhavingsinstrument moeten inzetten.
7. ACM overweegt dat haar een grote mate van vrijheid toekomt in haar toezicht en bij het bepalen van de wijze waarop zij gebruik maakt van haar bevoegdheid tot handhaving. Er is sprake van discretionaire bevoegdheden.
8. ACM heeft op ConsuWijzer veel meldingen van consumenten ontvangen over webwinkels.⁷ Uit deze meldingen, signalen uit de media en gesprekken met stakeholders is naar voren gekomen dat consumenten vaak problemen hebben bij de uitoefening van het recht van ontbinding. Vanaf de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving op 13 juni 2014 heeft ACM gedurende enkele weken een communicatiecampagne ingezet om de markt en consumenten te wijzen op de regels. Op de website van ACM en ConsuWijzer heeft ACM het belang benadrukt van goede informatievoorziening door de markt aan consumenten over het recht van ontbinding.
9. Het aantal webwinkels in Nederland is omvangrijk. Om de problemen aan te pakken beoogde ACM een brede gedragsverandering in de markt te realiseren. Gezien haar beperkte handhavingscapaciteit heeft ACM daarom gekozen voor een strategie van communicatie gecombineerd met handhaving met een focus op modewebwinkels (gelet op het relatief hoge retourpercentage) en (informatievoorziening over) tijdige en volledige terugbetaling na ontbinding. ACM heeft in een nieuwsbericht van 25 november 2014 de markt hierover geïnformeerd en handhaving aangekondigd voor modewebwinkels die zich niet houden aan deze regels, onder verwijzing naar de regels. Dit nieuwsbericht heeft ACM actief verspreid

⁶ Het juridisch kader is bijgevoegd als bijlage.

⁷ ACM/DC/2016/201037, hoofdstuk 2 voor een uitgebreide beschrijving met verwijzingen.

Besluit Openbaar

(mede) onder de online modebranche.

10. ACM heeft vervolgens de websites van verschillende modewebwinkels onderzocht. Deze webwinkels zijn geselecteerd op basis van de Twinkle top 100 van 2013 en 2014 (webwinkels met de hoogste omzet), lidmaatschap van Thuiswinkel en Stichting Webshop Keurmerk, praktijkonderzoeken van de Consumentenbond van 2013 en 2014, meldingen op ConsuWijzer en dat het ketens betreffen die ook fysieke winkels in meerdere steden hebben. In het voorjaar van 2015 heeft ACM de twee keurmerken aangesproken en hen de gelegenheid gegeven zelf orde op zaken te stellen onder ruim 600 van hun leden. Daarnaast heeft ACM 40 grote en kleinere modewebwinkels die niet bij deze keurmerken zijn aangesloten, telefonisch aangesproken. ACM heeft in een nieuwsbericht van 1 juli 2015 de markt over deze waarschuwingen en het resultaat geïnformeerd. Daarnaast heeft zij aangekondigd binnenkort over te gaan tot handhaving tegen modewebwinkels die nog steeds onjuist informeren over terugbetaling of die in de praktijk de regels niet naleven, met het risico van een last onder dwangsom of een boete van maximaal EUR 450.000 per overtreding. Wederom heeft ACM de regels breed onder de aandacht gebracht.
 11. Voor deze handhaving heeft ACM een aantal modewebwinkels van verschillende grootte geselecteerd met het oog op marktbrede speciale en generale preventie. Bij deze partijen was de informatievoorziening over volledig en tijdig terugbetalen onvoldoende. Daarnaast betrof het webwinkels die hun website niet hebben aangepast na de telefonische waarschuwing en/of die slecht gescoord hebben in het praktijkonderzoek van de Consumentenbond in 2015 en/of waarover meldingen zijn ontvangen bij ConsuWijzer. Bij de webwinkel van betrokkene was de informatievoorziening onvoldoende, de webwinkel heeft slecht gescoord in het onderzoek van de Consumentenbond en er waren meldingen over de webwinkel op ConsuWijzer.
 12. De omstandigheden die betrokkene naar voren brengt tonen op zichzelf niet aan dat de ernst van de overtreding dermate gering is dat ACM had moeten afzien van handhaving. Van een grove onevenredigheid tussen de belangen van handhaving en de belangen die daartegen pleiten is ACM niet gebleken. Voor zover betrokkene betoogt dat ACM had moeten afzien van handhaving bij gebreke van schade voor consumenten, verwijst ACM naar randnummer 25 en 62 van het bestreden besluit om herhaling te voorkomen. Tot slot merkt ACM op dat de boete een bestraffend karakter heeft voor de overtreding die betrokkene heeft begaan. Het feit dat zij de overtreding heeft beëindigd vóór de boeteplegging doet hier niet aan af. Gezien het voorgaande was het handhavend optreden van ACM door middel van beboeting passend en geboden.
- ### 4.2 Overtreder
13. Betrokkene stelt dat ACM haar onterecht heeft beboet, nu zij haar onderneming al had overgedragen aan [VERTROUWELIJK] (hierna: koper), inclusief lusten en lasten.

Besluit Openbaar

14. ACM heeft betrokkene terecht aangemerkt als overtreder. Artikel 8.2a, eerste lid, Whc legt verplichtingen op aan een handelaar. Gedurende de pleegperiode exploiteerde betrokkene de webwinkel en daardoor was zij handelaar in de zin van artikel 6:230g, eerste lid onder b, BW. Zoals vastgesteld in het bestreden besluit heeft betrokkene als handelaar niet al haar verplichtingen goed nageleefd, hetgeen zij niet betwist. Dat zij na de pleegperiode haar onderneming heeft overgedragen en nadien geen handelaar meer was, laat de overtreding van betrokkene en ACM's bevoegdheid om haar daarvoor te beboeten onverlet. ACM merkt ten overvloede op dat zij geen partij is bij de overeenkomst die betrokkene en koper hebben gesloten voor de overdracht. ACM is daardoor niet gebonden aan eventuele afspraken tussen betrokkene en koper over lasten.

4.3 Verwijtbaarheid

15. Betrokkene voert aan dat de overtreding haar niet dan wel in mindere mate kan worden verweten, nu geen sprake is van opzet.
16. Opzet of schuld zijn geen bestanddeel van artikel 8.2a, eerste lid, Whc juncto artikel 6:230m, eerste lid onder h, BW, zodat ACM van de verwijtbaarheid van de overtreding mag uitgaan. Betrokkene heeft niet aannemelijk gemaakt dat de overtreding haar niet kan worden verweten. Om herhaling te voorkomen, verwijst ACM naar paragraaf 11.2 van het bestreden besluit.

4.4 Procedurele waarborgen

17. Betrokkene voert de volgende procedurele kwesties aan:
- I. De hoorcommissie had betrokkene moeten wijzen op de mogelijke boete van EUR 50.000 en de noodzaak van juridische bijstand.
 - II. De hoorcommissie kon niet onpartijdig oordelen; de leden zijn in dienst van ACM en betrokken bij de samenstelling van en werkzaamheden rond het rapportdossier.
 - III. De hoorzitting is niet rechtsgeldig. De hoorcommissie had betrokkene in de gelegenheid moeten stellen om zich te laten bijstaan door een raadsman.
 - IV. De hoorcommissie had betrokkene en koper niet gezamenlijk mogen horen.
 - V. Het verslag van de hoorzitting is niet bij het dossier gevoegd, net als de tijdens de hoorzitting overgelegde koopovereenkomst.
18. Op ACM rust geen verplichting om betrokkene te wijzen op de hoogte van een mogelijke boete dan wel de noodzaak van juridische bijstand. Op grond van artikel 2:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kan iedereen zich laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen in het verkeer met een bestuursorgaan ter behartiging van zijn belangen. Het ligt op de weg van betrokkene om zich hierover te laten informeren en dat geldt ook voor de mogelijke consequenties van de procedure.

Besluit Openbaar

19. Van een partijdige beoordeling is geen sprake. ACM heeft artikel 12q van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna: Instellingswet ACM) in acht genomen. De werkzaamheden in verband met het opleggen van de bestuurlijke boete zijn verricht door personen (waaronder de leden van de hoorcommissie)⁸ die niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport en het rapportdossier en het daaraan voorafgaande onderzoek.⁹
20. Er is sprake van een rechtsgeldige hoorzitting. De hoorcommissie heeft het zwijgrecht en de cautieplicht van artikel 5:10a Awb en artikel 6 EVRM in acht genomen. Vóór verhoor is betrokkene medegedeeld dat zij niet verplicht is tot antwoorden. Het zwijgrecht omvat geen recht om een advocaat te consulteren in situaties waarin geen vrijheidsbenemend dwangmiddel wordt toegepast en/of de betrokkene niet minderjarig is.¹⁰
21. De hoorcommissie mocht betrokkene en koper gezamenlijk horen. Wet- en regelgeving verzet zich hier niet tegen. Betrokkene en koper zijn in het rapport aangemerkt als overtreder(s). Indien het rapport meerdere geadresseerden kent, hoort ACM deze in beginsel in elkaars aanwezigheid, zo volgt uit de bijlage bij de uitnodiging voor de hoorzitting.¹¹ Indien betrokkene van mening was dat ACM haar niet in aanwezigheid van koper mocht horen, had zij dit voor de hoorzitting gemotiveerd moeten meedelen, hetgeen zij niet heeft gedaan. Bij aanvang van de hoorzitting heeft de hoorcommissie nog gewezen op de mogelijkheid om de hoorzitting deels besloten te laten plaatsvinden wanneer persoonlijke omstandigheden aan de orde zijn, waarbij de één wel en de ander niet aanwezig is. Ook hiervan heeft betrokkene geen gebruik gemaakt. Betrokkene heeft zelfs tijdens de hoorzitting toegelicht waarom zij samen met koper aanwezig is. Daarnaast hebben zij samen hun schriftelijke zienswijze opgesteld.¹²
22. Anders dan betrokkene veronderstelt maken het verslag van de hoorzitting en de op die hoorzitting door haar overgelegde overeenkomst onderdeel uit van de procedure. Deze stukken zijn opgenomen in het dossier dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt.¹³

4.5 Evenredigheid van de boete

23. Betrokkene stelt dat ACM de boete niet dan wel onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van de verwijtbaarheid, de ernst en duur van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Zij kan de boete niet betalen en heeft haar financiële draagkracht in bezwaar onderbouwd aan de hand van verschillende financiële gegevens. ACM moet de

⁸ ACM/DJZ/2016/202565, p. 2.

⁹ Het rapportdossier is verzonden conform artikel 5:50, eerste lid onder a, Awb, ACM/DJZ/2016/201105.

¹⁰ Zie o.m. CRvB 7 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ7968, rov. 4.9 en CBb 14 april 2014,

ECLI:NL:CBB:2014:116, rov. 5.6.

¹¹ ACM/DJZ/2016/201105.

¹² ACM/DJZ/2016/202565, p. 4 en 9.

¹³ Zoals blijkt uit het dossier dat ACM op 23 november 2016 aan betrokkene heeft verzonden, ACM/DJZ/2016/206926.

Besluit Openbaar

boete matigen in overeenstemming met deze elementen.

24. Uit de eerst in bezwaar verstrekte IB-aangiftes en aanslagen van 2013-2015 en haar zienswijze blijkt dat betrokkene, toen zij scholier was, de webwinkel is gestart als nevenactiviteit van geringe omvang. Het overgrote deel van de jaren dat betrokkene de onderneming voerde, had deze een beperkte omvang. Zij heeft haar onderneming overgedragen toen dit voor haar een hoofdactiviteit dreigde te worden. Betrokkene had die laatste intentie niet. Om zich weer volledig te kunnen richten op haar studie heeft zij haar onderneming op 30 november 2015 overgedragen. Die overdracht heeft plaatsgevonden vóór het eerste contact met ACM inzake het onderzoek en vóór de boeteoplegging. Het vermogen dat zij door deze overdracht heeft verkregen, heeft betrokkene ingezet om haar schulden af te lossen. Wat daarvan in bezwaar nog resteert heeft zij – gezien de omvang – nodig om te voorzien in haar dagelijkse levensonderhoud, omdat zij fulltime studeert en op dit moment geen inkomen verwerft. Tot slot wordt haar draagkracht in ruime mate beperkt door een schuld aan de Belastingdienst.
25. Gelet op al de in aanmerking genomen omstandigheden zoals hiervoor en in paragraaf 11 van het bestreden besluit uiteengezet, is ACM van oordeel dat de opgelegde boete betrokkene onevenredig treft. ACM stelt de boete bij tot EUR 5.000

Besluit Openbaar

5 Besluit

26. De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart het bezwaar gegrond voor wat betreft de hoogte van de boete;
- II. herroept het besluit van 28 september 2016 met kenmerk ACM/DJZ/2016/205645, gericht aan [VERTROUWELIJK], geboren op [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK], voor wat betreft de hoogte van de boete;
- III. legt een boete op van EUR 5.000 aan [VERTROUWELIJK], geboren op [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK];
- IV. verklaart het bezwaar voor het overige ongegrond.

Den Haag, **19 januari 2017**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. C.A. Fonteijn
bestuursvoorzitter

7/9

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. U kunt ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <https://www.rechtspraak.nl/>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Daar is ook nadere informatie over de beroepsprocedure te vinden.

Besluit Openbaar

Bijlage

Juridisch Kader

Bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten (Boek 6 Titel 5 Afdeling 2b van het Burgerlijk Wetboek)

Artikel 6:230g, eerste lid onder b, BW luidt:

“1. In deze afdeling wordt verstaan onder:

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;”

Artikel 6:230m, eerste lid onder h, BW, luidt:

“1. Voordat de consument gebonden is aan een overeenkomst op afstand of een overeenkomst buiten de verkoopruijnte, dan wel aan een daartoe strekkend aanbod, verstrekt de handelaar de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze de volgende informatie:

h. wanneer een recht van ontbinding van de overeenkomst bestaat, de voorwaarden, de termijn en de modaliteiten voor de uitoefening van dat recht overeenkomstig artikel 230o, alsmede het modelformulier voor ontbinding opgenomen in bijlage I, deel B, van de richtlijn;”

Wet handhaving consumentenbescherming

Artikel 8.2a, eerste lid, Whc luidt:

“Een handelaar als bedoeld in artikel 230g, eerste lid, onderdeel b, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, die een overeenkomst aangaat waarop Afdeling 2B van Titel 5 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is, neemt de bepalingen van die afdeling in acht.”

Instellingswet ACM

Artikel 12q Instellingswet ACM luidt:

“Onverminderd artikel 10:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht worden de werkzaamheden in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete niet verricht door personen die betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport, bedoeld in artikel 5:48, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht en het daaraan voorafgaande onderzoek.”

Besluit Openbaar

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 2:2, eerste lid, Awb luidt:

“Een ieder kan zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen.”

Artikel 5:10a Awb luidt:

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

Artikel 5:48, eerste lid, Awb luidt:

“1. Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”

Artikel 5:50, eerste lid onder a, Awb:

*“1. Indien de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete zijn zienswijze naar voren te brengen,
a. wordt het rapport reeds bij de uitnodiging daartoe aan de overtreder toegezonden of uitgereikt;”*