



## Besluit

**Besluit op het bezwaar van Privilege B.V. tegen het besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom (d.d. 1 juni 2022 met kenmerk ACM/UIT/571586) van de Autoriteit Consument en Markt**

Ons kenmerk : ACM/UIT/588494  
Zaaknummer : ACM/22/178855  
Datum : **22 november 2022**

## Samenvatting

Op 1 juni 2022 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een last onder dwangsom opgelegd aan Privilege B.V. (Privilege) voor het hanteren van drie onredelijk bezwarende bedingen in haar algemene voorwaarden en het begaan van een agressieve handelspraktijk. Deze voorwaarden beperken consumenten met een lidmaatschap bij Privilege in hun opzegmogelijkheden. Privilege hanteert daarbij ook een onredelijk bezwarend boetebeding. Bovendien dreigde Privilege met hoge boetes als consumenten rechtsgeldig maar in strijd met haar algemene voorwaarden opzegden. Dit is een verboden agressieve handelspraktijk.

Privilege heeft bezwaar gemaakt tegen de opgelegde last onder dwangsom en ook het daaropvolgende publicatiebesluit. In dit besluit verklaart de ACM de bezwaren ongegrond. De ACM handhaaft daarom de last onder dwangsom van 15.000 per week of een gedeelte van de week dat zij nog niet aan de last heeft voldaan met een maximum van 240.000 euro.

### 1. Verloop van de procedure

- 1 Op 1 juni 2022 heeft de ACM een last onder dwangsom opgelegd aan Privilege B.V.<sup>1</sup> wegens overtredingen van artikel 8.3 Whc en artikel 8.8 Whc<sup>2</sup> (hierna: het bestreden besluit).
- 2 Privilege heeft bij brief van 16 juni 2022 pro forma bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.<sup>3</sup> Privilege heeft tevens bezwaar gemaakt tegen het besluit strekkende tot publicatie van de last onder dwangsom.<sup>4</sup> De ACM beoordeelt deze bezwaren in het besluit strekkende tot publicatie van het onderhavige besluit.
- 3 Per 1 juli 2022 heeft Privilege vervolgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam verzocht om een voorlopige voorziening te treffen strekkende tot schorsing van het bestreden besluit.<sup>5</sup>
- 4 Bij brief van 9 september 2022 zijn de gronden van bezwaar aangevuld.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Document met kenmerk ACM/UIT/571586 (Dossierstuk 58).

<sup>2</sup> Het gaat om overtredingen van (i) artikel 8.3 Whc jo. artikel 6:236, aanhef en onder j, BW, (ii) artikel 8.3 Whc jo. artikel 6:236, aanhef en onder o BW, (iii) artikel 8.3 Whc jo. artikel 233, BW en; (iv) artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193h, eerste lid, BW.

<sup>3</sup> Document met kenmerk ACM/IN/699547.

<sup>4</sup> Document met kenmerk ACM/IN/699547.

<sup>5</sup> Document met kenmerk ACM/IN/702141.

<sup>6</sup> Document met kenmerk ACM/IN/714785.

- 5 De ACM heeft op 22 september 2022 een hoorzitting gehouden. Hier heeft Privilege haar bezwaargronden mondeling toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 28 oktober 2022 aan Privilege is toegezonden.<sup>7</sup>
- 6 Op 4 oktober 2022 heeft de voorzieningenrechter het verzoek om een voorlopige voorziening te treffen deels toegewezen.<sup>8</sup> De rechter oordeelt dat de ACM de last met recht heeft opgelegd en ook duidelijk heeft omschreven. Privilege mag niet eisen dat klanten schriftelijk opzeggen. Ook mag zij abonnementen niet verlengen met een jaar zonder de mogelijkheid te bieden per maand op te zeggen. Ook het persbericht dat de ACM over deze zaak had opgesteld mag, samen met de last, worden gepubliceerd.
- 7 Op één onderdeel van het bestreden besluit – het expliciet informeren van consumenten over gewijzigde algemene voorwaarden – vond de voorzieningenrechter dat de ACM verder ging dan haar bevoegdheden. Ten aanzien van deze informatieverplichting heeft de rechter de voorlopige voorziening getroffen dat dit onderdeel van de lastoplegging wordt vervangen door de (enkele) verplichting dat de gewijzigde algemene voorwaarden moeten worden toegezonden aan de consumenten die een lopend lidmaatschap hebben.
- 8 De begunstigingstermijn voor Privilege om te voldoen aan de maatregelen en het voorschrift is door de voorlopige voorzieningenrechter verlengd tot 19 oktober 2022. De voorlopige voorziening, die niet in tijd is beperkt door de voorzieningenrechter, vervalt pas bij een rechterlijke bodemuitspraak of op het moment dat de beroepstermijn verloopt.<sup>9</sup>

## 2. Bestreden besluit

- 9 De ACM heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat Privilege drie onredelijke voorwaarden hanteert en een agressieve handelspraktijk bedrijft.
- 10 Via de website mijnprivileges.nl biedt Privilege consumenten een lidmaatschap aan om deel te kunnen nemen aan online veilingen en puzzel- en winacties. Op dit lidmaatschap zijn algemene voorwaarden van toepassing die ook op de voorgenoemde website te vinden zijn.
- 11 In de algemene voorwaarden zijn drie onredelijk bezwarende bedingen opgenomen: (i) een beperking in de opzegmogelijkheden door het vereisen van een ondergetekende schriftelijke kennisgeving; (ii) een stilzwijgende verlenging van het lidmaatschap van een jaar; en (iii) een boeteclausule van driemaal de reguliere contributie bij ongeldig opzeggen of tegenwerking van het incasso van de contributie door de consument. Deze bedingen zijn een overtreding van respectievelijk (i) artikel 6:236, aanhef en onder o, BW, (ii) artikel 6:236, aanhef en onder j, BW en (iii) artikel 6:233 BW.
- 12 Consumenten verklaren na het opzeggen van hun lidmaatschap bij Privilege brieven te hebben ontvangen met daarin de mededeling dat hun opzegging niet wordt gehonoreerd. Daarbij werden zij geattendeerd op de boeteclausule die gehanteerd zou worden bij een ongeldige opzegging. De wijze waarop Privilege via deze brieven haar leden vervolgens onder druk zet om hun opzegging van het abonnement ongedaan te maken, acht de ACM een agressieve handelspraktijk in de zin van artikel 6:193h, eerste lid, BW.
- 13 Dit levert overtredingen op van artikel 8.3 en 8.8 Whc. Aan Privilege is daarom een last onder dwangsom opgelegd. Zij dient hierbij haar handelwijze zodanig aan te passen dat zij deze overtredingen beëindigt.

<sup>7</sup> Kenmerk ACM/UIT//585465.

<sup>8</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknrs. ROT 22/3009 en ROT 22/3054.

<sup>9</sup> In navolging van de hoofdregel in artikel 8:85 Awb.

### 3. Beoordeling bezwaar door ACM

- 14 Hieronder beoordeelt de ACM de door Privilege aangevoerde bezwaargronden. Voor het juridisch kader verwijst de ACM naar hoofdstuk 4 uit het bestreden besluit.

#### 3.1. Overtredingen

##### 3.1.1. Toepassing Wet van Dam

- 15 Privilege meent dat de ACM een onjuiste aanname heeft gemaakt bij het bepalen of een lidmaatschap bij Privilege kwalificeert als een 'overeenkomst tot het geregeld afleveren van zaken of tot het geregeld doen van verrichtingen' in de zin van artikel 6:236, onder j, BW. De ACM volgt Privilege hier niet in.
- 16 Privilege verricht geregeld diensten ten behoeve van haar leden in de vorm van een lidmaatschap met een termijn van minimaal een jaar. Haar leden kunnen gedurende het jaar gebruikmaken van exclusieve diensten die het lidmaatschap aanbiedt tegen betaling van de jaarlijkse contributie. Privilege merkt de enkele Veilingaankoop die een lid in haar lidmaatschapsjaar kan doen aan als de voornaamste dienst waarvoor consumenten een lidmaatschap aangaan bij Privilege. Dit neemt echter niet weg dat leden daarnaast aan meerdere Puzzel & Win acties mee kunnen doen en een keer gratis Prijsvoordeel kunnen 'mijnen' (een term die Privilege hanteert).<sup>10</sup> Daarbij verricht Privilege voortdurend diensten aan haar leden door het organiseren en geven van toegang tot deze veilingen en acties. De overeenkomst die Privilege sluit met consumenten moet dan ook worden beschouwd of gelijkgesteld met het soort abonnementen/lidmaatschappen dat de indieners van de Wet Van Dam voor ogen hadden.
- 17 Dat er alleen sprake kan zijn van het geregeld doen van verrichtingen wanneer er periodiek terugkerende zaken of diensten worden geleverd zonder dat daarvoor nog eens separaat moet worden betaald, zoals Privilege betoogt, volgt niet uit de tekst en wetsgeschiedenis van de Wet van Dam. Ook naar het oordeel van de voorzieningenrechter is er op basis van het lidmaatschap geen sprake van een eenmalige handeling, die maakt dat niet gesproken kan worden van het 'geregeld doen van verrichtingen'.<sup>11</sup> Het bezwaar treft geen doel.

##### 3.1.2. Stilzwijgende verlenging (artikel 6:236, aanhef en onder j, BW)

- 18 In randnummers 14 tot en met 16 van dit besluit overweegt de ACM dat artikel 6:236, aanhef en onder j, BW van toepassing is op de algemene voorwaarden van het lidmaatschap bij Privilege. Op grond hiervan moeten consumenten bij overeenkomsten die leiden tot stilzwijgende verlenging, na voortzetting van de overeenkomst *te allen tijden* op kunnen zeggen met een termijn van ten hoogste een maand. Naar aanleiding van de consumentverklaringen en klachten ontvangen door de ACM met betrekking tot opzegging en stilzwijgende verlenging van hun lidmaatschap, is er verder onderzoek uitgevoerd naar de algemene voorwaarden van Privilege.
- 19 Een opzegging bij Privilege houdt in dat een lid nog voor het gehele lopende lidmaatschapsjaar zijn lidmaatschapsrechten behoudt en daarvoor contributie verschuldigd is. Consumenten ontvangen geen restitutie van de vooruitbetaalde contributie, wanneer zij vòòr het einde van hun lidmaatschapsjaar hun lidmaatschap willen beëindigen. Pas in het daarop volgende lidmaatschapsjaar is het lid geen contributie meer verschuldigd aan Privilege. Om het huidige bedrijfsmodel in stand te kunnen houden

<sup>10</sup> Zoals volgt uit artikel 6.2 van de Algemene Voorwaarden van lidmaatschap bij Privilege.

<sup>11</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 20.3-20.5.

stelt Privilege dat het niet mogelijk zou zijn om leden tussentijds op te laten zeggen en hun vooruitbetaalde contributie terug te betalen. De keuze voor een dergelijk bedrijfsmodel maakt echter niet dat Privilege ontkomt aan de verantwoordelijkheid om aan haar wettelijke verplichtingen als handelaar te voldoen.

- 20 Uit de artikelen 9.2 en 9.3 van de algemene voorwaarden van Privilege volgt dat er een stilzwijgende verlenging van een jaar wordt gehanteerd, zonder dat de consument na de stilzwijgende verlenging kan opzeggen met inachtneming van ten hoogste een maand opzegtermijn. De geldende opzegtermijn van ten minste een maand tegen de einddatum van de lopende jaartermijn leidt er toe dat leden niet *te allen tijden* op kunnen zeggen met een termijn van een maand. Ook een geldige opzegging leidt ertoe dat het lidmaatschap onveranderd voort blijft duren voor de rest van het lidmaatschapsjaar. Consumenten worden reeds beperkt in hun recht om het contract tussentijds te beëindigen en het hanteren van een stilzwijgende verlenging van een jaar door Privilege is voorts onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:236, aanhef en onder j, BW.
- 21 De ACM heeft daarom op goede gronden een overtreding van artikel 6:236, aanhef, en onder j, BW vastgesteld en in de opgelegde last onder dwangsom terecht bepaald dat Privilege deze overtreding moet staken. Het bezwaar is ongegrond.

### 3.1.3. Opzegmogelijkheden (artikel 6:236, aanhef en onder o, BW)

- 22 Opzegging van een lidmaatschap bij Privilege was ten tijde van het bestreden besluit ingevolge artikel 9.3 uit de algemene voorwaarden, slechts geldig wanneer het lid een ondertekende schriftelijke kennisgeving aan Privilege stuurde. Artikel 12 van de algemene voorwaarden licht vervolgens toe dat een schriftelijke kennisgeving inhoudt dat leden een ondertekende brief moesten sturen naar het postadres van Privilege.
- 23 Het opzeggen van een lidmaatschap moet op dezelfde wijze kunnen geschieden als waarop het lidmaatschap is aangegaan. Het beperken van deze bevoegdheid is onredelijk bezwarend.<sup>12</sup> Consumenten kunnen een lidmaatschap bij Privilege geheel online aangaan door zich te registreren en contributie te betalen. Het was niet uit de lidmaatschapsvoorwaarden af te leiden of een opzegging via e-mail geldig zou zijn. Uit de consumentverklaringen komt ook naar voren dat leden beperkt zijn geweest in hun opzegmogelijkheid via e-mail. Dit blijkt onder andere uit de documentatie die door meerdere consumenten is overgelegd ter onderbouwing van hun klacht. Ook de voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat artikel 9.3 onredelijk bezwarend is.<sup>13</sup>
- 24 De bepaling van 9.3 uit de algemene voorwaarden van Privilege is ten tijde van het opstellen van het bestreden besluit niet aangepast. Daarom werd de maatregel onder randnummer 93 uit het bestreden besluit opgenomen. Dat Privilege inmiddels mogelijk opzeggingen per e-mailbericht is gaan accepteren doet hier niet aan af. Wijzigingen die na de lastoplegging worden doorgevoerd in beginsel niet van invloed op de rechtmatigheid van de lastoplegging.<sup>14</sup> Het bezwaar is ongegrond.

### 3.1.4. Boetebeding (artikel 6:233 BW)

- 25 Omdat Privilege in strijd met artikel 6:236 BW de opzegmogelijkheden beperkt, kan een consument die rechtsgeldig opzegt in strijd met de algemene voorwaarden handelen en een boete verschuldigd zijn in navolging van artikel 5.2 uit de algemene voorwaarden. Het is voor de ACM onduidelijk wat een ongeldige opzegging in de zin van artikel 5 van de algemene voorwaarden precies inhoudt. Privilege

<sup>12</sup> Krachtens artikel 6:236, aanhef en onder o, BW.

<sup>13</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 22.4.

<sup>14</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 22.4 (zie ook de verwijzingen naar jurisprudentie in voetnoot 11: ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3388 en ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571).

heeft slechts aangegeven dat een opzegging voldoende identificeerbare persoonsgegevens moet bevatten,<sup>15</sup> maar geeft geen duidelijke invulling voor deze voorwaarde.

- 26 De ACM concludeert dat Privilege met het hanteren van een dergelijke boeteclausule in haar algemene voorwaarden, de consument ernstig beperkt in zijn mogelijkheden om gebruik te maken van zijn wettelijk recht om na verlenging het contract op te zeggen met ten hoogste een maand opzegtermijn. Dat Privilege naar eigen zeggen niet daadwerkelijk tot het in rekening brengen van de boetes is overgegaan, doet daar niet aan af. Het dreigen met boetes kan immers op zichzelf al worden beschouwd als een (ontoelaatbare) beperking van de opzegmogelijkheden van de leden van Privilege.
- 27 Bovendien is de boeteclausule van driemaal de reguliere contributie onredelijk hoog. Uitgaande van de huidige prijs van een lidmaatschap wordt de boete in navolging van artikel 5.2 uit de algemene voorwaarden berekend op (minimaal) 495 euro. Indien een consument met een maand opzegtermijn op zou zeggen, zou dit hem of haar hooguit een maand contributie kosten. Dat staat geenszins in verhouding staat tot de boete van 495 euro. In haar bezwaar gaat Privilege eraan voorbij dat de boeteclausule moet worden afgezet tegen de jaarcontributie van het lid. De mogelijke voordelen die een lid zou kunnen behalen bij een veilingaankoop, zijn daarvoor niet relevant.<sup>16</sup>
- 28 De stelling van Privilege dat de ACM niet toereikend zou hebben gemotiveerd waarom er sprake is van een onredelijk bezwarende boeteclausule, is ongefundeerd. In het bestreden besluit heeft de ACM haar oordeel dat er sprake is van een onredelijk bezwarende boetebeding en een overtreding van artikel 6:233 BW onder randnummers 49 tot 53, voldoende onderbouwd. Het bezwaar is ongegrond.

### 3.1.5. Agressieve handelspraktijk (artikel 6:193h, eerste lid, BW)

- 29 Ingevolge artikel 5.2 van de algemene voorwaarden kan Privilege haar leden een boete opleggen bij een 'ongeldige' opzegging. Aan leden die in strijd met artikel 9.4 uit de algemene voorwaarden van Privilege opzegden, heeft Privilege ook brieven gestuurd waarop zij zich beriep op het boetebeding uit artikel 5.2. Privilege heeft artikel 9.4 inmiddels uit haar algemene voorwaarden verwijderd, maar dit betekent niet dat Privilege zich niet op andere artikelen kan beroepen als zij dreigt met boetes. Uit paragraaf 3.1.2. en 3.1.3. blijkt dat er andere situaties denkbaar zijn waarin een consument rechtsgeldig opzegt, maar dit door Privilege als ongeldige opzegging wordt gekwalificeerd.
- 30 De dreiging van een boete kan de keuzevrijheid of vrijheid van handelen van de leden van Privilege aanzienlijk beperken. Als gevolg van deze handelspraktijken heeft de gemiddelde consument een ander besluit over de overeenkomst kunnen nemen. Door haar leden onder druk te zetten (om langer vast te houden aan een lidmaatschap waar zij eerder van af hadden gezien), heeft Privilege zich schuldig gemaakt aan een agressieve handelspraktijk als bedoeld in artikel 6:193h, eerste lid, BW. Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Whc.
- 31 De last die die Privilege is opgelegd ziet naast het beëindigen van de overtreding, ook op voorkoming van herhaling hiervan.<sup>17</sup> Dit is nodig omdat het onduidelijk is wanneer Privilege is gestopt met het versturen van de brieven en het niet uitgesloten kan worden dat Privilege consumenten zou houden aan de (onverschuldigde) betaling voor de verlenging van het lidmaatschap door hen te wijzen op het boetebeding. Uit informatie ontvangen naar aanleiding van de informatievordering blijkt dat artikel 9.4 per 1 januari 2020 uit de algemene voorwaarden is verwijderd.<sup>18</sup> Privilege heeft hierover verklaard dat "per" als "vanaf" moet worden gelezen en dat zij eerder al had aangegeven dat het artikel medio 2021 was verwijderd.<sup>19</sup> In het gesprek met de ACM van 14 januari 2022 heeft Privilege aangegeven dat zij

<sup>15</sup> Dit heeft Privilege verklaard tijdens de behandeling van haar verzoek om een voorlopige voorziening tegen de LOD.

<sup>16</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 23.3.

<sup>17</sup> Kenmerk ACM/UIT/571586 (Dossierstuk 58, last onder dwangsom, randnummer 99, onder a). Zie ook de overwegingen van de voorzieningenrechter hierover (Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 24.3.

<sup>18</sup> Kenmerk ACM/IN/685048 (Dossierstuk 33, p. 14).

<sup>19</sup> Dit heeft Privilege verklaard tijdens de behandeling van haar verzoek om een voorlopige voorziening tegen de LOD.

twee maanden voor het artikel in het Haarlems Dagblad<sup>20</sup> werd gepubliceerd, is gestopt met het versturen van de bedoelde brieven toen artikel 9.4 uit de algemene voorwaarden is gehaald.<sup>21</sup>

- 32 Het artikel in het Haarlems Dagblad dateert van 19 juni 2021<sup>22</sup>. De ACM heeft echter nog een brief ontvangen die Privilege op 10 mei 2021 heeft verstuurd, nog geen maand voor het artikel in het Haarlems Dagblad verscheen.<sup>23</sup> Vanwege deze onderling tegenstrijdige verklaringen van Privilege kan de ACM daarom niet precies vaststellen wanneer Privilege is gestopt met het sturen van brieven waarin wordt bedreigd met beboeting wegens ongeldige opzegging van het lidmaatschap. Vast staat in elk geval dat vorig jaar nog een dergelijke brief is verstuurd. De ACM concludeert dat dit onderdeel van de last derhalve terecht is opgenomen.
- 33 De stelling van Privilege dat de ACM de overtreding in de last onder dwangsom niet heeft gemotiveerd door het ontbreken van de transactietoets, is onjuist. In randnummers 56 en 57 van het bestreden besluit heeft de ACM uitgebreid overwogen waarom de gemiddelde consument een ander besluit over de overeenkomst kan nemen, of zou kunnen nemen.<sup>24</sup> De ACM heeft afdoende aangetoond dat een consument daadwerkelijk een andere beslissing over een overeenkomst heeft genomen door het lidmaatschap langer aan te houden vanwege de brieven.<sup>25</sup> Het bezwaar is ongegrond.

## 3.2. Procedurele kwesties

### 3.2.1. Collectieve belangen van consumenten

- 34 Op de website biedt Privilege consumenten diensten aan waardoor consumenten mee kunnen doen aan veilingen. De handelspraktijk van Privilege kenmerkt zich doordat meerdere consumenten op eenzelfde manier via internet zijn of kunnen worden bereikt en geschaad door onder andere consumenten te binden aan onredelijk bezwarende bedingen via haar algemene voorwaarden. Alleen daarom is al sprake van een mogelijke schending van collectieve belangen van consumenten. De hoeveelheid of validiteit van de klachten die door leden van Privilege bij de ACM zijn ingediend, doen daar niet aan af.
- 35 Daarnaast is geen sprake van een zeer beperkte groep consumenten, zoals Privilege ten onrechte stelt. Alle consumenten die zijn geabonneerd op de diensten van Privilege worden immers geraakt door een inbreuk die er in de kern op neerkomt dat Privilege consumenten bindt aan onredelijk bezwarende bedingen via haar algemene voorwaarden. Daarnaast geldt dat gelet op de definitie van inbreuk in artikel 1.1 Whc concrete schade niet hoeft te worden vastgesteld.<sup>26</sup> Het gaat er om dat in potentie schade (aan de collectieve belangen van consumenten) kan worden toegebracht.<sup>27</sup> Dit impliceert dat iedere onderneming – onafhankelijk van omvang en rechtsvorm – kan worden geconfronteerd met handhavende maatregelen wegens een inbreuk in de zin van artikel 1.1 Whc. Het bezwaar treft geen doel.

### 3.2.2. Verdedigingsrechten en beginselen van behoorlijk bestuur

- 36 De ACM heeft de verdedigingsrechten van Privilege en de beginselen van behoorlijk bestuur niet geschonden door van tevoren geen inzage te geven in klachten en meldingen van consumenten of te weinig tijd te bieden om te reageren op beschuldigingen.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> Kenmerk ACM/IN/673647 (Dossierstuk 9).

<sup>21</sup> Kenmerk ACM/INT/441388 (Dossierstuk 34, Gespreksverslag, p. 4).

<sup>22</sup> Zie hier: [https://www.haarlemsdagblad.nl/cnt/dmf20210611\\_38922506](https://www.haarlemsdagblad.nl/cnt/dmf20210611_38922506).

<sup>23</sup> Kenmerk ACM/UIT/570339 (Dossierstuk 38 (4a)).

<sup>24</sup> In randnummer 56 van het bestreden besluit wordt verwezen naar dossierstuk 21 (ACM/INT/432907).

<sup>25</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 24.3.

<sup>26</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 25.

<sup>27</sup> Zie ook o.a. Rechtbank Rotterdam 5 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:782, r.o. 9.

<sup>28</sup> Kenmerk ACM/IN/714785, rn. 28-45.

- 37 Allereerst wijst de ACM erop dat uit de concept-last van 16 februari 2022 voldoende duidelijk bleek welke verwijten de ACM maakte aan het adres van Privilege. Daarin wordt immers ingegaan op de aard van de klachten van consumenten en de (met de Whc strijdige) algemene voorwaarden van Privilege. Daarmee beschikte Privilege al over voldoende informatie om zich naar behoren te kunnen verweren.<sup>29</sup>
- 38 Artikel 6, tweede en derde lid, EVRM en/of artikel 41, tweede lid, van het Handvest voorzien niet in een recht op inzage van de stukken voorafgaand aan de lastoplegging.<sup>30</sup> Zoals volgt uit het bestreden besluit maken de meldingen van consumenten en de afgenomen consumentenverklaringen in deze zaak deel uit van het dossier en werden zij op de gebruikelijke wijze verstrekt aan Privilege.<sup>31</sup> Het gaat hier om een verstrekking in het kader van de bezwaarprocedure gericht tegen de aan Privilege opgelegde last onder dwangsom. Een last onder dwangsom kwalificeert niet als een bestraffende sanctie, zodat artikel 5:49 Awb niet van toepassing is.<sup>32</sup>
- 39 In deze zaak heeft de ACM het dossier inclusief meldingen op 8 juli 2022 aan Privilege toegezonden.<sup>33</sup> Hiermee is voldaan aan het bepaalde in artikel 7:4 Awb. Privilege heeft bijna een maand de tijd gekregen om haar zienswijze naar voren te brengen en ruim twee maanden om haar gronden van bezwaar in te dienen. Daarmee is Privilege in staat gesteld om de meldingen van consumenten tijdig in te zien en daarop in te gaan in haar bezwaar. Van schending van beginselen van behoorlijk bestuur en/of fundamentele (verdedigings)rechten van Privilege is daarom geen sprake.

### 3.2.3. Onzorgvuldig onderzoek en vooringenomenheid

- 40 Uit artikel 2.4 Awb volgt dat de ACM haar taak zonder vooringenomenheid moet vervullen. Als de besluitvorming door de ACM zou zijn beïnvloed door persoonlijke belangen of voorkeuren, zou dit in strijd zijn met dit wettelijke voorschrift.<sup>34</sup> De gang van zaken rondom het opleggen van de last onder dwangsom aan Privilege biedt hiervoor echter geen objectieve aanknopingspunten.
- 41 De ACM heeft niet alleen onderzoek gedaan naar Privilege door middel van alle informatie verkregen op haar website en aangeleverd door Privilege zelf, maar heeft zich ook gebaseerd op meldingen van consumenten en hun correspondentie met Privilege. Vijf van de zeven klanten hebben hun correspondentie met Privilege aan ACM toegestuurd en de inhoud van deze meldingen correspondeerde met de openbaar te raadplegen algemene voorwaarden van Privilege.
- 42 De ACM heeft de informatie op de website en het beeld dat uit de meldingen van consumenten opeens naar voren gebracht en daar vragen over gesteld in het gesprek met Privilege. Dat de ACM ten tijde van het gesprek op 14 januari 2022 al mogelijke inbreuken van de Whc had geconstateerd en daarover in gesprek wilde met Privilege om afspraken te maken ter voorkoming van een formeel handhavingmaatregel, getuigt niet van vooringenomenheid.<sup>35</sup>
- 43 Het bezwaar van Privilege dat het bestreden besluit enkel is gebaseerd op achterhaalde klachten van consumenten omtrent de oude tekst van artikel 9.4, is bovendien ongegrond. De klachten van consumenten over artikel 9.4 uit de algemene voorwaarden van Privilege waren weliswaar een

<sup>29</sup> Zie ook de overwegingen van de voorzieningenrechter hierover (Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 15.3).

<sup>30</sup> Zie ook de overwegingen van de voorzieningenrechter hierover (Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 15.2).

<sup>31</sup> Kenmerk ACM/UIT/571586 (Dossierstuk 58).

<sup>32</sup> ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:780, r.o. 5.1. De onschuldpresumptie kan zich uitstrekken tot een bestuursrechtelijke procedure, indien de geschilpunten in de bestuursrechtelijke procedure voortvloeien uit en samenhangen met een strafrechtelijke procedure. Hiervan is in dit geval geen sprake.

<sup>33</sup> Kenmerk ACM/UIT/579958.

<sup>34</sup> ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2702, r.o. 3.1.

<sup>35</sup> Zie ook de overwegingen van de voorzieningenrechter hierover (Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 16).

aanleiding voor verder onderzoek maar zijn uiteindelijk niet de grondslag geweest voor het bestreden besluit. Uit het onderzoek van de ACM en de klachten van consumenten volgden dat artikelen 5.2, 9.2 en 9.3 uit de algemene voorwaarden eveneens overtredingen bevatten. Het bestreden besluit van de ACM ziet dan ook niet op een achterhaalde handelspraktijk, maar op de onredelijke bezwarende voorwaarden in de ongewijzigde tekst van artikel 5.2, 9.2 en 9.3 uit de algemene voorwaarden.

- 44 De ACM heeft pas in het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom aan Privilege een oordeel geveld over de geconstateerde overtredingen en de noodzaak om handhavende maatregelen te treffen. Bovendien is Privilege ook in staat gesteld om een zienswijze naar voren te brengen op het voornemen van de ACM om een last onder dwangsom op te leggen. Het bezwaar is dan ook ongegrond.

### 3.2.4. Verbod van willekeur en evenredigheidsbeginsel

- 45 De bevoegdheid van de ACM om een last onder dwangsom op te leggen is een discretionaire bevoegdheid. Artikel 2.9 Whc bepaalt dat de ACM, indien zij van oordeel is dat een inbreuk heeft plaatsgevonden, een last onder dwangsom kan opleggen. Bij de uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid dient de ACM de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, waaronder het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel.<sup>36</sup>
- 46 De geconstateerde overtredingen hebben meerdere consumenten getroffen en hebben mede daarom een structureel karakter. Onder randnummers 33 en 34 van dit besluit concludeert de ACM reeds dat er sprake is van een mogelijke schending van collectieve belangen van consumenten. De ACM kon in dit geval in redelijkheid besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom aan Privilege.
- 47 Privilege heeft daarnaast geen concrete voorbeelden gegeven waarin de ACM in gelijke gevallen weigert om handhavende maatregelen te treffen ten aanzien van andere (concurrerende) ondernemingen. De ACM ziet daarom niet in waarom zij willekeurig heeft gehandeld jegens Privilege of dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden.

### 3.3. De duidelijkheid van de last onder dwangsom

- 48 Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat een last zodanig duidelijk en concreet geformuleerd wordt dat degene tot wie de last is gericht niet in het duister hoeft te tasten over wat gedaan of nagelaten moet worden om de overtreding te beëindigen. Op grond van artikel 5:32a Awb dient in de last duidelijk omschreven te worden hoe de overtreding moet worden beëindigd.
- 49 De ACM overweegt dat (de onderdelen van) de opgelegde last in hoofdstuk 9 van het bestreden besluit moet worden gelezen in samenhang met de overwegingen in het besluit en in het bijzonder met de omschrijving van de vastgestelde overtredingen. In randnummers 40 tot en met 60 van het bestreden besluit is uiteengezet waaruit de overtredingen van artikel 8.3 en 8.8 Whc bestaan. De ACM heeft vastgesteld dat Privilege drie onredelijk bezwarende algemene voorwaarden hanteert en dat daarnaast sprake is van een agressieve handelspraktijk. In hoofdstukken 5.1 en 5.2 uit het bestreden besluit is uiteengezet op welke gronden deze vaststelling is gebaseerd en waaruit deze overtredingen bestaan. In randnummer 93 van het bestreden besluit wordt uitvoerig en gedetailleerd beschreven welke herstelmaatregelen kunnen worden genomen om de geconstateerde overtredingen te beëindigen (en daarmee te voorkomen dat dwangsommen worden verbeurd). In het wijzigingsbesluit<sup>37</sup> is de formulering van de herstelmaatregel met betrekking tot de informatieverplichting daarnaast nog aangescherpt. Hiermee is voor Privilege voldoende inzichtelijk gemaakt hoe zij kan voldoen aan de aan haar opgelegde last.

<sup>36</sup> Cbb 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:921, r.o. 6.1.

<sup>37</sup> Besluit van 29 augustus 2022 met kenmerk ACM/UIT/582123.



- 50 Het volstaat als duidelijk wordt gemaakt welke bepaling uit de toepasselijke wet- en/of regelgeving is overtreden en dat de overtreder dient te voldoen aan de norm(en) die daarin is/zijn opgenomen. Het bestuursorgaan is niet gehouden om in detail voor te schrijven welke (herstel)maatregelen de overtreder moet nemen om aan die norm(en) te voldoen. De overtreder heeft de vrijheid om zelf geschikte maatregelen te kiezen.<sup>38</sup>
- 51 De overtreder moet in staat zijn om zelf geschikte maatregelen te kiezen. Deze vrijheid mag niet onnodig worden beknot.<sup>39</sup> Dit kan zelfs in strijd zijn met artikel 5:32a, eerste lid, Awb. Daarom hoeft de lastgeving niet verder te gaan dan dat kenbaar wordt gemaakt hoe de overtredingen beëindigd kunnen worden. Dit levert geen onvoldoende bepaalde lastgeving op is daarom niet in strijd met het rechtzekerheidsbeginsel.
- 52 Hieronder zal de ACM nog kort ingaan op enkele specifieke punten van kritiek die Privilege heeft aangevoerd met betrekking tot de formulering van de lastgeving:
- In randnummer 93 van het bestreden besluit is de herstelmaatregel opgenomen dat Privilege op een duidelijke en begrijpelijke manier informatie moet verstrekken over het opzeggen van het Privileges Lidmaatschap, waarbij geen drempels mogen worden opgeworpen zoals de voorwaarde stellen dat opzegging per e-mail en/of elektronisch opzegformulier alleen mogelijk is door een ondertekende opzegbrief bij te voegen. Dit raakt direct aan de geconstateerde overtreding dat het onredelijk bezwarend is als in de algemene voorwaarden de bevoegdheid tot opzegging van een overeenkomst die elektronisch wordt aangegaan, wordt beperkt of uitgesloten (zoals het stellen van de eis van een ondertekende opzegbrief). Afwijkend handelen door Privilege na het verstrijken van de begunstigingstermijn zal dus logischerwijs leiden tot verbeurte van een of meerdere dwangsommen. Van een onvoldoende bepaalde herstelmaatregel is geen sprake.
  - Verder is in randnummer 93 van het bestreden besluit de herstelmaatregel opgenomen dat Privilege moet stoppen met dreigen met de boete uit de boeteclausule van artikel 5.2 uit de algemene voorwaarden en/of het innen daarvan. Het innen van deze boetes ligt logischerwijs in het verlengde van de agressieve handelspraktijk van het dreigen met boetes. Daarmee is sprake van een toereikende grondslag voor de gehele herstelmaatregel.
  - Hetzelfde geldt voor de herstelmaatregel met betrekking tot de informatieverplichting. Volgens het wijzigingsbesluit<sup>40</sup> moet Privilege bestaande klanten informeren dat zij niet zijn gebonden zijn aan bedingen 5.2, 9.2 en 9.3 uit de (toentertijd gehanteerde) algemene voorwaarden en daarnaast de tekst van deze bedingen verstrekken. Deze herstelmaatregel sluit aan bij het bepaalde in artikel 8.3 Whc. Daarin is vastgelegd dat degene die algemene voorwaarden gebruikt in een overeenkomst met een consument, die consument niet bindt aan een beding dat vernietigbaar is (volgens afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek). Herstel van een overtreding van dit voorschrift vergt logischerwijs dat de betrokken consumenten er actief van in kennis worden gesteld dat zij – in afwijking van de schijn die daarover eerder ten onrechte werd gewekt door de handelaar – niet gebonden zijn aan een dergelijk beding, en dat daarnaast ook duidelijk wordt gemaakt welke bedingen het precies betreft.

Gelet op het voorgaande acht de ACM het onvoldoende voor het beëindigen van de overtreding(en) dat Privilege volstaat met toezending van de aangepaste algemene voorwaarden aan bestaande klanten. De ACM wijkt hiermee af van het oordeel van de

<sup>38</sup> ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2150, r.o. 7.2.

<sup>39</sup> Vgl. ABRvS 20 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1247, r.o. 2.9.1.

<sup>40</sup> Besluit van 29 augustus 2022 met kenmerk ACM/UIT/582123.

voorzieningenrechter.<sup>41</sup> Reden hiervoor is dat aan bestaande klanten bij het enkel toezenden van de aangepaste algemene voorwaarden nog steeds onvoldoende duidelijkheid wordt verschaft over hun rechtspositie ten opzichte van Privilege. In dat geval wordt immers niet expliciet bevestigd dat Privilege hen niet langer gebonden acht aan bedingen 5.2, 9.2 en 9.3 uit de (toentertijd gehanteerde) algemene voorwaarden. Dit is belangrijk omdat Privilege zich eerder actief heeft beroepen op haar voorwaarden en de schijn wekte dat consumenten daaraan onverkort waren gebonden. Volledigheidshalve wijst de ACM erop dat zij het niet nodig acht dat Privilege bestaande klanten (ook) mededeelt dat deze bedingen onredelijk bezwarend zijn, zoals de voorzieningenrechter lijkt te veronderstellen.

- Er zijn geen duidelijke aanknopingspunten dat de dwangsombedragen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van de overtreding en het met de ongedaanmaking daarvan te dienen belang (zie artikel 5:32b, derde lid, Awb). Daarbij is van belang dat van de dwangsom een zodanige prikkel moet uitgaan, dat de oplegde last wordt nagekomen en verbeurde van dwangsommen wordt voorkomen.<sup>42</sup> Bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom heeft de ACM rekening gehouden met het feit dat de jaarlijkse omzet van Privilege ergens tussen [VERTROUWELIJK] moet liggen, gelet op het aantal leden ten tijde van het opleggen van de last onder dwangsom. De ACM volgt Privilege niet in haar betoog dat het bewijs van de overtredingen niet zou zijn geleverd of dat de zwaarte van het geschonden belang en de omvang van de overtredingen de hoogte van de dwangsombedragen niet zou rechtvaardigen. Dat Privilege ook 15.000 euro per week of gedeelte van de week verbeurt als zij aan één onderdeel van de lastgeving niet voldoet, acht de ACM op zichzelf niet onevenredig. Als het dwangsombedrag (nader) zou worden opgesplitst naar lastonderdeel, acht de ACM het risico te groot dat de dwangsommen dan op zichzelf niet meer voldoende zullen prikkelen om nakoming af te dwingen.

- 53 De ACM concludeert dat het bestreden besluit voldoende duidelijk en concreet is en dat het voor Privilege van meet af aan duidelijk moet zijn geweest hoe zij aan de last kon voldoen. Het bezwaar is ongegrond.

## 4. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- verklaart het bezwaar van Privilege B.V. tegen het besluit van 1 juni 2022 met kenmerk ACM/UIT/571586 ongegrond;
- handhaaft het besluit van 1 juni 2022 met kenmerk ACM/UIT/571586.

Den Haag, **22 november 2022**

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

mr. M.T.P.J. van Oers

<sup>41</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 4 oktober 2022, zaaknr. ROT 22/3009 en ROT 22/3054, r.o. 28. Volledigheidshalve merkt de ACM hierbij nog op dat zij de door de voorzieningenrechter getroffen voorziening inzake de informatieverplichting uiteraard zal respecteren totdat de meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam in een eventuele bodemprocedure uitspraak heeft gedaan (zie artikel 8:85 Awb).

<sup>42</sup> O.a. ABRvS 26 oktober 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:2797](https://www.eclinet.nl/casus/2016/2797).

---

Directeur Juridische Zaken

*Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).*