

Openbare versie

De Bezwaar Advies Commissie van de Autoriteit Consument en Markt

Advies inzake het bezwaarschrift van

Ryanair Ltd. (aangeduid als "Ryanair"),

van 28 maart 2013, ingediend namens Ryanair door dhr. mr. M.Ch. Kaaks

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit, sinds 1 april 2013 te noemen Autoriteit Consument en Markt ("ACM"), van 26 februari 2013 (het "bestreden besluit"),
met kenmerk CA/IB/878/16

Sinds 1 april 2013 is de Consumentenautoriteit opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt ("ACM").¹ Het advies van de BAC is gericht aan de ACM. Echter, aangezien (veel van) de feiten in dit dossier zich vóór 1 april 2013 hebben voorgedaan, wordt in het procedureverloop zoals dat in dit advies wordt geschetst, de naam Consumentenautoriteit of CA gehanteerd.

1 Procedureverloop

- 1.1 Uit de stukken en het verhandelde ter hoorzitting is de Commissie – samengevat – het volgende gebleken.
- 1.2 De CA is begin 2012 een onderzoek gestart naar de naleving door Ryanair van regels van consumentenrecht bij het aanbieden van vliegtickets via haar website www.ryanair.com/nl. Het onderzoek bestrijkt de periode van januari 2012 tot en met 4 september 2012.
- 1.3 Ten behoeve van dat onderzoek hebben ambtenaren van de CA zevenmaal de website van www.ryanair.com/nl vastgelegd waarbij zesmaal (op 13 januari, 20 januari, 27 januari, 3 februari, 27 april en 12 juli 2012) een enkele of een retourreis vanuit Nederland is geselecteerd en het boekingsproces is doorlopen tot aan het moment van betalen. Eenmaal – op 10 februari 2012 – hebben de ambtenaren een boekingsproces doorlopen inclusief betaling, zodat de (twee) vliegtickets daadwerkelijk zijn aangeschaft.
- 1.4 Per 18 mei 2012 heeft Ryanair – kennelijk voornamelijk als gevolg van toezichthoudend optreden van de Britse *Civil Aviation Authority* – het boekingsproces op haar website www.ryanair.com op enkele punten ingrijpend gewijzigd.
- 1.5 Daarnaast heeft in het kader van het onderzoek op verzoek van Ryanair op 14 juni 2012 een gesprek plaatsgevonden tussen Ryanair en de CA. Het woordelijk verslag van dit gesprek is onderdeel van het dossier. Voorts heeft Ryanair op verzoek van de CA

¹ Wet van 28 februari 2013, Stb. 2013, 102; i.w.tr. KB 13 maart 2013, Stb. 2013, 103 (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt).

Openbare versie

inlichtingen verschaft en stukken overgelegd ten aanzien van haar handelspraktijken. Die nadere stukken en inlichtingen maken onderdeel uit van het dossier.

- 1.6 Op 5 september 2012 heeft de CA op basis van het onderzoek een rapport van overtreding opgemaakt als bedoeld in artikel 5:48 Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**"), met documentnummer CA/IB/812/62. Dit rapport heeft de CA bij brieven van diezelfde datum aan dhr. mr. M.Ch. Kaaks en aan de juridische afdeling van de CA toegezonden.
- 1.7 Bij brief van 19 september 2012 heeft de CA Ryanair in de gelegenheid gesteld om schriftelijk of mondeling haar zienswijze te geven ten aanzien van het boeterapport. Ryanair heeft daartoe een schriftelijke zienswijze ingediend op 31 oktober 2012; voorts heeft Ryanair haar zienswijze mondeling nader toegelicht op een daartoe op 8 november 2012 gehouden hoorzitting. Het verslag van deze hoorzitting maakt onderdeel uit van het dossier.
- 1.8 Vervolgens heeft de CA bij bestreden besluit van 26 februari 2013:
- a) vastgesteld dat Ryanair een overtreding heeft begaan van:
 - 1) artikel 23 lid 1 Verordening (EG) nr. 1008/2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap ("**Vo 1008/2008**");
 - 2) artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming ("**Whc**"), jo. artikel 6:193g aanhef en onder h van het Burgerlijk Wetboek ("**BW**");
 - 3) artikel 8.2 Whc, jo. artikel 6:227c lid 1 BW; en
 - 4) artikel 8.2 Whc, jo. artikel 3:15d lid 1 aanhef en onder b BW;
 - b) de onder a) genoemde overtredingen toegerekend aan Ryanair;
 - c) aan Ryanair voor deze overtredingen een viertal boetes opgelegd van:
 - 1) € 70.000,-, voor overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008;
 - 2) € 180.000 voor overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193g, aanhef en onder h BW;
 - 3) € 60.000 voor overtreding van artikel 8.2 Whc jo. artikel 6:227c lid 1 BW;
 - 4) € 60.000 voor overtreding van artikel 8.2 Whc jo. artikel 3:15d lid 1 aanhef onder b BW.
 - d) aan Ryanair een drietal lasten onder dwangsom opgelegd, die onder d, e en f (pp. 66-67) in het bestreden besluit zijn omschreven, alle drie ter ongedaanmaking van en voorkoming van herhaling van de geconstateerde overtredingen van artikel 23 Vo 1008/2008, artikel 8.2 Whc jo. artikel 6:227c lid 1 BW en artikel 8.2 Whc jo. artikel 3:15d lid 1 aanhef onder b BW. De begunstigingstermijn van de lasten onder dwangsom was vastgesteld op dertien weken na de bekendmaking van het bestreden besluit.
- 1.9 Bij brief van 28 maart 2013 heeft dhr. Kaaks namens Ryanair gemotiveerd bezwaar ingediend tegen het bestreden besluit.
- 1.10 Ryanair heeft bij de rechtbank Rotterdam een verzoek om voorlopige voorziening ingediend om schorsing van het bestreden besluit te verkrijgen. Telefonisch heeft Ryanair op 17 april 2013 aan de ACM laten weten dat haar belang bij schorsing van het bestreden besluit met name ziet op het begunstigingstermijn van de opgelegde last onder dwangsom ten aanzien

Openbare versie

van de gestelde overtreding van artikel 8.2 Whc jo. artikel 6:227c lid 1 BW. De benodigde begunstigingstermijn zou volgens Ryanair zes tot acht maanden zijn.

- 1.11 Tevens heeft Ryanair de ACM op 17 april 2013 verzocht om te controleren of Ryanair voldoet aan de opgelegde last onder dwangsom ten aanzien van de gestelde overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008. Op 18 april heeft de ACM naar aanleiding van dat verzoek het boekingsproces van Ryanair gecontroleerd op deze overtreding. Op 22 april 2013 heeft Ryanair vervolgens per email aan de ACM nadere informatie gestuurd ten aanzien van de beschikbaarheid van de Prepaid MasterCard.
- 1.12 Op 25 april 2013 heeft Ryanair op verzoek van de ACM haar standpunt ten aanzien van de begunstigingstermijn van de last voor de gestelde overtreding van artikel 8.2 Whc jo. artikel 6:227c lid 1 BW nader schriftelijk onderbouwd. Ryanair heeft kort gezegd aangevoerd dat de door te voeren technische aanpassingen van haar website niet tot de Nederlandstalige website beperkt kunnen blijven, zodat de benodigde aanpassingen technisch ingewikkeld en omvangrijk zijn. Bovendien loopt er al een zeer omvangrijke aanpassing van de website om onder meer te voldoen aan regelgeving op het gebied van luchthavenveiligheid. Die aanpassingen vergen in de komende periode veel van de capaciteit van de IT-afdeling van Ryanair.
- 1.13 Bij brief van 2 mei 2013 heeft de ACM per brief aan Ryanair meegedeeld dat Ryanair – op 2 mei 2013 – voldoet aan de opgelegde last met betrekking tot artikel 23 Vo 1008/2008.
- 1.14 Gelet op de gegeven onderbouwing ten aanzien van de volgens Ryanair te korte begunstigingstermijn van de last wegens overtreding van artikel 8.2 Whc jo. artikel 6:227c lid 1 BW en gelet op de omstandigheid dat Ryanair heeft aangegeven wat betreft de overige twee lasten onder dwangsom binnen de gestelde begunstigingstermijn van dertien weken te voldoen aan de last, heeft de ACM bij besluit van 16 mei 2013 het bestreden besluit ten aanzien van de begunstigingstermijn van de last ten aanzien van de gestelde overtreding van artikel 8.2 Whc jo. artikel 6:227c lid 1 BW gewijzigd. De begunstigingstermijn is met dat wijzigingsbesluit vastgesteld op 36 weken te rekenen vanaf de bekendmaking van het bestreden besluit.
- 1.15 Vervolgens is Ryanair bij brief van 7 mei 2013 door de Commissie uitgenodigd om het bezwaarschrift mondeling toe te lichten tijdens een hoorzitting. In overleg met de gemachtigde van Ryanair en met de ACM is de hoorzitting gehouden op 28 mei 2013.
- 1.16 Bij brief van 16 mei 2013 heeft de ACM aan de Commissie en de gemachtigde van Ryanair – behalve het genoemde wijzigingsbesluit – een schriftelijke toelichting op het bestreden besluit gestuurd.
- 1.17 Bij brief van 16 mei 2013 heeft de gemachtigde van Ryanair aan de Commissie en de ACM een tweetal nadere stukken gestuurd ((i) nadere informatie over de beschikbaarheid van de Prepaid MasterCard, en (ii) de genoemde brief van de ACM aan Ryanair van 2 mei 2013).

Openbare versie

- 1.18 Op 28 mei 2013 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij Ryanair haar bezwaren en de ACM haar bestreden besluit hebben toegelicht. Van de hoorzitting van 28 mei 2013 is een verslag gemaakt, welk verslag aan de ACM en aan Ryanair is toegestuurd.

2 Standpunt Ryanair

- 2.1 Ryanair heeft bezwaren aangevoerd die hierna genummerd 1 t/m 4 samengevat weergegeven worden.

1. Vooringenomenheid van de ACM jegens Ryanair; strijd met beginselen van behoorlijk bestuur (subsidiariteit en zorgvuldigheid) om hangende afspraken met Britse Civil Aviation Authority handhavend op te treden; strijd met gelijkheidsbeginsel / verbod van willekeur ten opzichte van Postgarant en andere luchtvaartmaatschappijen (bezwaarschrift randnummers 5-12, 16-18 en 148-150)

- 2.2 Ryanair heeft aangevoerd dat de ACM vooringenomen, onzorgvuldig en in strijd met het subsidiariteitsbeginsel heeft gehandeld door (i) te stellen (althans te doen voorkomen) dat Ryanair zich van eerdere verzoeken om handhaving en/of klachten over haar boekingsproces niets zou hebben aangetrokken en (ii) door handhavend op te treden (althans een aankondiging tot handhavend optreden te doen) bij brief van 25 april 2012 terwijl de ACM wist althans kon weten dat Ryanair in overleg met de Britse *Civil Aviation Authority* doende was een wijziging van haar website door te voeren om aan artikel 23 Vo 1008/2008 te voldoen. Naar aanleiding daarvan zou Ryanair een grondige herziening van haar boekingssysteem doorvoeren op 18 mei 2012, welke wijziging maanden was voorbereid. In dat licht was handhavend optreden – gelet op de korte termijn tussen 25 april en 18 mei 2012, en gelet op de omvang van de geplande wijzigingen – volgens Ryanair onredelijk, vooral nu de opgelegde sancties met name zien op de (korte) periode tussen 25 april en 18 mei 2012. Dat de ACM slechts eenmaal onderzoek heeft verricht naar het boekingsproces ná 18 mei 2012 en negenmaal vóór 18 mei, is in dat licht tevens onzorgvuldig.

2. Geen overtreding: Ryanair heeft niet in strijd gehandeld met de artikelen 23 Vo 1008/2008, 8.8 Whc jo 6:193g aanhef en onder h BW, 8.2 Whc jo 6:227c lid 1 BW en 8.2 Whc jo 3:15d lid 1 aanhef en onder b BW (bezwaarschrift randnummers 19-39, 51-75, 77-92, 95-127).

Artikel 23 Vo 1008/2008

- 2.3 Ryanair stelt dat zij artikel 23 Vo 1008/2008 niet heeft overtreden, zodat haar ten onrechte een boete en een last onder dwangsom is opgelegd.
- 2.4 In de eerste plaats stelt Ryanair daartoe dat zij in de periode januari 2012 t/m 18 mei 2012 (het moment van de genoemde ingrijpende aanpassing van de boekingswebsite) vanaf het tweede scherm van het boekingsproces in de zogenaamde flexi search tabs zowel een prijs

Openbare versie

exclusief bijkomende kosten, als – in het overzicht dat daarónder op de webpagina stond – een prijs *inclusief* alle vaste en onvermijdbare kosten toonde. Met deze handelwijze heeft Ryanair bovendien geen consumenten misleid en deze handelwijze heeft naar het oordeel van Ryanair zelfs geen invloed gehad of kunnen hebben op het gedrag van de (gemiddelde) consument.

- 2.5 In de tweede plaats stelt Ryanair dat de ACM ten onrechte heeft geoordeeld dat de Prepaid MasterCard geen "reële betalingsmogelijkheid" zou zijn. Dat is deze betaalkaart volgens Ryanair wel – al vanaf het begin van de onderzoeksperiode in 2012 – zodat wél sprake zou zijn van vermijdbare kosten en Ryanair om die reden geen overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008 heeft begaan door niet vanaf het begin van het boekingsproces op de (vermijdbare) betalingskosten te wijzen. Ryanair verwijst daartoe naar een – onvertaalde – uitspraak van het *Tribunale Amministrativo Regionale Lazio* (randnummer 29 van het bezwaarschrift) waaruit zou volgen dat een creditcardbetaling niet als 'onvermijdbaar' werd beschouwd onder omstandigheden waarin een gratis betaalmiddel beschikbaar was voor consumenten, "zelfs als de betaalmethode slechts door 1 % van de klanten gebruikt werd." Ryanair stelt dat de ACM ten onrechte de betalingsmogelijkheid van de Prepaid MasterCard slechts heeft beoordeeld aan de hand van het feitelijk (geringe) gebruik c.q. de (onmiddellijke en brede) beschikbaarheid ervan. De ACM heeft volgens Ryanair ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat de Prepaid MasterCard een nieuw betaalmiddel is, en heeft ten onrechte miskend dat er behalve Moneybookers andere aanbieders van de kaart zijn, ook in de Nederlandse taal (bijv. GWK Travelex). Voorts kan de ACM haar oordeel niet baseren op een verwijzing naar een (verouderd, uit 2011) oordeel van de Reclame Code Commissie, nu die instantie geen gezag / deskundigheid heeft op dit gebied.

Artikel 6:193g aanhef en onder h BW

- 2.6 Ryanair stelt dat zij artikel 6:193g aanhef en onder h BW niet heeft overtreden, zodat haar ten onrechte een boete en een last onder dwangsom is opgelegd.
- 2.7 Ryanair stelt daartoe het volgende. Zij stelt dat de tekst van de Europese Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG) leidend is bij de interpretatie van de norm, en dat – nu het gaat om een 'zwarte lijst' praktijk, die onder alle omstandigheden misleidend moet worden geacht – deze norm nauwkeurig en strikt moet worden geïnterpreteerd. Voorts stelt Ryanair dat het – om tot een overtreding van artikel 6:193g aanhef en onder h BW te kunnen concluderen – noodzakelijk is dat sprake is van een expliciete belofte (alleen 'het wekken van een indruk' is onvoldoende); dat zou volgen uit met name de bewoordingen van de Engelse ('*undertaking*') en Duitse ('*zusichern*') versie van de Richtlijn. De betreffende *after sales service* moet dan ook uitdrukkelijk als een te leveren prestatie zijn toegezegd. Daarvan is bij deze handelspraktijk van Ryanair geen sprake: zij heeft "de aangeboden after-saleservice nimmer vooropgesteld of expliciet beloofd te zullen leveren, laat staan dat Ryanair heeft *geworven* met haar *after-sales service*" (randnummer 59 bezwaarschrift). Ook zouden de klanten bij hun aankoopbeslissing de after-saleservice niet "tot onderwerp van de overeenkomst wensen te maken" en aldus van Ryanair een belofte in de zin van artikel 6:193g BW verlangen. Ryanair stelt voorts dat geen sprake is van misleiding; dat zou ook

Openbare versie

door de ACM zijn erkend (randnummers 71-72 bezwaarschrift). Tot slot stelt Ryanair dat een deel van haar *after sales services* ('aanwijzingen en herinneringen die per e-mail aan passagiers worden gezonden nadat de vlucht is geboekt en betaald') wel in het Nederlands worden geboden, zodat ook niet zou zijn voldaan aan het element uit artikel 6:193g aanhef en onder h BW dat "deze dienst vervolgens enkel beschikbaar" wordt gesteld in het Engels.

Artikel 6:227c lid 1 BW

- 2.8 Ryanair stelt dat zij artikel 6:227c lid 1 BW niet heeft overtreden. Daartoe stelt zij dat haar website de mogelijkheid biedt om terug te bladeren in het boekingsproces, zoals de ACM voorschrijft op haar website (www.consumentenautoriteit.nl). Bovendien is de inhoud van de overeenkomst tijdens het gehele boekingsproces aan de rechterkant van de boekingspagina zichtbaar voor de consument; daarbij zijn de vlucht, tijdstip, bestemming, en alle gekozen opties zichtbaar, zodat onbedoelde bedieningshandelingen niet onopgemerkt blijven.
- 2.9 Ryanair stelt verder dat tot 18 mei 2012 het voor kon komen – "afhankelijk van de gebruikte browser" (randnummer 85 bezwaarschrift) – dat "eerder op de pagina ingevulde persoonsgegevens weliswaar bewaard bleven, maar dat aangeklikte selecties werden gewist en opnieuw moesten worden ingevuld". Nu de aangeklikte selecties op de laatste pagina van het boekingsproces steeds zichtbaar waren, hebben consumenten hiervan volgens Ryanair geen hinder kunnen ondervinden.
- 2.10 Vanaf 18 mei 2013 blijven de gekozen selecties bovendien bewaard bij terugbladeren, ongeacht de browser. In het bestreden besluit (randnummers 160-161) is dan ook feitelijk onjuist dat de gekozen selecties worden gewist en opnieuw moeten worden ingevuld.
- 2.11 Daarnaast stelt Ryanair dat eventuele invoerfouten kosteloos zijn te herstellen (en heeft dat met documentatie onderbouwd), zodat de consument volgens Ryanair geen hinder ondervindt van het niet bieden van een overzicht van de ingevulde persoonsgegevens (terwijl het wel bieden van een overzicht van de ingevulde persoonsgegevens volgens Ryanair ook niet is vereist op basis van de Richtlijn inzake elektronische handel).

Artikel 3:15d lid 1 sub b BW

- 2.12 Ryanair stelt dat zij artikel 3:15d lid 1 sub b BW niet heeft overtreden. Ryanair stelt dat om te bepalen of wordt voldaan aan artikel 3:15d lid 1 sub b BW bepalend is of sprake is van "snel contact" en "rechtstreekse, effectieve communicatie", hetgeen kan worden bereikt via (i) telefonisch contact (waaronder ook fax en Skype) en (ii) contact via elektronisch dataverkeer (e-mail). Ryanair stelt dat zij de consument beide vormen van contact biedt (via diverse telefoonnummers, een faxnummer, en een "e-mail/contactformulier"), terwijl artikel 3:15d BW telefonisch contact niet verplicht stelt. De gegevens die Ryanair beschikbaar stelt (waaronder het e-mail/contactformulier), bieden naar haar oordeel aan de consument de mogelijkheid van snel contact en rechtstreekse en effectieve communicatie. Een inhoudelijke reactie op het bericht in het e-mail/contactformulier komt doorgaans binnen 24 uur. Ryanair meent dat uit – de teleologische interpretatie van – artikel 3:15d lid

Openbare versie

1 sub b BW niet volgt dat daarnaast ook een e-mailadres moet worden vermeld. Het is bovendien gebruikelijk dat online opererende bedrijven een webformulier gebruiken dat 'dient als' e-mailadres (ook luchtvaartmaatschappijen, zoals Transavia, Lufthansa, Air Berlin, British Airways, Vueling, EasyJet maken gebruik van een webformulier); het heeft volgens Ryanair dezelfde vorm en dient hetzelfde doel als een e-mailadres, terwijl het "veiliger en tijds- en kostenefficiënter" is dan een e-mailadres (randnummer 112 bezwaarschrift). Het e-mail/contactformulier is volgens Ryanair "effectiever" als contactmogelijkheid dan een e-mail, nu het geen last heeft van spambombardementen. Dat is volgens Ryanair in het voordeel van de consument, terwijl er volgens Ryanair voor de consument geen nadelen kleven aan het gebruik van een webformulier. Deze (technologische) ontwikkeling richting het gebruik van webformulieren is door de ACM volgens Ryanair ten onrechte niet in de besluitvorming betrokken. Ryanair wijst ten slotte op een arrest van het HvJ EU (Deutsche Internet Versicherung), waarin het HvJ EU oordeelt dat een webformulier kan worden beschouwd als een middel dat rechtstreekse en effectieve communicatie biedt.

- 2.13 Ryanair stelt geheel onverplicht haar e-mail/contactformulier te hebben aangepast conform de wensen van de ACM. Zo toont de bevestigingse-mail van Ryanair aan de consument een kopie van de oorspronkelijke tekst van het bericht van de consument, en het contactformulier is nu niet langer te vinden onder "*complaints*", maar onder "*general queries and complaints*".
- 2.14 Ryanair stelt voorts dat de ACM de reikwijdte van artikel 3:15d BW te ver oprekt door voorts te oordelen dat een webformulier niet met e-mail gelijk kan worden gesteld als het niet de mogelijkheid biedt om bestanden toe te voegen.
- 2.15 Nu de ACM voorts heeft gesteld (bestreden besluit randnummer 242) dat een webformulier onder omstandigheden is toegestaan (als o.a. bijlagen kunnen worden toegevoegd), meent Ryanair dat de boete voor overtreding van artikel 3:15d BW dan ook ten onrechte is opgelegd.

3. De hoogte van de opgelegde boetes is disproportioneel (bezwaarschrift randnummers 40-43, 76, 93, 128-132).

- 2.16 Ryanair stelt dat de hoogte van de opgelegde boetes onevenredig is.
- 2.17 Ten aanzien van de (vermeende) overtreding van **artikel 23 Vo 1008/2008** meent Ryanair dat de ACM de (vermeende) overtreding van het- tot 18 mei 2012 – niet noemen van de onvermijdbare kosten, ten onrechte als "ernstig" heeft gekwalificeerd. Voorts meent zij dat het niet noemen van de administratiekosten tot 1 december 2012 door de ACM ten onrechte als een "zeer ernstige" (vermeende) overtreding is gekwalificeerd. De consumenten zijn volgens Ryanair niet misleid, onder meer omdat Ryanair de consumenten steeds zorgvuldig zou hebben geïnformeerd, zodat het consumentenvertrouwen volgens Ryanair niet "kan" zijn geschaad.

Openbare versie

- 2.18 Ten aanzien van de (vermeende) overtreding van **artikel 6:193g sub h BW** meent Ryanair dat de boete van € 180.000 "exorbitant hoog" is, mede gelet op het feit dat Ryanair "zo spoedig mogelijk" na de eerste kennisgeving van de ACM op 14 juni 2012 haar website heeft gewijzigd en de overtreding ongedaan heeft gemaakt. De (vermeende) overtreding heeft dan ook slechts zes maanden geduurd.
- 2.19 Ten aanzien van de (vermeende) overtreding van **artikel 6:227c lid 1 BW** meent Ryanair dat die overtreding ten onrechte als "ernstig" is gekwalificeerd en dat de hoogte (van € 60.000) onevenredig is, met name omdat de ACM ten onrechte van een periode van dertien maanden uitgaat, terwijl de overtreding maximaal vier maanden (tot 18 mei 2012) heeft geduurd.
- 2.20 Ten aanzien van de (vermeende) overtreding van **artikel 3:15d BW** meent Ryanair dat de hoogte van de boete onevenredig is – onder verwijzing naar een uitspraak van de rechtbank Rotterdam ten aanzien van het beroep van Postgarant voor overtreding van ditzelfde artikel² – omdat Ryanair 'in ruime mate uitvoering geeft aan de materiële vereisten van artikel 3:15d sub b BW', door haar vestigingsadres, postadres, faxnummer, diverse telefoonnummers én een e-mail/contactformulier ter beschikking te stellen.

4. Het opleggen van lasten onder dwangsom was disproportioneel, en de begunstigingstermijn is te kort (bezwaarschrift randnummers 44-50, 94, 133-135, 136-144)

- 2.21 Ryanair stelt dat het onevenredig is dat de ACM een drietal lasten onder dwangsom heeft opgelegd.
- 2.22 Ten aanzien van de (vermeende) overtreding van **artikel 23 Vo 1008/2008** stelt Ryanair dat de ACM ten onrechte een last onder dwangsom heeft opgelegd, omdat ten tijde van het bestreden besluit (februari 2013) de ACM had kunnen vaststellen dat Ryanair deze overtreding reeds per 1 december 2012 had opgeheven, zoals zij op 14 juni 2012 al had aangekondigd.
- 2.23 Ten aanzien van de (vermeende) overtreding van **artikel 6:227c lid 1 BW** stelt Ryanair dat de ACM ten onrechte een last onder dwangsom heeft opgelegd, omdat Ryanair vanaf 18 mei 2012 in ieder geval aan de wettelijke norm voldoet.
- 2.24 Ten aanzien van de (vermeende) overtreding van **artikel 3:15d BW** stelt Ryanair dat de ACM ten onrechte een last onder dwangsom heeft opgelegd, omdat Ryanair door het hebben van een e-mail/contactformulier voldoet aan de wettelijke norm, en ook aan de tekst van de opgelegde last onder dwangsom.
- 2.25 Nu bij een wijzigingsbesluit van 16 mei 2013 van de ACM de begunstigingstermijn is verlengd, conform het verzoek van Ryanair, laat de Commissie de bezwaren van Ryanair

² Rb Rotterdam 25 februari 2010, LJN BL6368, r.o. 2.6.

Openbare versie

zoals verwoord in de randnummers 136-144 van het bezwaarschrift verder buiten beschouwing.

3 Standpunt ACM

- 3.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de ACM zich op het standpunt gesteld dat de bezwaren van Ryanair ongegrond zijn. De ACM heeft daartoe het volgende naar voren gebracht.

***Ad 1 vooringenomenheid, strijd met beginselen van behoorlijk bestuur?
(schriftelijke reactie randnrs. 35-37)***

- 3.2 De ACM stelt dat geen sprake is van vooringenomenheid doordat zij Ryanair niet de gelegenheid heeft geboden om de geconstateerde overtredingen ongedaan te maken. Het subsidiariteitsbeginsel vergt volgens de ACM niet dat zij Ryanair die gelegenheid had moeten bieden, omdat overtreders anders altijd ongestraft overtredingen kunnen begaan totdat zij gesommeerd worden de overtreding te staken. Voorts meent de ACM dat Ryanair weliswaar voornemens was verbeteringen aan te brengen op haar website maar dat die verbeteringen niet alle gestelde (vermoedelijke) overtredingen omvatten en ook niet afdoende waren om de overtredingen waar zij wel op zagen volledig te beëindigen.
- 3.3 De ACM stelt ten aanzien van overtreding van artikel 3:15d BW dat het aanbieden van een elektronisch contactformulier als enig elektronisch communicatiemiddel niet per definitie in strijd met artikel 3:15d, eerste lid aanhef en onder b, BW is, zodat de omstandigheid dat andere ondernemingen (o.a. luchtvaartmaatschappijen) een elektronisch communicatieformulier hebben niet per definitie een overtreding van artikel 3:15d BW inhoudt en dus niet vaststaat dat sprake is van gelijke gevallen die gelijk behandeld moeten worden.

Ad 2. Strijd met de artikelen 23 Vo 1008/2008, 8.8 Whc jo 6:193g aanhef en onder h BW, 8.2 Whc jo 6:227c lid 1 BW en 8.2 Whc jo 3:15d lid 1 aanhef en onder b BW? (schriftelijke toelichting randnrs. 5-28).

Artikel 23 Vo 1008/2008

- 3.4 De ACM stelt dat Ryanair een overtreding heeft begaan van artikel 23 Vo 1008/2008. Die overtreding valt volgens de ACM in twee onderdelen uiteen.
- 3.5 In de eerste plaats geldt dat onder meer de voorzienbare en onvermijdbare posten 'belastingen/toeslagen' en 'EU261 heffing' in de flexi search tabs (bij andere dan "bijzondere actietarieven") niet steeds zijn getoond. Dat het hier ging om voorzienbare en onvermijdbare kosten is door Ryanair niet betwist.

Openbare versie

- 3.6 Dit deel van de overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008 is volgens de ACM met de wijzigingen van de website op 18 mei 2012 opgeheven. Voordien zijn dus door de overtreding reeds collectieve consumentenbelangen geschaad.
- 3.7 In de tweede plaats gaat het er om dat de administratiekosten niet in de vluchtprijzen waren inbegrepen. In tegenstelling tot de zienswijze van Ryanair, meent de ACM dat deze kosten niet onvermijdbaar waren, omdat de mogelijkheid om die kosten te vermijden – door gebruik van de Prepaid MasterCard – in wezen niet reëel was. Daartoe stelt de ACM dat het ging om een relatief onbekend betaalmiddel in Nederland waarvan de verkrijgbaarheid onvoldoende was. Voorts heeft de ACM meegewogen dat de hoogte van de administratiekosten en de wijze waarop die werden berekend (per enkele reis per passagier) naar het oordeel van de ACM er op duiden dat het "feitelijk niet gaat om kosten die verband houden met de (transactie)kosten als zodanig", zodat het er naar het oordeel van de ACM op lijkt dat "Ryanair bedoelt de administratiekosten bij alle passagiers in rekening te brengen."
- 3.8 Dit deel van de overtreding duurde volgens de ACM nog voort ten tijde van het uitbrengen van het boeterapport, zodat het opleggen van een boete gerechtvaardigd is. Inmiddels heeft de ACM echter bij brief van 2 mei 2013 aan Ryanair laten weten dat – gelet op de nadere informatie die Ryanair aan de ACM heeft gestuurd met betrekking tot de (bredere) beschikbaarheid van de Prepaid MasterCard – niet langer sprake is van (dit tweede deel van de) overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008.

Artikel 6:193g aanhef en onder h BW

- 3.9 De ACM stelt dat Ryanair een overtreding heeft begaan van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193g aanhef en onder h BW. De ACM stelt daartoe dat zij heeft vastgesteld dat Ryanair al haar (hier relevante) diensten in de Nederlandse taal aanbiedt: het aanbod en het boekingsproces van vluchten, en ook "aanvullende diensten en producten als de reisverzekering, huurauto's en koffers"; ook de algemene voorwaarden en andere regelingen zijn in het Nederlands. De *after sales* dienstverlening is evenwel in het Engels, terwijl dit niet van tevoren kenbaar is gemaakt op de overigens geheel Nederlandstalige website.
- 3.10 *After sales* dienstverlening is naar het oordeel van de ACM (zie ook randnummer 140 van het bestreden besluit) "inherent aan het aanbieden van vlieguren". Het is naar het oordeel van de ACM "feitelijk niet mogelijk om een dienst als vlieguren aan te bieden zonder dat er ook *after sales*-dienstverlening is." Daarom omvat het aanbod van Ryanair ten aanzien van vlieguren volgens de ACM ook het aanbod van de bijbehorende *after sales*-dienstverlening en daarmee ook de belofte van *after sales*-dienstverlening. Op de website van Ryanair wordt aan de *after sales* dienstverlening gerefereerd, met de knop "neem contact op", en soortgelijke teksten, hetgeen volgens de ACM de belofte van een Nederlandstalige klantenservice inhoudt. "Beloven" betekent volgens de ACM niet dat er ook reclame moet zijn gemaakt.

Openbare versie

Artikel 6:227c lid 1 BW

- 3.11 De ACM stelt dat Ryanair een overtreding heeft begaan van artikel 8.2 Whc jo. artikel 6:227c lid 1 BW. De ACM stelt daartoe dat weliswaar op de boekingspagina's van de website van Ryanair de inhoud van de overeenkomst gespecificeerd wordt weergegeven, maar dat bij dat overzicht de namen van de passagiers voor wie de vlucht wordt geboekt, ontbreken. Dat was nog steeds zo na de aanpassingen op de website op 18 mei 2012. Dat betekent dat invoerfouten ten aanzien van de gemaakte keuzes van de vliegreizen ontdekt kunnen worden, maar dat invoerfouten ten aanzien van de namen van de passagiers niet zonder terugbladeren naar de derde boekingspagina ontdekt kunnen worden. Daartoe verwijst de ACM naar de boeking die haar toezichthouders hebben gedaan op 10 februari 2012.
- 3.12 Ten aanzien van de stelling van Ryanair dat het boekingsproces sinds 18 mei 2012 ingevoerde informatie en gemaakte keuze niet langer wist bij het terugbladeren door de boekingspagina's, merkt de ACM op dat bij het doorlopen van het boekingsproces op 12 juli 2012 tijdens het terugbladeren de ingevoerde selecties wel werden gewist. De ACM verwijst naar dossierstuk CA/IB/812/40.
- 3.13 De ACM stelt daarbij dat juist bij het boeken van vliegtickets de correcte naamsvermelding van belang is, omdat een fout tot gevolg kan hebben dat een passagier niet wordt toegelaten tot een vlucht voordat de passagier een naamswijziging (tegen betaling) heeft laten doorvoeren. Dat betekent dat de consument "op zijn minst hinder kan ondervinden van het feit dat zijn naam gecorrigeerd moet worden", zodat de omstandigheid dat Ryanair daar in voorkomende gevallen coulant mee zou omgaan (geen kosten rekent) in zoverre niet relevant is.
- 3.14 Voorts stelt de ACM dat de geconstateerde overtreding ziet op haar constatering dat bij het terugbladeren naar vorige boekingspagina's eerder ingevoerde gegevens of selecties (deels) verloren gaan, zodat verloren gegane gegevens en selecties opnieuw moeten worden ingevuld, hetgeen naar het oordeel van de ACM de kans op invoerfouten vergroot en het herstel van ongewilde bedieningshandelingen bemoeilijkt. Op grond daarvan stelt de ACM dat Ryanair geen passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter voorkoming van niet gewilde handelingen aanbiedt, zoals artikel 6:227c BW vereist. Daarbij heeft de ACM mede van belang geacht dat het boekingsproces relatief ingewikkeld is met een veelheid van keuzemogelijkheden.

Artikel 3:15d lid 1 sub b BW

- 3.15 De ACM stelt dat Ryanair een overtreding heeft begaan van artikel 8.2 Whc jo. artikel 3:15d lid 1 aanhef en onder b BW. Daartoe heeft de ACM vastgesteld dat Ryanair geen e-mailadres vermeldt op haar website. Wel biedt Ryanair de consumenten de mogelijkheid van rechtstreeks contact met Ryanair via telefoon, fax en post en een elektronisch contactformulier, waarmee Ryanair naar haar eigen oordeel voldoet aan artikel 3:15d BW. De ACM stelt zich echter op het standpunt dat de functionaliteiten van een elektronisch contactformulier niet dezelfde zijn als die van e-mail. Een elektronisch contactformulier kent

Openbare versie

volgens de ACM als "beperking van de communicatie" dat een consument niet rechtstreeks op een reactie van Ryanair op een ingevuld contactformulier kan reageren, maar daartoe een nieuw contactformulier moet invullen, waarbij de consument naar de eerdere berichtgeving moet verwijzen en moet motiveren waarom het eerder verstrekte antwoord niet volstaat, waarbij de consument opnieuw zijn gegevens moet invullen en de oorspronkelijke klacht of vraag moet herformuleren. Dat is een beperking die "normaal e-mailverkeer" niet kent. Een andere beperking van het contactformulier is dat er geen bijlagen kunnen worden meegezonden. Hierdoor kan het elektronisch contactformulier niet gelijk worden gesteld met het vermelden van een e-mailadres.

- 3.16 Deze beperkingen van het contactformulier zijn volgens de ACM na de wijzigingen op de website in juli 2012 niet weggenomen.
- 3.17 Ten aanzien van de bezwaren van Ryanair dat een e-mailadres spamproblemen kent, stelt de ACM dat zij daarmee rekening heeft gehouden door in de opgelegde last het gebruik van een elektronisch formulier toe te staan "mits het dezelfde functionaliteiten heeft als e-mail". Daarnaast meent de ACM dat het spamprobleem van e-mail ondervangen zou kunnen worden door het plaatsen van een spamfilter.

Ad 3. Hoogte van de opgelegde boetes proportioneel? (schriftelijke toelichting randnrs. 32-34)

- 3.18 De ACM stelt dat zij de hoogte van de opgelegde boetes in het bestreden besluit uitgebreid heeft gemotiveerd. Daarbij heeft de ACM rekening gehouden met de boetemaxima, de consumentenbelangen die de overtreden normen beogen te beschermen, de ernst (inclusief duur) van de overtredingen, de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn begaan en de omstandigheden waarin de overtreder verkeert. Daarbij is elke overtreding afzonderlijk beschouwd.
- 3.19 De opgelegde boete voor overtreding van **artikel 6:193g BW** van € 180.000,-, bij een boetemaximum van € 450.000,- sluit volgens de ACM aan bij andere zaken voor oneerlijke handelspraktijken (verwezen wordt naar het sanctiebesluit ten aanzien van Celldorado).
- 3.20 Wat betreft de overtreding van **artikel 3:15d BW** stelt de ACM dat het feit dat de opgelegde boete voor overtreding van artikel 3:15d BW aan Postgarant lager was dan de boete aan Ryanair, niet betekent dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Er is volgens de ACM geen sprake van gelijke gevallen, alleen al nu Postgarant een andersoortige onderneming is die werkzaam is in een andere branche.

Ad 4. Opleggen lasten onder dwangsom proportioneel? (schriftelijke toelichting randnrs. 12; 28; 29-31;)

- 3.21 De ACM stelt dat zij de drie opgelegde lasten onder dwangsom terecht heeft opgelegd. Het betreft lasten voor overtredingen die ten tijde van de overdracht van het boeterapport aan de juridische afdeling van de ACM nog niet waren beëindigd. De overtreding die zag op de

Openbare versie

taal van de *after sales* dienstverlening was toen al beëindigd, zodat de ACM het niet opportuun achtte ten aanzien daarvan een last onder dwangsom op te leggen. Ten aanzien van de overtreding van de **artikelen 6:227c BW** en **3:15d BW** stelt de ACM dat het feit dat deze overtredingen ten tijde van de overdracht van het boeterapport aan de juridische afdeling van de ACM nog niet waren beëindigd, het opleggen van een last onder dwangsom rechtvaardigt.

- 3.22 Ten aanzien van de overtreding van **artikel 23 Vo 1008/2008** stelt de ACM dat de aangegeven intentie van Ryanair om haar website per 1 december 2012 aan te passen zodat werd voldaan aan dat artikel, onvoldoende werd geacht om géén last onder dwangsom op te leggen, ook omdat de inhoud van de voorgenomen aanpassingen nog onvoldoende duidelijk was.

4 Toepasselijke regelgeving

- 4.1 De ACM is op grond van artikel 2.2 jo. artikel 2.7, eerste lid, jo. onderdeel b van de bijlage van de Whc belast met de bestuursrechtelijke handhaving van artikel 8.5 en 8.6 Whc. De hierna weergegeven wetsartikelen golden in de periode waarin de overtreding zich heeft voorgedaan.

- 4.2 Artikel 23 lid 1 Vo 1008/2008 luidt als volgt:

"1. De voor het grote publiek beschikbare passagiers- en luchttarieven die, in eender welke vorm, onder meer op het internet, worden aangeboden of bekendgemaakt voor luchtdiensten vanaf een luchthaven op het grondgebied van een lidstaat waarop het Verdrag van toepassing is, omvatten ook de toepasselijke voorwaarden. De definitieve prijs wordt steeds bekendgemaakt en omvat de geldende passagiers- of luchttarieven en alle toepasselijke belastingen en heffingen, toeslagen en vergoedingen die op het tijdstip van publicatie onvermijdbaar en voorzienbaar zijn. Afgezien van de bekendmaking van de definitieve prijs wordt ten minste het volgende gespecificeerd:

- a) de passagiers- of luchttarieven;
 - b) belastingen;
 - c) luchthavengelden, en
 - d) andere heffingen, toeslagen of vergoedingen, zoals voor beveiliging of brandstof;
- waarbij de onder b), c) en d), genoemde elementen aan het passagiers- of luchttarief zijn toegevoegd. Facultatieve prijstoeslagen worden op duidelijke, transparante en ondubbelzinnige wijze aan het begin van elk boekingsproces medegedeeld en moeten door de passagier op een „opt-in“-basis worden aanvaard."

- 4.3 Artikel 8.2 Whc luidt als volgt:

1. Degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent als bedoeld in artikel 15d, derde lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, neemt artikel 15d, eerste en tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in acht.
2. Indien commerciële communicatie als bedoeld in artikel 15e, derde lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, zorgt degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt, dat artikel 15e, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in acht wordt genomen.
3. De dienstverlener, bedoeld in het eerste lid, neemt de artikelen 227b, eerste en tweede lid, en 227c, eerste lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in acht.
4. Indien een wederpartij langs de elektronische weg een verklaring als bedoeld in artikel 227c, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek uitbrengt die door de in het eerste lid bedoelde dienstverlener mag worden opgevat hetzij als een aanvaarding van een door hem langs de elektronische weg gedaan aanbod, hetzij als een aanbod naar aanleiding van een door hem langs de elektronische weg gedane uitnodiging om in onderhandeling te treden, bevestigt de dienstverlener de ontvangst van deze verklaring zo spoedig mogelijk langs elektronische weg aan de wederpartij.

Openbare versie

5. Het derde en vierde lid zijn niet van toepassing, indien een overeenkomst uitsluitend door middel van de uitwisseling van elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie tot stand komt"

4.4 Artikel 8.8 Whc luidt als volgt:

"Het is een handelaar niet toegestaan oneerlijke handelspraktijken te verrichten als bedoeld in Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek."

4.5 Artikel 6:139g BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"Artikel 6:193g

1. De volgende handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden misleidend:

[...]

h. de consument met wie de handelaar voorafgaand aan de transactie heeft gecommuniceerd in een taal die geen officiële taal is van de lidstaat waar de handelaar gevestigd is, beloven een klantendienst te verschaffen en deze dienst vervolgens enkel beschikbaar te stellen in een andere taal zonder dit duidelijk aan de consument te laten weten alvorens de consument de overeenkomst aangaat;

[...]"

4.6 Artikel 6:227c BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"Artikel 6:227c

1. Degene die een dienst van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3 verleent, stelt de wederpartij passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter beschikking waarmee de wederpartij voor de aanvaarding van de overeenkomst van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken en waarmee hij deze kan herstellen.

[...]"

4.7 Artikel 3:15d BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"Artikel 3:15d

1. Degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent, maakt de volgende gegevens gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk voor degenen die gebruik maken van deze dienst, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken:

[...]

b. gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met hem mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronische postadres;

[...]"

4.8 Artikel 2.15 Whc luidt als volgt:

"Artikel 2.15

1. De in artikel 2.9 bedoelde bestuurlijke boete bedraagt ten hoogste het bedrag van de vijfde categorie geldboete, bedoeld in artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht.

2. In afwijking van het eerste lid bedraagt de bestuurlijke boete, indien het betreft een overtreding van artikel 8.8, ten hoogste € 450 000."

4.9 Op grond van artikel 2.9 Whc is de ACM bevoegd om een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen als zij van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden.³ In de artikelen 2.10 tot en met 2.23 Whc en in de daar genoemde artikelen uit de Awb worden nadere voorschriften voor de uitoefening van deze bevoegdheid gegeven. Op grond van artikel 2.15 Whc, zoals dat luidde ten tijde van de overtredingen, bedraagt de bestuurlijke boete voor overtreding van artikel 8.2 en artikel 23 lid 1 Vo

³ Gelet op artikel 42 lid 2 en 3 van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, is de ACM bevoegd de beslissing op bezwaar (ex nunc) te nemen.

Openbare versie

1008/2008 ten hoogste € 78.000,-, en bedraagt de bestuurlijke boete voor overtreding van artikel 8.8 Whc ten hoogste € 450.000,-. Artikel 5:46 lid 2 Awb bepaalt dat de ACM de hoogte van de bestuurlijke boete afstemt op de ernst en duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij dient de ACM zo nodig rekening te houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

5 Overwegingen Commissie

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van Ryanair

- 5.1 Het bezwaarschrift is tijdig ingediend en voldoet ook overigens aan alle vereisten voor ontvankelijkheid.

Ad 1 - vooringenomenheid, strijd met beginselen van behoorlijk bestuur?

- 5.2 Ryanair stelt in bezwaar dat de ACM met het bestreden besluit vooringenomen heeft gehandeld en in strijd met de beginselen van subsidiariteit en zorgvuldigheid, met name doordat de ACM in het bestreden besluit ten onrechte aandacht vestigt op eerdere, vermeende overtredingen van Ryanair en omdat de ACM uit contacten met de Britse *Civil Aviation Authority* had kunnen weten dat Ryanair reeds doende was haar website per 18 mei 2012 aan te passen. Voorts stelt Ryanair in bezwaar dat het gelijkheidsbeginsel / het verbod van willekeur is geschonden doordat (i) aan Postgarant een lagere boete is opgelegd voor overtreding van artikel 3:15d BW en (ii) door de ACM niet handhavend is opgetreden ten aanzien van artikel 3:15d BW jegens andere luchtvaartmaatschappijen voor het gebruik van een elektronisch contactformulier.
- 5.3 Deze bezwaargrond treft naar het oordeel van de Commissie geen doel. Ten eerste wijst de Commissie er op dat de ACM een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt met betrekking tot de vraag of zij handhavend optreedt tegen geconstateerde overtredingen. Ten tweede geldt dat de ACM in het onderhavige geval bevoegd is om handhavend op te treden tegen overtredingen gepleegd op de Nederlandse markt en dat daargelaten kan worden welke mogelijkheden buitenlandse autoriteiten hebben om in Nederland handhavend op te treden.
- 5.4 Ten derde is de Commissie van oordeel dat Ryanair onvoldoende heeft onderbouwd dat de ACM op de hoogte had behoren te zijn van de contacten en afspraken met de Britse *Civil Aviation Authority* en als gevolg daarvan die ontwikkelingen had moeten afwachten alvorens tot het opstellen van een boeterapport over te gaan. Tijdens de hoorzitting is door de ACM aangegeven dat de ACM in april 2012 (ten tijde van de eerste contacten met Ryanair) niet op de hoogte was van de tussen Ryanair en de Britse *Civil Aviation Authority* gemaakte afspraken over aanpassingen van de website. Daarnaast oordeelt de Commissie dat de ACM terecht stelt dat de aanpassingen die Ryanair aan haar website heeft doorgevoerd per 18 mei 2012 de door de ACM geconstateerde overtredingen niet volledig hebben opgelost, zodat dat voor de ACM geen reden had behoren te zijn om af te zien van het nemen van het bestreden besluit. De conclusie moet zijn dat de beginselen van subsidiariteit en zorgvuldigheid naar het oordeel van de Commissie niet zijn geschonden.

Openbare versie

- 5.5 Voorts constateert de Commissie dat de toonzetting van het boeterapport van 5 september 2012, in reactie op de zienswijze van Ryanair op dat punt, wat betreft de (vermeende) eerder en elders geconstateerde overtredingen door Ryanair van consumentenregelgeving duidelijk is gematigd. Van vooringenomenheid van de kant van de ACM is naar het oordeel van de Commissie ook overigens niet gebleken.
- 5.6 Ten aanzien van de gestelde strijd met het gelijkheidsbeginsel, waarbij Ryanair naar Postgarant en naar andere luchtvaartmaatschappijen wijst, oordeelt de Commissie dat deze beginselen niet zijn geschonden. De Commissie oordeelt dat de ACM terecht betoogt dat geen sprake is van gelijke gevallen die gelijk behandeld dienen te worden, waarbij de ACM naar het oordeel van de Commissie terecht opmerkt dat Postgarant een andersoortige onderneming is die werkzaam is op een andere productmarkt, zodat een rechtstreekse vergelijking van het boetebedrag reeds daarom niet opgaat. Ook overigens faalt het beroep op het gelijkheidsbeginsel omdat niets is gebleken over de vergelijkbaarheid van de functionaliteiten van elektronische contactformulieren zoals gebruikt door andere maatschappijen.
- 5.7 De Commissie adviseert dan ook de bezwaren van Ryanair op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 2 – Strijd met de artikelen 23 Vo 1008/2008, 8.8 Whc jo 6:193g aanhef en onder h BW, 8.2 Whc jo 6:227c lid 1 BW en 8.2 Whc jo 3:15d lid 1 aanhef en onder b BW?

Artikel 23 Vo 1008/2008

- 5.8 Ten aanzien van de door de ACM geconstateerde overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008 meent de Commissie dat het bestreden besluit deels onvoldoende gemotiveerd is.
- 5.9 In de eerste plaats oordeelt de Commissie ten aanzien van de geconstateerde overtreding dat de voorzienbare en onvermijdbare posten 'belastingen/toeslagen' en 'EU261 heffing' (zie de randnummers 83-86 van het bestreden besluit) in de flexi search tabs (bij andere dan "bijzondere actietarieven") niet steeds werden getoond tot 18 mei 2012, dat Ryanair deze feitelijke constatering in bezwaar niet heeft bestreden. In het bezwaarschrift (randnummers 16-18) stelt Ryanair enkel dat zij ten aanzien van de 'bijzondere actietarieven' wel steeds alle voorzienbare en onvermijdbare kosten toonde. Ten aanzien van 'normale' vluchten stelt Ryanair niet dat zij in de periode tot 18 mei 2102 steeds alle voorzienbare en onvermijdbare kosten toonde. Nu posten zoals 'belastingen/toeslagen' en 'EU261 heffing' naar het oordeel van de Commissie kwalificeren als voorzienbare en onvermijdbare kosten, heeft de ACM dan ook naar het oordeel van de Commissie terecht een overtreding geconstateerd tussen januari 2012 en 18 mei 2012 wat betreft het – bij de 'normale' boekingen (niet-'bijzondere actietarieven') – niet op elke pagina van het boekingsproces weergegeven van deze voorzienbare en onvermijdbare kosten. Dit is één deel van de geconstateerde overtreding (randnummers 66-91 van het bestreden besluit).

- 5.10 In de tweede plaats heeft de ACM geconstateerd – dit betreft het andere deel van de overtreding (randnummers 92-111 van het bestreden besluit) – dat Ryanair tot 18 april 2013 (zie de brief van de ACM aan Ryanair van 2 mei 2013, waarin de ACM aangeeft dat die overtreding – *ex nunc* toetsend – per 18 april 2013 is beëindigd) ten onrechte geen melding maakte van de administratiekosten van het boekingsproces. Ryanair bood de consument twaalf verschillende betaalmethodes, waarbij voor alle betaalmethodes € 6,- administratiekosten per persoon per enkele vlucht in rekening werd gebracht, behalve bij de Prepaid MasterCard en het Ryanair Cash Passport. Het Ryanair Cash Passport is alleen beschikbaar voor consumenten in het Verenigd Koninkrijk, Italië, Duitsland en Ierland, zodat alleen de Prepaid MasterCard als kosteloos alternatief beschikbaar zou zijn voor consumenten in Nederland. De genoemde € 6,- administratiekosten zijn volgens Ryanair vermijdbaar, omdat de Nederlandse consument had kunnen kiezen voor de Prepaid MasterCard als kosteloos betaalmiddel. De ACM heeft daarentegen gesteld dat de kosten voor gebruik van de Prepaid MasterCard géén onvoorziene en vermijdbare kosten waren, nu het geen "reële betaalmogelijkheid" betrof. Dat motiveert de ACM (in de randnummers 105-190) door te stellen dat consumenten de kaart via een Engelstalige aanvraagprocedure moe(s)ten aanvragen bij Moneybookers – een derde partij – waarbij door de consument eerst een account bij Moneybookers moet worden aangemaakt, en voor het gebruik van de kaart € 10,- per jaar moet worden betaald. Voorts wijst de ACM op een rapport van De Nederlandsche Bank van door Nederlandse consumenten gebruikte betaalmiddelen, waarop de Prepaid MasterCard niet voorkomt, en waaruit de ACM concludeert dat Nederlandse consumenten dit betaalmiddel nauwelijks gebruiken. Eenzelfde conclusie trekt de ACM uit een oordeel van de Reclame Code Commissie (RCC) van 9 juni 2011 ten aanzien van de MasterCard Prepaid Debit Card, waarbij de RCC concludeert dit ene betaalmiddel geen reëel alternatief voor andere betaalmiddelen was.
- 5.11 De Commissie oordeelt hierover als volgt. Artikel 23 Vo 1008/2008 schrijft voor dat Ryanair in het boekingsproces alle toeslagen en vergoedingen die op het tijdstip van publicatie onvermijdbaar en voorzienbaar zijn, steeds bekendmaakt, tegelijk met de definitieve prijs. Hieruit vloeit naar het oordeel van de Commissie voort dat als een keuzemogelijkheid bestaat voor de consument wat betreft dergelijke (bijv.) toeslagen en vergoedingen, en die keuzes het uiteindelijk te betalen bedrag beïnvloeden, er geen sprake is van 'onvermijdbare' kosten. Daarbij is de Commissie van oordeel dat om te beoordelen of een dergelijke keuzemogelijkheid bestaat, er sprake moet zijn van een zekere mate van bereikbaarheid van het betaalmiddel. Dat is ruimer dan de vraag of sprake is van een 'gangbaar betaalmiddel', hetgeen het aanknopingspunt lijkt te zijn dat de ACM in het bestreden besluit heeft gekozen. Op dat punt is het bestreden besluit naar het oordeel van de Commissie ontoereikend gemotiveerd, en adviseert de Commissie de ACM nader te onderbouwen waarom naar het oordeel van ACM geen sprake zou zijn geweest (in de periode januari 2012 tot 18 april 2013) van een 'bereikbaar betaalmiddel'. De in randnummer 105 van het bestreden besluit genoemde omstandigheden zijn daartoe naar het oordeel van de Commissie onvoldoende overtuigend. Daartoe overweegt de Commissie dat onder meer de online aanschaf van de kaart op het eerste gezicht voor de klanten van Ryanair – die toch al online hun vliegtickets aanschaffen – dit betaalmiddel niet onbereikbaar lijkt te maken; en

Openbare versie

voorts dat uit de aangehaalde uitspraak van de RCC volgt dat de kaart al in 2011 bij het GWK te verkrijgen was, terwijl de kaart daar kan worden aangeschaft voor een eenmalige (online) registratiefee van € 10,-.

Artikel 6:193g aanhef en onder h BW

- 5.12 Ten aanzien van de door de ACM geconstateerde overtreding van artikel 6:193g aanhef en onder h BW meent de Commissie dat de bezwaren van Ryanair geen doel treffen.
- 5.13 Op basis van artikel 6:193g aanhef en onder h BW is Ryanair verplicht om met de consument, die met Ryanair via de Nederlandstalige website een vliegticket heeft gekocht, voor zover Ryanair die consument "beloofd een klantendienst te verschaffen" terwijl Ryanair die klantendienst "enkel beschikbaar" stelt "in een andere taal", dit "duidelijk aan de consument te laten weten alvorens de consument de overeenkomst aangaat". Indien Ryanair hiermee in strijd handelt, pleegt zij een misleidende handelspraktijk (zwarte lijst). De klantendienst waar het hier om gaat, waarbij Ryanair volgens de ACM in strijd handelt met artikel 6:193g BW, is het aanbieden van het telefonische en elektronische contact met de klantenservice.
- 5.14 Ryanair heeft betoogd dat haar handelswijze geen misleidende handelspraktijk oplevert, omdat (i) Ryanair de bedoelde klantendienst niet "beloofd" omdat zij deze niet expliciet aanprijst en (ii) een deel van de bedoelde klantendienst weldegelijk in het Nederlands is (nl. bijv. de 'aanwijzingen en herinneringen die per e-mail aan passagiers worden gezonden nadat de vlucht is geboekt en betaald'). De ACM meent (i) dat Ryanair de klantendienst wel belooft, omdat deze impliciet wordt beloofd en onlosmakelijk onderdeel is van de dienst die klant afneemt (het kopen van een vliegticket), en (ii) dat het feit dat klantendienst deels in het Nederlands wordt aangeboden niet relevant is voor de geconstateerde overtreding.
- 5.15 Naar het oordeel van de Commissie kan in het algemeen in het middel blijven welke diensten precies wel en niet moeten worden begrepen onder een 'klantendienst'. De dienst die hier aan de orde is – het aanbieden van het telefonische en elektronische contact met de klantenservice ten behoeve van of naar aanleiding van een aangeschaft of aan te schaffen vliegticket – is naar het oordeel van de Commissie onmiskenbaar een klantendienst als bedoeld in artikel 6:193g BW. Voor de vraag of Ryanair deze klantendienst heeft "beloofd" (of: *undertaking, zusichern, etc.*) is voorts naar het oordeel van de Commissie niet relevant of de desbetreffende klantendienst onderdeel uitmaakt van de kern van de prestatie (de aanschaf van een vliegticket). Dat betekent ook dat het aanbieden van zo'n klantendienst niet uitdrukkelijk hoeft te zijn beloofd (in de zin van "aanprijzen", etc.). Ook een meer impliciete belofte, zoals in dit geval waarin de website van Ryanair kenbaar maakt en de indruk wekt dat er een (telefonische en elektronische) klantenservice beschikbaar is, is sprake van "beloven" in de zin van artikel 6:193g BW.
- 5.16 Op basis daarvan oordeelt de Commissie dat de ACM terecht een overtreding van Ryanair van artikel 6:193g aanhef en onder h BW heeft geconstateerd: (i) Ryanair communiceert met de Nederlandse consument in een andere taal (Nederlands) dan die van de lidstaat

Openbare versie

waarin Ryanair is gevestigd (Ierland/Engels). Daarnaast (ii) belooft Ryanair (dat is: wekt via de website van Ryanair de indruk) een klantendienst beschikbaar te hebben (telefonische en elektronische klantenservice). Tot slot (iii) is *die* klantendienst (telefonische en elektronische klantenservice) uitsluitend beschikbaar in het Engels en niet in het Nederlands, zonder dat Ryanair dat kenbaar maakte. Die overtreding duurde van 13 januari 2012 tot 1 augustus 2012, het moment waarop Ryanair haar website heeft aangepast en daarop expliciet vermeldt dat de *after sales* dienstverlening Engelstalig is.

- 5.17 De omstandigheid dat Ryanair ook nog andere klantendiensten aanbiedt (zoals de door Ryanair genoemde 'aanwijzingen en herinneringen die per e-mail aan passagiers worden gezonden nadat de vlucht is geboekt en betaald') doet hier niet aan af: de klantendienst telefonische en elektronische klantenservice wordt uitsluitend (enkel) in het Engels aangeboden. Het woord "enkel" kan redelijkerwijs niet worden uitgelegd op de wijze die Ryanair voorstaat, waarbij het aanbieden van nog andere klantendiensten in het Nederlands een overtreding van artikel 6:193g BW zou kunnen voorkomen, alleen al omdat die uitleg gemakkelijk tot uitholling van die bepaling zou kunnen leiden.
- 5.18 De Commissie adviseert het bezwaar van Ryanair op dit punt ongegrond te verklaren.

Artikel 6:227c lid 1 BW

- 5.19 Ten aanzien van de door de ACM geconstateerde overtreding van artikel 6:227c lid 1 BW aanhef en onder h BW meent de Commissie dat de bezwaren van Ryanair geen doel treffen.
- 5.20 Op basis van artikel 6:227c lid 1 BW is Ryanair verplicht om aan consumenten die via haar website een vliegticket willen kopen "passende, doeltreffende en toegankelijke middelen" ter beschikking te stellen waarmee de consument "voor de aanvaarding van de overeenkomst van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken en waarmee hij deze kan herstellen". Dit ziet op het voorkomen van onbedoelde bedieningshandelingen en legt een verplichting op Ryanair om haar website dusdanig in te richten dat een consument eventuele onbedoelde bedieningshandelingen (lees: typefouten, onjuist aangevinkte opties) kan opmerken en herstellen voordat een overeenkomst tot stand komt.
- 5.21 Ryanair heeft aangevoerd dat het weliswaar oorspronkelijk zo was dat bij sommige internet browsers bij terugbladeren door het boekingsproces eerder aangevinkte opties verloren gingen, maar dat dat sinds de aanpassing van de website op 18 mei 2012 niet meer zou gebeuren. Voorts heeft Ryanair aangevoerd dat als de consument een fout heeft gemaakt bij het invoeren van de naam van de passagier (zoals die op het paspoort staat), Ryanair in beginsel geen kosten in rekening brengt voor het herstel daarvan, zodat de belangen van de consument niet zijn geschaad doordat zijn naam niet op elke boekingspagina staat vermeld. De ACM heeft daarentegen gesteld dat zij heeft geconstateerd, bij een controle van de website op 12 juli 2012, dat tijdens het terugbladeren de ingevoerde selecties wel werden gewist (de ingevoerde persoonsgegevens niet). De ACM verwijst naar dossierstuk CA/IB/812/40. Dat is dus ook het geval geweest na de aanpassing van de website op 18 mei 2012. Daarnaast meent de ACM dat Ryanair geen overzicht biedt van de ingevoerde

Openbare versie

gegevens, met name de persoonsgegevens (de naam van de passagier) voordat de overeenkomst definitief wordt gemaakt; het terugbladeren met de terugkeerknop op de browser biedt daartoe geen doeltreffend alternatief, met name niet omdat andere aangevinkte selecties door het terugbladeren met deze knop gewist werden.

- 5.22 Naar het oordeel van de Commissie heeft de ACM in het bestreden besluit terecht vastgesteld dat Ryanair een overtreding heeft begaan van artikel 6:227c lid 1 BW. Op basis van de stukken in het dossier, nl. de print screens van de stappen die de ACM bij het boekingsproces op diverse momenten heeft doorlopen, staat afdoende vast dat de structuur van de website van Ryanair niet de "passende, doeltreffende en toegankelijke" mogelijkheid biedt om invoerfouten te ontdekken en te herstellen. Met de ACM is de Commissie van oordeel dat juist bij het kopen van vliegtickets het goed invoeren - en dus het kunnen controleren - van de namen van de passagiers van belang is; met een onjuist ingevoerde naam, kan de passagier immers de toegang tot het vliegtuig worden ontzegd. Het ontbreken in het boekingsproces van een laatste overzicht waarin de namen van de passagiers gecontroleerd en zo nodig hersteld kunnen worden, is naar het oordeel van de Commissie dan ook in strijd met artikel 6:227c lid 1 BW. Hetzelfde geldt voor het wissen van eerder gemaakte selecties in het boekingsproces. Ook heeft de ACM bij haar beoordeling naar het oordeel van de Commissie terecht acht geslagen op de omstandigheid dat het boekingsproces een relatief ingewikkelde procedure is, waarbij relatief gemakkelijk fouten gemaakt kunnen worden, die dan ook relatief gemakkelijk ontdekt en hersteld zouden moeten kunnen worden.
- 5.23 De Commissie adviseert het bezwaar van Ryanair op dit punt ongegrond te verklaren.

Artikel 3:15d lid 1 sub b BW

- 5.24 Ten aanzien van de door de ACM geconstateerde overtreding van artikel 3:15d lid 1 aanhef en onder b BW meent de Commissie dat de bezwaren van Ryanair geen doel treffen.
- 5.25 Artikel 3:15d BW vereist dat Ryanair op haar website gegevens "gemakkelijk, rechtstreeks en permanent" toegankelijk maakt die "een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie" met Ryanair mogelijk maken, "met inbegrip van zijn elektronische postadres". Met elektronisch postadres wordt 'e-mailadres' bedoeld. Ryanair maakt op haar website diverse gegevens toegankelijk die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met Ryanair mogelijk maken, nl. diverse telefoonnummers, haar postadres, een faxnummer, en een elektronisch contactformulier. Een e-mailadres vermeldt Ryanair niet op haar website.
- 5.26 Ryanair heeft in haar bezwaar aangegeven dat het elektronisch contactformulier voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:15d BW (dezelfde functionaliteit, vorm en hetzelfde doel als e-mail), zodat zij deze bepaling niet overtreedt, terwijl het toegankelijk maken van een e-mailadres juist zou betekenen dat Ryanair voor de consumenten minder goed bereikbaar zou zijn, omdat een e-mailadres in tegenstelling tot een elektronisch contactformulier gevoelig is voor spam. De ACM heeft daarentegen gesteld dat het enkele niet-vermelden

Openbare versie

van een e-mailadres betekent dat Ryanair artikel 3:15d BW overtreedt. De wijzigingen die Ryanair in het elektronisch contactformulier heeft aangebracht, te weten de aanduiding ervan als '*general queries and complaints*' in plaats van '*complaints*' en het feit dat Ryanair bij een reactie op het initiële bericht van de consument dat initiële bericht meekopieert, hebben die overtreding naar het oordeel van de ACM niet verholpen.

- 5.27 De Commissie oordeelt dat de ACM terecht heeft vastgesteld dat Ryanair door het enkele niet-vermelden van een e-mailadres in strijd handelt met artikel 3:15d lid 1 aanhef en onder b BW, nu die bepaling uitdrukkelijk het toegankelijk maken van een elektronisch postadres vereist. Het ter beschikking stellen van een elektronisch contactformulier is niet hetzelfde als een e-mailadres. Hoewel naar het oordeel van de Commissie niet uitgesloten kan worden dat onder nadere voorwaarden een elektronisch contactformulier als gevolg van de technische functionaliteiten ervan wat betreft de reikwijdte van artikel 3:15d BW gelijk gesteld zou kunnen worden met een e-mailadres, heeft de ACM in het geval van het elektronisch contactformulier dat Ryanair hanteert naar het oordeel van de Commissie met juistheid geoordeeld dat die nadere voorwaarden aldaar niet zijn vervuld en dat dus geen sprake is van vergelijkbare functionaliteiten als bij een e-mailadres. In de randnummers 181-183 wijst de ACM er op dat de consument niet rechtstreeks kan antwoorden op het antwoord van Ryanair, maar daartoe een nieuw contactformulier moet invullen; dat de consument gebonden is aan vaste keuzemenu's voor het onderwerp van de vraag of klacht; en dat geen bestanden kunnen worden toegevoegd. Deze omstandigheden tezamen maken naar het oordeel van de Commissie dat het elektronisch contactformulier van Ryanair wat betreft de reikwijdte van artikel 3:15d BW niet gelijk gesteld kan worden met een e-mailadres. Met de ACM is de Commissie van mening dat uit het arrest van het HvJ EU van 16 oktober 2008 (*Deutsche Internetversicherungen*) niet kan worden afgeleid dat het gebruik van een elektronisch contactformulier in plaats van een e-mailadres zou zijn toegestaan. Nu in die zaak wel een e-mailadres werd vermeld, en het gebruik van een elektronisch contactformulier slechts als aanvullend communicatiemiddel ter beoordeling voorlag, gaat de vergelijking tussen dat arrest en het bestreden besluit niet op.
- 5.28 De Commissie adviseert de bezwaren van Ryanair op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 3 – Hoogte van de opgelegde boetes proportioneel?

- 5.29 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van **artikel 23 Vo 1008/2008** is sprake van twee 'afzonderlijke' gedragingen. De overtreding met betrekking tot het gedurende vier maanden (januari 2012 tot 18 mei 2012) niet vermelden van de vaste en onvermijdbare kosten zoals de 'EU261 heffing' heeft de ACM als ernstig gekwalificeerd. Ten aanzien van de overtreding met betrekking tot het niet vermelden van vaste en onvermijdbare kosten van de Prepaid MasterCard heeft de Commissie de ACM hierboven geadviseerd om nader te onderbouwen waarom naar het oordeel van ACM in de periode januari 2012 tot 18 april 2013 geen sprake zou zijn geweest van een 'bereikbaar betaalmiddel' ten aanzien van de Prepaid MasterCard. Dat betekent naar het oordeel van de Commissie tevens dat de ACM nader moet motiveren waarom deze overtreding als 'zeer ernstig' gekwalificeerd zou moeten worden. In hoeverre de nadere motivering gevolgen heeft voor de totale hoogte van de

Openbare versie

boete van beide overtredingen van artikel 23 Vo 1008/2008, staat tevens ter nadere beoordeling van de ACM.

- 5.30 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van **artikel 6:193g BW** heeft de Commissie hierboven geoordeeld dat de ACM terecht een overtreding van dat artikel heeft vastgesteld. Het betreft een misleidende handelspraktijk op de 'zwarte lijst', die reeds om die reden door de ACM als 'zeer ernstig' zouden kunnen worden gekwalificeerd. De ACM kwalificeert deze overtreding van Ryanair echter als 'ernstig' (randnummer 206 en 208 bestreden besluit). De ACM heeft hiervoor een boete opgelegd van € 180.000. De Commissie oordeelt dat deze boete niet onevenredig hoog is. De ACM heeft bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening gehouden met alle relevante factoren, te weten de duur van de overtreding, het wettelijke boetemaximum (van € 450.000,-), de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid, de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn begaan, en de omstandigheden van de overtreder. Ten slotte heeft de ACM beoordeeld of sprake is van boete verlagende of verhogende omstandigheden. Dit is in de randnummers 206-210 van het bestreden besluit afdoende gemotiveerd.
- 5.31 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van **artikel 6:227c BW** heeft de Commissie hierboven geoordeeld dat de ACM terecht een overtreding van dat artikel heeft vastgesteld. De ACM heeft deze overtreding als ernstig gekwalificeerd en heeft hiervoor een boete opgelegd van € 60.000. De Commissie oordeelt dat deze boete niet onevenredig hoog is. De ACM heeft bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening gehouden met alle relevante factoren, te weten de duur van de overtreding, het wettelijke boetemaximum (van € 78.000,-), de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid, de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn begaan, en de omstandigheden van de overtreder. Ten slotte heeft de ACM beoordeeld of sprake is van boete verlagende of verhogende omstandigheden. Dit is in de randnummers 211-218 van het bestreden besluit afdoende gemotiveerd.
- 5.32 Ten aanzien van de geconstateerde overtreding van **artikel 3:15d BW** heeft de Commissie hierboven geoordeeld dat de ACM terecht een overtreding van dat artikel heeft vastgesteld. De ACM heeft hiervoor een boete opgelegd van € 60.000,- waarbij de overtreding als ernstig is gekwalificeerd. De Commissie adviseert de ACM om de hoogte van deze boete nader te motiveren dan wel te heroverwegen. Het bestreden besluit bevat naar het oordeel van de Commissie namelijk een inconsistentie wat betreft de constatering van een overtreding van artikel 3:15d BW en de opportuniteit c.q. belangenafweging om hiervoor een last onder dwangsom en een boete op te leggen. De randnummers 179, 186 en 242 van het bestreden besluit en tevens de toelichting die de ACM ter hoorzitting heeft gegeven op dit punt, duiden enerzijds op dat de ACM oordeelt dat sprake is van een overtreding door het niet-vermelden van een e-mailadres, terwijl anderzijds kennelijk volstaan kan worden met het gebruik van een elektronisch contactformulier dat aan nadere voorwaarden voldoet. Het is de Commissie onduidelijk of de ACM nu heeft geoordeeld dat het gebruik van een elektronisch contactformulier zoals dat naar aanleiding van de last onder dwangsom wordt aangepast in lijn met artikel 3:15d BW, weliswaar formeel gesproken een overtreding van artikel 3:15d BW oplevert maar dat geen aanleiding is voor (verdere) handhaving, of dat

Openbare versie

juist geen sprake is van een overtreding indien een elektronisch formulier met vergelijkbare functionaliteiten als e-mail wordt gebruikt.

- 5.33 De Commissie adviseert de bezwaren van Ryanair gedeeltelijk gegrond te verklaren, voor wat betreft de (motivering van de) hoogte van de boete voor overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008 en van artikel 3:15d BW. Voor wat betreft de hoogte van de boete voor overtreding van de artikelen 6:193h en 6:227c BW adviseert de Commissie de bezwaren van Ryanair ongegrond te verklaren.

Ad 4 - Opleggen lasten onder dwangsom proportioneel?

- 5.34 Ten aanzien van de opgelegde last onder dwangsom voor **artikel 23 Vo 1008/2008** heeft de Commissie hierboven geadviseerd de geconstateerde overtreding ten aanzien van het vermelden van de kosten van de Prepaid MasterCard nader te motiveren. De Commissie adviseert dan ook om ook het opleggen van de last onder dwangsom voor deze overtreding nader te motiveren en zo nodig te heroverwegen.
- 5.35 Ten aanzien van de opgelegde last onder dwangsom voor **artikel 6:227c BW** heeft de Commissie hierboven geadviseerd dat de ACM terecht een overtreding van dit artikel heeft vastgesteld. Onder die omstandigheden staat het ter discretionaire beoordeling van de ACM om voor deze overtreding een last onder dwangsom op te leggen om herhaling van deze overtreding te voorkomen. Naar het oordeel van de Commissie is het niet onredelijk dat de ACM deze last onder dwangsom (inclusief begunstigingstermijn en hoogte van de dwangsommen) heeft opgelegd.
- 5.36 Ten aanzien van de opgelegde last onder dwangsom voor **artikel 3:15d BW** verwijst de Commissie naar hetgeen zij hierboven, onder randnummer 5.32, hierover heeft opgemerkt. De Commissie adviseert de ACM om het bestreden besluit ten aanzien van de inconsistenties met betrekking tot sanctieoplegging voor overtreding van artikel 3:15d BW nader te motiveren.
- 5.37 De Commissie adviseert de bezwaren van Ryanair gedeeltelijk gegrond te verklaren, voor wat betreft de (motivering van de) opgelegde lasten onder dwangsom voor overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008 en van artikel 3:15d BW. Voor wat betreft de lasten onder dwangsom voor overtreding van artikel 6:227c BW adviseert de Commissie de bezwaren van Ryanair ongegrond te verklaren.

6 Conclusie

- 6.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie de ACM naar aanleiding van het bezwaarschrift van Ryanair van 28 maart 2013, tegen het besluit van de CA van 26 februari 2013, kenmerk CA/IB/878/16:
- in de beslissing op bezwaar (i) de motivering te heroverwegen ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008 (wat betreft de kosten voor de Prepaid MasterCard), (ii) de motivering te heroverwegen ten aanzien van de hoogte

Openbare versie

van de boete van € 180.000,- voor overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008 en € 60.000 voor overtreding van artikel 3:15d BW, (iii) de motivering te heroverwegen ten aanzien van de opgelegde lasten onder dwangsom voor overtreding van artikel 23 Vo 1008/2008 (wat betreft de kosten voor de Prepaid MasterCard) en artikel 3:15d BW;

- de bezwaren van Ryanair voor het overige ongegrond te verklaren.

6.2 Aangezien het ter beslissing aan de ACM staat om het bezwaarschrift van Ryanair al dan niet in afwijking van dit advies gegrond of ongegrond te verklaren en – in geval van gegrondverklaring – het bestreden besluit in zoverre te herroepen, dan wel van een verbeterde motivering te voorzien, geeft de Commissie geen advies over de toekenning van de door Ryanair verzochte kostenvergoeding op basis van artikel 7:15 Awb.

6.3 Het advies is aldus vastgesteld te Den Haag op 30 juli 2013, door de Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit, bestaande uit prof. mr. W.H. van Boom (voorzitter), mr. P.C. Adriaanse (extern lid), mr. M.Y. Schaub (extern lid) en is opgesteld door mr. J.J.R. Lautenbach (secretaris).

Namens de Commissie,
de voorzitter,

w.g.
Prof. mr. W.H. van Boom

