



## Besluit

### Besluit afwijzing handhavingsverzoek Ryanair

Ons kenmerk : ACM/UIT/515552

Zaaknummer : ACM/18/034616

## 1 Inleiding

1. Op 27 november 2018 heeft de ACM een verzoek ontvangen van Ryanair DAC (Ryanair) om handhavend op te treden tegen vermeende overtredingen van de Mededingingswet (hierna ook: Mw) door Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. (KLM) en Royal Schiphol Group N.V. (Schiphol). Volgens Ryanair overtreden KLM en Schiphol individueel dan wel in gezamenlijkheid de artikelen 6 en/of 24 van de Mw. De door Ryanair gestelde overtredingen hebben betrekking op de vaststelling van de maximumcapaciteit aan vliegtuigbewegingen en de allocatie van deze capaciteit voor de luchthaven Schiphol. Deze overtredingen zouden erop zijn gericht om de (markt)positie van KLM te beschermen tegen concurrentiedruk van andere luchtvaartmaatschappijen.
2. Ten eerste handelen KLM en Schiphol volgens Ryanair in strijd met de Mededingingswet doordat zij in onderling overleg een beperking van de capaciteit voor de luchthaven Schiphol zijn overeengekomen. Deze capaciteitsbeperking, die zijn oorsprong vindt in het zogeheten Aldersadvies, bestaat uit een afspraak tussen KLM en Schiphol om het maximaal aantal toegestane vliegbewegingen te maximeren op 500.000 per jaar. Deze onderlinge afstemming is volgens Ryanair in strijd met de artikelen 6 en 24 van de Mw.
3. Ten tweede stelt Ryanair dat KLM in strijd handelt met artikel 24 van de Mw, doordat zij er een praktijk op nahoudt die door Ryanair als “slot hoarding” wordt aangeduid. Deze praktijk bestaat eruit dat KLM capaciteit aanvraagt (in de vorm van “slots”) op basis van door haar opgebouwde historische rechten (zogenaamde “grandfather rights”), terwijl zij weet dat zij die slots niet zal gebruiken. Dit doet KLM volgens Ryanair om te verhinderen dat deze slots ter beschikking komen voor haar concurrenten.
4. De ACM heeft verkennend onderzoek gedaan naar de door Ryanair gestelde overtredingen. Als onderdeel van dit onderzoek heeft de ACM Ryanair om nadere informatie gevraagd. Daarnaast heeft de ACM openbare bronnen geraadpleegd, heeft zij schriftelijk informatie opgevraagd bij de Stichting Airport Coordination Netherlands (ACNL) en heeft zij afzonderlijk gesproken met KLM en Schiphol.
5. Op basis van haar verkennende onderzoek heeft de ACM geen aanwijzingen gevonden voor een overtreding van de Mededingingswet door KLM en/of Schiphol. Daarom wijst de ACM het verzoek van Ryanair om handhavend op te treden af. Deze beslissing wordt in dit besluit nader toegelicht.
6. Hoofdstuk 2 van dit besluit geeft een overzicht van het verloop van de procedure. Hoofdstuk 3 bevat een samenvatting van het handhavingsverzoek van Ryanair. In Hoofdstuk 4 wordt dit verzoek beoordeeld. Ten slotte volgt in Hoofdstuk 5 het dictum.

## 2 Verloop van de procedure

7. Bij brief van 27 november 2018 heeft Ryanair een handhavingsverzoek ingediend.<sup>1</sup> De ACM heeft de ontvangst van dit verzoek bij brief van 7 december 2018 bevestigd.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ACM/IN/424162.

<sup>2</sup> ACM/UIT/503556.

8. Bij brief van 21 december 2018 heeft de ACM aan Ryanair enkele aanvullende vragen gesteld.<sup>3</sup> Op dit verzoek heeft Ryanair bij e-mail van 29 januari 2019 gereageerd.<sup>4</sup>
9. Bij brief van 31 januari 2019 heeft de ACM de behandelingstermijn van het handhavingsverzoek met acht weken verlengd.<sup>5</sup>
10. Bij brief van 15 februari 2019 heeft de ACM een schriftelijk informatieverzoek toegezonden aan ACNL.<sup>6</sup> Dit verzoek is op 5 maart 2019 ten kantore van ACNL door de ACM toegelicht,<sup>7</sup> en is op 19 maart 2019 door ACNL beantwoord.<sup>8</sup>
11. Bij brief van 28 maart 2019 heeft de ACM de behandelingstermijn van het handhavingsverzoek met wederom acht weken verlengd.<sup>9</sup>
12. Bij e-mail van 1 april 2019 heeft Ryanair ter onderbouwing van haar verzoek aanvullende informatie aan de ACM toegezonden.<sup>10</sup>
13. Bij e-mail van 4 juni 2019 heeft Ryanair ter onderbouwing van haar verzoek opnieuw aanvullende informatie aan de ACM toegezonden.<sup>11</sup>
14. Op 5 juni 2019 heeft de ACM telefonisch enkele vragen gesteld aan Schiphol.<sup>12</sup>
15. Op 6 juni 2019 heeft de ACM telefonisch enkele vragen gesteld aan KLM.<sup>13</sup>

### 3 Handhavingsverzoek

#### Het capaciteitsplafond

16. Ryanair geeft in haar aanvraag aan dat KLM en RSG sinds 2007 op structurele basis onderlinge afstemming onderhouden aangaande:
  - (i) (de allocatie van) de schaarse capaciteit aan vliegbewegingen;
  - (ii) het bewerkstelligen van selectieve groei van Schiphol; en
  - (iii) het vaststellen van de relevante capaciteitsbeperkingen in het kader van de slotallocatie.
17. Ryanair is van mening dat de positie van KLM sinds 2017 aanzienlijk is verstevigd doordat RSG vanaf 2017, in onderlinge afstemming met KLM en op basis van besluitvorming in een overlegstructuur waarin RSG en KLM de meest invloedrijke partijen zijn, heeft bepaald dat de capaciteit in aantal vliegbewegingen per jaar wordt gemaximeerd. De afgesproken grens betreft 500.000 vliegbewegingen per jaar en is onderdeel van het zogenoemde Alders-advies uit 2008.

---

<sup>3</sup> ACM/UIT/504457.

<sup>4</sup> ACM/IN/427419.

<sup>5</sup> ACM/UIT/506507.

<sup>6</sup> ACM/UIT/507380.

<sup>7</sup> ACM/UIT/508471.

<sup>8</sup> ACM/IN/429999 en ACM/IN/430350.

<sup>9</sup> ACM/UIT/509548.

<sup>10</sup> ACM/IN/430596.

<sup>11</sup> ACM/IN/433963.

<sup>12</sup> ACM/INT/388317.

<sup>13</sup> ACM/UIT/513619.

18. Voor dit plafond ontbreekt volgens Ryanair een wettelijke grondslag. Het gevolg ervan is ernstige inkrimping van de beschikbare capaciteit, een verzwakking van de concurrentiepositie van kleinere luchtvaartmaatschappijen en versteviging van de concurrentiepositie van KLM.
19. Ryanair betoogt dat hier sprake is van een mededingingsrechtelijke inbreuk, te weten verboden onderlinge afstemming van gedragingen tussen KLM en RSG bij de vaststelling van vluchtcapaciteit op Schiphol.
20. Ter ondersteuning van haar betoog met betrekking tot het gebrek aan capaciteit heeft Ryanair haar aanvraag op 1 april 2019 aangevuld. Volgens Ryanair blijkt uit de jaarcijfers van Air France/KLM over het boekjaar 2018 dat de opbrengst van KLM per beschikbare passagierszitplaats in 2018 met 2,7% is gestegen. Volgens Ryanair gaat de opbrengstontwikkeling van KLM hiermee in tegen een (dalende) marktbrede trend, hetgeen te verklaren is door het feit dat Schiphol vol zit qua slots en vliegbewegingen.

#### Slot hoarding

21. Ryanair betoogt in haar aanvraag tevens dat KLM misbruik maakt van haar economische machtspositie door de praktijk van “slot hoarding”. Deze praktijk hangt samen met de Europese wetgeving op het gebied van de toewijzing van slots, zoals neergelegd in Verordening 95/93 (hierna: de Slotverordening).<sup>14</sup>
22. Het aanvragen en toewijzen van slots vindt op grond van artikel 8, eerste lid, van de Slotverordening plaats op basis van reeksen van slots. Deze reeksen worden voor een bepaalde dienstregelingsperiode – bestaand uit een zomer- of winterseizoen – aan een luchtvaartmaatschappij toegewezen. Slotreeksen vloeien in beginsel na afloop van het betreffende seizoen terug in de zogenaamde slotpool. Daarna kunnen zij voor de volgende dienstregelingsperiode opnieuw aan een (andere) luchtvaartmaatschappij worden toegewezen. Op deze hoofdregel geldt echter een uitzondering.
23. Artikel 8, tweede lid, van de Slotverordening regelt dat een luchtvaartmaatschappij voor een aankomende dienstregelingsperiode aanspraak kan maken op een slotreeks, indien zij aan de slotcoördinator kan aantonen dat zij de betreffende reeks in de voorgaande dienstregelingsperiode voor tenminste 80% heeft geëxploiteerd. Een dergelijke reeks vloeit niet terug in de slotpool, en kan daardoor ook niet ter beschikking komen van concurrerende luchtvaartmaatschappijen. Slotreeksen die aan deze voorwaarden voldoen, worden doorgaans aangeduid met de term “historische rechten” of “grandfather rights”.
24. Volgens Ryanair maakt KLM al jarenlang misbruik van haar historische rechten, doordat zij ieder seizoen haar historische slotreeksen voor 100% aanvraagt terwijl zij weet dat zij die slotreeksen niet zal volvliegen. Ryanair stelt dat KLM in de regel haar reeksen voor maar net 80% volvliegt. Het enige motief dat KLM volgens Ryanair heeft voor deze praktijk, is het voorkomen dat de betreffende slots vrijkomen en vervolgens via de slotallocatie ter beschikking komen aan de concurrentie. Daarmee houdt KLM in feite een situatie van grote schaarste aan slotcapaciteit in stand, aldus Ryanair. Dit levert misbruik op van een economische machtspositie. Het gevolg hiervan is volgens Ryanair dat het vermogen van kleinere luchtvaartmaatschappijen om te concurreren wordt beperkt. De neerwaartse prijsdruk die van deze concurrentie uitgaat wordt

<sup>14</sup> Verordening (EEG) Nr. 95/93 van de Raad van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van „slots” op communautaire luchthavens, zoals nadien gewijzigd.

hierdoor tegengegaan.<sup>15</sup>

25. Ter ondersteuning van haar betoog dat KLM zich schuldig maakt aan slot hoarding, heeft Ryanair haar aanvraag op 4 juni 2019 aangevuld. Volgens Ryanair is een recente uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1368, illustratief voor het handelen van KLM op het gebied van (nacht)slots. Uit deze uitspraak blijkt dat KLM heeft getracht door middel van een ruil nachtslots te verkrijgen, terwijl er volgens ACNL geen noodzaak was om de betreffende slots voor eigen gebruik in te zetten.

## 4 Beoordeling door de ACM

### 4.1 Het capaciteitsplafond

#### *Inleiding en beoordelingskader*

26. Ryanair betoogt dat de vaststelling van het capaciteitsplafond een gevolg is van onderlinge afstemming tussen KLM en Schiphol. Dit is volgens Ryanair in strijd met artikel 6 van de Mw. Daarnaast zouden KLM en Schiphol volgens Ryanair door de capaciteit op Schiphol op deze wijze in te perken ook misbruik hebben gemaakt van hun economische machtsposities. Deze onderlinge afstemming is volgens Ryanair daarom ook in strijd met artikel 24 van de Mw.
27. Het kartelverbod van artikel 6 van de Mw bepaalt onder meer dat het voor ondernemingen verboden is om gedrag onderling af te stemmen, indien dat ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Ondernemingen moeten zelfstandig bepalen welk commercieel beleid zij voeren. Verboden is elke vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.<sup>16</sup>
28. Om een overtreding van artikel 24 van de Mw vast te kunnen stellen, is allereerst vereist dat de betrokken onderneming (of ondernemingen) een economische machtspositie heeft (of hebben). Van een economische machtspositie is sprake als een onderneming zich onafhankelijk kan gedragen van haar afnemers en van haar concurrenten. Verder is vereist dat het gedrag van deze onderneming (of ondernemingen) als misbruik aangemerkt kan worden.
29. Ten aanzien van het op dit onderdeel van het verzoek toe te passen beoordelingskader overweegt de ACM het volgende. Ryanair legt aan beide overtredingen, artikel 6 en artikel 24 Mw, dezelfde onderlinge afstemming tussen Schiphol en KLM ten grondslag. Naar het oordeel van de ACM ligt het meer voor de hand om de vermeende afstemming te toetsen aan artikel 6 van de Mw dan aan artikel 24 van de Mw. Een conclusie hierover kan echter achterwege blijven, omdat de ACM de onderlinge afstemming niet aannemelijk acht. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het capaciteitsplafond blijkt namelijk dat dit plafond het resultaat is van een breed maatschappelijk overleg en niet van een (mededingingsbeperkende) afstemming of gedraging door KLM en/of Schiphol. Dit zal de ACM hierna toelichten. Hierbij gaat de ACM eerst in op de totstandkoming van het Alders-advies en op de wijze waarop dit advies is geëffectueerd.

<sup>15</sup> ACM/IN/424162, rn. 68-70.

<sup>16</sup> HvJ EG, 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, blz. 619, r.o. 64.

*Het Alders-advies*

30. Het door Ryanair genoemde capaciteitsplafond vindt zijn oorsprong in het Alders-advies van 1 oktober 2008.<sup>17</sup> Dit advies is voortgekomen uit een overlegtafel, die in december 2006 is opgericht onder voorzitterschap van voormalig minister Hans Alders. De (toenmalige) ministers van Verkeer en Waterstaat (VenW) en van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM)<sup>18</sup> hadden de zogenoemde Alderstafel gevraagd om een advies uit te brengen over de toekomst van Schiphol en de regio voor de middellange termijn (tot en met 2020). Het advies moest door alle partijen aan de Alderstafel gedragen worden. Deze partijen betroffen vertegenwoordigers uit de regio (provinciale en gemeentelijke bestuurders en bewoners), luchtvaartpartijen (Schiphol, KLM en Luchtverkeersleiding Nederland) en het Rijk (VenW en VROM). Het advies zou de politiek in staat moeten stellen te besluiten over de toekomst van Schiphol en het benutten van de beschikbare milieuruimte, waarbij een balans moest worden gevonden tussen de ontwikkeling van de luchtvaart, hinderbeperkende maatregelen, vergroten van de kwaliteit van de leefomgeving en de mogelijkheden voor gebruik van ruimte rond de luchthaven.
31. De ontwikkeling van Schiphol heeft (maatschappelijk gezien) zowel positieve als negatieve effecten. De positieve effecten zijn economisch van aard en hangen samen met werkgelegenheid en een aantrekkelijk vestigingsklimaat voor bedrijven en instellingen. De negatieve effecten zien op de belasting van het milieu, geluidshinder in de omgeving, de externe veiligheid en de door geluid- en veiligheidscontouren bepaalde ruimtelijke beperkingen en ruimtedruk. Om voldoende draagvlak voor de ontwikkeling van Schiphol in de maatschappij te creëren is het van belang dat het door de Alderstafel geformuleerde advies een goede balans is tussen de positieve effecten en de negatieve effecten. Alleen indien het advies tegemoetkomt aan de belangen van alle betrokkenen, kan het advies door alle betrokken partijen gedragen worden.
32. Het advies bevat een aantal voorgestelde maatregelen met betrekking tot de volumebeperking op Schiphol, de hinderbeperking, de omgevingskwaliteit en een nieuw normen- en handhavingstelsel.<sup>19</sup> Eén van deze maatregelen betreft het vastleggen van een capaciteitsplafond van 510.000 vliegbewegingen tot en met het gebruiksjaar 2020. Dit plafond is in 2015 verder verlaagd, naar 500.000 vliegbewegingen.<sup>20</sup> Uit het Alders-advies blijkt dat het hanteren van een dergelijk plafond een voorwaarde was van de bewonersdelegatie om te kunnen instemmen met het advies. Een plafond bood volgens hen de beste garantie voor de omgeving en voor het creëren van de noodzakelijke rust en zekerheid. Dat is ook de reden dat het voor de bewonersdelegatie van grote betekenis werd geacht om de grens op een degelijke en vertrouwenwekkende wijze (concreet) vast te leggen.<sup>21</sup>
33. Uit de toelichting van KLM en Schiphol op de totstandkoming van het capaciteitsplafond blijkt eveneens dat dit plafond een compromis is tussen alle verschillende belangen die aan de Alderstafel vertegenwoordigd waren. Beide partijen herkennen zich niet in het beeld van Ryanair dat het plafond door afstemming tussen KLM en Schiphol tot stand gekomen zou zijn. KLM geeft

<sup>17</sup> Per 1 januari 2015 is de Omgevingsraad Schiphol het podium waar alle vraagstukken, belangen en partijen rond de ontwikkeling van Schiphol en omgeving bij elkaar komen. Betrokken partijen zijn overheden, de luchtvaartsector, bewoners en brancheorganisaties. De Omgevingsraad is de opvolger van de Alderstafel Schiphol en de Commissie Regionaal Overleg luchthaven Schiphol (CROS). Zie <https://www.omgevingsraadschiphol.nl>.

<sup>18</sup> De betreffende activiteiten van deze ministers zijn inmiddels verenigd in het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.

<sup>19</sup> Alders-advies, 1 oktober 2008. Te raadplegen via [https://www.omgevingsraadschiphol.nl/wp-content/uploads/2015/03/advies-alders-middellange\\_termijn.pdf](https://www.omgevingsraadschiphol.nl/wp-content/uploads/2015/03/advies-alders-middellange_termijn.pdf).

<sup>20</sup> Deze neerwaarts bijstelling werd doorgevoerd ter compensatie van een verhoging van het dagelijkse maximale gebruik van de 4<sup>e</sup> start- en landingsbaan van de luchthaven Schiphol. Zie het Alders-advies van 29 januari 2015, blz. 2.

<sup>21</sup> Alders-advies, 1 oktober 2008, blz. 12-13.

daarnaast aan dat het capaciteitsplafond niet in haar belang is. KLM stelt dat zij met andere *hub carriers* concurreert. Zolang de thuisbases van die andere *carriers* wel groeien, raakt het capaciteitsplafond KLM in haar concurrentiemogelijkheden. KLM is er dan ook blij mee dat het Alders-advies ruimte biedt om na 2020 weer verder te groeien.

34. Schiphol geeft aan dat zij in het verleden harder heeft aangedrongen op groei dan tegenwoordig. Gelet op de huidige maatschappelijke discussie over luchtvaart legt Schiphol nu de nadruk op gematigde en gecontroleerde groei.

#### Effectuering van het capaciteitsplafond

35. Hoewel het capaciteitsplafond reeds in 2008 is overeengekomen, heeft het bijna negen jaar geduurd voordat het plafond daadwerkelijk effect sorteerde. Dit is gebeurd via een zogenoemde capaciteitsdeclaratie.
36. Een capaciteitsdeclaratie is onderdeel van de slotverdelingsregels die voortvloeien uit de Slotverordening. Op basis van deze verordening dienen de coördinatieparameters voor de toewijzing van slots tweemaal per jaar, voor het winterseizoen en het zomerseizoen, vastgesteld te worden. In Nederland is de bevoegdheid tot het vaststellen van deze parameters overgedragen aan de sectorpartijen, verenigd in het Operationeel Schiphol overleg (hierna: OSO). Het OSO stelt de coördinatieparameters vast in de vorm van een capaciteitsdeclaratie. Op basis van deze capaciteitsdeclaratie verdeelt de slotcoördinator (ACNL) vervolgens de slots. KLM en Schiphol maken deel uit van het OSO, Ryanair niet.
37. Het capaciteitsplafond van 500.000 vliegbewegingen is voor het eerst opgenomen in de capaciteitsdeclaratie voor het zomerseizoen van 2017. Schiphol heeft deze capaciteitsdeclaratie eenzijdig bij ACNL ingediend toen er geen unanimitieit kon worden bereikt in het OSO. De rechtmatigheid van deze capaciteitsdeclaratie is onderwerp geweest van verschillende bestuurs- en civielrechtelijke kortgedingprocedures, zowel tegen ACNL (in verband met de door deze vastgestelde Working Procedure) als tegen Schiphol.

#### Beoordeling

38. Mede in het licht van de in de randnummers 30 tot en met 32 geschetste totstandkomingsgeschiedenis van het Alders-advies, acht de ACM het niet aannemelijk dat het capaciteitsplafond van 500.000 vliegbewegingen de uitkomst is van (de mededinging beperkende) afstemming door KLM en Schiphol. Dit licht de ACM hierna toe.
39. De ACM stelt voorop dat er, anders dan Ryanair dit doet voorkomen, geen aanwijzingen zijn dat het plafond van 500.000 vliegbewegingen bilateraal tussen KLM en Schiphol zou zijn afgestemd. Evenmin zijn er aanwijzingen dat dit plafond op het initiatief van deze twee ondernemingen tot stand zou zijn gekomen. Zoals is aangegeven in randnummer 27 van dit besluit, betrof het opleggen van het plafond juist een voorwaarde van de *bewonersdelegatie* bij de Alderstafel om te kunnen instemmen met het advies. Dat het plafond daardoor in een advies terecht is gekomen waar ook Schiphol en KLM bij betrokken waren, betekent nog niet dat sprake is van een overeenkomst of afstemming tussen deze twee ondernemingen.
40. In aanvulling hierop merkt de ACM op dat KLM in de afgelopen jaren meermaals (publiekelijk) heeft geageerd tegen de limiet van 500.000 vliegbewegingen. Zij heeft op verschillende manieren kenbaar gemaakt dat het plafond wat haar betreft zou moeten worden verhoogd naar 550.000 tot

600.000 vliegbewegingen per jaar.<sup>22</sup> Ook Schiphol heeft sinds het bereiken van het plafond ingezet op een verhoging van het aantal vliegbewegingen, dit vanwege de (verwachte) groei van de luchthaven.<sup>23</sup> Deze omstandigheden duiden er tevens op dat het capaciteitsplafond niet voortkomt uit gedrag van of afstemming tussen KLM en Schiphol.

41. De ACM wijst er daarnaast op dat het in het Alders advies neergelegde capaciteitsplafond jarenlang in het geheel geen invloed heeft gehad op de groeimogelijkheden van luchtvaartmaatschappijen. Het plafond werd in de eerste (negen) jaren na het Aldersadvies immers niet 'vol gevlogen'. Gedurende deze periode kan het capaciteitsplafond derhalve überhaupt geen negatieve invloed op de mededinging hebben gehad.
42. Het capaciteitsplafond is pas een rol gaan spelen bij de slotverdeling vanaf het zomerseizoen van 2017, toen het capaciteitsplafond in de capaciteitsdeclaratie is opgenomen. Ryanair betoogt dat deze capaciteitsdeclaratie op onrechtmatige wijze – want in strijd met de slotregelgeving – tot stand zou zijn gekomen.
43. De ACM overweegt ten aanzien van de vermeende onrechtmatigheid van de capaciteitsdeclaratie dat zij niet het aangewezen orgaan is om de vraag te beantwoorden of de wijze van totstandkoming van de capaciteitsdeclaratie voor het zomerseizoen van 2017 voldoet aan de vereisten van de Slotverordening en aanverwante wet- en regelgeving. Luchtvaartmaatschappijen kunnen deze kwestie aan de (civiele of bestuurs)rechter voorleggen, en verscheidene van hen hebben dit in de praktijk ook gedaan. Uit hetgeen Ryanair naar voren heeft gebracht, komen geen aanwijzingen naar voren dat bij de eenzijdige indiending van de capaciteitsdeclaratie door Schiphol sprake was van onderling afgestemd gedrag tussen Schiphol en KLM.
44. Ryanair betoogt voorts dat het capaciteitsplafond KLM en haar Skyteam-partners zou bevoordelen en de groei van hun concurrenten zou verhinderen. Vastgesteld kan worden dat het plafond de groeicapaciteit voor de luchthaven Schiphol in termen van vliegbewegingen maximeert, hetgeen invloed kan hebben op de groeimogelijkheden voor de luchtvaartmaatschappijen die op Schiphol actief zijn. Voor zover dit plafond een groeibeperking oplevert, is echter sprake van een *non-discriminatoire* beperking die evengoed van invloed is op de concurrentiemogelijkheden van KLM.
45. Dat de groeimogelijkheden voor andere luchtvaartmaatschappijen dan KLM als gevolg van het plafond zouden worden verhinderd, is niet door Ryanair aannemelijk gemaakt. Daarbij merkt de ACM op dat het vastgestelde plafond niet wegneemt dat het aantal luchtvaartmaatschappijen dat op of vanaf Schiphol vliegt, jaarlijks wisselt. Luchtvaartmaatschappijen kunnen failliet gaan. Daarnaast maken luchtvaartmaatschappijen ieder jaar de afweging of en hoeveel zij gebruik willen maken van de luchthaven Schiphol. Hieruit volgt dat er ook binnen het vastgestelde plafond capaciteit beschikbaar is, op basis waarvan geconcurrereerd kan worden en de feitelijke verhoudingen kunnen verschuiven. Dat KLM haar positie zou versterken door op basis van historische rechten (onnodig) beslag te leggen op een groot deel van de slotcapaciteit, is – zoals zal worden besproken in onderdeel 4.2 van dit besluit – niet aannemelijk te achten. Daar waar het plafond is bereikt, kunnen luchtvaartmaatschappijen bovendien concurreren op basis van hun eigen capaciteit door bijvoorbeeld grotere vliegtuigen in te zetten of de bezettingsgraad van

<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld Travmagazine, "Elbers (KLM): 'Tekort slots wordt hét thema de komende jaren'", 15 september 2018, geraadpleegd via <https://www.travmagazine.nl/elbers-klm-tekort-slots-wordt-het-thema-de-komende-jaren/>.

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld Trouw, "Schiphol wil na 2020 meer vliegbewegingen", 17 februari 2017, geraadpleegd via <https://www.trouw.nl/home/schiphol-wil-na-2020-meer-vliegbewegingen~ab364c3f/>.



bestaande vliegtuigen te vergroten.

46. Wat betreft de ontwikkeling van de opbrengst van KLM per beschikbare passagierszitplaats, overweegt de ACM ten slotte het volgende. Vooropgesteld kan worden dat uit de door Ryanair aangeleverde informatie niet blijkt dat de opbrengsttoename van KLM significant afwijkt van de ontwikkeling van de opbrengst per beschikbare passagierszitplaats van andere luchtvaartmaatschappijen. Zelfs al zou echter blijken dat KLM ondanks een negatieve markttrend er toch in is geslaagd haar opbrengst per beschikbare passagierszitplaats te laten toenemen, dan kan hieraan alsnog niet de betekenis worden gehecht die Ryanair daaraan geeft. De ACM ziet immers – zoals hiervoor is overwogen – geen aanknopingspunten voor de conclusie dat de door Ryanair gesignaleerde capaciteitschaarste het gevolg zou zijn van een mededinging beperkende afstemming tussen KLM en Schiphol. Daarnaast geldt dat schaarste aan capaciteit op de luchthaven Schiphol slechts één van vele factoren is die van invloed kunnen zijn op dit opbrengstcijfer van KLM, waardoor de betekenis daarvan voor de onderhavige zaak hoe dan ook gering is.

Conclusie capaciteitsplafond

47. De ACM komt tot de conclusie dat haar verkennende onderzoek geen aanwijzingen heeft opgeleverd voor mededingingsbeperkend gedrag van KLM en Schiphol bij de totstandkoming en effectuering van het capaciteitsplafond van 500.000 vliegbewegingen. Daarom wijst de ACM dit onderdeel van de aanvraag van Ryanair af.

## 4.2 Slot hoarding

Inleiding en beoordelingskader

48. Met betrekking tot het beoordelingskader overweegt de ACM het volgende. Om een overtreding van artikel 24 van de Mw te kunnen vaststellen, dient (onder andere) te worden aangetoond dat een onderneming over een economische machtspositie beschikt en dat zij daarvan misbruik heeft gemaakt. Van misbruik in deze zin is sprake indien een onderneming haar economische machtspositie uitbuit om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet gerealiseerd hadden kunnen worden, dan wel om haar eigen positie te versterken ten opzichte van haar concurrenten.<sup>24</sup> Vóórdat de ACM echter toekomt aan een beoordeling van de aard van de door Ryanair omschreven praktijk van “slot hoarding” in het licht van artikel 24 van de Mw, ziet zij zich voor de vraag gesteld of er aanwijzingen zijn waaruit blijkt dat KLM zich gedraagt op de door Ryanair gestelde wijze. Zijn dergelijke aanwijzingen er niet, dan kan een beoordeling van de aard van dit gestelde gedrag en van de gestelde machtspositie van KLM achterwege blijven.
49. In de hiernavolgende paragrafen gaat de ACM eerst in op de inrichting van het slotaanvraag- en slotallocatieproces van ACNL. Vervolgens beoordeelt de ACM aan de hand van de recente slotaanvraag- en slotgebruikgegevens van KLM of hieruit aanwijzingen voor “slot hoarding” naar voren komen.

Het slotaanvraag- en slotallocatieproces

50. De ACM heeft naar aanleiding van het verzoek van Ryanair informatie opgevraagd bij en gesproken met ACNL.<sup>25</sup> ACNL is aangewezen als (slot)coördinator voor de luchthaven Schiphol

<sup>24</sup> TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, blz. 26.

<sup>25</sup> ACM/UIT/507380; ACM/UIT/507606; ACM/UIT/508471.

zoals bedoeld in artikel 4, eerste lid, van de Slotverordening.<sup>26</sup> Op verzoek van de ACM heeft ACNL uitleg gegeven over het aanvraagproces voor slots. Hieruit is het volgende gebleken.<sup>27</sup>

51. In het aanvraag- en allocatieproces dat voorafgaat aan ieder zomer- en winterseizoen zijn de volgende stappen te onderscheiden:
- bekendmaking door ACNL van de lijst met historische slots, op basis van de 80%-norm in het voorafgaande seizoen ("*Slot Historic List*");
  - bevestiging van de historische slots door de luchtvaartmaatschappijen;
  - indienen van de initiële slotaanvraag door luchtvaartmaatschappijen ("*Initial submission*");
  - initiële slotallocatie door ACNL ("*Slot Initial Allocation List*");
  - uiterste datum voor teruggave van slots die de betreffende luchtvaartmaatschappij niet zal uitvoeren ("*Slot Return Deadline*");
  - herverdeling van teruggegeven slots; en
  - vaststelling van de slotallocatie voorafgaand aan het seizoen ("*Historic Baseline Date*").
52. Na de *Historic Baseline Date* (HBD) kunnen zich met betrekking tot uitgegeven slots de volgende drie situaties voordoen:
- het slot wordt benut door de luchtvaartmaatschappij middels uitvoering van de betreffende vlucht; of
  - het slot wordt vóór uitvoering door de luchtvaartmaatschappij geannuleerd dan wel overgedragen conform de voorwaarden van artikel 8 bis van de Slotverordening; of
  - het slot wordt niet door de luchtvaartmaatschappij gebruikt.<sup>28</sup>
53. Een slot dat na de HBD wordt geannuleerd, vloeit terug in de slotpool en komt daarmee (alsnog) ter beschikking van andere luchtvaartmaatschappijen. Een niet-gebruikt slot dat niet is geannuleerd, vloeit niet terug in de slotpool. Dergelijke slots worden door ACNL aangemerkt als "NOOPS". ACNL vraagt luchtvaartmaatschappijen in geval van een NOOP om uitleg door middel van een "*discrepancy report*". Blijkt uit de uitleg dat sprake is van een overmachtssituatie ("*force majeure*"), dan wordt het slot aangemerkt als correct uitgevoerd ("*properly operated*"). Wordt niet voldaan aan de voorwaarden voor *force majeure*, dan wordt het betreffende slot in mindering gebracht de historische rechten als bedoeld in artikel 8, tweede lid, van de Slotverordening.
- Slotaanvragen en -gebruik KLM
54. De ACM heeft als onderdeel van haar onderzoek gegevens opgevraagd bij ACNL met betrekking tot de slotaanvragen en het slotgebruik van KLM en de dochtermaatschappijen van KLM die ook als luchtvaartmaatschappij actief zijn op de luchthaven Schiphol. Dit betreft de dochtermaatschappijen KLM Cityhopper B.V., Transavia Airlines C.V. en Martinair Holland N.V. De ontvangen gegevens hebben betrekking op de zomerseizoenen 2015 tot en met 2019 en de winterseizoenen 2014 tot en met 2018. Aangezien ten tijde van het informatieverzoek over het winterseizoen 2018 en het zomerseizoen 2019 (nog) geen volledige gegevens beschikbaar waren, laat de ACM de gegevens van deze seizoenen bij haar beoordeling buiten beschouwing.
55. Uit de slotaanvraaggegevens van KLM en haar dochtermaatschappijen blijkt dat de *initial submissions* van deze maatschappijen voor het grootste gedeelte (tussen de 85% en 95% per

<sup>26</sup> Besluit Aanwijzing coördinator luchtvaartterrein Schiphol, Stc. 2001, 115, blz. 14.

<sup>27</sup> ACM/IN/429999.

<sup>28</sup> ACM/IN/429999, rn. 5-7.

seizoen) betrekking hebben op historische slotreeksen.<sup>29</sup> Dit wijst erop dat de operatie van KLM en haar dochtermaatschappijen voor een groot deel gebaseerd is op het gebruik van slots waarop zij historische rechten hebben. De vraag is vervolgens of er aanwijzingen zijn dat ten aanzien van deze slots sprake zou kunnen zijn van “slot hoarding”.

56. Gelet op het in de randnummers 51 tot en met 53 omschreven systeem van slotallocatie, zou een eerste indicator voor het bestaan van een mogelijke “slot hoarding”-strategie kunnen worden gevonden in de percentages van i) slots die na de HBD zijn geannuleerd en ii) slots die als NOOP zijn aangemerkt, ten opzichte van het totaal aantal aan KLM en haar dochtermaatschappijen gealloceerde slots. Deze percentages vormen een weergave van de maximale bandbreedte waarbinnen in potentie sprake zou kunnen zijn van “slot hoarding”. Daarbij is met name het percentage NOOP-slots van belang. Het zijn immers alleen deze slots die werkelijk verloren zijn gegaan voor gebruik door concurrerende luchtvaartmaatschappijen. Slots die na de HBD worden geannuleerd, vloeien terug in de slotpool, waardoor zij alsnog door andere luchtvaartmaatschappijen kunnen worden benut. In die situatie zou er mogelijk sprake kunnen zijn van (beperkte) concurrentiehinder doordat luchtvaartmaatschappijen later dan gewenst over slots kunnen beschikken, maar dit neemt niet weg dat deze slotcapaciteit wel kan worden benut.
57. De ACM wijst erop dat het na de HBD annuleren dan wel niet-gebruiken van slots ook gebeurt als onderdeel van de reguliere bedrijfsvoering van een luchtvaartmaatschappij. Plannen voor vluchten kunnen na de HBD veranderen of komen te vervallen, en ook voor NOOPS kunnen legitieme redenen bestaan (overmacht). Dit betekent enerzijds dat een hoog percentage van geannuleerde/NOOPS-slots op zichzelf niet kan worden beschouwd als (voldoende) bewijs voor het bestaan van een “slot hoarding”-strategie. Anderzijds vormt dat echter wel een noodzakelijke voorwaarde voor “slot hoarding”, aangezien in het geval van “slot hoarding” sprake moet zijn van een (abnormaal) grote marge tussen de aantallen gealloceerde en benutte slots.
58. Dat het gebruikelijk is dat luchtvaartmaatschappijen in enige mate slots overvragen, bijvoorbeeld omdat er nog onzekerheid is over het krijgen van de slots op andere luchthavens, wordt onder meer bevestigd door Schiphol.<sup>30</sup> Dit blijkt daarnaast ook uit de reactie van KLM. Zij geeft aan dat het vanwege de vele (operationele) onzekerheden waarmee luchtvaartmaatschappijen te maken hebben, gebruikelijk is om meer slots aan te vragen dan er worden gebruikt. Dit wordt gedaan om een consistente dienstregeling te kunnen voeren. KLM geeft verder aan dat er bij de huidige schaarste aan slots überhaupt geen sprake van is dat er meer slots worden aangevraagd dan er nodig zijn.<sup>31</sup>
59. De volgende tabel geeft een weergave per seizoen van de percentages van slots die i) na de HBD zijn geannuleerd dan wel ii) als NOOP zijn aangemerkt, ten opzichte van het aantal aan KLM en haar dochtermaatschappijen gealloceerde slots:

<sup>29</sup> ACM/IN/429999, bijlage 2.

<sup>30</sup> ACM/INT/388317

<sup>31</sup> ACM/UIT/513619

Seizoen	Gealloceerde slots	NOOPS	Geannuleerd na HBD	Totaal
S15	176.802	0,47%	6,52%	6,99%
S16	186.381	0,19%	4,86%	5,05%
S17	175.019	0,34%	0,24%	0,58%
S18	176.521	0,05%	0,91%	0,96%
W14	108.025	0,40%	7,75%	8,14%
W15	109.758	0,36%	5,57%	5,93%
W16	108.507	0,23%	7,01%	7,24%
W17	102.030	0,20%	2,44%	2,64%

Figuur 1: gealloceerde en gebruikte slots KLM en dochtermaatschappijen<sup>32</sup>

60. Uit Figuur 1 blijkt dat het percentage geannuleerde dan wel NOOP-slots per seizoen aanzienlijk lager ligt dan het door Ryanair gesuggereerde “slot hoarding”-percentage van 20%. Daarnaast kan in dit percentage een sterk dalende trend worden waargenomen. In de meest recente seizoenen ligt het totaalpercentage (afgerond) op respectievelijk 3% in het winterseizoen van 2017 en 1% in het zomerseizoen van 2018. Het percentage NOOP-slots ligt zelfs nog veel lager, variërend tussen de 0,05% en 0,47% van het jaarlijks aantal aan KLM gealloceerde slots.
61. Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor in randnummer 57 is overwogen, duiden de in Figuur 1 weergegeven cijfers erop dat in de afgelopen seizoenen geen sprake is geweest van “slot hoarding” door KLM en haar dochtermaatschappijen. Dat KLM haar (historische) slotreeksen voor net meer dan 80% volvliegt, blijkt hieruit in ieder geval niet.
62. De ACM ziet haar conclusie dat geen sprake is geweest van “slot hoarding” daarnaast bevestigd door de recente ontwikkelingen in het aantal vliegtuigbewegingen op de luchthaven Schiphol. Zou sprake zijn van “slot hoarding” door KLM, dan zou dit – gelet op de aanzienlijke positie van KLM op de luchthaven Schiphol en de bestaande schaarste aan slots – ook haar weerslag moeten krijgen in het aantal gerealiseerde vliegtuigbewegingen ten opzichte van het maximum aantal uit te geven slots. Een strategie van “slot hoarding” zou immers als gevolg moeten hebben dat gealloceerde slots onbenut blijven. Uit de realisatiecijfers van de Royal Schiphol Group blijkt echter dat nagenoeg alle op de luchthaven beschikbare slots gebruikt worden, en dat het aantal onbenutte slots zeer beperkt is. Zo blijkt uit de Jaarcijfers 2018 van de Royal Schiphol Group dat in dat jaar 499.444 vliegtuigbewegingen op de luchthaven hebben plaatsgevonden.<sup>33</sup> Dit betekent dat het geldende maximum van 500.000 vliegtuigbewegingen het afgelopen jaar vrijwel geheel is volgevoerd, en dat on(der)benutting van slots op Schiphol vrijwel niet voorkomt.
63. Met betrekking tot de door Ryanair genoemde uitspraak van de ABRvS overweegt de ACM ten slotte het volgende. Anders dan Ryanair, ziet de ACM in deze uitspraak geen aanwijzing voor slot hoarding door KLM. Daarvoor verwijst de ACM allereerst naar hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de slotgegevens van ACNL, waaruit blijkt dat van slot hoarding geen sprake kan zijn geweest. Daarnaast wijst de ACM erop dat uit de betreffende uitspraak van de ABRvS blijkt dat KLM de stelling van ACNL dat KLM de door haar aangevraagde slots niet nodig zou hebben voor haar bedrijfsvoering, in die procedure heeft weersproken. De ABRvS zelf heeft de vraag of de betreffende slots daadwerkelijk door KLM zouden worden gebruikt, uitdrukkelijk in het midden gelaten. Verder wijst de ACM erop dat de betreffende zaak betrekking heeft op het verkrijgen van additionele slots door KLM, en niet op het (onterecht) vasthouden van historische slots. Al deze

<sup>32</sup> ACM/INT/385426.

<sup>33</sup> Royal Schiphol Group, persbericht “Jaarcijfers 2018: Focus op kwaliteit en een solide prestatie”, geraadpleegd via <https://nieuws.schiphol.nl/royal-schiphol-group-publiceert-jaarcijfers-2018/>.

omstandigheden in aanmerking nemende, is de ACM van oordeel dat deze uitspraak geen aanwijzing vormt voor *slot hoarding* door KLM.

Conclusie slot hoarding

64. De ACM komt tot de conclusie dat haar verkennende onderzoek geen aanwijzingen heeft opgeleverd voor het bestaan van een “*slot hoarding*”-strategie door KLM. Dit onderzoek heeft wel aanwijzingen opgeleverd die erop duiden dat KLM zich niet op de door Ryanair beschreven wijze *kan* hebben gedragen. Daarom wijst de ACM ook dit onderdeel van de aanvraag van Ryanair af.

## 5 Besluit

65. De ACM wijst de aanvraag van Ryanair tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 56 van de Mw af.

Datum: 20 juni 2019

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

w.g. M. Denkers, BA MSc MBA  
Directeur Directie Mededinging

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Graag ontvangen wij uw bezwaarschrift **binnen zes weken** na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter*