

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2260-108

Betreft zaak: Vereniging Vrije Vogel vs. KLM

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar van Vereniging Vrije Vogel tegen zijn besluit van 8 november 2000, nummer 273/ 128.

I. Het verloop van de procedure

1. Op 31 maart 1998 en 11 juni 1998 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) een aantal klachten ontvangen van leden en niet-leden van de Vereniging Vrije Vogel. Het voorwerp van de klachten betrof de tarieven die KLM berekent aan haar passagiers op de route Amsterdam-Curaçao-Amsterdam, (hierna: route Curaçao). Klagers stellen dat KLM misbruik maakt van haar machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw). Tevens stellen klagers dat het misbruik bestaat uit onredelijke voorwaarden die KLM hanteert, onder meer met betrekking tot overboekingen en wachtlijsten.
2. Op 8 november 2000 heeft de d-g NMa een besluit tot afwijzing van het verzoek om toepassing van artikel 56 Mw genomen (hierna: primaire besluit). Bij brief van 13 december 2000 heeft de Vereniging Vrije Vogel bezwaar ingediend tegen het primaire besluit. Op 18 april 2001 zijn de Vereniging Vrije Vogel en KLM ten kantore van de NMa gehoord. Bij besluit van 30 oktober 2001, nummer 2260/ 48, heeft de d-g NMa het bezwaar van de Vereniging Vrije Vogel ongegrond verklaard (hierna: besluit op bezwaar).
3. De Vereniging Vrije Vogel heeft tegen het besluit van 30 oktober 2001 bij brief van 7 december 2001 beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam.
4. Bij uitspraak van 18 juni 2003, nummer MEDED 01/2753-RIP, heeft de rechtbank Rotterdam het beroep van de Vereniging Vrije Vogel gegrond verklaard voor zover dat is gericht tegen het ongegrond verklaren van het bezwaar met betrekking tot het gestelde misbruik van machtspositie in verband met het hanteren van onredelijke voorwaarden. De rechtbank heeft het besluit op bezwaar in zoverre vernietigd en heeft bepaald dat de

d-g NMa een nieuwe beslissing op bezwaar neemt met inachtneming van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. Tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam is geen hoger beroep ingesteld. Met het onderhavige besluit wordt een nieuwe beslissing op bezwaar genomen.

II. Rechtbank Rotterdam

5. De rechtbank Rotterdam heeft bij uitspraak 18 juni 2003 ten aanzien van misbruik van machtspositie in verband met het hanteren van onredelijke voorwaarden het volgende overwogen: *“Echter in haar klacht heeft eiseres ook gesteld dat de KLM misbruik maakt van haar machtspositie door het hanteren van onredelijke voorwaarden op de onderhavige route. Die onredelijke voorwaarden houden onder meer verband met wachtlijsten en overboekingen. (...) Naar het oordeel van de rechtbank ontbeert het bestreden besluit ter zake een voldoende motivering, nu verweerder volstaat met de stelling dat de wachtlijsten ontstaan doordat consumenten vroegtijdig tickets voor de goedkope zitplaatsen reserveren, er veel vraag is naar deze zitplaatsen, maar dat ze relatief beperkt in aantal zijn. Tevens heeft verweerder in dit verband gesproken over het bestaan van een ‘objectieve rechtvaardiging’, daarmee kennelijk doelend op het recht van de KLM te streven naar opbrengstmaximalisatie per vlucht. Een en ander laat echter onverlet dat er sprake zou kunnen zijn van misbruik van machtspositie. Immers zou de KLM ten aanzien van deze vliegroute over een machtspositie beschikken - (...) - dan kan zij veel eenvoudiger wachtlijsten hanteren omdat de desbetreffende passagiers geen of geen reëel alternatief hebben om de beoogde vlucht (tegen vergelijkbare voorwaarden) bij een andere maatschappij te boeken. De NMa had dit moeten onderzoeken en verweerder had een en ander nader dienen te motiveren in het bestreden besluit.”*
6. De rechtbank Rotterdam is derhalve van oordeel dat het besluit op bezwaar, ten aanzien van ongegrondverklaring van de klacht van de Vereniging Vrije Vogel dat KLM misbruik maakt van haar machtspositie door het hanteren van onredelijke voorwaarden, niet voldoende gemotiveerd is. De d-g NMa begrijpt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam aldus dat hij de ongegrondverklaring van de klacht met betrekking tot onredelijke voorwaarden, nader dient te motiveren. In het onderhavige besluit zal de d-g NMa zijn oordeel omtrent de klacht betreffende onredelijke voorwaarden nader motiveren.

III. Nadere motivering

Artikel 24 Mw - Misbruik van machtspositie

7. Voor toepasselijkheid van artikel 24 Mw is het noodzakelijk dat zowel het bestaan van een economische machtspositie als het bestaan van misbruik aannemelijk zijn geworden. De d-g NMa acht het daarbij mogelijk en geoorloofd in een concreet geval te

onderzoeken of een bepaalde gedraging misbruik *zou* opleveren, indien bij wijze van hypothese wordt *aangenomen* dat de onderneming in kwestie over een machtspositie beschikt. Als het betrokken gedrag bij deze veronderstelling nog steeds geen misbruik oplevert, kan een onderzoek naar de werkelijke positie en andere marktomstandigheden achterwege blijven, omdat dan reeds voldoende vaststaat dat aan één van de cumulatieve vereisten van artikel 24 Mw in elk geval niet is voldaan. De d-g NMa kon derhalve in het primaire besluit en in het besluit op bezwaar in het midden laten of de KLM beschikt over een economische machtspositie, nu hij van oordeel was dat geen sprake was van misbruik.¹

Hoogte tarieven

8. Voorafgaand aan het primaire besluit heeft de NMa een extern onderzoeksbureau, Trafam, ingeschakeld om een kosten- en opbrengstenonderzoek te laten uitvoeren ten aanzien van, onder meer, de route Curaçao. Naar aanleiding daarvan heeft de d-g NMa in zijn primaire besluit geconcludeerd dat er geen sprake is van een excessief rendement op de route Curaçao en dat derhalve niet kan worden geconcludeerd dat KLM misbruik maakt door middel van excessieve tarieven van in Nederland verkochte tickets aan passagiers op de route Curaçao.² In het besluit op bezwaar heeft de d-g NMa geoordeeld dat gelet op de daling van de tarieven met ingang van 1 april 2001 en het feit dat de Vereniging Vrije Vogel niet heeft aangegeven dat deze tarieven desalniettemin te hoog zouden zijn, het bezwaar feitelijke grondslag mist.³ De rechtbank Rotterdam heeft dit oordeel in haar uitspraak van 18 juni 2003 onderschreven. Tegen deze uitspraak is geen hoger beroep ingesteld zodat deze uitspraak thans onherroepelijk is en het oordeel van de rechtbank Rotterdam dat geen sprake is van misbruik van machtspositie door KLM door middel van excessieve tarieven op de route Curaçao in rechte vaststaat. Dit geldt eveneens voor de uitkomsten van het door Trafam uitgevoerde onderzoek die in de onderhavige procedure niet ter discussie staan.

Onredelijke voorwaarden

9. Ten aanzien van de klachten van de Vereniging Vrije Vogel omtrent onredelijke voorwaarden dient te worden bezien of de door KLM gestelde voorwaarden misbruik

¹ De rechtbank Rotterdam heeft deze door de d-g NMa gevolgde - doelmatige - benadering in eerdere uitspraken uitdrukkelijk onderschreven. Zie Rb Rotterdam 6 februari 2002, Stichting Academie voor Kunstzinnige Vorming tegen d-g NMa (MEDED 99/1488-SIMO). Vgl. voorts Rb Rotterdam 23 oktober 2001, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel tegen d-g NMa (MEDED 00/910-SIMO), met betrekking tot de cumulatieve voorwaarden van artikel 17 Mw. Ook in het Europese recht wordt deze benadering gevolgd. Vgl. o.a. GvEA 26 oktober 2000, Harbinger Corporation tegen Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), Zaak T-345/99, *Jur.* 2000, p. II-3525, r.o. 31 en 48-49; GvEA 17 juli 1998, ITT Promedia NV/ Commissie, Zaak T-111/96, *Jur.* 1998, p. II-2937, r.o. 59; GvEA 24 januari 1992, La Cinq SA/ Commissie, zaak T-44/90, *Jur.* 1992, p. II-1, r.o. 30.

² Besluit van 8 november 2000, zaaknummer 273, randnummer 110.

³ Besluit van 30 oktober 2001, zaaknummer 2260, randnummer 14.

opleveren. Allereerst dient vastgesteld te worden waarop de klacht van de Vereniging Vrije Vogel precies betrekking heeft. In de loop van de procedure heeft de Vereniging Vrije Vogel op diverse momenten verscheidene klachten aan de NMa kenbaar gemaakt. In het primaire besluit en in het besluit op bezwaar zijn deze klachten tezamen als één afzonderlijke klacht behandeld, te weten: misbruik door het hanteren van onredelijke voorwaarden. De klachten houden, zoals ook vermeld in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, verband met wachtlijsten en overboekingen. Deze voorwaarden hangen alle samen met het door KLM gehanteerde reserveringssysteem. In het hiernavolgende beoordeelt de d-g NMa daarom in hoeverre het gehanteerde reserveringssysteem en de daarmee samenhangende wachtlijsten en overboekingen misbruik kunnen opleveren.

10. Volgens vaste (Europese) rechtspraak is het begrip misbruik van machtspositie een objectief begrip, dat betrekking heeft op de gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere dan de gebruikelijke middelen bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale mededinging met goederen of diensten.⁴
11. De (Europese) rechtspraak kent voorts een tweeledig uitgangspunt: enerzijds rust op een onderneming met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt; anderzijds verliest een onderneming met een machtspositie op die enkele grond zeker niet het recht haar eigen commerciële belangen te verdedigen, en dient die onderneming in de mate van het redelijke over de mogelijkheid te beschikken te handelen zoals zij ter verdediging van haar belangen wenselijk acht (mits deze niet tot doel hebben die machtspositie te versterken en er misbruik van te maken)⁵. Voor de objectieve vaststelling van misbruik in een concreet geval dient te worden vastgesteld of door de gehanteerde voorwaarden de handhaving of ontwikkeling van de marktconcurrentie wordt tegengegaan⁶.

⁴ GvEA 30 september 2003, zaak T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin/ Commissie, r.o. 54 (met verwijzingen naar eerdere jurisprudentie).

⁵ GvEA 30 september 2003, zaak T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin/ Commissie, r.o. 55 en 243 (met verwijzingen naar eerdere jurisprudentie).

⁶ Zie noot 4

12. De d-g NMa is van oordeel dat ten gevolge van de door KLM gehanteerde voorwaarden de handhaving of ontwikkeling van de marktconcurrentie niet wordt tegengegaan. Naar het oordeel van de d-g NMa hanteert KLM de voorwaarden ter verdediging van haar (gerechtvaardigde) commerciële belangen. De gehanteerde voorwaarden staan rechtstreeks in verband met de gerealiseerde opbrengsten en daarmee tevens met het rendement op de route Curaçao.
13. Met behulp van het reserveringssysteem is KLM in staat bepaalde opbrengsten te realiseren. Ten aanzien van zowel de opbrengsten als het rendement van KLM op de route Curaçao staat vast dat deze niet als excessief zijn aan te merken.⁷ Meer in het bijzonder geldt - zoals ook door de rechtbank vastgesteld - dat de tarieven die KLM mede gebruikmakend van het reserveringssysteem hanteert niet als excessief en daarmee niet als misbruikelijk zijn aan te merken. Het is de d-g NMa niet gebleken dat de door KLM gehanteerde voorwaarden, waaronder haar reserveringssysteem en beleid op het punt van wachtlijsten, verder gaan dan in redelijkheid nodig is om bepaalde opbrengsten te realiseren. Reserveringssysteem en wachtlijsten kunnen door een onderneming worden gebruikt om een bepaalde bezetting te realiseren. Van misbruik kan sprake zijn indien schaarste (beperking van capaciteit) ontstaat of wordt gecreëerd en de onderneming daarvan profiteert door daaraan gerelateerde excessieve tarieven. Nu van excessieve tarieven niet is gebleken, oordeelt de d-g NMa dat de door KLM gehanteerde voorwaarden ten aanzien van het reserveringssysteem en de wachtlijsten geen misbruik in de zin van artikel 24 Mw opleveren.

Nader onderzoek

14. Nader onderzoek door de NMa naar de door KLM gehanteerde voorwaarden is naar het oordeel van de d-g NMa niet nodig voor een zorgvuldige beoordeling van het bezwaar van Vereniging Vrije Vogel. Uit hetgeen hiervoor onder randnummers 12 en 13 uiteengezet is, volgt reeds dat geen sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw. De d-g NMa concludeert dat een onderzoek naar de gehanteerde voorwaarden ter zake van reserveringssysteem en wachtlijsten derhalve achterwege kan blijven.

IV. Conclusie

15. Op basis van hetgeen overwogen en geconcludeerd bij randnummers 7-14, en onder aanvulling van de motivering, handhaaft de d-g NMa zijn besluit van 8 november 2000, waarbij het verzoek van de Vereniging Vrije Vogel om toepassing van artikel 56 Mw is afgewezen.

⁷ Zie randnummer 8

V. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,

gezien de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 juni 2003,

- verklaart de bezwaren van de Vereniging Vrije Vogel tegen zijn besluit van 8 november 2000 ongegrond;
- handhaaft, na heroverweging en aanvulling van de motivering op het punt van het beweerde misbruik van economische machtspositie door het hanteren van onredelijke voorwaarden door KLM, zijn besluit van 8 november 2000 tot afwijzing van het verzoek van de Vereniging Vrije Vogel om toepassing van artikel 56 Mededingingswet.

Datum: 18 maart 2004

W.g.
Mr. P. Kalbfleisch
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.