

Datum uitspraak: 25-11-2010

Datum publicatie: 25-11-2010

Rechtsgebied: Bestuursrecht overig

Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie: Op basis een aanvraag in de zin van artikel 8.25f, eerste lid, van de Wet luchtvaart heeft verweerder vastgesteld dat de door Schiphol vastgestelde tarieven en voorwaarden voor de luchtvaartactiviteiten met ingang van 1 april 2009 niet in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Wet luchtvaart. De door eiseres ingediende aanvraag betreft de passagiersgerelateerde tarieven die Schiphol aan de luchtvaartmaatschappijen in rekening brengt. De passagiersgerelateerde tarieven bestaan uit de passenger service charge (PSC) en de security service charge (SSC). Schiphol brengt de passagiersgerelateerde tarieven in rekening per vertrekkende passagier en maakt daarbij verschil tussen transferpassagiers en de passagiers die Nederland als herkomst of bestemming hebben, de zogenaamde O/D-passagiers. Discriminatieverbod artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart Het verschil in de passagiersgerelateerde tarieven is niet gebaseerd op een onderscheid in nationaliteit van de luchtvaartmaatschappijen en dus niet in strijd met het in artikel 15 van het Verdrag van Chicago (Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart van 7 december 1944, Trb. 1973, 109 neergelegde neergelegde non-discriminatiebeginsel. Voor de beantwoording van de vraag of Schiphol het discriminatieverbod anderszins heeft geschonden is verweerder, gelet op de Memorie van Toelichting bij de Wet luchtvaart, terecht uitgegaan van het mededingingrechtelijke begrippenkader zoals is neergelegd in artikel 82 van het EG-Verdrag, thans artikel 102 van het VWEU. Verweerder heeft voor de vaststelling of er sprake is van verboden discriminatie terecht getoetst of de diensten waarvoor Schiphol verschillende passagiersgerelateerde tarieven in rekening brengt gelijkwaardige prestaties zijn, en zo ja, of door de tariefdifferentiatie de luchtvaartmaatschappijen een nadeel in hun onderlinge concurrentiepositie wordt toegebracht. Het is aan eiseres om aannemelijk te maken dat haar nadeel in de mededinging wordt berokkend. De PSC voor O/D-passagiers en transferpassagiers betreffen geen gelijkwaardige diensten, zodat er geen sprake is van discriminatie. Het gebruik van de luchthaven door O/D-passagiers verschilt van het gebruik dat transferpassagiers van de luchthaven maken, omdat de laatsten doorgaans alleen gebruik maken van de luchtzijdige infrastructuur, terwijl O/D-passagiers daarnaast ook van de landzijdige infrastructuur gebruik maken. Wat betreft SSC heeft verweerder ontbetwist vastgesteld dat de beveiligingsdiensten die aan transfer- en O/D-passagiers geleverd worden vergelijkbaar zijn. Nu het gaat om gelijkwaardige diensten is het vaststellen van verschillende SSC-tarieven voor O/D- en transferpassagiers in beginsel discriminerend, indien daardoor de luchtvaartmaatschappijen een nadeel in de onderlinge concurrentie wordt toegebracht. Eiseres heeft niet aannemelijk gemaakt

dat zij nadeel leidt door winstaantasting. Het bestaan van een verband tussen de door haar gesignaleerde gedragingen van gemengde luchtvaartmaatschappijen en het verschil in tarieven tussen O/D- en transferpassagiers heeft zij niet aannemelijk gemaakt.

Redelijkheidvereiste artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart Verweerder heeft in redelijkheid alleen de O/D-passagierstarieven behoeven te toetsen en niet ook het verschil tussen de O/D- en transfertarieven, omdat artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart alleen betrekking heeft op de hoogte van ieder afzonderlijk tarief en niet op het verschil tussen twee tarieven. Verweerder heeft voor de beoordeling van de redelijkheid van de PSC en de SSC voor O/D-passagiers drie vergelijkingsmethoden gebruikt. Op basis van de benchmarkmethode bestaat er weliswaar zorg over de redelijkheid van SSC voor O/D-passagiers, maar verweerder heeft hiervoor mogelijke verklaringen gegeven en de uitkomsten van de twee andere vergelijkingsmethoden bevestigen dat er geen indicatie is voor onredelijkheid. De rechtbank toetst terughoudend en oordeelt dat verweerder in redelijkheid heeft kunnen vaststellen dat de tarieven van Schiphol voor O/D-passagiers redelijk zijn. Kostenoriëntatievereiste artikel 8.25d, derde lid, van de Wet luchtvaart Het in beroep aangevoerde argument van eiseres dat uit een tariefstijging van 20% ten opzichte van de vaststelling van de tarieven per 1 november 2007 blijkt dat de tarieven niet kostengeoriënteerd zijn is onvoldoende om het naar aanleiding van de aanvraag van eiseres ingenomen standpunt over de kostengeoriënteerdheid van de passagierstarieven van Schiphol voor onjuist te houden.

Zorgvuldigheid In lijn met hetgeen de rechtbank eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 23 november 2005 (LJN: AV2656) worden aan de ingevolge artikel 3:2 van de Awb op verweerder rustende verplichting tot het vergaren van de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen in het geval van geschilbeslechting minder zware eisen gesteld dan in een situatie dat verweerder ambtshalve of op aanvraag een besluit neemt. In het geval van geschilbeslechting behoren de partijen waartussen het geschil bestaat zich actief op te stellen. In de fase van het minnelijke overleg moet alles aan de orde komen, alvorens het geschil wordt voorgelegd ter beslechting. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder voldoende onderzoek verricht op basis van de door eiseres en Schiphol geleverde informatie door naast Schiphol ook KLM bij dit onderzoek te betrekken.

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht
Meervoudige kamer

Reg.nr.: AWB 09/2949 MEDED-T1

Uitspraak in het geding tussen

easyJet Airline Company Ltd, gevestigd te Luton, Verenigd Koninkrijk, eiseres,
gemachtigde mr. D.N. Broerse, advocaat te Amsterdam,

en

de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), verweerder.

Aan het geding hebben mede als partij deelgenomen:

Luchthaven Schiphol N.V. (Schiphol),
gemachtigde mr. J.C.M. van der Beek, advocaat te Amsterdam,

en

Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. (KLM),
gemachtigde mr. P.V. Eijsvogel, advocaat te Amsterdam.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Naar aanleiding van de vaststelling van de tarieven en voorwaarden per 1 april 2009 door Schiphol heeft eiseres op 21 november 2008 een aanvraag in de zin van artikel 8.25f, eerste lid, van de Wet luchtvaart ingediend bij verweerder.

Bij besluit van 14 juli 2009 heeft verweerder vastgesteld dat op grond van de door eiseres aangevoerde argumenten de door Schiphol vastgestelde tarieven en voorwaarden niet in strijd zijn met de bij of krachtens de Wet luchtvaart gestelde eisen.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft eiseres (rechtstreeks) beroep ingesteld. Bij brief van 15 oktober 2009 heeft eiseres de beroepgronden ingediend, met als bijlage onder meer een rapport van RBB Economics van 14 oktober 2009.

Op 19 januari 2010 heeft verweerder een verweerschrift ingediend, met als bijlage onder meer een analyserapport van het economisch bureau van de NMa van 18 januari 2010 en een rapport van SEO economisch onderzoek van 7 oktober 2009.

Schiphol heeft bij brief van 19 maart 2009 een zienswijze ingediend.

Bij beslissing van 20 mei 2010 heeft de rechter-commissaris de beperking van de kennisneming als bedoeld in artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van delen van de op de zaak betrekking hebbende stukken waarvan verweerder om vertrouwelijke behandeling heeft verzocht gerechtvaardigd geacht. Eiseres, Schiphol en KLM hebben toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb gegeven.

Bij brief van 9 juni 2010 heeft eiseres in reactie op het analyserapport van de NMa van 18 januari 2010 een rapport van RBB Economics van 7 juni 2010 ingediend.

Bij brief van 9 juni 2010 heeft verweerder als nader stuk ingediend een rapport van het Economisch Bureau van de NMa van 9 juni 2010 als reactie op het rapport van RBB Economics van 14 oktober 2009.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 21 juni 2010. Eiseres heeft zich laten

vertegenwoordigen door haar gemachtigde, bijgestaan door W. Vet en M. Visser. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. drs. M.C. Hegge, bijgestaan door mr. A.A.J. Pliego Selie en dr. J.K. Winters. Schiphol en KLM hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

2 Overwegingen

2.1 Aanvraag en bestreden besluit

2.1.1 Op grond van artikel 8.25d, eerste lid, van de Wet luchtvaart moet Schiphol als exploitant van de luchthaven ten minste eenmaal per jaar de tarieven en voorwaarden vaststellen voor haar activiteiten ten behoeve van het gebruik van de luchthaven door gebruikers (waaronder in artikel 8.1, aanhef en onder i, van de Wet luchtvaart verstaan worden luchtvaartmaatschappijen en andere (rechts)personen die vluchten uitvoeren).

2.1.2 Artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart schrijft voor dat de tarieven en voorwaarden redelijk en non-discriminatoir zijn en artikel 8.25d, derde lid, van de Wet luchtvaart bepaalt dat de tarieven voor de in het eerste lid bedoelde activiteiten voor het geheel van de activiteiten kostengeoriënteerd zijn. In artikel 8.25d, vierde lid, van de Wet luchtvaart is bepaald dat onverminderd het derde lid, de tarieven voor de beveiliging van de passagiers en hun bagage voor het geheel van de beveiligingsactiviteiten kostengeoriënteerd zijn.

2.1.3 Op grond van artikel 8.25e van de Wet luchtvaart worden voorafgaande aan de vaststelling van de tarieven de gebruikers geconsulteerd door Schiphol. Als na de vaststelling van de tarieven en voorwaarden nog een geschil bestaat kan een gebruiker dat voorleggen aan verweerder. In artikel 8.25f, eerste lid, van de Wet luchtvaart is bepaald dat verweerder op aanvraag van een gebruiker vaststelt of de door Schiphol vastgestelde tarieven en voorwaarden in strijd zijn met bij of krachtens de Wet luchtvaart gestelde regels.

2.1.4 Op 31 oktober 2008 heeft Schiphol de tarieven en voorwaarden per 1 april 2009 vastgesteld en daarvan mededeling gedaan zoals voorgeschreven in artikel 8.25d, eerste lid, van de Wet luchtvaart. Eiseres heeft vervolgens een aanvraag in de zin van artikel 8.25f, eerste lid, van de Wet luchtvaart ingediend. Naar aanleiding van deze aanvraag heeft verweerder bij het bestreden besluit vastgesteld dat de tarieven en voorwaarden van Schiphol per 1 april 2009 op grond van de door eiseres aangevoerde argumenten niet in strijd zijn met de bij of krachtens de Wet luchtvaart gestelde eisen.

2.1.5 De tariefstructuur van Schiphol is gebaseerd op de in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a tot en met d, van het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol gegeven omschrijving van luchtvaartactiviteiten. Luchthavenactiviteiten zijn activiteiten van de exploitant van de luchthaven ten behoeve van (a) opstijgen, landen en (b) parkeren van luchtvaartuigen, (c) de afhandeling van passagiers en hun bagage in verband met het opstijgen en landen van luchtvaartuigen waaronder in elk geval het gebruik van de passagiersterminal en het gebruik van de voorrijwegen en (d) de uitvoering van de beveiliging van de passagiers en hun bagage. De tarieven bestaan dus enerzijds uit vliegtuiggerelateerde tarieven (a en b) en anderzijds uit passagiersgerelateerde tarieven (c en d), de zogenoemde passenger service charge (PSC) en de security service charge (SSC).

2.1.6 De door eiseres ingediende aanvraag als bedoeld in artikel 8.25f van de Wet luchtvaart betreft de passagiersgerelateerde tarieven.

2.1.7 Schiphol brengt de passagiersgerelateerde tarieven in rekening per vertrekkende passagier en maakt daarbij verschil tussen transferpassagiers en de passagiers die Nederland als herkomst of bestemming hebben, de zogenaamde O/D-passagiers (waarbij O/D staat voor origin/destination). Transferpassagiers zijn volgens de voorwaarden van Schiphol passagiers voor wie het overstappen de belangrijkste reden voor het gebruik van de luchthaven is, waarbij het douanegebied niet langer dan 24 uur mag worden verlaten.

2.1.8 Per 1 april 2009 heeft Schiphol de volgende passagiersgerelateerde tarieven vastgesteld per passagier (met tussen haakjes de tarieven zoals die gelden na aanpassing vanwege verweerders besluit van 15 april 2009 inzake de aanvraag als bedoeld in artikel 8.25f, van de Wet luchtvaart die door KLM/BARIN is ingediend):

	PSC	SSC
O/D-passagiers	€ 14,38 (14,24)	€ 12,95 (12,84)
Transferpassagiers	€ 6,04 (5,98)	€ 7,24 (7,25)

2.1.9 Eiseres heeft in haar aanvraag gesteld dat 1) het door Schiphol gemaakte onderscheid tussen transfer- en O/D-passagierstarieven discriminatoir is, 2) de O/D-passagierstarieven onredelijk en 3) niet kostengeoriënteerd zijn en 4) dat de passagiersgerelateerde tarieven op niet transparante wijze tot stand zijn gekomen.

2.1.10 Bij het bestreden besluit heeft verweerder geconcludeerd dat er wat betreft de PSC geen sprake is van gelijkwaardige diensten aan O/D- en transferpassagiers, zodat het hanteren van verschillende tarieven voor deze diensten aan beide soorten passagiers geen inbreuk maakt op de non-discriminatieverplichting.

2.1.11 Ten aanzien van de SSC is verweerder van oordeel dat de beveiligingsdiensten voor beide categorieën passagiers wel gelijkwaardig zijn, maar dat eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt dat door het hanteren van verschillende tarieven voor O/D- en transferpassagiers haar, als vervoerster van bijna alleen O/D-passagiers, een concurrentienadeel wordt berokkend ten opzichte van gemengde luchtvaartmaatschappijen, die zowel O/D- als transferpassagiers vervoeren, zoals KLM. Verweerder heeft daarom niet vast kunnen stellen dat Schiphol door het hanteren van verschillende tarieven voor de beveiligingsdiensten inbreuk maakt op de non-discriminatieverplichting.

2.1.12 Verweerder heeft de O/D-passagierstarieven (PSC en SSC) getoetst op redelijkheid en kostengeoriënteerdheid. Verweerder heeft drie methoden gehanteerd bij het toetsen van de tarieven: een internationale prijsvergelijking (benchmark), een vergelijking van de tarieven met de onderliggende kosten en een internationale vergelijking van de kwaliteit van de luchthaven. Deze vergelijkingen wijzen volgens verweerder niet op zodanig hoge tarieven van Schiphol dat de PSC en SSC voor O/D-passagiers niet redelijk en kostengeoriënteerd zouden zijn als bedoeld in als bedoeld in artikel 8.25d, tweede en derde lid, van de Wet luchtvaart.

2.1.13 Tot slot heeft verweerder zich op het standpunt gesteld dat eiseres haar standpunt, dat Schiphol niet heeft voldaan aan het vereiste van transparantie, niet aannemelijk heeft gemaakt.

2.2 Beroepsgronden

In beroep heeft eiseres aangevoerd dat de tarieven van Schiphol voor SSC en PSC voor O/D-

en transferpassagiers discriminatoir, niet redelijk en niet kostengeoriënteerd zijn. Eiseres heeft haar standpunt onderbouwd met een rapport van RBB Economics van 14 oktober 2009. Eiseres heeft aangevoerd dat het in strijd met de goede procesorde is dat verweerder tien dagen voor de zitting reageert op het rapport van RBB Economics van 14 oktober 2009 met een nieuw rapport van het Economisch Bureau van de NMa van 9 juni 2010, terwijl verweerder daarop al heeft gereageerd in zijn verweerschrift van 19 januari 2010. Voorts heeft eiseres gesteld dat het bestreden besluit in strijd is met het motiveringsbeginsel, omdat eiseres geen kennis heeft kunnen nemen van de vertrouwelijke stukken die aan het bestreden besluit ten grondslag liggen, en onzorgvuldig is voorbereid omdat verweerder geen eigen onderzoek heeft verricht naar de argumenten van Schiphol.

2.3 Overwegingen

2.3.1 De rechtbank stelt voorop dat uit artikel 8.25f, eerste lid, van de Wet luchtvaart voortvloeit dat de reikwijdte van het bestreden besluit wordt bepaald door de aanvraag en dat op grond van artikel 8:69, eerste lid, van de Awb de reikwijdte van de rechterlijke beoordeling wordt bepaald door het bestreden besluit en de daartegen aangevoerde beroepsgronden. Binnen deze afbakening toetst de rechtbank de door verweerder op basis van de aanvraag van eiseres gedane vaststelling, dat de door Schiphol per 1 april 2009 vastgestelde tarieven en voorwaarden niet in strijd zijn met de Wet luchtvaart, terughoudend. Dit houdt in dat de rechtbank de wijze waarop verweerder deze toetsing heeft gedaan respecteert, tenzij verweerder daarbij de grenzen, getrokken door algemeen verbindende voorschriften, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur overschrijdt.

2.3.2 Gelet hierop beoordeelt de rechtbank eerst de wijze waarop verweerder de passagierstarieven SSC en PSC heeft getoetst aan het discriminatieverbod van artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart en daaraan voorafgaand welke toetsingscriteria daarvoor gelden. Vervolgens beoordeelt de rechtbank de wijze waarop verweerder de redelijkheid en de kostengeoriënteerdheid van de passagierstarieven heeft beoordeeld. Hierbij komt tevens aan de orde of de goede procesorde is geschonden door het kort voor de zitting indienen van deskundigenrapporten door partijen over en weer. Verder beoordeelt de rechtbank of de goede procesorde is geschonden door het vertrouwelijk behandelen van een aantal op de zaak betrekking hebbende stukken.

2.4 Discriminatieverbod artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart

2.4.1 Uit de Memorie van Toelichting bij de Wet luchtvaart (Tweede Kamer 2001/02, 28074, nr. 3, p. 3-7) blijkt dat het in artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart neergelegde non-discriminatiebeginsel aansluit bij artikel 15 van het Verdrag van Chicago (Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart van 7 december 1944, Trb. 1973, 109). In dit artikel wordt onderscheid naar nationaliteit van de luchtvaartmaatschappijen als discriminatoir bestempeld. Verder blijkt uit de Memorie van Toelichting dat op de eis van non-discriminatie het mededingingsrechtelijke begrippenkader van toepassing is. Als gevolg van het non-discriminatiebeginsel kan iedere gebruiker aanspraak maken op dezelfde tarieven en voorwaarden voor gelijke diensten. Op pagina 7 van de Memorie van Toelichting wordt er nog eens op gewezen dat de sectorspecifieke regeling van de tarieven in de Wet luchtvaart de toepassing van de Mededingingswet en van het Europese mededingingsrecht onverlet laat.

2.4.2 De rechtbank stelt vast dat het verschil in de passagiersgerelateerde tarieven van Schiphol in elk geval niet is gebaseerd op een onderscheid in nationaliteit van de luchtvaartmaatschappijen.

2.4.3 Voor de beantwoording van de vraag of Schiphol het discriminatieverbod anderszins heeft geschonden is verweerder, gelet op de Memorie van Toelichting bij de Wet luchtvaart, terecht uitgegaan van het mededingingsrechtelijke begrippenkader zoals is neergelegd in artikel 82 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag), thans artikel 102, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

2.4.4 In artikel 102 van het VWEU wordt onder discriminatie onder meer verstaan misbruik dat kan bestaan uit het - ten opzichte van handelspartners - toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging.

2.4.5 Het hanteren van verschillende prijzen door een onderneming met een machtspositie vormt dus misbruik, indien handelspartners als gevolg daarvan in hun positie ten opzichte van concurrenten een nadeel ondervinden.

2.4.6 Anders dan eiseres stelt, is nadeelsberokkening een toetsingscriterium bij de beoordeling of het discriminatieverbod van artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart is geschonden. Door het vereiste van nadeelsberokkening te toetsen heeft verweerder toepassing gegeven aan het voor artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart geldende mededingingsrechtelijke toetsingskader. De rechtbank ziet niet in dat verweerder deze toetsing te laat in de besluitvorming zou hebben gedaan, zoals eiseres heeft gesteld, nu deze toetsing onderdeel uitmaakt van de in het bestreden besluit gegeven motivering. Ook volgt de rechtbank eiseres niet in het door haar subsidiair ingenomen standpunt dat het enkele feit dat verschillende tarieven worden toegepast voor dezelfde diensten voldoende is om nadeelsberokkening in de mededinging aan te nemen. In een situatie dat de tariefstellende onderneming niet zelf een concurrent is van de afnemer op een stroomafwaartse markt, zal het bestaan van een concurrentienadeel aan de hand van feiten moeten worden aangetoond.

2.4.7 Gelet hierop heeft verweerder voor de vaststelling of er sprake is van verboden discriminatie terecht getoetst of de diensten waarvoor Schiphol verschillende passagiers-gerelateerde tarieven in rekening brengt gelijkwaardige prestaties zijn, en zo ja, of door de tariefdifferentiatie de luchtvaartmaatschappijen een nadeel in hun onderlinge concurrentiepositie wordt toegebracht.

2.4.8 Het is aan eiseres om aannemelijk te maken dat haar nadeel in de mededinging wordt berokkend. Het standpunt van eiseres dat de bewijslast bij verweerder ligt, tenzij het gegevens betreft waarover verweerder niet beschikt, wijst de rechtbank af.

2.5 PSC O/D-passagiers en transferpassagiers

2.5.1 Verweerder heeft op basis van een vergelijking tussen de prestaties die worden geleverd aan beide typen passagiers en de kosten daarvan geconcludeerd dat de PSC-dienstverlening aan O/D-passagiers en transferpassagiers niet gelijkwaardig is. Beide typen passagiers maken gebruik van de luchtzijdige infrastructuur, maar van de landzijdige infrastructuur maken doorgaans alleen de O/D-passagiers gebruik. Het gaat daarom om twee verschillende vormen van dienstverlening waarvoor verschillende productiemiddelen nodig zijn en waaraan verschillende kosten zijn verbonden. Verweerder heeft zijn standpunt onderbouwd met het door Schiphol op verzoek van verweerder gemaakte calculatiemodel in het kader van de redelijkheidstoets.

2.5.2 Eiseres betwist het standpunt van verweerder dat de PSC-dienstverlening aan O/D

passagiers en transferpassagiers niet gelijkwaardig is. Eiseres stelt dat verweerder een onjuiste beoordelingsmaatstaf hanteert en niet de aan de passagiers geleverde diensten had moeten beoordelen op gelijkwaardigheid, maar de aan de verschillende luchtvaartmaatschappijen geleverde diensten. Eiseres stelt dat het niet mogelijk is om een onderscheid te maken tussen de diensten die worden geleverd aan O/D luchtvaartmaatschappijen en diensten aan gemengde luchtvaartmaatschappijen, omdat beide typen luchtvaartmaatschappijen gebruik maken van het geïntegreerde geheel van infrastructuur, de beveiliging, het bagagesysteem en de overige diensten van Schiphol. Subsidiair heeft eiseres gesteld dat er geen onderscheid te maken valt tussen diensten die worden gebruikt door O/D passagiers en door transferpassagiers.

2.5.3 De rechtbank is van oordeel dat verweerder ten aanzien van de PSC met juistheid heeft vastgesteld dat de betreffende diensten voor O/D-passagiers niet gelijk zijn aan die voor transferpassagiers. De door Schiphol geleverde diensten waarvoor PSC in rekening worden gebracht, betreffen het gebruik door de passagiers van de luchthaven, zoals de passagiersterminals en de voorrijwegen. Verweerder heeft daarom terecht bekeken of er, qua gebruik van de luchthaven, verschil bestaat in de geleverde diensten aan de verschillende categorieën passagiers die Schiphol onderscheidt. Niet de luchtvaartmaatschappijen maken gebruik van deze diensten, maar de passagiers. Dat de PSC niet rechtstreeks bij de passagiers, maar via de luchtvaartmaatschappijen in rekening worden gebracht doet daaraan niet af.

2.5.4 Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder voldoende onderbouwd dat het gebruik van de luchthaven door O/D-passagiers verschilt van het gebruik dat transferpassagiers van de luchthaven maken, omdat de laatsten doorgaans alleen gebruik maken van de luchtzijdige infrastructuur, terwijl O/D-passagiers daarnaast ook van de landzijdige infrastructuur gebruik maken. Het gaat dus om verschillende diensten. De rechtbank ziet niet in dat verdergaand onderzoek, dat volgens eiseres plaats had moeten vinden, zou kunnen leiden tot een andere uitkomst.

2.5.5 Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder op goede gronden vastgesteld dat er met betrekking tot de PSC geen sprake is van gelijkwaardige diensten, zodat er geen sprake is van discriminatie in de zin van artikel 102 van het VWEU en daarmee artikel 8.25d, tweede lid, van de Luchtvaartwet.

2.6 SSC O/D-passagiers en transferpassagiers

2.6.1 De beveiligingsdiensten die aan transfer- en O/D-passagiers geleverd worden, zijn volgens verweerder vergelijkbaar, vooral omdat de aard van de handelingen bij het uitvoeren van de beveiligingscontrole niet varieert per passagier. Dit standpunt betwist eiseres niet.

2.6.2 Nu het gaat om gelijkwaardige diensten is het vaststellen van verschillende SSC-tarieven voor O/D- en transferpassagiers in beginsel discriminerend, indien daardoor de luchtvaartmaatschappijen een nadeel in de onderlinge concurrentie wordt toegebracht.

2.6.3 Eiseres heeft gesteld dat zij als vervoerster van louter O/D-passagiers nadeel ondervindt in de concurrentie met gemengde luchtvaartmaatschappijen, die zowel O/D- als transferpassagiers vervoeren, door de tariefverschillen tussen O/D- en transferpassagiers. De gemengde luchtvaartmaatschappijen kunnen door de combinatie van O/D- en transferpassagiers in één toestel lagere ticketprijzen rekenen op routes waar zij concurrentie vrezen door kruissubsidiëring. Verder heeft eiseres gesteld dat gemengde luchtvaartmaatschappijen het vervoer van O/D-passagiers als extra beschouwen en hen

daarom tegen tarieven onder de integrale kostprijs kunnen bedienen, dat gemengde luchtvaartmaatschappijen grotere toestellen kunnen inzetten, waardoor de kosten per stoel lager zijn, en dat het aantal door eiseres uitgevoerde vluchten vanaf Schiphol sinds 2009 terugloopt, terwijl het totale aantal vluchten vanaf Schiphol groeit.

2.6.4 Verweerder heeft aan de hand van de door eiseres genoemde punten onderzocht of de lagere beveiligingstarieven voor transferpassagiers eiseres een nadeel in haar concurrentiepositie hebben toegebracht. Verweerder is tot de conclusie gekomen dat de door eiseres genoemde voordelen voor gemengde luchtvaartmaatschappijen zijn terug te voeren op de verschillende bedrijfsmodellen waar O/D-maatschappijen en gemengde maatschappijen voor hebben gekozen en dat eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt dat de door eiseres genoemde gedragingen van gemengde luchtvaartmaatschappijen een gevolg zijn van de tariefstructuur van Schiphol. Wat betreft het laatste door eiseres aangevoerde punt heeft verweerder gesteld dat eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een verband bestaat tussen het tariefverschil van de SSC en een mogelijk teruglopend marktaandeel in de door haar uitgevoerde vluchten vanaf Schiphol.

2.6.5 Naar het oordeel van de rechtbank heeft eiseres inderdaad niet aannemelijk gemaakt dat er een verband bestaat tussen de door haar gesignaleerde gedragingen van gemengde luchtvaartmaatschappijen en het verschil in tarieven tussen O/D- en transferpassagiers. Eiseres heeft haar standpunt dat zij nadeel leidt door winstaantasting niet onderbouwd. Eiseres heeft ook in beroep geen begin van bewijs geleverd dat er sprake is van concurrentiebenadeling door het toepassen van verschillende beveiligingstarieven. Dat de winstaantasting een gevolg zou zijn van de tariefdifferentiatie is overigens niet aannemelijk, omdat aan alle andere luchtvaartmaatschappijen dezelfde tarieven in rekening worden gebracht. Het standpunt van eiseres dat zij mogelijk benadeling kan ondervinden in de concurrentie met andere O/D- en gemengde luchtvaartmaatschappijen is onvoldoende om een overtreding van het discriminatieverbod vast te stellen. Niet het mogelijk bestaan van concurrentienadeel is het toetsingscriterium, maar de aangetoonde aanwezigheid van een concurrentienadeel.

2.6.6 Nu nadeelsberokkening niet is aangetoond, is er geen sprake van discriminatie. Of er sprake is van objectieve rechtvaardigingsgronden is daarom niet meer relevant. De rechtbank laat hetgeen partijen hierover hebben aangevoerd daarom buiten beoordeling.

2.7 Redelijkheidvereiste artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart

2.7.1 Op grond van artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart moeten de tarieven voor de luchtvaartactiviteiten ieder afzonderlijk redelijk zijn. Verweerder heeft voor de beoordeling van de redelijkheid van de PSC en de SSC voor O/D-passagiers drie vergelijkingsmethoden gebruikt: a) een vergelijking van de tarieven en voorwaarden voor dergelijke afzonderlijke tarieven op andere luchthavens in vergelijkbare markt-omstandigheden (benchmark), b) een vergelijking van de passagiersgerelateerde tarieven van Schiphol met de gemiddelde kosten per passagier en c) een beoordeling van het tarief in het licht van de kwaliteit van de dienstverlening.

2.7.2 Verweerder heeft op basis van de benchmark geconcludeerd dat de PSC voor O/D-passagiers op Schiphol niet uit de toon vallen in vergelijking met de bij het onderzoek betrokken Europese internationale luchthavens en dat er geen indicatie is dat dit tarief onredelijk is.

2.7.3 Van de SSC voor O/D-passagiers op Schiphol heeft verweerder geconcludeerd dat deze relatief hoog zijn ten opzichte van de passagiersgerelateerde beveiligingstarieven van de bij de vergelijking betrokken luchthavens en dat de hoogte van dit tarief van Schiphol een indicatie voor onredelijkheid kan geven. Ter verklaring van de relatief hoge SSC voor O/D-passagiers van Schiphol heeft verweerder opgemerkt dat de beveiligingstarieven niet goed vergeleken kunnen worden, omdat de luchthavens in de praktijk veelvuldig gebruik maken van tariefdifferentiaties en verschillende tariefdragers. Verder geeft verweerder als mogelijke verklaring voor de hoge SSC voor O/D-passagiers van Schiphol het feit dat de beveiligingstarieven van Schiphol de kosten volledig dekken, terwijl dit bij andere luchthavens niet altijd het geval is.

2.7.4 Verweerders onderzoek naar de hoogte van de O/D-passagierstarieven op basis van de andere twee vergelijkingsmethoden leverde geen indicatie op voor onredelijkheid van deze tarieven.

2.7.5 De rechtbank is van oordeel dat verweerder in redelijkheid alleen de O/D-passagierstarieven heeft getoetst en niet het verschil tussen de O/D- en transfertarieven. De rechtbank onderschrijft verweerders standpunt dat artikel 8.25d, tweede lid, van de Wet luchtvaart alleen betrekking heeft op de hoogte van ieder afzonderlijk tarief en niet – zoals eiseres stelt – op het verschil tussen twee tarieven.

2.7.6 De rechtbank stelt vast dat verweerders beoordeling van de redelijkheid van de tarieven aansluit bij de drie methoden die zijn genoemd in de Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Wet Luchtvaart (Tweede Kamer 2002/03, 28074, nr. 3, p. 6) en de Memorie van Toelichting bij het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol (Stb. 2006, 333, p. 18).

2.7.7 Op basis van de benchmark bestaat er naar het oordeel van de rechtbank zorg over de redelijkheid van SSC voor O/D-passagiers. Verweerder heeft hiervoor echter mogelijke verklaringen gegeven. De uitkomsten van de onderzoeken op basis van de twee andere vergelijkingsmethoden bevestigen dat er geen indicatie is voor onredelijkheid van de SSC voor O/D-passagiers van Schiphol. Het door eiseres ingebrachte rapport van RBB van 14 oktober 2009 en verweerders reactie daarop met het bij het verweerschrift overgelegde rapport van zijn Economisch Bureau van 18 januari 2010 doen hieraan niet af. Hetzelfde geldt voor de kort voor de zitting overgelegde vervolgreacties van eiseres in het rapport van RBB van 7 juni 2010 en het rapport van het Economisch Bureau van verweerder van 9 juni 2010. De vraag, of het zo laat inbrengen van deze rapporten strijd zou opleveren met de goede procesorde, kan daarom in het midden blijven.

2.7.8 De rechtbank toetst de wijze waarop verweerder de redelijkheid van de tarieven heeft beoordeeld terughoudend. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder in redelijkheid kunnen vaststellen dat de tarieven van Schiphol voor O/D-passagiers redelijk zijn.

2.8 Kostenoriëntatievereiste artikel 8.25d, derde lid, van de Wet luchtvaart

2.8.1 Op grond van artikel 8.25d, derde lid, van de Wet luchtvaart moeten de tarieven kostengeoriënteerd zijn. Bij het bestreden besluit heeft verweerder gesteld dat hij voorbij is gegaan aan hetgeen eiseres hierover in haar aanvraag heeft gesteld, omdat de door eiseres genoemde Europese en internationale regelgeving nog niet van kracht, althans niet van toepassing is, en de door Schiphol toegepaste WACC in de SSC conform de eisen uit het Toerekeningssysteem is vastgesteld.

2.8.2 In beroep heeft eiseres gesteld dat uit een tariefstijging van 20% ten opzichte van de vaststelling van de tarieven per 1 november 2007 blijkt dat de tarieven niet kostengeoriënteerd zijn. De rechtbank is van oordeel dat dit argument alleen onvoldoende is om het naar aanleiding van de aanvraag van eiseres ingenomen standpunt over de kostengeoriënteerdheid van de passagierstarieven van Schiphol voor onjuist te houden.

2.9 Vertrouwelijkheid

De beslissing van de rechter-commissaris van 20 mei 2010, inhoudende dat beperking van de kennisgeving van delen van de op de zaak betrekking hebbende stukken gerechtvaardigd is, en de door partijen gegeven toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb dat de rechtbank mede op grondslag van de vertrouwelijke stukken uitspraak kan doen, hebben tot gevolg dat alleen de rechtbank van deze delen van stukken kennis neemt. Na vertrouwelijke kennisname van deze stukken constateert de rechtbank dat de bandbreedtes, die verweerder ter vervanging van de vertrouwelijke percentages heeft genoemd, juist zijn. Mede op basis van de vertrouwelijke gegevens concludeert de rechtbank dat het door verweerder verrichte onderzoek (in zoverre) zorgvuldig is geweest.

2.10 Zorgvuldigheid

2.10.1 Eiseres heeft gesteld dat het bestreden besluit onzorgvuldig is voorbereid en dat verweerder tekortgeschoten is in zijn taak als toezichthouder op een gereguleerde markt door geen eigen onderzoek te verrichten naar het functioneren van de markt en door de door Schiphol overgelegde gegevens niet te verifiëren.

2.10.2 De rechtbank onderschrijft dit standpunt niet. Allereerst wordt de omvang van het door verweerder te verrichten onderzoek bepaald door de aanvraag als bedoeld in artikel 8.25f, eerste lid, van de Wet luchtvaart. Deze aanvraag kan alleen worden gedaan na de ingevolge artikel 8.25e van de Wet luchtvaart voorgeschreven consultatieronde over de vaststelling van de tarieven en voorwaarden. Uit de Memorie van Toelichting bij de Wet luchtvaart (Tweede Kamer, 2001/02, 28074, nr. 3, p. 11) blijkt dat voorop staat dat het gaat om onderhandelingen tussen marktpartijen. Indien geen overeenstemming tussen de luchtvaartmaatschappij(en) en de exploitant bereikt wordt, kan het geschil door middel van het doen van een aanvraag als bedoeld in artikel 8.25f, eerste lid, van de Wet luchtvaart aan verweerder worden voorgelegd.

2.10.3 In lijn met hetgeen de rechtbank eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 23 november 2005 (LJN: AV2656) worden aan de ingevolge artikel 3:2 van de Awb op verweerder rustende verplichting tot het vergaren van de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen in het geval van geschilbeslechting minder zware eisen gesteld dan in een situatie dat verweerder ambtshalve of op aanvraag een besluit neemt. In het geval van geschilbeslechting behoren de partijen waartussen het geschil bestaat zich actief op te stellen. In de fase van het minnelijke overleg moet alles aan de orde komen, alvorens het geschil wordt voorgelegd ter beslechting. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder voldoende onderzoek verricht op basis van de door eiseres en Schiphol geleverde informatie door naast Schiphol ook KLM bij dit onderzoek te betrekken.

2.11 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat het beroep van eiseres ongegrond moet worden verklaard. De rechtbank ziet geen aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling van het beroep tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken.

3 Beslissing
De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzitter, en mr. P. Vrolijk en mr. J. Luijendijk, leden,
in tegenwoordigheid van mr. M.B. van Zantvoort, griffier.

De griffier: De voorzitter:

Uitgesproken in het openbaar op: 25 november 2010.

Een belanghebbende - onder wie in elk geval eiseres wordt begrepen - en verweerder kunnen tegen deze uitspraak hoger beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het indienen van het beroepschrift is zes weken en vangt aan met ingang van de dag na die waarop het afschrift van deze uitspraak is verzonden.

Afschrift verzonden op: