

NMa-rapportage

**Onderzoek economische machtspositie
Schiphol en wenselijkheid regulering**

Inhoud

Managementsamenvatting	3
1 Inleiding	7
1.1 Aanleiding	7
1.2 Doel van het onderzoek	8
1.3 Opzet van het onderzoek	8
1.4 Opbouw van het rapport	9
2 Overzicht en onderzoeksafbakening	10
2.1 Indeling van activiteiten	10
2.2 Conclusie	17
3 Luchtvaartactiviteiten	18
3.1 Inleiding	18
3.2 Relevante markt(en)	18
3.3 Bepaling economische machtspositie	21
3.4 Conclusie	23
4 Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten	24
4.1 Inleiding	24
4.2 Relevante markt(en)	24
4.3 Bepaling economische machtspositie	27
4.4 Conclusie	28
5 Relatie tussen activiteiten en relevante markten	29
6 Sectorspecifiek mededingingstoezicht	31
6.1 Inleiding	31
6.2 Sectorspecifiek versus generiek mededingingstoezicht	31
6.3 Een kader: wanneer regulering gewenst?	32
6.4 Beoordeling wenselijkheid regulering Schiphol	34
6.5 Conclusie	41
7 Conclusies	44
<i>Bijlage I: Wet luchtvaart en Besluit exploitatie luchthaven Schiphol</i>	45
<i>Bijlage II: Activiteiten</i>	47
<i>Bijlage III: Toezicht op grond van het generieke mededingingsrecht</i>	49

Datum: 15 november 2010

In deze rapportage zijn feiten en omstandigheden die bij de NMa bekend waren tot en met augustus 2010 in aanmerking genomen. Gelet op de doelstelling ervan, heeft deze rapportage een algemene strekking. De mededingingsrechtelijke beoordeling kan anders zijn in concrete zaken die zich kunnen voordoen, afhankelijk van de casuïstiek.

Managementsamenvatting

Inleiding

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft op verzoek van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (I&M) en in het kader van de evaluatie van de Wet luchtvaart onderzocht of de N.V. Luchthaven Schiphol (Schiphol) op één of meer markten voor luchtvaartactiviteiten en activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten over een economische machtspositie (EMP) beschikt. Daarnaast heeft de NMa om te bepalen of voortzetting van voor sectorspecifiek toezicht gewenst is, gekeken of voor de markten waar sprake is van een EMP, voldaan wordt aan het algemene criterium dat de regulering leidt tot een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten), dan wel dat zou kunnen worden volstaan met de Mededingingswet en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna VWEU). Het enkele feit dat er sprake is van een EMP, betekent namelijk niet automatisch dat ook sectorspecifieke regulering geboden is. De NMa heeft op verzoek van I&M ook onderbouwd waarom een onderzoek naar een EMP voor de overige niet-luchtvaartactiviteiten niet noodzakelijk was.

Onderzoeksafbakening en -structuur

In overleg met I&M heeft de NMa het onderzoek beperkt tot twee groepen activiteiten, namelijk: *luchtvaartactiviteiten* en *activiteiten die nauw verbonden zijn met luchtvaartactiviteiten*.

De overige niet-luchtvaartactiviteiten zijn niet onderzocht omdat op grond van de marktkenmerken van deze activiteiten geen vermoeden voor een EMP van Schiphol bestaat. De overige niet-luchtvaartactiviteiten betreffen bijna alle activiteiten van de business areas Real Estate, Consumers en Alliances & participations van Schiphol. Voor deze activiteiten volstaat naar de mening van de NMa het generieke mededingingsrecht. Ook indien er wel sprake zou zijn van een EMP, zou sectorspecifieke regulering waarschijnlijk niet wenselijk zijn.

Het onderzoek naar een mogelijke EMP op de markt(en) voor de luchtvaartactiviteiten en activiteiten die nauw verbonden zijn met luchtvaartactiviteiten is uitgevoerd door onderzoeksbureau German Airport Performance (GAP). Dit onderzoek bestaat uit twee stappen: 1) het afbakenen van de relevante markt(en) en 2) het bepalen van de eventuele machtspositie op deze markt(en). Hierna heeft de NMa zelf de wenselijkheid van sectorspecifieke regulering voor de betreffende markten beoordeeld aan de hand van het criterium dat er sprake moet zijn van een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten).

Luchtvaartactiviteiten

De luchtvaartactiviteiten bestaan uit de activiteiten van de N.V. Luchthaven Schiphol, de exploitant van de luchthaven Schiphol, voor de gebruikers van de luchthaven, zoals gedefinieerd in de Wet luchtvaart en uitgewerkt in het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol. Concreet gaat het om de activiteiten van Schiphol ten behoeve van het opstijgen en landen van luchtvaartuigen, het parkeren van luchtvaartuigen, de afhandeling van passagiers van luchtvaartuigen en hun bagage in verband met het

opstijgen en landen van luchtvaartuigen en de uitvoering van de beveiliging van passagiers en hun bagage, waaronder mede begrepen de faciliteiten voor grenscontrole.

Op grond van het onderzoek van GAP concludeert de NMa dat de luchtvaartactiviteiten behoren tot de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur van de luchthaven aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers. Er zijn aanwijzingen dat deze markt verder onderverdeeld kan worden, maar dat heeft geen invloed op de conclusies van het onderzoek. Het betreft onderverdeling in de volgende vier productmarkten:

1. **De markt voor het ter beschikkingstellen van infrastructuur door de exploitant van de luchthaven Schiphol**
 - a. aan luchtvaartmaatschappijen voor dienstverlening aan O&D-passagiers
 - b. aan luchtvaartmaatschappijen voor dienstverlening aan transferpassagiers
 - c. aan luchtvaartmaatschappijen voor vrachttransport
 - d. voor lokale vluchten en instructievluchten

Geografisch is deze markt begrensd door de bijbehorende *catchment area* van de luchthaven Schiphol op deze productmarkten. GAP trekt de conclusie dat Schiphol op deze markt(en) beschikt over een EMP. Ten eerste concludeert GAP in haar analyse dat Schiphol een eventuele verhoging van de tarieven rendabel door kan voeren. Ondanks de bestaande concurrentie tussen luchtvaartmaatschappijen zullen de meeste luchtvaartmaatschappijen, gezien het beperkte deel dat het tarief uitmaakt van de ticketprijs en het feit dat zij dit kunnen doorbereken aan de passagiers, in een tariefverhoging van 5-10% vrijwel geen aanleiding zien om te kiezen voor een andere luchthaven. Bovendien geldt voor een groot deel van de luchtvaartmaatschappijen dat deze ook niet de mogelijkheid hebben om naar een andere luchthaven over te stappen mede vanwege de verzonken kosten van de luchtvaartmaatschappijen. Ten slotte kunnen andere luchthavens, ondermeer vanwege congestie niet zo maar het aanbod van Schiphol overnemen. Met andere woorden: de concurrentie op retail niveau levert onvoldoende druk op whole sale niveau. Er is sprake van een EMP, waarin Schiphol de mogelijkheid heeft om voor de verschillende markten de prijzen winstgevend te verhogen tot boven het concurrerende niveau.

Aangezien Schiphol voldoet aan het criterium dat er bij regulering sprake is van een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en welvaart, is het wenselijk om de luchtvaartactiviteiten van Schiphol sectorspecifiek te reguleren. Dit criterium bestaat uit vier elementen. Ten eerste heeft Schiphol een structurele machtspositie. Daarnaast leidt deze structurele machtspositie zonder regulering tot blijvende inefficiënties die vervolgens met behulp van het mededingingsrecht niet goed kunnen worden aangepakt. Ten slotte zijn bij de huidige regulering de baten hoger dan de kosten. Dit zou door verdere verbetering van de regulering zelfs nog meer in het voordeel van regulering kunnen uitvallen, bijvoorbeeld middels verbetering van de doelmatigheid van kosten en investeringen.

Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten

De activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten bestaan uit de niet-luchtvaartactiviteiten van Schiphol die noodzakelijk zijn voor de luchtvaartactiviteiten en gebonden zijn aan de locatie van de luchthaven. Concreet gaat het om de activiteiten van Schiphol ten behoeve van het verlenen van toe-

gang tot de luchthaven voor grondafhandelaars en andere organisaties (o.a. de Douane en de Koninklijke Marechaussee) en om de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten aan luchtvaartmaatschappijen, grondafhandelaars en anderen.

Op grond van het onderzoek van GAP concludeert de NMa dat de activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten behoren tot de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven voor grondafhandelaars en andere organisaties. Er zijn aanwijzingen dat deze markt verder onderverdeeld kan worden, maar dat heeft geen invloed op de conclusies van het onderzoek. Het betreft onderverdeling in de volgende vijf productmarkten:

- 2. De markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven door de exploitant van de luchthaven Schiphol ...**
 - a. voor het verlenen van passenger handling services
 - b. voor het verlenen van freight & mail services
 - c. voor het verlenen van aircraft handling services
 - d. voor het verlenen van catering services
 - e. voor het verlenen van refueling services (brandstoflevering)

Geografisch is deze markt begrensd tot het luchthaventerrein van Schiphol, mogelijk met inbegrip van locaties dichtbij de luchthaven. Omdat Schiphol de toegang tot de luchthaven beheert en de mogelijkheid heeft om hiervoor een vergoeding te vragen op grond van de exclusieve exploitatievergunning die door de Nederlandse overheid is verstrekt, beschikt Schiphol voor deze markt(en) over een monopoliepositie (en dus EMP). In beginsel is sectorspecifieke regulering van deze markt dan ook noodzakelijk, omdat ook hier bij regulering sprake is van een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en welvaart. Schiphol maakt echter op dit moment geen gebruik van haar EMP omdat zij geen toegangsvergoedingen hanteert (met uitzondering van concessies voor brandstoflevering). Toegang tot de infrastructuur van de luchthaven voor grondafhandelaars en andere organisaties is ook verankerd in de Regeling grondafhandeling luchtvaartterreinen. Deze regeling bevat echter geen bepalingen over tarieven.

Met het oog op de mogelijke toekomstige situatie waarin Schiphol eventueel wel toegangsvergoedingen zou willen hanteren, moet overwogen worden om in de Wet luchtvaart naast de concessies voor brandstoflevering voor luchtvaartuigen en catering van luchtvaartuigen ook vergoedingen voor andere vormen van toegang in de regulering op te nemen. Deze aanpassing in de regulering leidt niet tot extra toezichtkosten, omdat de kosten van de infrastructuur al in de regulering zijn opgenomen en alleen de mogelijke opbrengsten uit (nieuwe) vergoedingen voor toegang voor grondafhandelaars en andere organisaties hoeven te worden toegevoegd. Zolang Schiphol deze vergoedingen niet hanteert, heeft de regulering geen gevolg, zoals nu ook al bij catering het geval is.

Voor de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten geldt ten slotte dat regulering niet gewenst is omdat de kosten van sectorspecifieke regulering waarschijnlijk de mogelijke baten overtreffen. De NMa adviseert dat kan worden volstaan met het generieke mededingsrecht.

Conclusie

De NMa is van mening dat de huidige marktsituatie van Schiphol sectorspecifieke regulering van tarieven en voorwaarden van de luchtvaartactiviteiten nog steeds rechtvaardigt. Immers, Schiphol heeft een structurele machtspositie en zonder regulering is er blijvend sprake van inefficiënties die met behulp van het Mededingingsrecht niet goed kunnen worden aangepakt. De baten en de kosten van de regulering hangen af van de vorm van de regulering. Bij de huidige regulering zijn de baten al hoger dan de kosten. Het is echter wel verstandig te zoeken naar verdere verbeteringen van de verhouding tussen de kosten en de baten van de regulering, vooral ten aanzien van de doelmatigheid van kosten en investeringen. Het is ook wenselijk om een lichte vorm van regulering uit te breiden naar alle toegang tot de infrastructuur van de luchthaven voor grondafhandelaars en andere organisaties, maar regulering van de verhuringen van operationeel noodzakelijke ruimten is onwenselijk. Hier kan volstaan worden met het generieke mededingingsrecht. Hetzelfde geldt voor de overige niet-luchtvaartactiviteiten.

1 Inleiding

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft op verzoek van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (I&M) en in het kader van de evaluatie van de Wet luchtvaart een onderzoek¹ uitgevoerd om te bepalen of de N.V. Luchthaven Schiphol (Schiphol) op één of meer markten voor luchtvaartactiviteiten en activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten een economische machtspositie (EMP) heeft. Daarnaast heeft de NMa, om te bepalen of voortzetting van voor sectorspecifiek toezicht gewenst is, gekeken of voor de markten waar sprake is van een EMP, voldaan wordt aan het algemene criterium dat de regulering leidt tot een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten), dan wel dat zou kunnen worden volstaan met de Mededingingswet en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Deze rapportage bevat de resultaten van dit onderzoek.

1.1 Aanleiding

Het onderzoek is onderdeel van de evaluatie van de Wet luchtvaart die het ministerie van I&M uitvoert op grond van artikel 12.3a van de Wet luchtvaart. Van belang bij deze evaluatie is de vraag of de marktsituatie van Schiphol sectorspecifieke regulering van tarieven en voorwaarden nog rechtvaardigt.

Met het oog op de mogelijke beursgang van Schiphol heeft de NMa in 2001 de luchthaventarieven van Schiphol getoetst in het licht van de principes van het generieke mededingingsrecht (namelijk de Mededingingswet). In de resulterende onderzoeksrapportage² stelde de NMa destijds vast dat Schiphol een EMP had op de markt voor het ter beschikking stellen van infrastructuur ten behoeve van het landen en opstijgen van vliegtuigen, het parkeren van vliegtuigen en het afhandelen van passagiers (hierna tezamen: basisdiensten). Daarbij werd geconcludeerd dat de kans op misbruik van deze machtspositie bestond omdat de tarieven voor deze basisdiensten niet kostengeoriënteerd waren en omdat de inrichting van de boekhouding van Schiphol niet transparant was.³ De NMa heeft destijds de andere activiteiten van Schiphol buiten deze basisdiensten niet onderzocht.

Bij het tot stand komen van de wijziging in de Wet luchtvaart in 2006 heeft het ministerie van Infrastructuur en Milieu besloten om de tarieven en voorwaarden van de luchtvaartactiviteiten (o.a. de bovengenoemde basisdiensten) en de activiteiten die rechtstreeks hiermee verband houden, te regule-

¹ Het gaat hierbij niet om een onderzoek als bedoeld in artikel 1 sub k van de Mededingingswet.

² Rapportage Luchthaventarieven Schiphol, NMa, 10 april, 2001, openbare versie, zie www.nma.nl.

³ Sindsdien is de inrichting van de boekhouding van Schiphol aangepast en is kostenoriëntatie één van normen voor het door de NMa goedgekeurde toerekeningsstelsel van Schiphol dat de basis vormt voor de bepaling van de tarieven. Schiphol (Besluit exploitatie Luchthaven Schiphol)

ren.⁴ Voor de resterende activiteiten van Schiphol ontbraken destijds aanwijzingen dat Schiphol een EMP had en/of dat er een dusdanig risico op misbruik van een EMP bestond dat sectorspecifieke regulering wenselijk was.⁵ Daarom is voor deze resterende activiteiten volstaan met toezicht op grond van het generieke mededingingsrecht (namelijk de Mededingingswet).

Het ministerie van I&M heeft de NMa in het kader van de evaluatie van de Wet luchtvaart verzocht⁶ om deze beoordelingen van de activiteiten van Schiphol te actualiseren. Deze rapportage geeft hieraan invulling.

1.2 Doel van het onderzoek

Het doel van het onderzoek is te bepalen in hoeverre Schiphol op de luchthaven Schiphol beschikt over een EMP in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) en/of artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen artikel 82 van het EG-Verdrag) en in het verlengde daarvan, een beoordeling van de wenselijkheid van (continuering van) sectorspecifieke regulering voor de betreffende markt(en).

1.3 Opzet van het onderzoek

Het onderzoek van de NMa bestaat uit drie fasen:

- 1) Onderzoeksafbakening,
- 2) Onderzoek naar economische machtspositie(s), en
- 3) Beoordeling van de wenselijkheid van (continuering van) sectorspecifieke regulering.

1) Onderzoeksafbakening

In overleg met het ministerie van I&M heeft de NMa besloten om het onderzoek naar economische machtspositie(s) (fase 2) te beperken tot twee groepen activiteiten, namelijk: *luchtvaartactiviteiten* en *activiteiten die nauw verbonden zijn met luchtvaartactiviteiten*.

De NMa heeft medio 2009 alle luchtvaart- en niet-luchtvaartactiviteiten van de vier business areas van Schiphol in kaart gebracht om te bepalen of deze afbakening, waardoor de meeste activiteiten van drie hele business areas van Schiphol worden uitgesloten van het onderzoek naar een mogelijke economische machtspositie(s), verdedigbaar is. Voor deze analyse heeft de NMa gebruik gemaakt van de intern bij de NMa beschikbare kennis en informatie. Verder heeft de NMa openbare bronnen geraadpleegd (jaarverslagen, jurisprudentie, literatuur en informatie op internet).

⁴ Artikel 2 van het besluit van 7 juli 2006, houdende de regels betreffende de exploitatie van de luchthaven Schiphol (Besluit exploitatie Luchthaven Schiphol, zie bijlage I).

⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 25 435, nr. 7.

⁶ Brief van 7 september 2009 van de directeur Luchtvaart van het ministerie van V&W aan de directeur Vervoerkamer van de NMa (kenmerk VENW/DGLM-2009/1224).

2) Onderzoek naar economische machtspositie(s)

Deze fase betreft een onderzoek naar een mogelijke EMP op de markt(en) voor de luchtvaartactiviteiten en activiteiten die nauw verbonden zijn met luchtvaartactiviteiten. Dit onderzoek bestaat uit twee stappen: 1) het bepalen van de relevante markt(en) en 2) het bepalen van de EMP op deze markt(en). Dit onderzoek is uitgevoerd door het onderzoeksbureau German Airport Performance project (GAP)⁷ in het najaar van 2009 en in februari 2010 zijn de marktpartijen geconsulteerd.

3) Beoordeling van de wenselijkheid van sectorspecifieke regulering

Ten slotte heeft de NMa in 2010 beoordeeld, om te bepalen of voortzetting van voor sectorspecifiek toezicht gewenst is, of voor de markten waar sprake is van een EMP, voldaan wordt aan het algemene criterium dat de regulering leidt tot een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten), dan wel dat zou kunnen worden volstaan met de Mededingingswet en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Voor deze analyse heeft de NMa gebruik gemaakt van de intern bij de NMa beschikbare kennis en wordt aangesloten op het Nederlandse en Europese mededingingsrecht (zoals beschreven in de jurisprudentie en de literatuur).

1.4 Opbouw van het rapport

Deze rapportage is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 onderbouwt de onderzoeksafbakening, namelijk de afbakening van het onderzoek tot luchtvaartactiviteiten en activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten. Van deze activiteiten wordt een definitie gegeven.

Hoofdstuk 3 en 4 presenteren de resultaten van het onderzoek van het onderzoeksbureau GAP, waarbij deze zijn opgedeeld in de luchtvaartactiviteiten (hoofdstuk 3) en de activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten (hoofdstuk 4). Hoofdstuk 3 beschrijft de relevante markt(en) van luchtvaartactiviteiten. De hierop volgende analyse van de marktsituatie van deze markt(en), resulteert in de vaststelling van eventuele economische machtspositie(s). Hoofdstuk 4 beschrijft de relevante markt(en) van activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten. De hierop volgende analyse van de marktsituatie van deze markt(en) resulteert in de vaststelling van eventuele economische machtspositie(s).

Hoofdstuk 5 geeft een overzicht van de relatie tussen de onderzochte activiteiten en de markten. Hoofdstuk 6 bevat een beoordeling de wenselijkheid van (continuering van) sectorspecifieke regulering voor de onderzochte markten. Hoofdstuk 7 bevat de conclusies en de bijlagen geven achtergrondinformatie.

⁷ German Airport Performance, *The economic market power of Amsterdam Airport Schiphol power*, Berlin, May 2010 (hierna: rapport GAP). Dit rapport is gepubliceerd op de website van de NMa (www.nma.nl).

2 Overzicht en onderzoeksafbakening

Schiphol heeft haar activiteiten ingedeeld in vier business areas, namelijk Aviation, Consumers, Real Estate en Alliances & Participations. De op grond van de Wet luchtvaart gereguleerde activiteiten van Schiphol vallen onder de business area Aviation.

Voor dit onderzoek wordt een onderscheid gemaakt in drie groepen activiteiten, namelijk:

1) Luchtvaartactiviteiten;

Niet-luchtvaartactiviteiten, waaronder:

2) Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten

3) Overige niet-luchtvaartactiviteiten

In overleg met het Ministerie van I&M is er voor gekozen om alleen de eerste twee groepen activiteiten te betrekken in het onderzoek. Dit heeft de consequentie dat in het onderzoek naar de EMP van Schiphol er in principe alleen gekeken wordt naar de business area Aviation. Indien een nauw verbonden activiteit valt onder één van de andere business areas, wordt deze business area voor die activiteit toch onderdeel van het onderzoek. Deze onderzoeksafbakening wordt in dit hoofdstuk onderbouwd.

2.1 Indeling van activiteiten

2.1.1 Activiteiten van Schiphol

De activiteiten van Schiphol zijn georganiseerd in vier zogenaamde business areas. Tabel 1 geeft een beschrijving van deze activiteiten.

Binnen de business area Aviation worden voornamelijk luchtvaartactiviteiten en activiteiten nauw verbonden aan luchtvaartactiviteiten uitgevoerd, terwijl binnen Consumers, Real Estate en Alliances & Participations in principe de overige niet-luchtvaartactiviteiten worden uitgevoerd. Doordat er alleen naar de eerste twee groepen activiteiten wordt gekeken, zijn deze laatste drie business areas in principe geen onderdeel van het onderzoek. Bij het opstellen van de sectorspecifieke regulering in de Wet luchtvaart is het uitgangspunt geweest dat voor de activiteiten uit de drie business areas Consumers, Real Estate en Alliances & Participations geen aanwijzingen waren dat Schiphol een economische machtspositie zou hebben en/of dat er een dusdanig risico op misbruik daarvan bestond dat er aanleiding zou zijn tot het instellen van een sectorspecifieke regeling.⁸ Anders gezegd: voor deze drie business areas is destijds aangenomen dat tegen eventueel misbruik van een mogelijke economische machtspositie de mogelijkheden volstaan, die worden geboden door het generieke mededingingsrecht.⁹

⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 25 435, nr. 7.

⁹ Het toezicht op grond van het generieke mededingingsrecht staat beschreven in bijlage II.

Business area	Activiteiten	Omzetbronnen
Aviation	De business area Aviation heeft Amsterdam Airport Schiphol als werkterrein. Aviation levert diensten en faciliteiten aan luchtvaartmaatschappijen, passagiers en afhandelingmaatschappijen. De NMa houdt toezicht op de tarieven en voorwaarden.	Havengelden (vliegtuig-, passagiers- en beveiligingsgerelateerde vergoedingen) en concessie-inkomsten (van oliemaatschappijen voor de levering van vliegtuigbrandstof).
Consumers	De activiteiten van de business area Consumers bestaan uit het exploiteren van winkels en autoparkeerterreinen, het uitgeven en managen van concessies voor winkels en horecagelegenheden en het aanbieden van mogelijkheden om te adverteren op Amsterdam Airport Schiphol. De business area is ook actief op luchthavens buiten Nederland met het exploiteren van winkels via managementcontracten.	Winkelverkopen, autoparkeergelden, concessie-inkomsten, reclame-inkomsten en management fees.
Real Estate	De business area Real Estate ontwikkelt, beheert, exploiteert en belegt in vastgoed op en rondom luchthavens in binnen- en buitenland. Het grootste deel van de portefeuille met zowel operationeel als commercieel vastgoed bevindt zich op en rond Amsterdam Airport Schiphol.	Inkomsten uit de ontwikkeling en verhuur van terreinen en gebouwen. Daarnaast draagt de business area in belangrijke mate bij aan het groepsresultaat via overige resultaten uit hoofde van vastgoed (verkoopresultaat, waardeveranderingen van terreinen en gebouwen en uitgifte van erfpachten).
Alliances & Participations	Vanuit de business area Alliances & Participations wordt de AirportCity-formule internationaal vermarkt. Tot de business area behoren de binnenlandse luchthavens, participaties in buitenlandse luchthavens, overige deelnemingen en Utilities.	Hoofdzakelijk haven- en parkeergelden. De participaties in buitenlandse luchthavens dragen bij aan het groepsresultaat door middel van performance fees en dividenden via resultaat van deelnemingen, rentebaten en via intellectual property fees. In Utilities worden omzettingen verantwoord voor het transport van elektriciteit en gas en de levering van water.

Tabel 1: Beschrijving business areas Schiphol (bron: www.schiphol.nl)

Om dit uitgangspunt opnieuw te valideren voor de huidige situatie, is door de NMa gekeken naar de kenmerken van de markt(en) van de activiteiten van deze business areas. Het gaat dan om overwegingen ten aanzien van de verwachte afbakening van de relevante markt, dus de combinatie van productmarkt en de geografische markt.¹⁰ Hierbij is het van belang om aan te geven dat de NMa geen volledige marktanalyse van deze activiteiten heeft uitgevoerd (zoals wel van de luchtvaartactiviteiten van de business area Aviation in dit onderzoek).

Tevens is gekeken naar de eventuele signalen en klachten die door de NMa de afgelopen jaren over deze activiteiten zijn ontvangen. Een *signaal* is een informele melding over een vermoeden van een overtreding van de Mededingingswet en kan voor de NMa een reden zijn voor een onderzoek. Een *klacht* is een formele melding van een belanghebbende van een vermoeden van een overtreding van de Mededingingswet en dient door de NMa in behandeling te worden genomen.¹¹ Er zijn de afgelopen jaren geen klachten over de activiteiten van deze drie business areas ontvangen en slechts een klein aantal signalen.

¹⁰ Deze begrippen worden toegelicht in hoofdstuk 3.

¹¹ Dat betekent overigens niet automatisch dat de NMa naar aanleiding van een klacht een onderzoek zal starten, zie bijlage III.

Hieronder wordt per business area toegelicht waarom de activiteiten van de betreffende business area niet in het onderzoek naar economische machtspositie(s) zijn meegenomen.

Business area Consumers

De activiteiten van de business area Consumers bestaan uit het exploiteren van winkels en autoparkeerterreinen, het uitgeven en managen van concessies voor winkels en horecagelegenheden en het aanbieden van mogelijkheden om te adverteren op Schiphol. De kenmerken van de markt(en) voor deze activiteiten wijzen op het eerste gezicht niet op een economische machtspositie van Schiphol. Voor de exploitatie van winkels, concessies voor winkels en horecagelegenheden en voor adverteren geldt de overweging dat er voldoende alternatieven zijn buiten Schiphol. Voor de exploitatie van autoparkeerterreinen¹² geldt ook de overweging dat er alternatieven zijn om te parkeren in de omgeving van Schiphol en daarnaast zijn er ook alternatieve vormen van vervoer zoals de trein, bus of taxi. In Box 1 wordt nader ingegaan op het onderwerp personeelsparkeren.

Op grond van deze overwegingen is er niet direct aanleiding om voor deze activiteiten een economische machtspositie van Schiphol te vermoeden, omdat deze markten enerzijds mogelijk meer producten of diensten omvatten (dus mogelijk een bredere productmarkt) en anderzijds waarschijnlijk een groter geografisch gebied omvatten dan de luchthaven Schiphol (dus een bredere geografische markt). Bij een ruimere marktafbakening wordt het marktaandeel van Schiphol automatisch kleiner, waardoor er minder aanleiding is voor een vermoeden van een economische machtspositie.

Box 1: Personeelsparkeren

In de consultatie hebben diverse partijen in de luchtvaartsector aangegeven dat de hoogte van de parkeertarieven voor personeel op de luchthaven Schiphol en het ontbreken van alternatieven wijzen op een economische machtspositie van Schiphol en dat nader onderzoek gewenst is. De aangedragen onderbouwing van de operationele noodzaak van personeelsparkeren, van het ontbreken van alternatieve vervoersmogelijkheden en van het vermoeden van te hoge parkeertarieven in de zienswijze van partijen geeft echter onvoldoende aanleiding voor de NMa om haar eerste beoordeling te herzien. Anderzijds geeft Schiphol een adequate onderbouwing van deze parkeertarieven op grond van een benchmarkonderzoek en het Convenant mobiliteitsmanagement.¹³

Omdat personeelsparkeren geen noodzakelijke activiteit is voor de luchtvaartactiviteiten en de omvang van de omzet voor personeelsparkeren beperkt is tot enkele miljoenen, ligt sectorspecifieke regulering ook niet voor de hand (zoals in hoofdstuk 6 wordt toegelicht).

¹² Specifiek voor parkeren voor personeel merkt de NMa op dat er tal van ondernemingen op vergelijkbare A-locaties bestaan, die hinder ondervinden omdat het parkeren voor personeel daar duur is of waar parkeren zelfs niet mogelijk is. Dit heeft regelmatig te maken met beleid van de Gemeente om het autogebruik terug te dringen.

¹³ Overheid, bedrijfsleven en vervoersmaatschappijen werken in dit convenant samen om het aantal autokilometers tijdens de spitsuren terug te dringen.

Overigens is de NMa is van mening dat personeelsparkeren op het eerste gezicht geen aparte productmarkt is, maar onderdeel vormt van de ruimere activiteit parkeren die weer onderdeel vormt van een bredere productmarkt van verschillende vervoersvormen van en naar de luchthaven. Op deze productmarkt bestaat geen vermoeden van een economische machtspositie van Schiphol.

Business area Real Estate

De activiteiten van de business area Real Estate bestaan uit het ontwikkelen, beheren, exploiteren van en beleggen in vastgoed op en rondom de luchthaven Schiphol. Dit omvat ook de activiteit van de *verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten* aan luchtvaartmaatschappijen, grondaanhandelaars en anderen. Deze activiteiten vormen wel onderdeel van het onderzoek naar de economische machtspositie(s) en komen aan de orde in hoofdstuk 4.

De kenmerken van de markt(en) voor de resterende activiteiten van de business area Real Estate wijzen op het eerste gezicht niet op een machtspositie van Schiphol. Voor de vastgoedactiviteiten geldt de overweging dat er alternatieven zijn in de omliggende regio (o.a. Hoofddorp, Badhoevedorp, Zuid-as Amsterdam). Specifiek voor de markt voor projectontwikkeling is in eerdere besluiten van de NMa vastgesteld dat de geografische dimensie van deze markt, al dan niet nader gesegmenteerd, ten minste nationaal is.¹⁴ Er is niet direct aanleiding om voor deze activiteiten een EMP van Schiphol te vermoeden, omdat de markt voor vastgoed waarschijnlijk een groter geografisch gebied omvat dan alleen de luchthaven Schiphol. In Box 2 wordt nader ingegaan op de bevindingen van de commissie ROL.

Box 2: Commissie Ruimtelijke Ontwikkeling Luchthavens (ROL)¹⁵

In het onderzoek van de commissie ROL wordt Schiphol (via Schiphol Real Estate) een dominante speler op de grond- en vastgoedmarkt genoemd. De NMa is van mening dat deze bevinding niet betekent dat er sprake is van dominantie van Schiphol in de zin van de *mededingingsrechtelijke interpretatie* van het begrip economische machtspositie,¹⁶ maar betrekking heeft op dominantie in het kader van *ruimtelijke ontwikkeling*.

De bevindingen van de commissie ROL gaan over de invloed van Schiphol op de ruimtelijke ontwikkeling op en rond de luchthaven Schiphol. Dit betreft dus een specifieke geografische focus en niet een mededingingsrechtelijke insteek. In het rapport van de commissie ROL wordt ook nadrukkelijk aangegeven dat er sprake is van (mogelijke) concurrentie op de grond- en vastgoedmarkt. De commissie ROL gaat ook uit van een groter geografisch gebied voor de grond- en vastgoedactiviteiten dan alleen het gebied rond om de luchthaven Schiphol. De commissie ROL concludeert verder dat eventuele oplossingen voor de geconstateerde dominantie van Schiphol ten aanzien van de ruimtelijke ordening moeten worden gezocht in de governance structuren en niet in sectorspecifieke regulering.

¹⁴ Zie het besluit van de NMa van 20 mei 1998 in zaak 504/Bouwfonds Nederlandse Gemeenten - Schilder Bouw, punt 8 en het besluit van de NMa van 1 juli 2002 in zaak 3011/Heijmans - Proper Stok, punt 9.

¹⁵ Advies Commissie Ruimtelijk Ontwikkeling Luchthavens, Mainport 2.0, januari 2009, www.commissierol.nl.

¹⁶ Zie bijlage II.

Business area Alliances & Participations

De activiteiten van de business area Alliances & Participations bestaan uit de exploitatie van de binnenlandse luchthavens, participaties in buitenlandse luchthavens, overige deelnemingen en Utilities (bestaande uit het transport van elektriciteit en gas en de levering van water).¹⁷ Aangezien het onderzoek naar een EMP gericht is op Schiphol op de locatie van de luchthaven Schiphol, hoefde voor deze participaties niet bepaald te worden of er al dan niet sprake is van EMP; zij betreffen immers andere geografische gebieden. Wel is bij de bepaling van de economische machtspositie van Schiphol door GAP rekening gehouden met deze belangen en participaties in binnenlandse en buitenlandse luchthavens en het ontbreken van concurrentiedruk daardoor.

Onderzoeksafbakening

Op grond van de kenmerken van de markten voor de activiteiten van Schiphol in de business areas Consumers, Real Estate en Alliances & Participations is er geen aanleiding om een EMP van Schiphol te vermoeden. Het uitblijven van goed onderbouwde signalen en het uitblijven van klachten sterkt bovendien het vermoeden dat er geen mededingingsproblemen zijn voor deze activiteiten in de zin van misbruik van een EMP. Bovendien is geen van deze activiteiten de afgelopen jaren in aanmerking gekomen voor ambtshalve onderzoeken van de NMa op grond van een risicoanalyse in welke sectoren wellicht mededingingsproblemen spelen. Ook moet hierbij worden aangegeven dat zelfs indien er sprake zou zijn van een EMP op deze activiteiten, sectorspecifieke regulering niet voor de hand ligt omdat bij eventuele mededingingsproblemen qua omvang en tijd volstaan kan worden met een onderzoek op grond van artikel 24 van de Mededingingswet.

De NMa is daarom van mening dat voor deze activiteiten het generieke mededingingsrecht toereikend is en er geen aanleiding is voor sectorspecifieke regulering. In bijlage III wordt beschreven op welke wijze mededingingsproblemen kunnen worden aangepakt door middel van het generieke mededingingsrecht.

Op grond hiervan is door de NMa in overleg met I&M besloten om de activiteiten van de drie business areas Consumers, Real Estate en Alliances & Participations geen onderdeel te maken van het onderzoek naar de mogelijke EMP van Schiphol op de luchthaven Schiphol en in principe alleen onderzoek te doen naar de business area Aviation (d.z.w. de luchtvaartactiviteiten en de activiteiten die nauw verbonden zijn met luchtvaartactiviteiten). Van de business area Real Estate wordt alleen de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten aan luchtvaartmaatschappijen, grondaanhandelaars en overheid wel in het onderzoek meegenomen.

¹⁷ Voor zover niet relevant voor luchtvaartactiviteiten en activiteiten die nauw verbonden zijn met luchtvaartactiviteiten.

2.1.2 Luchtvaartactiviteiten

Voor de evaluatie van de Wet luchtvaart moet de EMP van Schiphol op de relevante markt(en) voor de gereguleerde activiteiten opnieuw beoordeeld worden. In het verkennende onderzoek van de NMa is daarom besloten om de luchtvaartactiviteiten als startpunt te nemen voor het onderzoek naar de mogelijke economische machtspositie(s).

Met *luchtvaartactiviteiten* wordt in dit onderzoek bedoeld de activiteiten zoals gedefinieerd in 8.25d van de Wet luchtvaart, namelijk de activiteiten van de exploitant van de luchthaven ten behoeve van het gebruik van de luchthaven door gebruikers. Deze activiteiten zijn uitgewerkt in artikel 2 van het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol¹⁸, namelijk:

de activiteiten van de exploitant van de luchthaven NVLS ten behoeve van:

- *het opstijgen en landen van luchtvaartuigen,*
- *het parkeren van luchtvaartuigen,*
- *afhandeling van passagiers van luchtvaartuigen en hun bagage in verband met het opstijgen en landen van luchtvaartuigen,*
- *uitvoering van de beveiliging van passagiers en hun bagage, waaronder mede begrepen de faciliteiten voor grenscontrole.*

Deze activiteiten vallen volledig onder de business area Aviation van Schiphol.

2.1.3 Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten

De NMa heeft bij het onderzoek naar het bepalen van de markten ook onderzocht of er een ‘grijs gebied’ zit tussen de luchtvaartactiviteiten en niet-luchtvaartactiviteiten. Voor dit gebied is mogelijk toch sprake van een economische machtspositie gerelateerd aan de mogelijke economische machtspositie op de luchtvaartactiviteiten. De activiteiten in dit grijze gebied zijn gegroepeerd onder de noemer *activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten*. De scheidslijn tussen deze activiteiten die nauw verbonden zijn met luchtvaartactiviteiten en de overige activiteiten is onderdeel van het GAP-onderzoek omdat deze scheidslijn op voorhand niet direct te bepalen is.

Vooraf zijn deze activiteiten gedefinieerd als de activiteiten die niet vallen onder de luchtvaartactiviteiten maar die wel noodzakelijk zijn voor de luchtvaartactiviteiten en gebonden zijn aan de locatie van de luchthaven Schiphol.

¹⁸ Zie bijlage I.

Zoals aangegeven zijn de activiteiten van Schiphol voor dit onderzoek ingedeeld in drie groepen activiteiten:

- 1) **Luchtvaartactiviteiten;**
Niet-luchtvaartactiviteiten, waaronder:
- 2) **Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten**
- 3) Overige niet-luchtvaartactiviteiten.

Figuur 1 geeft de samenhang tussen deze indeling van de drie verschillende soorten activiteiten in dit onderzoek en de vier business areas van Schiphol, zoals beschreven in Tabel 1.



Figuur 1: Indeling van de activiteiten van Schiphol in relatie tot de vier business areas

De precieze bepaling van de activiteiten die vallen onder de *activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten* is onderwerp van het onderzoek. De afbakening van de relevante markten is noodzakelijk voor de bepaling van deze activiteiten, aangezien daaruit duidelijk kan worden dat bepaalde activiteiten dusdanig verbonden zijn aan de luchtvaartactiviteiten dat ook voor hen geldt dat Schiphol een economische machtspositie heeft. De activiteiten rechtstreeks verbonden met luchtvaartactiviteiten (zoals gedefinieerd in het Besluit exploitatie luchtvaart Schiphol artikel 2, lid 2) vallen in ieder geval onder de groep activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten. Deze activiteiten die rechtstreeks verband houden met de luchtvaartactiviteiten bestaan uit:

- *de verlening van een concessie voor brandstoflevering voor luchtvaartuigen,*
- *de verlening van een concessie voor catering van luchtvaartuigen,*
- *utiliteitsdiensten,*
- *werkzaamheden door of vanwege de exploitant van de luchthaven die ten laste zijn gebracht van luchtvaartactiviteiten en die in rekening zijn gebracht aan derden.*

In 2001 heeft de NMa de activiteiten nauw verbonden met de luchtvaartactiviteiten niet nader onderzocht.

2.2 Conclusie

In overleg met het ministerie van Infrastructuur en Milieu heeft de NMa besloten om het vervolgonderzoek te beperken tot de volgende activiteiten:

- 1) Luchtvaartactiviteiten**
- 2) Activiteiten die nauw verbonden zijn met luchtvaartactiviteiten**

De activiteiten die vallen onder de groep *3) overige niet-luchtvaartactiviteiten*, vormen dus geen onderdeel van het onderzoek. Dit betreft bijna alle activiteiten van de drie business areas Consumers, Real Estate en Alliances & Partnerships. Deze activiteiten worden niet in het onderzoek betrokken omdat voor deze activiteiten geen vermoeden van een economische machtspositie van Schiphol bestaat en zelfs bij een economische machtspositie sectorspecifieke regulering niet gewenst zou zijn. De NMa is van mening dat voor deze overige niet-luchtvaartactiviteiten het generieke mededingingsrecht toereikend is.

3 Luchtvaartactiviteiten

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is aangegeven wat onder luchtvaartactiviteiten wordt verstaan, namelijk de activiteiten van Schiphol behoeve van:¹⁹

- het opstijgen en landen van luchtvaartuigen,
- het parkeren van luchtvaartuigen,
- de afhandeling van passagiers van luchtvaartuigen en hun bagage in verband met het opstijgen en landen van vaartuigen, en
- de uitvoering van de beveiliging van passagiers en hun bagage, waaronder mede begrepen de faciliteiten voor grenscontrole.

Deze activiteiten zijn gericht op luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers in de zin van artikel 1, lid e, van het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol.²⁰ In het onderzoek zoals uitgevoerd door onderzoeksbureau GAP zijn voor deze activiteiten de relevante markt(en) afgebakend en is de eventuele EMP op deze markt(en) beschouwd. Dit onderzoek ten aanzien van de luchtvaartactiviteiten wordt hieronder beschreven.

3.2 Relevante markt(en)

Voor het vaststellen van een mogelijke EMP is een afbakening van de relevante markt vereist. Volgens de Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de afbakening van de relevante markt²¹ moet daarbij zowel aandacht besteed worden aan de afbakening van de productmarkt als aan de afbakening van de geografische markt, oftewel het geografische gebied waarbinnen de concurrentievoorwaarden gelijk zijn.

Het onderzoeksbureau GAP bakent deze relevante markt(en) in haar rapport af. Hiervoor heeft GAP een analyse gemaakt van producten die voor afnemers als onderling substitueerbaar worden geacht (vraagsubstitutie) en van de mogelijkheid dat andere aanbieders vergelijkbare producten kunnen gaan aanbieden (aanbodsubstitutie).

Voor de analyse van de vraagzijde is het van belang dat de vraag van de luchtvaartmaatschappijen naar de diensten van de exploitant van de luchthaven afgeleid is van de vraag van eindgebruikers, zoals passagiers, naar luchttransport. Daarom is in het onderzoek ook uitgebreid ingegaan op de

¹⁹ Besluit exploitatie luchthaven Schiphol, artikel 2, lid 1 (zie bijlage I).

²⁰ Besluit exploitatie luchthaven Schiphol, artikel 2 (zie bijlage I).

²¹ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, Mededeling van 9 december 1997, Pb. 1997, C 372.

interactie tussen wholesale niveau (ofwel upstream: tussen Schiphol en luchtvaartmaatschappij) en retail niveau (ofwel downstream: tussen luchtvaartmaatschappij en passagier) met betrekking tot de diensten van de exploitant van de luchthaven.

Het rapport van GAP refereert aan een aantal afbakeningen van relevante markten zoals gebruikt in jurisprudentie van de Europese Commissie. Opvallend is dat deze afbakeningen van relevante markten van de Commissie meestal niet volledig gespecificeerd zijn omdat dat in de meeste gevallen niet nodig is. Het afbakenen van de relevante markt is dan ook geen doel op zich, maar een hulpmiddel om conclusies te trekken in de context van de betreffende casus.

Allereerst maakt GAP een onderscheid tussen twee groepen activiteiten van Schiphol: 1) het ter beschikking stellen van infrastructuur van de luchthaven aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers en 2) het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven aan grondafhandelaars en andere organisaties. Deze groepen activiteiten zijn namelijk duidelijk verschillend in termen van omzetgeneratie, afnemers en marktwerking.

Market for the provision of infrastructure ...			
...to airlines serving O&D passengers	...to airlines serving transfer passengers	...for local and instruction flights	...to airlines offering cargo transportation
ATO 1: Landing and take-off services			
ATO 2: Aircraft parking			
ATO 3: Passenger basic terminal infrastructure and services			
TE 1: Rental to airlines			

Figuur 3.1: Marktafbakening voor luchtvaartactiviteiten door GAP²²

N.B. Activiteit 'TE 1: Rental to airlines' is geen luchtvaartactiviteit en wordt in hoofdstuk 4 behandeld.

Figuur 3.1 geeft het overzicht van de markten en onderliggende activiteiten die door GAP zijn afgebakend in het ter beschikking stellen van infrastructuur van de luchthaven aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers. GAP maakt dus het volgende onderscheid:

1. **De markt voor het ter beschikkingstellen van infrastructuur door de exploitant van de luchthaven Schiphol ...**
 - a. aan luchtvaartmaatschappijen voor dienstverlening aan O&D-passagiers²³

²² Voor definities van de activiteiten zie bijlage II.

- b. aan luchtvaartmaatschappijen voor dienstverlening aan transferpassagiers²⁴
- c. aan luchtvaartmaatschappijen voor vrachttransport
- d. voor lokale vluchten en instructievluchten.

Naar aanleiding van het onderzoek van GAP kan worden aangenomen dat er meer aanwijzingen zijn om uit te gaan van vier markten dan van één markt. Bovendien geeft de analyse van de verschillende markten zoals gemaakt door GAP meer inzicht dan een analyse van de geaggregeerde markt.

Deze marktafbakening met een onderverdeling naar vier markten door GAP is kort samengevat als volgt onderbouwd:

- Allereerst vormen de verschillende luchthaventarieven voor verschillende diensten van Schiphol een indicatie dat deze diensten mogelijk tot verschillende markten behoren.
- Een eerste bevestiging van een mogelijke onderverdeling naar luchttransport van O&D-passagiers, transferpassagiers, vracht- en lokale/instructievluchten volgt uit de verschillen tussen de diensten van luchttransport van passagiers (geheel van O&D en transfer) enerzijds en vracht anderzijds (o.a. business model, contract flexibiliteit en tijdgevoeligheid). Hierdoor heeft de exploitant van de luchthaven de mogelijkheid om deze diensten afzonderlijk te benaderen.
- Daarnaast blijkt er een lage mate van onderlinge substitutie voor luchtvaartmaatschappijen, omdat zij niet makkelijk kunnen wisselen tussen O&D-, transferpassagiers en vrachtluchttransport als reactie op een eventuele tariefverhoging.²⁵ De exploitant van de luchthaven kan de verschillen in prijselasticiteit tussen O&D en transferpassagiers (downstream) gebruiken om op de upstream markten verschillende prijzen te hanteren.
- Het gebrek aan vraagsubstitutie wordt niet gecompenseerd door aanbods substitutie, aangezien er geen andere luchthaven is die direct kan instappen met het aanbieden van een vergelijkbare capaciteit bij een prijsverhoging, zonder dat daarvoor aanzienlijke investeringen bij die luchthaven nodig zijn.
- Ten slotte vormen lokale vluchten en instructievluchten een aparte markt omdat voor deze dienst minder uitgebreide infrastructuur benodigd is. Een aanbieder van infrastructuur voor lokale vluchten en instructievluchten kan niet direct infrastructuur aanbieden aan luchtvaartmaatschappijen voor dienstverlening aan passagiers of voor vrachtverkeer.
- Vervolgens is gekeken naar nog verdere onderverdeling van deze markten, maar dat bleek voor het doel van dit onderzoek niet nuttig te zijn.

²³ O&D-passagiers staat voor Origin & Destination passagiers, dus passagiers met Schiphol (ofwel Amsterdam en omgeving) als begin- of eindbestemming.

²⁴ Transferpassagiers staat voor passagiers die een overstap maken op Schiphol (dus Schiphol is geen bestemming).

²⁵ Sommige luchtvaartmaatschappijen vervoeren zowel passagiers als vracht in dezelfde vlucht. In dat geval wordt vracht gebruikt om de load-factor te optimaliseren en geldt nog steeds dat substitutie tussen passagiertransport en vrachttransport niet goed mogelijk is.

Geografisch worden deze markten afgebakend door de zogenaamde catchment area van de betreffende markten, dit gebied is het kleinst voor lokale vluchten en instructievluchten, iets groter voor transport van O&D-passagiers, en het grootst voor transport van transferpassagiers en vracht.

Voor het doel van deze rapportage is deze verdere onderverdeling van de markten niet strikt noodzakelijk en zoals in de hoofdstukken hierna duidelijk zal worden heeft deze onderverdeling ook geen invloed op de conclusies met betrekking tot de wenselijkheid van regulering. In hoofdstuk 3.3 zal blijken dat Schiphol op elk van de vier markten over een economische machtspositie beschikt en dus ook op de geaggregeerde markt.

3.3 Bepaling economische machtspositie

In het rapport analyseert GAP voor deze markt(en) de concurrentiepositie van Schiphol en mogelijke economische machtspositie(s). De Europese Commissie verstaat onder een economische machtspositie²⁶ van een onderneming de mogelijkheid voor de onderneming om zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers.²⁷ Dit begrip “onafhankelijkheid” houdt verband met de sterkte van de concurrentiedruk die op de betrokken onderneming wordt uitgeoefend.

Een economische machtspositie op een relevante markt houdt dus in dat er onvoldoende daadwerkelijke concurrentiedruk is en dat de betrokken onderneming dus wezenlijke marktmacht over een bepaalde periode geniet. Volgens de Commissie geldt dat zelfs indien er nog bepaalde daadwerkelijke of potentiële concurrentie blijft bestaan, daadwerkelijke concurrentiedruk kan ontbreken en dus sprake kan zijn van een economische machtspositie. De Commissie is van oordeel dat een onderneming die in staat is voor een aanzienlijke periode de prijzen winstvergroterend tot boven het concurrerende niveau te verhogen, onder onvoldoende concurrentiedruk staat en dus in de regel als een onderneming met een economische machtspositie kan worden beschouwd.²⁸

GAP maakt in haar analyse een onderscheid naar de vier bovengenoemde markten. Voor elk van deze markten onderzoekt GAP het bestaan van een economische machtspositie van Schiphol waarbij rekening wordt gehouden met de concurrentiestructuur van de markt, toetreding(barrières) en compenserende afnemersmacht. Ook beschouwt GAP de relatie tussen retail niveau en wholesale niveau.

²⁶ Het hebben van een economische machtspositie is niet verboden, het misbruik maken van een economische machtspositie is wel verboden (via de Mededingingswet).

²⁷ Richtsnoeren betreffende de handhavingprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag, *PbEC* (2009) C45/2 (hierna: Richtsnoeren artikel 82).

²⁸ Richtsnoeren artikel 82. Hierbij omvat de uitdrukking “de prijzen verhogen” ook de macht om prijzen boven het concurrerende niveau te handhaven; zij wordt gebruikt als een verkorting voor de diverse wijzen waarop de parameters voor concurrentie op de markt - zoals prijs, productie, innovatie, het aanbod en de kwaliteit van de goederen en diensten - kunnen worden beïnvloed in het voordeel van de onderneming met een machtspositie en ten koste van de gebruikers.

Op grond van deze analyse concludeert GAP dat Schiphol op elk van de genoemde markten een economische machtspositie heeft, hoewel de sterkte van de machtspositie per markt verschilt. Er blijkt dat Schiphol de mogelijkheid heeft om voor ieder van deze markten de prijzen winstgevend te verhogen tot boven het concurrerende niveau. Doordat de luchthaventarieven relatief gering zijn ten opzichte van de kosten van de luchtvaartmaatschappijen zijn andere kosten (en aspecten) belangrijker voor de keuze voor de luchthaven Schiphol dan de luchthaventarieven. Hierbij speelt het ook een grote rol dat de luchtvaartmaatschappijen beperkte mogelijkheden hebben om naar een andere luchthaven over te stappen vanwege voor (met name gebonden) luchtvaartmaatschappijen verzonken kosten en beperkte beschikbare capaciteit op andere luchthavens. Voor de eindgebruikers van de luchtvaartmaatschappijen is een kostenstijging van de luchtvaarttarieven van 5-10% niet hoog genoeg om hen in voldoende grote aantallen te laten over stappen naar andere vliegvelden. Er gaat daardoor onvoldoende druk uit vanuit de retail markt om disciplinerend te werken op de wholesale markt. In Box 3 wordt ingegaan op schijnbare tegenstelling tussen de economische machtspositie van Schiphol en de groeiende concurrentie op retail niveau.

Box 3: Machtspositie en concurrentie

In het onderzoek van GAP komt naar voren dat ondanks dat er sprake is van toenemende concurrentie op de verschillende (downstream) luchtvaartmarkten Schiphol toch een economische machtspositie heeft op de markt(en) voor het beschikkingstellen van infrastructuur aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers.

In een eigen analyse concludeert Schiphol dat rond 70% van de huidige passagiers van Schiphol een reëel alternatief heeft en dat Schiphol voor deze passagiers in directe concurrentie staat met andere luchthavens.²⁹ De analyse van Schiphol komt in grote lijnen overeen met de analyse die GAP heeft gemaakt, hoewel door verschillen in aannames enigszins andere uitkomsten resulteren.

Per saldo gaat het echter niet alleen om de vraag welk deel van het passagiersvolume een alternatief heeft, maar juist om de vraag of de passagiers van dit alternatief gebruik zullen maken indien Schiphol de prijzen verhoogt. Met name gaat het er hierbij om dat de prijselasticiteit van deze eindgebruikers en/of van de luchtvaartmaatschappijen dusdanig is dat bij een prijsverhoging aan de luchtvaartmaatschappijen, de luchtvaartmaatschappijen zullen switchen, dan wel als zij dat niet doen hun passagiers zullen switchen. Daarnaast kan het ook zo zijn dat de luchtvaartmaatschappij de verhoging niet door kan geven aan de passagiers, en/of ook niet in staat is om over te stappen naar een andere luchthaven.

In de analyse van GAP zijn deze vragen in een aantal stappen behandeld. Zo blijkt in het geval van Schiphol dat luchtvaartmaatschappijen onvoldoende mogelijkheden hebben om naar een andere luchthaven te gaan. Alternatieve luchthavens blijken hiervoor onvoldoende capaciteit te hebben en een

²⁹ Volgens Schiphol zelf is zij voor 30% van de passagiers dus de enige aanbieder.

deel van de alternatieve luchthavens is (mede) in handen van Schiphol, zodat vanuit aanbodzijde onvoldoende substitutie mogelijk lijkt. GAP neemt aan dat de prijsverhoging volledig kan worden doorbelast aan passagiers door de luchtvaartmaatschappijen. Hoe kleiner het deel dat doorbelast wordt, hoe makkelijker een luchthaven prijzen zou kunnen verhogen.³⁰ GAP maakt ten slotte een inschatting in hoeverre eindgebruikers voor een andere luchthaven zullen gaan kiezen op grond van algemeen aanvaarde prijselasticiteiten en een gevoeligheidsanalyse. Hieruit blijkt dat de prijselasticiteiten onvoldoende groot zijn om passagiers te bewegen naar een alternatief te zoeken, waardoor Schiphol eventueel gedisciplineerd zou worden om geen prijsverhoging door te voeren. Samengevat beschikt Schiphol over een economische machtspositie omdat de aanwezige concurrentiedruk onvoldoende is.

3.4 Conclusie

De luchtvaartactiviteiten zoals gedefinieerd in de Wet luchtvaart, 8.25d, en uitgewerkt in het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol, artikel 2, eerste lid, maken deel uit van één relevante gegroepeerde markt, nl. de markt voor het ter beschikkingstellen van infrastructuur door de exploitant van de luchthaven Schiphol aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen luchtvaartmaatschappijen voor dienstverlening aan O&D-passagiers, luchtvaartmaatschappijen voor dienstverlening aan transferpassagiers, luchtvaartmaatschappijen voor vrachttransport, en lokale vluchten en instructievluchten. Geografisch zijn deze markten begrensd door de bijbehorende catchment areas van Schiphol. Voor elk van deze vier relevante markten en dus voor de gegroepeerde markt beschikt Schiphol over een EMP. Dit betekent dat Schiphol voor de luchtvaartactiviteiten beschikt over een EMP.

³⁰ Daarbij kan de luchtvaartmaatschappij de prijsverhoging ook gedifferentieerd doorbelasten aan de eindgebruikers afhankelijk van de prijselasticiteiten.

4 Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten

4.1 Inleiding

Hoofdstuk 2 gaf aan wat behoort tot de activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten. Op grond van onderzoek van GAP kunnen deze worden omschreven als de activiteiten van de exploitant van de luchthaven Schiphol ten behoeve van:

- het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven aan grondaafhandelaars en andere organisaties³¹ (o.a. de Douane en de Koninklijke Marechaussee), en
- de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten aan luchtvaartmaatschappijen, grondaafhandelaars en anderen.

Deze activiteiten vallen niet onder de luchtvaartactiviteiten maar zijn wel noodzakelijk voor de luchtvaartactiviteiten en zijn gebonden aan de locatie van de luchthaven Schiphol. Het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven is gericht op grondaafhandelaars en andere organisaties. De verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten is zowel gericht op luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers als op grondaafhandelaars en andere organisaties.

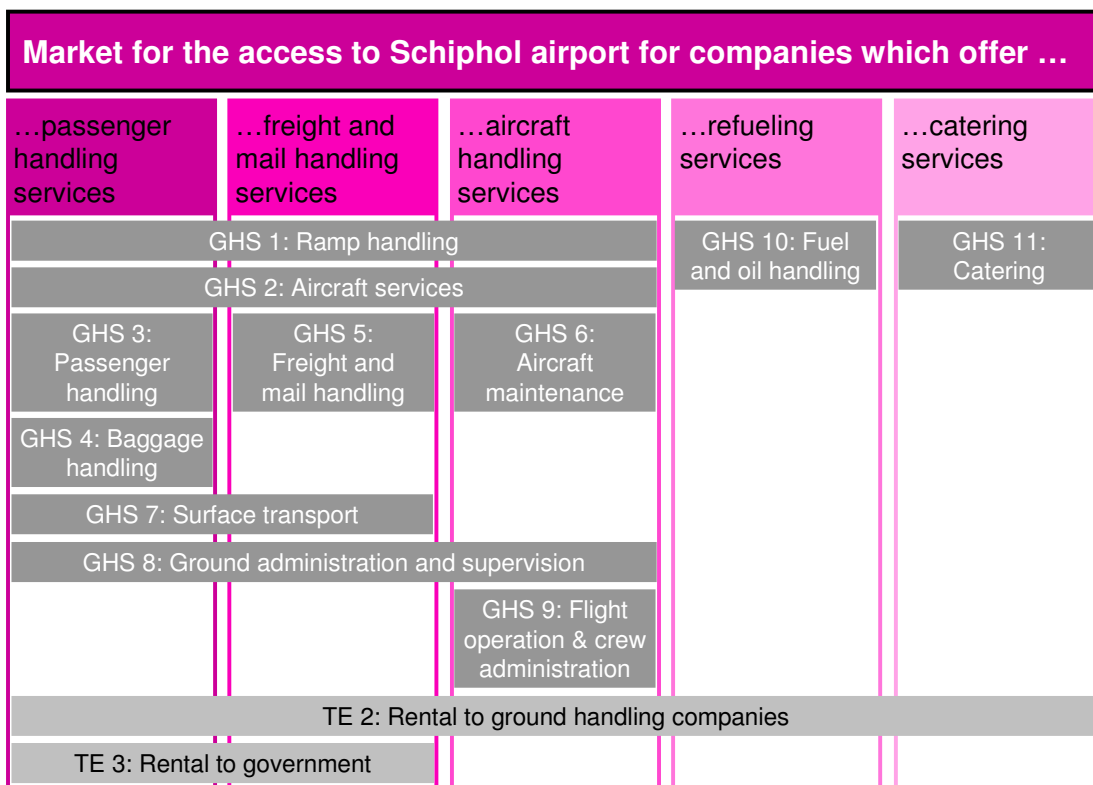
In het onderzoek zoals uitgevoerd door onderzoeksbureau GAP zijn voor deze activiteiten de relevante markt(en) afgebakend en is de eventuele economische machtspositie op deze markt(en) beschouwd. Dit onderzoek ten aanzien van de activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten wordt hieronder beschreven.

4.2 Relevante markt(en)

Het rapport van onderzoeksbureau GAP werkt de afbakening van de relevante markt(en) van de activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten verder uit. Hierbij is een analyse gemaakt van de vraagzijde. Voor de analyse van de vraagzijde is het van belang om vast te stellen dat sommige luchtvaartmaatschappijen zelf grondaafhandelingsdiensten uitvoeren (en ook aanbieden aan andere luchtvaartmaatschappijen), zgn. self-handlers. In de analyse beschouwt GAP self-handlers voor deze activiteiten als grondaafhandelaars.

Figuur 4.1 geeft het overzicht van de gedefinieerde markten en onderliggende activiteiten door GAP.

³¹ Niet zijnde gebruikers in de zin van artikel 1, lid e, van het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol (bijlage I).



Figuur 4.1: Marktafbakening voor activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten door GAP.³²

N.B. Activiteit 'TE 1: Rental to airlines' (zie figuur 3.1) wordt ook in dit hoofdstuk behandeld.

In figuur 4.1 wordt uitgegaan van een groepering van de markten tot de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven aan grondafhandelaren en andere organisaties.

GAP maakt een onderscheid naar vijf productmarkten:

2. **De markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven door de exploitant van de luchthaven Schiphol ...**
 - a. voor het verlenen van passenger handling services³³
 - b. voor het verlenen van freight & mail services³⁴
 - c. voor het verlenen van aircraft handling services
 - d. voor het verlenen van catering services
 - e. voor het verlenen van refueling services.

³² Voor definities van de activiteiten zie bijlage II.

³³ Inclusief de activiteiten van de Douane en de Koninklijke Marechaussee.

³⁴ Inclusief de activiteiten van de Douane en de Koninklijke Marechaussee.

Deze marktafbakening met een onderverdeling naar vijf markten door GAP is kort samengevat als volgt onderbouwd:

- In de jurisprudentie van de Europese Commissie worden grondafhandelingsdiensten als een afzonderlijke markt beschouwd ten opzichte van de overige diensten op de luchthaven. Bovendien heeft de Europese Commissie aangegeven dat een verdere opdeling van deze markt voor de hand ligt (waarbij gerefereerd wordt aan indelingen voor grondafhandelingsdiensten zoals de IATA Standard Ground Handling Agreement of de EU richtlijn grondafhandeling³⁵).
- GAP gebruikt in haar rapport ook deze indeling, maar een aparte markt voor elk van deze diensten zou resulteren in te krappe marktafbakeningen voor het doel van dit onderzoek. Daarom wordt uitgegaan van een vaak gehanteerde clustering van diensten in vijf groepen, omdat deze verschillende grondafhandelingsdiensten ook veelal in bundels worden aangeboden. Dit resulteert in de vijf bovengenoemde markten die naar aard verschillend zijn en ook (deels) verschillende faciliteiten vereisen.

Geografisch worden deze markten afgebakend door het luchthaventerrein en mogelijk locaties dichtbij de luchthaven.

4.2.1 Verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten

De *activiteit verhuur van operationeel noodzakelijk ruimten* vereist enige toelichting. Onder operationeel noodzakelijk ruimten wordt in dit onderzoek verstaan: ruimten in de terminal die noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van de geboden dienst (zie rapport GAP paragraaf 6.5). Operationele ruimten die buiten de terminal kunnen worden gevestigd, zoals kantoren en bemanningencentra, vallen hier dus niet onder. Deze verhuuractiviteiten zijn onderdeel van de business area Real Estate.

De activiteiten “TE 2: Rental to groundhandling companies” en “TE 3: Rental to government” vormen onderdeel van de vijf markten voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven aan grondafhandelaars en andere organisaties. TE 2 is gericht op grondafhandelaars en valt onder elk van de vijf productmarkten. TE 3 is gericht op overheidsorganisaties (o.a. de Douane en de Koninklijke Marechaussee) en valt onder de productmarkten “passenger handling services” en “freight & mail services”.

De taken van de Douane en de Koninklijke Marechaussee zoals grenscontrole, handhaving openbare orde en criminaliteitsbestrijding, zijn wettelijke publieke taken en (fysieke) vrije toegang tot de lucht-

³⁵ Richtlijn 96/67/EG van de Raad van 15 oktober 1996 betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Gemeenschap, *PbEG* (1996) L272/36 (hierna: EU richtlijn grondafhandeling). In Nederland is deze per 1 januari 1999 in werking getreden via de ‘Regeling grondafhandeling luchtvaartterreinen’.

haven Schiphol is dan ook evident. Voor deze overheidsorganisaties gaat het voor dit onderzoek bij het verlenen van toegang om de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten (o.a. balieruimte).³⁶

De activiteit “TE 1: rental to airlines” is onderdeel van de markt voor het ter beschikkingstellen van infrastructuur door de exploitant van de luchthaven Schiphol voor luchtvaartmaatschappijen, zoals beschreven in hoofdstuk 3 en figuur 3.1. TE 1 valt echter niet onder luchtvaartactiviteiten, maar onder activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten.

Voor het doel van deze rapportage is deze verdere onderverdeling van de markten niet strikt noodzakelijk en zoals in de hoofdstukken hierna duidelijk zal worden heeft deze onderverdeling ook geen invloed op de conclusies met betrekking tot mogelijke economische machtspositie(s) of de wenselijkheid van regulering. Concreet gaat het erom dat op elk van de vijf markten Schiphol over een economische machtspositie beschikt en dus ook op de geaggregeerde markt.

4.3 Bepaling economische machtspositie

GAP geeft in het rapport een analyse voor deze markt(en) van de concurrentiepositie van Schiphol en mogelijke economische machtspositie(s). In de analyse maakt GAP een onderscheid naar de vijf bovengenoemde markten. Voor elk van deze markten doet GAP een onderzoek naar het bestaan van een economische machtspositie van Schiphol, waarbij zij rekening houdt met de concurrentiestructuur van de markt, toetreding(sbarrières) en compenserende afnemersmacht.

Omdat Schiphol de toegang tot de infrastructuur van de luchthaven beheert en de mogelijkheid heeft om hiervoor een vergoeding te vragen concludeert GAP dat Schiphol op elk van de genoemde markten een monopoliepositie heeft en dus een economische machtspositie heeft.

Eerder is aangegeven dat Schiphol voor de meeste activiteiten op de markt van het verlenen van toegang tot de infrastructuur geen tarieven rekent. Dit kan de indruk wekken dat Schiphol op deze markten geen EMP heeft. Dat is echter niet het geval. Voor de meeste activiteiten op deze markt is er geen mogelijkheid voor grondafhandelaars om deze dienstverlening zonder gebruikmaking van de infrastructuur van de luchthaven te produceren (bottleneck service) dan wel zijn deze activiteiten onmisbaar voor luchtvaartmaatschappijen. Dit betekent dat de EMP van Schiphol op de luchtvaartactiviteiten uitstraalt naar deze aanpalende markt van grondafhandeling, en dat een ongereguleerd Schiphol kan kiezen via welke markt zij haar EMP uitoefent.

³⁶ Op grond van de uitvoering van de motie Haverkamp is in de huurcontractonderhandelingen met Schiphol Real Estate door het ministerie van Defensie bedongen dat ruimten die direct gebruikt worden door de Koninklijke Marechaussee in het kader van het operationele proces om niet verkregen worden (Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 30 176, nr. 20). Dat Schiphol een afwijkend huurtarief hanteert voor de Koninklijke Marechaussee is geen mededingingsvraagstuk omdat marktpartijen hierdoor geen concurrentienadeel ondervinden.

Specifiek voor de activiteit van verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten³⁷ moet een onderscheid gemaakt worden tussen verhuur aan grondafhandelaars en andere organisaties (TE 2 en TE 3) en verhuur aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers (TE 1). Voor de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten aan grondafhandelaars en andere organisaties geldt dat deze activiteit tot de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven door de exploitant van de luchthaven Schiphol behoort. Schiphol beschikt voor deze activiteit over een EMP omdat Schiphol over een EMP op de gehele markt beschikt. Voor de verhuur van ruimten aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers geldt dat deze activiteit tot de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur van de luchthaven aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers behoort. Schiphol beschikt ook voor deze activiteit over een EMP omdat Schiphol over een EMP op de gehele markt beschikt.

4.4 Conclusie

De activiteiten nauw verbonden met de luchtvaartactiviteiten (met uitzondering van de activiteit “TE 1: Rental to airlines”) maken deel uit van één relevante gegroepeerde markt, nl. de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur door de exploitant van de luchthaven Schiphol aan grondafhandelaars en andere organisaties. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden naar bundels van grondafhandelingsdiensten, namelijk passenger handling services, freight & mail services, aircraft handling services, catering services en refueling services. Geografisch zijn deze markten begrensd door het luchthaventerrein van Schiphol en mogelijk locaties dicht bij de luchthaven. Voor elk van deze vijf relevante markten en dus de gegroepeerde markt beschikt Schiphol over monopoliepositie en dus over een EMP.

De verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers (TE 1) behoort tot de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur van de luchthaven aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers. Schiphol beschikt ook voor deze activiteit over een EMP omdat Schiphol over een EMP op gehele markt beschikt.

Dit betekent dat Schiphol voor alle activiteiten nauw verbonden met de luchtvaartactiviteiten beschikt over een EMP.

³⁷ Zie Box 3.

5 Relatie tussen activiteiten en relevante markten

In tabel 5.1 wordt voor de groep luchtvaartactiviteiten en voor de groep activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten aangegeven welke activiteiten tot welke van de twee gegroepeerde markten behoren.

ACTIVITEITEN (Code) ³⁸	MARKTEN	
	1. de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers	2. de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur aan grondafhandelaars en andere organisaties
Luchtvaartactiviteit, d.w.z. activiteiten van NVLS ten behoeve van:		
- het opstijgen en landen van luchtvaartuigen (ATO 1)	●	
- het parkeren van luchtvaartuigen (ATO 2)	●	
- afhandeling van passagiers van luchtvaartuigen en hun bagage in verband met het opstijgen en landen van luchtvaartuigen (ATO 3)	●	
- uitvoering van de beveiliging van passagiers en hun bagage, waaronder mede begrepen de faciliteiten voor grenscontrole (ATO 3)	●	
Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten, d.w.z. activiteiten van NVLS ten behoeve van:		
- het verlenen van ramp handling (GHS 1)		●
- het verlenen van aircraft services (GHS 2)		●
- het verlenen van passenger handling (GHS 3)		●
- het verlenen van baggage handling (GHS 4)		●
- het verlenen van freight & mail services (GHS 5)		●
- het verlenen van aircraft maintenance (GHS 6)		●
- het verlenen van surface transport (GHS 7)		●
- het verlenen van ground administration & supervision (GHS 8)		●
- het verlenen van flight operations & crew administration (GHS 9)		●
- het verlenen van fuel & oil handling (GHS 10)		●
- het verlenen van catering services (GHS 11)		●
- verhuur van operationeel noodzakelijk ruimten aan luchtvaartmaatschappijen (TE 1)	●	
- verhuur van operationeel noodzakelijk ruimten aan grondafhandelaars (TE 2)		●
- verhuur van operationeel noodzakelijk ruimten aan de overheid (TE 3)		●

Tabel 5.1: Indeling luchtvaartactiviteiten en activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten naar markten

● = activiteit behoort tot markt

³⁸ Voor definities van de activiteiten en de bijbehorende code zie bijlage II.

De luchtvaartactiviteiten behoren tot de eerste markt, namelijk ***'de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers'***, zoals beschreven in hoofdstuk 3. De activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten behoren tot de tweede markt, namelijk ***'de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur aan grondafhandelaars en andere organisaties'***, zoals beschreven in hoofdstuk 4. Uitzondering vormt de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten aan luchtvaartmaatschappijen. Deze activiteit behoort, hoewel zij zelf geen luchtvaartactiviteit is, tot de eerstgenoemde markt waar alle luchtvaartactiviteiten deel van uitmaken.

6 Sectorspecifiek mededingingstoezicht

6.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is vastgesteld dat Schiphol beschikt over een EMP op de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers en op de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur aan grondafhandelaars en andere organisaties.

Dit hoofdstuk geeft aan in hoeverre (continuering van) sectorspecifieke regulering³⁹ voor de betreffende markten wenselijk is. Om deze vraag te beantwoorden beschrijft paragraaf 6.2 allereerst de begrippen sectorspecifiek en generiek mededingingstoezicht en gaat paragraaf 6.3 vervolgens in op de vraag hoe voldaan kan worden aan het algemene criterium voor sectorspecifiek toezicht dat de regulering leidt tot een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten). Vervolgens bevat paragraaf 6.4 voor de onderzochte markten en de daaronder vallende activiteiten de beoordeling van de wenselijkheid van (continuering van) sectorspecifieke regulering.

6.2 Sectorspecifiek versus generiek mededingingstoezicht

Generiek mededingingstoezicht betreft toezicht op grond van de Mw en/of het VWEU. Dit toezicht staat beschreven in bijlage III. Deze vorm van toezicht is gericht op het voorkomen en bestrijden van misbruik van economische machtsposities.

Sectorspecifiek mededingingstoezicht betreft een aanvullend instrumentarium op het generieke mededingingstoezicht. Sectorspecifieke regulering biedt namelijk ook de mogelijkheid van ex-ante toezicht, terwijl generieke mededingingstoezicht doorgaans ex-post toezicht is.⁴⁰ Voorbeelden van ex-ante toezicht zijn o.a. het *vooraf* vaststellen van normen en tarieven. Voorbeelden van ex-post toezicht zijn o.a. het achteraf monitoren en handhaven van de regels. Daarnaast biedt sectorspecifiek toezicht de mogelijkheid om strengere maatstaven en andere beoordelingsmethoden te hanteren.

Generiek mededingingstoezicht kan gezien worden als corrigerend optreden. Het uitgangspunt is dat de markt in principe functioneert, maar dat in geval van een mededingingsprobleem ingegrepen kan worden. Het ingrijpen gebeurt dan achteraf. Sectorspecifiek mededingingstoezicht kan gezien worden als voornamelijk voorwaardenscheppend optreden. Er worden vooraf verplichtingen opgelegd en het ingrijpen gebeurt (althans gedeeltelijk) voordat de gedraging zich heeft voorgedaan.

³⁹ Naast sectorspecifiek mededingingstoezicht bestaan er diverse andere vormen van sectorspecifieke reguleringen vanuit andere doelstellingen, zoals milieu, veiligheid, inkomensverdeling etc. Deze andere vormen van sectorspecifieke regulering blijven hier buiten beschouwing, de vraagstelling beperkt zich tot de wenselijkheid van sectorspecifiek mededingingstoezicht.

⁴⁰ Dit is een algemeen verschil, waarvoor uitzonderingen zijn te vinden zoals bij de goedkeuring van fusies.

Bij de beoordeling of aanvullend instrumentarium zou moeten worden ontwikkeld, hanteert de wetgever als uitgangspunt dat zij alleen tot het tot stand brengen van nieuwe regelgeving besluit, indien de noodzaak daarvan komt vast te staan⁴¹ en dat terughoudendheid bij het instellen van sectorspecifiek mededingingstoezicht dan ook op zijn plaats is.⁴²

In paragraaf 6.3 wordt uitgebreid ingegaan op het kader waarbij regulering gewenst is. Hierbij is uitgangspunt dat een EMP wel een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde is om sectorspecifieke regulering op te leggen. Op grond van het VWEU en de Mw is alleen het misbruiken van een EMP verboden, maar het hebben van een EMP niet. De Mw biedt in principe handvatten om toezicht te houden op ondernemingen met een EMP. Er zijn diverse voorbeelden, zowel in Nederland als internationaal, van effectief optreden op grond van de Mw tegen ondernemingen die hun EMP misbruiken. Het bestaan van een EMP, met de daarbij behorende mogelijkheden en prikkels voor een onderneming om marktuitskomsten te beïnvloeden, is dus geen voldoende voorwaarde voor het instellen van sectorspecifieke regulering.

Het bestaan van een EMP is echter wel een noodzakelijke voorwaarde om te reguleren. Om deze reden wenste het Ministerie van I&M een onderzoek naar de EMP van Schiphol. Zonder de aanwezigheid van een EMP zal sectorspecifieke regulering tot inefficiënte uitkomsten leiden. Immers, als er concurrentie is, en dus geen EMP, zorgt deze concurrentie voor efficiënte marktuitskomsten. Met regulering valt dan niet veel te winnen, terwijl aan regulering wel kosten verbonden zijn, namelijk de uitvoeringskosten van zowel de gereguleerde onderneming als de toezichthouder, maar ook mogelijke versturende invloeden op ondernemingsbeslissingen.

6.3 Een kader: wanneer is regulering gewenst?

Om sectorspecifieke regulering te introduceren moet voldaan zijn aan het algemene criterium dat de regulering leidt tot een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten) in vergelijking met een situatie waarin er generiek mededingingstoezicht bestaat in combinatie met de minimale regulering op grond van de EU richtlijn luchthavengelden.⁴³ Deze richtlijn omvat de verplichting voor luchthavens tot het hanteren van non-discriminatoire tarieven en voorwaarden, om deze tarieven en voorwaarden met de gebruikers te consulteren en aan gebruikers

⁴¹ Aanwijzing 6 en 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Regeling van de minister-president, Minister van Algemene Zaken, van 18 november 1992, nr. 92Moo8337, houdende vaststelling van de Aanwijzingen voor de regelgeving), Staatscourant, 1992, 230, laatstelijk gewijzigd m.i.v. 1 januari 2005 (Regeling nr. 04M469558, Staatscourant, 2004, 213). De geconsolideerde tekst is o.a. beschikbaar op de website van het ministerie van Justitie (www.justitie.nl).

⁴² Visie op markttoezicht, beantwoording van de motie Heemskerck c.s., Kamerstukken II 2003-2004, 29200 XIII, nr. 5.

⁴³ Richtlijn 2009/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2009 inzake luchthavengelden, PbEU 2009, L70/16, 14 maart 2009 (hierna: EU richtlijn luchthavengelden).

transparantie te betrachten over daaraan ten grondslag liggende informatie.⁴⁴ Deze verplichting geldt voor alle luchthavens met meer dan 5 miljoen passagiers en de grootste luchthaven van iedere lidstaat. Deze richtlijn moet uiterlijk 11 maart 2011 in de nationale wetgeving geïmplementeerd zijn, en vormt daarmee voor de komende jaren de minimale verplichting voor Schiphol (hierna de basisregulering van Schiphol). De huidige regulering van Schiphol omvat reeds al deze elementen, maar vergt meer van Schiphol, namelijk ook dat tarieven redelijk en kostengeoriënteerd zijn, dat Schiphol een goedgekeurd kostensysteem hanteert en dat Schiphol jaarlijks een financiële verantwoording opstelt.

In het criterium dat sprake moet zijn van een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en welvaart, zit een aantal elementen.

1. Het eerste element is dat sprake moet zijn van een EMP die een structureel karakter heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de aanwezigheid van structurele toetredingsdrempels, die door (potentiële) concurrentie niet overkoombaar zijn,⁴⁵ bijvoorbeeld door toetreding van nieuwe ondernemingen of door innovatie of technologische ontwikkeling waardoor er nieuwe, vervangende producten op de markt komen. Zulke structurele machtsposities komen met name voor in geval van natuurlijke of wettelijke monopolies. In zo'n situatie kan de markt inefficiënties niet zelf corrigeren, waardoor regulering gepast kan zijn. Kortstondige inefficiënties in de marktuitskomsten hoeven echter niet met regulering te worden aangepakt, omdat de markt dan zelf kan zorgen voor verbetering (via bijvoorbeeld toetreding van nieuwe spelers of door innovatie en technologische ontwikkeling).
2. Het tweede element is dat die structurele aanwezigheid van een EMP moet leiden tot blijvende inefficiënte marktuitskomsten. Hierbij gaat het om de consumentenwelvaart op langere termijn. Dit betreft niet alleen de prijzen op korte termijn in relatie tot de kosten (allocatieve efficiëntie), maar ook de efficiëntie bij de voortbrenging van de producten (productieve efficiëntie) en de innovatie op langere termijn (dynamische efficiëntie).
3. Het derde element is dat het mededingingstoezicht (inclusief verplichte regulering vanuit bijvoorbeeld de EU) duidelijk minder effectief en efficiënt moet zijn om de marktsituatie blijvend te verbeteren, waardoor blijvend sprake is suboptimale uitkomsten voor de welvaart. Dit toezicht moet dus ineffectief zijn. Het mededingingstoezicht is doorgaans onvoldoende in het tegengaan van te hoge prijzen en het kunnen afdwingen van toegang in situaties waarin nog geen toegang is verleend.
4. Het vierde element is dat de baten van (extra) regulering hoger moeten zijn dan de kosten daarvan. Pas wanneer de baten van de regulering de kosten overtreffen is het, economisch gezien,

⁴⁴ Verder verplicht deze richtlijn lidstaten om een onafhankelijke toezichthouder in te stellen, en de mogelijkheid voor gebruikers om bij deze toezichthouder klachten over de tarieven en voorwaarden in te dienen.

⁴⁵ De Europese Commissie gebruikt in punt 5 van de *Aanbeveling betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector* (17 december 2007, PbEG 2007, L344/65) een vergelijkbaar criterium als onderdeel van de drie criteriatest om te bepalen of een telecommunicatiemarkt gereguleerd zou mogen worden. Eén van de criteria in deze test is de "aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn." Hierbij kan het volgens de Commissie gaan om grote schaalvoordelen (neigend naar natuurlijk monopolie), grote initiële investeringen, een moeilijk dupliceerbaar netwerk (punt 9), het ontbreken van baanbrekende innovatie (punt 11) en wettelijke of regelgevende belemmeringen (punt 10).

wenselijk om te reguleren. De kosten en baten van de regulering hangen overigens nauw samen met de vorm van de regulering, zodat het nauw luistert welke vorm van regulering wordt onderzocht. Bij de beoordeling van zowel de kosten als baten is de referentie de situatie waarin er alleen generiek mededingingstoezicht (plus verplichte regulering vanuit de EU) bestaat.

Met deze criteria wordt aangesloten bij de gedragslijn van de wetgever dat zij alleen tot het tot stand brengen van nieuwe regelgeving besluit, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan en dat daarom terughoudendheid moet worden betracht bij het instellen van sectorspecifiek mededingingstoezicht.

Het advies van de NMa is gericht op de vraag voor welke activiteiten continuering of invoering van sectorspecifieke regulering wenselijk zou zijn. De uiteindelijke keuze voor wel of geen sectorspecifieke regulering en de invulling van de eventuele sectorspecifieke regulering is de verantwoordelijkheid van het ministerie van Infrastructuur en Milieu en het Ministerie van Economische Zaken in het kader van de evaluatie van de Wet luchtvaart.

6.4 Beoordeling wenselijkheid regulering Schiphol

6.4.1 Is er sprake van een structurele EMP?

De eerste vraag bij de beoordeling van de wenselijkheid van regulering van Schiphol is of Schiphol over een structurele EMP beschikt. Uit het onderzoek van GAP blijkt dat Schiphol over een EMP beschikt.

Om te kijken of er sprake is van een structurele EMP wordt gekeken of er sprake is van onoverkombaar hoge toetredingsdrempels. Ten eerste heeft de overheid aan Schiphol een exploitatievergunning van de luchthaven verleend, hetgeen een grote juridische restrictie is voor potentiële concurrenten. Ook is het om juridische en andere redenen vrijwel ondenkbaar dat het mogelijk zou zijn om in de buurt van Schiphol een tweede luchthaven te ontwikkelen die zou kunnen concurreren met Schiphol. In de tweede plaats kunnen bestaande luchthavens (zowel de meer dichtbij gelegen luchthavens wat betreft het opstappende verkeer als internationale hubs voor het transferverkeer) niet eenvoudig de positie van Schiphol bedreigen, wegens capaciteitsbeperkingen en de hoge benodigde investeringen om dit op te lossen. Deze situatie is structureel, en verandert slechts heel erg langzaam, zo blijkt uit het onderzoek van GAP. Hoewel op lange termijn bezien een toename van de concurrentie tussen luchthavens mogelijk is, is op middellange termijn zeer onwaarschijnlijk dat er effectieve concurrentie zal ontstaan en is er dus sprake van een structurele EMP.

De NMa concludeert dat Schiphol over een structurele EMP beschikt. Hierdoor is Schiphol in staat om de tarieven blijvend significant te verhogen, waardoor de hoge prijzen langdurig in stand kunnen blijven.

6.4.2 Is er sprake van inefficiënte uitkomsten?

De volgende vraag is in hoeverre er in een situatie waarin enkel basisregulering is, inefficiënte marktuitkomsten kunnen worden verwacht als gevolg van de marktstructuur. Hier is sprake van als de inkomsten van Schiphol gemiddeld op langere termijn boven het niveau van de totale (economische) kosten liggen, of als op lange termijn de productieve efficiëntie achterblijft bij wat technisch gezien mogelijk zou zijn en of als de dynamische efficiëntie eveneens geringer is dan wat verwacht mag worden.

Er zijn verschillende aanwijzingen dat zonder de extra regulering de marktuitkomsten inefficiënt zouden zijn. Een concrete aanwijzing komt uit de ervaring met de in juli 2008 ingevoerde *ticket-tax*.⁴⁶ De invoering van deze heffing betekende een stijging van de inkoopkosten voor de luchtvaartmaatschappijen van zo'n 30% ten opzichte van de luchthavengelden. Door de invoering van deze heffing nam het O/D-vliegverkeer op Schiphol met 10,7% af.⁴⁷ Het omzetverlies voor alle Nederlandse luchthavens bedroeg ca. 90 miljoen euro, waarvan ca. 65 miljoen op de luchtvaartactiviteiten en ca. 25 miljoen op niet-luchtvaartactiviteiten. Tegenover dit omzetverlies stonden extra ticket-tax-inkomsten voor de overheid van 260 miljoen euro.⁴⁸ De netto opbrengst voor de Nederlandse luchthavens zou, indien zij zelf deze tariefstijging hadden doorgevoerd, dus ca. 170 miljoen zijn geweest.⁴⁹ Zij had deze tariefstijging dus winstgevend kunnen doorvoeren, mocht er geen inkomstenregulering zoals nu via de kostenoriëntatieverplichting bestaan. Zonder deze kostenoriëntatieverplichting zou dus een grote allocatieve inefficiëntie ontstaan, in die zin dat de gebruikers op lange termijn meer betalen dan nodig is om de kosten te dekken. Deze inefficiëntie heeft twee aspecten. Het eerste aspect is het pure welvaartsverlies:⁵⁰ vanwege de hogere tarieven zullen sommige reizen niet meer plaatsvinden, terwijl de baten van die reis hoger zijn dan de kosten ervan. Het andere aspect is een herverdeling van welvaart van passagiers naar de luchthaven: het betreft hier de reizen die met de hogere tarieven nog wel doorgaan, maar omdat de passagiers daar meer voor moeten betalen is er sprake van een 'transfer van surplus' van passagiers naar de luchthaven. Vanuit de consument bezien, is dit dus een verlies van welvaart.

Tegenover deze aanwijzingen dat een ongereguleerd Schiphol hogere prijzen zou kunnen vragen, staat overigens het gegeven dat Schiphol in de afgelopen jaren niet altijd de maximale (gereguleerde) tarief-

⁴⁶ SEO, Implicaties van de invoering van de ticket-tax, Amsterdam, maart 2009.

⁴⁷ Idem, afgeleid uit tabel 12, p.24.

⁴⁸ Idem, p.i en p.26.

⁴⁹ Schiphol heeft hier verreweg het grootste aandeel in, omdat Schiphol met afstand de grootste luchthaven in Nederland is (ongeveer 94% van het totaal aantal passagiers vertrekt vanaf Schiphol). Indien de ticket-tax als tariefsverhoging slechts door Schiphol en niet op de regionale luchthavens zou zijn ingevoerd zou er waarschijnlijk iets minder effect zijn opgetreden door het weglekken van verkeer naar de regionale luchthavens, maar gezien volume- en routebeperkingen op deze regionale luchthavens kan dit effect nooit groot zijn.

⁵⁰ Dit wordt in de economie 'deadweight loss' genoemd.

ruimte heeft benut.⁵¹ Uit dit gegeven mag echter niet automatisch geconcludeerd worden dat Schiphol duidelijk in staat is zichzelf te beteugelen en regulering dus niet nodig zou zijn. Dat Schiphol in recente jaren niet de volledige tariefruimte heeft benut, heeft er mogelijk mee te maken dat Schiphol er voor kiest haar tarieven stabiel te houden in plaats van om het jaar met tot wel 50 procent afwisselend te moeten verhogen of te verlagen. De regulering is namelijk zo ingericht dat tariefruimte zowel door volume fluctuaties als door de mismatch tussen het boekjaar en de tariefperiode flink kan fluctueren.⁵² In dit licht bezien is het begrijpelijk dat Schiphol niet altijd de maximale tariefruimte benut, vanwege haar streven naar stabiele tarieven.

Dat Schiphol in een aantal gevallen haar tarieven onder het maximum vast heeft gesteld, kan echter ook andere redenen hebben. Het is bijvoorbeeld ook mogelijk dat op grond van de regulering een tarief dusdanig hoog mag worden vastgesteld dat dit mogelijk boven de monopolieprijs ligt. Dit kan met name in teruglopende economische omstandigheden het geval zijn. Op grond van economische logica mag echter aangenomen worden dat een onderneming in geen enkele omstandigheid een tarief boven de monopolieprijs vast zou stellen, omdat de monopolieprijs de prijs is die haar winst maximaliseert.

Wat betreft productieve efficiëntie mag verwacht worden dat ook zonder sector specifiek toezicht Schiphol zich wel enigszins zal inspannen om hier resultaten te boeken. Immers, zelfs een monopolist heeft er baat bij de kosten te verlagen omdat dat direct doorwerkt in haar winst. Echter, deze inspanningen zullen zich met name richten op procesverbeteringen, minder op productverbeteringen. Procesverbeteringen kunnen immers leiden tot lagere kosten en daarmee hogere winsten, terwijl productverbeteringen vooral interessant zijn voor een onderneming die marktaandeel moet zien te veroveren of behouden. Een onderneming die vrij zeker is over haar klandizie zal daarom in de regel minder innoveren dan een onderneming op een concurrerende markt. Er is nog een andere factor waardoor efficiëntieverbeteringen en innovatie in een concurrerende markt groter zijn dan in een markt waarop een onderneming in behoorlijke mate verzekerd is van continuïteit. Op deze laatste markt is er namelijk geen sprake van het verdwijnen van minder efficiënte bedrijven en de toetreding van nieuwe, efficiëntere ondernemingen, zoals op een concurrerende markt wel het geval is. Per saldo mag verwacht worden dat een ongeregeerd Schiphol wel enige efficiëntiewinst zal realiseren, maar dat die winst beperkt is in vergelijking met wat technisch mogelijk is.

De huidige regulering geeft Schiphol overigens evenmin sterke prikkels om haar kostenniveau te beheersen. Deze regulering heeft immers het karakter van cost-plus regulering, wat betekent dat Schiphol al haar in werkelijkheid gemaakte kosten in rekening mag brengen. Het is een bekend gegeven in de economische reguleringsliteratuur dat deze vorm van regulering niet goed scoort op het vergroten van productieve efficiëntie.⁵³ Deze vorm van regulering wordt daarom ook wel 'low-powered' ge-

⁵¹ Dit is het geval geweest in november 2008 en april 2010. Zie Ecorys, *Evaluatie Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol*, Rotterdam, 2 augustus 2010 (concept).

⁵² Idem.

⁵³ Zie bijv. W.K. Viscusi et al. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*.

noemd, wat betekent dat het een zwakke prikkel geeft tot efficiëntieverbetering. Deze zwakke prikkel is het gevolg van het feit dat de onderneming geen extra winst kan behalen door zich beter in te spannen om de kosten te verlagen, terwijl zij wel alle kostenstijgingen in rekening mag brengen. Er bestaan zelfs aanwijzingen dat de huidige regulering Schiphol prikkelt tot overinvesteringen in luchtvaartactiviteiten omdat ze bovenop de kostengeoriënteerde tarieven nog extra inkomsten via haar niet-luchtvaartactiviteiten kan verdienen.

De NMa concludeert dat een ongereguleerd Schiphol structureel een prijsniveau zal hanteren dat boven het kostenniveau ligt en een zwakke prikkel tot efficiëntieverbetering heeft. Dit laatste geldt zowel in een situatie zonder regulering, als in een situatie met cost-plus regulering.

6.4.3 Hoe effectief is het toezicht op grond van de Mededingingswet?

Hoewel artikel 24 van de Mededingingswet voorziet in de mogelijkheid om op te treden tegen excessieve prijzen, is dit instrument niet effectief of efficiënt om te zorgen voor lagere prijzen. In de eerste plaats is daadwerkelijk misbruik van art. 24 door middel van excessieve tarieven moeilijk hard te maken.⁵⁴ In de praktijk wordt art. 24 dan ook zelden toegepast om misbruik van een EMP door uitbuiting aan te pakken.⁵⁵ Bovendien is in de situatie van Schiphol sprake van een structurele economische machtspositie waar sprake is van onoverkoombaar hoge toetredingsdrempels, zodat de markt zelf niet kan zorgen voor oplossing van dit mededingingsprobleem.⁵⁶ Dit betekent blijvend en intensief toezicht moet worden gehouden op de prijsstelling om te kunnen optreden bij misbruik op grond van de Mw. Om dergelijk toezicht goed uit te kunnen oefenen is niet alleen permanent veel informatie nodig over de kosten van Schiphol, maar moeten ook effectieve maatregelen worden genomen om te zorgen dat allocatieve efficiënties ontstaan. Tussen de tarieven die via de regulering worden gehanteerd, en het voorkomen van excessieve tarieven, waar de Mw over spreekt, zit immers mogelijk nog een grote ruimte. Daarbij komt dat de Mw minder mogelijkheden biedt om productieve en dynamische inefficiënties aan te pakken dan sectorspecifieke regulering. Economisch gezien zijn er dus redenen om sector specifieke regulering op Schiphol toe te passen.

⁵⁴ SER, *Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*, advies 03/06, 2003, p.68-71.

⁵⁵ D. Geradin, *The necessary limits to the control of 'excessive' prices by competition authorities*, Tilec Discussion Paper DP 2007-032, October 2007. Dit paper bevat een overzicht van casuïstiek in Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk en concludeert dat de toezichthouder in de meeste gevallen excessiviteit niet kon vaststellen, of dat dit wel gebeurde maar niet stand hield in juridische procedures.

⁵⁶ Er zijn meer markten waar sprake is van langdurige machtsposities, maar deze zijn vaak opgebouwd door de onderneming zelf via innovatie en superieure prestaties, en kunnen weliswaar langdurig bestaan, maar zijn door innovaties door anderen toch kwetsbaar en kunnen dan verloren gaan.

6.4.4 Overstijgen de baten van regulering de kosten?

Eerder is al aangegeven dat bij de inschatting van de kosten en de baten van de regulering het type regulering in overweging moet worden genomen. Zo zal doelmatigheidsregulering ten opzichte van cost-plus regulering meer uitvoeringskosten veroorzaken, maar ook extra baten in de vorm van een betere doelmatigheid en dus lagere tarieven en daarmee een hoger consumentenwelvaart. Het verzoek van het ministerie van I&M omvat echter alleen een advies over de vraag of de voortzetting van regulering wenselijk is; over mogelijke wijzigingen in de vorm van de regulering zal het kabinet een beslissing nemen op basis van de uitkomsten van de evaluatie van de Wet luchtvaart. In deze paragraaf richten we ons voornamelijk op de baten van de *huidige* regulering, en relateren dit aan de kosten daarvan.

Bij de baten van regulering gaat het om het consumentensurplus op lange termijn. Dit is echter niet eenvoudig meetbaar. Een indicatie hiervan is de outcome waarover de NMa in haar jaarverslag rapporteert.⁵⁷ Ten aanzien van Schiphol berekent de NMa de outcome op basis van de directe besparingen op de tarieven als gevolg van besluiten van de NMa. Naar schatting zijn de tarieven met ongeveer 10 miljoen euro per jaar structureel gedaald, plus ongeveer 30 miljoen incidentele tariefverlagingen.⁵⁸ Dit effect is toe te rekenen aan de huidige regulering, en dan met name aan de kostenoriëntatieverplichting en de definiëring van wat luchtvaartactiviteiten zijn. Voor zover de andere verplichtingen, zoals non-discriminatie en redelijkheid, en de tariefconsultatieverplichting, tot betere marktuitkomsten leiden, worden die via deze methode niet gemeten, en is dit ook niet eenvoudig meetbaar. Bovendien bevat deze methode niet de baten wat betreft zaken die zodanig expliciet in de wet- en regelgeving verboden zijn, dat hierover geen besluiten van de NMa nodig zijn geweest.⁵⁹

Dat de baten van de regulering potentieel veel groter kunnen zijn dan de outcome meting van de NMa aangeeft, wijzen de ervaringen met de ticket-tax uit (zie paragraaf 6.4.2). Indien Schiphol niet gereguleerd zou zijn, zou zij de mogelijkheid hebben om een prijsverhoging in de orde van grootte van de ticket-tax in te voeren (ongeveer 30% ten opzichte van de tarieven), en zoals eerder aangegeven zou deze tot een omvangrijke extra winst voor Schiphol leiden. Deze ticket-tax zou ten laste komen van de passagiers en dus tot een forse vermindering van de consumentenwelvaart leiden. Door de kostenori-

⁵⁷ Voor een toelichting op deze methode, zie Jaarverslag NMa 2008 (p.46) en NMa, *Outcome van NMa-optreden. Een beschrijving van de berekeningsmethodiek*, NMa working papers, no.1, oktober 2010.

⁵⁸ Dit is gebaseerd op de analyses waarover op hoofdlijnen gerapporteerd wordt in de jaarverslagen van de NMa (zie Jaarverslag NMa 2008, p.46 en Jaarverslag NMa 2009, p.32). Het gaat met name om klachten over tarieven en voorwaarden en de beoordeling van de financiële rapportage. Het besluit tot goedkeuring van het eerste toerekeningsstelsel is hierbij buiten beschouwing gelaten omdat de outcome van de Vervoerkamer van de NMa pas met ingang van 2008 bepaald wordt, terwijl het toerekeningsstelsel in 2007 is goedgekeurd. Deze methoden om de outcome als gevolg van besluiten van de NMa te meten is een onderschatting van de werkelijke outcome. Bij deze rekenmethode is het effect op het consumentensurplus door een hogere volume (deadweight loss) niet meegenomen.

⁵⁹ Bijv. in de inleiding van het toerekeningsstelsel noemt Schiphol enkele wettelijke bepalingen waarmee ze het oneens is.

entatieverplichting is het echter niet mogelijk voor Schiphol om dergelijke tariefstijgingen toe te passen.

De baten van regulering moeten afgezet worden tegen de kosten ervan. In de evaluatie van de Wet luchtvaart schat Ecorys in een voorlopige en vertrouwelijke rapportage de kosten van de huidige regulering op ongeveer 1,9 miljoen euro per jaar.⁶⁰ Deze kosten hangen voor een deel samen met de kosten van de basisregulering die op grond van de EU richtlijn luchthavengelden van toepassing is (tariefconsultatie, discriminatieverbod en klachtprocedure) en voor een deel met de regulering die nu als extra ten opzichte van de basisregulering geldt (de kostenoriëntatieverplichting, redelijkheid, het toerekeningssysteem en de financiële verantwoording). Zelfs in het geval deze kosten volledig met de extra regulering (met name de kostenoriëntatieverplichting) zouden samenhangen, is het saldo van de baten en de kosten van regulering positief.

Uit het bovenstaande blijkt dat de kosten/batentoets van de huidige regulering positief uitvalt. Dit betekent dat regulering gewenst is. De huidige regulering is beter dan enkel de basisregulering, maar de NMa hecht er waarde aan op te merken dat er nog wel kan worden gezocht naar andere (mogelijk strengere) vormen van regulering, vooral wat betreft doelmatigheid, die nog beter uit de kosten/batentoets komen.

In de bovenstaande paragrafen is beoordeeld of sectorspecifieke regulering wenselijk is. In de volgende drie paragrafen gaan we in op de vraag of dit voor de verschillende categorieën activiteiten geldt waarvan vastgesteld is dat Schiphol een EMP heeft.

6.4.5 Luchtvaartactiviteiten

De luchtvaartactiviteiten zoals gedefinieerd in de Wet luchtvaart behoren tot de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers. Zoals in hoofdstuk 3 is vastgesteld beschikt Schiphol over een economische machtspositie op deze markt. Deze markt omvat ook de activiteit verhuur van ruimten aan luchtvaartmaatschappijen (TE 1). Dit is echter geen luchtvaartactiviteit en wordt daarom in de volgende paragraaf over activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten behandeld.

Sectorspecifieke regulering van de markt voor toegang tot infrastructuur aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers en daarmee van de luchtvaartactiviteiten voldoet aan het algemene criterium voor sectorspecifiek toezicht dat de regulering leidt tot een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten) en regulering van de luchtvaartactiviteiten blijft hiermee volgens de NMa dus wenselijk.

⁶⁰ Ecorys, *Evaluatie Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven*, Fase 1, concept van 2 augustus 2010, hoofdstuk 10.

6.4.6 Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten

De activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten behoren bijna allemaal tot de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur aan grondafhandelaars en andere organisaties. De activiteiten ten aanzien van de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten komen in de volgende paragraaf aan bod.

Eerder is aangegeven dat Schiphol voor de meeste activiteiten op de markt van het verlenen van toegang tot de infrastructuur aan grondafhandelaars geen tarieven rekent. Dit kan de indruk wekken dat Schiphol op deze markten geen EMP heeft. Zoals in hoofdstuk 4 is aangetoond, is dit echter niet het geval. De wetgever heeft destijds toegestaan dat de kosten van deze infrastructuur via de tarieven voor luchtvaartactiviteiten gedekt mochten worden, omdat zij van mening was dat deze kosten moeilijk af te splitsen zijn. Voor de twee activiteiten waar ten tijde van de constructie van de wetgeving wel toegangsvergoedingen gehanteerd werden (brandstoflevering en catering) heeft de wetgever destijds bepaald dat de omzet in mindering gebracht moest worden op de kosten die via de tarieven voor luchtvaartactiviteiten in rekening worden gebracht bij de luchthavens.⁶¹

Hoewel Schiphol onder de huidige omstandigheden geen toegangsvergoeding rekent (met uitzondering van brandstoflevering), is er een risico dat zij dit wel gaat doen. Door alle activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten te reguleren zoals nu al het geval is met brandstoflevering en catering, kan voorkomen worden dat Schiphol haar EMP misbruikt. Tegelijkertijd geeft deze vorm van regulering Schiphol wel volledige vrijheid van handelen, en levert deze weinig uitvoeringskosten op.

Sectorspecifieke regulering van de markt voor toegang tot infrastructuur aan grondafhandelaars en andere organisaties voldoet aan het algemene criterium voor sectorspecifiek toezicht dat de regulering leidt tot een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten) en regulering blijft hiermee dus wenselijk.

6.4.7 Verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten niet wenselijk

Onder de activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten valt ook de verhuur van operationeel noodzakelijk ruimten aan luchtvaartmaatschappijen en andere organisaties (TE 1-3). Zoals in hoofdstuk 3 en 4 is vastgesteld beschikt Schiphol op deze markt ook over een EMP.

Op dit moment worden deze verhuringen niet gereguleerd. Op grond van de bevinding dat Schiphol een structureel EMP heeft op deze activiteiten en Schiphol net als op de andere activiteiten waar ze EMP heeft, te hoge prijzen kan rekenen, lijkt er reden te zijn om te reguleren. Echter, de uitvoerings-

⁶¹ Artikel 2, lid 2 sub a en b van het besluit van 7 juli 2006, houdende de regels betreffende de exploitatie van de luchthaven Schiphol (Besluit exploitatie Luchthaven Schiphol, zie bijlage I).

kosten van deze regulering zijn naar verwachting hoog in verhouding tot de baten. Het gaat namelijk om een relatief beperkte hoeveelheid vierkante meters, zodat de baten beperkt zijn. De kosten zullen echter hoog zijn, omdat gedefinieerd moet worden wat operationeel noodzakelijke ruimten precies zijn en hoeveel operationeel noodzakelijke ruimten een afnemer werkelijk nodig heeft. Om die reden is het niet wenselijk om deze verhuur te reguleren. Hier komt bij dat uit het onderzoek van GAP is gebleken dat de huurprijzen die Schiphol hanteert schaarsteprijzen zijn en dat Schiphol geen onderscheid maakt bij de huurprijzen van commerciële verhuringen en van ruimten die operationeel noodzakelijk zijn. Conclusie is dat voor de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten door Schiphol (TE 1-3) sectorspecifieke regulering niet gewenst is en dat kan worden volstaan met het generieke mededingingsrecht.

Op dit moment zijn er geen vermoedens van mededingingsproblemen. Dit wordt bevestigd door het ontbreken van goed onderbouwde signalen of klachten. Overigens zouden eventuele overtredingen van de Mw kunnen worden aangepakt vanwege beschikbaarheid van vergelijkende prijsinformatie.

Box 5: Personeelsparkeren

Hoewel de activiteit van personeelsparkeren niet in het onderzoek naar de economische machtspositie(s) is meegenomen, is het nuttig om te benadrukken dat voor deze activiteit, indien wel sprake zou zijn van een economische machtspositie, net als voor de voor de verhuur van operationeel noodzakelijk ruimten op het eerste gezicht de kosten/baten afweging gezien de geringe omvang van de relevante opbrengsten van deze activiteit niet uitvalt in het voordeel van sectorspecifieke regulering.

6.5 Conclusie

De NMa concludeert dat Schiphol over een EMP beschikt op de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur van de luchthaven aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers, en op de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur van de luchthaven aan grondafhandelaars en andere organisaties.

Het enkele feit van het bestaan van een EMP is geen reden om een markt en de betrokken onderneming te gaan reguleren. Om sectorspecifieke regulering te introduceren moet voldaan zijn aan het criterium dat de regulering leidt tot een blijvende verbetering van de marktuitskomsten en daarmee van de welvaart (van consumenten) in vergelijking met een situatie waarin er alleen generiek mededingingstoezicht bestaat. Dit betekent dat er sprake moet zijn van een structurele economische machtspositie, waarbij de markt niet in staat is om zelf tot een oplossing voor deze situatie te komen, bijvoorbeeld door het bestaan van een natuurlijk monopolie of juridische toetredingsbarrières. Daarnaast moet er sprake zijn van blijvende inefficiënte marktuitskomsten, moet het mededingingstoezicht duidelijk minder effectief en efficiënt zijn dan regulering en moeten de baten van de regulering de kosten overstijgen.

De EMP van Schiphol heeft een structureel karakter, omdat er sprake is van onoverkoombaar hoge toetredingsbarrières, in de vorm van de exploitatievergunning die Schiphol heeft, en capaciteitsgebrek en hoge benodigde investeringen bij andere luchthavens. Doordat Schiphol een structurele EMP heeft, kan de markt ook op lange termijn niet zelf tot een oplossing komen.

Er zijn diverse aanwijzingen dat een ongereguleerd Schiphol structureel een prijsniveau zou hanteren dat boven haar kostenniveau ligt, waardoor blijvende allocatieve inefficiënties ontstaan. Hoewel de Mededingingswet voorziet in de mogelijkheid om op te treden tegen excessieve prijzen, is dit instrument niet effectief en efficiënt om te zorgen voor vermindering van die inefficiënties. Er zou een blijvend concurrentietoezicht nodig zijn met een grote informatiebehoefte. Economisch gezien zijn er dus redenen om een vorm van tariefregulering op Schiphol toe te passen.

In een ongereguleerde situatie zou Schiphol waarschijnlijk ook te weinig doen om productief efficiënter te worden en die investeringen te doen die afnemers wensen. Regulering kan dus bijdragen aan het vergroten van de prikkels voor de onderneming om de efficiëntie van de bedrijfsvoering te vergroten. Het is dan wel zaak om een zodanige regulering te ontwerpen dat die ook zulke prikkels bevat. In de huidige regulering is dat niet het geval, omdat Schiphol immers alle kosten mag doorberekenen in haar tarieven.

Het wenselijk is om de luchtvaartactiviteiten van Schiphol te reguleren. Doordat Schiphol een structurele machtspositie heeft, is er zonder regulering blijvend sprake van inefficiënties die met behulp van de Mededingingswet niet goed kunnen worden aangepakt. De baten en de kosten van de regulering hangen af van de vorm van de regulering. Bij de huidige regulering zijn de baten al hoger dan de kosten. Maar het is wel verstandig te zoeken naar verdere verbeteringen van de regulering die de kosten/batentoets doorstaan, vooral ten aanzien van doelmatigheid van kosten en investeringen.

Het is ook wenselijk om een lichte vorm van regulering uit te breiden naar toegangsvergoedingen voor grondafhandelingsdiensten. Voor de verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten geldt dat regulering niet gewenst is, omdat uit de kosten/batenanalyse blijkt dat beter kan worden volstaan met het generieke mededingingsrecht.

ACTIVITEITEN (Code)	REGULERING	
	Sectorspecifieke regulering gewenst	Volstaan met generiek mededingingstoezicht
Luchtvaartactiviteit, d.w.z. activiteiten van NVLS ten behoeve van:		
- het opstijgen en landen van luchtvaartuigen (ATO 1)*	●	
- het parkeren van luchtvaartuigen (ATO 2)*	●	
- afhandeling van passagiers van luchtvaartuigen en hun bagage in verband met het opstijgen en landen van luchtvaartuigen (ATO 3)*	●	
- uitvoering van de beveiliging van passagiers en hun bagage, waaronder mede begrepen de faciliteiten voor grenscontrole (ATO 3)*	●	
Activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten, d.w.z. activiteiten van NVLS ten behoeve van:		
- het verlenen van ramp handling (GHS 1)	●	○
- het verlenen van aircraft services (GHS 2)	●	○
- het verlenen van passenger handling (GHS 3)	●	○
- het verlenen van baggage handling (GHS 4)	●	○
- het verlenen van freight & mail services (GHS 5)	●	○
- het verlenen van aircraft maintenance (GHS 6)	●	○
- het verlenen van surface transport (GHS 7)	●	○
- het verlenen van ground administration & supervision (GHS 8)	●	○
- het verlenen van flight operations & crew administration (GHS 9)	●	○
- het verlenen van fuel & oil handling (GHS 10)*	●	
- het verlenen van catering services (GHS 11)*	●	○
- verhuur operationeel noodzakelijk ruimten aan luchtvaartmaatschappijen (TE 1)		●
- verhuur operationeel noodzakelijk ruimten aan grondafhandelaars (TE 2)		●
- verhuur van operationeel noodzakelijk ruimten aan de overheid (TE 3)		●

Tabel 6.1: Regulering luchtvaartactiviteiten en activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten

● = aanbeveling NMa voor regulering, ○ = te overwegen alternatief voor regulering

* = activiteiten opgenomen in huidige regulering o.b.v. Wet luchtvaart en Besluit exploitatie luchthaven Schiphol

7 Conclusies

Op basis van het onderzoek dat de NMa en onderzoeksbureau GAP op verzoek van het ministerie van Infrastructuur en Milieu hebben uitgevoerd, blijkt dat Schiphol op twee (geaggregeerde) markten over een economische machtspositie beschikt en dat sectorspecifieke regulering voor de betreffende markten wenselijk is.

Deze twee markten betreffen 1) *de markt voor het ter beschikking stellen van de infrastructuur aan luchtvaartmaatschappijen en andere gebruikers*, en 2) *de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur voor grondaafhandelaars en andere organisaties*. Deze twee (geaggregeerde) markten beslaan de luchtvaartactiviteiten en de activiteiten die nauw verbonden zijn met de luchtvaartactiviteiten. De overige niet-luchtvaartactiviteiten zijn niet onderzocht omdat voor deze activiteiten geen vermoeden bestaat van een EMP van Schiphol.

Het is wenselijk om de **luchtvaartactiviteiten** van Schiphol te reguleren. Doordat Schiphol een structurele EMP heeft, is er zonder regulering blijvend sprake van inefficiënties die met behulp van de Mededingingswet niet goed kunnen worden aangepakt.

Voor de **activiteiten nauw verbonden met luchtvaartactiviteiten** is de beoordeling meer genuanceerd. Sectorspecifieke regulering voor de *toegangsvergoedingen voor grondaafhandelingdiensten* is gewenst, ook al vraagt de Schiphol op dit moment geen toegangsvergoedingen (met uitzondering brandstoflevering) en is de mogelijkheid tot toegang geregeld in de EU richtlijn grondaafhandeling. Voor de *verhuur van operationeel noodzakelijke ruimten* geldt verder dat regulering niet gewenst is, omdat kan worden volstaan met het generieke mededingingsrecht.

De primaire vraag bij dit onderzoek is of de marktsituatie van Schiphol sectorspecifieke regulering van tarieven en voorwaarden voor de luchtvaartactiviteiten nog rechtvaardigt. Het antwoord daarop is wat de NMa betreft bevestigend.

Bijlage I: Wet luchtvaart en Besluit exploitatie luchthaven Schiphol

Wet luchtvaart

Artikel 8.25d

1. De exploitant van de luchthaven stelt ten minste eenmaal per jaar de tarieven en voorwaarden vast voor de activiteiten van de exploitant van de luchthaven ten behoeve van het gebruik van de luchthaven door gebruikers. De exploitant van de luchthaven doet voorafgaande aan de periode waarop de tarieven en voorwaarden betrekking hebben, mededeling van de tarieven en voorwaarden.

Besluit exploitatie luchthaven Schiphol

Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder:

- a. luchtvaartactiviteiten: de in artikel 8.25d, eerste lid, van de wet bedoelde activiteiten;
- b. toerekeningssysteem: het toerekeningssysteem, bedoeld in artikel 8.25g, eerste lid, van de wet;
- c. luchthaven: de luchthaven Schiphol;
- d. wet: de Wet luchtvaart;
- e. gebruiker: een luchtvaartmaatschappij, alsmede een persoon of rechtspersoon die vluchten uitvoert, niet zijnde een luchtvaartmaatschappij;
- f. raad: de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, bedoeld in artikel 2 van de Mededingingswet;
- g. unuïteitenmethode: de methode van afschrijving van materiële vaste activa die worden gekenmerkt door initiële overcapaciteit (geprognoseerde capaciteit verminderd met de verwachte vraag van luchthavenluchtverkeer, vervoer van passagiers en vracht, zodanig dat dit resulteert in een gelijkblijvend bedrag van afschrijvingen en vermogenskosten per eenheid gebruik over de daarvoor te verwachten economische levensduur, zoals voorzien ten tijde van het investeringsbesluit);

Artikel 2

1. Luchtvaartactiviteiten zijn activiteiten van de exploitant van de luchthaven ten behoeve van:
 - a. het opstijgen en landen van luchtvaartuigen, waaronder in elk geval het gebruik door luchtvaartuigen van taxi-, start- en landingsbanen en platforms,
 - b. het parkeren van luchtvaartuigen, waaronder in elk geval het gebruik door luchtvaartuigen van parkeerfaciliteiten op de luchthaven,
 - c. de afhandeling van passagiers van luchtvaartuigen en hun bagage in verband met het opstijgen en landen van luchtvaartuigen waaronder in elk geval:
 - 1°. het gebruik van de passagiersterminal, en
 - 2°. het gebruik van de voorrijwegen,
 - d. de uitvoering van de beveiliging van passagiers en hun bagage, waaronder mede begrepen de faciliteiten voor grenscontrole.
2. De in artikel 8.25d, vijfde lid, van de wet bedoelde activiteiten die rechtstreeks verband houden met de luchtvaartactiviteiten, zijn:

- a. de verlening van een concessie voor brandstoflevering voor luchtvaartuigen,
- b. de verlening van een concessie voor catering van luchtvaartuigen,
- c. utiliteitsdiensten,
- d. werkzaamheden door of vanwege de exploitant van de luchthaven die ten laste zijn gebracht van luchtvaart-activiteiten en die in rekening zijn gebracht aan derden.

Bijlage II: Activiteiten

In Tabel II.1 staan de activiteiten weergegeven zoals gebruikt in het onderzoek van GAP en Tabel II.2 geeft de definities van deze activiteiten.

Air traffic operations	Ground handling services	Tenancy
ATO 1: Landing and take-off services	GHS 1: Ramp handling	TE 1: Rental to airlines
ATO 2: Aircraft parking	GHS 2: Aircraft services	TE 2: Rental to ground handling companies
ATO 3: Passenger basic terminal infrastructure and services (including security)	GHS 3: Passenger handling	TE 3: Rental to the government
	GHS 4: Baggage handling	
	GHS 5: Freight and mail handling	
	GHS 6: Aircraft maintenance	
	GHS 7: Surface transport	
	GHS 8: Ground administration and supervision	
	GHS 9: Flight operations and crew administration	
	GHS 10: Fuel and oil handling	
	GHS 11: Catering services	

Tabel II.1: Indeling activiteiten (bron: Rapport GAP, tabel 3.2)

Activity	Definition
ATO 1: Landing and take-off services	Use of runways, taxiways and apron areas; approach and aerodrome control, free parking between landing and take-off
ATO 2: Aircraft parking	Parking of aircraft and their housing in airport-owned hangars, when not free
ATO 3: Passenger basic terminal infrastructure and services	Use of passenger terminal and other passenger processing facilities
GHS 1: Ramp handling	Marshalling the aircraft, assistance to aircraft parking, communication between aircraft and airside suppliers, loading and unloading of the aircraft, transport of crew and passengers, provision of units for engine starting, moving of the aircraft, loading/unloading of food and beverages
GHS 2 Aircraft services	External and internal cleaning of the aircraft, cooling and heating of the cabin, removal of snow, de-icing
GHS 3: Passenger handling	Any kind of assistance to passengers
GHS 4 Baggage handling	Handling and sorting of baggage in the sorting area and transporting baggage to the reclaim area
GHS 5: Freight and mail handling	Physical handling of freight and mail (incl. documents and customs/security procedures)
GHS 6: Aircraft maintenance	Routine and non-routine services. Provision and storage of spare parts. Provision of suitable parking and/or hangar space
GHS 7: Surface transport	Organization and execution of crew, passenger, baggage, freight or mail transport between terminals
GHS 8: Ground administration and supervision	Representation and liaison services with local authorities; load control, messaging and telecommunications; handling, storage and administration of unit load device; any other supervision service
GHS 9: Flight operation and crew administration	Preparation of the flight at the departure airport; in-flight assistance; post-flight activities; crew administration
GHS 10: Flight operation and crew administration	Preparation of the flight at the departure airport; in-flight assistance; post-flight activities; crew administration
GHS 10: Fuel and oil handling	Organization and execution of fuelling operations (incl. storage)
GHS 11: Catering	Storage of food and beverages; preparation and delivery of food, beverages and equipment
TE 1: Rental to airlines	Rental of facilities to airlines
TE 2: Rental to ground handling companies	Rental of facilities to ground handling companies
TE 3: Rental to the government	Rental of facilities to the government (Customs, Royal military police)

Tabel II.2: Definities activiteiten (bron: Rapport GAP, appendix A)

Bijlage III: Toezicht op grond van het generieke mededingingsrecht

Deze bijlage is gebaseerd op de NMa-brochure "Misbruik van een economische machtspositie".⁶²

Inleiding

Concurrentie, ofwel mededinging, bevordert de dynamiek van de economie. Gedrag dat de werking van de vrije markt verhindert, beperkt of vervalst, verstoort deze dynamiek. De Mededingingswet geeft een impuls aan het bedrijfsleven doordat onderlinge concurrentie wordt gegarandeerd.

De Mededingingswet verbiedt bepaalde concurrentiebeperkende gedragingen. Op overtreding daarvan kan de NMa sancties opleggen. Deze bijlage geeft een toelichting op één van de verbodsbepalingen uit de Mededingingswet, het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

De Europese Commissie en de lidstaten waken al jaren over een eerlijke concurrentie op de Europese markt. De Mededingingswet past in het overheidsbeleid dat gericht is op versterking van de concurrentiekracht van de Nederlandse economie. De Nederlandse wetgeving sluit daarbij nauw aan bij de mededingingsregels in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Deze bijlage behandelt de betekenis en strekking van het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

1) De Mededingingswet

Wat verbiedt de Mededingingswet?

De Mededingingswet verbiedt:

- kartels (artikel 6);
- misbruik van een economische machtspositie (art 24);
- concentraties van ondernemingen zonder voorafgaande melding (art 27 en 34).

De Mededingingswet is alleen van toepassing als de bewuste gedraging, kort gezegd, een effect kan hebben op Nederlands grondgebied. Ondernemingen dienen er echter rekening mee te houden dat ook de Europese Mededingingswetgeving van toepassing kan zijn op activiteiten op de Nederlandse markt.

In Nederland zijn ook de Europese mededingingsregels van toepassing. Vaak zijn gedragingen die in strijd zijn met de Mededingingswet tevens in strijd met de Europese mededingingsregels. De Nederlandse en Europese mededingingsregels zijn nagenoeg gelijklopend. Als een gedraging in strijd is met zowel de Mededingingswet als het Europese mededingingsregels dan kan de Europese Commissie als handhaver optre-

⁶² Zie de website van de NMa: <http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Brochures/Brochures.asp>; Hier staat ook een algemene brochure over de inhoud en achtergrond van de Mededingingswet en de praktische consequenties ervan: 'Mededingingswet'.

den in plaats van de NMa. Dat hoeft echter niet. De NMa heeft ook de bevoegdheid de Europese mededingingsregels toe te passen in Nederland.

Een onderneming die de Mededingingswet overtreedt kan daarvoor beboet worden. Ook kan de NMa in dat geval persoonlijke boetes opleggen aan bepaalde personen die bij de ondernemingsgedraging betrokken zijn geweest.

Voor wie geldt de Mededingingswet?

De Mededingingswet geldt voor alle ondernemingen en verenigingen van ondernemers (zoals brancheverenigingen) die actief zijn op de Nederlandse markt. De Mededingingswet is in beginsel op alle sectoren van de economie van toepassing. Bepalend voor het van toepassing zijn van de Mededingingswet is dat economische activiteiten worden uitgevoerd. Vrije beroepsbeoefenaren zijn ook ondernemingen. Overheidsinstellingen kunnen soms ook ondernemingen zijn.

De NMa kan ook persoonlijke boetes opleggen aan natuurlijke personen die betrokken zijn of waren bij een ondernemingsgedraging die in strijd is met de Mededingingswet. Het moet dan gaan om mensen die zijn aan te merken als zogenaamde “feitelijk leidinggever” of “opdrachtgever” met betrekking tot de ondernemingsgedraging.

Van “opdracht geven” kan sprake zijn als de persoon aan een ander persoon een uitdrukkelijke opdracht geeft om de ondernemingsgedraging te verrichten.

Van “feitelijk leidinggeven” kan sprake zijn als de persoon maatregelen achterwege laat ter voorkoming van de ondernemingsgedraging, hoewel de persoon daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was, en daarmee bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de ondernemingsgedraging zich zal voordoen, zodat hij de gedraging opzettelijke bevordert.⁶³

Wie handhaaft de Mededingingswet?

Het toezicht op naleving van de Mededingingswet en de uitvoering van de taken die uit de wet voortvloeien zijn opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Indien een bedrijf consument hinder ondervindt van ondernemingen die de Mededingingswet overtreden, dan kan deze een klacht indienen bij de NMa.

Daarnaast kan bij vermeende overtredingen van de Mededingingswet de civiele rechter ingeschakeld worden, bijvoorbeeld door middel van het instellen van een actie uit onrechtmatige daad. Bij een actie uit onrechtmatige daad kan schadevergoeding worden geëist. De civiele rechter is namelijk ook bevoegd om de Mededingingswet toe te passen.

⁶³ Deze definitie volgt uit de zogenaamde Slavenburg arresten van de Hoge Raad, HR 19-11-1985, NJ 1986,129 en 16-12-1986, NJ 1987, 321.

2) Een economische machtspositie

Een onderneming met een economische machtspositie is in staat zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of de eindgebruikers. Daarom gelden voor zo'n onderneming strengere regels dan voor een onderneming zonder economische machtspositie. Het hebben van een economische machtspositie is niet verboden. In de Mededingingswet staat dat ondernemingen met zo'n positie geen misbruik mogen maken.

Wanneer heeft een onderneming een economische machtspositie?

Als eerste stap moet worden vastgesteld om welke markt het gaat. Een markt is het gebied waarbinnen de concurrentie tussen aanbieders van gelijkwaardige producten plaatsvindt. Iedere markt wordt dus bepaald door het geografische gebied en door het soort product. Zowel de relevante geografische markt als de relevante productmarkt moeten daarom worden afgebakend.

De relevante productmarkt bestaat uit alle goederen en/of diensten die – op grond van hun kenmerken, prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd – door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.

De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen ondernemingen goederen en/of diensten vragen en aanbieden, waarbinnen de concurrentievoorwaarden gelijkwaardig zijn én duidelijk afwijken van die van aangrenzende gebieden. De relevante markt moet ten minste gedeeltelijk in Nederland liggen, anders zijn de Nederlandse mededingingsregels niet van toepassing. Van iedere onderneming kan zo worden bepaald op welke markt(en) zij actief is. Bijvoorbeeld: de markt voor levensverzekeringen in Nederland of de markt voor bakkerijproducten op Schiermonnikoog.

Als de relevante markt eenmaal is afgebakend, dan moet als tweede stap worden nagegaan of de onderneming of ondernemingen in kwestie op die relevante markt een economische machtspositie innemen. De marktstructuur is daarbij met name van belang. Het ontbreken van een economische machtspositie kan vaak worden afgeleid uit een klein marktaandeel.

Als echter blijkt dat een onderneming op de relevante markt een marktaandeel heeft van meer dan 50 procent, kan er sprake zijn van een economische machtspositie. Ook bij een kleiner marktaandeel (van bijvoorbeeld 40%) kan dit soms het geval zijn.

Behalve naar marktaandeel dient echter ook naar andere factoren te worden gekeken. Een machtspositie kan namelijk niet direct worden afgeleid uit het marktaandeel.

Voorbeelden van dergelijke factoren:

- de marktpositie van bestaande concurrenten;
- de (on)mogelijkheden voor nieuwe bedrijven om tot de markt toe te treden of voor bestaande concurrenten om hun activiteiten op de markt uit te breiden;
- de positie van afnemers op de markt;

- de omvang en de financiële slagkracht van de betreffende onderneming.

Concentratietoezicht

Misbruik van een economische machtspositie heeft altijd betrekking op het gedrag van ondernemingen. Wijzigingen in de structuur van ondernemingen die daarmee tot een wijziging in de structuur van de markt leiden, zoals door fusies, overnames of de vorming van joint ventures, kunnen ook leiden tot het vormen of versterken van een economische machtspositie. Hierop is het in de Mededingingswet opgenomen concentratietoezicht van toepassing.

3) Misbruik maken

Misbruik van een economische machtspositie

Het hebben van een economische machtspositie vormt op zichzelf geen probleem en is dan ook niet verboden. De Mededingingswet wordt pas overtreden als een onderneming haar machtspositie misbruikt. Voorbeelden van misbruik geeft de Mededingingswet niet. Wel worden in de praktijk van de toepassing van het misbruikartikel twee vormen van misbruik onderscheiden.

De eerste vorm kan worden getypeerd als uitbuiting. Dit zijn gedragingen waarbij de economische machtspositie wordt gebruikt om voordelen te behalen die in normale marktomstandigheden niet behaald zouden kunnen worden.

De tweede vorm van misbruik is uitsluiting. Hierbij versterkt de onderneming haar eigen positie verder door die van haar (efficiënte) concurrenten op een oneigenlijke manier te verzwakken of toetreding te bemoeilijken.

Voorbeelden van mogelijke misbruikelijke gedragingen zijn:

- het rechtstreeks of indirect opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke voorwaarden (bijvoorbeeld te hoge, te lage of discriminerende prijzen);
- het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van gebruikers (bijvoorbeeld leveringsweigering);
- het ten opzichte van concurrenten toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, waardoor zij nadeel ondervinden bij de mededinging (bijvoorbeeld prijsdiscriminatie);
- het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden van bijkomende prestaties, die naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten (koppelverkoop);
- het geven van getrouwheidskortingen.

Handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie

In februari 2009 heeft de Europese Commissie een Mededeling vastgesteld met Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen: artikel 82 EG-Verdrag) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag

door ondernemingen met een machtspositie. In dit document worden de handhavingsprioriteiten van de Commissie beschreven voor het misbruikverbod in het Europese mededingingsrecht.

De NMa onderschrijft de door de Commissie als doel van het mededingingsbeleid aangegeven bescherming van het concurrentieproces ter voorkoming van schade aan de consument, alsmede het streven naar een meer effectgerichte in plaats van vormgerichte benaderingswijze bij het toepassen van het misbruikverbod.

Essentiële faciliteit

Van misbruik kan ook sprake zijn als een onderneming met een economische machtspositie op de ene markt deze positie gebruikt om de concurrentie op een andere (afgeleide) markt te beperken of te verhinderen. Dit geldt temeer als die onderneming zelf ook actief is op die (afgeleide) markt. Denk bijvoorbeeld aan voorheen beschermde nuts- en/of netwerksectoren, zoals elektriciteit en gas

In dergelijke sectoren kunnen concurrenten voor toetreding tot de markt afhankelijk zijn van het verkrijgen van toegang tot een bepaalde infrastructurele voorziening om hun diensten aan te kunnen bieden, de zogenaamde essentiële faciliteit. Dit is een faciliteit of infrastructuur die essentieel is voor concurrenten om hun bedrijf uit te kunnen oefenen en/of hun klanten te bereiken en die niet kan worden vervangen door enig redelijk alternatief. Een weigering om toegang te verlenen tot zo'n essentiële faciliteit of het opleggen van onbillijke of discriminatoire toegangsvoorwaarden kan misbruik opleveren als daardoor de concurrentie op een aangrenzende markt wordt verhinderd.

Misbruik van vraagmacht

Niet alleen gedragingen van aanbieders van goederen of diensten jegens hun afnemers kunnen misbruik opleveren. Er kan ook misbruik zijn bij gedragingen van afnemers als zij een economische machtspositie hebben ten opzichte van de aanbieder(s) op een markt. Dit wordt misbruik van vraagmacht genoemd.

4) Taken van algemeen economisch belang

Misbruik van een economische machtspositie is in beginsel ook verboden voor ondernemingen die door de overheid zijn belast met een taak van algemeen economisch belang. Wanneer dit verbod de onderneming echter belemmert in de uitoefening van zo'n taak, kan deze de NMa verzoeken het verbod niet van toepassing te verklaren.

De NMa gaat dan na of het verbod inderdaad een behoorlijke taakvervulling in de weg staat. Als dat zo is, kan de NMa beslissen dat het verbod niet geldt voor bepaalde gedragingen van deze onderneming. Het gaat dan natuurlijk om die gedragingen die noodzakelijk zijn voor het uitoefenen van de taak van algemeen economisch belang.

Een onderneming die is belast met een taak van algemeen economisch belang krijgt, in het kader van haar taakvervulling, van de overheid de opdracht om de afname van producten door bepaalde groepen van consumenten te bevorderen. Een manier om dit te bereiken is het toepassen van prijsdiscriminatie. Prijsdiscrimi-

minatie door een onderneming met een economische machtspositie houdt echter misbruik van die positie in. De onderneming die is belast met een taak van algemeen economisch belang kan toestemming vragen aan de NMa voor het toepassen van prijsdiscriminatie. De NMa zal bij de beoordeling van het verzoek bekijken of het toepassen van prijsdiscriminatie inderdaad noodzakelijk is vooreen goede uitoefening van de aan de onderneming opgedragen taak.

5) Handhaving van de wet

De NMa kan optreden tegen overtreding van de Mededingingswet. Zo kan de NMa een boete en een last onder dwangsom opleggen. Boetes kunnen oplopen tot maximaal 10 procent van de totale netto jaaromzet van de onderneming.

Op 1 oktober 2009 zijn nieuwe beleidsregels⁶⁴ van het Ministerie van Economische Zaken in werking getreden. De belangrijkste wijzigingen zijn:

- 1) Voor zeer zware overtredingen wordt een toeslag op de basisboete geïntroduceerd. Dit gebeurt om ondernemingen ervan te weerhouden überhaupt dergelijke overtredingen te begaan. Deze toeslag bedraagt ten hoogste 25 procent van de betrokken omzet in het laatste volledige jaar dat de onderneming heeft deelgenomen aan de overtreding.
- 2) Het maximum van de 'ernstfactor' ('E') is verhoogd van 3 naar 5. Dit is een vermenigvuldigings-factor die wordt toegepast op de basisboete en rekening houdt met de ernst van de overtreding. De verruiming van de ernstfactor geldt voor alle overtredingen van de Mededingingswet en de energiewetten.
- 3) In geval van recidive wordt de basisboete verdubbeld, tenzij dit gezien de omstandigheden van het geval evident onredelijk zou zijn.

De besluiten van de NMa zijn openbaar en worden gepubliceerd op de website van de NMa.

Tegen beslissingen van de NMa kan bezwaar worden aangetekend bij de NMa. Vervolgens kan tegen de beslissing op bezwaar beroep worden ingesteld bij de rechtbank te Rotterdam. Ook kunnen partijen de NMa verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de Rechtbank Rotterdam. Hoger beroep wordt ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Tips, signalen, klachten

De NMa onderzoekt klachten van derden die last hebben van concurrentievervalsing door mogelijke overtreders van het kartelverbod. Signalen van ondernemingen en elders uit de maatschappij over specifieke situaties zijn van groot belang voor de effectiviteit van de NMa. Maar, er komen bij de NMa meer tips en klachten binnen. Daarom kan de NMa niet alles onderzoeken. Of een melding uitmondt in concrete actie van de NMa kan de NMa niet zeggen.

Besluitaanvraag

⁶⁴ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009.

Indien iemand een besluit wenst van de NMa, dan kan een besluitaanvraag ingediend worden. Belanghebbers kunnen namelijk een formele klacht indienen bij de NMa. Dit heet een besluitaanvraag. Voor de NMa maakt het in principe geen verschil of iemand een klacht/tip/signaal of een besluitaanvraag indient. Het enige verschil is dat de NMa verplicht is om naar aanleiding van een besluitaanvraag een besluit te nemen. Dat betekent overigens niet automatisch dat de NMa naar aanleiding van een besluitaanvraag een onderzoek zal starten. Maar NMa moet dan wel aangeven wat er met de klacht gaat gebeuren.