Openbaar Besluit

Ons kenmerk:
Zaaknummer: 3475-xx
Datum: 8 mei 2013

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) op de bezwaren gericht tegen het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 15 mei 2003, met kenmerk 3475/5.

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info @acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

1 Verloop van de procedure

1. Bij brief van 16 april 2003 heeft de Vereniging Van Reizigers (hierna: de VVR) een klacht ingediend bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) tegen de Koninklijke Nederlandse Luchtvaartmaatschappij NV (hierna: KLM) en de Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV (hierna: SLM). De VVR verzocht de NMa handhavend op te treden tegen deze ondernemingen in verband met hun commerciële praktijken op de vliegroute van Amsterdam naar Paramaribo en vice versa. Bij verschillende brieven heeft de VVR haar klacht aangevuld.

2. De klacht van de VVR richt zich in hoofdzaak tegen de hoge tarieven van KLM en SLM, die misbruik van economische machtspositie zouden opleveren en daarmee in strijd zouden zijn met artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw). In samenhang daarmee klaagde VVR over de restrictieve voorwaarden, de slechte service en het gebrek aan inzichtelijkheid in de diverse tarieven. Verder gaf de VVR in haar klacht aan dat gedragingen van KLM en SLM in strijd zijn met de luchtvaartovereenkomst tussen Nederland en Suriname (hierna: LVO)[1] en met artikel 6 Mw.

3. Bij besluit van 15 mei 2003, kenmerk 3475/5 (hierna: het primaire besluit), heeft de directeur-generaal van de NMa (hierna: d-g NMa) onder verwijzing naar het prioriteitenbeleid van de NMa de klacht afgewezen. Als reden voor de afwijzing voerde de d-g NMa de geringe kansrijkheid van de vaststelling van een overtreding aan, alsmede het ontbreken van voldoende economische importantie in Nederland. Bij brief van 23 mei 2003 heeft de VVR bezwaar gemaakt tegen het besluit. Op 21 juni 2004 heeft de d-g NMa het bezwaar van de VVR ongegrond verklaard.

[1] "Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Suriname inzake luchtdiensten tussen en via hun onderscheiden grondgebieden, Tractatenblad 1990, nr. 163.

4. In de beslissing op bezwaar van 21 juni 2004 werd nader ingegaan op de actuele ontwikkelingen op de vliegroute Amsterdam-Paramaribo vice versa (hierna: de vliegroute). Op 29 april 2004 zijn de luchtvaartautoriteiten van beide landen een *Memorandum of Understanding* (hierna: MoU) overeengekomen waarin een verdere liberalisering van de vliegroute werd aanbevolen door het aanpassen van de LVO. Deze LVO behelsde de regeling dat KLM en SLM als enige luchtvaartmaatschappijen rechtstreeks van Amsterdam naar Paramaribo en vice versa mochten vliegen. In de MoU werd aanbevolen om de LVO zodanig aan te passen dat per 1 mei 2006 per land maximaal drie luchtvaartmaatschappijen konden worden aangewezen voor de exploitatie van de vliegroute. Het alleenrecht van KLM en SLM zou daarmee vanaf 1 mei 2006 tot het verleden gaan behoren.[2]

5. In de beslissing op bezwaar van 21 juni 2004 werd vervolgens overwogen dat deze ontwikkelingen ertoe konden leiden dat de tarieven op de vliegroute (verder) zouden gaan dalen en dat de beschikbaarheid van plaatsen kon toenemen. Daarnaast werd in overweging genomen dat bij besluit van 8 oktober 2001 in zaak 11, Sociaal Kulturele Vereniging Shiva vs. KLM (hierna: de zaak Shiva) reeds was geoordeeld dat er geen sprake was van misbruik van een economische machtspositie op de vliegroute. Dit oordeel was gebaseerd op een ambtshalve uitgevoerd economisch onderzoek naar de tarieven van KLM. De d-g NMa vond het in dit licht niet doelmatig om een nieuw (aanvullend) onderzoek in te stellen.

6. De rechtbank Rotterdam heeft op 13 december 2004 het beroep van de VVR, gericht tegen het besluit van 21 juni 2004, gegrond verklaard, maar daarbij de rechtsgevolgen van het besluit in stand gelaten.[3] Op 11 november 2005 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank de NMa opgedragen opnieuw op het bezwaar te beslissen. Het CBb baseerde deze uitspraak onder meer op het feit dat de VVR niet in de gelegenheid was gesteld om jegens de NMa haar visie te geven op het MoU, waardoor volgens het CBb geen recht was gedaan aan het belang van hoor en wederhoor.

7. Na de VVR in de gelegenheid te hebben gesteld op de MoU te reageren, heeft de Raad van Bestuur van de NMa (hierna: de Raad) het bezwaar van de VVR wederom ongegrond verklaard. In het nieuwe besluit op bezwaar van 21 juni 2006 overwoog de Raad onder meer dat door de wijziging van de LVO per 1 mei 2006, de vliegroute werd opengesteld voor meerdere luchtvaartmaatschappijen. Daarnaast hebben Martinair en TUI (ArkeFly) een vergunning

[2] De LVO is daadwerkelijk per 1 mei 2006 gewijzigd, Tractatenblad 2006, nr. 120.

[3] Rechtbank Rotterdam 13 december 2004, LJN: AS2354.

gekregen om op deze route te mogen gaan vliegen.[4] Door een toename van het aantal luchtvaartmaatschappijen verwachtte de Raad dat ook de beschikbaarheid van het aantal plaatsen op de route zou toenemen. De Raad overwoog vervolgens dat de wijziging van de LVO tot meer marktwerking zou leiden. Daarnaast waren er volgens de Raad ook geen concrete en actuele aanwijzingen dat de (individuele) gedragingen van KLM en SLM misbruik opleverden of hadden opgeleverd in de zin van artikel 24 Mw. De Raad baseerde zich hierbij wederom mede op het onderzoek in de zaak Shiva. De Raad achtte het om deze redenen niet doelmatig om een nader onderzoek te doen.

8. Nadat de rechtbank Rotterdam het door de VVR ingestelde beroep ongegrond had verklaard, heeft het CBb het besluit op bezwaar van 21 juni 2006 vernietigd. Bij zijn uitspraak van 20 augustus 2010 droeg het CBb de NMa op een nieuw besluit op bezwaar te nemen,

   "(...) nadat een nader onderzoek is uitgevoerd naar het door appellante gestelde misbruik van economische machtspositie van KLM en SLM op de route Amsterdam – Paramaribo v.v. Dit onderzoek dient zich te richten op de periode vanaf mei 2006." [5]

9. De NMa heeft naar aanleiding van deze uitspraak over de betreffende periode onderzoek verricht, waarvan haar bevindingen zijn neergelegd in het document "Onderzoek misbruik economische machtspositie op de route Amsterdam-Paramaribo" van juli 2011 (hierna: het NMa-onderzoek, of kortweg: het onderzoek). Bij het onderzoek zijn ook de uitkomsten van het onderzoek verricht door SEO economisch onderzoek betrokken (hierna: SEO-onderzoek).[6]

10. Het onderzoek stelt voorop dat de relevante markt bestaat uit de rechtstreekse vluchten van Amsterdam naar Paramaribo en vice versa. Uit het onderzoek blijkt vervolgens dat er vooral VFR-passagiers[7] uit het herkomstgebied Suriname reizen tussen Amsterdam en Paramaribo, dat Suriname een beperkt aantal inwoners heeft, dat er weinig toeristisch potentieel is en er geen groei van de markt verwacht wordt. De marktomvang van de vliegroute is dan ook beperkt.

---

[4] Tijdens het onderhavige onderzoek is gebleken dat Martinair daadwerkelijk een vergunning heeft gekregen en TUI (ArkeFly) slechts een vergunning heeft aangevraagd. Deze vergunning is nooit verleend. Zie hiervoor gesprek met DGLM, gespreksverslag 7034/17.

[5] CBb 20 augustus 2010, LJN BN4700, AWB 07/732; zie ook Aanvullend dossier in zaak 3475, prismanummer 1.

[6] Amsterdam-Paramaribo: Open Skies of Open Market? Een onderzoek naar nut en noodzaak van verdere liberalisering op de luchtvaartmarkt Nederland-Suriname, Amsterdam 17 september 2009; http://www.seo.nl/uploads/media/2009-53_Amsterdam-Paramaribo__Open_Skies_of_Open_Market.pdf.

[7] VFR staat voor *Visiting Friends en Relatives*.

De vliegroute heeft een beperkte winstgevendheid doordat er sprake is van sterke seizoensinvloeden en (daardoor) een relatief lage *yield*.[8] Hierdoor brengt de vliegroute minder op dan vergelijkbare routes. Uit het onderzoek blijkt dat, hoewel er op zichzelf geen toetredingsbarrières (meer) bestaan, door de genoemde kenmerken een rendabele en blijvende toetreding op de vliegroute moeilijk is gebleven. Logischerwijze volgt hieruit dat KLM en SLM geen excessieve tarieven hanteren op de vliegroute.

11. Het NMa-onderzoek en het aanvullende dossier zijn – ontdaan van bedrijfsvertrouwelijke gegevens – op 19 maart 2012 aan de VVR, alsmede aan KLM en SLM toegezonden. Zij zijn in de gelegenheid gesteld schriftelijk en mondeling hun zienswijze kenbaar te maken.

12. Voorafgaand aan de onderhavige beslissing op bezwaar heeft de NMa op 21 juni 2012 een hoorzitting gehouden, waarbij naast de VVR, KLM en SLM – op verzoek van de VVR – ook Does Travel & Cadushi Tours is gehoord.[9] Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 8 augustus 2012 aan de betrokken partijen is toegezonden. KLM heeft na de hoorzitting schriftelijk nadere gegevens verstrekt over een wijziging van de inzet van materieel en frequentie van vluchten.

13. Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden.[10] Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. De onderhavige beslissing op bezwaar wordt derhalve door ACM genomen. Voor de goede orde wijst ACM erop dat dit geen wijziging meebrengt van het mededingingsrechtelijk kader waarbinnen de zaak wordt beoordeeld.

2 Opbouw van het besluit

14. In hoofdstuk 3 behandelt ACM eerst de gronden van het bezwaar die kunnen worden behandeld in het licht van de resultaten van het onderzoek naar de situatie op de vliegroute vanaf mei 2006, toen de vliegroute voor mededinging door nieuwe maatschappijen werd opengesteld. Omdat dit onderzoek ingevolge de uitspraak van het CBb van 20 augustus 2010 is ingesteld, wordt deze

[8] Zie voetnoot 69 horende bij randnummer 49 van het rapport.

[9] Does Travel & Cadushi Tours is een reisbureau te Den Haag, dat reizen aanbiedt naar onder meer de Antillen en Suriname.

[10] Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, Stb. 2013, 102; voor het besluit tot inwerkingtreding, zie Stb, 2013, 103.

periode als eerste bezien. In hoofdstuk 4 wordt aansluitend nog ingegaan op de bezwaren die betrekking hebben op de oorspronkelijke bezwaren tegen het betreden besluit, voor zover nog relevant. Het betreft punten die in de uitspraak van het CBb waarbij het vorige besluit op bezwaar is vernietigd niet uitdrukkelijk aan de orde zijn gekomen. De conclusie volgt in hoofdstuk 5. Het verzoek om vergoeding van kosten in de bezwaarfase komt aan de orde in hoofdstuk 6. Ten slotte volgt het dictum.

3 Beoordeling van de onderzochte periode vanaf mei 2006

3.1 Gronden van bezwaar

LVO

15. De VVR verwijst naar de LVO waarin staat dat de tarieven op een redelijk niveau moeten worden vastgesteld. Nu er sprake is van hoge tarieven die als excessief kunnen worden gekenmerkt, is de NMa (thans ACM) ook bevoegd de tarieven aan de LVO te toetsen. Tijdens de hoorzitting heeft de VVR daaraan toegevoegd dat de NMa reeds binnen de Mededingingswet bevoegd is te beoordelen of de tarieven inderdaad als redelijk kunnen worden aangemerkt. De huidige tarieven zijn niet op een niveau gekomen zoals door de LVO is beoogd. De VVR is van mening dat ACM bevoegd is de tarieven aan de LVO te toetsen.

Openbaarmaking

16. De VVR tekent bezwaar aan tegen het feit dat delen van het onderzoek en de bijbehorende cijfers door de NMa niet openbaar zijn gemaakt. Het is juist in het belang van de consument dat alle stukken en cijfers wel openbaar worden gemaakt. Indien blijkt dat exploitatie van de vliegroute daadwerkelijk niet rendabel blijkt te zijn, behoeft de discussie over excessieve hoge tarieven niet te worden gevoerd.

Opzet van het onderzoek

17. De VVR stelt met betrekking tot het onderzoek dat het een eenzijdig, summier en onvolledig onderzoek is, waarbij de conclusie vaag is en een open einde heeft. Het onderzoek is gericht op luchtvaartmaatschappijen, maar het is onduidelijk waarom de NMa niet is nagegaan of er samenwerkingsverbanden zijn tussen de ondervraagde luchtvaartmaatschappijen en waarom geen prijsvechters zijn benaderd. In het onderzoek is daarnaast geen consumentenonderzoek gehouden en er zijn geen reisorganisaties in het onderzoek betrokken. Met betrekking tot de conclusie van het onderzoek brengt de VVR drie punten naar voren:

1) Het onderzoek geeft niet aan wanneer er op de vliegroute sprake is van excessieve tarieven.
2) De toetreding van Martinair zegt niets, aangezien Martinair niet in staat was om op prijs en kwaliteit/dienstverlening te concurreren.
3) De conclusie geeft geen antwoord op de onderzoeksvraag en is ondeugdelijk gemotiveerd.
In dit verband verwijst VVR tevens naar het rapport “Vliegen kan niet meer” van de SP en VVR, van 20 januari 2009, waaruit zou blijken dat sprake is van te hoge tarieven.

Excessieve tarieven

18. Volgens de VVR zijn de tarieven van KLM en SLM op de vliegroute over de periode na mei 2006 (nog steeds) excessief dan wel onredelijk hoog. KLM en SLM vliegen buiten het hoogseizoen met halfvolle vliegtuigen. De VVR acht het moeilijk voor te stellen dat KLM en SLM een verliesgevende lijn onderhouden. Na de inwerkingtreding van de MoU is er weliswaar een toename van het aantal vliegbewegingen, maar qua vliegfrequentie is, zo betoogt de VVR, sprake van wisselende dienstverlening.

Toetreding en uittreding van Martinair

19. Met betrekking tot de toetreding en uittreding van Martinair zet de VVR vraagtekens bij de door Martinair opgegeven reden van beëindiging van de exploitatie van de vliegroute. De enkele aanname in het onderzoek dat Martinair haar prijzen niet verder kan verlagen en dat daarom de prijzen van KLM en SLM niet als excessief kunnen worden aangemerkt, is volgens de VVR onjuist en onvolledig. Volgens de VVR is de toetreding van Martinair een “rookgordijn” en is er een reële mogelijkheid dat er sprake is van beïnvloeding, verdringing en/of verdeling van de markt. De VVR acht het onbegrijpelijk dat één enkele toetreding het bewijs vormt van de stelling dat er geen sprake is van excessieve prijzen.

Toerisme

20. De VVR stelt daarnaast dat de betekenis van de factor toerisme onjuist is beoordeeld en verwijst in dit verband naar de vliegroute naar Aruba. Dit eiland heeft minder inwoners dan Paramaribo, maar er zijn meer vluchten van en naar Aruba. Tijdens de hoorzitting heeft de VVR daaraan toegevoegd dat de reisbranche een essentiële factor is als het gaat om het verzorgen van vliegbewegingen op de vliegroute. De VVR heeft uit de reisbranche vernomen dat er sprake is van gedragingen van KLM en SLM, zoals verdringing uit de markt, het belemmeren van toetreders op de route en prijsafspraken, die de reisbranche beperken in het aanbod voor de consument. De reisbranche is momenteel bezig met het vestigen van toeristische trekpleisters en accommodaties. Door de beperkingen die de luchtvaartmaatschappijen opleggen, blijven de

toeristen juist weg. Doordat een speciale, gunstiger tarifering voor pakketreizen achterwege blijft, kan de reisbranche geen gebruik maken van de vele hotels in Suriname. Het toerisme wordt door deze praktijken in de kiem gesmoord en dat is naar mening van de VVR een uiting van economisch machtsmisbruik door de luchtvaartmaatschappijen. Bij lagere tarieven op de vliegroute zou de toeristenindustrie naar Suriname op gang kunnen komen.

21. De VVR vergelijkt in dat verband ook de prijzen van vluchten op Miami die in aantal passagiers en afstand ongeveer hetzelfde zou zijn. Op deze vliegroute op Miami was de bezettingsgraad over het hele jaar genomen echter lager dan de bezettingsgraad van KLM en SLM op de vliegroute. Daarnaast worden er betere voorwaarden gehanteerd op de vliegroute naar Miami. Zo kunnen passagiers tweemaal 35 kg meenemen en kan men zijn ticket wijzigen zonder deze te verliezen. Ten slotte stelt de VVR dat kan men tegen veel lagere tarieven over Suriname naar Brazilië kan vliegen dan op de vliegroute.

Huidige samenwerkingsovereenkomsten

22. De VVR vraagt zich af op welke wijze de huidige commerciële afspraken moeten worden geduid, zoals het onderhoudscontract en de maaltijdservice, nu er volgens KLM en SLM sinds mei 2006 geen samenwerkings- of exploitatieovereenkomst meer tussen beide maatschappijen bestaat.

Uitsluiting

23. Volgens de VVR is er tevens sprake van uitsluiting van concurrenten als gevolg van de tarifering door KLM en SLM. Met het hoog houden van de tarieven wordt niet alleen de markt klein gehouden, maar zou het voor potentiële aanbieders niet aantrekkelijk zijn om toe te treden. De KLM en de SLM zijn niet alleen gespecialiseerd in de vliegroute, bovendien hebben zij een sterke economische machtsstructuur, zodat zij, aldus de VVR, kunnen “spelen” met hun prijzen. In het geval waarin een nieuwe luchtvaartmaatschappij toetreedt, kunnen zij snel de tarieven verlagen, waardoor het moeilijk is om blijvend toe te treden. Martinair hanteerde het *me-too-pricing* systeem en bleef met haar tarieven gewoon gelijkmatig met de KLM en SLM lopen. Een nieuwe toetreder, zoals Martinair, heeft niet de knowhow en de service van KLM waardoor de prijs-kwaliteitverhouding scheef gaat lopen. Het is dan een kwestie van tijd voordat de toetreder moet afhaken en mogelijk denkt hij er aan niet eens aan om toe te treden. Uit het verslag van het gesprek met Iberia blijkt volgens de VVR dat het voor een nieuwe toetreder onmogelijk is actief te worden.

Kwaliteitsgebreken

24. Met betrekking tot de kwaliteit stelt de VVR dat de situatie op vliegroute ten opzichte van de periode tot mei 2006 onveranderd is gebleven en dat de dienstverlening geenszins is verbeterd. De service van de luchtvaartmaatschappijen blijft slecht en zij blijven oud materieel inzetten. De ruimte voor hand- en ruimbagage beperkt en het wijzigen en annuleren van de tickets is onmogelijk. Als gevolg van de prijsdifferentiatie (er zijn thans 22 tariefsoorten) zijn de tarieven voor de consument niet inzichtelijk. Daarnaast laat ook de behandeling van ouderen en gehandicapten op deze vliegroute te wensen over. Er wordt met name op Schiphol structureel te weinig personeel ingezet om deze personen van en naar het vliegtuig te begeleiden.

25. De VVR voegt daaraan toe dat SLM de verplichtingen uit Verordening 261/2004[11] niet naleeft. In plaats bij vertraging een schadevergoeding te geven, zegt SLM bij de volgende vlucht een korting op de ticketprijs toe.

3.2 Beoordeling door ACM

LVO

26. In tegenstelling tot hetgeen de VVR aanneemt, heeft ACM geen bevoegdheid om op grond van artikel 6 LVO op te treden. Artikel 6, eerste lid, LVO luidt per 1 mei 2006:
"1. Elke Overeenkomstsluitende Partij staat toe dat elke aangewezen luchtvaartmaatschappij prijzen vaststelt voor het luchtvervoer op basis van commerciële marktoverwegingen. Het ingrijpen door de Overeenkomstsluitende Partijen beperkt zich tot:
a. voorkoming van de praktijk van afbraakprijzen en/of onredelijke prijsdiscriminatie of onredelijke praktijken;
b. bescherming van consumenten tegen prijzen die onredelijk hoog of beperkend zijn als gevolg van misbruik van een dominante positie;
c. bescherming van luchtvaartmaatschappijen tegen prijzen die kunstmatig laag zijn als gevolg van, onder andere, directe of indirecte overheidssubsidie of -steun.
(...)"

[11] Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 295/91, Pb 2004 L 46/1.

27. Deze bepalingen van de LVO hebben geen rechtstreekse werking, zoals blijkt uit het consultatie- en geschilbeslechtingsmechanisme tussen de Overeenkomstsluitende Partijen dat is neergelegd in artikel 6, derde lid, derde alinea van de LVO. De enige betekenis die eraan kan worden toegekend, is dat de LVO *toestaat* dat Nederlandse Staat als Overeenkomstsluitende Partij haar wetgeving ter zake op de genoemde praktijken toepast. De voor Nederland relevante bepalingen zijn te vinden in de Mededingingswet en de Wet luchtvaart. Daaraan, en niet aan de LVO zelf, ontleent ACM haar bevoegdheid. Bij uitvoering van de Mededingingswet past ACM het reguliere mededingingsrechtelijke begrippenkader toe en gelden voor de luchtvaart geen afwijkende regels. Voor de volledigheid merkt ACM op dat de handhavende bevoegdheid die zij aan de Wet luchtvaart ontleent, slechts betrekking heeft op "de exploitatie van de luchthaven" (waarmee de luchthaven Schiphol bedoeld is; zie artikel 11.24 en de daarin gesanctioneerde bepalingen uit Afdeling 8.4 Wet luchtvaart), een onderwerp dat in de onderhavige zaak niet van belang is.

28. Met betrekking tot het door de VVR gestelde verwijt dat SLM Verordening 261/2004 niet naleeft, merkt ACM het volgende op. ACM is niet bevoegd de gestelde gedragingen van SLM te toetsen aan de criteria zoals die zijn vastgelegd in Verordening nr. 261/2004. Ingevolge artikel 11.15, aanhef en onder b, sub 1° en artikel 11.16, eerste lid, onder e sub 1°, van de Wet luchtvaart is de Minister van Infrastructuur en Milieu (voorheen Verkeer en Waterstaat) bevoegd handhavend op te treden, met oplegging van een last onder dwangsom, respectievelijk een bestuurlijke boete.

Openbaarmaking

29. Met betrekking tot het niet openbaar maken van stukken en cijfers merkt ACM het volgende op. Ten behoeve van het onderzoek is bij een aantal luchtvaartmaatschappijen, waaronder KLM en SLM, informatie opgevraagd. Deze informatie kan echter niet integraal aan de VVR kenbaar worden gemaakt omdat zich daartegen gewichtige redenen in de zin van artikel 7:4 Awb verzetten: de verstrekte informatie is immers van bedrijfsvertrouwelijke c.q. concurrentiegevoelige aard. Dit laat echter onverlet de mogelijkheid dat de rechter in en eventuele vervolgprocedure op grond van artikel 8:29 Awb kennis kan nemen van de vertrouwelijke gegevens en mede op basis van deze informatie uitspraak kan doen.

Opzet van het onderzoek

30. De opmerking van de VVR dat de conclusie in het onderzoek geen antwoord geeft op de onderzoeksvraag van het CBb en ondeugdelijk is gemotiveerd, treft geen doel. Weliswaar heeft het onderzoek een andere opzet dan dat in de zaak Shiva (waarop later zal worden teruggekomen). De ditmaal gebruikte methode is echter geëigend om de vraag naar mogelijke buitensporig hoge tarieven te beantwoorden in de situatie zoals deze na mei 2006 aan de orde

was, toen de wettelijke barrière voor toetreding tot lijnvluchten op de vliegroute was opgeheven. Men mag dan uitgaan van de veronderstelling dat hoge tarieven van KLM en SLM toetreding zullen uitlokken en, omgekeerd, dat indien toepassing van dezelfde tarieven voor nieuwe toetreders niet rendabel is, deze niet excessief, maar juist competitief zijn.

31. In het onderzoek wordt er (nog altijd) van uitgegaan dat de relevante markt bestaat uit de rechtstreekse vluchten van Amsterdam naar Paramaribo en vice versa. Bij een ruimere afbakening zou overigens geen sprake meer kunnen zijn van een machtspositie van KLM of SLM, zodat de klacht al op die grond zou moeten worden afgewezen. Uit het onderzoek blijkt, zoals eerder vermeld, dat er vooral VFR-passagiers uit het herkomstgebied Suriname reizen tussen Amsterdam en Paramaribo, dat Suriname een beperkt aantal inwoners heeft, dat er weinig toeristisch potentieel is en er geen groei van de markt verwacht wordt. De marktomvang van vliegroute is derhalve beperkt. De vliegroute heeft een beperkte winstgevendheid doordat er sprake is van sterke seizoensinvloeden en een relatief lage *yield*. Hierdoor brengt vliegroute minder op dan vergelijkbare routes. De overige kenmerken van de markt zijn:

    - er is sprake van een licht dalende trend in de *economyclass* tarieven van KLM,
    - een luchtvaartmaatschappij dient (om bedrijfseconomische redenen) minimaal twee keer per week naar Paramaribo te vliegen,
    - chartervluchten zijn alleen toegestaan na toestemming van de Nederlandse en de Surinaamse overheid, en
    - er zijn beperkingen in de kwaliteit en capaciteit van Johan Adolf Pengel Internationaal Airport.

32. In randnummer 30 is de reden aangegeven om de toetreding en uittreding tot de vliegroute van Martinair, alsook het voornemen van Arkefly tot toetreding in het onderzoek te betrekken. De toetreding van Martinair laat zien dat het weliswaar mogelijk is om toe te treden tot de vliegroute, maar dat het moeilijk is dit winstgevend en blijvend te doen. Arkefly had in 2006 interesse om toe te treden, maar heeft om strategische redenen besloten niet op de vliegroute te gaan vliegen.

33. Het onderzoek concludeert dat KLM en SLM geen excessieve tarieven hanteren op de vliegroute. De casus van Martinair laat zien dat toetreding en verwerving van een behoorlijk marktaandeel mogelijk is, maar dat het aanbod gegeven de tarieven van KLM en SLM moeilijk winstgevend en blijvend te maken is. Daarom kan in het midden worden gelaten of sprake is van een economische machtspositie van KLM of SLM, of van een collectieve economische machtspositie van KLM en SLM gezamenlijk op vliegroute.

34. Met betrekking tot de omvang van het onderzoek merkt ACM op dat het onderzoek naar tarieven en voorwaarden er niet op gericht was om eventuele verboden samenwerkingsverbanden tussen de ondervraagde luchtvaartmaatschappijen aan het licht te brengen. Nog los van de vraag of een dergelijk onderzoek gelet op het ontbreken van concrete aanwijzingen gerechtvaardigd en proportioneel zou zijn geweest en relevante informatie zou hebben opgeleverd, valt dit aspect naar het oordeel van ACM buiten de omvang van het onderzoek zoals geformuleerd door het CBb.

35. Opdat sprake is van excessieve tarieven in de zin van de Mededingingswet, moeten de tarieven structureel aanzienlijk boven het bij een normale mededinging te verwachten niveau liggen, zoals hieronder nog zal worden toegelicht. De maatstaf is nadrukkelijk niet of de consumenten de tarieven als "hoog" of "te hoog" ervaren. Om deze reden kan ACM het eigen onderzoek van de SP en de VVR, “Vliegen kan niet meer”, niet bij het mededingingsrechtelijke onderzoek betrekken en heeft het ook geen zin een soortgelijk onderzoek uit te voeren. In het rapport van de SP en de VVR staat de voorkeur van de geïnterviewde reizigers centraal. Het wekt geen verbazing dat zij een voorkeur uitspreken voor lage(re) en minder uiteenlopende prijzen, maar dat geeft geen inzicht in de mededingingsrechtelijke verhoudingen en gedragingen die van invloed zijn op de prijsvorming en evenmin kan dit maatgevend zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van excessieve tarieven..

36. ACM zag en ziet geen reden om prijsvechters te benaderen bij het onderzoek. Allereerst zijn er nauwelijks prijsvechters op lange intercontinentale vluchten actief. Een belangrijkere reden om geen prijsvechters te interviewen, is dat een prijsvechter gebaat is bij een vliegroute waarop sprake is van een hoge (dagelijkse) frequentie en voldoende aanbod van passagiers voor zowel de heen- als de terugvlucht. De vliegroute Amsterdam-Paramaribo voldoet niet aan deze voorwaarden en is derhalve bij het door een prijsvechter gehanteerd *business model* niet aantrekkelijk om op te vliegen. Het feit dat er geen prijsvechter actief is geworden op de vliegroute duidt er dan ook op dat deze route voor hen inderdaad niet aantrekkelijk is.

37. ACM ziet evenmin reden een (nader) consumentenonderzoek te verrichten. In het verrichte onderzoek wordt al in voldoende mate ingegaan op de bijzondere kenmerken van de vliegroute wat de passagiers betreft. ACM wijst in dit verband op de verhouding tussen *economyclass* en *businessclass*-passagiers, het feit dat een groot deel van de passagiers bestaat uit VFR-passagiers, de duur van hun verblijf, alsmede de periode waarin de bezettingsgraad het hoogst is. Daarbij zou, gelet op het huidige aanbod van vluchten tussen Amsterdam en Paramaribo, een consumentenonderzoek hooguit kunnen opleveren dat de relevante markt ruimer is dan de rechtstreekse vluchten van Amsterdam naar Paramaribo en vice versa, hetgeen – zoals eerder

opgemerkt – tot gevolg zou hebben dat er geen economische machtspositie van KLM en SLM kan worden vastgesteld.

38. ACM ziet ten slotte geen reden een (nader) onderzoek te doen naar de ervaringen van reisbureaus. Het dossier bevat voldoende gegevens over het verband tussen het toerisme en het aanbod op de vliegroute. Daarbij heeft de NMa tijdens de hoorzitting Does Travel & Cadushi Tours gehoord. Voor het overige verwijst ACM naar de randnummers 58-67, hieronder, waarin zij ingaat op het toerisme in Suriname.

39. ACM is derhalve van oordeel dat het argument dat de conclusie in het onderzoek deugdelijk is onderbouwd. Zoals uit het hierna besprokene blijkt, zijn de voor de beoordeling van deze zaak relevante aspecten, waaronder de lage *yield* die KLM behaalt op de vliegroute, de specifieke kenmerken van de markt en de toe- en uittreding van Martinair, in het onderzoek behandeld.

Excessieve tarieven

40. De kern van de klacht van VVR ziet op de tarieven die KLM en SLM hanteren op de vliegroute, en waarvan de VVR stelt dat deze excessief zijn. Ingevolge Europeesrechtelijke jurisprudentie kan een prijs als excessief worden aangemerkt als er geen relatie is met de economische waarde van het product of de dienst die ervoor wordt geleverd dan wel als deze verhouding niet als proportioneel kan worden aangemerkt.[12] Voor de beoordeling of er sprake is van excessieve prijzen is voor ACM maatgevend, dat er duurzaam aanzienlijk hogere prijzen dan prijzen op een concurrerend niveau gevraagd worden. Dit betekent immers dat een op uitsluiting gerichte strategie van een onderneming met een economische machtspositie houdbaar en lonend is, en dat deze niet gecorrigeerd zal worden door een (dreigende) toetreding.[13]

41. In het onderzoek in de zaak Shiva kwam de d-g NMa tot de conclusie dat de toenmalige tarieven in een proportionele verhouding stonden tot de kosten van exploitatie van de vliegroute. Deze methode kent evenwel beperkingen, aangezien de toerekening van kosten notoir een lastig probleem vormt. Een andere methode houdt in dat de opbrengsten op de vliegroute worden

[12] HvJEG 14 februari 1978 in zaak 27/76, United Brands, Jur. 1978, 207, r.o. 250 en volgende en .

[13] Besluit van 28april 2011 in zaak 5720, Productschap Tuinbouw (gastarieven), randnummer 78. Evenzo de besluiten van 27 september 2005 in de zaken 3528 en 3588, KPN (kabeltarieven). Zie voorts het besluit van 28 april 2004 in zaak 2910, Interpay, randnummer 141: "De d-g NMa treedt in het algemeen echter niet op tegen gehanteerde prijsstellingen op grond van artikel 24, eerste lid, Mw in indien geen sprake is van een onderneming die een duurzaam monopoloïde karakter heeft."

vergeleken met de opbrengsten op andere vergelijkbare vliegroutes (benchmarkonderzoek). Het onderzoek naar de situatie na mei 2006 is onder andere gebaseerd op een benchmark onderzoek, waarbij wordt ingegaan op de opbrengsten van de vliegroute ten opzichte van de opbrengsten van overige vliegroutes waarop KLM actief is, aangevuld met onderzoek naar de ervaringen van andere luchtvaartmaatschappijen en de gebeurtenissen rond (voorgenomen) toetreding.

42. Daar het onderzoek over de periode na mei 2006 gezien de inmiddels gewijzigde omstandigheden een andere opzet had dan dat in de zaak Shiva, speelde het kostenniveau van KLM en SLM daarin niet langer een rol. Overigens heeft ACM geen reden om aan te nemen dat de vliegroute ten opzichte van andere vliegroutes een (sterk) afwijkend kostenniveau kent. KLM heeft verklaard: "*De kosten per kilometer op de route Amsterdam – Paramaribo v.v. zijn niet hoger dan op andere vergelijkbare routes. De route is langer dan de gemiddelde afstand die KLM vliegt, waardoor de uiteindelijke kosten hoger uitkomen. Ook vliegt KLM niet dagelijks op Paramaribo. Hierdoor zijn de kosten voor de crew hoger, zij moeten immers langer in Paramaribo verblijven."*

43. In zijn algemeenheid wordt de opbrengst op een vliegroute bepaald door de opbrengsten van passagiers en de opbrengsten van vrachtvervoer. Met betrekking tot de opbrengsten van de passagiers blijkt uit het onderzoek dat de vliegroute weinig *businessclass* passagiers kent. Aangezien in de regel de tarieven voor *businessclass* passagiers (veel) hoger zijn dan de tarieven voor *economyclass*, brengt een laag aandeel *businessclass* passagiers een lagere totaalopbrengst mee. Een andere relevante factor is dat er vooral VFR-passagiers uit het herkomstgebied Suriname reizen tussen Amsterdam en Paramaribo en dat er weinig transferpassagiers zijn.[14] De vliegroute kenmerkt zich ook door weinig vrachtverkeer.

44. Uit het onderzoek blijkt vervolgens ook dat de bezettingsgraad op de vliegroute sterk wisselt met het seizoen. Tijdens de vakanties is de bezettingsgraad op de vliegroute beduidend hoger dan buiten het hoogseizoen. Het hoogseizoen valt in de periode juni-juli-augustus en in december-januari. Geringere pieken doen zich voor tijdens de voorjaars- en najaarsvakantie.

45. Uit het onderzoek blijkt dat passagiers tijdens het hoogseizoen voor een langere periode verblijven in Suriname, hetgeen een disbalans tot gevolg heeft. Er is sprake van een disbalans indien er op een vliegroute op de heenvlucht een hogere bezettingsgraad is dan op de retourvlucht of vice versa. Deze disbalans heeft een negatief effect op de opbrengsten voor de

[14] Het SEO-onderzoek gaat uit van een transferpercentage van 4 procent.

luchtvaartmaatschappijen, aangezien het voor hen niet mogelijk is om vluchten te annuleren. ACM verwijst hiervoor naast de verklaring van KLM:

"*Wanneer de variabele vluchten op een bepaalde route niet terugverdiend kunnen worden, zullen de vluchten op deze route worden geannuleerd. Dat is echter niet mogelijk wanneer een vlucht heen een bezettingsgraad van 100 procent heeft en terug een bezettingsgraad van bijvoorbeeld 50 procent of minder en andersom. Dit is het geval bij vluchten op de route Amsterdam – Paramaribo v.v. in de vakantieperioden.)"*

46. Deze kenmerken van de relevante markt leiden ertoe dat de opbrengsten van passagiers op de vliegroute beperkt zijn, waardoor er sprake is van een lage *yield*.[15] Dit wordt bevestigd als deze *yield* wordt vergeleken met de *yield* die KLM op andere intercontinentale vliegroutes (de zogenaamde benchmark routes) behaalt waarop zij actief is: het blijkt dat de *yield* op de vliegroute tot een van de laagste van KLM behoort. KLM heeft verklaard dat van alle intercontinentale vluchten er slechts een gering aantal vliegroutes zijn die een lagere *yield* hebben dan de vliegroute.[16] Indien de *yield* van de vliegroute wordt vergeleken met een vliegroute van nagenoeg dezelfde afstand blijkt dat slechts één route een lagere *yield* heeft, met uitzondering van het jaar 2011, waarin de vliegroute de laagste *yield* had. Daarnaast is de vracht die wordt vervoerd laagwaardig en deze brengt om die reden ook minder op.

47. Uit het SEO-onderzoek blijkt dat op de overige vliegroutes waarop KLM actief is evenveel of meer aanbieders actief zijn.[17] Ondanks dit gelijke of zelfs hoger aantal concurrenten behaalt KLM op deze vliegroutes een hogere *yield*.

Toetreding en uittreding van Martinair

48. De feitelijke gang van zaken rond de toetreding en uittreding van Martinair bevestigen het oordeel van ACM dat KLM en SLM geen excessieve tarieven hanteren op de vliegroute. Uit het onderzoek blijkt dat Martinair in verhouding tot KLM en SLM een lagere "*yield*" heeft behaald op de vliegroute en dat daardoor de vliegroute voor Martinair op den duur niet rendabel was.

49. De lagere "*yield*" van Martinair op de vliegroute verklaart ACM op grond van het volgende. Martinair heeft op de vliegroute het principe van *me-too-pricing* toegepast. Dit houdt in dat er

[15] *In de luchtvaart wordt de term "yield" gebruikt om daarmee de opbrengsten van een vliegroute uit te drukken. Onder yield wordt in dit besluit begrepen: gemiddelde opbrengst per stoel.*

[16] Zie ook figuur 8-2 op p. 49 van het SEO-onderzoek.

[17] Zie figuur 4-1 op p.15 en figuur 8-2 op p. 49 van het SEO-onderzoek..

tickets tegen prijzen worden aangeboden die gelijk zijn of net lager zijn dan de prijzen die de concurrenten hanteren. Daarnaast heeft Martinair soms de tarieven verlaagd als de vraag daar aanleiding toe gaf, of bij acties waarbij tickets werden aangeboden die (ver) onder de tarieven van KLM en SLM lagen. Daarbij heeft Martinair, met uitzondering van het jaar 2006, een lagere bezettingsgraad behaald dan KLM of SLM. Indien de bezettingsgraden tussen KLM en Martinair worden vergeleken, valt op dat de bezettingsgraden gelijk zijn gedurende het hoogseizoen, doch dat in het laagseizoen Martinair een bezettingsgraad had die veel lager was dan die van KLM.[18]

50. Vervolgens bevestigen diverse verklaringen inzake de toe- en uittreding van Martinair naar het oordeel van ACM de conclusie dat er geen sprake is van excessieve tarieven op de vliegroute.

51. Martinair heeft over de vliegroute verklaard: "*Het behalen van het marktaandeel van [….] procent zoals weergegeven in de business case was voor Martinair van ondergeschikt belang. Het ging Martinair primair om wat de route haar opleverde. Zij wilde niet koste wat het kost dit marktaandeel behalen. Martinair is daarom ook gestopt omdat het niet meer rendabel was, terwijl zij mogelijk wel dit marktaandeel heeft behaald. Martinair had op dat moment niet de mogelijkheid om haar tarieven te verlagen om zo meer volume te generen.*

    Martinair geeft aan dat de route over de gehele periode dat zij actief was niet rendabel is geweest. Ook wanneer naar de afzonderlijke jaren of seizoenen (=half jaar) werd gekeken, was de route niet rendabel. Alleen gedurende een deel van het hoogseizoen was de route voor Martinair rendabel. Het was voor Martinair geen optie om alleen in die periode te vliegen, omdat het toestel dan de rest van het jaar niet ingezet kon worden op een andere route."[19]

52. Dat de door Martinair behaalde *yield* te laag was om blijvend toe te treden, wordt bevestigd door de verklaring van KLM: *"dat de specifieke kenmerken van de markt, namelijk weinig businessclass vervoer, weinig vrachtvervoer, veel VFR vervoer en een lage yield commerciële belemmeringen zijn om toe te treden tot de route Amsterdam – Paramaribo v.v.".*

53. In het SEO-onderzoek wordt over het uittreden van Martinair het volgende opgemerkt: "*Voor een nieuwe toetreder generen de pieken voldoende passagiersvraag en yield maar de dalen mogelijk niet. Dit verklaart mede het falen van Martinair. De gepiektheid van de vraag vormt*

[18] Zie figuren 5 en 6 in het SEO-onderzoek op p. 29 en 30.

[19] Verslag van het gesprek met Martinair van 24 mei 2011.

daarmee een van de belangrijkste drempels voor nieuwe toetreding op deze markt." [20]

54. De door de VVR aangevoerde argumenten ter zake van de toe- en uittreding van Martinair treffen geen doel. Zo stelt de VVR dat de enkele aanname in het onderzoek dat Martinair haar prijzen niet verder kon verlagen en dat daarom de prijzen van KLM en SLM niet als excessief zouden kunnen worden aangemerkt, onjuist en onvolledig is.

55. ACM merkt hierover op dat de tarieven van Martinair door haar op een zodanig niveau zijn vastgesteld dat de kosten van de vliegroute nauwelijks of zelfs niet werden terugverdiend. Het feit dat de vliegroute voor Martinair niet rendabel was, duidt erop dat er geen sprake was van excessieve tarieven. Hogere tarieven hadden Martinair immers (eerder) in staat gesteld blijvend en winstgevend toe te treden tot de vliegroute. Door Martinair wordt bevestigd dat

"*het moeilijk voor haar* (NMa: Martinair) *was om de markt te betreden. Zij geeft aan dat als er sprake was van excessieve pricing van KLM en SLM er zeker ruimte zou moeten zijn voor een nieuwe toetreder die onder die prijzen zou aanbieden. Uitgaande van excessieve pricing van KLM en SLM zou Martinair met dezelfde tarieven (me-too-pricing) hoge marges moeten hebben. Kennelijk was dit niet het geval, want de route bleek niet rendabel voor Martinair. Dus geen sprake van excessieve tarieven."*

Aangezien Martinair het prijsniveau van KLM en SLM volgde, houdt dit in dat de tarieven van KLM en SLM niet als excessief zijn te beschouwen.

56. De stelling van de VVR dat er bij het uittreden van Martinair sprake is van een "rookgordijn" waarbij KLM, SLM en Martinair de markt zouden hebben verdeeld, vindt geen steun in de feiten.[21] Martinair heeft zelfstandig besloten toe te treden en op een later moment weer uit te treden op de vliegroute. ACM verwijst in dit kader naar de beschikking van de Europese Commissie van 17 december 2008, waarin wordt overwogen dat Martinair geheel zelfstandig ten opzichte van KLM opereerde.[22]

57. Daarbij was het terugtrekken van Martinair op de vliegroute het gevolg van een wijziging van de strategie van Martinair. Martinair heeft hierover verklaard: *"Daarnaast ontwikkelde Martinair in*

[20] Zie SEO-onderzoek, p. 47.

[21] Een dergelijke afspraak zou onder het verbod van art 6 Mw vallen en niet onder het verbod van art 24 Mw.

[22] Beschikking van de Commissie van 17 december 2008, Zaak COMP/M.5141, KLM/Martinair, PbEU 4.3.2009, C 51/4.

november 2007 een nieuwe strategie die was gebaseerd op het Sörensen-rapport. (…) Op grond van deze strategie werd besloten om Paramaribo en tevens Tobago, Jamaica en Barbados uit het netwerk te halen."

Beperkte ontwikkeling van het toerisme in Suriname

58. De VVR stelt in reactie op het onderzoek, waarin de beperkte ontwikkeling van het toerisme in Suriname als beperkende factor in aanmerking is genomen, dat KLM en SLM deze ontwikkeling juist hebben tegengehouden of gehinderd. De VVR vindt hiervoor steun in de verklaring van Does Travel & Cadushi Tours op de hoorzitting.

59. ACM is allereerst van oordeel dat KLM en SLM geen enkel belang hebben bij het bemoeilijken van de groei van het toerisme in Suriname, gelet op de onvolledige bezetting gedurende een groot deel van het jaar. Voorts merkt ACM op dat artikel 24 Mw, als al zou mogen worden aangenomen dat KLM en/of SLM over een machtspositie beschikken, deze maatschappijen er niet toe verplicht hun tarieven zo laag te stellen dat zij daarmee een bijdrage zouden leveren aan het bevorderen van het toerisme. Er rust op hen dan ook geen verplichting om korting te bieden voor de IT-producten[23] van ondernemingen als Does Travel & Cadushi Tours. Het dossier bevat ten slotte verschillende verklaringen op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat een beperkte vraag naar capaciteit op de vliegroute een gevolg is van een beperkt aanbod van toerisme in Suriname en niet andersom.

60. Martinair heeft verklaard dat: "*De groei van het toerisme bleek tegen te vallen. Martinair heeft zich in dit verband onvoldoende gerealiseerd dat voor groei van het toerisme ook infrastructuur nodig is zoals hotels, ziekenhuizen e.d. De Surinaamse overheid bleek hier onvoldoende in te investeren. De airlift bleek niet voldoende."* Met betrekking tot de vraag in Suriname naar toerisme in Nederland geeft Martinair aan dat: "*Ook viel het verwachte aantal boekingen van vluchten van Suriname naar Nederland tegen. De toezeggingen die door touroperators waren gedaan, hebben niet tot omzet geleid."*

61. Het rapport van SEO bevestigt dit. In het rapport van SEO is met betrekking tot het toerisme in Suriname geconcludeerd dat : "*De IT markt ontbreekt echter in Suriname. Er is een gering aantal hotelbedden, het aantal stranden is beperkt, alsmede grote toeristische attracties. Toerisme is vooral kleinschalig en is vooral gericht op de aanwezige natuur (bijvoorbeeld jungletochten) Volgens gegevens van Arkefly worden in het zomerseizoen circa 1.500 IT verkocht op een*

[23] IT staat voor: Inclusive Tourpakketreizen.

passagiersaantal van 135.000 per jaar."

62. Deze opvatting wordt ook onderschreven door de Directoraat-Generaal Luchtvaart en Maritieme Zaken (hierna: DGLM), Schiphol en NV Luchthavenbeheer: Volgens DGLM is er in Suriname een te beperkt aanbod van het aantal hotels en stranden; er zijn wel enige jungletochten. DGLM heeft aangegeven dat dit tevens de reden is waarom er nog niet is voldaan aan het toestaan van chartervluchten op de vliegroute. Schiphol heeft aangegeven dat er erg weinig toerisme is in Suriname, omdat er weinig hotels en ressorts zijn. Suriname past daarom niet in het rijtje van toeristenbestemmingen (waaronder Mexico en Curaçao). Dit vormt volgens Schiphol (mede) de reden dat Martinair is gestopt met het aanbieden van vluchten naar Suriname: het is geen toeristenbestemming en daardoor is de route niet rendabel genoeg voor haar.[24]

63. Door NV Luchthavenbeheer wordt eveneens aangegeven dat Martinair is gestopt met vliegen door het gebrek aan hotelcapaciteit in Suriname. NV Luchthavenbeheer merkt daarbij op dat het van groot belang is dat de hotelcapaciteit wordt vergroot om de groei te stimuleren. Suriname is geen land voor massatoerisme en moet zich meer richten op natuur- en ecotoerisme.[25]

64. Arkefly stelt in haar verklaring dat het toerisme zich eerst verder dient te ontwikkelen alvorens zij over toetreding nadenkt. Arkefly, een potentiële toetreder, verklaart dat indien Suriname een goede vakantiebestemming zou zijn, zij wel geïnteresseerd zou zijn om op Paramaribo te gaan vliegen. Zij zou op Paramaribo gaan vliegen wanneer er veel hotelinvesteringen worden gedaan en zij twee keer per week zou kunnen vliegen met een toestel dat met 60 – 70 procent gevuld is met vakantievervoer. Arkefly zou dan verwachten dat de prijzen omlaag zouden gaan.

65. Het SEO-onderzoek concludeert: "*Wil de Amsterdam-Paramaribo route aantrekkelijk worden voor een IT-vervoerder, dan is in ieder geval een ander passagiersmix nodig, met een groter percentage pakketreizen. Dit kan alleen door ontwikkeling van de toeristische infrastructuur in Suriname*."

66. Weliswaar is, gezien ook de reisbrochures die tijdens de hoorzitting door de VVR zijn overhandigd, het toerisme in Suriname in opkomst. Dit neemt echter niet weg dat het argument van de VVR dat de toeristen juist weg blijven als gevolg van de beperkingen die de KLM en SLM opleggen, met al het bovenstaande in tegenspraak is.

---

[24] Verslag van het gesprek met Schiphol van 5 januari 2011.

[25] Verslag van het gesprek met NV Luchthavenbeheer van 8 december 2010.

67. Het argument dat er meer vluchten zijn van en naar Aruba treft evenmin doel. Aruba mag inderdaad minder inwoners hebben dan Suriname, Aruba het is een feit van algemene bekendheid dat het (massa-)toerisme op Aruba reeds lange tijd meer ontwikkeld is. Dat geldt ook voor Miami, waarbij Miami, in tegenstelling tot Paramaribo, als overstapplaats fungeert voor overige bestemmingen.

Samenwerking KLM en SLM

68. De samenwerkings - en exploitatieovereenkomst tussen KLM en SLM is per 26 maart 2006 geëindigd. Voordien viel deze onder de vrijstelling van artikel 16 (oud) Mw. Inzake de huidige overeenkomst tussen KLM en SLM, waarbij SLM gebruik maakt van de onderhoudsservice van KLM, heeft KLM verklaard dat haar dienst tegen marktconforme tarieven en voorwaarden worden verleend.[26] ACM heeft geen reden aan de juistheid van deze verklaring te twijfelen en beschouwt deze overeenkomst als een tussen luchtvaartmaatschappijen gebruikelijke en toelaatbare samenwerking. In zekere zin is een dergelijke overeenkomst zelfs concurrentiebevorderend, omdat hierdoor de toetreding van maatschappijen die niet zelf over alle bijkomende faciliteiten beschikken tot de vliegroute wordt vergemakkelijkt.

Uitsluiting

69. Met het kunstmatig hoog houden van tarieven kan naar het oordeel van ACM de relevante markt niet “klein worden gehouden”, zoals de VVR betoogt. ACM begrijpt dit argument van de VVR zo dat met klein houden van de markt wordt bedoeld dat niet alleen het aantal vragers, maar ook het aantal aanbieders op de vliegroute beperkt blijft. In het algemeen biedt een hoog prijsniveau nu juist een sterke stimulans voor andere ondernemingen om toe te treden. Daarentegen bieden lage tarieven die mogelijkheid niet of in mindere mate. Deze logica gaat ook op voor de onderhavige markt, daar er geen technische belemmeringen aan toetreding in de weg staan. ACM merkt voorts op dat de reden waarom er naast Martinair (nog) geen andere luchtvaartmaatschappijen zijn toegetreden op de vliegroute mede zijn oorzaak heeft in de specifieke kenmerken van de relevante markt. Men kan zich dan ook afvragen of überhaupt wel ruimte is voor een derde of vierde luchtvaartmaatschappij. In het onderzoek wordt onder verwijzing naar het SEO-onderzoek geconcludeerd dat de markt verzadigd is en dat er weinig groeimogelijkheden zijn.

70. De VVR stelt – overigens nog niet in haar initiële klacht – dat KLM en SLM door met hun tarieven te “spelen” de toetreding van concurrenten als Martinair kunnen belemmeren. ACM

[26] Verslag van het gesprek met KLM van 22 december 2010..

verstaat dit zo dat er volgens de VVR naast te hoge tarieven periodiek tevens sprake is van te lage tarieven op de vliegroute, waardoor eventuele concurrenten worden uitgesloten. In theorie zou dit het geval kunnen zijn. Mededingingsrechtelijk is echter pas sprake van een dergelijke uitsluiting, indien KLM en SLM in reactie op toetreding roofprijzen zouden toepassen, dat wil zeggen prijzen onder de gemiddelde variabele (of vermijdbare) kosten van een "even efficiënte" onderneming. Uitgaande van door VVR veronderstelde excessief hoge prijzen, betekent dit, dat periodiek een zeer scherpe prijsdaling zichtbaar zou moeten zijn. Echter, uit het onderzoek blijkt niet dat KLM en SLM hun tarieven hebben verlaagd ten tijde van de toetreding van Martinair, of dat zij hun tarieven hebben verhoogd ten tijde van de uittreding van Martinair op de vliegroute, zodat er feitelijk gezien geen steun is voor dit argument.

71. ACM voegt daaraan toe dat een onderneming met een economische machtspositie op die enkele grond niet het recht verliest haar eigen commerciële belangen te verdedigen. Indien enige reactie in de prijsstelling van KLM na toetreding of uittreding zichtbaar zou zijn geweest, zou dat nog niet hebben betekend dat KLM Martinair onrechtmatig van de markt had uitgesloten. Die onderneming dient in de mate van het redelijke over de mogelijkheid te beschikken te handelen zoals zij ter verdediging van haar belangen wenselijk acht (mits deze niet tot doel hebben die machtspositie te versterken en er misbruik van te maken).[27] Volledigheidshalve merkt ACM hierbij wederom op dat zij in het midden laat of er sprake is van een economische machtspositie.

72. De verwijzing door de VVR naar het gespreksverslag met Iberia treft geen doel. Uit het gespreksverslag blijkt dat Iberia uitsluitend een opmerking maakt over de sterke marktpositie die KLM en SLM innemen. Iberia stelt dat zij: "*do not operate to Paramaribo and therefore our experience in this market is minimum. Nevertheless, we have looked at the reservation systems' data (MIDTs), that show that KLM and SLM have virtually all the market share (100% O&D). The dominance these two airlines have in this market makes it very difficult for a new entrant to establish a new competitive service."* ACM merkt op dat Iberia aangeeft dat zij weinig ervaring heeft op de vliegroute en dat zij het beeld van een verzadigde markt bevestigt. Iberia gaat niet in op de specifieke kenmerken van de vliegroute en stelt evenmin dat er sprake is excessieve tarieven.

[27] CBb 22 maart 2007, Vereniging Vrije Vogel, LJN: BA2598, par. 11.

Kwaliteit

73. Met betrekking tot de opmerking van de VVR dat in tegenstelling tot de overige vluchten van KLM op de vliegroute geen klassecombinatie of stoelreservering mogelijk blijkt te zijn, merkt ACM op dat uit de voorwaarden die KLM hanteert voor al haar vluchten niet blijkt dat zij op de vliegroute slechtere voorwaarden hanteert dan op overige vliegroutes waarop zij actief is, zoals uit de website van de maatschappij kenbaar is.

74. Met betrekking tot de opmerking van de VVR dat de hand- en bagageruimte op de vliegroute beperkt zou zijn ten opzichte van de vliegroute op Miami en de nadelige annulerings- en wijzigingsmogelijkheden merkt ACM het volgende op. ACM is niet gebleken dat KLM voor de vliegroute slechtere voorwaarden hanteert. Uit de voorwaarden die de KLM hanteert blijkt dat zij in dit opzicht geen onderscheid maakt tussen vluchten naar de VS of Suriname. De criteria die KLM hanteert voor de (extra) bagage zijn ook niet restrictief te noemen.

75. Evenmin is gebleken dat KLM uitsluitend op de vliegroute het beleid hanteert dat bij wijziging van het ticket dit automatisch tot gevolg heeft dat men zijn ticket ook verliest. Voor een deel van de ticketsoorten is het inderdaad niet mogelijk een ticket te wijzigen, maar voor vijf categorieën is wijzigen al dan niet met bijbetaling wel mogelijk. Dit heeft echter niet uitsluitend betrekking op de vlucht Amsterdam- Paramaribo, maar ook op andere vluchten van KLM vanuit Amsterdam.

76. Over de slechte service merkt ACM op dat indien deze ondermaats zou zijn, dit bij uitstek een aspect zou zijn waarop nieuwe toetreders zich gunstig zouden kunnen onderscheiden. Het is echter niet gebleken dat Martinair hierin een kans heeft gezien om een grote en blijvende overstap door passagiers te bewerkstelligen.

77. Waarschijnlijk hangt het beeld van een slechte service samen met de perceptie van (te) hoge prijzen bij de reizigers op de vliegroute (zoals deze blijkt uit het gezamenlijke onderzoek van de SP en de VVR). Het dossier – vanaf 2003 – bevat echter geen aanwijzingen dat KLM en SLM op zo'n schaal slechte service bieden dat een nader onderzoek hiernaar naast het onderzoek naar de tariefstelling gerechtvaardigd zou zijn.

78. Voor zover de klacht ziet op de slechte service aan bejaarden, heeft dit betrekking op een mogelijke niet-naleving van de verplichtingen die ingevolge communautaire regelgeving op KLM en SLM rusten. Zo zijn KLM en SLM verplicht om op grond van Verordening (EG) nr.

1107/2006[28] verplicht gehandicapten, waaronder ook bejaarden worden begrepen die niet mobiel zijn, te helpen bij het vervoer op de luchthaven en het instappen. Passagiers die van mening zijn dat KLM of SLM zich niet aan deze verplichtingen houden, kunnen zich wenden tot de Inspectie Leefomgeving en Transport.

79. De opmerking van de VVR dat er na de inwerkingtreding van de MoU weliswaar een toename van het aantal vliegbewegingen is, maar qua vliegfrequenties er sprake is van afwisseling van de diensten kan ACM niet plaatsen. Begin (maart) 2009 heeft KLM haar frequentie gewijzigd, alsmede het type toestel. Vanaf begin 2009 vloog KLM met MD-11 in plaats van een Boeing 747 en verhoogde KLM de frequentie van 3 naar 5 keer per week. Naderhand is de frequentie weer naar 3 vluchten gegaan, en (ten minste) 4 maal per week in het zomerseizoen, en wordt weer een Boeing ingezet. ACM vermag niet in te zien dat dit in de onderhavige situatie een aanwijzing zou inhouden van misbruik van een economische machtspositie en is van oordeel dat dit redelijkerwijs binnen de ruimte voor KLM valt om in haar eigen commerciële belangen te behartigen.

3.3 Conclusie

80. ACM concludeert op basis van het NMa-onderzoek dat er in de marktverhoudingen vanaf mei 2006 geen sprake is van excessieve tarieven van KLM en SLM op de vliegroute. Evenmin is sprake van zodanig ongunstige reisvoorwaarden of tekortschieten van de service op de vliegroute, dat sprake zou kunnen zijn van misbruik in de zin van artikel 24 Mw. ACM is van oordeel dat de door de VVR aangevoerde gronden geen afbreuk doen aan deze conclusie.

4 Beoordeling van de resterende bezwaren

81. ACM zal hierna nog ingaan op bezwaren die VVR in de procedure heeft geuit tot aan het beroep en hoger beroep die daarop zijn gevolgd. Dit voor de volledigheid, aangezien het CBb niet heeft gesteld dat de NMa in het te nemen nieuwe besluit op bezwaar nog op de marktsituatie en de gedragingen van KLM en SLM in de periode tot aan mei 2006 tekort zou moeten ingaan.

[28] Verordening (EG) nr. 1107/2006 van het Europees Parlement van 5 juli 2006 inzake de rechten van gehandicapten personen met beperkte mobiliteit die per luchtvervoer reizen, PbEU 26.7. 2006, L204/1.

4.1 Gronden van bezwaar

82. De VVR stelt dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 169 VWEU (voorheen artikel 153 van het EG-Verdrag). Dit is de enige bepaling in de Titel inzake consumentenbescherming. De VVR meent, zoals zij op de hoorzitting heeft toegelicht, dat onder consumentenbescherming eveneens bescherming van consumenten op economisch gebied hoort. ACM zou, aldus de VVR, maatregelen dienen te nemen ter bescherming van de consument.

83. De VVR is van oordeel dat het primaire besluit in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Tijdens de hoorzitting op 18 april 2006 heeft de VVR aangegeven dat de door de NMa gehanteerde prioriteringscriteria in strijd zijn met het zorgvuldigheidsbeginsel doordat deze criteria niet nader geconcretiseerd zijn. Voorts heeft de VVR aangegeven dat de door de NMa gehanteerde prioriteringscriteria in strijd zijn met het vertrouwensbeginsel omdat de consument erop moet kunnen vertrouwen dat er heldere en deugdelijke criteria zijn vastgesteld. Doordat de criteria niet helder zijn, is volgens VVR het besluit van 15 mei 2003, dat op basis van deze criteria is genomen, in strijd met het motiveringsbeginsel.

84. Daarbij is volgens de VVR het primaire besluit in strijd met de eerder genomen besluiten in de zaak Shiva en zaken 273 en 906, Vereniging Vrije Vogel. Op de hoorzitting op 18 april 2006 heeft de VVR aangegeven dat zij de strijdigheid met name ziet in het gegeven dat in deze zaken wel onderzoek is verricht door de NMa.

85. Uit de motivering van het primaire besluit zou volgens de VVR blijken, dat de NMa onzorgvuldig naar deze zaak heeft gekeken en een soort minachting aan de dag legt ten opzichte van de circa 310.000 Surinaamse Nederlanders woonachtig in Nederland, de circa 450.000 Surinamers en de circa 20.000 Surinaamse Nederlanders die woonachtig zijn in Suriname.

86. Met betrekking tot de tarieven maakt de VVR niet alleen bezwaar tegen de hoogte ervan, maar ook tegen de differentiatie die KLM en SLM toepassen, die volgens de VVR in strijd zou zijn met het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 21 oktober 1997 in de zaak Deutsche Bahn (zaak T-229/94).[29]

[29] Zie brief van 28 mei 2006, stuk 3475/178.

4.2 Beoordeling door ACM

87. Artikel 169 VWEU geeft de grondslag voor de bijdrage die de Europese Unie levert aan de consumentenbescherming en omschrijft (in lid 2) de maatregelen die de Unie (zelf) voor dit doel kan nemen. Lid 3 bepaalt dat de lidstaten strengere wetgeving kunnen handhaven mits verenigbaar met het Verdrag. De lidstaten kunnen geen handhavingsbevoegdheden aan dit artikel ontlenen, dus ook ACM niet. Voorts geldt dat conform het Europees Gemeenschapsrecht particulieren artikelen van het EG-Verdrag kunnen inroepen indien deze rechtstreekse werking genieten. Voor rechtstreekse werking is onder meer vereist dat sprake is van een duidelijk bepaalde en onvoorwaardelijke verplichting voor de lidstaten.[30] Dat is bij de onderhavige bepaling niet aan de orde. De Rechtbank heeft in haar uitspraak van 22 augustus 2007 overwogen dat ACM geen handhavingsbevoegdheden kan ontlenen aan voornoemde bepaling.

88. Met betrekking tot de afwijzing van de klacht op grond van de prioriteringscriteria merkt ACM op dat zowel de destijds door haar gehanteerde prioriteringscriteria, als de huidige prioriteringscriteria[31] niet in strijd zijn met het zorgvuldigheidsbeginsel dan wel het vertrouwensbeginsel. Het CBb heeft in de eerder aangehaalde uitspraak van 20 augustus 2010 overwogen dat hantering van toenmalige prioriteringscriteria niet in strijd waren met de wet of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aangezien de huidige prioriteringscriteria een nadere verduidelijking inhouden van de criteria zoals die golden ten tijde van het primaire besluit, maar niet wezenlijk daarvan afwijken, geldt dit a fortiori voor de huidige prioriteringscriteria.

89. Uit het gegeven dat de klacht destijds om redenen van prioriteit is afgewezen, mag niet de conclusie worden getrokken dat ACM een minachting zou koesteren voor welke bevolkingsgroep ook. ACM is doordrongen van het bredere maatschappelijke belang van een goede vliegverbinding tussen Amsterdam en Paramaribo waarop ook het CBb heeft gewezen.

90. Vervolgens merkt ACM op dat, nu zij inhoudelijk onderzoek heeft gedaan naar zowel de oude situatie waarin KLM en SLM nog over een alleenrecht beschikten (in de zaak Shiva), als naar de nieuwe situatie, na mei 2006, waarin dat niet langer het geval is (het reeds besproken NMa-onderzoek), de prioriteringscriteria niet meer aan de orde zijn.

---

[30] HvJEG van 5 februari 1963, zaak 26/62, Van Gend & Loos, Jur. 1963, p. 3.

[31] Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Stcrt. 2012 nr. 2151 van 16 februari 2012.

91. Naar aanleiding van een klacht in de zaak Shiva heeft de NMa een kosten- en rendementsonderzoek gedaan naar de hoogte van de vliegtarieven op de vliegroute over de periode 1998-2001. De NMa stelde vast dat KLM en SLM via een samenwerkings- en exploitatieovereenkomst samenwerkten op de vliegroute. De NMa concludeerde dat de samenwerking tussen KLM en SLM geen inbreuk vormde op artikel 6, eerste lid, Mw (kartelverbod) omdat deze samenwerking viel onder de vrijstelling van het (toenmalige) artikel 16 Mw. De NMa nam aan dat er sprake was van een economische machtspositie op de betreffende route. De NMa onderzocht daarom de kosten op de betreffende route in vergelijking met de kosten van vluchten op benchmarkroutes. Uit het onderzoek kwam vervolgens naar voren dat het gemiddelde rendement dat op de route werd behaald slechts in geringe mate naar boven afweek van het door de NMa vastgestelde normrendement. Bij (onherroepelijk) besluit van 8 oktober 2001 heeft de d-g NMa besloten geen rapport op te maken tegen KLM en SLM, omdat uit het onderzoek bleek dat geen sprake was van een inbreuk op artikel 24, eerste lid, Mw.

92. ACM neemt met betrekking tot de klacht van de VVR de conclusie met betrekking tot artikel 24 Mw uit de zaak Shiva over en stelt vast dat over de periode tot oktober 2001 geen sprake is van misbruik van een economische machtspositie van KLM en/of SLM. De zaak van de Vereniging Vrije Vogel ziet op een andere vliegroute en is om die reden niet gelijk aan de onderhavige zaak. Er kan om die redenen geen sprake zijn van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel.

93. ACM leest daarbij de uitspraak van het CBb zo dat het College geen nader onderzoek nodig acht over de periode tussen oktober 2001 en mei 2006. In de uitspraak overweegt het CBb:

    *Gelet op de bevindingen in het besluit van 8 oktober 2001 (*Shiva, NMa*) inzake de prijzen en kosten van vluchten op de route Amsterdam-Paramaribo v.v., de mogelijk aanzienlijke verlaging van de kosten als gevolg van de beëindiging van samenwerkingsovereenkomst tussen KLM en SLM, alsmede de onzekerheden ten aanzien van het bestaan en ontstaan van daadwerkelijke concurrentie op de route, kon naar het oordeel van het College ten tijde van het nemen van besluit op bezwaar van 21 juni 2006 niet worden uitgesloten dat KLM en/of SLM tarieven hanteerden die - in relatie tot de kosten - als excessief zouden moeten worden aangemerkt."*

94. Hieruit leidt ACM af dat het CBb waarde hecht aan de wijzigingen die hebben plaatsgevonden in 2006 en dat deze voor het CBb reden zijn geweest om aan de NMa de opdracht te geven nader onderzoek te doen over de periode vanaf 2006. Daarenboven merkt ACM op dat in deze tussenliggende periode er geen sprake is geweest van relevante wijzigingen ten opzichte van de periode tot oktober 2001. Dit houdt naar het oordeel van ACM in dat het op grond van het onderzoek in de zaak Shiva aannemelijk is dat er in de periode oktober 2001 tot aan mei 2006

evenmin sprake is geweest van excessieve tarieven op de vliegroute. ACM merkt in dit verband op dat KLM in de tussenliggende periode haar tarieven op de vliegroute zelfs heeft verlaagd en dat beide luchtvaartmaatschappijen hun capaciteit op de vliegroute hebben verhoogd.

95. Wat de tariefdifferentiatie van KLM en SLM betreft, volgt ACM de VVR niet, omdat geen sprake is van gelijke situaties. In de zaak Deutsche Bahn betrof de overtreding het hanteren van verschillende tarieven voor twee verschillende aanvoerroutes, als gevolg waarvan de concurrentiepositie van ondernemingen op de ene aanvoerroute werd benadeeld ten opzichte van de concurrentiepositie van de ondernemingen op de andere aanvoerroute. Het behoeft geen betoog dat deze situatie zich op de vliegroute niet voordoet.

96. Met betrekking tot de door KLM gehanteerde prijsdifferentiatie merkt Raad nog op dat prijsdifferentiatie – in de vorm van *yield management* – in de luchtvaart een gebruikelijke praktijk is. Al naar gelang de tijd voor vertrek en de hoeveelheid vrije plaatsen in het toestel kan een prijs worden bepaald. In het algemeen wordt met deze praktijk het aantal vervoerde klanten vergroot en wordt rekening gehouden met uiteenlopende preferenties van passagiers (met betrekking tot het tijdstip van boeken en bijkomende condities), hetgeen mede tot voordeel van de passagiers strekt. Dezelfde vliegtuigstoel kan dientengevolge een verschillende waarde vertegenwoordigen. Om deze reden is het overigens ook onvermijdelijk dat de tarieven voor reizigers niet geheel transparant zijn. Deze wijze van prijsdifferentiatie is (in de kern) geaccepteerd door het CBb in zijn uitspraak van 22 maart 2007 in de zaak NMa/VVV.[32] Overigens wordt niet alleen bij het boeken van vliegtickets prijsdifferentiatie toegepast, maar ook bij bijvoorbeeld het boeken van hotelkamers en voorts buiten de reisbranche.

4.3 Conclusie

97. ACM acht de bezwaren van de VVR die geen betrekking hebben op het onderzoek naar de situatie na mei 2006, maar op de aanpak van de zaak en de conclusies van ACM met betrekking tot de situatie vóór mei 2006, ongegrond.

5 Eindconclusie

98. Gelet op het bovenstaande concludeert ACM dat – zo er al sprake zou zijn van een machtspositie, hetgeen ACM in het midden laat – KLM en SLM na mei 2006 geen excessieve tarieven hebben gehanteerd op de vliegroute, terwijl ook van andere vormen van misbruik van

[32] CBb 22 maart 2007, Vereniging Vrije Vogel, LJN: BA2598.

economische machtspositie niet is gebleken. Voorts concludeert ACM dat er evenmin sprake was van excessieve tarieven in de daaraan voorafgaande periode, waarop de oorspronkelijke klacht en de eerdere bezwaarprocedure betrekking hadden. Voor verboden overeenkomsten tussen KLM en SLM acht ACM geen aanwijzingen aanwezig.

99. ACM komt dan ook tot de slotsom dat de klacht in het primaire besluit, zij het op andere gronden, terecht is afgewezen. ACM ziet derhalve geen reden anders te beslissen en acht het bezwaar ongegrond.

6 Vergoeding van kosten

100. De VVR heeft tijdens de hoorzitting van 18 april 2006 verzocht om een vergoeding voor de kosten die VVR in verband met de behandeling van haar bezwaar heeft gemaakt. Op grond van artikel 7:15 Awb worden deze kosten uitsluitend vergoed door het bestuursorgaan voor zover het bestreden besluit wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid wordt herroepen. Aangezien ACM het bezwaar van de VVR ongegrond verklaart, is er voor vergoeding van de kosten geen plaats.

7 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- verklaart het bezwaar van de VVR tegen het besluit van de directeur-generaal van 15 mei 2003 met kenmerk 3475/5 ongegrond en handhaaft, onder aanvulling van de motivering, het besluit,

- wijst het verzoek om vergoeding van de kosten in de bezwaarfase af.

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

24 april 2013

mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Juridische Zaken