
Vereniging Vrije Vogel/NMa

Hoger beroep, misbruik van machtspositie door hanteren van onbillijke contractuele voorwaarden, College van Beroep voor het bedrijfsleven, AWB 05/766, uitspraak van 22 maart 2007.

(m.nt. mr. C.E. Schillemans)

Achtergrond

Kort na de inwerkingtreding van de Mededingingswet diende de Vereniging Vrije Vogel een klacht in bij de NMa tegen KLM. KLM zou ten aanzien van de route Amsterdam – Curaçao misbruik van een machtspositie maken door excessieve tarieven en onredelijke voorwaarden te hanteren. De onredelijke voorwaarden zouden verband houden met overboekingen en wachtlijsten ten aanzien van de vluchten op deze route. KLM geeft tickets uit voor verschillende prijzen. De prijsverschillen zijn gerelateerd aan het tijdsverloop tussen de aankoop van het ticket en de vertrekdatum alsmede – zo blijkt uit de uitspraak – aan ‘de zekerheid of daadwerkelijk met de door de reiziger gekozen vlucht kan worden gevlogen’.

De NMa wees de klacht af. Daartegen ging de Vereniging Vrije Vogel in bezwaar. De NMa verklaarde dat bezwaar op 30 oktober 2001 ongegrond. Tegen dat besluit stelde de Vereniging Vrije Vogel beroep in. De mogelijke excessiviteit van de tarieven speelde geen rol meer: KLM had per 1 april 2001 de tarieven op de betrokken route verlaagd en dat was voor de Vereniging Vrije Vogel aanleiding het standpunt te verlaten dat de betrokken tarieven excessief waren. Ten aanzien van het vermeend onredelijke karakter van de voorwaarden oordeelde de rechtbank als volgt:

Echter in haar klacht heeft eiseres ook gesteld dat de KLM misbruik maakt van haar machtspositie door het hanteren van onredelijke voorwaarden op de onderhavige route. Naar het oordeel van de rechtbank ontbeert het bestreden besluit ter zake een voldoende motivering, nu verweerder volstaat met de stelling dat de wachtlijsten ontstaan doordat consumenten vroegtijdig tickets voor de goedkope zitplaatsen reserveren, er veel vraag is naar deze zitplaatsen, maar dat ze relatief beperkt in aantal zijn. Tevens heeft verweerder in dit verband gesproken over het bestaan van een ‘objectieve rechtvaardiging’, daarmee kennelijk doelend op het recht van de KLM te streven naar opbrengst-maximalisatie per vlucht. Een en ander laat echter onverlet dat er sprake zou kunnen zijn van misbruik van machtspositie. De NMa had dit moeten onderzoeken en verweerder had een en ander nader dienen te motiveren in het bestreden besluit.

In de daaropvolgende beslissing op bezwaar overwoog de NMa op 18 maart 2004:

12. De d-g NMa is van oordeel dat ten gevolge van de door KLM gehanteerde voorwaarden de handhaving of ontwikkeling van de marktconcurrentie niet wordt tegengegaan. Naar het oordeel van de d-g NMa hanteert KLM de voorwaarden ter verdediging van haar (gerechtvaardigde) commerciële belangen. De gehanteerde voorwaarden staan rechtstreeks in verband met de gerealiseerde opbrengsten en daarmee tevens met het rendement op de route Curaçao.

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

Ook tegen die beslissing op bezwaar stelde de Vereniging Vrije Vogel bezwaar in. Wederom vond de Vereniging Vrije Vogel gehoor bij de rechtbank. De rechtbank overwoog onder meer dat de NMa de eerdere uitspraak van de rechtbank onjuist heeft begrepen en dat niet kon worden volstaan met een nadere motivering van de ongegrondverklaring van de klacht. Voorts overwoog de rechtbank dat de NMa met de koppeling tussen het hanteren van de voorwaarden en het niet onbillijk hoog zijn van de tarieven heeft miskend dat sprake kan zijn van misbruik van een economische machtspositie door het hanteren van onredelijke voorwaarden zonder dat sprake is van onbillijk hoge tarieven.

De NMa stelde tegen de uitspraak hoger beroep in. De NMa voerde onder meer aan dat in de beslissing op bezwaar niet is miskend dat misbruik aan de orde kan zijn door het hanteren van onredelijke voorwaarden zonder dat onbillijk hoge tarieven aan de orde zijn, maar dat beide vraagstukken in casu zodanig met elkaar zijn verbonden dat ze niet los van elkaar kunnen worden beoordeeld. De Vereniging Vrije Vogel handhaafde haar standpunt dat KLM onredelijke voor-

waarden hanteert op de route van Amsterdam naar Curaçao. Anders dan met betrekking tot de routes waar KLM geen machtspositie heeft, zouden ten aanzien van de betrokken route lagere tarieven geblokkeerd worden en voor de consument nadelige voorwaarden en verkooptechnieken worden toegepast.

De uitspraak

Het College maakt allereerst een helder onderscheid tussen misbruik door uitsluiting van concurrenten en misbruik door uitbuiting van afnemers:

6.3.1 Het Gerecht heeft recent in het arrest Selex, onder aanhaling van eerdere jurisprudentie, overwogen dat het begrip misbruik van een machtspositie een objectief begrip is, dat betrekking heeft op de gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere dan de gebruikelijke middelen bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale mededinging met goederen of diensten (arrest van 12 december 2006, T-155/04, punt 107). De weergave van de vaste (Europese) rechtspraak inzake het begrip misbruik, die NMa in de beslissing op bezwaar van 18 maart 2004 heeft gegeven, is in lijn met deze jurisprudentie. Vastgesteld moet worden dat deze omschrijving van het begrip misbruik met name vormen van misbruik betreft, die gericht zijn op zogeheten ‘uitsluiting’ of ‘verdringing’ van concurrenten, zoals leveringsweigering en de weigering van toegang tot bepaalde faciliteiten. Bij de beoordeling van dergelijk gedrag is bepalend of, zoals volgt uit de hiervoor gegeven omschrijving van het begrip misbruik, de concurrentie wordt geschaad.

6.3.2 Onder het begrip misbruik kan echter niet alleen de uitsluiting of verdringing van concurrenten vallen, maar ook de uitbuiting van een economische machtspositie, zoals onder meer blijkt uit het in artikel 82, onder a, EG genoemde voorbeeld van het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met artikel 24 Mw heeft beoogd aan te sluiten bij artikel 82 EG en dat de in deze laatste bepaling genoemde voorbeelden ook voor artikel 24 Mw gelden (Memorie van Toelichting, TK 1995/1996, 24707, nr. 3, blz. 24 e.v. en blz. 71).

De hiervoor gegeven omschrijving van het begrip misbruik ingeval van uitsluiting of verdringing van concurrenten vormt geen passend handvat bij de

beoordeling van misbruik door uitbuiting, aangezien het in het laatste geval niet de concurrentie is die wordt geschaad, maar de afnemers. Het Hof heeft het begrip misbruik in de context van uitbuiting dan ook anders omschreven dan in de context van uitsluiting of verdringing. In het arrest *United Brands* heeft het Hof misbruik namelijk omschreven als het benutten van de mogelijkheden van een machtspositie om handelsvoordelen te verwerven die de bezitter van de machtspositie in een situatie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging niet zou hebben gehad (arrest van 14 februari 1978, 27/76, Jur. 1978, blz. 207, punt 249). Het Hof oordeelde dat in die zaak een dergelijk misbruik zou bestaan in het toepassen van een te hoge prijs, die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie (punt 250).

Vervolgens overweegt het College:

(...) Hoewel het arrest *United Brands* betrekking heeft op het hanteren van onbillijke prijzen hetgeen in het onderhavige geschil niet meer aan de orde is biedt de in dit arrest gegeven omschrijving van het begrip misbruik een handvat bij de beoordeling of KLM in het onderhavige geval onbillijke contractuele voorwaarden heeft gehanteerd.

(...) Uit de hiervoor weergegeven jurisprudentie kan worden afgeleid dat in dit geval tot misbruik zou moeten worden geconcludeerd als KLM contractuele voorwaarden zou toepassen die niet in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestatie. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat KLM tickets uitgeeft voor verschillende tarieven. De hoogte van de tarieven wordt bepaald door onder meer het tijdsverloop tussen de aankoop van het ticket en de vertrekdatum, alsmede de zekerheid of daadwerkelijk met de door de reiziger gekozen vlucht kan worden gevlogen. Hetgeen VVV in wezen wenst, is dat KLM aan de tickets waarvoor een laag tarief geldt, de contractuele voorwaarden verbindt die gelden voor tickets waarvoor een hoger tarief moet worden betaald. Het lage tarief geldt echter niet voor niets: het zijn, naast uiteraard de afstand en de klasse, onder meer de contractuele voorwaarden die de hoogte van het tarief bepalen. Het College maakt uit de beslissing op bezwaar van 18 maart 2004, alsmede de nadere toelichting in het beroepschrift en ter zitting, op dat deze argumenten NMa tot de conclusie hebben gebracht dat gelet op het rechtstreekse verband tussen contractuele voorwaarden en opbrengsten, alsmede rendement, de contractuele voorwaarden in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestatie, zodat geen sprake is van misbruik.

Anders dan de rechtbank is het College, gelet op het vorenstaande, van oordeel dat de beslissing op bezwaar van 18 maart 2004, hoewel summier, deugdelijk is gemotiveerd.

Commentaar

Het door het College gemaakte fundamentele onderscheid tussen uitsluitingsmisbruik en uitbuittingsmisbruik is van belang bij de toepassing van artikelen 24 Mw en 82 EG-Verdrag. Het toe te passen raamwerk voor de beoordeling van uitsluitingsmisbruik is thans onderwerp van procedures voor de gemeenschapsrechter – zoals in de zaken *Microsoft* en *Wanadoo* – en een *discussion paper* van de Europese Commissie. De aandacht voor uitbuittingsmisbruik steekt daar wat schril bij af. Dat kan wellicht worden verklaard door een toenemende economische benadering van het leerstuk van misbruik van machtspositie, waarin de gevolgen van bepaald gedrag voor de concurrentie op een markt centraal staan.

Dat neemt niet weg dat het belang van bescherming van verbruikers en handelspartners stevig verankerd is in artikel 82 EG-Verdrag, zelfs veel meer dan het belang van de bescherming van concurrentie.

Het door het College gemaakte onderscheid tussen uitbuittingsmisbruik en uitsluitingsmisbruik is niet op een vergelijkbare manier terug te vinden in de hierboven weergegeven overwegingen uit de beslissing op bezwaar van de NMa. Integendeel, de NMa stelt allereerst vast dat door de betrokken voorwaarden de handhaving of ontwikkeling van concurrentie niet wordt tegengegaan. Vervolgens oordeelt de NMa dat de voorwaarden gehanteerd worden ter verdediging van de gerechtvaardigde commerciële belangen van KLM. Dat is nu juist een verweer dat in uitsluitingsmisbruikzaken wordt gevoerd.

Het belang van deze uitspraak ligt met name in het oordeel van het College dat de in het *United Brands* arrest geformuleerde toets voor het vaststellen van onbillijke tarieven – althans ‘in dit geval’ – ook geldt voor het vaststellen van onbillijke contractuele voorwaarden. De voorwaarden dienen derhalve in een redelijke verhouding te staan tot de economische waarde van de geleverde prestaties. Ook daarover zegt de beslissing op bezwaar van de NMa niets, maar het College stelt niettemin vast dat de voor die toets relevante argumenten wel door de NMa onder ogen zijn gezien – mede op basis van wat ter zitting aan de orde is gekomen.

Dat de gehanteerde voorwaarden van KLM vervolgens aan dit criterium voldoen, is dan geen verrassing meer omdat de beoordeling van de voorwaarden ook door het College feitelijk wordt gekoppeld aan de beoordeling van de redelijkheid van de tarieven. De door het College uit het arrest *United Brand* afgeleide toets voegt op zichzelf dan ook niet veel toe aan de kernvraag of de gehanteerde voorwaarden inderdaad rechtstreeks verbonden kunnen worden geacht met de betrokken tarieven, of zoals de NMa aangaf, ‘verder gaan dan in redelijkheid nodig’ is om bepaalde opbrengsten te realiseren.

Zo ja, dan verdienen de gehanteerde voorwaarden hetzelfde mededingingsrechtelijke lot als de tarieven zelf.

De uitspraak gaat niet uitgebreid in op deze kernvraag of de voorwaarden rechtstreeks verbonden zijn met de tarieven, maar beperkt zich in dit verband tot de vaststelling dat tariefverschillen worden verklaard door verschillen in voorwaarden. De vraag dringt zich op of een rechtstreeks verband tussen voorwaarden en tarieven op deze wijze niet te gemakkelijk aangenomen kan worden en of de lat voor het aannemen van misbruik door het hanteren van onredelijke voorwaarden bijgevolg niet te hoog wordt gelegd.

Wat daar van moge zijn, mijns inziens vormt deze uitspraak in ieder geval geen zinvol raamwerk voor de beoordeling van de redelijkheid van contractuele voorwaarden die niet in nauw verband staan met de gehanteerde tarieven. Wanneer staat bijvoorbeeld een bepaalde opzegtermijn al dan niet in een redelijke verhouding tot de economische waarde van de geleverde prestaties of diensten? Dat is niet goed aan te geven. De uitspraak geeft gelukkig voldoende aanknopingspunten om de relevantie ervan te beperken tot gevallen waarin de te beoordelen voorwaarden nauw verband houden met de gehanteerde tarieven.

Hoe dienen voorwaarden die niet rechtstreeks verbonden zijn met de tarieven dan wel te worden beoordeeld? De door het College weergegeven passages uit het arrest *United Brands* bieden een mogelijk raamwerk voor de beoordeling van dergelijke gevallen: misbruik is aan de orde indien de mogelijkheden van een machtspositie worden benut om 'handelsvoordelen te verwerven die de bezitter van een machtspositie in een situatie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging niet zou hebben gehad'. Misbruik derhalve indien de machtspositie wordt gebruikt om van normaal handelsgebruik afwijkende voorwaarden te hanteren ten nadele van de verbruiker? Daarmee zou het verbod van misbruik van machtspositie wellicht een handelsrechtelijk karakter krijgen, maar dat is niet in strijd met de tekst van artikel 82 EG-Verdrag, dat met name verwijst naar 'onbillijke' prijzen en voorwaarden, het benadelen van verbruikers en prestaties die al dan niet 'volgens handelsgebruik' verband houden met het onderwerp van de betrokken overeenkomsten.

De klacht van Vereniging Vrije Vogel had aanleiding kunnen zijn dit handelsrechtelijk karakter van het verbod op het maken van misbruik van machtspositie nader te definiëren. De klacht lijkt er immers in feite op neer te komen dat KLM zich schuldig maakt aan oneerlijke handelspraktijken ten aanzien van de route waarop KLM een machtspositie heeft; praktijken die achterwege zouden worden gelaten ten aanzien van routes waarop KLM geen machtspositie heeft. Uit de uitspraak blijkt helaas niet in welke mate en waarom de door KLM gehanteerde voorwaarden op de betrokken route anders waren dan op andere routes. Dat zou relevant geweest kunnen zijn in voornoemde voorgestelde benadering. Het College kwam daar evenwel niet meer aan toe door het geconstateerde rechtstreeks verband tussen de betrokken voorwaarden en de tarieven.