

Beslissing nr. 2001-V/M-26 van 28 mei 2001

Beslissing van de de Plaatsvervangend Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door bvba Executive Limousine Organisation (E.L.O.) tegen nv Brussels International Airport Companij, (B.I.A.C.) voorheen Regie der Luchtwegen.

Gezien de klacht ten gronde dd 16 februari 1998 ingediend door de bvba E.L.O. gekend onder nr. I/O 98/07;

Gezien het verzoek tot voorlopige maatregelen dd 16 februari 1998 ingediend door de bvba E.L.O., gekend onder nr. I/O 98/08;

Gezien het verslag van de Dienst dd 4 maart 1998 inzake het verzoek tot voorlopige maatregelen;

Gezien de tussenbeslissing dd 7 april 1998 van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, waarbij de Dienst met een bijkomend onderzoek werd gelast in het kader van de gevraagde voorlopige maatregelen;

Gezien het aanvullend verslag van de Dienst dd 14 mei 1998 inzake het verzoek tot voorlopige maatregelen;

Gehoord ter zitting van 18 december 2000 :

- de heer Ronny Van Ransbeeck namens de Dienst;
- de heer Gerrit Bellon namens Aviapartner;
- meester Bart Verhavert loco meester Roseleth en de heer Michel Naets namens de bvba E.L.O.;

Gezien onze beschikking dd 3 januari 2001 waarbij termijnen voor het neerleggen van een memorie werden vastgelegd;

Gehoord ter zitting van 27 april 2001 :

- de heer J. Isselée namens de Dienst;
- meester Vincent Van Obberghen en de heer Michel Naets namens de bvba E.L.O.;
- meester Peter Wytinck namens de nv B.I.A.C.;
- de heer Johan Maertens namens Sabena;

Gezien de aanvullende nota van de Dienst dd 20 januari 2001;

Gezien de memories neergelegd namens de bvba E.L.O.;

Gezien de memorie neergelegd namens de nv B.I.A.C. (voorheen Regie der Luchtwegen);

Gezien de memorie neergelegd namens Belgavia;

Gezien de stukken van het dossier;

Gezien de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.) en onder meer art. 35 luidens hetwelk de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op aanvraag van de klager of van de Minister, voorlopige maatregelen kan nemen bestemd om restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen

aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang;

I. Over de feiten

1. Verzoeker, bvba Executive Limousine Organisation (E.L.O.), opgericht in 1995, is onder meer actief in het vervoer van personen met luxe voertuigen, waaronder het vervoer van piloten en bemanning tussen de uitgang van de luchthaven van Brussel-Nationaal en een hotel;

De nv Brussels International Airport Company (B.I.A.C.), een autonoom overheidsbedrijf, is sinds 1 oktober 1998 de rechtsopvolger van de Regie der Luchtwezen voor wat de luchthavenactiviteiten betreft, waaronder enerzijds het beheer van de activiteiten op de luchthaven Brussel-Nationaal, anderzijds het bouwen en exploiteren van de grondinstallaties van de luchthaven, dit alles met uitzondering van onder meer de luchtverkeersleiding die toevertrouwd is aan een ander autonoom overheidsbedrijf, namelijk Belgocontrol;

2. Voor wat het vervoer van de piloten en bemanning betreft toont de praktijk aan dat zulks gebeurt ofwel op basis van een rechtstreekse overeenkomst met een luchtvaartmaatschappij ofwel op basis van een overeenkomst met een hotel dat op zijn beurt een overeenkomst (bevattende overnachting en vervoer) sluit met een luchtvaartmaatschappij;

Op 8 oktober 1997 heeft E.L.O. via DHL Security aan de Regie gevraagd om toegang te krijgen tot de tarmac ten einde de crew te komen afhalen vanaf het vliegtuig in plaats van de uitgang van de luchthaven, zulks met het oog op een meer efficiënte en flexibele dienstverlening;

De Regie heeft per fax dd 25 november 1997 laten weten dat aan de aanvraag geen gevolg kon gegeven worden vermits omwille van redenen van veiligheid, beveiliging en capaciteitsgebrek aan slechts twee maatschappijen, namelijk Sabena en Belgavia een machtiging voor het verlenen van handling kon gegeven worden, zulks overeenkomstig de Richtlijn 96/67/EG van de Europese Raad dd 15 oktober 1996;

E.L.O. heeft op 27 november 1997 haar aanvraag herhaald, waarop door de Regie op 27 december 1997 negatief werd gereageerd;

3. E.L.O. stelt dat zij door deze situatie, namelijk het verbod om op de tarmac te komen, aanzienlijk verlies heeft, terwijl haar zakencijfer met betrekking tot dit specifiek transport aanzienlijk gedaald is;

E.L.O. stelt in essentie dat B.I.A.C. zowel artikel 3 als artikel 2 van de W.B.E.M. schendt;

E.L.O. ziet een schending van artikel 2 van de W.B.E.M. doordat B.I.A.C. een afspraak om de markt te verdelen creëert, door enkel aan Sabena en Belgavia een machtiging te geven;

E.L.O. ziet een schending van artikel 3 van de W.B.E.M. doordat B.I.A.C. die exclusief bevoegd is voor de exploitatie van de luchthaven van haar machtspositie misbruik maakt door enkel aan twee ondernemingen, namelijk Sabena en Belgavia, toelating te geven op de specifieke markt van de "crew handling" op te treden;

E.L.O. doet nog opmerken dat zij een Nato veiligheidsattest heeft, verder dat zij voldoet aan een speciale verzekering burgerlijke aansprakelijkheid;

4. E.L.O. vraagt in het kader van de procedure voorlopige maatregelen :

- om de weigering van B.I.A.C. te schorsen, waarbij B.I.A.C. aan E.L.O. verbod oplegt om op de tarmac van de luchthaven Brussel-Nationaal te komen;

- om een dwangsom op te leggen aan B.I.A.C. van 100.000.-BEF per dag zolang E.L.O. de toegang tot de tarmac wordt geweigerd;
- om alle andere voorlopige maatregelen te bevelen die nuttig en efficiënt geacht worden ter schorsing van de restrictieve mededingingspraktijken die B.I.A.C. ten aanzien van E.L.O. aan de dag legt;

II. In rechte :

Teneinde voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van W.B.E.M. te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn :

- het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager;
- het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.;
- het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging, 1996, 836);

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden vervuld zijn;

1. Een klacht ten gronde.

E.L.O. heeft op 17 februari 1998 een klacht neergelegd wegens schending van artikel 2 en artikel 3 van de W.B.E.M.. Er bestaat derhalve een klacht ten gronde zodat de eerste vereiste voldaan is;

2. Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.

In het kader van artikel 35 van de W.B.E.M. volstaat het dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor eindbeslissing (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr.98-VMP-1; Beslissing van de Voorzitter van de Raad van 30 augustus 2000, zaak nr.MEDE-V/M-27, reeds geciteerd);

Zowel de Dienst als B.I.A.C. werpen terecht op dat er prima facie geen inbreuk is op de W.B.E.M.;

Het vervoer van piloten van het vliegtuig naar de uitgang van de luchthaven valt onder de toepassing van Richtlijn 96/97 van de Raad van 15 oktober 1996 betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthaven van de Gemeenschap (P.B.1996L272/36), richtlijn die in de nationale rechtsorde werd omgezet in het K.B. van 12 november 1998 (Belgisch Staatsblad 25 december 1998 - p.41210) betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthaven Brussel-Nationaal;

De diensten die E.L.O. in kwestie op de tarmac wil verrichten zijn platformafhandelingsdiensten in de zin van punt 5.4 van de bijlage bij het K.B.;

Artikel 5 § 2 van het K.B. van 12 november 1998 voorziet dat voor de grondafhandelingsdienst die plaatsgrijpt op de airside, en met name de platformafhandeling, het aantal toegestane dienstverleners beperkt zal worden tot twee, (onder meer om veiligheidsredenen) terwijl artikel 9 van het K.B. een selectieprocedure voorziet, waarbij men zich voor een bepaalde periode kandidaat kan stellen;

In casu werd de selectieprocedure aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen op 21 juni 2000;

Uit de ons verstrekte gegevens blijkt dat E.L.O. niet heeft deelgenomen aan de selectieprocedure;

E.L.O. komt derhalve niet in aanmerking voor een toelating als "derdenafhandelaar";

B.I.A.C. heeft conform de procedure Sabena en Avia Partner geselecteerd voor een duur van vier jaar, wat korter is dan de termijn van zeven jaar voorzien in de Richtlijn en in het K.B.;

E.L.O. kan hoe dan ook niet in aanmerking komen voor een toelating als "zelfafhandelaar" nu E.L.O. geen luchtvaartmaatschappij en dus ook geen luchthavengebruiker is;

Na een selectieprocedure werden Sabena en E.A.T. (DHL Aviation) weerhouden als zelfafhandelaars;

Zowel de Dienst, B.I.A.C., Aviapartner als Sabena besluiten terecht dat in die omstandigheden geen inbreuk tegen artikel 2 en artikel 3 van de W.B.E.M. kan weerhouden worden;

Misbruik van machtspositie in de zin van artikel 3 W.B.E.M. kan niet weerhouden worden nu B.I.A.C. gehandeld heeft conform de Richtlijn 96/97 van de Raad van 15 oktober 1996, overgenomen in het K.B. van 12 november 1998;

Doordat B.I.A.C. aan wettelijke verplichtingen voldoet, kan haar gedrag niet in strijd zijn met het mededingingsrecht (zie o.a. arrest Hof van Justitie dd 11 november 1997 in zaak C359/95 : Commissie/Ladbroke, Jur.1997, I-6.301; zie ook beslissing Raad voor de Mededinging dd 22 april 1999 in zaak nr.99-rpr-6 : Way Up/Belgacom, Belgisch Staatsblad 18 augustus 1999, p.30.795);

Om dezelfde reden kan er geen sprake zijn van een inbreuk op artikel 2 W.B.E.M., namelijk dat er afspraken zouden bestaan om de markt te verdelen;

Het K.B. van 12 november 1998 laat nu eenmaal toe dat de grondafhandeling tot twee ondernemingen wordt beperkt, mits een beperkte selectieprocedure wordt gevolgd, procedure die in casu werd in acht genomen;

3. Het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden;

Het nadeel is ernstig van zodra een relevant onderdeel van de activiteit van de onderneming er door getroffen wordt;

Het nadeel is onmiddellijk wanneer de uitwerking ervan op het ogenblik van het verzoek reëel of eminent is;

Het nadeel is onherstelbaar wanneer de toestand zoals hij zou evolueren zonder voorlopige maatregelen niet meer kan ongedaan gemaakt worden door de beslissing ten gronde van de Raad;

De hoogdringendheidsvereiste impliceert dat aan de hand van nieuwe feiten wordt aangetoond dat de situatie in vergelijking tot deze op het ogenblik van het indienen van de klacht, verergerd is;

De afwezigheid van één van deze voorwaarden geeft aanleiding tot de ongegrondverklaring van het verzoek tot voorlopige maatregelen, vermits de voorwaarden "ernstig" "onmiddellijk" "onherstelbaar" "dringend" cumulatief moeten aanwezig zijn;

BIAC stelt terecht dat de hoogdringendheid moet beoordeeld worden op het ogenblik van de uitspraak;

E.L.O. bewijst op heden geen hoogdringendheid, waarbij B.I.A.C. terecht opmerkt dat het meest recente stuk waarop E.L.O. steunt een document is van 30 april 1998, hetzij meer dan drie jaar oud;

De Dienst heeft naar aanleiding van het gevoerde onderzoek bovendien vastgesteld dat er geen sprake is van een "onmiddellijk" nadeel nu het wegvallen van de samenwerking met de luchtvaartmaatschappij British Midland niet van aard is dat zulks tot een faillissement kan leiden;

De Dienst heeft verder vastgesteld dat er tegenover het wegvallen van bepaalde klanten andere nieuwe klanten staan, verder dat de activiteiten van E.L.O. volledig geheroriënteerd zijn, vermits het vervoer naar de luchthaven nog slechts 20 à 30 % van de totale omzet van E.L.O. vertegenwoordigt, zodat het duidelijk is dat het verkrijgen van de toegang tot de tarmac niet meer van essentieel belang is voor het overleven van E.L.O. en er dan ook niet meer over een "ernstig" nadeel kan gesproken worden;

4. Het volstaat dat één van de hierboven onderzochte voorwaarden niet vervuld is om het verzoek tot voorlopige maatregelen ongegrond te verklaren;

Vermits wij hierboven tot het besluit zijn gekomen dat er zelfs aan twee van de drie voorwaarden niet is voldaan moet het verzoek tot voorlopige maatregelen ontvankelijk, doch ongegrond verklaard worden;

Om deze redenen,

Wij, Peter POMA, plaatsvervangend Voorzitter van de Raad,

Verklaren het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk, doch ongegrond;

Aldus beslist op 28 mei 2001.