



*uit het gevoerde onderzoek waarover het auditoraat momenteel beschikt, het onwaarschijnlijk is dat de clausule 4.1. b) (ii) (iii) van de Schedule 3 van de CSA, dat een prijskorting voor Thomas Cook Belgium voorziet, als mededingingsbeperkend zal beschouwd worden”.*

5. Op 3 juni 2019, na de inwerkingstreding van de wet van 2 mei 2019, heeft de auditeur generaal Carl Wettinck als auditeur-adviseur aangewezen overeenkomstig het nieuwe artikel IV.27 § 4 WER.
6. Op 20 september 2019 heeft de auditeur, na advies van de auditeur-adviseur, overeenkomstig artikel IV.46 § 1er WER, een mededeling van grieven aan de betrokken ondernemingen gestuurd.
7. Op 25 september 2019 informeert de advocaat van SNB het auditoraat dat Brussels Airlines NV dezelfde dag het CSA met onmiddellijke ingang had beëindigd aangezien TCB het faillissement heeft aangevraagd.
8. Op 12 februari 2020, heeft de auditeur, na advies van de auditeur-adviseur, overeenkomstig artikel IV.46 § 4 WER, zijn gemotiveerd voorstel van beslissing neergelegd bij de voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit.
9. Op 10 maart 2020 heeft SNB vertrouwelijke schriftelijke opmerkingen op het gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur geformuleerd.
10. Op 12 maart 2020 heeft de auditeur een beslissing genomen over vertrouwelijkheid van passages en documenten inzake proceduredossier SNB –TCB.
11. Op 1 april 2020 heeft de Voorzitter het College samengesteld.
12. Op 29 april 2020 heeft de Voorzitter partijen opgeroepen voor de zitting van 6 mei 2020.
13. Op 6 mei 2020 werden SNB, het Auditoraat, de directeurs economische en juridische zaken gehoord door het College.
14. Op 25 mei 2020 werd de ontwerpbeslissing overgemaakt aan de Europese Commissie in toepassing van artikel 11(4) van de Verordening 1/2003.

## **II. De betrokken ondernemingen**

15. Het CSA dat het voorwerp uitmaakt van huidig onderzoek, werd ondertekend door Brussels Airlines NV en Thomas Cook Belgium (hierna: “de partijen”).

### **II.1 Brussels Airlines NV**

16. Brussels Airlines NV (hierna “SNB”), met als ondernemingsnummer 0400.853.488, is gevestigd te Jaargetijdenlaan 100-102, 1050 Elsene; hebbende als raadsman Meester Vincent Mussche, advocaat te 1000 Brussel, Keizerslaan 3.
17. SNB is een Belgische luchtvaartmaatschappij, met ruim 3.500 werknemers en 50 vliegtuigen, die ongeveer 300 vluchten per dag voor haar rekening neemt, naar meer dan 90 bestemmingen in voornamelijk Europa en Afrika. Naast haar passagiersactiviteiten, biedt SNB op al haar vluchten

ook cargo capaciteit. Verder biedt SNB de mogelijkheid om een volledig toestel te charteren, onder andere voor tour operatoren.

18. SNB is volledig in handen van SN Airholding welke op haar beurt volledig in handen is van Deutsche Lufthansa AG (DLH), gevestigd te Von-Gablenz-Strasse 2-6 50679 Köln, Duitsland en geregistreerd onder het nummer DE122652565.
19. Zowel SNB als Deutsche Lufthansa AG dienen in deze zaak als betrokken ondernemingen te worden beschouwd.

## **II.2 Thomas Cook Belgium**

20. Thomas Cook Belgium (hierna "TCB"), met als ondernemingsnummer 0418.052.479, is gevestigd te Tramstraat 63-67, 9052 Zwijnaarde; hebbende als curatoren Meester Hans De Meyer, advocaat te 9000 Gent, Coupure 373.
21. TCB is een Belgische touroperator. Jaarlijks verzorgt TCB de vakantie van meer dan 1 miljoen klanten. TCB stelt zich voor als een toonaangevende speler in de georganiseerde reissector in België. Haar productaanbod wordt gecommmercialiseerd via een uitgebreid verkoopnetwerk dat bestaat uit Neckermann Vakantiewinkels en Thomas Cook Travel Shop-Gigatours kantoren.
22. TCB is in handen van Thomas Cook Group PLC, gevestigd te The Thomas Cook Business Park, Coningsby PE2/8SB Peterborough, Verenigde Koninkrijk en geregistreerd onder het nummer GB239384142.
23. Zowel TCB als Thomas Cook Group PLC dienen als betrokken ondernemingen te worden beschouwd.
24. In september 2019 werden TCB en Thomas Cook Group PLC failliet verklaard<sup>3</sup>.

## **III. Gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur**

25. Het gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur luidt als volgt:

### **"III.De marktposities van de betrokken partijen**

28. *SNB is actief op de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren<sup>4</sup> en TCB op de Belgische markt voor de verkoop van reispakketten door tour operatoren aan eindconsumenten.<sup>5</sup>*

---

<sup>3</sup> Zie document I.2.ZZB2. Zie ook <https://www.gov.uk/government/news/thomas-cook-information-for-customers-employees-creditors-and-shareholders>

<sup>4</sup> Beslissing BMA-2017-C/C-31 van 11 september 2017 in de zaak Brussels Airlines NV en Thomas Cook Airlines Belgium NV.

<sup>5</sup> Zie, onder andere, Case COMP/M.4600,TUI/ First Choice §§ 12-39 en Case M.8046, TUI / Transat France, §§ 11-65.

### **III.1 De Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren**

29. *In de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren wordt het aanbod gedaan door luchtvaartmaatschappijen en de vraag komt van tour operatoren die ofwel individuele stoelen inkopen, een vast aantal stoelen inkopen of volledige vluchten boeken.*
30. *In de huidige zaak worden enkel korte- en middellangeafstand bestemmingen in rekening genomen en wordt er geen onderscheid gemaakt tussen het leveren van vliegtuigstoelen aan tour operatoren via chartervluchten enerzijds en via andere vluchten, inclusief lijnvluchten volgens vaste dienstregeling, anderzijds. Voor de bestemmingen waarop de zaak van toepassing is oefenen chartervluchten een competitieve druk uit op de verkoop van pakketten van stoelen op lijnvluchten en omgekeerd<sup>6 7</sup> en daarom behoren zowel lijnvluchten als chartervluchten tot de relevante markt.*
31. *Het marktaandeel van SNB op de aanbodzijde van de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen bedraagt voor het winterseizoen 2016-2017 ongeveer [70-80]% en voor het zomerseizoen 2018 ongeveer [90-100]%.<sup>89</sup>*
32. *Bij het berekenen van deze marktaandelen werden de verkopen door TUI Fly aan TUI Belgium als captief beschouwd en dus niet in rekening genomen voor de berekening van het totale marktvolume.<sup>10</sup>*
33. *Op basis van de beschikbare gegevens uit de concentratiezaak<sup>11</sup> schat de auditeur in dat op de vraagzijde van de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen aan tour operatoren (op basis van het aantal verkochte pakketreizen door TCB en haar concurrenten tussen november 2016 en oktober 2017), TCB post-transactie (i.e. na de overname van de luchtvaartactiviteiten van Thomas Cook Airlines in België door SNB) een marktaandeel van [70-80]% heeft. De captieve verkopen van TUI worden hier opnieuw niet meegerekend. De belangrijkste kleinere spelers zijn Corendon en Sundio met een marktaandeel van respectievelijk [5-15]% en [5-15]%.<sup>12</sup>*

### **III.2 De Belgische markt voor de verkoop van reispakketten door tour operatoren aan eindconsumenten**

34. *De marktaandelen voor de verkoop van reispakketten door tour operatoren aan eindconsumenten worden berekend op basis van vliegtuigstoelcapaciteit gebruikt door*

---

<sup>6</sup> Zie de antwoorden van Beltur, ClubMed en Sundio op vraag 10 van VOI 1 dat werd gestuurd in het kader van de concentratiezaak.

<sup>7</sup> Zie de antwoorden van Beltur, ClubMed en Sundio op vraag 10 van VOI 1 dat werd gestuurd in het kader van de concentratiezaak.

<sup>8</sup> Zie §§ 84-88 van het beslissingsontwerp van het auditoraat in het kader van de concentratiezaak.

<sup>9</sup> Deze marktaandelen zijn niet significant veranderd. Zie documenten I.1.ZX3 SNB en I.2.ZS2. TCB.

<sup>10</sup> Zie § 87 van het beslissingsontwerp van het auditoraat in het kader van de concentratiezaak.

<sup>11</sup> Zie bijlage 44 bij de aanmelding in het kader van de concentratie TCAB/SNB.

<sup>12</sup> Zie bijlage 44 bij de aanmelding in het kader van de concentratiezaak SNB-TCAB.

*Belgische tour operatoren. Reispakketten georganiseerd vanuit (of binnen) België met gebruik van andere transportmiddelen worden dus niet in rekening genomen.*

35. *Wat het onderscheid betreft tussen korte- en middellangeafstand bestemmingen (< 3 uur) en langeafstand bestemmingen (> 3 uur), merkt de auditeur op dat de bestemmingen waarop de huidige zaak van toepassing is, i.e. bestemmingen in Europa, in het Noorden van Afrika en Kaap Verdië, kunnen beschouwd worden als korte- en middellangeafstand bestemmingen.*
36. *Op deze downstream markt voor de verkoop van reispakketten met vlucht door tour operatoren aan eindconsumenten bedroeg het marktaandeel voor bestemmingen op korte- en middellange afstand van TCB [30-40]% voor de periode tussen november 2016 en oktober 2017.<sup>13</sup> TCB is hiermee de tweede speler, na TUI met een marktaandeel van [50-60]%. Verder zijn er Corendon met [0-10]% (gespecialiseerd in reizen naar Turkije), Sundio met [0-10]% en enkele andere kleine spelers met een gezamenlijk aandeel van [0-5] %.<sup>14</sup>*

## **IV. De CSA en haar economische context**

### **IV.1 De Commercial Service Agreement (« CSA »)**

37. *Op 8 juni 2017 hebben SNB en TCB een “commercial service agreement” (hierna “CSA”) afgesloten.*
38. *In deze overeenkomst engageert TCB zich voor de aankoop van tenminste [700 000-800 000] vliegtuigstoelen per jaar bij SNB.<sup>15</sup> De spreiding van deze [700 000-800 000] vliegtuigstoelen tussen het zomerseizoen en het winterseizoen en over de verschillende bestemmingen is voorzien in een “Baseline Seasonal Agreement” dat jaarlijks door beide partijen wordt genegotieerd.<sup>16</sup>*
39. *De partijen hebben op 27 oktober 2017 overeenkomsten gesloten voor het winterseizoen 2017-2018 en voor het zomerseizoen 2018.<sup>17</sup> Op 13 april 2018 hebben de partijen een overeenkomst gesloten voor het winterseizoen 2018-2019.<sup>18</sup> Op 15 september 2018 hebben de partijen een overeenkomst gesloten voor het zomerseizoen 2019.<sup>19</sup>*
40. *Voor de volgende jaren, in het geval de partijen voor een bepaalde datum geen overeenkomst bereiken<sup>20</sup>, dan zal de overeenkomst die van toepassing was voor het vorige zomer- of*

---

<sup>13</sup> Uit de door TCB gegeven aktualisering van de marktaandelen blijkt dat deze marktaandelen sindsdien niet significant zijn gewijzigd. Zie document I.2.ZS2. TCB.

<sup>14</sup> Zie bijlage 44 bij de aanmelding in het kader van de concentratie TCAB/SNB.

<sup>15</sup> Zie clause 4.1 van Schedule 3 bij de CSA

<sup>16</sup> Zie clause 4.1 van Schedule 3 bij de CSA

<sup>17</sup> Zie de documenten I.1.J9 SNB en I.1.J10. SNB.

<sup>18</sup> Zie document I.2.ZO4 TCB en I.1.ZV4 SNB

<sup>19</sup> Zie document I.2.ZO5 TCB en I.1.ZV5 SNB

<sup>20</sup> Deze datum, de “Seasonal Cut-Off date” genoemd, is de 15 april voor de winterseizoenen en de 15 september voor de zomerseizoenen.

winterseizoen van toepassing blijven, evenwel met een proportionele vermindering van het aantal stoelen zodat TCB niet meer dan [700 000-800 000] vliegtuigstoelen moet kopen bij SNB.<sup>21</sup> In elke seizoenovereenkomst moeten de bestemmingen ondergebracht worden in één van de volgende drie categorieën<sup>22</sup>:

a) FO<sup>23</sup> bestemmingen, i.e. [VERTROUWELIJK];

b) Gedeelde bestemmingen, i.e. [VERTROUWELIJK];

c) TO<sup>24</sup> bestemmingen, i.e. [VERTROUWELIJK].

41. De basisclassificatie van een bestemming (FO, TO, gedeeld) is vastgelegd in de "Baseline Seasonal Agreements" op basis van de hoeveelheid stoelen die door TCB werden vastgelegd in allotment.<sup>25</sup> Deze classificatie kan worden gewijzigd. Dit gebeurt echter niet automatisch op basis van gewijzigde afnamepercentages, maar enkel mits akkoord van beide partijen. Zo is het mogelijk dat een bestemming waarvoor het gemiddelde percentage van vliegtuigstoelen afgenomen door TCB in een bepaald seizoen bijvoorbeeld 86% bedraagt van het totaal aantal stoelen van SNB naar deze bestemming, toch een gedeelde bestemming is en geen TO bestemming vermits deze zo werd geclassificeerd.
42. Binnen bovenstaande classificering van bestemmingen passen sommige clausules van de CSA zich wel of niet toe op specifieke bestemmingen of specifieke vluchten binnen bestemmingen.<sup>26</sup> Zo bestaan er voor de gedeelde bestemmingen drie types vluchten, met name SN vluchten, HQ vluchten en SN/HQ vluchten die niet aan dezelfde regels zijn onderworpen. Er bestaan ook specifieke bestemmingen, genoemd "Non-Open skies TO-bestemmingen", onder de categorie TO bestemmingen. Ook deze zijn onderworpen aan specifieke regels.<sup>27</sup>
43. De bestemmingen die niet worden vermeld in de seizoenovereenkomsten vallen niet onder de CSA. Het is wel mogelijk nieuwe bestemmingen toe te voegen.<sup>28</sup> Daarvoor moet er een schriftelijke overeenkomst tussen de partijen worden afgesloten betreffende de classificering van de nieuwe bestemming als een FO, gedeelde of TO bestemming, de afname van TCB voor elke vlucht naar deze nieuwe bestemming en de prijs die TCB betaalt voor stoelen op de vluchten naar deze nieuwe bestemming.

---

<sup>21</sup> Zie clause 4.1. a) van Schedule 3 bij de CSA

<sup>22</sup> Zie clause 3.4 van Schedule 1 bij de CSA

<sup>23</sup> FO staat voor "Flight Only".

<sup>24</sup> TO staat voor "Tour Operator" TCB.

<sup>25</sup> Zo is een allotment, het aantal vliegtuigstoelen dat een tour operator zich engageert te kopen bij een luchtvaartmaatschappij.

<sup>26</sup> Zie *infra* §§ 81-85

<sup>27</sup> Zie *infra* §§ 86-95

<sup>28</sup> Zie clause 3.3. van Schedule 1 bij de CSA.

44. De CSA voorziet uitdrukkelijk dat er geen exclusiviteit bestaat tussen SNB en TCB. Zo is SNB niet de exclusieve leverancier van TCB en TCB is niet de exclusieve afnemer van SNB.<sup>29</sup>
45. De prijs van de vliegtuigstoelen wordt in de Baseline Seasonal Agreement vermeld.<sup>30</sup> Er zijn nochtans aanpassingsmechanismen voorzien. Wanneer de vluchtplannen wijzigen, kan ook de prijs veranderen.
46. De CSA geldt voor een initiële termijn van vijf jaar.<sup>31</sup> Elk jaar wordt de CSA automatisch verlengd met één jaar tenzij één van de partijen te kennen geeft dat ze de CSA niet wil verlengen. De “Long Stop Date” is na het einde van het tiende jaar van de CSA<sup>32</sup>, dus bij stilzwijgen van de partijen eindigt de overeenkomst na het zomerseizoen 2027.
47. De auditeur merkt hierbij op dat de voorziene duur van de CSA een contrast toont met de duur van de andere overeenkomsten tussen luchtvaartmaatschappijen en tour operatoren waarin de auditeur inzage heeft gehad.<sup>33</sup>
48. De tabellen in bijgevoegde annexen 1 en 2<sup>34</sup> geven de bestemmingen die onder de CSA vallen weer, alsook hun classificatie, het allotment van TCB, het totaal aantal vliegtuigstoelen op de lijnvluchten van SNB naar deze bestemming en of SNB en andere luchtvaartmaatschappijen ook vliegtuigstoelen naar deze bestemming aan derde tour operator verkopen.<sup>35</sup>

## **IV.2 Economische context**

### **IV.2.1 De vraagzijde van de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen**

49. De markt voor de verkoop van reispakketten door tour operatoren aan eindconsumenten is de downstream markt van de markt voor groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen. Op de vraagzijde van de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen zijn dus de tour operatoren actief. Historisch gezien zijn er op de downstream markt twee grote spelers in België, Thomas Cook en TUI (voor 2016 Jetair). Met Sundio en Corendon zijn er in het begin van de jaren 2000 echter twee nieuwe spelers bijgekomen die op structurele basis reispakketten aanbieden vanuit België. Volgens TCB hebben Sundio en Corendon een deel van de klanten van zowel Thomas Cook als TUI overgenomen, maar ze hebben de markt waarschijnlijk ook uitgebreid door reispakketten aan te bieden met goedkopere hotels.<sup>36</sup> De overige spelers die in de tabel in

---

<sup>29</sup> Zie clausules 3.8 en 3.9 van Schedule 1 bij de CSA.

<sup>30</sup> Zie clausule 1.2 van Schedule 3 bij de CSA

<sup>31</sup> Zie sectie 2 van de CSA

<sup>32</sup> Zie clausule 2.5. van de CSA.

<sup>33</sup> Zie het verzoek van inlichtingen van 19 maart 2018 (documenten I.1.ZA SNB en I.2.ZA TCB)

<sup>34</sup> Zie *infra* p. 65 en volgende.

<sup>35</sup> De gegevens in de tabel komen uit de seizoenovereenkomsten voor W17-18 en Z18. Afwijkingen worden met een voetnoot aangeduid.

<sup>36</sup> Zie het antwoord van TCB op het verzoek om inlichtingen van 10 juli 2018 (document I.2ZM3).

*annex 1 vermeld worden, zoals ClubMed, Expairtours, Joker, Diederik, Reizen Lauwers, etc., bezitten slechts een gezamenlijk marktaandeel van [0-5] % in de downstream markt.<sup>37</sup>*

50. *TUI is een verticaal geïntegreerde speler die haar eigen lijnvluchten organiseert met haar luchtvaartmaatschappij TUI Fly.*
51. *Sundio neemt een groot deel van haar vliegtuigstoelen af bij SNB in de vorm van allotments op lijnvluchten of charters<sup>38</sup>, terwijl Corendon gedeeltelijk haar vluchten via haar eigen gelijknamige luchtvaartmaatschappij organiseert en daarnaast ook een deel van haar vliegtuigstoelen afneemt bij SNB in de vorm van allotments op lijnvluchten of charters.<sup>39</sup>*
52. *Tenslotte, tijdens de vergadering tussen het auditoraat en Sundio<sup>40</sup>, heeft Sundio vermeld dat de Belgische markt voor de verkoop van pakketreizen voor het eerst sinds een lange periode van stabiliteit (een tiental jaren) weer aan het groeien is. Dit wordt bevestigd door de cijfers aangeleverd door TCB die aantonen dat de totale geschatte vliegtuigstoelcapaciteit verkocht door tour operatoren voor de periode nov17-okt18 met 5% is toegenomen t.o.v. de periode nov16-okt17.*

#### **IV.2.2 De aanbodzijde van de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen**

53. *Volgens Sundio is SNB de enige stabiele speler die op structurele basis vliegtuigstoelen aanbiedt aan tour operatoren vanuit België.<sup>41</sup> De partijen daarentegen stellen dat er voldoende alternatieve luchtvaartmaatschappijen zijn waarvan derde tour operatoren gebruik kunnen maken om vliegtuigstoelen aan te kopen, zoals TUI Fly Belgium, Corendon Airlines, Vueling, Aegean Airlines, Transavia, Onur Air, XL Airways, Evelop Airlines, Pegasus Airlines, Tailwind en Freebird. Zoals blijkt uit de tabel in annex 1 is het gebruik op structurele basis hiervan in de praktijk echter beperkt.<sup>42</sup>*
54. *TUI is in feite de enige stabiele speler die naast SNB op structurele basis lijnvluchten organiseert vanuit België naar vakantiebestemmingen in Europa, het Noorden van Afrika en Kaap Verdië. Echter, aangezien TUI een directe concurrent is van de andere tour operatoren, verkoopt het typisch geen of slechts in zeer beperkte mate vliegtuigstoelen aan derde tour operatoren. De stoelen op de lijnvluchten van TUI FLY worden gedeeltelijk gebruikt voor de pakketreizen van TUI en worden gedeeltelijk verkocht als flight-only stoelen aan particulieren.*

---

<sup>37</sup>Zie bijlage 44 bij de aanmelding in het kader van de concentratiezaak

<sup>38</sup> Zie het antwoord van Sundio op vraag 3 van het verzoek om inlichtingen van 30 juni 2017 in het kader van de concentratiezaak.

<sup>39</sup> Zie het antwoord van Beltur/Corendon op vraag 3 van het verzoek om inlichtingen van 30 juni 2017 in het kader van de concentratiezaak.

<sup>40</sup> Zie document II.8.C van het proceduredossier.

<sup>41</sup> Zie, in de samenvatting van de vergadering tussen het auditoraat en Sundio, het antwoord van Sundio op vraag 4 (document II.8.C3).

<sup>42</sup> Zie ook de antwoorden van Beltur/Corendon, Sundio en ClubMed op vraag 3 van het verzoek om inlichtingen van 30 juni 2017 in het kader van de concentratie (documenten II.1.1.K3, II.1.8.I3 en II.1.22.F2)



### **IV.2.3 De verschillende type vluchten en vliegtuigstoelen**

55. Binnen de Belgische groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen bestaan er verschillende types vliegtuigstoelen die tour operatoren aankopen bij luchtvaartmaatschappijen, i.e. vliegtuigstoelen op chartervluchten vs. vliegtuigstoelen op lijnvluchten en binnen de stoelen op lijnvluchten deze aangekocht bij een in België gebaseerde luchtvaartmaatschappij vs. deze aangekocht op een zogenaamde “reverse flight” (van een buitenlandse luchtvaartmaatschappij die terugvliegt naar haar thuisbasis).
56. Charters zijn flexibel in de zin dat ze in principe kunnen ingezet worden wanneer nodig (op voorwaarde dat er een vliegtuig met bemanning en er een slot op de relevante luchthavens beschikbaar is) en de grootte van het vliegtuig kan ook aangepast worden aan de vraag. De touroperator is bij een charter echter wel verantwoordelijk voor het volledig vullen van de vlucht. Dit kan vooral problematisch zijn voor een kleine tour operator die wil toetreden op een nieuwe bestemming, maar nog geen klantenbasis heeft die groot genoeg is om volledige vluchten te vullen.<sup>43</sup>
57. Bij de aankoop van allotments kan er eender welke hoeveelheid stoelen aangekocht worden op een lijnvlucht. Om de lijnvlucht rendabel te maken voor de luchtvaartmaatschappij is het vaak wel noodzakelijk dat een touroperator gedurende het gehele seizoen een bepaald percentage van de stoelen afneemt (mogelijks met bepaalde flexibiliteit tot aanpassing die contractueel kan worden vastgelegd), afhankelijk van de vraag naar flight-only stoelen op de betreffende bestemming. Het risico voor de touroperator is dan dat er overcapaciteit is in het laagseizoen wanneer de vraag naar pakketreizen beperkt is.
58. De stoelen op “reverse flights” worden door tour operatoren als minder aantrekkelijk beschouwd dan deze aangeleverd door een “Belgium-based” luchtvaartmaatschappij. Nadelen zijn dat de vertrek- en aankomst uren minder attractief zijn voor vakantiegangers (reverse flights vertrekken vaak later op de dag naar de vakantiebestemming en komen vroeger terug waardoor de passagier vakantietijd op bestemming verliest), het taalverschil en dat een stabiele toelevering van stoelen niet gegarandeerd kan worden aangezien het vluchtschema ook afhangt van de vraag uit het land van herkomst naar vluchten naar België. Sundio benadrukt dat de stabiliteit erg belangrijk is om de diensten van tour operator aan te bieden.<sup>44</sup>
59. Ondanks deze verschillen worden de verschillende types stoelen door tour operatoren op de relevante bestemmingen waarop de CSA van toepassing is door elkaar gebruikt. Eén van de redenen is dat de verschillen in flexibiliteit, tijdstip en kwaliteit normaal gezien ook worden gereflecteerd in de aankooprijzen. Een andere, belangrijkere reden is dat de verschillende types

---

<sup>43</sup> Zie, in de samenvatting van de vergadering tussen het auditoraat en Sundio, het antwoord van Sundio op vraag 3 (document II.8.C3).

<sup>44</sup> Zie, in de samenvatting van de vergadering tussen het auditoraat en Sundio, het antwoord van Sundio op vraag 1 (document II.8.C3).

stoelen hetzelfde product betreffen dat verkocht wordt aan de eindconsument, namelijk een vliegtuigstoel op een vlucht naar een vakantiebestemming als deel van een reispakket.

#### **IV.2.4 Prijszetting van vliegtuigstoelen verkocht aan tour operatoren in de groothandelsmarkt**

60. In het kader van het onderzoek heeft het auditoraat aan SNB gedetailleerde prijsgegevens opgevraagd van vliegtuigstoelen in allotments en charters verkocht aan tour operatoren voor de periode W16/17 t.e.m. Z18 voor alle bestemmingen waarop de CSA van toepassing is.<sup>45</sup> Er werd gevraagd aan SNB om waar relevant (niet op alle bestemmingen en/of alle seizoenen worden er charters en allotments aan derde tour operatoren verkocht) een inschatting te maken per seizoen van de gemiddelde verkoopprijs van de verschillende types stoelen.
61. Gegeven het grote engagement van afname dat TCB aangaat en dat de duur van de CSA minstens 5 jaar bedraagt, wat langer is dan de tijdsduur van de andere contracten in de sector waarin de auditeur inzage had (cf. supra), verwacht de auditeur dat, ceteris paribus, TCB een lagere prijs betaalt voor haar vliegtuigstoelen dan concurrerende tour operatoren.
62. De volgende tabel vat de procentuele prijsverschillen samen voor W17/18 en Z18 tussen de prijs per stoel die derde tour operatoren gemiddeld betalen bij charters en bij het aankopen van allotments vergeleken met de prijs die TCB betaalt voor haar allotments. De tabel geeft het gemiddeld procentueel prijsverschil (ongewogen naar totale capaciteit naar de bestemmingen) weer overheen de verschillende bestemmingen en de verschillende seizoenen, waar relevant.

##### **Procentuele prijsverschillen met allotment prijs TCB binnen CSA**

	<b><u>Shared</u></b>	<b><u>TO</u></b>
Vergelijking charters 3rd TO's - allotment TCB	[...]%	[...]%
Vergelijking allotment 3rd TO's - allotment TCB	[...]%	-

63. De prijs van een charter is eenmalig, maar kan uiteraard fluctueren afhankelijk van het tijdstip van de vlucht. De eerste rij van de tabel toont aan dat de gemiddelde prijs die derde tour operatoren betalen voor stoelen op charters, respectievelijk voor shared en TO, [...] % en [...] % hoger ligt dan de allotmentprijs van TCB.
64. De prijs voor allotments op lijnvluchten wordt typisch vastgesteld voor een bepaalde periode. Voor derde tour operatoren meestal per seizoen, maar soms ook korter. De prijs die TCB voor haar allotments betaalt binnen de CSA verschilt tussen het zomer- en het winterseizoen, maar ligt wel vast voor 5 jaar. De tweede rij in de tabel toont aan dat de gemiddelde prijs die derde tour operatoren betalen voor allotments op shared destinations gemiddeld [...] % duurder is dan de prijs die TCB betaalt. Voor TO destinations zijn er geen vergelijkbare prijzen in W17/18 en S18.

---

<sup>45</sup> Zie document I.1.ZJ SNB

65. *Deze cijfers zijn in lijn met de hypothese van de auditeur dat wanneer een touroperator zich voor grotere hoeveelheden en een langere periode engageert, ze een lagere prijs betaalt voor haar vliegtuigstoelen.*
66. *De auditeur merkt hierbij op dat de prijsverschillen waarschijnlijk versterkt worden door het feit dat de markt voor de verkoop van reispakketten een periode van groei kent en dat de vraag naar vliegtuigstoelen voor integratie in reispakketten momenteel dus hoog is. TCB neemt echter ook een risico door haar lange termijn engagement. Wanneer de vraag naar pakketreizen in de toekomst zou dalen op bepaalde bestemmingen bestaat de kans dat TCB op een bepaald moment meer zal betalen voor haar vliegtuigstoelen dan haar concurrenten door de veranderde marktomstandigheden, hoewel de CSA ook bepaalde aanpassingsmechanismen voorziet inzake de prijszetting.<sup>46</sup>*
67. *[VERTROUWELIJK]. Een bijkomende mogelijke verklaring hiervoor is dat een luchtvaartmaatschappij minder risico neemt bij het aanleveren van een charter die de touroperator volledig zelf moet vullen dan bij het inleggen van een lijnvlucht waarop de maatschappij zelf ook flight-only stoelen moet verkopen.*

## **V. Onderzochte praktijken**

68. *In zijn onderzoek gaat de auditeur uit van de toepassing van de gewijzigde versie van de CSA zoals overgemaakt op 25 augustus 2017. Deze gewijzigde versie van de CSA is, inzake mogelijke inbreuken tegen het mededingingsrecht, een afgezwakte versie van de eerste versie van de CSA.<sup>47</sup>*
69. *De clausules die vermeld worden in de eerste grief van de auditeur bestonden al in de eerdere versie van de CSA. De redenering hieronder geldt dus voor beide versies van de CSA.<sup>48</sup>*
70. *De clausules die vermeld worden in de tweede grief van de auditeur, bestonden ook reeds in de eerdere versie van de CSA, met name in de appendix 1 E van Schedule 1 bij de CSA. Daarom geldt de redenering hieronder ook voor beide versies van de CSA.<sup>49</sup>*
71. *Wat grieven drie en vier betreft, moet er een onderscheid gemaakt worden tussen de clause 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en de clause 4.1 b) van Schedule 3 bij de CSA. De clause 3.11. d) is een aangepaste versie van de oude clause 3.11. b). Daar waar in de oude versie de toegangsbarrière rechtstreeks was, is deze in de nieuwe versie onrechtstreeks.<sup>50</sup> Om die reden geldt de redenering voor de nieuwe clause 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA a fortiori ook voor de oude clause 3.11. b) van Schedule 1 bij de CSA. De clause 4.1. b) herneemt*

---

<sup>46</sup> Zie sectie 1 van Schedule 3 bij de CSA

<sup>47</sup> Over deze clausules, zie §§ 157-193 van het ontwerp van beslissing in het kader van de concentratiezaak tussen TCAB en SNB en de schadetheorie van het auditoraat van 19 juni 2017 (document I.1.B2 SNB in het kader van de concentratiezaak).

<sup>48</sup> Zie *infra* §§ 72-80.

<sup>49</sup> Zie *infra* §§ 81-85.

<sup>50</sup> Hierover, zie *infra* §§ 86-95.

gedeeltelijk de rol van de clause 3.10 van Schedule 1 bij de eerdere versie van de CSA die, enerzijds, SNB verbod vliegtuigstoelen aan derde tour operatoren op TO-bestemmingen te verkopen [oude clause 3.10. a) van Schedule 1 bij de CSA] en anderzijds, hetzelfde mechanisme voorzag als de clause 4.1. b) ii) i) van Schedule 3 bij de CSA [oude clause 3.10. b) i) van Schedule 1 bij de CSA]. De redenering hieronder over de clause 4.1. b) ii) i) van Schedule 3 bij de CSA geldt daarom ook voor de oude clause 3.10 b) i) Wat de oude clause 3.10. a) van Schedule 1 bij de CSA betreft, is het onbetwistbaar dat het een toegangsbarrière vormde, zodat de redenering hieronder op dit punt a fortiori geldt voor deze clause.

## **V.1 Marktafscherming**

### **V.1.1 Klantafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door een niet-concurrentiebeding met een duur langer dan 5 jaar**

72. De eerste grief van de auditeur betreft de duur van de CSA voor een periode langer dan 5 jaar. De CSA bevat een niet-concurrentiebeding wat impliceert dat de CSA ten minste bij een termijn langer dan 5 jaar, op de markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren een klantafscherming veroorzaakt voor (potentiële) concurrenten van SNB.
73. De CSA voorziet dat TCB elk jaar [700 000-800 000] vliegtuigstoelen moet aankopen bij SNB.<sup>51</sup> Uit de beschikbare gegevens blijkt dat tussen november 2016 en oktober 2017, TCB ongeveer [800 000-900 000] korte en middellange-afstand reispakketten verkocht heeft.<sup>52</sup> In de veronderstelling dat al deze reispakketten een vliegtuigstoel bevatten, dan moet TCB [80-100]% van haar vliegtuigstoelen aankopen bij SNB.<sup>53</sup> De zogenaamde “minimum commitment” van [700 000-800 000] vliegtuigstoelen dient dan ook te worden beschouwd als een niet-concurrentiebeding.<sup>54</sup> De Commissie definieert dit begrip als “elke directe of indirecte verplichting van de afnemer om geen goederen of diensten te produceren, te kopen, te verkopen of door te verkopen die met de contractgoederen of -diensten concurreren, of elke directe of indirecte verplichting van de afnemer om op de relevante markt meer dan 80 % van zijn totale aankopen van de contractgoederen of -diensten en substituten daarvan bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken, berekend op

---

<sup>51</sup> Zie clause 4.1. van Schedule 3 bij de CSA

<sup>52</sup> Zie bijlage 44 van de aanmelding in het kader van de concentratiezaak.

<sup>53</sup> Aangezien niet alle pakketreizen noodzakelijk een vliegtuigreis omvatten kan de berekening van dit aandeel beschouwd worden als een ondergrens. In de huidige zaak is het aangewezen het percentage te berekenen op basis van het totaal aantal aangekochte vliegtuigstoelen door TCB en geen onderscheid te maken naar de luchthaven van bestemming. De Minimum Commitment van [700 000-800 000] vliegtuigstoelen in de CSA maakt immers ook geen onderscheid naar bestemming of groepen van bestemmingen.

<sup>54</sup> De “Minimum Commitment” is het minimum aantal stoelen dat Thomas Cook Belgium gedurende een jaar (winter- en zomerseizoen) van Brussels Airlines moet aankopen (Zie clause 4.1 van Schedule 3 bij de CSA).

*basis van de waarde of, waar zulks in de sector vaste praktijk is, van de omvang van de aankopen van de afnemer in het voorafgaande kalenderjaar”.*<sup>55</sup>

74. *Volgens sectie 2 van de CSA<sup>56</sup>, heeft de CSA een initiële termijn van vijf jaar.<sup>57</sup> Nochtans wordt de CSA elk jaar automatisch verlengd met een jaar tenzij één van de partijen te kennen geeft de CSA niet te willen verlengen. Bovendien, aan het einde van de vijf jaar of aan het einde van de vijf jaar met de verlenging(en), wordt de CSA automatisch verlengd met een jaar tenzij een van de partijen 18 maanden voor het einde van de vijf jaar of van de vijf jaar met de verlenging(en) te kennen geeft dat ze de CSA niet wil verlengen. De “Long Stop Date” is na het einde van het tiende jaar van de CSA<sup>58</sup>, dus bij stilzwijgen van de partijen eindigt de overeenkomst na het zomerseizoen 2027. Overeenkomstig clause 2.7 van de CSA kunnen de partijen deze “Long Stop Date” in wederzijdse overeenkomst echter nog uitstellen.*
75. *De partijen beweren evenwel dat de effectieve looptijd van de CSA vijf jaar is aangezien er twee cruciale elementen, namelijk het engagement inzake prijs en volume, heronderhandeld dienen te worden na vijf jaar. Bijgevolg zou de CSA enkel in werking blijven na vijf jaar indien de partijen een overeenkomst bereiken aangaande de prijs en het volume.<sup>59</sup> De partijen verwijzen echter niet naar een bepaalde clause binnen de CSA, noch naar een overeenkomst tussen de partijen buiten de CSA, om deze bewering te staven.*
76. *De auditeur merkt hier verder bij op dat de CSA voorziet dat, als er geen overeenkomst voor een seizoen wordt gesloten, de overeenkomst van het vorige winterseizoen of zomerseizoen van toepassing blijft, zowel wat de prijs als de af te nemen allotments betreft, met die restrictie dat TCB nooit verplicht is meer vliegtuigstoelen bij SNB te kopen dan de minimum commitment.<sup>60</sup>*
77. *In een ander antwoord preciseren de partijen ook dat “In toepassing van Artikel 2.3, 2.4, 2.5 en 2.7 van de CSA, is de CSA gesloten voor een initiële termijn van vijf jaar, en zal de CSA elk jaar automatisch hernieuwd worden (tenzij een van de partijen te kennen geeft de CSA niet langer te willen hernieuwen) tot 2027, wat de einddatum (“long stop date”) van de CSA is.”<sup>61</sup>.*
78. *Om deze redenen volgt de auditeur de redenering van de partijen niet dat de effectieve looptijd van de CSA slechts 5 jaar bedraagt en dient er te worden van uitgegaan dat de duur van de CSA langer is dan 5 jaar bij stilzwijgen van de partijen.*

---

<sup>55</sup> Artikel 1 d) van de Verordening n° 330/2010 van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

<sup>56</sup> Zie, meer precies, de clauses 2.3, 2.4, 2.5 en 2.7 van de CSA.

<sup>57</sup> Zie sectie 2 van de CSA

<sup>58</sup> Zie clause 2.5. van de CSA.

<sup>59</sup> Zie § 2 van het Antwoord op de vragen van de BMA besproken tijdens de vergadering van 21 september 2017.

<sup>60</sup> Zie *supra* § 40.

<sup>61</sup> Zie van het gezamenlijk antwoord op vraag 6 van het verzoek om inlichtingen van 27 oktober 2017.

79. De koppeling van een lange duur van de CSA aan een niet-concurrentiebeding veroorzaakt klantafscherming en vermindert de concurrentie tussen luchtvaartmaatschappijen in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen. Door de CSA wordt de vraag van TCB naar vliegtuigstoelen immers voor een groot gedeelte (meer dan 80% van de totale vraag) voorbehouden aan SNB. Hierbij dient in beschouwing genomen te worden dat TCB [70-80] % van de vraag vertegenwoordigt in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen.
80. De partijen hebben in de loop van het onderzoek reeds aangegeven bereid te zijn de CSA op dit punt aan te passen en de duur van de CSA tot vijf jaar te beperken.<sup>62</sup>

### **V.1.2 Bronafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door toegekende exclusiviteit aan TCB**

81. De tweede grief van de auditeur betreft de door clausules 3.11. b) en c) van de Schedule 1 bij de CSA veroorzaakte bronafscherming. De clausules voorzien in een exclusiviteit ten voordele van TCB en maken het derde tour operatoren moeilijker om TCB te beconcurreren op de markt voor de verkoop van reispakketten aan eindconsumenten.
82. De clausule 3.11. is van toepassing op de “gedeelde bestemmingen” (“shared destinations”). Ter herinnering, de gedeelde bestemmingen zijn de bestemmingen [VERTROUWELIJK].<sup>63</sup> De gedeelde bestemmingen zijn de volgende: [VERTROUWELIJK].<sup>64 65</sup>
83. Clausules 3.11. a), b) en c) definiëren verschillende types vluchten en bepalen in welke mate SNB vrij vliegtuigstoelen kan verkopen aan derde tour operatoren (i.e. andere dan TCB):
- a. SN vluchten zijn [VERTROUWELIJK]. Op deze vluchten kan SNB allotments aan derde tour operatoren verkopen.
  - b. HQ vluchten zijn [VERTROUWELIJK]. Op deze vluchten is het niet mogelijk voor SNB-vliegtuigstoelen te verkopen aan derde tour operatoren tenzij TCB haar toestemming hiervoor geeft.
  - c. SN/HQ vluchten zijn [VERTROUWELIJK]. Op deze vluchten kan SNB aan derde tour operatoren zitplaatscapaciteit verkopen in dezelfde mate als in W16-17 en Z17, i.e. het laatste winter- en zomerseizoen voor de fusie tussen SNB en TCAB.
84. De clausules 3.11. b) en c) geven een exclusiviteit aan TCB, respectievelijk op gehele vluchten (de HQ vluchten) of op een aantal vliegtuigstoelen op sommige vluchten (de SN/HQ vluchten). Deze exclusiviteit heeft tot gevolg dat het voor derde tour operatoren moeilijker wordt om vliegtuigstoelen te vinden naar de betrokken bestemmingen. Voor sommige bestemmingen heeft de exclusiviteit betrekking op al de lijnvluchten die georganiseerd worden door SNB.

---

<sup>62</sup> Zie § 3 van het Antwoord op de vragen van de BMA besproken tijdens de vergadering van 21 september 2017 en het gezamenlijk antwoord op vraag 6 van het verzoek om inlichtingen van 27 oktober 2017.

<sup>63</sup> Zie clausule 3.4 van Schedule 1 bij de CSA

<sup>64</sup> [VERTROUWELIJK] waren gedeelde bestemmingen voor de winter en zomerseizoenen 2017-2018 en 2018 en zijn FO bestemmingen voor de winter en zomerseizoenen 2018-2019 en 2019.

<sup>65</sup> Voor een betekenis van de afkortingen, zie de bijlagen, pp. 65 en volgende.









99. Bijgevolg zijn, buiten de hierboven vermelde voorwaarde, alle voorwaarden die gelden voor artikel 101 VwEU ook van toepassing op artikel IV.1 WER.

100. Men spreekt van een overeenkomst wanneer er een wilsovereenstemming tussen partijen bestaat om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. De vorm die deze overeenstemming aanneemt, heeft weinig belang. Het kan namelijk gaan over een mondelinge of schriftelijke overeenstemming die al dan niet wordt vergezeld van een sanctioneringsmechanisme. Evenmin heeft het belang dat de bereikte afspraken juridisch afdwingbaar zijn.<sup>67</sup>

101. Onder "verticale overeenkomst" valt iedere overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen.<sup>68</sup>

#### **VI.1.1.b Toepassing op de zaak**

102. De betrokken partijen, SNB, Deutsche Lufthansa AG, TCB en Thomas Cook Group PLC zijn ondernemingen. Ze voeren economische activiteiten uit, onder andere de verkoop van vliegtuigstoelen voor SNB en Deutsche Lufthansa AG en de verkoop van reispakketten voor TCB en Thomas Cook Group PLC.

103. SNB en TCB hebben een overeenkomst gesloten, namelijk de CSA. Aangezien ze beide actief zijn op markten welke zich in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen bevinden, namelijk de verkoop van vliegtuigstoelen voor SNB en de verkoop

---

<sup>67</sup> Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 26 oktober 2000 in zaak T-41/96, Bayer AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 2000 II-03383, punten 67-69:

*"Uit de vaste rechtspraak volgt eveneens, dat voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag volstaat, dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen (arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112, en 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78 tot 215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86; arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 256). Wat de vorm van deze gemeenschappelijke wilsuiting betreft, volstaat dat een beding de uitdrukking vormt van de wil van de partijen om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen ervan te gedragen (zie arresten ACH Chemiefarma/Commissie, punt 112, en Van Landewyck/Commissie, punt 86, reeds aangehaald), zonder dat het daarbij om een naar nationaal recht bindende en geldige overeenkomst dient te gaan (arrest Sandoz, punt 13). Het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zoals uitgelegd door de jurisprudentie, is dus het bestaan van een wilsovereenstemming van ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is."*

<sup>68</sup> Verordening(EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Publicatieblad (2010) C 130, artikel 1 lid 1(a) (hierna: "Verordening (EU) Nr. 330/2010").

van reispakketten aan eindconsumenten voor TCB, is de betrokken overeenkomst een verticale overeenkomst.

104. *Deutsche Lufthansa AG en Thomas Cook Group PLC zijn aansprakelijk voor de gedragingen van respectievelijk SNB en TCB omdat ze 100% van de aandelen van deze vennootschappen bezitten.*<sup>69</sup>

## **VI.1.2 Marktbescherming**

### **VI.1.2.a Principes**

105. *Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is het essentiële juridische criterium om uit te maken of een overeenkomst een mededingingsbeperking „naar strekking” bevat, de vaststelling dat deze overeenkomst op zich in die mate schadelijk is voor de mededinging dat de gevolgen ervan niet hoeven te worden onderzocht.*<sup>70</sup>

106. *Die rechtspraak is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.*<sup>71</sup>

107. *Bij de beoordeling of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededinging beperkende „strekking” in de zin van artikel 81, lid 1, EG te hebben, moet met name worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en gestructureerd zijn.*<sup>72</sup>

108. *Wanneer de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst vaststaat, behoeven de gevolgen daarvan voor de mededinging niet te worden onderzocht. Wanneer echter uit de inhoud van de overeenkomst niet blijkt dat de mededinging in voldoende mate wordt verstoord, moeten de gevolgen ervan worden onderzocht.*<sup>73</sup>

109. *Voor de beoordeling van de vraag of een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens de beperking of de vervalsing van de mededinging die het gevolg ervan is, moet de mededinging worden bekeken binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen.*<sup>74</sup> *Volgens vaste rechtspraak van het Hof beperkt artikel 101, lid 1, VwEU een dergelijke beoordeling niet tot de werkelijke gevolgen, aangezien*

---

<sup>69</sup> Zie HvJ, arrest van 10 september 2009, *Akzo Nobel*, §§ 58-60

<sup>70</sup> Zie HvJ, arrest van 27 april 2017, *FSL e.a. / Commissie*, C-469/15 P, EU:C:2017:308, § 104 en HvJ, arrest van 20 september 2018, *Koninklijke Philips NV*, C-98/17 P, EU:C:2018:774, § 34

<sup>71</sup> Zie HvJ, arrest van 11 september 2014, *groupement des cartes bancaires*, C-67/13 P, § 50.

<sup>72</sup> Zie HvJ, arrest van 11 september 2014, *groupement des cartes bancaires*, C-67/13 P, § 53 en HvJ, arrest van 19 maart 2015, *Dole Food Company*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, § 117

<sup>73</sup> HvJ, arrest van 14 maart 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, § 34. Zie ook de arresten *CB/Collège*, C-67/13 P, § 52 en *Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Collège*, C-286/13 P, § 116.

<sup>74</sup> HvJ, arrest van 11 september 2014, *MasterCard, Inc. et al. v Commission*, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, §161.

eveneens rekening moet worden gehouden met de potentiële gevolgen van de betrokken overeenkomst of de betrokken gedraging voor de mededinging.<sup>75</sup>

#### **VI.1.2.b Mededingingsberpekende strekking**

##### **i) Klantafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door een niet-concurrentiebeding met een duur langer dan 5 jaar**

110. Zoals hiervoor reeds aangegeven bevat de CSA een niet-concurrentiebeding.<sup>76</sup> TCB moet volgens de CSA [700 000-800 000] vliegtuigstoelen aankopen bij SNB wat [80-100]% vertegenwoordigt van de totale vraag van TCB aan vliegtuigstoelen (berekend op basis van het winterseizoen 2016-2017 en het zomerseizoen 2017).
111. Daarnaast zal de CSA bij stilzwijgen van de partijen een duur van 10 jaar kennen.
112. Het niet-concurrentiebeding verhindert de met SNB concurrerende luchtvaartmaatschappijen die eveneens leverancier zijn van vliegtuigstoelen, om hun activiteiten op de gedefinieerde groothandelsmarkt uit te breiden.
113. Dit wordt bevestigd door de structuur van de markt die sterk geconcentreerd is aan de vraagzijde en waarvan de behoeften van TCB het leeuwendeel bestrijken. Het niet-concurrentiebeding in de CSA verhindert actuele en potentiële concurrenten van SNB voor een lange tijd om te voorzien in de behoeften aan vliegtuigstoelen van TCB.
114. Op deze wijze strekt het niet-concurrentiebeding ertoe de aanzienlijke marktpositie van SNB op de groothandelsmarkt te versterken.
115. Volgens de auditeur heeft het niet-concurrentiebeding in zoverre ze een langere duur dan 5 jaar voorziet aldus tot doel de concurrentie van andere luchtvaartmaatschappijen te beperken of deze luchtvaartmaatschappijen uit te sluiten op de groothandelsmarkt voor vliegtuigstoelen in België.<sup>77</sup>
116. In het kader van de concentratiezaak heeft de auditeur overigens reeds vastgesteld dat “een duur van meer dan 5 jaar niet noodzakelijk is voor de totstandbrenging van de concentratie”<sup>78</sup> en heeft hij geconcludeerd dat de in de CSA voorziene mogelijkheid om de termijn impliciet te verlengen als de partijen niets doen dus buiten het toepassingsgebied van de concentratiecontrole moet beschouwd worden omdat het geen nevenrestrictie is in de zin van de Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties<sup>79</sup>. De auditeur heeft met andere woorden het door de partijen aangevoerde doel van het niet-concurrentiebeding, i.e. de totstandbrenging van de concentratie, verworpen in zoverre ze een

---

<sup>75</sup> Zie HvJ, arrest van 26 november 2015, SIA „Maxima Latvija” v Konkurences padome, C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784, § 30, die naar HvJ, arrest van 23 november 2006, Asnef- Equifax and Administración del Estado, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, § 50 en de geciteerde bronnen verwijst.

<sup>76</sup> Zie *supra* §§ 72-80

<sup>77</sup> Zie §§ 190-195 van het ontwerp van beslissing in de concentratiezaak.

<sup>78</sup> Zie §§ 190-195 van het ontwerp van beslissing in de concentratiezaak, voornamelijk § 193.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

langere duur dan 5 jaar voorziet. De auditeur ziet geen ander doel verbonden aan het niet-concurrentiebeding dan de concurrentie van concurrerende luchtvaartmaatschappijen te beperken of ze uit te sluiten op de groothandelsmarkt voor vliegtuigstoelen in België.

117. De auditeur concludeert dat het niet-concurrentiebeding in zoverre ze een langere duur dan 5 jaar voorziet, tot strekking heeft de mededinging te beperken en dus de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU schendt.

**ii) Bronafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door toegekende exclusiviteit aan TCB**

a) Bewoordingen

118. De clausules 3.11. b) en c) voorzien dat, enerzijds, geen vliegtuigstoelen kunnen verkocht worden aan derde tour operatoren op HQ vluchten zonder toestemming van TCB en, anderzijds, dat voor SN/HQ vluchten het aantal vliegtuigstoelen dat kan verkocht worden aan derde tour operatoren beperkt is tot het aantal vliegtuigstoelen dat aan tour operatoren gedurende de seizoenen W16/17 en Z17 werden verkocht. Deze clausules beletten SNB om, in bepaalde omstandigheden, vliegtuigstoelen op lijnvluchten aan derde tour operatoren te verkopen. De clausules zijn absoluut en voorzien geen uitzonderingen behalve in het geval een toestemming van TCB wordt voorzien. De clausules vormen dus duidelijk een toetredingsbarrière voor derde tour operatoren op bepaalde vluchten naar bepaalde bestemmingen.

119. In haar antwoord van 30 maart 2018 op een verzoek om inlichtingen preciseert TCB dat de CSA geen exclusiviteit op eender welke bestemming geeft.<sup>80</sup> Het is immers altijd mogelijk voor SNB om bijkomende SN vluchten naar eender welke bestemming toe te voegen. De exclusiviteit zou zich enkel toepassen op vluchten waarop het engagement van TCB cruciaal is voor SNB om deze vluchten te opereren.

120. Volgens de auditeur belet dit evenwel niet dat de clausules een toegangsbarrière vormen voor derde tour operatoren. Het is voor SNB niet altijd mogelijk om op vraag van een touroperator een nieuwe lijnvlucht te organiseren, zeker niet als de vraag van de operator beperkt is en het risico van de verkoop van de overige flight-only stoelen groot is. Door de clausules wordt het voor derde tour operatoren moeilijker om vliegtuigstoelen aan te kopen naar de betrokken bestemmingen. De toevoeging van bijkomende SN vluchten en de hieraan verbonden risico's worden hieronder verder toegelicht met betrekking tot clausule 3.11. d).

b) Doelstelling

121. Het toekennen van een exclusiviteit aan TCB voor het aankopen van vliegtuigstoelen op vluchten of het beperken van de mogelijkheid voor een derde touroperator tot het aankopen van stoelen op vluchten naar bepaalde bestemmingen, heeft volgens de auditeur enkel tot doel de positie van TCB op deze bestemmingen te beschermen tegen (potentiële)

---

<sup>80</sup> Zie het antwoord van Thomas Cook Belgium op vraag 2 van zijn antwoord van 30 maart 2018.

concurrenten. Derde tour operatoren zullen hierdoor geen of slechts beperkt toegang krijgen tot bepaalde bestemmingen. Overigens hebben partijen niet aangetoond dat voor deze clausules een objectieve rechtvaardiging bestaat.<sup>81</sup>

*c) Context van de clausules*

122. *Wat de context van de clausules betreft verwijst de auditeur naar de aanzienlijke marktposities van de betrokken partijen op de groothandelsmarkt voor vliegtuigstoelen. Aan de aanbodzijde is SNB de grootste speler met zeer hoge marktaandelen gaande van [70-80] % voor het winterseizoen tot [90-100]% voor het zomerseizoen. Aan de vraagzijde vertegenwoordigt TCB [70-80]% van de markt, terwijl TCB daarnaast met een marktaandeel van [30-40]% op de downstream markt voor de verkoop van reispakketten aan eindconsumenten na TUI de belangrijkste speler is.<sup>82</sup> De toekenning van de exclusiviteit aan TCB strekt er alzo toe haar aanzienlijke marktpositie te beschermen tegen de kleinere concurrerende derde touroperators.*
123. *Er bestaan momenteel 14 bestemmingen, i.e. [VERTROUWELIJK]. Er zijn ook 8 bestemmingen met HQ vluchten en ook SN/HQ of SN vluchten, i.e. [VERTROUWELIJK].*
124. *Clausule 3.11 c) definieert de SN/HQ vluchten als de vluchten waarop SNB slechts in dezelfde mate als in W16-17 en Z17 zitplaatscapaciteit mag verkopen aan derde tour operatoren. Momenteel bestaan er twee bestemmingen met SN/HQ vluchten, i.e. [VERTROUWELIJK]. Op beide bestemmingen worden ook HQ en SN vluchten georganiseerd.*
125. *In deze context betekent het toekennen van een exclusiviteit aan TCB op bepaalde en soms alle vluchten naar bepaalde bestemmingen of het beperken van de mogelijkheid voor een derde touroperator tot het aankopen van vliegtuigstoelen op vluchten naar bepaalde bestemmingen, een belangrijke beperking voor derde tour operatoren voor het aankopen van vliegtuigstoelen bij de belangrijkste speler op deze markt, zijnde SNB.*
126. *Om deze redenen concludeert de auditeur dat de clausules 3.11. b) en c) een mededinging beperkende strekking hebben en dus de artikelen IV.1. WER en 101 VwEU schenden.*

***iii) Bronafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door aanpassingsmechanismes ten voordele van TCB***

*d) Bewoordingen*

127. *De auditeur stelt vast dat de bewoording van clausules 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA geen rechtstreekse verplichtingen oplegt aan SNB.*
128. *Er is een duidelijk verschil met de eerdere versie van de clausules 3.11.d) van Schedule 1 bij de CSA (i.e. de oude clausule 3.11. b) van Schedule 1 bij de CSA volgens welke SNB moest verzekeren dat de derde tour operatoren minstens hetzelfde afnamepercentage als dat van*

---

<sup>81</sup> Zie punt VI.7. 2.b hieronder.

<sup>82</sup> De marktaandelen worden berekend op basis van de gegevens tussen november 2016 en oktober 2017. Uit de door TCB gegeven aktualisering van de marktaandelen blijkt dat deze marktaandelen sindsdien niet significant zijn gewijzigd. Zie document I.2.ZS2. TCB.

*TCB, desgevallend verminderd met [VERTROUWELIJK], moesten aankopen op de nieuwe rotaties gedurende het relevante seizoen. Deze oorspronkelijke versie bevatte dus eveneens een toetredingsbarrière.*

129. *Er bestaat geen eerdere versie van de clause 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA omdat de oorspronkelijke versie van de CSA SNB verbod vliegtuigstoelen op lijnvluchten naar TO bestemmingen aan derde tour operatoren te verkopen zonder toestemming van TCB.<sup>83</sup> Er bestond dus ook voor de TO bestemmingen een toetredingsbarrière.*

*e) Doelstelling*

130. *De auditeur is van mening dat de clauses 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA tot doel hebben de positie van TCB op de betreffende bestemmingen te beschermen tegen (potentiële) concurrenten in de vorm van het creëren van een toetredingsbarrière of een kostenverhogende factor voor derde tour operatoren.*

131. *Wat de clause 3.11. d) betreft verwijst de auditeur naar de equivalente clause 3.11. b) in de eerdere versie van de CSA vóór de wijziging zoals overgemaakt aan het auditoraat op 25 augustus 2017. De doelstelling van deze clause was duidelijk een toetredingsbarrière te creëren voor derde tour operatoren. Ondanks de minder eenduidige verwoording, beschouwt de auditeur dat dit nog steeds het geval is voor de huidige clause 3.11. d).*

132. *Wat de clauses 4.1. b) (ii) (i) en (ii) betreft, geldt dezelfde redenering als voor clause 3.11.d). Deze clauses hebben volgens de auditeur ook als doelstelling een toetredingsbarrière of kostenverhogende factor te creëren voor derde tour operatoren.*

133. *Overigens hebben partijen niet aangetoond dat voor deze clauses een objectieve rechtvaardiging bestaat.*

*f) Context van de clauses*

134. *Wat de context van de clauses betreft verwijst de auditeur naar de aanzienlijke marktposities van de betrokken partijen op de groothandelsmarkt voor vliegtuigstoelen. Aan de aanbodzijde is SNB de grootste speler met zeer hoge marktaandeelen gaande van [70-80] % voor het winterseizoen tot [90-100]% voor het zomerseizoen. Aan de vraagzijde vertegenwoordigt TCB [70-80]% van de markt en is zij na TUI de belangrijkste speler op de downstream markt voor de verkoop van reispakketten aan de eindconsumenten.<sup>84</sup>*

135. *Om deze redenen beschouwt de auditeur dat de clause 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) (ii) (i) en (ii) van Schedule 3 bij de CSA een mededinging beperkende strekking hebben en dus de artikelen IV.1. WER en 101 VwEU schenden.*

---

<sup>83</sup> Zie de oude clause 3.10 a) van Schedule 1 bij de CSA (document I.B13. SNB in de kader van de concentratiezaak tussen TCAB en SNB)

<sup>84</sup> De marktaandeelen worden berekend op basis van de gegevens tussen november 2016 en oktober 2017. Uit de door TCB gegeven aktualisering van de marktaandeelen blijkt dat deze marktaandeelen sindsdien niet significant zijn gewijzigd. Zie document I.2.ZS2. TCB.

### VI.1.2.c Mededingingsbeperkende gevolgen

#### **i) Klantafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door een niet-concurrentiebeding met een duur langer dan 5 jaar**

136. Een belangrijk risico betreffende niet-concurrentiebedingen is marktafscherming voor concurrerende (potentiële) leveranciers.<sup>85</sup> Hoe hoger het gebonden marktaandeel van de leverancier en hoe langer de duur van de afnameverplichtingen, hoe waarschijnlijker de marktafsluiting significant zal zijn. Ook de marktpositie van de concurrenten van de leverancier moet in aanmerking worden genomen.<sup>86</sup>
137. TCB moet volgens de CSA [700 000-800 000] vliegtuigstoelen aankopen bij SNB wat [80-100] % vertegenwoordigt van de totale vraag van TCB aan vliegtuigstoelen (berekend op basis van het winterseizoen 2016-2017 en het zomerseizoen 2017).
138. SNB is de belangrijkste en enige stabiele speler aan de aanbodzijde met marktaandelen gaande van [70-80] % voor het winterseizoen tot [90-100]% voor het zomerseizoen. TCB is daarbij de belangrijkste speler aan de vraagzijde van de groothandelsmarkt voor vliegtuigstoelen met een aandeel van [70-80] %. Met andere woorden, SNB bindt met het niet-concurrentiebeding een aandeel van [60-70]%<sup>87 88</sup> van de vraag in de groothandelsmarkt aan zich (het verticaal geïntegreerde TUI wordt hier niet in rekening genomen).
139. Bijgevolg bemoeilijkt het niet-concurrentiebeding de andere luchtvaartmaatschappijen om een rol te spelen op de Belgische groothandelsmarkt voor vliegtuigstoelen.<sup>89</sup> Zonder dit beding had TCB een (groter) deel van de vliegtuigstoelen kunnen aankopen bij andere luchtvaartmaatschappijen en zou de toetreding van nieuwe of de groei van bestaande spelers die nu elk afzonderlijk een zeer klein marktaandeel hebben, makkelijker zijn. Van deze spelers zou een belangrijke concurrentiedruk aan de aanbodzijde van de groothandelsmarkt hebben uitgegaan. Deze marktafscherming wordt versterkt door de langere duur dan 5 jaar van de CSA en dus ook van de minimum commitment.
140. Om deze redenen beschouwt de auditeur de minimum commitment van TCB dat een niet-concurrentiebeding impliceert met een duur van minstens 5 jaar tot gevolg heeft de mededinging te beperken en derhalve worden de artikelen IV.1. WER en 101 VwEU geschonden.

---

<sup>85</sup> Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §130.

<sup>86</sup> Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §§ 133 en 134.

<sup>87</sup> [VERTROUWELIJK] is [60-70] van [1 000 000-1 300 000]. [1 000 000-1 300 000] is het totaal aantal in België verkochte reispakketten [2 500 000-3 000 000] verminderd met het door TUI in België verkochte aantal reispakketten (1 500 000-1 700 000)). Zie bijlage 44 van de concentratiezaak.

<sup>88</sup> Deze marktaandelen zijn niet significant veranderd. Zie documenten I.1.ZX3 SNB en I.2.ZS2. TCB.

<sup>89</sup> TUI FIY is de enige andere grote aanbieder van vliegtuigstoelen maar omdat zij een directe concurrent is van de andere tour operatoren verkoopt zij typisch geen of slechts in beperkte mate vliegtuigstoelen aan andere tour operatoren en oefent zij daarom geen significante concurrentiedruk uit op SNB.



**ii) Bronafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door toegekende exclusiviteit aan TCB**

141. Het begrip “exclusieve levering” wordt gedefinieerd als volgt: “Beperkingen waarvan het belangrijkste kenmerk erin bestaat dat de afnemer [lees: aanbieder] ertoe wordt gedwongen of aangezet de contractproducten, in het algemeen of voor een bepaald gebruik, uitsluitend of voornamelijk aan één afnemer te verkopen”.<sup>90</sup> Het grootste risico van exclusieve levering voor de mededinging is de concurrentiebeperkende uitsluiting van andere afnemers.<sup>91</sup> De in acht te nemen factoren om te beoordelen of een exclusieve levering mededinging beperkend is wanneer de groepsvrijstellingsverordening niet van toepassing is, wat hier het geval is gegeven de hoge marktaandelen van SNB en TCB<sup>92</sup>, zijn de volgende: de marktaandelen van de afnemer op de upstream markt en op de downstream markt, de marktpositie van de concurrerende afnemers op de upstream markt, de toetredingsdrempels op het niveau van de leveranciers, de tegenmacht van de leveranciers, het feit dat het product een intermediair product en een homogeen product is en de draagwijdte en de duur van de exclusieve levering.

a) De marktaandelen van de afnemer op de upstream markt en op de downstream markt

142. Het marktaandeel van TCB op de upstream inkoopmarkt, i.e. aan de vraagzijde van de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen, is [70-80]%<sup>93</sup>. Hierdoor staat TCB in een sterke positie om exclusieve levering op te leggen.

143. Het marktaandeel van TCB bedraagt daarenboven [30-40] % voor de verkoop van reispakketten door tour operatoren aan eindconsumenten. TCB is hiermee de tweede speler op de markt na de verticaal geïntegreerde speler TUI die een marktaandeel heeft van [50-60]%.<sup>94</sup>

144. In deze context is het aannemelijk dat de exclusieve levering van SNB aan TCB in negatieve effecten voor de eindconsumenten van pakketreizen resulteert.<sup>95</sup>

145. Enerzijds is te verwachten dat door de exclusieve levering aan TCB het niet winstgevend zal zijn voor andere tour operatoren om toe te treden op bepaalde bestemmingen. Aangezien door de exclusieve levering er geen, of slechts in beperkte mate, vliegtuigstoelen beschikbaar zijn op lijnvluchten van SNB (en ook niet op deze van het verticaal geïntegreerde TUI), is de enige optie meestal om volledige chartervluchten in te leggen, wat voor een kleine tour operator een belangrijke toetredingsbarrière kan zijn in vergelijking met de mogelijkheid om

---

<sup>90</sup> Zie § 192 van de richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen.

<sup>91</sup> Zie § 194 van de richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen.

<sup>92</sup> Zie §§ 193 van de richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen.

<sup>93</sup> Dit marktaandeel is niet significant veranderd. Zie documenten I.1.ZX3 SNB en I.2.ZS2. TCB.

<sup>94</sup> De marktaandelen worden berekend op basis van de gegevens tussen november 2016 en oktober 2017. Uit de door TCB gegeven aktualisering van de marktaandelen blijkt dat deze marktaandelen sindsdien niet significant zijn gewijzigd. Zie document I.2.ZS2. TCB.

<sup>95</sup> § 194 van de verticale richtsnoeren

*een beperkt aantal stoelen te kunnen kopen op een bestaande lijnvlucht en zo gradueel de klantenbasis te kunnen uitbouwen.*

146. *Anderzijds, voor wat betreft de bestemmingen waarop andere tour operatoren het toch winstgevend achten om toe te treden via chartervluchten, is deze toetreding normaliter kostelijker dan wanneer deze operatoren zouden toetreden via de aankoop van een beperkt aantal stoelen op bestaande lijnvluchten van SNB, omdat er aan het vullen van volledige vluchten, zeker voor een kleine operator, grotere risico's verbonden zijn.*

*b) De marktpositie van de concurrerende afnemers op de upstream markt*

147. *Gezien het marktaandeel van TCB op de vraagzijde van de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen, zijn de marktaandelen van haar concurrenten, derde tour operatoren, klein op dezelfde markt. Meer precies bedraagt het marktaandeel van TCB [70-80]%, terwijl dat van de tweede concurrent Corendon slechts [5-15]% en van de derde concurrent Sundio slechts [5-15]% bedraagt.<sup>96</sup> De concurrenten van TCB zijn dus beduidend kleiner en beschikken niet over dezelfde inkoopmacht als TCB met betrekking tot de aankoop van vliegtuigstoelen.*

148. *De toegekende exclusiviteit aan TCB houdt haar relatief sterke positie in de inkoopmarkt ten opzichte van haar concurrenten in stand. Daarenboven, wanneer de relatief zwakke positie van de concurrenten van TCB in de inkoopmarkt van vliegtuigstoelen ertoe leidt dat ze minder gunstige voorwaarden kunnen onderhandelen dan TCB, en dit zelfs kan leiden tot niet-toetreding op bepaalde bestemmingen, zal dit normaliter een negatief effect hebben op de eindconsument van pakketreizen.*

*c) De toetredingsdrempels op het niveau van de leveranciers*

149. *Hoger werd reeds uiteengezet dat het niet-concurrentiebeding de toetredingsdrempels voor concurrerende luchtvaartmaatschappijen, leveranciers van vliegtuigstoelen, verhoogt. Daarenboven zijn de toetredingsdrempels om als touroperator toe te treden als eigen leverancier van vliegtuigstoelen door opwaartse verticale integratie hoog. Er moeten vliegtuigen gekocht of gehuurd worden, personeel aangeworven en slots geboekt worden.*

*d) De tegenmacht van de leveranciers*

150. *SNB heeft een groot marktaandeel op de aanbodzijde van de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen, namelijk [70-80] % gedurende het winterseizoen en [90-100]% gedurende het zomerseizoen, wat de kans dat een tour operator exclusiviteit kan afdwingen om concurrentie beperkende redenen verkleint. In de ogen van de partijen zijn de CSA en de concentratie echter economisch gelinkt.<sup>97</sup> De exclusieve levering voor sommige bestemmingen en vluchten vormen een concessie van SNB in ruil voor andere clausules van de CSA, waaronder bijvoorbeeld het niet-concurrentiebeding waartoe TCB zich verbindt.<sup>98</sup> De exclusiviteit toegekend door SNB aan*

---

<sup>96</sup> Zie bijlage 44 van de aanmelding in het kader van de concentratiezaak SNB-TCAB.

<sup>97</sup> Zie § 16 van de aanmelding in het kader van de concentratiezaak. Zie ook § 220 van de aanmelding in het kader van de concentratiezaak en §§ 16-20 van de zelfbeoordelingsnota van de partijen (document I.1.0A2 SNB).

<sup>98</sup> Zie de brief dat TCB op 6 november 2017 naar SNB heeft gestuurd (document I.1.X2 SNB)

*TCB, die normaal gezien niet noodzakelijk rechtstreeks in het belang van SNB is (door verzaakte inkomsten door de verkoop aan derde tour operatoren), werd daarom door de partijen opgenomen in de overeenkomst. In deze context is het verklaarbaar dat SNB, ondanks haar sterke positie als aanbieder in de groothandelsmarkt, exclusieve levering aan TCB aanvaardt.*

*e) Het feit dat het een intermediair en/of een homogeen product betreft*

*151. Volgens de richtsnoeren is concurrentiebeperkende marktafscherming door exclusieve levering minder waarschijnlijk wanneer het om een intermediair product gaat of wanneer het product homogeen is.*

*152. Het product in kwestie, namelijk vliegtuigstoelen, wordt door de tour operatoren rechtstreeks, weliswaar vervat in een reispakket, geleverd aan de eindconsument.*

*153. Binnen een bepaalde bestemming is het product relatief homogeen. Voor pakketreizen worden hoofdzakelijk economy class vliegtuigstoelen gebruikt die in hun product karakteristieken weinig van elkaar verschillen. Verschillen in vertrek- en aankomsturen van de desbetreffende vluchten zijn echter wel van belang. De klanten verkiezen vluchten door Belgium-based luchtvaartmaatschappijen omwille van de betere vertrekuren dan in het geval van reverse flights.<sup>99</sup> De homogeniteit is dus niet perfect. Zoals vastgesteld in het kader van de concentratiezaak, "Voor de luchtvaartmaatschappijen die niet in België gevestigd zijn dient er wel opgemerkt te worden dat ze geen perfect substituut zijn voor in België gevestigde luchtvaartmaatschappijen. Hun vertrekuren en aankomsturen zijn immers meestal minder interessant voor Belgische vakantiereizigers."<sup>100</sup> In de praktijk wordt om deze reden deze optie slechts in beperkte mate gebruikt door Belgische tour operatoren.<sup>101</sup>*

*f) De draagwijdte en de duur van de exclusieve levering*

*154. De exclusieve levering heeft een lange duur, meer precies tussen 5 en 10 jaar, hetgeen de kans op concurrentiebeperkende marktafscherming bij de aankoop van vliegtuigstoelen vergroot, met de hogervermelde negatieve effecten voor de eindconsument op de downstream markt voor de verkoop van reispakketten tot gevolg.*

*155. Wat de draagwijdte betreft, moet men een onderscheid maken tussen zeven types bestemmingen, i.e. bestemmingen waarnaar alleen HQ vluchten vliegen, bestemmingen waarnaar alleen SN/HQ vluchten vliegen, bestemmingen waarnaar alleen HQ en SN/HQ vluchten vliegen, bestemmingen waarnaar zowel HQ vluchten, SN/HQ vluchten als SN vluchten vliegen, bestemmingen waarnaar HQ vluchten en SN vluchten vliegen, bestemmingen waarnaar SN/HQ vluchten en SN vluchten vliegen en bestemmingen waarnaar alleen SN vluchten vliegen. De auditeur merkt hierbij op dat niet al deze scenario's zich momenteel in de praktijk voordoen, maar het feit dat TCB en SNB in onderling overleg vrij*

---

<sup>99</sup> Zie *supra* § 58.

<sup>100</sup> § 128 van het beslissingsontwerp in het kader van de concentratiezaak.

<sup>101</sup> Zie de antwoorden van Beltur/Corendon, Sundio en ClubMed op vraag 3 van het verzoek om inlichtingen van 30 juni 2017 in het kader van de concentratie (documenten II.1.1.K3, II.1.8.I3, II.1.22.F2).

*vluchten en/of bestemmingen kunnen toevoegen aan de CSA impliceert dat niet uitgesloten kan worden dat elk van deze scenario's zich in de toekomst kan voordoen.*

*- De bestemmingen waarnaar alleen HQ vluchten vliegen*

156. *Momenteel geldt dit voor de volgende bestemmingen: [VERTROUWELIJK]– en mogelijks voor in de toekomst toegevoegde bestemmingen of voor bestemmingen waarvoor SNB het vluchtschema wijzigt.*

157. *Voor dit type bestemming, betreft de exclusieve levering alle door SNB georganiseerde vluchten. Het is dus niet mogelijk voor derde tour operatoren vliegtuigstoelen op lijnvluchten van SNB te kopen tenzij een nieuwe rotatie wordt gevraagd.<sup>102</sup> Hierbij dient in beschouwing genomen te worden dat SNB de grootste leverancier is aan tour operatoren in België en dat SNB één van de weinige Belgium-based luchtvaartmaatschappijen is. Omwille van deze exclusiviteit zijn derde tour operatoren erg beperkt in hun mogelijkheden om naar deze bestemmingen met lijnvluchten te vliegen. Tour operatoren kunnen chartervluchten gebruiken, maar deze geven minder flexibiliteit en houden meer risico's in.<sup>103</sup> Vooral voor kleinere tour operatoren kan de verplichting om een volledige chartervlucht aan te kopen, in plaats van een pakket met een beperkt aantal stoelen op lijnvluchten, een belangrijke belemmering vormen om toe te treden op de betrokken bestemmingen.<sup>104</sup> Zo zijn de kleinere concurrerende tour operatoren erg beperkt in hun mogelijkheid om vliegtuigstoelen te kopen naar bestemmingen waarnaar SNB alleen met HQ vluchten vliegt.*

*- De bestemmingen waarnaar alleen SN/HQ vluchten vliegen*

158. *Momenteel zijn er geen bestemmingen waarvoor dit het geval is, maar de situatie kan in de toekomst wel relevant zijn voor nieuw toegevoegde bestemmingen of door wijzigingen in het vluchtschema van SNB op bestaande bestemmingen.*

159. *Op deze bestemmingen mogen derde tour operatoren niet meer vliegtuigstoelen kopen dan het aantal vliegtuigstoelen dat werd gekocht gedurende de seizoenen W2016-2017 en Z2017. In een groeiende markt, wat actueel het geval is<sup>105</sup>, zijn de derde tour operatoren beperkt in hun mogelijkheden om vliegtuigstoelen te kopen. De mogelijkheid om chartervluchten aan te kopen biedt hiervoor opnieuw niet noodzakelijk een oplossing.*

*- De bestemmingen waarnaar enkel HQ en SN/HQ vluchten vliegen*

160. *Momenteel zijn er geen bestemmingen waarvoor dit het geval is, maar de situatie kan in de toekomst wel relevant zijn voor nieuw toegevoegde bestemmingen of door wijzigingen in het vluchtschema van SNB op bestaande bestemmingen.*

---

<sup>102</sup> Over dit punt zie *infra* §§ 173-180.

<sup>103</sup> Zie ook *supra* §§ 56-57.

<sup>104</sup> Zie de samenvatting van de vergadering van 6 maart 2018 tussen het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit en Sundio. Vergelijk ook de bijlagen 34B en 40A van de aanmelding. Het blijkt dat de kleine tour operatoren, zoals Lauwers en Diederick Reizen alleen allotments kopen en geen chartervlucht.

<sup>105</sup> Zie document II.8.C van het stukkendossier die een samenvatting van de vergadering met Sundio, bevat.

161. Voor dit derde type van bestemmingen mogen derde tour operatoren alleen vliegtuigstoelen kopen op SN/HQ vluchten. Ze mogen echter niet meer vliegtuigstoelen kopen dan het aantal vliegtuigstoelen dat werd verkocht gedurende de seizoenen W2016-2017 en Z2017. In een groeiende markt is dit opnieuw beperkend en chartervluchten bieden niet noodzakelijk een oplossing.
- De bestemmingen waarnaar zowel HQ vluchten, SN/HQ vluchten als SN vluchten vliegen
162. Voor dit vierde type van bestemmingen, waartoe momenteel [VERTROUWELIJK] behoren, mogen derde tour operatoren geen vliegtuigstoelen kopen op HQ vluchten, niet meer vliegtuigstoelen kopen dan gedurende de seizoenen W2016-2017 en Z2017 op SN/HQ vluchten en ze mogen wel vrij vliegtuigstoelen kopen op SN vluchten. Wanneer er slechts een beperkt aantal SN/HQ vluchten en SN vluchten georganiseerd worden, worden derde tour operatoren beperkt in de mogelijkheid om vliegtuigstoelen te kopen.
163. De auditeur merkt hierbij op dat er in de CSA geen specifiek mechanisme wordt voorzien om in dergelijk geval te verzekeren dat derde tour operatoren de mogelijkheid zullen krijgen vliegtuigstoelen te kopen.
- De bestemmingen waarnaar HQ vluchten en SN vluchten vliegen
164. Momenteel geldt dit voor de volgende bestemmingen: [VERTROUWELIJK] – en mogelijks voor in de toekomst toegevoegde bestemmingen of voor bestemmingen waarvoor SNB het vluchtschema wijzigt.
165. Voor dit vijfde type van bestemmingen mogen derde tour operatoren geen vliegtuigstoelen kopen op HQ vluchten, maar kunnen wel vliegtuigstoelen kopen op SN vluchten. Wanneer er weinig SN vluchten georganiseerd worden, worden derde tour operatoren beperkt in de mogelijkheid om vliegtuigstoelen naar bepaalde bestemmingen te kopen.
166. De auditeur merkt hierbij op dat er in de CSA geen specifiek mechanisme wordt voorzien om in dergelijk geval te verzekeren dat derde tour operatoren de mogelijkheid zullen krijgen vliegtuigstoelen te kopen.
- De bestemmingen waarnaar SN/HQ vluchten en SN vluchten vliegen
167. Momenteel zijn er geen bestemmingen waarvoor dit het geval is, maar de situatie kan in de toekomst wel relevant zijn door wijzigingen in het vluchtschema van SNB op bestaande bestemmingen.
168. Op deze bestemmingen mogen derde tour operatoren vliegtuigstoelen zonder beperkingen kopen op SN vluchten en een deel van de vliegtuigstoelen op SN/HQ vluchten kopen.

169. In het geval waar er slechts een klein aantal SN vluchten zou bestaan en waar de vraag van de derde tour operatoren hoog zou zijn, zouden derde tour operatoren beperkt zijn in hun mogelijkheid om vliegtuigstoelen te kopen op lijnvluchten van SNB.

170. De auditeur merkt op dat er in de CSA geen specifiek mechanisme wordt voorzien om in dergelijk geval te verzekeren dat derde tour operatoren de mogelijkheid zullen krijgen vliegtuigstoelen te kopen.

- De bestemmingen waarnaar alleen SN vluchten vliegen

171. Deze situatie bestaat voor, onder andere, [VERTROUWELIJK]. Voor dit type bestemmingen zijn de derde tour operatoren niet beperkt in het aankopen van vliegtuigstoelen op de bestaande vluchten van SNB.

g) Conclusie

172. Op basis van het geheel van deze elementen besluit de auditeur dat de clausules 3.11. b) en 3.11. c) van Schedule 1 bij de CSA bronafscherming veroorzaken ten nadele van de concurrenten van TCB bij de aankoop van vliegtuigstoelen in de groothandelsmarkt, met negatieve effecten voor de eindconsument van pakketreizen als gevolg. Bijgevolg worden de artikelen IV.1. WER en 101 VWEU geschonden.

**iii) Bronafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door aanpassingsmechanismes ten voordele van TCB**

a) De clausules 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) (ii) (ii)

173. Volgens de auditeur kunnen de aan TCB gegeven mogelijkheden onder punt (i) van clausule 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en onder punt (ii) van clausule 4.1. b) (ii) een toetredingsbarrière voor derde tour operatoren op de betrokken bestemmingen vormen.

174. De toetredingsbarrière kan als volgt worden geïllustreerd:

- Er bestaan drie SNB-vluchten per week met ieder 200 vliegtuigstoelen naar een gedeelde bestemming en TCB heeft hierop een gemiddeld afnamepercentage van 56% [of bv. 90% in geval van TO-bestemming].
- SNB voegt een bijkomende rotatie toe met 200 vliegtuigstoelen en verkoopt 50 stoelen aan een derde touroperator (25% van de bezetting).
- TCB kan dan de clausule gebruiken en zo haar bezettingspercentage verminderen tot het bezettingspercentage van de derde touroperator.
- In dat geval, in plaats van 336 [540] vliegtuigstoelen te kopen (56% [90%] van 600), zou TCB 150 stoelen kopen. De derde touroperator zou 50 stoelen kopen.
- SNB zou dus 200 stoelen verkopen aan tour operatoren in plaats van 336 [540].

- *SNB zal dus inkomsten verliezen tenzij de prijs van de aan de derde tour operator verkochte vliegtuigstoelen drie keer hoger is dan de prijs van de aan TCB verkochte vliegtuigstoelen.<sup>106</sup> Bovendien is haar risico groter, aangezien er vier rotaties zijn in plaats van drie waarop er ook flight-only stoelen verkocht dienen te worden. SNB zal dus meer terughoudend zijn om een nieuwe rotatie te openen op bestemming waarop de vraag naar flight-only stoelen beperkt is.*
- *Merk op dat SNB ook meer terughoudend zal zijn een nieuwe rotatie te openen wanneer de kosten hiervan relatief hoog ten opzichte van deze van de bestaande rotaties. Wanneer er echter schaalvoordelen zijn bij het inleggen van bijkomende vluchten op een bestemming kan dit de omschreven toetredingsbarrière afzwakken.*

175. *Omdat SNB niet weet hoe TCB zal reageren, is het waarschijnlijk dat, in de praktijk, SNB ofwel de vraag van een derde touroperator om een nieuwe rotatie te openen zal weigeren, ofwel dat SNB van de derde tour operator (i) een bepaald bezettingspercentage zal eisen als voorwaarde om een lijnvlucht naar een gedeelde bestemming toe te voegen of (ii) een hogere prijs dan die betaald door TCB zal vragen om een verlies aan inkomsten te vermijden in het geval waarin TCB deze clause zou gebruiken.*

176. *De auditeur merkt op dat chartervluchten niet worden getroffen door de clause omdat het bezettingspercentage van de derde touroperator hierop per definitie 100% is en dus steeds gelijk of hoger is dan dat van TCB. De clause kan dus enkel problematisch zijn in geval van bijkomende lijnvluchten met vaste dienstregeling.*

177. *Dit feit belet niet dat er toch een toetredingsbarrière bestaat, niet alleen voor kleine tour operatoren, maar ook voor grotere tour operatoren die op een nieuwe bestemming actief willen worden of die een kleine ontwikkeling op de betrokken bestemming willen voortzetten.*

178. *Deze toetredingsbarrière is belangrijk gegeven het hoge marktaandeel van SNB in de groothandelsmarkt, i.e. ongeveer [70-80] % voor het winterseizoen en [90-100]% voor het zomerseizoen, waardoor de mogelijkheden voor derde tour operatoren om vliegtuigstoelen te kopen op vluchten van andere luchtvaartmaatschappijen beperkt zijn.*

179. *Zoals hierboven reeds toegelicht is te verwachten dat de toetredingsbarrière voor derde tour operatoren een negatief effect heeft op de eindconsument van pakketreizen. Dit negatieve effect is groter voor bestemmingen waarop de concurrentie tussen tour operatoren beperkt is.*

180. *Op basis van het geheel van deze elementen besluit de auditeur dat clauses 3.11. d) I) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1 b) (ii) (ii) van Schedule 3 bij de CSA bronafscherming veroorzaken ten nadele van de concurrenten van TCB bij de aankoop van vliegtuigstoelen in*

---

<sup>106</sup> Met TCB alleen verkoopt SNB 336 stoelen op prijs X. Met de vraag van derde tour operatoren en de activering van de clause door TCB, verkoopt SNB 200 stoelen, 150 aan TCB (op prijs X) en 50 aan derde tour operatoren. Om dezelfde inkomsten te hebben moet SNB de 50 stoelen die verkocht worden aan de derde tour operatoren aan een prijs gelijk aan  $(186:50) \times$  prijs X verkopen, dus meer dan drie keer hoger.

de groothandelsmarkt, met negatieve effecten voor de eindconsument van pakketreizen als gevolg. Bijgevolg worden de artikelen IV.1. WER en 101 VWEU geschonden.

b) De clause 4.1. (b) (ii) (i)

181. Deze clause stelt dat wanneer SNB nieuwe rotaties toevoegt, TCB in bepaalde gevallen haar rotaties op de betreffende bestemming met dezelfde hoeveelheid kan verminderen. Volgens de auditeur kan dit een toegangsbarrière of kostenverhogende factor vormen voor derde tour operatoren bij het toetreden tot de betrokken bestemmingen.<sup>107</sup>
182. Wanneer de inkomsten voor SNB van de bijkomende rotatie lager liggen, bijvoorbeeld door een op dat moment relatief lage marktprijs, ten opzichte van de inkomsten van de rotatie die TCB mogelijk uit het vluchtplan haalt, dan zal SNB terughoudend zijn om de nieuwe rotatie te openen.
183. Het is waarschijnlijk dat SNB in de praktijk ofwel de vraag van een derde touroperator om een nieuwe rotatie te openen zal weigeren, of (i) een bepaald bezettingspercentage van een derde tour operator zal eisen om een lijnvlucht naar een Non-Open Skies TO Destination toe te voegen, of (ii) een relatief hoge prijs zal vragen om een verlies aan inkomsten te vermijden in het geval waarin TCB deze clause zou gebruiken.
184. Deze toetredingsbarrière is belangrijk gegeven het hoge marktaandeel van SNB in de groothandelsmarkt, i.e. ongeveer [70-80] % voor het winterseizoen en [90-100]% voor het zomerseizoen, waardoor de mogelijkheden voor derde tour operatoren om vliegtuigstoelen te kopen op vluchten van andere luchtvaartmaatschappijen beperkt zijn.
185. Zoals hierboven reeds toegelicht is te verwachten dat de toetredingsbarrière voor derde tour operatoren een negatief effect zal hebben op de eindconsument van pakketreizen. Dit negatieve effect is groter voor bestemmingen waarop de concurrentie tussen tour operatoren beperkt is.
186. Om deze redenen besluit de auditeur dat clause 4.1. (b) (ii) (i) van Schedule 3 bij de CSA bronafscherming veroorzaken ten nadele van de concurrenten van TCB bij de aankoop van vliegtuigstoelen in de groothandelsmarkt, met negatieve effecten voor de eindconsument van pakketreizen als gevolg. Bijgevolg worden de artikelen IV.1. WER en 101 VWEU geschonden.

### **VI.1.3 De uitwisseling van commercieel gevoelige informatie**

#### **VI.1.3.a Principes**

187. De Commissie is van mening dat doordat de uitwisseling van inlichtingen de transparantie op de markt kunstmatig vergroot, zij de coördinatie (d.w.z. afstemming) van het

---

<sup>107</sup> Zie § 100 a) van de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen



*concurrentiegedrag van ondernemingen in de hand kan werken en uiteindelijk een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben.<sup>108</sup>*

188. *Daarnaast kan de uitwisseling van informatie tot concurrentieverstorende afscherming leiden.<sup>109</sup> Meer precies kan een exclusieve uitwisseling van informatie tot concurrentieverstorende afscherming leiden op dezelfde markt als die waarop de uitwisseling plaatsvindt. Dit kan het geval zijn wanneer concurrenten die niet aan een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie deelnemen daardoor een aanzienlijk concurrentienadeel oplopen ten opzichte van de ondernemingen die wel aan het uitwisselingsstelsel deelnemen<sup>110</sup>. Deze vorm van marktafscherming is alleen mogelijk indien de betrokken informatie voor de mededinging van groot strategisch belang is en een aanzienlijk deel van de relevante markt bestrijkt.*
189. *De uitwisseling van informatie kan eveneens leiden tot concurrentieverstorende uitsluiting van derden op een verwante markt.<sup>111</sup> Zo kunnen partijen – bijvoorbeeld verticaal geïntegreerde ondernemingen – die in een upstream-markt informatie uitwisselen, als zij door die uitwisseling van informatie voldoende marktmacht verwerven, wellicht de prijs van een zeer belangrijk productonderdeel voor een downstream-markt verhogen. Zo zouden zij de kosten van hun downstream-concurrenten kunnen verhogen, wat tot concurrentieverstorende afscherming op de downstream-markt zou kunnen leiden.*
190. *Uitwisseling van informatie die tot doel heeft de mededinging op de markt te beperken, zal worden geacht een mededinging beperkende strekking te hebben. Bij de beoordeling of een uitwisseling van informatie een mededinging beperkende strekking heeft, moet een bijzondere aandacht besteden worden aan de juridische en economische context waarin de informatie-uitwisseling plaatsvindt. Daarbij moet er rekening mee gehouden worden of de informatie-uitwisseling op zichzelf eventueel kan leiden tot een beperking van de mededinging.<sup>112</sup>*
191. *De uitwisseling tussen concurrenten van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden dient te worden beschouwd als mededingingsbeperkende strekking.<sup>113</sup>*

---

<sup>108</sup> Zie § 65 van de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

<sup>109</sup> Zie § 69 van de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

<sup>110</sup> Zie § 70 van de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

<sup>111</sup> Zie § 71 van de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

<sup>112</sup> Zie § 72 van de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

<sup>113</sup> Zie § 74 van de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

192. *Wat de vermoedelijke gevolgen van een informatie-uitwisseling voor de mededinging zijn, moet per geval worden onderzocht, aangezien de uitkomst van de beoordeling afhangt van een combinatie van uiteenlopende factoren die eigen zijn aan de zaak. Bij de beoordeling van de mededinging beperkende gevolgen moeten de waarschijnlijke gevolgen van de informatie-uitwisseling worden vergeleken met de concurrentiesituatie die zonder deze specifieke informatie-uitwisseling zou hebben bestaan. De uitwisseling van informatie heeft mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, wanneer deze naar alle waarschijnlijkheid een merkbaar negatieve invloed zal hebben op een (of meer) van de concurrentieparameters zoals prijs, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie. Of een uitwisseling van informatie mededinging beperkende gevolgen heeft, hangt zowel af van de economische situatie op de relevante markten als van de kenmerken van de uitgewisselde informatie.<sup>114</sup>*

#### **VI.1.3.b Toepassing op de zaak**

##### **i) Mededingingsbeperkende strekking**

###### *a) Bewoordingen*

193. *De communicatie van inlichtingen wordt bepaald in de clausules 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA.*

194. *Ze wordt voorgesteld als noodzakelijk voor de mechanismen die zijn voorzien in deze artikelen.*

###### *b) Doelstelling*

195. *Aangezien de clausules 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA volgens de auditeur tot doelstelling hebben een toetredingsbarrière te creëren voor derde tour operatoren, heeft de uitwisseling van informatie die de mechanismen in deze clausules ondersteunt dezelfde doelstelling.*

###### *c) Context van de clausules*

196. *De auditeur stelt vast dat de communicatie gaat over de hoeveelheden vliegtuigstoelen op specifieke bestemmingen die concurrenten van TCB zullen afnemen bij SNB. Aangezien er niet veel grote concurrenten zijn van TCB is het, zelfs wanneer de betreffende informatie anoniem wordt overgemaakt, normaliter niet moeilijk voor TCB te identificeren om welke concurrenten het gaat. Dit feit versterkt het standpunt van de auditeur dat het wel degelijk de bedoeling is de mededinging te beperken.*

197. *De auditeur wijst erop dat de strategische informatie die TCB via de CSA ontvangt over het commercieel beleid van de met haar concurrerende derde tour operatoren, de onzekerheid over de toekomstige marktwerking voor haar vermindert. Zij heeft kennis van hun afgenomen hoeveelheden vliegtuigstoelen hetgeen haar toelaat haar vluchtplannen aan te passen aan*

---

<sup>114</sup> Zie § 75 van de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

*het gedrag van haar concurrenten. TCB heeft hierdoor een concurrentieel voordeel ten aanzien van haar concurrenten.*<sup>115</sup>

198. *Om deze redenen beschouwt de auditeur dat de in de clausules 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA communicatie van inlichtingen een mededingingsbeperkende strekking heeft en dus de artikelen IV.1. WER en 101 VwEU schenden.*

#### **ii) Mededingingsbeperkende effecten**

199. *De clausules 3.11. van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA voorzien dat SNB TCB zal informeren over het inleggen van nieuwe rotaties zodat de door deze clausules voorziene aanpassingsmechanismen voor TCB kunnen toegepast worden.*

200. *Zo zal TCB op de hoogte zijn van de plannen van haar concurrenten. TCB krijgt dus een concurrentievoordeel ten aanzien van haar concurrenten (met uitzondering van het verticaal geïntegreerde TUI).*

201. *Dit voordeel is belangrijk gegeven het hoge marktaandeel van SNB in de groothandelsmarkt, i.e. ongeveer [70-80] % voor het winterseizoen en [90-100]% voor het zomerseizoen, waardoor de mogelijkheden voor derde tour operatoren om vliegtuigstoelen te kopen op vluchten van andere luchtvaartmaatschappijen beperkt zijn.*

202. *Om deze redenen beschouwt de auditeur de in de clausules 3.11. van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA voorziene communicatie van inlichtingen als een beperking van de mededinging die de artikelen IV.1. WER en 101 VwEU schendt.*

#### **VI.1.4 Merkbare beïnvloeding van de mededinging op de Belgische markt en effect op de handel tussen lidstaten**

##### **VI.1.4.a Principes**

203. *Artikel IV.1 WER viseert overeenkomsten of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt aangetast.*

204. *Artikel 101, lid 1 VwEU daarentegen is enkel toepasbaar wanneer een overeenkomst en/of onderlinge afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen Lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.*

205. *Volgens vaststaande rechtspraak kan een restrictieve overeenkomst en/of een restrictieve onderlinge afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen Lidstaten ongunstig beïnvloeden wanneer de objectieve bestanddelen feitelijk en rechtens met een voldoende mate van*

---

<sup>115</sup> Vergelijk met richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten §§ 69-71.

- waarschijnlijkheid doen verwachten dat zij een directe of indirecte, actuele of potentiële invloed kunnen uitoefenen op de goederenstromen tussen Lidstaten.*<sup>116</sup>
206. *Artikel 101, lid 1 VwEU vereist niet dat het bewijs hoeft te worden geleverd dat overeenkomsten en/of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen Lidstaten daadwerkelijk beïnvloeden of hebben beïnvloed. Het is voldoende dat de overeenkomst of gedraging een dergelijk effect kan hebben.*<sup>117</sup>
207. *De handel tussen Lidstaten kan daarenboven worden beïnvloed in de gevallen waarin de relevante markt nationaal of sub-nationaal is.*<sup>118</sup> *Uit vaststaande rechtspraak volgt dat overeenkomsten die het gehele grondgebied van een Lidstaat bestrijken, naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.*<sup>119</sup>
208. *Tenslotte dient de beïnvloeding van de handel tussen Lidstaten merkbaar te zijn, in die zin dat zij niet onbeduidend mag zijn.*<sup>120</sup>

#### **VI.1.4.b Toepassing op de zaak**

209. *De betrokken clauses zijn van toepassing op vluchten tussen België en andere lidstaten en andere landen. Er is bijgevolg een effect op de handel tussen de lidstaten.*
210. *Bovendien merkt het auditoraat op dat de relevante geografische markt de Belgische markt is en dat bepaalde clauses van toepassing zijn op vluchten vanuit eender welke Belgische luchthaven. Er is dus een beïnvloeding op het gehele Belgische grondgebied. Volgens vaststaande rechtspraak impliceert dit ook een beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten.*
211. *Om deze redenen stelt de auditeur vast dat er een merkbaar effect op de handel tussen de lidstaten is.*

---

<sup>116</sup> Hof van Justitie, 11 juli 1985, *Remia*, C-42/84, § 22; Hof van Justitie, 14 juli 1981, *Züchner*, C-172/80, § 18; Hof van Justitie, 14 december 1983, *Kerpen & Kerpen*, C-319/82; Hof van Justitie, 10 december 1985, *Stichting Sigarettenindustrie*, gev. zaken 240/82 e.a., § 48 en gerecht, 15 maart 2000, *Cimenteries CBR*, gev. zaken T 25/95 e.a., § 3930.

<sup>117</sup> Gerecht, 7 oktober 1999, *Irish Sugar t. Commissie*, T 228/97, rn. 170 en Hof van Justitie, 1 februari 1978, *Miller*, C 19/77, § 15.

<sup>118</sup> Richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb C 101/81* van 27.4.2004, § 22.

<sup>119</sup> Zie Hof van Justitie, 19 februari 2002, *Wouters*, C 309/99, § 95.

<sup>120</sup> *Ibidem*, §§ 44 e.v.

### **VI.1.5 Merkbare beperking van de mededinging**

212. Een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, vormt naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging.<sup>121</sup>
213. Daarenboven stelt de auditeur vast dat gegeven de hoge marktaandelen van SNB en TCB op de relevante markten en de draagwijdte en duur van de onderzochte praktijken, deze praktijken tot gevolg hebben dat de mededinging op merkbare wijze wordt beperkt.

### **VI.1.6 Niet toepassing van de verticale groepsvrijstellingsverordening**

214. De auditeur merkt op dat aangezien de marktaandelen van beide partijen op de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen, zowel op de aanbodzijde als op de vraagzijde, zoals hierboven berekend<sup>122</sup> hoger dan 30% liggen, de verordening 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen<sup>123</sup> niet van toepassing is.

### **VI.1.7 Niet toepassing van het artikel 101 § 3 VWEU en van het artikel IV.1. § 3 WER**

#### **VI.1.7.a Principes**

215. De bepalingen van artikel IV.1 §1 WER en artikel 101, lid 1 VwEU zijn volgens respectievelijk artikel IV.1 §3 WER en artikel 101, lid 3 VwEU niet van toepassing op een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging die 1) bijdraagt tot de verbetering van de productie of van de verdeling of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, 2) waarbij een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, 3) zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, 4) of de mogelijkheid te geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.
216. De in deze artikelen voorziene vier voorwaarden zijn cumulatief.<sup>124</sup>

#### **VI.1.7.b Toepassing op de zaak**

##### **i) Argumenten van de partijen**

217. De partijen hebben geen analyse aangeleverd die tracht aan te tonen dat de vier voorwaarden in artikel IV.1 §3 WER cumulatief vervuld zijn. In het kader van de tweede en derde grief van bronafscherming werden er volgens de auditeur echter wel een aantal argumenten betreffende efficiëntiewinsten aangehaald. In het kader van de eerste grief van

---

<sup>121</sup> Hof van Justitie, 13 december 2012, *Expedia Inc. t. Autorité de la concurrence e.a.*, C 226/11, rn. 37.

<sup>122</sup> Zie *supra* §§ 29-36.

<sup>123</sup> Verordening(EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Publicatieblad (2010) C 130, artikel 1 lid 1(a).

<sup>124</sup> Voor meer inlichtingen, zie de richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen, §§ 122-127.

*klantafscherming en de vierde grief van informatie-uitwisseling stelt de auditeur echter vast dat geen dergelijke argumentatie werd aangeleverd.*

- ***Bronafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door toegekende exclusiviteit aan TCB***

218. *TCB beweert dat de clausules die volgens de auditeur problematisch zijn, hun ratio vinden in de aparte natuur van de CSA en in de hoge voorziene afnamevolumes.*<sup>125</sup>

219. *In hun gezamenlijk antwoord op de vragen van het auditoraat besproken tijdens de vergadering van 21 september 2017, schrijven de partijen het volgende:*

*“De vereiste dat op vluchten met HQ vluchtcode naar Gedeelde bestemmingen waarvoor geen overlap bestaat met vluchten met SN vluchtcode [VERTTOUWELIJK]<sup>126</sup> <sup>127</sup> SN geen vliegtuigstoelcapaciteit kan aangeboden worden aan derde tour operatoren is objectief gerechtvaardigd door de noodzaak om meeliften ('free riding') door derde tour operatoren te vermijden. Na de transactie zal SN naar TO-bestemmingen vliegen enkel op basis van TCB haar historische vraag en haar vijfjaarlijks engagement inzake volume en prijs. Deze vluchten zijn dus "gecreëerd" door TCB, dat het meeste risico neemt door zich ertoe te verbinden om een grote proportie van de capaciteit op deze vluchten af te nemen tegen een vaste prijs voor een periode van vijf jaar. De bedoeling van dit artikel is te vermijden dat derde tour operatoren meeliften op het engagement van TCB door capaciteit te kunnen aankopen aan lage prijs zonder enig risico te nemen op deze vluchten. Derde tour operatoren zijn vrij om een gelijkaardige deal te sluiten met SN”.*<sup>128</sup>

220. *TCB vat haar standpunt als volgt samen in haar antwoord van 19 maart 2018 op het verzoek om inlichtingen van 19 februari 2018: “In summary, without the safeguards in clauses 3.11(b) and 3.11(c) of the CSA, third party tour operators would be able to “free ride” on TCB’s investments arising from its volume and pricing commitments for HQ and SN/HQ flights. Anticipating this, TCB would wish to reduce its commitment leading to a lower number of HQ and SN/HQ flights being viable (i.e. output would fall). Clauses 3.11(b) and 3.11(c) of the CSA prevent this harmful effect from occurring. Finally, it is important to note that the above clauses do not restrict the ability of SNB to sell flight-only seats. Therefore, by encouraging TCB to make this long-term commitment, the availability of flight-only capacity is substantially increased (i.e. output is expanded).”*<sup>129</sup> <sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Zie het antwoord van TCB op het verzoek om inlichtingen van 16 maart 2018 (document I.2.ZI3).

<sup>126</sup> Voor de winter en zomerseizoenen 2018-2019 en 2019 is [VERTROUWELIJK] geen gedeelde bestemming meer, maar een FO bestemming.

<sup>127</sup> Voor de winter en zomerseizoenen 2018-2019 en 2019 is [VERTROUWELIJK] geen gedeelde bestemming meer, maar een FO bestemming.

<sup>128</sup> Zie § 11 van het Antwoord op de vragen van de BMA besproken tijdens de vergadering van 21 september 2017

<sup>129</sup> Zie documenten I.2.ZF2 en I.2.ZG2.

<sup>130</sup> Vrije vertaling van de auditeur (toegevoegd in het voorstel van beslissing): “Samengevat, zonder de bescherming voorzien in de clausules 3.11 (b) en 3.11 (c) van de CSA, zouden derde tour operatoren kunnen meeliften op de

- **Bronafscherming in de groothandelsmarkt van vliegtuigstoelen veroorzaakt door aanpassingsmechanismes ten voordele van TCB**

221. Volgens de partijen is de economische logica achter de clausules erop gericht om TCB te beschermen tegen meeliften ('free riding') door derde tour operatoren en om een legitiem risicodelingsmechanisme tussen TCB en concurrerende tour operatoren op te zetten ten einde een gelijk speelveld te creëren.<sup>131</sup>
222. De partijen leggen de nadruk op het feit dat SNB de vrijheid behoudt om nieuwe charter en/of lijnvluchten toe te voegen op de betreffende bestemmingen, terwijl het tegelijkertijd TCB een minimumbescherming geeft (ten aanzien van haar vijfjarige aankoopverbintenis) om te reageren op veranderingen in de markt.<sup>132</sup>
223. De partijen beweren ook dat er voldoende alternatieve bronnen van vliegtuigstoelcapaciteit bestaan, zodat het onmogelijk is om de toegang van derde tour operatoren af te schermen op basis van de CSA.<sup>133</sup> De partijen citeren Corendon Airlines, Vueling, Aegean Airlines, Transavia, Onur Air, XL Airways, Evelop Airlines, Pegasus Airlines, Tailwind en Freebird.
224. Bovendien zal de eindconsument kunnen genieten van een ruimer aanbod van bestemmingen vanuit Brussel, met aantrekkelijkere vertrek/-en aankomsttijden. Daarnaast verbetert de overeenkomst de operationele efficiëntie en maakt het mogelijk dat SNB capaciteit kan aanbieden aan een lagere prijs of hogere frequentie. Zo is het mogelijk voor derde tour operatoren hun aanbod te verruimen en aantrekkelijkere vertrek en

---

investeringen van TCB die voortvloeien uit diens volume- en prijsverplichtingen voor de HQ en SN/HQ vluchten. Hierop anticiperend zou TCB kunnen overwegen haar verbintenis te verminderen, met als gevolg een kleiner aantal beschikbare HQ en SN/HQ vluchten (i.e. afzet zou verminderen). Clausules 3.11 (b) en 3.11 (c) van de CSA moeten dit schadelijk effect vermijden. Bovendien is het belangrijk op te merken dat de hiervoor vermelde clausules de mogelijkheid van SNB om "flight only" vliegtuigstoelen te verkopen niet beperkt. Bijgevolg, door TCB aan te moedigen om deze lange termijn verbintenis aan te gaan, is de beschikbare "flight only" capaciteit substantieel toegenomen (i.e. afzet is verhoogd)".

<sup>131</sup> Zie § 25 van de Zelfbeoordeling van de partijen omtrent het Commercial Services Agreement tussen Brussels Airlines NV en Thomas Cook Belgium met inbegrip van clausules 3.10, 3.11 en 3.12 van Schedule 1 bij het Commercial Services Agreement. Zie ook § 30 van de Zelfbeoordeling van de partijen omtrent het Commercial Services Agreement tussen Brussels Airlines NV en Thomas Cook Belgium met inbegrip van clausules 3.10, 3.11 en 3.12 van Schedule 1 bij het Commercial Services Agreement

<sup>132</sup> Zie § 27 van de Zelfbeoordeling van de partijen omtrent het Commercial Services Agreement tussen Brussels Airlines NV en Thomas Cook Belgium met inbegrip van clausules 3.10, 3.11 en 3.12 van Schedule 1 bij het Commercial Services Agreement. Zie ook § 30 van de Zelfbeoordeling van de partijen omtrent het Commercial Services Agreement tussen Brussels Airlines NV en Thomas Cook Belgium met inbegrip van clausules 3.10, 3.11 en 3.12 van Schedule 1 bij het Commercial Services Agreement

<sup>133</sup> Zie § 28 van de Zelfbeoordeling van de partijen omtrent het Commercial Services Agreement tussen Brussels Airlines NV en Thomas Cook Belgium met inbegrip van clausules 3.10, 3.11 en 3.12 van Schedule 1 bij het Commercial Services Agreement

aankomsttijden aan te bieden. Verder zal een bijkomende neerwaartse druk op de prijs voor pakketreizen ontstaan.<sup>134</sup>

225. Naast deze efficiëntiewinsten beweren de partijen dat “de CSA geen beperkingen oplegt welke voor het bereiken van deze doelstellingen onmisbaar zijn, noch zouden zij op enige wijze de mededinging uitschakelen tussen de betrokken ondernemingen. Immers, er is geen beperking van de bestaande vliegtuigstoelcapaciteit; er is geen materiele beperking op de mogelijkheid voor SNB tot uitbreiding van haar capaciteit; en derde tour operatoren kunnen alternatieve bronnen van capaciteit vinden (inclusief interne levering, toegang tot lijnvluchten van luchtvaartmaatschappijen die concurreren met SNB, en de instelling van chartervluchten)”.<sup>135</sup>

## **ii) Beoordeling van de auditeur**

226. De relevante efficiëntiewinsten voor de toepassing van artikelen IV.1 §3 WER en 101, lid 3 VwEU zijn deze die de eindconsument ten goede komen. Voor de klanten van tour operatoren is het belangrijk dat er toegang is tot zoveel mogelijk vakantiebestemmingen aan zo laag mogelijke prijzen voor een gegeven kwaliteit. De relevante vraag is of de CSA in het algemeen, en meer specifiek de clausules in kwestie die exclusiviteit toekennen aan TCB of deze met aanpassingsmechanismes ten voordele van TCB, hiertoe bijdragen. Volgens de auditeur is dit niet het geval. Zelfs als TCB in afwezigheid van de exclusiviteitsclausules minder grote engagementen van aankoopvolumes zou aangaan of zelfs zou beslissen om niet meer te opereren op bepaalde bestemmingen, dan is er geen enkele aanwijzing dat er geen andere concurrerende tour operatoren deze rol niet zouden willen opnemen als hier voldoende vraag voor is vanuit de markt. Er zijn geen aanwijzingen in de beschikbare informatie uit het onderzoek dat spelers zoals Corendon, Sundio of de andere kleine spelers (cf. tabel annex 1) of zelfs nieuwe toetreders niet zouden willen toetreden of groeien in volume op eender welke vakantiebestemming waarop de CSA van toepassing is als ze dit winstgevend zouden achten. De kans op toetreding of groei van deze spelers is beduidend groter wanneer vooral de kleinere spelers toegang zouden hebben tot allotments op eender welke lijnvlucht die SNB organiseert waarop plaatsen beschikbaar zijn, wat door de clausules in kwestie niet altijd het geval is.

227. De auditeur merkt verder op dat de slots en de goodwill voor het organiseren van de relevante vluchten, zijn overgedragen aan SNB in het kader van de concentratie tussen Thomas Cook Airlines Belgium en Brussels Airlines. De waarde die TCB gecreëerd heeft op de betreffende bestemmingen had dus gereflecteerd kunnen worden in de transactieprijs van de overname. Het is echter niet toelaatbaar dat TCB hiervoor gecompenseerd wordt in een vorm die ten koste gaat van haar concurrenten. De voorwaarde van de onmisbaarheid is volgens de auditeur bijgevolg duidelijk niet vervuld.

228. De auditeur volgt dus niet de argumenten van de partijen volgens welke derde tour operatoren aan free-riding zouden kunnen doen en de beschikbare vliegtuigcapaciteit op

---

<sup>134</sup> *Ibidem.*

<sup>135</sup> *Ibidem.*



*vakantiebestemmingen voor eindconsumenten zou afnemen bij afwezigheid van de exclusiviteitsclausules en de clausules met aanpassingsmechanismes ten voordele van TCB.*

229. *Om deze redenen is de auditeur van oordeel dat er geen aanspraak gemaakt kan worden op artikel 101 § 3 en artikel IV.1 § 3 WER.*

### **VI.1.8 Samenvatting van de grieven**

230. *De grieven van de auditeur kunnen als volgt worden samengevat:*

- a) *Klantafscherming op de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren veroorzaakt door het feit dat de CSA een niet-concurrentiebeding bevat met een duur van langer dan 5 jaar.*
- b) *Bronafscherming in de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren veroorzaakt door de in clausules 3.11. b) en c) van de Schedule 1 bij de CSA voorziene exclusiviteit voor TCB wat de aankoop van vliegtuigstoelen op bepaalde vluchten van SNB betreft.*
- c) *Bronafscherming in de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren veroorzaakt door de aanpassingsmechanismes in de clausules 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA.*
- d) *De uitwisseling van commercieel gevoelige informatie in het kader van de uitvoering van de aanpassingsmechanismes in de clausules 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA.*

### **VI.2 Argumentatie van SNB<sup>136</sup>**

231. *SNB is van oordeel dat de betrokken clausules geen inbreuken met een mededingingsbeperkende strekking vormen en dat aangezien SNB de clausules nooit heeft toegepast er ook geen mededingingsbeperkend effect kan zijn geweest.<sup>137</sup>*

232. *In de eerste plaats kwalificeert SNB de betrokken clausules van de CSA als een aan haar opgelegde exclusieve levering. In de verticale richtsnoeren van de Europese Commissie zou exclusieve levering niet worden aangemerkt als een inbreuk met mededingingsbeperkende strekking, maar als een praktijk waarvan de mededingingsbeperkende effecten dienen afgewogen te worden wanneer het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer de drempel van 30% overschrijdt.<sup>138</sup>*

233. *SNB beweert dat de mededeling van grieven geen enkele analyse bevat omtrent exclusieve levering en merkt op dat het marktaandeel van TCB op de relevante markt slechts [30-40]% bedraagt.<sup>139</sup>*

---

<sup>136</sup> Thomas Cook Belgium en haar moederonderneming hebben niet geantwoord op de mededeling van grieven.

<sup>137</sup> Zie p. 4 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>138</sup> Zie § 15 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>139</sup> Zie § 15 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

234. Ten tweede wat het ontbreken van enige mededingingsbeperkende strekking betreft, verwijst SNB naar de conclusie van Advocaat-generaal Bobek in zaak C-228/18 waarin deze stelt dat alvorens een mededingingsautoriteit tot een doelbeperking kan besluiten twee stappen moeten worden uitgevoerd.<sup>140</sup> In de eerste stap dient te worden nagegaan of de overeenkomst in kwestie valt binnen een categorie van overeenkomsten waarvan de schadelijke aard algemeen aanvaard en makkelijk identificeerbaar is, op basis van ervaring. De tweede stap omvat een “reality check” welke vereist dat de mededingingsautoriteit nagaat of er specifieke elementen zijn die twijfel kunnen opwerpen omtrent de veronderstelde schadelijke aard van de overeenkomst, rekening houdend met de juridische en economische context van de overeenkomst en met de aard van de diensten en de marktomstandigheden.<sup>141</sup>
235. In casu stelt SNB dat het auditoraat voor geen enkele van de betrokken clausules aantoont dat er “een wijde en consistente praktijk is van Europese mededingingsautoriteiten en/of van rechtbanken van lidstaten die onderbouwen dat de overeenkomsten in kwestie over het algemeen aanvaard worden als schadelijk voor de mededinging”.<sup>142</sup> SNB verwijst hiervoor met name naar de verticale richtsnoeren van de Commissie en de “Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice”.<sup>143</sup>
236. SNB beroept zich op rechtsleer, één rechterlijke uitspraak en op verordening 330/2010 om te stellen dat niet-concurrentiebedingen die de duur van 5 jaar overschrijden in de regel beschouwd worden als beperkingen naar gevolg en niet als doelbeperkingen.
237. SNB is verder van mening dat het auditoraat de vereiste “reality check” niet heeft verricht of minstens niet correct heeft verricht. SNB verwijst hiervoor naar haar uitgebreide argumentatie overgemaakt aan het auditoraat, i.e. de zelfbeoordeling van de CSA van 25 augustus 2017 inclusief de analyse van RBB Economics, het antwoord van partijen op de tijdens de vergadering van 21 september 2017 gestelde vragen, de tijdens de vergadering van 29 januari 2018 verschaft aanvullende uitleg en “de vele discussies omtrent de complexiteit van de clausules tijdens de vergaderingen met het auditoraat”.<sup>144</sup>
238. SNB besluit dat de betrokken clausules derhalve geen mededingingsbeperkende strekking hebben.
239. Tot slot stelt SNB dat om alsnog een inbreuk aan te tonen, bijgevolg de mededingingsbeperkende gevolgen van de clausules moeten worden geanalyseerd. Volgens SNB kunnen deze gevolgen niet worden aangetoond aangezien SNB de clausules nooit heeft toegepast.<sup>145</sup>

---

<sup>140</sup> Zie § 18 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>141</sup> Zie §§19 en 25 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>142</sup> Zie § 20 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>143</sup> Zie § 21 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>144</sup> Zie § 25 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>145</sup> Zie § 26 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

### **VI.3 Antwoord van de auditeur op de argumentatie van SNB**

#### **VI.3.1 De betrokken clausules hebben een mededingingsbeperkende strekking**

##### **VI.3.1.a Algemene beschouwingen**

240. *Uit een analyse van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven, kunnen de volgende kritieken worden weerhouden:*

- a. *De auditeur heeft nagelaten de betrokken clausules te analyseren als een vorm van exclusieve levering.*
- b. *De auditeur heeft in zijn analyse van de mededingingsbeperkende strekking niet de correcte test gehanteerd, zoals voorgesteld door Advocaat-Generaal Bobek.*
- c. *Niet-concurrentiebedingen die de duur van 5 jaar overschrijden worden in de regel beschouwd als beperkingen naar gevolg en niet als doelbeperkingen.*
- d. *De clausules zijn niet mededingingsbeperkend naar strekking omdat de specifieke juridische en feitelijke omstandigheden in verschillende richtingen wijzen en omdat er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor de betrokken clausules in de CSA.<sup>146</sup>*

241. *Deze kritieken worden hierna weerlegd.*

##### **VI.3.1.b De betrokken clausules behoren tot de categorie exclusieve levering**

242. *SNB stelt dat de betrokken clausules gekwalificeerd dienen te worden als exclusieve levering en dat “de mededeling van grieven bevat geen enkele analyse omtrent exclusieve levering”.<sup>147</sup>*

243. *Dat de mededeling van grieven geen analyse bevat omtrent de clausules die behoren tot de categorie van de exclusieve levering is feitelijk onjuist. In paragraaf 139 van de mededinging van grieven verwijst de auditeur naar dezelfde paragrafen van de verticale richtsnoeren van de Europese Commissie als SNB in haar antwoord op de mededeling van grieven<sup>148</sup>. Deze paragrafen betreffen alleen de clausules 3.11. b) en c) van de CSA en bevinden zich in de effectenanalyse. De auditeur heeft ook de mededingingsbeperkende strekking van deze clausules onderzocht en vastgesteld.<sup>149</sup> De mededeling van grieven bevat eveneens een grondige analyse van het mededingingsbeperkende karakter van de andere clausules, zowel vanuit het oogpunt van strekking als de gevolgen.<sup>150</sup>*

---

<sup>146</sup> In dit kader verwijst SNB naar haar uitgebreide argumentatie overgemaakt aan het auditoraat, i.e. de zelfbeoordeling van de CSA van 25 augustus 2017 inclusief analyse RBB Economics, het antwoord van partijen op de vragen gesteld tijdens de vergadering van 21 september 2017 en de aanvullende uitleg verschaft tijdens de vergadering van 29 januari 2018, Zie documenten I.1.0A1, I.1.0A2, I.1.E2 en I.1.E5.

<sup>147</sup> Zie § 15 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>148</sup> Zie *supra* § 141.

<sup>149</sup> Zie *supra* §§ 118-126.

<sup>150</sup> Zie *supra* §§ 127-135; §§ 136-186 en §§ 193-202.

244. Verder heeft de auditeur in de mededeling van grieven aangetoond dat de betrokken clausules wel degelijk leiden tot een exclusieve levering met “klantafscherming” en “bronafscherming” tot gevolg. Dit vormt net de kern van de grieven van de auditeur.

**VI.3.1.c De auditeur heeft de correcte test gebruikt om een mededingingsbeperkende strekking aan te tonen**

**i) De auditeur heeft de rechtspraak « cartes bancaires » van het Hof van Justitie toegepast, hetgeen niet door SNB wordt betwist**

245. SNB argumenteert dat een mededingingsautoriteit om te kunnen besluiten tot een doelbeperking een analyse in twee stappen moet uitvoeren, en verwijst hiervoor naar de conclusie van Advocaat-generaal Bobek in zaak C-228/18. SNB preciseert verder dat het concept van een doelbeperking restrictief is en enkel toegepast kan worden op praktijken tussen ondernemingen die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht.

246. De auditeur betwist niet dat het begrip mededingingsbeperkende “strekking” restrictief moet worden uitgelegd en enkel toegepast kan worden op praktijken tussen ondernemingen die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht. Dit is vaste rechtspraak.<sup>151</sup>

247. Verder merkt de auditeur op dat hij zich voor de analyse of de clausules een mededingingsbeperkende “strekking” hebben, precies heeft gebaseerd op de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak “cartes bancaires”, volgens welke moet gelet worden op de bewoordingen, de doelstellingen, alsook op de economische en juridische context van de clausules welke het voorwerp van het onderzoek vormen.

248. De auditeur merkt op dat de conclusie van de Advocaat-generaal Bobek zich geheel inschrijft in deze rechtspraak van het Hof van Justitie.

249. In casu is de auditeur zowel de bewoordingen als de oogmerken (m.a.w. de doelstellingen) van de betrokken bepalingen van de overeenkomst nagegaan, hetgeen volgens Advocaat-generaal Bobek de eerste stap van de analyse vormt.<sup>152</sup> De auditeur heeft daarnaast ook de juridische en economische context van de betrokken clausules in aanmerking genomen, hetgeen volgens de Advocaat-generaal de tweede stap in de analyse is.

250. De analyse van de auditeur in drie stappen, m.n. het onderzoek van de bewoordingen, doelstellingen en context, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie, toont aan dat de betrokken clausules een mededingingsbeperkende strekking hebben.

251. SNB betwist niet dat de partijen bij de CSA op hun respectievelijke markten over hoge marktaandelen beschikken: SNB heeft een marktaandeel van ongeveer [70-80]% voor het winterseizoen en van ongeveer [90-100]% voor het zomerseizoen; TCB heeft aan de vraagzijde een marktaandeel van ongeveer [70-80]%.

---

<sup>151</sup> Zie, onder meer, HvJ, arrest van 11 september 2014, groupement des cartes bancaires, C-67/13 P, § 58.

<sup>152</sup> Zie § 42 van de conclusie van Advocaat-generaal Bobek van 5 september 2019 in zaak C-228/18.

252. *Het bestaan van deze hoge marktaandeelen – ongeacht het marktaandeel van [30-40]% van TCB op de downstream markt – is een belangrijk element van context, m.n. van marktstructuur, om vast te stellen dat de betrokken clauses een mededingingsbeperkende strekking hebben. De situatie zou desgevallend verschillend zijn geweest indien de partijen veel lagere marktaandeelen hadden en bijgevolg een meer bescheiden marktpositie hadden.*

253. *Uit voorgaande volgt dat in de mededeling van grieven de auditeur wel degelijk de juiste analyse heeft gevoerd.*

**ii) Er dient geen juridisch precedent te bestaan om een bepaalde clause of overeenkomst als mededingingsbeperkend naar strekking te kwalificeren**

254. *SNB beroept zich op de conclusie van Advocaat-Generaal Bobek in zaak C-228/18 om te stellen dat er precedents moeten bestaan om een clause of een overeenkomst als mededingingsbeperkend naar strekking te kunnen beschouwen. In dit verband stelt SNB vast: “[v]oor geen enkele van de Clausules toont het Auditoraat aan dat er een wijde en consistente praktijk is van Europese mededingingsautoriteiten en/of van rechtbanken van lidstaten die onderbouwen dat de overeenkomsten in kwestie over het algemeen aanvaard worden als schadelijk voor de mededinging”.<sup>153</sup>*

255. *Deze bewering van SNB is niet correct. In zijn conclusie verwijst de Advocaat-generaal naar het begrip “ervaring”, waarover het Hof van Justitie het volgende zegt in paragraaf 51 van zijn arrest in de zaak “cartes bancaires”: “Zo staat het vast dat bepaalde kartelafspraken, zoals die welke tot horizontale prijsbepaling door kartels leiden, beschouwd kunnen worden als afspraken die een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van inzonderheid de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten inhouden, dat het overbodig kan worden geacht voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt (zie in die zin met name arrest Clair, 123/83, EU:C:1985:33, punt 22). **De ervaring** leert namelijk dat dergelijke gedragingen leiden tot productieverminderingen en prijsstijgingen, waardoor de middelen inefficiënt worden ingezet, hetgeen inzonderheid de consumenten schaadt.”<sup>154</sup>*

256. *Advocaat-generaal Bobek stelt uitdrukkelijk ook dat onder “ervaring” kan worden verstaan: “hetgeen gewoonlijk uit het economische onderzoek naar voren komt, zoals dat is aanvaard door de mededingingsautoriteiten en eventueel bevestigd door de rechtspraak.”<sup>155</sup> M.a.w., die ervaring heeft niet enkel betrekking op de rechtspraak en de beslissingspraktijk van rechters en van mededingingsautoriteiten, maar ook op de economische analyse van bepaalde situaties of clauses. Dit wordt nogmaals bevestigd door de verwijzing van Advocaat-generaal Bobek naar “studies of verslagen die door onafhankelijke auteurs zijn*

---

<sup>153</sup> Zie § 20 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>154</sup> HvJ, arrest van 11 september 2014, groupement des cartes bancaires, C-67/13 P, § 51.

<sup>155</sup> Zie § 44 van de conclusie van Advocaat-generaal Bobek van 5 september 2019 in zaak C-228/18.

*opgesteld en zijn gebaseerd op door de internationale economische gemeenschap erkende methoden, beginselen en normen die hun standpunt ondersteunen”.*<sup>156</sup>

257. *Een andere lezing zou impliceren dat er steeds precedentes moeten bestaan alvorens een bepaalde gedraging of overeenkomst als mededingingsbeperkend naar “strekking” te beschouwen. Een dergelijke lezing zou niet alleen de concrete economische context van een bepaalde mededingingspraktijk die het voorwerp vormt van het onderzoek miskennen, maar bovendien strijdig zijn met de manier waarop rechtspraak en beslissingspraktijk in het mededingingsrecht zich in de praktijk ontwikkelen.*

258. *Deze lezing is verder strijdig met de rechtspraak van de rechtbank van de Europese Unie in de zaak Lundbeck. In deze zaak heeft de rechtbank het volgende gezegd: “Anders dan verzoeksters stellen, is bovendien niet vereist dat de Commissie reeds overeenkomsten van hetzelfde soort heeft veroordeeld om de litigieuze overeenkomsten als mededingingsbeperking naar strekking te kunnen beschouwen. De rol van de ervaring, die het Hof heeft vermeld in punt 51 van het arrest CB/Commissie, punt 78 supra (EU:C:2014:2204), heeft geen betrekking op de specifieke categorie van een overeenkomst in een bepaalde sector, maar verwijst naar het feit dat vaststaat dat bepaalde vormen van onderlinge afstemming in de regel en zoals de ervaring leert, de mededinging in die mate nadelig kunnen beïnvloeden dat niet hoeft te worden aangetoond dat zij in het specifieke geval gevolgen hebben gehad. Het feit dat Commissie in het verleden niet heeft gemeend dat een bepaald soort overeenkomst naar haar aard de mededinging beperkte, kan er dus niet aan in de weg staan dat zij dat in de toekomst doet, na een individueel en omstandig onderzoek van de litigieuze maatregel aan de hand van de inhoud, het doel en de context ervan (zie in die zin arrest CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 51; conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie, C-67/13 P, Jurispr., EU:C:2014:1958, punt 142, en die van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Toshiba Corporation/Commissie, C-373/14 P, Jurispr., EU:C:2015:427, punt 74).”*<sup>157</sup>

259. *Deze rechtspraak toont aan dat, in tegenstelling tot hetgeen SNB beweert, de mededingingsbeperkende strekking niet enkel kan worden aangetoond voor overeenkomsten of praktijken die door de Europese Commissie of een andere mededingingsautoriteit reeds wegens de strekking ervan als mededingingsbeperkend werden aangemerkt, hetzij in individuele beslissingen, hetzij in door deze autoriteiten opgestelde algemene documenten, zoals de lijst van hardcore restrictions in verordening 330/2010 of de opsomming van restricties naar strekking in de “Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice” van de Europese Commissie.*

---

<sup>156</sup> Zie § 72 van de conclusie van Advocaat-generaal Bobek van 5 september 2019 in zaak C-228/18.

<sup>157</sup> Gerecht, arrest van 8 september 2016, Lundbeck, T-472/13, § 438

**iii) De niet-implementatie van de clauses sluit niet uit de clauses als mededingingsbeperkend naar strekking te beschouwen**

260. Volgens vaste rechtspraak en mededingingspraktijken<sup>158</sup> sluit de niet-uitvoering van de clauses niet uit dat ze als een mededingingsbeperking naar strekking kunnen worden beschouwd.

**VI.3.1.d Niet-concurrentiebedingen kunnen een mededingingsbeperkende strekking hebben**

261. SNB voert aan dat niet-concurrentiebedingen die de duur van 5 jaar overschrijden, in de regel beschouwd worden als beperkingen naar gevolg en niet als doelbeperkingen.

262. In de eerste plaats merkt de auditeur op dat, waar SNB stelt dat deze bedingen “in de regel” als effectenbeperkingen en niet als doelbeperkingen moeten worden beschouwd, zij in wezen erkent dat deze bedingen onder omstandigheden als doelbeperkingen kunnen worden aangemerkt.

263. Immers, bij de beoordeling of een niet-concurrentiebeding een mededingingsbeperkende strekking heeft, dient het beding overeenkomstig de rechtspraak “cartes bancaires” van het Hof van Justitie aan een individueel onderzoek te worden onderworpen waarbij gekeken wordt naar de bewoordingen, de doelstellingen en de context van het niet-concurrentiebeding in kwestie. Hierboven werd reeds uiteengezet dat het bestaan van precedenten niet vereist is.

264. De rechtsleer die door SNB wordt aangehaald, zegt niets anders. Deze auteurs zeggen hoogstens dat het voor overeenkomsten andere dan bijv. verticale prijsbinding of beperkingen van parallelimport, niet waarschijnlijk is dat zij een mededingingsbeperkende strekking hebben of dat de rechtspraak zich concentreert op de effecten van niet-concurrentiebedingen in verticale relaties zonder de strekking in acht te nemen. In ieder geval heeft de rechtsleer geen juridisch bindende waarde en kan zij geen afbreuk doen aan de rechtspraak van het Hof van Justitie.

265. SNB merkt op dat niet-concurrentiebedingen die de duur van 5 jaar overschrijden worden beheerst door artikel 5 van verordening 330/2010 (uitgesloten beperkingen) maar niet vallen onder artikel 4, dat de hardcore beperkingen opsomt. Dit zou aantonen dat niet-concurrentiebedingen geen mededingingsbeperkende strekking hebben.

266. Deze redenering moet worden verworpen.

267. Uit het feit dat de in artikel 4 opgelijste hardcore restricties in principe een mededingingsbeperkende strekking hebben kan niet afgeleid worden dat de andere, niet opgelijste restricties niet als mededingingsbeperkend naar strekking kunnen worden beschouwd. Overigens wijst de auditeur erop dat niet-concurrentiebedingen die de duur van 5 jaar overschrijden, in de Verordening 330/2010 een bijzondere plaats innemen aangezien zij

---

<sup>158</sup> Zie HvJ, arrest van 13 december 2012, Expedia, C-226/11; §§ 35-37 en HvJ, arrest van 14 maart 2013, Allianz Hungaria, C-32/11, § 38. Zie ook décision n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, § 177 van de Franse Mededingingsautoriteit, bevestigd door het Hof van beroep van Parijs (arrest van 9 mars 2010; p. 8)

door artikel 5 van verordening 330/2010 expliciet uitgesloten worden van het voordeel van de groepsvrijstelling. De Verordening laat bijgevolg alle ruimte om niet-concurrentiebedingen als een mededingingsbeperkende strekking te beschouwen.

268. Wat de verticale richtsnoeren betreft, die volgens SNB enkel ingaan op een analyse van de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen van toegekende exclusiviteit of exclusieve levering merkt de auditeur op dat de Commissie ook het volgende stelt: “Bij merkexclusiviteitsverplichtingen met een looptijd van één tot vijf jaar, aangegaan door niet-dominante ondernemingen, is in de regel een echte afweging tussen de concurrentie bevorderende en de concurrentiebeperkende effecten vereist, terwijl in het geval van merkexclusiviteitsverplichtingen met een looptijd van meer dan vijf jaar voor de meeste soorten investeringen de verplichtingen niet noodzakelijk worden geacht om de beweerde efficiëntieverbeteringen te verwezenlijken of de efficiëntieverbeteringen ontoereikend worden geacht om het markt afschermende effect te compenseren. Bij merkexclusiviteitsverplichtingen die door ondernemingen met een machtspositie worden aangegaan, is concurrentiebeperkende afscherming waarschijnlijker.”<sup>159</sup> De verticale richtsnoeren laten dus toe een niet-concurrentiebeding van meer dan 5 jaar als doelbeperking te kwalificeren.

269. Kortom: niet-concurrentiebedingen die de duur van 5 jaar overschrijden, mogen a priori niet worden gekwalificeerd als een mededingingsbeperking naar strekking of naar gevolgen. Er moet overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie – zoals het geval is voor alle mogelijke mededingingsbeperkende overeenkomsten of praktijken – een “case by case” analyse worden uitgevoerd.

270. De auditeur heeft deze analyse uitgevoerd en heeft besloten dat de omstandigheden van de zaak met zich meebrengen dat de betrokken niet-concurrentiebedingen een mededingingsbeperkende strekking hebben.<sup>160</sup>

**VI.3.1.e De specifieke juridische of feitelijke omstandigheden zijn niet van dien aard dat er geen sprake meer kan zijn van een doelbeperking**

271. SNB is van mening dat de specifieke juridische en feitelijke omstandigheden van de clausules ertoe leiden dat de clausules geen mededingingsbeperkende strekking hebben en verwijst in dit verband naar “de uitgebreide argumentatie overgemaakt aan het Auditoraat (...) en de vele discussies omtrent de complexiteit van de Clausules tijdens de vergadering met het Auditoraat”.<sup>161</sup>

272. Alvorens meer in detail in te gaan op de argumentatie van SNB ter rechtvaardiging van de noodzaak van de betrokken clausules in de CSA, dient te worden opgemerkt dat SNB ten onrechte veronderstelt dat de kwalificatie van mededingingsbeperkende strekking niet kan worden gehanteerd wanneer een bepaalde sector of overeenkomst complex zou zijn.

---

<sup>159</sup> § 133 van de verticale richtsnoeren

<sup>160</sup> Zie *supra* §§ 110-117.

<sup>161</sup> Zie § 25 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven



273. *In ieder geval is de auditeur van oordeel dat de betrokken clauses in se niet complex zijn.*
274. *De argumentatie van SNB ter rechtvaardiging van de clauses kan als volgt worden samengevat:*
- a. *de clauses moeten beletten dat de concurrenten van TCB meeliften op haar investeringen;*
  - b. *de clauses beperken de beschikbare vliegtuigstoelcapaciteit voor derde tour operatoren niet;*
  - c. *Het is nodig om SNB te beschermen om haar aan te zetten om nieuwe bestemmingen te ontwikkelen.*

**i) Er is geen risico van free riding door de concurrenten van TCB<sup>162</sup>**

275. *SNB voert aan dat deze beperking noodzakelijk is voor de vrijwaring van de investeringen van TCB in de TO bestemmingen en van het risico dat voor TCB verbonden is aan haar vijfjarige aankoopverplichting. Hierdoor wordt vermeden dat derde tour operatoren zouden meeliften op deze investeringen (free-riding).*
276. *De auditeur merkt op dat uit de gegevens van het onderzoek blijkt dat met name de bestemmingen waarnaar enkel HQ vluchten vliegen, ook door andere tour operatoren worden aangeboden.<sup>163</sup> Voor zover SNB bedoelt dat deze bestemmingen door TCB als populaire vakantiebestemmingen werden gepromoot en vermeden moet worden dat derde tour operatoren hiervan zouden 'profiteren' (meeliften) in afwezigheid van enige bescherming van TCB door de CSA, kan dit argument niet worden aanvaard aangezien vaststaat dat derde operatoren zelf op deze bestemmingen vóór het bestaan van de CSA reeds actief waren.*
277. *Voor zover SNB meent dat de door de TCAB verrichte investeringen (vliegtuigcapaciteit, slots, enz.) om naar deze bestemmingen te vliegen moeten worden beschermd, dient ervan worden uitgegaan dat deze investeringen door SNB werden vergoed op het moment van de overname van TCAB. Bijgevolg bestaat eveneens in deze hypothese geen gevaar van free-riding doordat derde tour operatoren vliegtuigstoelen op deze vluchten zouden kopen. Wat SNB betreft, moet worden opgemerkt dat de beperking die aan SNB wordt opgelegd om vliegtuigcapaciteit aan derde tour operatoren te verkopen het maximaliseren van de rendabiliteit van haar investering net verhindert.*
278. *Voor zover SNB aanvoert dat de afnameverplichting van TCB moet worden beschermd wegens de noodzaak van ondersteuning van de SNB-diensten op deze routes, dient ook dit argument te worden verworpen. Zolang deze bestemmingen populair blijven bij de*

---

<sup>162</sup> Zie ook *supra* §§ 226-229.

<sup>163</sup> Zie documenten II.1.1.K3, II.1.8.I2 en II.1.22.F2 uit de concentratiezaak. Deze documenten maken deel uit van het proceduredossier in deze inbreukzaak (zie deel III van het proceduredossier). De auditeur heeft toestemming gekregen om deze documenten in het kader van deze inbreukzaak te kunnen gebruiken (zie documenten II.8.B2 (antwoord op vraag 6); II.12.D. en II.13.B2 (antwoord op vraag 6)).

*vakantieganger, zal er voldoende vraag naar vluchten voor deze bestemmingen blijven bestaan, ongeacht of deze door TCB of een andere tour operator worden aangeboden.*

**ii) De clausules beperken de beschikbare vliegtuigstoelcapaciteit voor derde tour operatoren**

164

279. *SNB voert aan dat de concentratie en de CSA onlosmakelijk ('inextricably') met elkaar verbonden zijn en dat zonder de CSA de concentratie niet zou hebben plaats gehad. De CSA moet immers garanderen dat de efficiëntiewinsten die voortvloeien uit de concentratie ook ten goede komen aan TCB. Verder stelt SNB dat TCB nooit zou zijn overgegaan tot de verkoop van TCAB indien zij nadien zou geconfronteerd worden met een hogere kost voor de luchtvervoerdiensten en een potentieel capaciteitstekort ten gevolge van de toenemende concurrentie. De CSA moet dit voorkomen. Volgens SNB dient in de analyse van de CSA voor de counterfactual dan ook te worden uitgegaan van de situatie vóór de concentratie.*
280. *SNB voert aan dat, vóór de concentratie, de capaciteit van 'HQ' vluchten op gedeelde bestemmingen exclusief door TCAB aan TCB werd geleverd en dat deze capaciteit derhalve ook niet beschikbaar was voor derde tour operatoren. Omdat na de concentratie in de CSA is voorzien dat SNB geen vliegtuigstoelencapaciteit kan verkopen aan derde tour operatoren op voormalige 'HQ' vluchten zonder toestemming van TCB, zal deze capaciteit nog steeds niet beschikbaar zijn voor derde tour operatoren. M.a.w., de situatie is niet gewijzigd en bijgevolg leidt de CSA niet tot de bronafscherming zoals door de auditeur wordt verdedigd. Dezelfde redenering geldt ook voor het in de CSA voorziene aanpassingsmechanisme.*
281. *De auditeur is evenwel van mening dat bij de beoordeling van de CSA de counterfactual niet de situatie is van vóór de concentratie tussen SNB en TCAB, maar wel de situatie na de concentratie. Voor de beoordeling van het bestaan van een mededingingsbeperking dient bijgevolg de situatie waarbij uitvoering wordt gegeven aan de CSA (met inbegrip van de betrokken clausules) te worden vergeleken met de situatie zoals ze zou bestaan indien de betrokken clausules niet worden toegepast, waarbij beide situaties zich situeren na de concentratie.*
282. *In tegenstelling tot wat SNB beweert is deze laatste situatie niet louter hypothetisch. Zoals hierboven werd vermeld heeft SNB op 27 oktober 2017 het auditoraat laten weten de betrokken clausules niet te zullen toepassen zolang het onderzoek van de BMA loopt.<sup>165</sup> Overigens erkennen partijen hiermee zelf dat de concentratie in praktijk niet onlosmakelijk was verbonden met minstens de betrokken clausules in de CSA.*
283. *De auditeur heeft SNB gevraagd concrete bewijsstukken over te maken waaruit moet blijken dat de betrokken clausules in praktijk effectief niet werden toegepast<sup>166</sup>. SNB heeft meerdere bewijsstukken aangeleverd waaruit blijkt dat derde tour operatoren effectief*

---

<sup>165</sup> Zie § 8 van de mededeling van grieven. Zie ook antwoord van SNB op de grieven van de auditeur

<sup>166</sup> Zie e-mail van de BMA van 27 september 2019 (document I.1.ZZD).

toegang hebben gekregen tot HQ vluchten en dit zonder de voorafgaande toestemming van TCB. Ook TCB heeft dit vastgesteld:

*“ As discussed earlier this week, we were very surprised and are still upset that we needed to find out that several original “HQ” flights are offered in package sales via various websites and Online Travel Agencies. As you will recall of the negotiations we had, and also stated in Schedule 1 of the CSA for both shared and TO destinations, “there are restrictions for the airline on the marketing and sales via any channel that results in the sale of such seats in a package”. We are not just talking about 1 website as the list of websites with availabilities is long and I have not written down all what we have found so far, so hereby some examples: Sunweb.be; Clubmed.be; Cheaptickets.be; Voyage-privé.be; Expedia.be & Expedia.com; Prijsvrij.be; FTI.be; vakantiediscounter.nl; Wigwam.nl; Alltours.nl ...).”<sup>167 168</sup>*

284. De door SNB aangeleverde bewijzen en de reactie van TCB laten volgende conclusies toe:
- a. De CSA heeft wel degelijk tot doel de toegang van derde tour operatoren tot deze HQ vluchten te beperken of zelfs te verhinderen. TCB klaagt immers aan dat door het niet toepassen van de CSA derde tour operatoren nu wel toegang hebben tot deze vluchten.
  - b. In tegenstelling tot wat SNB lijkt te suggereren bestaat er wel degelijk een substantiële vraag van derde tour operatoren naar vliegtuigstoelen op deze HQ vluchten zoals de vele voorbeelden aantonen. Merk op dat de door TCB opgesomde lijst niet limitatief is.
  - c. In de mate de betrokken clausules ertoe leiden dat derde tour operatoren geen of slechts beperkte toegang krijgen tot HQ vluchten, wordt hiermee aangetoond dat deze clausules wel degelijk tot bronafscherming leiden.
285. Uit voorgaande kan worden geconcludeerd dat de betrokken clausules de beschikbare capaciteit van vliegtuigstoelen voor derde tour operatoren verminderen. De clausules beletten dat derde tour operatoren sommige vliegtuigstoelen van SNB kunnen kopen.

---

<sup>167</sup> Zie bijlage 6 bij het antwoord van SNB op het verzoek om inlichtingen van 27 september 2019.

<sup>168</sup> Vrije vertaling van de auditeur: “Zoals eerder deze week besproken, waren wij zeer verbaasd en zijn wij nog steeds ontstemd dat we dienden te ontdekken dat verschillende oorspronkelijke “HQ” vluchten aangeboden worden in reispakketten via verschillende websites en Online Travel Agencies. Zoals u zal herinneren van onze onderhandelingen en ook is bepaald in Schedule 1 van de CSA, zowel voor gedeelde als TO bestemmingen, “bestaan [er] beperkingen voor de luchtvaartmaatschappij om vliegtuigstoelen te commercialiseren en te verkopen via een kanaal dat resulteert in de verkoop van vliegtuigstoelen in reispakketten”. We spreken niet alleen over een website want de lijst van websites met beschikbaarheden is lang en ik heb niet alles neergeschreven van wat we tot hiertoe gevonden hebben, bijgevolg vindt u hierbij enige voorbeelden: Sunweb.be; Clubmed.be; Cheaptickets.be; Voyage-privé.be; Expedia.be & Expedia.com; Prijsvrij.be; FTI.be; vakantiediscounter.nl; Wigwam.nl; Alltours.nl.”

**iii) Het is niet noodzakelijk om SNB te beschermen zodat zij nieuwe bestemmingen zou ontwikkelen; in ieder geval is de door de betrokken clausules gegeven bescherming disproportioneel**

286. TUI en SNB zijn de belangrijkste vliegtuigmaatschappijen die vanuit België vliegen op vakantiebestemmingen. Het belang van Belgium Based companies is reeds gebleken in het onderzoek naar de overname van TCAB door SNB.<sup>169</sup> Aangezien TUI voornamelijk voor eigen klanten vliegt (captief), is SNB het beste alternatief voor andere tour operators (TCB en andere).
287. Het argument volgens welke de betrokken clausules in de CSA noodzakelijk zijn om SNB toe te laten actief te worden op nieuwe bestemmingen, dient bijgevolg afgewezen te worden. SNB heeft door de overname van TCAB in nieuwe capaciteit geïnvesteerd. SNB heeft er dan ook alle belang bij deze capaciteit optimaal te benutten, ook door b.v. nieuwe bestemmingen aan te bieden.
288. Het is correct dat de CSA een afnameverplichting voor TCB omvat. Dit betekent evenwel niet dat in de afwezigheid van de betrokken clausules van de CSA de behoefte aan vliegtuigcapaciteit in hoofde van TCB zal verdwijnen. Zelfs als dit het geval zou zijn, blijft nog het feit dat de concurrenten van TCB vliegtuigcapaciteit nodig hebben. In dat geval is SNB best geplaatst om aan deze vraag aan vliegtuigcapaciteit gevolg te geven.
289. In het licht van het voorgaande is de auditeur van oordeel dat niet is aangetoond dat de CSA het risico voor SNB om actief te worden op nieuwe bestemmingen beperkt. Daarnaast is de auditeur ook van oordeel dat de door TCB in de CSA aangegane engagementen de betrokken clausules niet kunnen rechtvaardigen en in ieder geval disproportioneel zijn.<sup>170</sup>

**VI.3.2 De betrokken clausules hebben mededingingsbeperkende gevolgen**

290. SNB beweert dat “[a]angezien de Clausules geen mededingingsbeperkende strekking hebben, dienen, om te kunnen besluiten dat er een inbreuk was, de mededingingsbeperkende effecten van de Clausules te worden geanalyseerd. Echter, aangezien SNB de Clausules nooit toegepast heeft, kunnen de Clausules geen mededingingsbeperkende effecten gehad hebben”.<sup>171</sup>
291. Allereerst wenst de auditeur te herhalen dat de betrokken clausules mededingingsbeperkend naar strekking zijn en dat op basis van de vaste rechtspraak de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> Zie § 128 van het ontwerp van het auditoraat in de concentratiezaak (“Voor de luchtvaartmaatschappijen die niet in België gevestigd zijn dient er wel opgemerkt te worden dat ze geen perfect substituut zijn voor in België gevestigde luchtvaartmaatschappijen”).

<sup>170</sup> Zie ook de argumentatie van het auditoraat in het ontwerp van beslissing in de concentratiezaak, meer precies §§ 157-193.

<sup>171</sup> Zie § 26 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven

<sup>172</sup> Zoe, onder andere, HvJ, arrest van 20 januari 2016, Toshiba, C-373/14 P, § 25.

292. *Vervolgens merkt de auditeur op dat om de effecten van een overeenkomst of een praktijk te analyseren, volgens de vaste rechtspraak zowel de daadwerkelijke als de potentiële gevolgen dienen te worden geanalyseerd.*

293. *Dit blijkt onder meer uit het Arrest John Deere:*

*“Ingevolge artikel 85, lid 1, is een dergelijke beoordeling niet enkel beperkt tot de werkelijke gevolgen, doch moet zij eveneens rekening houden met de potentiële gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging op de gemeenschappelijke markt. (...) Het Gerecht heeft dus terecht overwogen, dat de omstandigheid dat de Commissie niet in staat was het bestaan van een daadwerkelijke mededingingsbelemmering aan te tonen, voor de beslechting van het geding niet relevant was.(...)”<sup>173</sup>.*

294. *Dit blijkt ook uit het meer recente Arrest Maxima Latvija:*

*« Bovendien zij gepreciseerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof artikel 101, lid 1, VWEU een dergelijke beoordeling niet beperkt tot de werkelijke gevolgen, aangezien eveneens rekening moet worden gehouden met de potentiële gevolgen van de betrokken overeenkomst of de betrokken gedraging voor de mededinging (zie in die zin arrest Asnef-Equifax en Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”<sup>174</sup>*

295. *Hetzelfde standpunt vinden we ook terug in het volgende Arrest van het Hof van beroep van Parijs in een vonnis van 9 maart 2010:*

*« Que le renvoi à l'article L.420-1 relatifs aux accords anticoncurrentiels prohibés, signifie que l'interdiction s'applique à l'exploitation de position dominante "lorsqu '[elle a] pour objet ou [peut] avoir pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché "; ' Que dès lors la S.N.C.M. est mal fondée à soutenir qu'en l'absence de conséquence effective sur la concurrence, l'abus de position dominante n'est pas caractérisé; qu'il suffit d'établir le risque consécutif d'éviction anticoncurrentielle pour que le comportement de l'entreprise dominante tombe sous le coup de prohibition de l'article 82 du Traité CE et de l'article L.420-2 du code de commerce; Qu'il importe donc peu, au regard de la caractérisation de l'abus de position dominante, que l'offre critiquée n'ait eu en définitive aucun impact sur la concurrence du fait de l'annulation de la procédure de délégation de service public dans laquelle elle s'inscrivait. »<sup>175</sup>*

---

<sup>173</sup> HvJ, arrest van 28 mei 1998, John Deere, C-7/95 P, §§ 77-78.

<sup>174</sup> HvJ, arrest van 26 november 2015, SIA “Maxima Latvija”, C-345/14; § 30

<sup>175</sup> Vrije vertaling: “Dat de verwijzing naar artikel L.420-1 betreffende verboden mededingingsbeperkende overeenkomsten betekent dat het verbod op het misbruik van machtspositie ook geldt “wanneer ze ertoe strekt of tot gevolg kan hebben te verhinderen dat de mededinging op de markt werd beperkt of vervalst”. De bewering van S.N.C.M. dat, in afwezigheid van werkelijke gevolgen op de mededinging er geen misbruik van machtspositie is, is niet gegrond. Het volstaat het risico van mededingingsbeperkende uitsluiting vast te stellen opdat de gedraging van de dominante onderneming onder het verbod van artikel van 82 van het EG Verdrag en artikel L. 420-2 van het handelsboek valt. Het doet er niet toe, om het misbruik van machtspositie vast te stellen, dat het kwestieuze aanbod

296. *Deze vaste rechtspraak wordt tot slot door de Commissie eveneens in herinnering gebracht in haar horizontale richtsnoeren.*<sup>176</sup>
297. *Indien het standpunt van SNB zou worden aanvaard volgens welke de clausules geen mededingingsbeperkende effecten konden hebben omdat zij nooit werden toegepast, wordt de test verengd tot een beoordeling van louter de daadwerkelijke gevolgen. SNB verliest daarbij uit het oog dat de betrokken clausules van de CSA tussen partijen werden ondertekend en dus bestaan. Een onderzoek van de betrokken clausules dat beperkt blijft tot de daadwerkelijke gevolgen, is niet conform de hiervoor geciteerde rechtspraak die stelt dat ook de potentiële gevolgen van een overeenkomst moeten worden geanalyseerd.*
298. *Verder is hiervoor uit de analyse van de counterfactual gebleken dat mochten de betrokken clausules van de CSA door SNB wel zijn toegepast, derde tour operatoren de toegang zou zijn ontzegd tot gedeelde en TO bestemmingen. Hiermee zijn de potentiële gevolgen van de CSA aangetoond.*
299. *Volledigheidshalve verwijst de auditeur ook naar zijn uitgebreide argumentatie over de effecten van de clausules*<sup>177</sup>, *welke door SNB niet werd weerlegd.*

## **VII. Enkele en voortdurende inbreuk**

### **VII.1 Positie van de auditeur in de mededeling van grieven**

#### **VII.1.1 Principes**

300. *Volgens vaste rechtspraak kan een schending van artikel 101, lid 1 VwEU niet alleen voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging, ook al zouden een of meer onderdelen van deze reeks handelingen of van deze voortgezette gedraging ook op zich, afzonderlijk, een schending van deze bepaling kunnen opleveren. Het concept van een voortgezette inbreuk voor zaken onder artikel 101 VwEU bestaat uit een geheel van gedragingen door verschillende partijen in het nastreven van een zelfde anti-concurrentieel economisch doel.*<sup>178</sup>
301. *Wanneer verschillende handelingen deel uitmaken van een „totaalplan” wegens hun identieke doel en deze de mededinging binnen de gemeenschappelijke en/of Belgische markt*

---

uiteindelijk geen impact op de mededinging heeft gehad wegens de vernietiging van de procedure tot overdracht van de openbare dienst waarin het aanbod zich inschreef.”

<sup>176</sup> Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (2011/C 11/01), § 26: “Wanneer een horizontale samenwerkingsovereenkomst geen mededingingsbeperkende strekking heeft, dient te worden onderzocht of zij mededingingsbeperkende gevolgen heeft. Daarbij dient rekening te worden gehouden met zowel daadwerkelijke als potentiële gevolgen. De overeenkomst moet met andere woorden ten minste waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen hebben.”

<sup>177</sup> Zie *supra* §§ 136-186 en §§ 199-202.

<sup>178</sup> Gerecht, 15 maart 2000, *Cement*, gev. zaken T 25/95 en andere, § 3699.

*verstoren, mag de auditeur de aansprakelijkheid voor die handelingen toerekenen in functie van de deelname aan de betrokken inbreuk in zijn geheel.*<sup>179</sup>

302. *Voor wat betreft het bestaan van een globaal plan werd in het verleden reeds vastgesteld dat de term ‘enkele inbreuk’ een situatie dekt in dewelke ondernemingen deelnemen aan een inbreuk, binnen hetwelk het voortdurend gedrag in nastreven van een enkel economisch objectief, tot doel had de mededinging te verstoren en waarbij individuele inbreuken<sup>180</sup> gelinkt worden aan elkaar door hetzelfde objectief (alle elementen delen dezelfde doelstelling) en dezelfde onderwerpen (dezelfde ondernemingen die er zich bewust van zijn dat ze deelnemen aan een gemeenschappelijk doel).*<sup>181</sup>
303. *Om vast te stellen dat de verschillende gedragingen kunnen beschouwd worden als één enkele voortgezette inbreuk, is het noodzakelijk om vast te stellen dat zij elkaar aanvullen en bijdragen tot de realisatie van de objectieven van het globaal plan.*<sup>182</sup> *De complementariteit van de onderscheiden gedragingen ligt in het verlengde van het gemeenschappelijk doel van de gedragingen die als één enkele voortgezette inbreuk gekwalificeerd kunnen worden. Er moet immers worden aangetoond dat de onderzochte praktijken worden gesteld met het oog op het verwezenlijken van een globaal plan.*
304. *Hoewel de periode tussen twee manifestaties van een inbreukmakende gedraging een relevant criterium is om het voortdurende karakter van een inbreuk te bewijzen, kan de vraag of die periode al dan niet lang genoeg is om als een onderbreking van de inbreuk te worden aangemerkt, niet in abstracto worden onderzocht. Deze vraag moet in samenhang met de werking van de betrokken mededingingsregeling worden beoordeeld.*<sup>183</sup>
305. *In dit verband zij eraan herinnerd dat het feit dat het bewijs van de inbreuk niet is geleverd voor bepaalde tijdvakken, er niet aan in de weg staat dat de inbreuk wordt geacht te hebben bestaan gedurende een totale periode die langer is dan deze tijdvakken, mits een dergelijke vaststelling op objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen berust. In het kader van een inbreuk die zich over verschillende jaren uitstrekt, heeft het feit dat de mededingingsregeling zich met meer of minder lange tussenpozen in verschillende tijdvakken manifesteert, geen invloed op het bestaan van deze mededingingsregeling, voor zover de verschillende acties die daarvan deel uitmaken, één doel hebben en in het kader van één voortdurende inbreuk passen.*
306. *In dit verband heeft de rechtspraak verschillende criteria vastgesteld die relevant zijn voor de beoordeling of sprake is van een één enkele inbreuk: de vraag of de betrokken praktijken*

---

<sup>179</sup> Arrest van het Hof van 6 december 2012 in zaak C-441/11, Europese Commissie tegen Verhuizingen Coppens NV, gepubliceerd in de digitale Jurisprudentie, punt 41.

<sup>180</sup> Gerecht, 12 december 2007, BASF v Commissie, T 101/05, §§ 157-210.

<sup>181</sup> Gerecht, 8 juli 2008, *BPB plc tegen Commissie*, T 53/03, § 257 en Gerecht, 6 februari 2014, *AC Treuhand v Commission*, T 27/10, § 238 met verwijzing naar andere rechtspraak.

<sup>182</sup> Gerecht, 12 juni 2014, Intel Corp v Commission, T 286/09, § 1562.

<sup>183</sup> Gerecht, 16 juni 2015, FSL Holdings, Firma Léon Van Parys en Pacific Fruit Company Italy SpA t. Commissie, T 55/11, § 483.

*dezelfde doelstellingen nastreven, of het gaat om dezelfde producten en diensten, of dezelfde ondernemingen aan de inbreuk hebben deelgenomen en of de uitvoeringswijze dezelfde is. Bij dit onderzoek kan ook rekening worden gehouden met het feit dat dezelfde natuurlijke personen voor rekening van de ondernemingen optreden en dat de betrokken praktijken hetzelfde gebied bestrijken.*

307. *Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, kan de Europese Commissie onder verwijzing naar het begrip voortdurende inbreuk een geldboete opleggen voor de gehele in aanmerking genomen inbreukperiode en bepaalt dit begrip de datum waarop de verjaring begint te lopen, namelijk de datum waarop de voortdurende inbreuk is beëindigd.<sup>184</sup>*

### **VII.1.2 Toepassing van de principes in de zaak**

308. *De auditeur heeft enerzijds vastgesteld dat de clause 3.11. b) en c) van Schedule 1 bij de CSA marktafscherming veroorzaakt voor derde tour operatoren en anderzijds dat de clauses 3.11. d) van Schedule 1 bij de CSA en 4.1 b) van Schedule 3 bij de CSA toetredingsbarrières voor derde tour operatoren creëren. Aangezien deze clauses de toegang van derde tour operatoren op de relevante markt (proberen te) beperken, beschouwt de auditeur dat ze deel uitmaken van een "totaalplan", i.e. TCB te beschermen<sup>185</sup> tegenover derde tour operatoren. Ze vormen dus in hun geheel één enkele en voortdurende inbreuk.*

309. *De auditeur is van mening dat de beperking van de mededinging die voortvloeit uit de communicatie van inlichtingen aan TCB over behandelingen van concurrenten ook hetzelfde doel nastreeft. Daarom moeten zowel de clauses 3.11. van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA als de communicatie van inlichtingen als één enkele en voortdurende inbreuk beschouwd worden.*

310. *Wat de door het niet-concurrentiebeding van langer dan 5 jaar veroorzaakte marktafscherming betreft moet er vastgesteld worden dat de betrokken clauses geen toegangsbeperking vormen voor derde tour operatoren, maar wel voor derde luchtvaartmaatschappijen. De doelstelling is dus niet dezelfde dan die van de andere clauses. De auditeur beslist dus dat deze inbreuk geen enkele en voortdurende inbreuk vormt met de hogervermelde inbreuken.*

## **VII.2 Argumentatie van SNB**

311. *SNB meent dat het auditoraat er niet toe kan besluiten dat sprake is van een enkele en voortdurende inbreuk aangezien SNB de clauses niet toegepast heeft zodat ze nooit enig effect hebben gehad.<sup>186</sup>*

---

<sup>184</sup> Gerecht, 17 mei 2013, Trelleborg t. Commissie, gev. zaken T 147/09 en T 148/09, §§ 59-62.

<sup>185</sup> Zie de brief van TCB op 6 november 2017 aan SNB. (Document I.1.X2 SNB)

<sup>186</sup> Zie § 27 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven.



### **VII.3 Antwoord van de auditeur op de argumentatie van SNB**

312. De auditeur herinnert eraan dat de betrokken clausules mededingingsbeperkend naar strekking en naar gevolgen zijn. Zolang de clausules door de partijen niet gewijzigd werden en de overeenkomst van kracht blijft, is er een schending van de artikelen IV.1. WER en 101 VWEU en dit ongeacht het feit of de betrokken clausules al dan niet werden toegepast.<sup>187</sup> De niet-uitvoering van de clausules belet niet dat zij een mededingingsbeperkende strekking hebben en evenmin dat zij potentiële gevolgen voor de mededinging hebben.
313. De auditeur herhaalt zijn conclusie dat de clausules 3.11. van Schedule 1 bij de CSA en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA samen met de uitwisseling van informatie als een enkele en voortdurende inbreuk moet worden beschouwd. Ook het niet-concurrentiebeding van langer dan 5 jaar dient als een, weliswaar afzonderlijke, enkele en voortdurende inbreuk te worden beschouwd.<sup>188</sup>

## **VIII. Duur van de praktijken**

### **VIII.1 Positie van de auditeur in de mededeling van grieven**

314. De CSA werd gesloten op 8 juni 2017 en bestaat nog tot nu toe.

### **VIII.2 Argumentatie van SNB<sup>189</sup>**

315. Volgens SNB kan het auditoraat er niet toe besluiten dat de duurtijd van de potentiële inbreuk 2 jaar en 2 maanden bedraagt aangezien de betrokken clausules door SNB in de praktijk niet werden toegepast.<sup>190</sup>
316. Op basis van paragraaf 24 van de richtsnoeren van de Europese Commissie voor de berekening van geldboeten, zouden volgens SNB perioden van minder dan zes maanden als een half jaar moeten worden geteld.

### **VIII.3 Antwoord van de auditeur op de argumentatie van SNB**

317. Zoals eerder gezegd,<sup>191</sup> is de auditeur van mening dat zolang de clausules door de partijen niet gewijzigd werden of de overeenkomst van kracht is, er sprake blijft van een schending van artikelen IV.1. WER en 101 VWEU, ongeacht de al dan niet uitvoering van de overeenkomst.
318. Op het moment van de mededeling van grieven bestond de CSA nog wel. De CSA werd inderdaad op 25 september 2019 beëindigd door SNB.<sup>192</sup>
319. De inbreuk heeft dus meer dan 2 jaar en drie maanden geduurd.

---

<sup>187</sup> Voor meer details zie *supra* §§ 240-289 en §§ 290-299.

<sup>188</sup> Zie *supra* §§ 308-310.

<sup>189</sup> Thomas Cook Belgium en haar moederonderneming hebben niet geantwoord op de mededeling van grieven.

<sup>190</sup> Zie § 27 van het antwoord van SNB op de mededeling van grieven.

<sup>191</sup> Zie *supra* § 300.

<sup>192</sup> Zie documenten I.1.ZZC1 en I.1.ZZC2

## **IX. Boeteberekening**

### **IX.1 Positie van de auditeur in de mededeling van grieven**

#### **IX.1.1 Toepasselijke richtsnoeren**

320. Op 26 augustus 2014 heeft het Directiecomité van de BMA de Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.70 §1, eerste lid WER bij overtreding van de artikelen IV.1 §1 en/of IV.2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VwEU aangenomen (hierna: "Boeterichtsnoeren 2014").
321. Deze Boeterichtsnoeren 2014 vervangen de Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende de berekening van geldboeten van 19 december 2011 (verder "Boeterichtsnoeren 2011").
322. Punt 3 van de Boeterichtsnoeren 2014 leest als volgt: "De Belgische Mededingingsautoriteit zal zich bij het berekenen van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.70, § 1, eerste alinea WER bij overtredingen van de artikelen IV.1., §1 en/of IV.2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU in principe laten leiden door de door de Europese Commissie gebruikte Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a) van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (Publicatieblad 2006/C 210/02) (verder "Commissierichtsnoeren").".

#### **IX.1.2 Basisbedrag van de boete**

323. Overeenkomstig punt 19 van de Commissierichtsnoeren, wordt voor de vaststelling van het basisbedrag van de boete een percentage van de waarde van de verkochte goederen of diensten die direct of indirect verband houden met de inbreuk weerhouden (een percentage dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk) en vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft.
324. De ernst van de inbreuk wordt geval per geval beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden.<sup>193</sup>
325. De factor duur wordt in rekening gebracht door het weerhouden percentage van de betrokken omzet te vermenigvuldigen met het aantal jaar van de inbreuk.

##### **IX.1.2.a Berekeningsbasis en referentiejaar**

326. De berekeningsbasis wordt in beginsel gevormd door de betrokken omzet, namelijk de omzet behaald door de betrokken onderneming in België die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houdt met de inbreuk.<sup>194</sup>
327. Het referentiejaar dat in aanmerking wordt genomen is normaliter het laatste volledige jaar van de inbreuk, zijnde 2018.

---

<sup>193</sup> Commissierichtsnoeren, § 20.

<sup>194</sup> Boeterichtsnoeren 2014, § 5

#### **IX.1.2.b Ernst van de inbreuk**

328. Punt 21 van De Commissierichtsnoeren stellen dat het deel van de waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen doorgaans maximaal 30% zal bedragen.

329. De auditeur beschouwt dat, gelet op de aard van de inbreuk, het passend is voor de factor ernst een percentage van 20% te hanteren. Het gaat hier immers om marktafscherpende effecten, toetredingsbarrières en uitwisseling van commercieel gevoelige informatie, i.e. zware inbreuken, op een markt die al heel geconcentreerd is en ten voordele van een grote, wel gevestigde speler.

#### **IX.1.2.c Duur van de inbreuk**

330. Op basis van hoofdstuk VIII, is de duurtijd van de inbreuk 2 jaren en 2 maanden.

#### **IX.1.2.d Berekening van het basisbedrag**

331. Op basis van voorafgaande, wordt het basisbedrag gevormd door een percentage van de omzet, afhankelijk van de ernst van de inbreuk, waarna het bekomen bedrag wordt vermenigvuldigd met de duur van de inbreuk.

#### **IX.1.3 Aanpassing van het bedrag in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden**

332. Paragraaf 27 van de Commissierichtsnoeren voorziet dat het basisbedrag verhoogd of verlaagd kan worden wegens het bestaan van verzwarende, respectievelijk verzachtende omstandigheden.

333. Een niet-exhaustieve lijst van verzwarende of verzachtende omstandigheden is opgenomen in punten 28 en 29 van deze Boeterichtsnoeren.

#### **IX.1.3.a Verzwarende omstandigheden**

334. De auditeur heeft geen verzwarende omstandigheden weerhouden.

#### **IX.1.3.b Verzachtende omstandigheden**

335. De auditeur heeft geen verzachtende omstandigheden weerhouden.

#### **IX.1.4 Wettelijk maximum van de boete**

336. Gelet op artikel IV.79 §1 WER, dient te worden nagegaan of het boetebedrag het wettelijk plafond van 10% van de omzet van het jaar 2018 niet overschrijdt, gedefinieerd in artikel IV.84 WER.

## **IX.2 Argumentatie van SNB<sup>195</sup>**

337. *SNB geeft aan een beroep te kunnen doen op de volgende verzachtende omstandigheden voorzien in §29 van de richtsnoeren van de Europese Commissie voor de berekening van geldboeten:*

- a. *De betrokken onderneming toont aan dat zij reeds bij de eerste maatregelen van de Commissie de inbreuk heeft beëindigd:*

*SNB merkt op dat zij met het auditoraat onmiddellijk is overeengekomen de clausules niet toe te passen.*

- b. *De betrokken onderneming toont aan dat haar deelname aan de inbreuk zeer beperkt was en zij vervolgens bewijst dat zij, in de periode waarin zij aan de inbreukmakende overeenkomsten heeft deelgenomen, geen van deze overeenkomsten daadwerkelijk heeft toegepast doch zich concurrerend op de markt heeft gedragen:*

*SNB heeft de clausules niet daadwerkelijk toegepast.*

- c. *De onderneming verleent daadwerkelijk haar medewerking, buiten de mededeling betreffende de vermindering van geldboeten om en los van haar wettelijke verplichting om medewerking te verlenen:*

*Vanaf het opstarten van het onderzoek in augustus 2017, heeft SNB op voortdurende basis daadwerkelijk haar medewerking verleend aan het onderzoek van de BMA.*

338. *SNB beweert verder ook dat ze op geen enkel moment vragende partij is geweest voor de clausules en deze op initiatief van TCB heeft moeten aanvaarden aangezien deze door TCB rechtstreeks gelinkt werden aan de overname van de luchtvaartactiviteiten van TCAB door TCB.*

## **IX.3 Antwoord van de auditeur op de argumentatie van SNB**

339. *De auditeur volgt de argumentatie van SNB gedeeltelijk en aanvaardt het bestaan van verzachtende omstandigheden in hoofde van SNB, namelijk dat SNB onmiddellijk is overeengekomen de clausules niet toe te passen en de clausules daadwerkelijk niet heeft toegepast.<sup>196</sup>*

340. *Afgezien van deze verzachtende omstandigheden, wijst de auditeur verder op de volgende specifieke elementen van deze zaak, met name (i) het feit dat de CSA niet langer van kracht is omdat SNB de CSA op 25 september 2019 met onmiddellijke ingang heeft beëindigd nadat TCB het faillissement had aangevraagd, (ii) het feit dat de partijen altijd hebben gesteld dat zij, op basis van de grieven van de auditeur, bereid waren de CSA aan te passen, en (iii) het feit*

---

<sup>195</sup> Thomas Cook Belgium en haar moederonderneming hebben niet geantwoord op de mededeling van grieven

<sup>196</sup> Zie het antwoord van SNB op het verzoek om inlichtingen van 27 september 2019 (documenten I.1.ZZK). Zie ook het antwoord van derde tour operatoren op het verzoek om inlichtingen van 9 januari 2020 (documenten II.8.E., II.8.G., II.12.F., II.13.D en II.13.F.).

*dat SNB de clausules niet heeft toegepast ondanks de herhaalde vragen van TCB om dit wel te doen en zelfs heeft bedreigd met schadeclaims.<sup>197</sup>*

341. *Op basis van deze elementen, oordeelt de auditeur dat het niet aangewezen is een boete aan SNB en bij uitbreiding aan Deutsche Lufthansa AG op te leggen.*

342. *De verzachtende omstandigheden omtrent de niet-toepassing van de clausules gelden niet voor TCB. Deze laatste heeft immers steeds geëist dat de clausules door SNB zouden worden toegepast.<sup>198</sup>*

343. *De auditeur merkt verder op dat, sinds de mededeling van grieven, TCB en Thomas Cook Group PLC failliet werden verklaard<sup>199</sup> hetgeen ook heeft geleid tot de beëindiging van de CSA, zodat het niet langer aangewezen is beide te beboeten.*

## **X. Conclusie**

344. *Rekening houdend met hetgeen voorafgaat, stelt de auditeur aan het Mededingingscollege het volgende voor :*

- *Vast te stellen dat de gedragingen zoals omschreven in dit gemotiveerd voorstel van beslissing en toegerekend aan Brussels Airlines NV, Deutsche Lufthansa AG, Thomas Cook Belgium, en Thomas Cook Group PLC, ertoe strekken en ten gevolge hebben de mededinging te verhinderen en te beperken op de Belgische betrokken markt en als zodanig inbreuken op artikel IV.1 WER en artikel 101 VwEU vormen;*
- *Geen boete op te leggen aan de betrokken ondernemingen, zoals hierboven weergegeven op basis van artikel IV.79 WER.”*

## **IV. Schriftelijke opmerkingen van Brussels Airlines NV**

26. Brussels Airlines NV heeft volgende schriftelijke opmerkingen neergelegd :

### **“SNB is akkoord met het eindbesluit van het Auditoraat**

1. *Brussels Airlines NV (SNB) is akkoord met antwoord van het Auditoraat op de argumentatie van SNB inzake het bestaan van verzachtende omstandigheden in hoofde van SNB en de in aanmerkingneming door het Auditoraat van de specifieke elementen van de zaak, die het niet aangewezen maken om een boete aan SNB (en bij uitbreiding aan Deutsche Lufthansa AG) op te leggen.<sup>200</sup>*

---

<sup>197</sup> Zie het antwoord van SNB op het verzoek om inlichtingen van 27 september 2019 (documenten I.1.ZZK) en, in het bijzonder, documenten I.1.ZZK9 en I.1.ZZK16.

<sup>198</sup> Zie documenten I.1.U3, I.1.X2., I.1.X4, I.1.ZZK.9 en I.1.ZZK.16

<sup>199</sup> Zie document I.2.ZZB2. Zie ook <https://www.gov.uk/government/news/thomas-cook-information-for-customers-employees-creditors-and-shareholders>

<sup>200</sup> Zie paragraaf 339 tot en met 341 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

2. *Mits respect voor de grondige juridische analyse van het Auditoraat, wenst SNB bovenop de reeds door haar overgemaakte argumenten in haar antwoord op de mededeling van grieven echter nog de volgende opmerkingen te maken, met name om het Mededingingscollege toe te laten haar beslissing te nemen inzake de juridische kwalificatie van de beweerde inbreuk (strekking vs gevolg) met inachtneming van de meest recente rechtspraak in Paroxetine van 30 januari 2020.*<sup>201</sup>

### **Marktaandeelen**

3. *SNB benadrukt dat de door het Auditoraat geschatte marktaandeelen van SNB zoals gebruikt in het gemotiveerd voorstel van beslissing enkel betrekking hebben op winterseizoen 2016-2017 en winterseizoen 2018.*<sup>202</sup>
4. *SNB volgt moeilijk de redenering van het auditoraat dat voor het berekenen van de marktaandeelen van SNB op de aanbodzijde van de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren een onderscheid gemaakt wordt tussen het zomerseizoen en het winterseizoen,<sup>203</sup> maar dit onderscheid niet gemaakt wordt voor de vraagzijde van de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren,<sup>204</sup> met name wanneer het marktaandeel van TCB in overweging genomen wordt bij het beoordelen van de van de beweerde klantafscherming<sup>205</sup> en bronafscherming.<sup>206</sup> Specifiek wat betreft de beweerde mededingingsbeperkende strekking van de beweerde bronafscherming door exclusiviteit en aanpassingsmechanismes, is de derde stap van de test in *Cartes Bancaires* (de “context van de clausules”,<sup>207</sup> waarvoor het Auditoraat verwijst naar de “aanzienlijke marktposities van de betrokken partijen”) daarom niet compleet.<sup>208</sup>*
5. *Tevens wijst SNB erop dat de benadering van het Auditoraat om bij het berekenen van de marktaandeelen op de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren de captieve verkopen door TUI Fly aan TUI Belgium uit te sluiten,<sup>209</sup> als gevolg heeft dat geen rekening gehouden wordt met het feit dat de prijszetting van TUI Fly de grootste impact heeft op de prijszetting in de downstream markt voor de verkoop van reispakketten door tour operatoren aan eindconsumenten, waarop TUI een dominante positie heeft.*

---

<sup>201</sup> Case C-307/18 *Generics UK and others v CMA*.

<sup>202</sup> Zie paragraaf 31 en 251 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>203</sup> Zie paragraaf 31 en 122 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>204</sup> Zie paragraaf 33 en 122 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>205</sup> Zie paragraaf 73, 79, 113, 137 en 138 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>206</sup> Zie paragraaf 122, 134, 142, 147.

<sup>207</sup> Zie paragraaf 247 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 (“volgens welke moet gelet worden op de bewoordingen, doelstellingen, alsook de economische en juridische context van de clausules welke het voorwerp van het onderzoek vormen”) en paragraaf 250 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 (“de analyse van de auditeur in drie stappen, m.n. het onderzoek van de bewoordingen, doelstellingen en context, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie”).

<sup>208</sup> Zie paragraaf 122 en 134 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>209</sup> Zie paragraaf 32 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

### **Kwalificatie van de beweerde inbreuken**

6. In haar meeste recente arrest inzake inbreuken met mededingingsbeperkende strekking van 30 januari 2020, heeft het Europese Hof Van Justitie (hierna “HvJ”) in de zaak Paroxetine het volgende weerhouden (onderlijning toegevoegd):

- *It follows that that provision [Article 101(1) TFEU], as interpreted by the Court, makes a clear distinction between the concept of restriction by object and the concept of restriction by effect, evidence with regard to each of these concepts being subject to different rules. Accordingly, as regards practices characterised as ‘restrictions by object’, there is no need to investigate their effects nor a fortiori to demonstrate their effects on competition in order to classify them as ‘restrictions of competition’, within the meaning of Article 101(1) TFEU, in so far as experience shows that such behaviour leads to falls in production and price increase, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular of consumers (judgment of 19 March 2015, *Dole Foods and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 115 and the case-law cited);<sup>210</sup>*
- *[...] it must be observed that, where the parties to that agreement rely on its pro-competitive effects, those effects must, as elements of the context of that agreement, be duly taken into account for the purpose of its characterisation as a ‘restriction by object’ [...] in so far they are capable of calling into question the overall assessment of whether the concerted practice concerned revealed a sufficient degree of harm to competition and, consequently, of whether it should be characterised as ‘restriction by object’.<sup>211</sup>*
- *If such effects are demonstrated, relevant and specifically related to the agreement concerned, those pro-competitive effects must be sufficiently significant, so that they justify a reasonable doubt as to whether the [...] agreement concerned caused a sufficient degree of harm to competition, and, therefore, as to its anticompetitive object.<sup>212</sup>*

7. De rechtspraak in Paroxetine bouwt verder op de opinie van advocaat-generaal Bobek in Zaak C-228/18 (onderlijning toegevoegd), reeds aangehaald door SNB in haar antwoord op de mededeling van grieven (onderlijning toegevoegd):

---

<sup>210</sup> Zie paragraaf 63 en 64 in Zaak C-307/18 *Generics UK and others v CMA*.

<sup>211</sup> Zie paragraaf 103 en paragraaf 158 van de opinie van Advocaat-Generaal Kokott van 22 januari 2020 in Zaak C-307/18 *Generics UK and others v CMA* (onderlijning toegevoegd): “As is apparent from the case-law cited above concerning the manner of determining whether an agreement has an anticompetitive object, the examination to be conducted for that purpose necessarily involves an analysis of contextual elements of the agreement in question. Indeed, as has repeatedly been stated, the object of an agreement must be assessed not in the abstract but in the circumstances of the individual case, having regard to all relevant factors. However, any alleged positive benefits or effects of an agreement are undeniably contextual elements which must be assessed when examining whether the object of that agreement is the restriction of competition.”

<sup>212</sup> Zie paragraaf 107 in Zaak C-307/18 *Generics UK and others v CMA*.

- *If it looks like a fish and smells like fish, one can assume that it is fish. Unless, at the first sight, there is something rather odd about this particular fish, such as that it has no fins, it floats in the air, or its smells like a lily, no detailed dissection of that fish is necessary in order to qualify it as such. If, however, there is something out of the extraordinary about the fish in question, it may still be classified as a fish, but only after a detailed examination of the creature in question*<sup>213</sup>
- *Is there any specific feature, of the [MIF] Agreement or of the affected markets, that may cast doubt on its harmful effect on competition? Thus, at first sight, can the proposition concerning the generally harmful nature of such an agreement reasonably be challenged in the context of the individual case?*<sup>214</sup>
- *The applicants in the main proceedings argue that the [MIF Agreement] did not have any anticompetitive object or, at any rate, that it also had some procompetitive effects.*<sup>215</sup>
- *Thus, the yardstick should be that of a countervailing hypothesis that is not implausible at first sight and that challenges, in the context of the individual case, the general conventional wisdom. There are two key elements to this: first, the countervailing explanation must seem plausible enough at first sight to warrant further examination. Second, however, the standard is that of a reasonable countervailing hypothesis. It does not need to be fully established, argued, and proven: that is a matter for the fully fledged effects analysis.*<sup>216</sup>
- *Accordingly, any time an agreement appears to have ambivalent effects on the market, an effects analysis is required. In other words, when a possible procompetitive economic rationale for an agreement cannot be ruled out without looking at the actual effects on the market, that agreement cannot be classified as restrictive 'by object'. I therefore cannot agree with the Commission when it argues that any legitimate and procompetitive effect of the [MIF] Agreement could only be considered under Article 101(3) TFEU for the possible granting of an exemption.*<sup>217</sup>
- *In the light of the foregoing, it is for the referring court to verify whether the [MIF] Agreement constitutes a restriction by object. To that end, the referring court must first examine the content and objective of that agreement to determine whether it falls into a category of agreements that, in the light of experience, is generally recognised as being harmful to competition. If the answer to that question is positive, the referring court should then verify that that finding is not called into question by considerations relating to the legal and economic context in which that specific agreement was implemented. In particular, the referring court should check whether any alternative explanation as to an allegedly procompetitive rationale of the [MIF]*

<sup>213</sup> Zie paragraaf 51 van de conclusie van AG Bobek in zaak C-228/18 van 5 september 2019.

<sup>214</sup> Zie paragraaf 74 van de conclusie van AG Bobek in zaak C-228/18 van 5 september 2019.

<sup>215</sup> Zie paragraaf 75 van de conclusie van AG Bobek in zaak C-228/18 van 5 september 2019.

<sup>216</sup> Zie paragraaf 79 van de conclusie van AG Bobek in zaak C-228/18 van 5 september 2019.

<sup>217</sup> Zie paragraaf 81 van de conclusie van AG Bobek in zaak C-228/18 van 5 september 2019.



*Agreement is prima facie plausible, taking account also of the time when the agreement was in operation.*<sup>218</sup>

8. *Met inachtneming van bovenstaande extracten, wenst SNB te herhalen [VERTROUWELIJK].*<sup>219</sup>  
*220 221*
9. *Zoals aangegeven in het antwoord van SNB op het verzoek om inlichtingen van 27 september 2019, kan dit duidelijk aangetoond worden door het feit dat [VERTROUWELIJK].*<sup>222</sup>
10. *Het besluit van het Auditoraat dat de clauses die exclusiviteit toekennen aan TCB of deze met aanpassingsmechanismes ten voordele van TCB niet zou kunnen bijdragen tot efficiëntiewinsten die de eindconsument ten goede komen (met name toegang voor de klanten van tour operatoren tot zoveel mogelijk vakantiebestemmingen) is derhalve niet meer onderbouwd aangezien het duidelijk blijkt dat sinds de opzegging van de CSA de daaraan onderliggende stelling van het Auditoraat dat “zelfs als TCB in afwezigheid van de exclusiviteitsclausules minder grote engagements van aankoopvolumes zou aangaan of zelf zou beslissen om niet meer te opereren op bepaalde bestemmingen, dan is er geen enkele aanwijzing dat er geen andere concurrerende tour operatoren deze rol niet zouden willen opnemen als hier voldoende vraag voor is vanuit de markt” feitelijk niet correct is.*<sup>223</sup>  
*Bovendien kunnen andere tour operatoren ook flight only tickets aankopen op de desbetreffende vluchten voor integratie in reispakketten.*<sup>224</sup>
11. *Daarom treedt SNB dan ook het besluit van de Auditeur niet bij dat (i) zelf indien de behoefte aan vliegtuigcapaciteit in hoofde van TCB zou verdwijnen het nog een feit blijft dat de concurrenten van TCB vliegtuigcapaciteit nodig hebben en in dat geval SNB best geplaatst is*

---

<sup>218</sup> Zie paragraaf 82 van de conclusie van AG Bobek in zaak C-228/18 van 5 september 2019.

<sup>219</sup> Zie paragraaf 66 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 (“TCB neemt echter ook een risico door haar lange termijn engagement”).

<sup>220</sup> Zie ook de zelfbeoordeling van de CSA overgemaakt van 25 augustus 2017 (document I.1.0A1 SNB), en met name de paragrafen 2.3 en 3.3 van de aangehechte studie van RBB Economics (document I.1.0A2 SNB) inzake efficiëntiewinsten met betrekking tot een ruimere keuze aan bestemmingen, vluchten en vertrekdagen, wat naar verwachting een neerwaartse druk op de prijzen van reispakketten zal uitoefenen en de nood van het engagement van TCB om SNB in staat te stellen lijnvluchten aan te bieden naar de bestemmingen waarop TCB vloog voor de overname van TCAB door SNB.

Zie ook paragraaf 217 tot en met paragraaf 225 (met name paragraaf 224) en paragraaf 274(c) van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>221</sup> Zie ook paragraaf 57 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 (“Om de lijnvlucht rendabel te maken voor de luchtvaartmaatschappij is het vaak wel noodzakelijk dat een tour operator gedurende het hele seizoen een bepaald percentage van de stoelen afneemt (mogelijks met bepaalde flexibiliteit tot aanpassing die contractueel kan worden vastgelegd), afhankelijk van de vraag naar flight-only stoelen op de betreffende bestemming”).

<sup>222</sup> Zie voetnoot 3 van het antwoord van SNB op het Verzoek om Inlichtingen van 27 september 2019 (documenten I.1.ZZK).

<sup>223</sup> Zie paragraaf 226 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>224</sup> Zie paragraaf 220 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 (“Finally, it is important to note that the above clauses do not restrict the ability of SNB to sell flight-only seats. Therefore, by encouraging TCB to make this long-term commitment, the availability of flight only capacity is substantially increased (i.e. output is expanded”).

om aan deze vraag van vliegtuigcapaciteit gevolg te geven; en (ii) dat daarom “niet aangetoond is dat de CSA het risico voor SNB om actief te worden op nieuwe bestemmingen beperkt”, en de clausules niet noodzakelijk of disproportioneel zijn om SNB te beschermen zodat zij nieuwe bestemmingen zou ontwikkelen.<sup>225</sup>

12. Met andere woorden, het blijkt dat de aan TCB verschaft exclusiviteit en aanpassingsmechanismes gelinkt aan het volume- en prijsengagement van SNB tevens (ten minste plausibele) pro-competitieve voordelen hadden in de mate dat SNB in de mogelijkheid gesteld werd om een ruimer aanbod van vakantiebestemmingen aan te bieden aan de eindconsument (zij het via tour operatoren of via de verkoop van flight only tickets (die ook gebruikt kunnen worden door tour operatoren voor de integratie in reispakketten)). In die context heeft het Auditoraat zelf erkend dat “in het kader van de tweede en derde brief van bronafscherming werden er volgens de auditeur wel een aantal argumenten betreffende efficiëntiewinsten aangehaald”.<sup>226</sup> Dit werpt een redelijke twijfel (“reasonable doubt”) op de mededingingsbeperkende strekking van de clausules zoals weerhouden door de Auditeur.<sup>227</sup> Bijgevolg kunnen met toepassing van de recente verduidelijkende rechtspraak in Paroxetine de clausules niet gekwalificeerd worden als hebbende een mededingingsbeperkende strekking.
13. In antwoord van paragraaf 236 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 dat SNB slechts naar één rechterlijke uitspraak verwijst inzake de juridische kwalificatie van niet-concurrentiebedingen, verwijst SNB thans tevens naar de rechtspraak in zaak C-506/07 Lubricarga (paragraaf 30)<sup>228</sup> en C-234/89 Delimitis (paragraaf 13), alsook opnieuw naar het volgende extract van de reeds geciteerde recente rechtsleer: “To the present day, the case law focuses on the effects of non-compete obligations in vertical relations, without considering them potentially to be restrictions of competition by object. This is confirmed by

---

<sup>225</sup> Zie paragraaf 286 - 289 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>226</sup> Zie paragraaf 217 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020. Zie ook paragraaf 78 van de conclusie van Advocaat Generaal Bobek in zaak C-228/18 (“Should the referring court come to the conclusion that the [MIF] Agreement could reasonably have had some procompetitive effects and that those positive effects are not clearly outweighed by other, more profound, anticompetitive effects, that agreement cannot be classified as restrictive of competition by object. In that case, an infringement of Article 101(1) TFEU can only be established following an analysis of the effects of the agreement”).

<sup>227</sup> Het feit dat pro-competitieve voordelen een redelijke twijfel dienen te werpen op de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst strookt tevens met de conclusie van Advocaat Generaal Bobek in zaak C-228/18 (zie paragraaf 48 en 74).

<sup>228</sup> Paragraaf 30: *S’agissant notamment des accords d’achat exclusif, la Cour a jugé que, si de tels accords n’ont pas pour objet de restreindre la concurrence, au sens de l’article 81, paragraphe 1, CE, il convient toutefois de vérifier s’ils n’ont pas pour effet de l’empêcher, de la restreindre ou d’en fausser le jeu. L’appréciation des effets d’un accord d’achat exclusif implique la nécessité de prendre en considération le contexte économique et juridique au sein duquel celui-ci se situe et où il peut concourir, avec d’autres, à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence. Il convient, par conséquent, d’analyser les effets que produit un tel contrat, en combinaison avec d’autres contrats de même type, sur les possibilités, pour les concurrents nationaux ou originaires d’autres États membres, de s’implanter sur le marché de référence ou d’y agrandir leur part de marché (voir arrêts du 28 février 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, points 13 à 15, et du 7 décembre 2000, Neste, C-214/99, Rec. p. I-11121, point 25).*

*the fact that non-compete obligations in vertical relations are not listed as restrictions by object in the Restrictions by Object Guidance of June 2014”.*<sup>229</sup>

14. *In antwoord op paragraaf 272 tot 273 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020, geeft SNB mee dat het punt dat SNB wil maken is dat de complexiteit van zowel de clausules en de feitelijke omstandigheden het Auditoraat juist verplichten om een “reliable and robust wealth of experience” aan te leveren dat de clausules van de CSA die het auditoraat analysesert doorgaans worden beschouwd als inherent mededingingsbeperkend,<sup>230</sup> en dat er een wijdverspreide en consistente praktijk is van de Europese en nationale mededingingsautoriteiten die onderbouwt dat dergelijke overeenkomsten in het algemeen schadelijk (“generally harmful”) zijn voor de mededinging. Het Auditoraat toont dit niet aan.*
  
15. *In antwoord op het standpunt van het Auditoraat dat er geen juridisch precedent dient te bestaan om een bepaalde clause of overeenkomst als mededingingsbeperkend naar strekking te kwalificeren,<sup>231</sup> merkt SNB eerst en vooral op dat zij niet heeft gesteld dat er (enkel) een juridisch precedent wordt vereist. SNB stelt daarentegen wel dat er ervaring wordt vereist in de vorm van economische analyses, rechtspraak, rechtsleer, richtsnoeren en andere bronnen. SNB merkt in deze context ook op dat Advocaat-generaal Bobek in de voor hem onderliggende zaak besloot dat inzake de aangehaalde beslissingspraktijk van de Commissie en het Hof van Justitie hij “would question whether that amounts to the robust and reliable wealth of experience required to support a finding that a given form of conduct is patently and generally anticompetitive”<sup>232</sup> en “I would be cautious about coming to the conclusion that a handful of administrative decisions [...] which concerned similar forms of coordination are a sufficient basis for holding that any comparable agreement can be presumed to be unlawful”.<sup>233</sup> Tenslotte noteert Advocaat-generaal Bobek dat, om te kunnen besluiten tot een inbreuk met mededingingsbeperkende strekking, de autoriteit veel meer ervaring had moeten aantonen zoals “the practice of other national competition authorities”,<sup>234</sup> a “consistent approach” in de rechtspraak en beslissingspraktijk,<sup>235</sup> en dat hij “somewhat surprised” was dat “in the submissions of the parties that argue for a restriction “by object”, there is no trace of studies or reports prepared by independent authors and based on methods, principles and standards recognised by the international economic community supporting their view. Indeed, whether there is a sufficient consensus among economists that agreements such as the one at issue are inherently anticompetitive would seem to me to be of the utmost importance. The concept of restriction of competition is, after all, mainly an economic concept”.<sup>236</sup> Het gemotiveerd voorstel van beslissing komt duidelijk te kort in het aantonen van de vereiste ervaring, met name de grondige economische analyse ontbreekt om*

---

<sup>229</sup> F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHAEVER, Vertical Agreements in EU Competition law, Oxford, Oxford University Press, 2018, sectie 7.06 op pagina 242-243.

<sup>230</sup> Zie paragraaf 63 van de conclusie van advocaat-generaal Bobek in zaak C-228/18.

<sup>231</sup> Zie paragraaf 254 - 259 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>232</sup> Zie paragraaf 65 van de conclusie van advocaat-generaal Bobek in zaak C-228/18.

<sup>233</sup> Zie paragraaf 68 van de conclusie van advocaat-generaal Bobek in zaak C-228/18.

<sup>234</sup> Zie paragraaf 69 van de conclusie van advocaat-generaal Bobek in zaak C-228/18.

<sup>235</sup> Zie paragraaf 70 van de conclusie van advocaat-generaal Bobek in zaak C-228/18.

<sup>236</sup> Zie paragraaf 72 van de conclusies van AG Bobek in Zaak C 228/18 van 5 september 2019.

eventueel te kunnen besluiten tot het bestaan van een inbreuk met mededingingsbeperkende strekking.

16. Voorts noteert SNB dat de analyse van het Auditoraat inzake mededingingsbeperkende strekking hoofdzakelijk betrekking heeft op de markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operatoren. Echter, zoals blijkt uit de rechtspraak in *Cartes Bancaires* dient,<sup>237</sup> om te kunnen besluiten dat een overeenkomst afgesloten in verticaal gerelateerde markten een mededingingsbeperkende strekking heeft, aangetoond te worden dat de overeenkomst door haar natuur ook de mededinging zal schaden op alle gerelateerde markten door een gedetailleerde analyse te maken van de interactie tussen de gerelateerde markten (in dit geval bv. de markt voor de verkoop van reispakketten door tour operatoren aan eindconsumenten die slechts heel kort vermeld wordt in de analyse inzake mededingingsbeperkende strekking in paragraaf 122 en 134 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020).
17. Zoals aangegeven in paragraaf 3 hierboven, volgt SNB niet de benadering van het Auditoraat om de marktaandelen van TCB niet op te splitsen tussen zomerseizoen en winterseizoen (zoals dit wel gebeurt voor de marktaandelen van SNB op de aanbodzijde van de groothandelsmarkt). De aangehaalde “context van de clausules” (die met name naar de marktaandelen van partijen verwijzen) in de drie stappen analyse van het Auditoraat met betrekking tot de mededingingsbeperkende strekking lijkt derhalve niet compleet.<sup>238</sup>
18. SNB merkt ook op dat de rechtspraak waarnaar het Auditoraat verwijst in haar antwoord op de argumentatie van SNB om haar standpunt te staven dat de clausules van de CSA, een verticale overeenkomst, een mededingingsbeperkende strekking hebben uitsluitend horizontale inbreuken betreft (zie met name paragraaf 255 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 die verwijst naar bestaande rechtspraak inzake kartelafspraken of paragraaf 258 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 die verwijst naar vormen van onderlinge afstemming in de context van horizontale overeenkomsten tussen potentiële concurrenten).
19. Wat betreft de mededingingsbeperkende potentiële gevolgen van de clausules (waar het Auditoraat opnieuw verwijst naar de horizontale richtsnoeren van de Commissie),<sup>239</sup> kan SNB zich niet vinden in de toepassing door het Auditoraat van de geciteerde rechtspraak inzake potentiële effecten van een beweerde inbreuk op de specifieke omstandigheden van deze zaak waarbij SNB toegezegd heeft aan de mededingingsautoriteit om de clausules die het voorwerp uitmaken van een lopend onderzoek niet toe te passen, hetgeen verschillend is van overeenkomsten die effectief uitgevoerd zijn en pas na uitvoering het voorwerp uitmaakten van een onderzoek door de mededingingsautoriteit zoals deze in de door het auditoraat geciteerde rechtspraak (*John Deere*, *Maxima Latvija*). Advocaat-generaal Bobek is van oordeel dat “the authority has to compare the competitive structure in the market caused by the agreement under scrutiny, with the competitive structure which would have prevailed in its

---

<sup>237</sup> Zie Hvj, arrest van 11 september 2014 *groupement des cartes bancaires*, C-67/13 P, paragraaf 74 en volgende.

<sup>238</sup> Zie paragraaf 122 en 134 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

<sup>239</sup> Zie paragraaf 296 en voetnoot 179 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

*absence. This analysis cannot, therefore, stop at the mere capability of the agreement to negatively affect competition in the relevant market, but must determine whether the net effects of the agreement on the market are positive or negative”.*<sup>240</sup>

20. Tenslotte geeft SNB aan dat er een zekere tegenstrijdigheid en twijfel zit in de redenering van het Auditoraat aangezien, ofschoon het Auditoraat duidelijk aangeeft ten stelligste overtuigd te zijn dat de clausules een mededingingsbeperkende strekking hebben aangezien ze in die mate schadelijk zijn voor de mededinging dat de gevolgen hiervan niet moeten worden onderzocht,<sup>241</sup> het Auditoraat het toch nog noodzakelijk acht om de gevolgen in detail te analyseren.<sup>242</sup> Het Auditoraat erkent dat ze in haar analyse van de mededingingsbeperkende strekking van de clausules nagelaten heeft clause 3.11. b) en c) van de CSA juridisch te kwalificeren als een exclusieve levering.<sup>243</sup> Indien het Auditoraat er dus van overtuigd is dat de clausules een mededingingsbeperkende strekking hebben waarvoor een effectenanalyse in beginsel niet meer nodig is, ontbreekt in Hoofdstuk VI.1.2b ii) en iii) van het gemotiveerd voorstel van beslissing de exacte juridische kwalificatie van de voorgestelde inbreuk.<sup>244</sup>

---

<sup>240</sup> Zie paragraaf 50 van de conclusies van AG Bobek in Zaak C-228/18 van 5 september 2019.

<sup>241</sup> Zie paragraaf 105, 108 en 291 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020, alsook paragraaf 299 die verwijst naar de auditeur “*zijn uitgebreide argumentatie over de effecten van de clausules*”.

<sup>242</sup> Zie paragraaf 136 tot 186 en 199 tot 202 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020.

Zie ook paragraaf 28 van de conclusie van AG Bobek in Zaak C-228/18 (onderlijning toegevoegd): “*However, in so far as the two types of agreement are not intrinsically different, the authority may well decide, in a specific case, to examine an agreement from the two angles at the same time, in one decision, and thus check whether both requirements are fulfilled. That practice may be justified, as argued by the Commission and the ESA, by reasons of procedural efficiency: if the anticompetitive object of an agreement is controversial, it may be ‘safer’ for the authority, in case of subsequent litigation, to demonstrate that the agreement is also anticompetitive by effect*”.

Zie ook paragraaf 71 van de conclusie van AG (onderlijning toegevoegd): “*For what is relevant here, the key question is, however, whether those judgments suggest that the infringement of Article 101(1) TFUE ascertained by the Commission was so manifest that it could have been established without a comprehensive effect analysis. My impression is that, given the lengthy and detailed nature of the arguments developed by the EU courts to dismiss the applicants’ claims, it is difficult to read those judgments as supporting one view or the other”.*

<sup>243</sup> Zie paragraaf 243 van het gemotiveerd voorstel van beslissing van 12 februari 2020 (“*Deze paragrafen betreffen alleen de clausules 3.11 b) en c) van de CSA en bevinden zich in de effectenanalyse*”).

<sup>244</sup> Zie paragraaf 51 van de conclusie van AG Bobek in Zaak C 228/18 van 5 september 2019: “*The conclusion that a given practice amounts to a restriction by object can only be justified when the alleged manifest infringement is clearly defined*”.

## **V. Overwegingen van het College**

27. Het College oordeelt dat de tijd die verstreken is tussen het ontvangen van de schriftelijke opmerkingen van Brussels Airlines en het organiseren van de zitting met vaststelling van het sluiten van de schriftelijke procedure overeenkomstig artikel IV.50, §1 WER, verklaard en verantwoord is door de praktische onzekerheden en moeilijkheden die voor het organiseren van een zitting zijn veroorzaakt door de Coronavirus crisis. Het College stelt ook vast dat de zitting heeft plaatsgehad binnen de in artikel IV.50, §1 WER bepaalde termijn.

### **V.1 Overeenkomst tussen ondernemingen en toepasselijke mededingingsregels**

28. Het College stelt met de auditeur<sup>245</sup> vast dat de betrokken partijen, SNB, Deutsche Lufthansa AG, TCB en Thomas Cook Group PLC ondernemingen zijn in de zin van de artikelen IV.1 WER en 101, lid 1 VWEU.

29. Het College oordeelt dat het feit dat Deutsche Lufthansa AG en Thomas Cook PLC 100% van de aandelen aanhouden in respectievelijk SNB en TCB een vermoeden creëren dat Deutsche Lufthansa AG en Thomas Cook PLC de effectieve controle uitoefenen over respectievelijk SNB en TCB<sup>246</sup>. Het College stelt vast dat dit vermoeden niet is weerlegd<sup>247</sup>.

30. Het College stelt vast dat de CSA en de in het kader daarvan gesloten overeenkomsten die voorwerp zijn van deze zaak<sup>248</sup>, overeenkomsten zijn tussen ondernemingen in de zin van de artikelen IV.1 WER en 101, lid 1 VWEU.

31. Het College herinnert er aan dat de CSA in de beslissing betreffende de overname van Thomas Cook Airlines Belgium door SNB niet als een nevenrestrictie werd beschouwd<sup>249</sup>.

32. De CSA betreft ondermeer vluchten tussen België en andere Lidstaten van de Unie en moet daarom beoordeeld worden in het licht van artikel 101 VWEU. Deze bepaling verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen Lidstaten ongunstig beïnvloeden en welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt merkbaar wordt beperkt, verhinderd of vervalst, tenzij zij kunnen genieten van een ontheffing bij toepassing van artikel 101(3) VWEU.

---

<sup>245</sup> Randnummer 102 van het Voorstel van beslissing.

<sup>246</sup> HvJ, 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo*, overwegingen 60-61.

<sup>247</sup> Over de weerlegbaarheid van het vermoeden en de omkering van de bewijslast: HvJ, 19 juli 2012, zaak C-628/10P, *Alliance One International*.

<sup>248</sup> Het Commercial Service Agreement van 8 juni 2017 en de in uitvoering daarvan gesloten Baseline seasonal Agreements zoals vermeld onder de randnummers 37-39 van het Voorstel van beslissing. Hierna samen behandeld als CSA.

<sup>249</sup> Randnummer 20 van de beslissing BMA-2017-C/C-31 van 11 september 2017.

33. De beoordeling van de overeenkomst onder artikel IV.1 WER kan gelet op artikel 3(2) van Verordening 1/2003 (EG) van de Raad van 16 december 2002 (hierna Verordening 1/2003) niet tot een ander besluit leiden dan de beoordeling onder artikel 101 VWEU.

## **V.2 De grieven**

34. Het College oordeelt met de auditeur om de door hem gegeven redenen dat elk van de grieven zowel de op 25 augustus 2017 meegedeelde gewijzigde versie als de oorspronkelijke CSA en bijlagen betreffen<sup>250</sup>. Bij de behandeling van de grieven en in het beschikkend gedeelte van deze beslissing wordt alleen verwezen naar de gewijzigde versie. Gelet op wat de auditeur stelt onder randnummers 68 en 71 van zijn Voorstel van beslissing, geldt de beoordeling van de gewijzigde versie *a fortiori* ten aanzien van de oorspronkelijke versie.

### **V.2.1 De grieven**

35. De grieven van de auditeur kunnen als volgt worden samengevat:

- 1) Klantafscherming op de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan tour operators veroorzaakt door het feit dat de CSA een niet-concurrentiebeding bevat met een duur van langer dan 5 jaar.
- 2) Bronafscherming in de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren veroorzaakt door de in clausules 3.11. b) en c) van de Schedule 1 bij de CSA voorziene exclusiviteit voor TCB wat de aankoop van vliegtuigstoelen op bepaalde vluchten van SNB betreft.
- 3) Bronafscherming in de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren veroorzaakt door de aanpassingsmechanismen in de clausules 3.11. d) van Schedule 1 en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA.
- 4) De uitwisseling van commercieel gevoelige informatie in het kader van de uitvoering van de aanpassingsmechanismen in de clausules 3.11. d) van Schedule 1 en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA.

### **V.2.2 De marktdefinitie**

36. Het College is met de auditeur van oordeel dat de mededingingsrechtelijke impact van de CSA gelet op de door hem gegeven beschrijving van deze markt beoordeeld dient te worden op de Belgische groothandelsmarkt voor de verkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren<sup>251</sup>. Deze marktdefinitie werd eerder onderschreven door het College in de beslissing betreffende de overname van Thomas Cook Airlines Belgium door SNB<sup>252</sup>. Deze marktdefinitie wordt door SNB ook niet betwist.

---

<sup>250</sup> Randnummers 68-71 van het Voorstel van beslissing.

<sup>251</sup> Randnummers 29-33 van het Voorstel van beslissing. Zie ook de beschikking van de Europese Commissie van 17 december 2008, zaak M.5141, *KLM/Martinair*, randnummers 116-121.

<sup>252</sup> Beslissing BMA-2017-C/C-31 van 11 september 2017.

### V.2.3 De juridische kwalificatie van de mededingingsbeperkingen

37. Het College is gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie met de auditeur van oordeel dat het essentiële juridische criterium om uit te maken of een grief een mededingingsbeperking „naar strekking” betreft, de vaststelling is dat deze grief een overeenkomst of bepaling in een overeenkomst betreft die op zich in die mate schadelijk is voor de mededinging dat de gevolgen ervan niet hoeven te worden onderzocht.<sup>253</sup>

38. Bij de beoordeling of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate actueel of potentieel<sup>254</sup> nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededinging beperkende „strekking” te hebben in de zin van artikel 81, lid 1, EG, moet met name worden gelet op de bewoordingen, de doelstellingen en de economische en juridische context. Bij de beoordeling van die context moet rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en gestructureerd zijn.<sup>255</sup> Pro-competitieve gevolgen moeten bij deze beoordeling in aanmerking worden genomen. Maar dat een overeenkomst ook pro-competitieve gevolgen zou kunnen hebben, volstaat niet om uit te sluiten dat de overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft indien de ingeroepen pro-competitieve gevolgen onvoldoende overtuigend en relevant of niet bewezen worden geacht<sup>256</sup>. Wanneer een overeenkomst of bepaling een mededingingsbeperkende strekking heeft, moeten de gevolgen ervan voor de mededinging niet worden onderzocht. Maar dit belet niet dat zij onderzocht kunnen worden<sup>257</sup>. Het is ook niet vereist dat een clause is opgelijst als een ‘hardcore restriction’ in artikel 4 van Verordening 330/2010<sup>258</sup>, of dat de Commissie al eerder oordeelde dat een gelijkaardige mededingingsbeperking een mededingingsbeperkende strekking had<sup>259</sup>. Dit geldt voor verticale zowel als voor horizontale overeenkomsten<sup>260</sup>

39. Wanneer echter uit de inhoud van de overeenkomst niet blijkt dat de mededinging zo wordt verstoord dat sprake is van een mededingingsbeperkende strekking, moeten zowel de potentiële als de actuele gevolgen ervan worden onderzocht, waarbij het niet beslissend is of een overeenkomst ook werd toegepast<sup>261</sup>. Voor de beoordeling van de vraag of een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens de beperking of de vervalsing van de mededinging die het gevolg ervan is, moet de

---

<sup>253</sup> Zie HvJ, 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, overweging 35; HvJ, 11 september 2014, zaak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, overwegingen 49-50. Zie randnummers 105 e.v. van het Voorstel van beslissing.

<sup>254</sup> HvJ, 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, overweging 38.

<sup>255</sup> Zie HvJ, 11 september 2014, zaak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, overweging 53.

<sup>256</sup> HvJ, 30 januari 2020, zaak C-307/18, *Generics e.a.*, overwegingen 105-107.

<sup>257</sup> HvJ, 2 april 2020, zaak C-228/18, *G.V. t. Budapest Bank Nyrt*, overweging 40.

<sup>258</sup> Randnummer 267 van het Voortel van beslissing.

<sup>259</sup> Gerecht, 8 september 2016, zaak T-472/13, *Lundbeck*, overweging 438.

<sup>260</sup> HvJ, 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, overweging 46.

<sup>261</sup> HvJ, 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, *John Deere*, overwegingen 77-78..



mededinging worden bekeken binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen.<sup>262</sup>

**V.2.4 De eerste grief: Klantafscherming op de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren veroorzaakt door het feit dat de CSA een niet-concurrentiebeding bevat met een duur van langer dan 5 jaar**

40. Het College stelt met de auditeur<sup>263</sup> vast dat:
- Clause 4.1 in Schedule 3 bij de CSA bepaalt dat TCB per jaar ten minste [700 000-800 000] vliegtuigstoelen dient aan te kopen bij SNB,
  - dat dit [80-100]% vertegenwoordigt van de totale vraag van TCB aan vliegtuigstoelen, berekend op basis van het winterseizoen 2016-2017 en het zomerseizoen 2017,
  - dat SNB op de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren voor het winterseizoen 2016-2017 aan de aanbodzijde een marktaandeel had van ongeveer [70-80]%, en voor het zomerseizoen 2018 van ongeveer [90-100]%<sup>264</sup>.
41. Het College oordeelt dat gelet op het percentage van de aankopen van TCB waarop de clause 4.1 betrekking heeft en de Richtsoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen<sup>265</sup> dat deze clause als een niet-concurrentiebeding moet worden beschouwd.
42. Het College oordeelt dat gelet op de clausules 2.3-2.5 van de CSA, en de argumenten die de auditeur ontwikkelt onder de randnummers 75-78 van het Voorstel van beslissing, een overeenkomst die indien zij niet tijdens een van de jaren van een eerste periode van vijf jaar wordt opgezegd, telkens met een bijkomend jaar wordt verlengd, beschouwd moet worden als een overeenkomst die voor meer dan vijf jaar werd gesloten. De Richtsnoeren stellen trouwens dat een niet-concurrentiebeding voor vijf jaar dat stilzwijgend verlengd wordt, geacht wordt voor onbepaalde duur te zijn aangegaan en buiten de groepsvrijstelling valt<sup>266</sup>.
43. Het College oordeelt daarom dat de CSA een niet-concurrentiebeding beding inhoudt met een looptijd van meer dan vijf jaar.
44. Het College oordeelt in het licht van deze feiten en gelet op de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen<sup>267</sup> dat clause 4.1 in Schedule 3 bij de CSA alleszins gelet op artikel 3(1) van de Verordening niet kan genieten van de groepsvrijstelling.

---

<sup>262</sup> HvJ, 11 september 2014, zaak C382/12 P, *MasterCard, Inc. et al. v Commission*, overweging 161.

<sup>263</sup> Randnummers 31-33 en 72-78 van het Voorstel van beslissing.

<sup>264</sup> Matktaandelen vermeld zoal in de gepubliceerde concentratiebeslissing bij de overname van Thomas Cook Airlines Belgium door SNB van 11 september 2017 (BMA-2017-C/C-31).

<sup>265</sup> *Pb* 2010 C 130/1, par. 66.

<sup>266</sup> *Richtsnoeren inzake verticale beperkingen*, par. 66.

<sup>267</sup> *De Richtsnoeren*, par. 66.

45. Gelet op de duur van dit beding gaat het ook veel verder dan wat in het kader van een overname aanvaardbaar kan worden geacht<sup>268</sup>. Het College oordeelt daarbij met de auditeur verder dat het feit dat de HQ vluchten niet geschrappt hoefden worden ondanks het feit dat de clausules in de CSA niet werden toegepast, maar geschrappt werden na het wegvallen van de vraag van TCB, aantoont dat deze clausules niet noodzakelijk waren voor het tot stand brengen van de concentratie.

46. De Richtsnoeren inzake verticale beperkingen stellen dat er geen vermoeden is dat overeenkomsten betreffende een marktaandeel van meer dan 30% onder het verbod van artikel 101(1) VWEU vallen, of niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 101(3)<sup>269</sup>. Het College oordeelt evenwel dat gelet op het feit dat het niet-concurrentiebeding een uitgesloten beperking is in de zin van artikel 5 van de Verordening, en gelet ook op de hoge marktaandelen van zowel SNB aan de aanbodzijde als TCB aan de vraagzijde op de relevante markt, het niet-concurrentiebeding gevat wordt door artikel 101(1) VWEU, en dat een inbreuk moet worden vastgesteld tenzij is aangetoond dat de desbetreffende bepalingen in de overeenkomst kunnen genieten van een (individuele) ontheffing bij toepassing van artikel 101(3) VWEU. De bewijslast daartoe ligt op de Verweerster overeenkomstig artikel 2 van Verordening 1/2003.

47. Het College oordeelt verder dat het niet-concurrentiebeding er in deze zaak toe leidt dat wanneer een zo belangrijke afnemer als TCB vrijwel alleen vliegtuigstoelen van SNB in zijn aanbod van reispakketten kan opnemen, de overeenkomst de markt in hoge mate afschermt ten nadele van concurrerende luchtvaartmaatschappijen.

48. Het College oordeelt bovendien dat de overeenkomst in bijzonder hoge mate vliegtuigkosten voor de afnemers van reispakketten onttrekt aan de mededinging. Dit gevolg op de gerelateerde markt voor de verkoop van reispakketten door touroperatoren, wijst er mee op dat er sprake kan zijn van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking<sup>270</sup>

49. Het College oordeelt om deze redenen dat gelet op de concrete kenmerken van de markt die voorwerp is van deze zaak, en het feit dat verweerster betreffende deze grief geen efficiënties aantoont, het niet-concurrentiebeding onvermijdelijk een zo ernstige beperking van de mededinging tot gevolg heeft dat sprake is van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking.

50. Het College stelt met de auditeur vast dat Verweerster geen bewijsmiddelen voorlegt die er op wijzen dat voldaan zou zijn aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 101(3) VWEU<sup>271</sup>.

51. Gelet op de concrete kenmerken van de markt en het feit dat verweerster betreffende deze grief geen efficiënties aantoont die zouden weerleggen dat sprake is van een mededingingsbeperkende strekking of dat de bepalingen in aanmerking zouden komen voor een ontheffing bij toepassing van artikel 101(3) VWEU, acht het College de eerste grief gegrond en oordeelt dat deze inbreuk op artikel 101 VWEU bewezen is.

---

<sup>268</sup> Mededeling van de Commissie betreffende nevenrestricties (*Pb* 2005 C 56/24), par. 20 en 33.

<sup>269</sup> Par. 23..

<sup>270</sup> Par. 16 van de Schriftelijke opmerkingen van Verweerster, en overwegingen 74 e.v. van het *Groupement des cartes bancaires* arrest.

<sup>271</sup> Randnummer 217 van het Voorstel van beslissing.

**V.2.5 De tweede grief: Bronafscherming in de Belgische groothandelsmarkt voor de verkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren veroorzaakt door toegekende exclusiviteit aan TCB**

52. Het College stelt met de auditeur<sup>272</sup> vast dat de clausules 3.11, b) en c) van Schedule 1 bij de CSA een significante mate van exclusiviteit toekennen aan TCB. Deze exclusiviteit is volledig betreffende de HQ vluchten.

53. Het College beschikt niet over voldoende gegevens om in te schatten in welke mate er nog vliegtuigstoelen op al eerder geprogrameerde SN en SN/HQ vluchten (dus geen nieuwe rotaties) ter beschikking zijn voor met TCB concurrerende touroperatoren.

54. Mede gelet op clausule 3.12 van Schedule 1 bij de CSA, en gelet op de concrete gegevens van deze zaak, oordeelt het College dat niet is aangetoond dat de aan TCB toegekende exclusiviteit onvermijdelijk een zo ernstige beperking van de mededinging tot gevolg heeft dat er spake is van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking.

55. Het College oordeelt evenwel dat de auditeur heeft aangetoond dat de aan TCB toegekende exclusiviteit, indien de overeenkomst zou zijn uitgevoerd, mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben<sup>273</sup>. Dit is naar het oordeel van het College met name zo omdat SN voor een, zo niet erg lange dan alleszins onbepaalde periode niet vrij kan beschikken over het voorwerp van de acquisitie van Thomas Cook Airlines omdat TCB *de facto* de volle beschikking en in hoge mate de controle houdt over de overgedragen HQ vluchten, en bovendien SNB beperkt in de de verkoop aan touroperatoren van stoelen op SN/HQ vluchten.

56. Het College is met de auditeur om de door hem gegeven redenen van oordeel dat betreffende deze grief niet voldaan is aan de voorwaarden om te genieten van een ontheffing bij toepassing van artikel 101(3) VWEU<sup>274</sup>. Het College acht het met name niet aangetoond dat een billijk deel van de door de beperkingen eventueel gecreëerde voordelen ten goede komt aan aan de gebruikers, ongeacht of het directe of indirecte klanten van SNB of van TCB zijn.

57. Het College acht daarom de tweede grief gegrond en oordeelt dat deze inbreuk op artikel 101 VWEU bewezen is.

**V.2.6 De derde grief: Bronafscherming in de Belgische groothandelsmarkt voor de verkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren veroorzaakt door de aanpassingsmechanismen in de CSA.**

58. Het College deelt het oordeel van de auditeur dat de clausules 3.11. d) van Schedule 1 en 4.1. b) (ii) van Schedule 3 bij de CSA om de door hem gegeven redenen potentieel een toetredingsbarrière creëren voor concurrerende touroperatoren naar de betrokken bestemmingen<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> Randnummers 81-85 van het Voorstel van beslissing.

<sup>273</sup> Randnummers 141-172 van het Voorstel van beslissing.

<sup>274</sup> Randnummers 226-229 van het Voorstel van beslissing.

<sup>275</sup> Randnummers 173-180 van het Voorstel van beslissing.

59. Het College oordeelt dat niet voldaan is aan de voorwaarden opdat er sprake zou zijn van een mededingingsbeperkende strekking, maar oordeelt dat de auditeur potentiële gevolgen heeft aangetoond.

60. In zoverre het vluchten betreft die alleen dank zij de afname van stoelen door TCB geprogrammeerd kunnen worden, oordeelt het College echter dat het *free rider* argument van Verweerster<sup>276</sup> gegrond kan zijn. Omdat het antwoord op deze vraag niet van invloed kan zijn op de eindconclusie van het College, laat het College dit punt open.

61. Om deze reden laat het College de vraag open of de derde grief gegrond is.

### **V.2.7 Vierde grief: De uitwisseling van commercieel gevoelige informatie in het kader van de uitvoering van de aanpassingsmechanismen in de clausules 3.11. d) van Schedule 1 en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA**

62. Het College stelt met de auditeur vast dat clausules 3.11. d) van Schedule 1 en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA de uitwisseling vergen van commercieel gevoelige informatie waardoor TCB kennis krijgt van het commercieel beleid van concurrenten die bovendien identificeerbaar dreigen te zijn<sup>277</sup>.

63. Het College oordeelt dat de bij toepassing van de clausules 3.11. d) van Schedule 1 en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA uit te wisselen informatie door de aard van de informatie en het beperkt aantal spelers op de betrokken markt geacht moet worden tot gevolg te hebben dat de mededinging wordt beperkt omdat het de onzekerheid over de toekomstige marktwerking voor TCB significant beperkt<sup>278</sup>.

64. Mede gelet op zijn oordeel betreffende derde grief en de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale overeenkomsten<sup>279</sup> oordeelt het College dat niet voldaan is aan de voorwaarden opdat er sprake zou zijn van een mededingingsbeperkende strekking, maar het oordeelt dat de auditeur potentiële gevolgen heeft aangetoond.

65. Het College oordeelt dat het niet beschikt over gegevens die een ontheffing bij toepassing van artikel 101(3) VWEU betreffende deze grief zouden kunnen verantwoorden<sup>280</sup>.

66. Het College acht daarom de vierde grief gegrond en oordeelt dat deze inbreuk op artikel 101 VWEU bewezen is.

### **V.3 Enkele en voortdurende inbreuk**

67. Het College is met de auditeur om de door hem gegeven redenen van oordeel dat de clausules 3.11 b), c) en d) van Schedule 1 en 4.4.1 b) van Schedule 3 bij d CSA in hun geheel één enkele inbreuk vormen<sup>281</sup>.

---

<sup>276</sup> Randnummers 8 e.v. van de Schriftelijke opmerkingen van Verweerster en de in voetnoot 21 vermelde stukken.

<sup>277</sup> Randnummers 193, 196-197, en 199-201 van het Voorstel van beslissing.

<sup>278</sup> Randnummer 197 van het Voorstel van beslissing.

<sup>279</sup> *Pb* 2011 C 11/1, par. 72-74.

<sup>280</sup> Randnummer 217 van het Voorstel van beslissing.

<sup>281</sup> Randnummers 308-310 van het Voorstel van beslissing.

68. Het College verwijst met betrekking tot het voortdurend karakter van de in de grieven bedoelde inbreuken naar wat verder gesteld wordt betreffende de duur van de inbreuk.

#### **V.4 Duur van de praktijken**

69. Het College stelt vast dat de CSA gesloten werd op 8 juni 2017. Het Auditoraat kreeg kennis van de CSA in het kader van de aanmelding van de overname van Thomas Cook Airlines Belgium door SNB die werd aangemeld op 1 augustus 2017 na een eerste contact op 18 april 2017. De overname werd goedgekeurd met de beslissing van het Mededingingscollege van 11 september 2017<sup>282</sup>. De auditeur-generaal opende een ambtshalve onderzoek betreffende de CSA op 21 augustus 2017. De aanmeldende partij meldde per brief van 25 augustus aan het College dat het een nieuwe versie van de CSA bezorgde aan het Auditoraat. Deze versie werd niet voorgelegd aan het College. De aanmeldende partij verzocht het College dan ook niet om zich uit te spreken over de vraag of de CSA als een nevenrestrictie kon worden beschouwd ten aanzien van de aangemelde concentratie. Het wordt niet betwist dat de CSA is beëindigd door SNB bij de mededeling van de punten van bezwaar op 25 september 2019<sup>283</sup>, en ook nooit is toegepast. TCB werd failliet verklaard op 25 september 2019.

70. Het College oordeelt dat indien de auditeur na het overleggen van een gewijzigde overeenkomst een geopend onderzoek niet afsluit bij toepassing van artikel IV.45 WER, de partijen er niet van uit mogen gaan dat het overleggen van een gewijzigde overeenkomst een einde stelt aan de duur van de praktijk waarover een onderzoek geopend werd. En zoals eerder gesteld in deze beslissing, oordeelt het College dat ook de gewijzigde CSA strijdig is met artikel 101(1) VWEU.

71. Maar gelet op het geheel van de omstandigheden dat de CSA gewijzigd werd tijdens een concentratie procedure, weliswaar na het openen van een ambtshalve onderzoek, maar nooit is toegepast, kan het College niet uitsluiten dat de partijen bij de CSA redelijkerwijze konden beslissen om, op voorwaarde dat de overeenkomst niet werd uitgevoerd, te wachten op het oordeel van de auditeur over de gewijzigde overeenkomst. Dit geldt des te meer vermits de partijen de CSA beëindigden op 25 september 2019 toen zij het standpunt van de auditeur kenden na het meedelen van de grieven op 20 september 2019<sup>284</sup>.

72. Het College het College oordeelt daarom dat de inbreuk duurde van 8 juni tot 25 augustus 2017.

#### **V.5 Boeteberekening**

73. Gelet op de Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.70 §1, eerste lid WER bij overtreding van de artikelen IV.1 §1 en/of IV.2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU, aangenomen op 26 augustus 2014 (hierna: “Boeterichtsnoeren 2014”) en de Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a) van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (verder “Commissierichtsnoeren”), waar de Boeterichtsnoeren 2014 naar verwijzen, deelt het College het

---

<sup>282</sup> Beslissing BMA-2017-C/C-31.

<sup>283</sup> Randnummer 318 van het Voorstel van beslissing.

<sup>284</sup> Randnummer 318 van het Voorstel van beslissing.

oordeel van de auditeur betreffende de berekeningsbasis, het referentiejaar, en de ernst van de inbreuk<sup>285</sup>.

74. Gelet op het oordeel van het College betreffende duur van de inbreuk bepaalt het College overeenkomstig randnummer 24 van de Commissierichtsnoeren dat het basisbedrag bepaald dient te worden als 20% van de in aanmerking te nemen omzet in 2018 vermenigvuldigd met 0,5.

75. Het College deelt ook het oordeel van de auditeur inzake de verzwarende en de in deze zaak in aanmerking te nemen verzachtende omstandigheden<sup>286</sup>.

### **V.5.1 Betreffende SNB**

76. Gelet op het feit dat SNB de CSA bij de BMA heeft gemeld in het kader van een concentratie, dat zij onmiddellijk heeft toegezegd de clausules niet toe te passen tijdens het onderzoek door het auditoraat en de clausules ook daadwerkelijk niet heeft toegepast ondanks druk van TCB, dat de auditeur niet betwist dat Verweerster daadwerkelijk haar medewerking heeft verleend aan het onderzoek en de door Verweerster ingeroepen verzachtende omstandigheden in het Voorstel van beslissing gegrond acht<sup>287</sup>, oordeelt het College conform randnummer 29 van de Commissierichtsnoeren waar de Richtsnoeren 2014 naar verwijzen, dat het niet aangewezen is een boete op te leggen aan SNB en bij uitbreiding aan Deutsche Lufthansa AG.

### **V.5.2 Betreffende SNB**

77. Gelet op het faillissement van TCB en Thomas Cook Group PLC<sup>288</sup> oordeelt het College dat het niet langer aangewezen is een boete op te leggen aan deze ondernemingen.

---

<sup>285</sup> Randnummers 326, 327 en 329 van het Voortel van beslissing.

<sup>286</sup> Randnummers 334 en 339-341 van het Voorstel van beslissing.

<sup>287</sup> Randnummer 339 van het Voorstel van beslissing

<sup>288</sup> Zie document I.2.ZZB2. Zie ook <https://www.gov.uk/government/news/thomas-cook-information-for-customers-employees-creditors-and-shareholders>

## **Besluit**

### **OM DEZE REDENEN**

Beslist het Mededingingscollege bij toepassing van artikel IV.52, §1, 2° WER dat Brussels Airlines NV en Thomas Cook Belgium een inbreuk pleegden op de artikelen 101 VWEU en IV.1 WER tussen 8 juni en 25 augustus 2017 door het sluiten op 8 juni 2017 van het Commercial Service Agreement en de aangehechte bijlagen (CSA) wegens:

- a. Klantafscherming op de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren door het opnemen in de clausules 2.3-2.5 van de CSA en 4.1 van Schedule 3 bij de CSA van een niet-concurrentiebeding met een duur van langer dan 5 jaar,
- b. Bronafscherming in de Belgische markt voor de groothandelsverkoop van vliegtuigstoelen aan touroperatoren veroorzaakt door de in clausules 3.11. b) en c) van de Schedule 1 bij de CSA voorziene rechten voor TCB voor de aankoop van vliegtuigstoelen op bepaalde vluchten van SNB,
- c. De uitwisseling van commercieel gevoelige informatie in het kader van de uitvoering van de aanpassingsmechanismes in de clausules 3.11. d) van Schedule 1 en 4.1. b) van Schedule 3 bij de CSA.

Aldus beslist op 1 juli 2020 door het Mededingingscollege samengesteld uit Jacques Steenbergen, voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit en van het Mededingingscollege, Freddy Van den Spiegel, en Chris Verleye, assessoren van de Belgische Mededingingsautoriteit.

Voor het College,

Jacques Steenbergen  
Voorzitter