BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 10 februari 1999

inzake een procedure op grond van artikel 90 van het Verdrag

(Zaak IV/35.703 — Portugese luchthavens)

(kennisgeving geschied onder nummer C(1999) 243)

(Slechts de tekst in de Portugese taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(1999/199/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, inzonderheid op artikel 86 en op artikel 90, lid 3,

Na de Portugese autoriteiten, Aeroportos e Navegação Aérea — Empresa Pública, TAP Air Portugal en Portugalia de gelegenheid te hebben geboden hun standpunt kenbaar te maken inzake de bezwaren van de Commissie,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

a) De betrokken overheidsmaatregel

(1) De onderhavige procedure betreft het op de Portugese luchthavens ingevoerde stelsel van kortingen op de landingsvergoedingen en het naar gelang van de herkomst van de vlucht variëren van die vergoedingen.

In artikel 18 van het decreet („decreto-lei") nr. 102/90 van 21 maart 1990 is bepaald dat het bedrag van de luchtvaartvergoedingen voor de door Aeroportos e Navegação Aérea — Empresa Pública, hierna „ANA" genoemd, beheerde luchthavens na advies van het directoraat-generaal van de Burgerluchtvaart („Direcção-Geral da Avião Civil") bij ministerieel besluit wordt vastgesteld. Luidens het lid 3 van dat artikel kan die vergoeding variëren naar gelang van de categorie, de functie en de benuttingsgraad van elke luchthaven.

Bij decreet („decreto regulamentar") nr. 38/91 van 29 juli 1991 zijn de nadere regels voor de landingsvergoedingen vastgesteld:

„Artikel 4, lid 1: Voor elke landing is een landings- en opstijgvergoeding verschuldigd, die wordt berekend op basis van het in het luchtwaardigheidscertificaat vermelde maximumgewicht bij het opstijgen.

Artikel 4, lid 5: De binnenlandse vluchten genieten een vermindering van 50 %.".

Het niveau van de vergoedingen wordt jaarlijks bij regeringsbesluit aangepast.

(2) Het volgende kortingenstelsel werd, in overeenstemming met wetsdecreet nr. 102/90, bij ministerieel besluit („portaria") nr. 352/98 van 23 juni 1998 ingevoerd.

Luchthaven Lissabon	Vergoedingen (PTE/t)	Kortingen ten opzichte van reeks eerste (in %)
Eerste reeks van 50 (landingen per maand)	1 146	
Tweede reeks van 50	1 063	−7,2
Derde reeks van 50	979	−14,6
Vierde reeks van 50	888	−22,5
Overige	771	−32,7
Luchthavens van Porto, Faro en de Azoren		
Eerste reeks van 50	1 146	
Tweede reeks van 50	938	−18,4
Derde reeks van 50	866	−24,4
Vierde reeks van 50	786	−31,4
Overige	681	−40,6

Bron: Brief van de Portugese autoriteiten van 16 juli 1998.

b) **De betrokken onderneming en diensten**

(3) ANA is een overheidsonderneming die zich bezighoudt met het beheer van de drie luchthavens op het continent (Lissabon, Faro, Porto), de vier luchthavens van de Azoren (Ponta Delgada, Horta, Santa Maria en Flores), de vliegvelden en de luchtverkeersleiding. De luchthavens op de archipel Madeira worden door ANAM SA beheerd.

De onderneming ANA is opgericht bij artikel 3, lid 1, van wetsdecreet nr. 246/79, dat als volgt luidt:

„ANA-EP is belast met de exploitatie en de ontwikkeling van overheidsdiensten ten behoeve van de burgerluchtvaart in de vorm van een onderneming die tot doel heeft het luchtverkeer te leiden en te controleren, en te zorgen voor het vertrek en de aankomst van de vliegtuigen, het in- en uitstappen en de afhandeling van de passagiers, alsmede het in- en uitladen en de afhandeling van vracht en post".

(4) ANA verleent dus haar goedkeuring aan de luchtvaartmaatschappijen die tot de luchthaveninstallaties die zij beheert, toegang wensen en zij levert die maatschappijen diensten in verband met het landen en het opstijgen van hun vliegtuigen, waarvoor zij vergoedingen ontvangt waarvan het niveau en het bedrag bij ministerieel besluit worden vastgesteld ([1]).

c) **De landingsvergoedingen**

(5) De („International Civil Aviation Organisation" (ICAO, Internationale Burgerluchtvaartorganisatie) beveelt haar leden in haar „Airport Economics Manual" (Handboek inzake de luchthaveneconomie ([2]) aan, de landingsvergoedingen te berekenen op basis van het maximaal toegelaten gewicht bij het opstijgen („Maximum take-off weight" (MTOW)). De landingsvergoeding wordt als volgt omschreven:

„Rechten en vergoedingen, geheven voor het gebruik van start- en landingsbanen, taxibanen en parkeerplatforms, met inbegrip van de bijbehorende lichtbakens, alsmede voor de verkeersleiding- en luchthavendiensten.".

(6) De vergoeding omvat de „exploitatie-, onderhouds- en administratiekosten voor deze banen en platforms en voor de voertuigen en het materieel dat aldaar wordt gebruikt, met inbegrip van de uitgaven voor personeel, onderhoudsvoertuigen, elektriciteit en brandstoffen.".

d) **De belangrijkste argumenten van de Portugese autoriteiten en van ANA**

(7) Als rechtvaardiging voor het variëren van de landingsvergoedingen naar gelang van de herkomst van de vlucht, wordt door de Portugese autoriteiten aangevoerd dat:

— enerzijds, de binnenlandse vluchten eilandluchthavens als bestemming hebben, waarvoor er buiten luchtvervoer geen andere weg openstaat;

— anderzijds, de overige binnenlandse vluchten zeer kort zijn tegen lage tarieven.

(8) De Portugese autoriteiten benadrukken dat dit stelsel op overwegingen van economische en sociale cohesie is gebaseerd.

(9) Wat de internationale vluchten betreft, wordt verwezen naar de concurrentie die de Portugese luchthavens van de luchthavens van Madrid en Barcelona ondervinden, die ditzelfde soort tarifering toepassen. De Portugese autoriteiten wensen overigens de schaalvoordelen te bevorderen die uit een sterkere benutting van de luchthavens voortvloeien, en Portugal als toeristische bestemming aantrekkelijk te maken.

(10) ANA stelt dat de invoering van een stelsel van variërende vergoedingen en kortingen op de landingsvergoedingen is gebaseerd op twee objectieven:

— de toepassing van een soortgelijk tariefbeleid als hetwelk in de luchthavens van Madrid en Barcelona geldt, welke luchthavens zich in dezelfde geografische zone bevinden;

— de vermindering van de exploitatiekosten van de vervoermaatschappijen die het vaakst en geregeld van de door ANA beheerde luchthavens gebruik maken.

II. **JURIDISCHE BEOORDELING**

a) **Artikel 90, lid 1,**

(11) In artikel 90, lid l, van het Verdrag is bepaald dat „De lidstaten [. . .] met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel [nemen of handhaven] welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 6 en 85 tot en met 94.".

(12) Bij wetsdecreet nr. 246/79 wordt aan ANA het exclusieve recht verleend om de luchthavenvoorzieningen van Lissabon, Porto, Faro en de Azoren te beheren.

Uit hoofde van haar statuten is ANA een overheidsbedrijf in de zin van artikel 90, lid 1.

(13) Luidens artikel 21 van wetsdecreet nr. 246/79 worden de tarieven en vergoedingen, op voorstel van ANA-EP, door de staat goedgekeurd.

Het tariefbeleid dat thans door ANA-EP wordt toegepast, is derhalve gebaseerd op wettelijke (wetsdrecreten nrs. 246/79 en 102/90) en andere

([1]) Zie de overwegingen 1 en 2.
([2]) ICAO-document 9562.1991.

bestuursrechtelijke (decreten nrs. 38/91 en 24/95) bepalingen, en is door de regering bij besluit nr. 352/98 vastgesteld.

Die verschillende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen kunnen derhalve als overheidsmaatregelen in de zin van artikel 90, lid 1, worden beschouwd.

b) **Artikel 86**

De relevante markt

(14) De relevante markt is die voor diensten in verband met de toegang tot de luchthavenvoorzieningen waarvoor de vergoedingen verschuldigd zijn, namelijk de exploitatie en het onderhoud van de start- en 1andingsbanen, de taxibanen, de parkeerplatforms en de naderingsbegeleidingshulpmiddelen.

Volgens een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak „Porto di Genova" ([3]) kan de organisatie van havenwerkzaamheden in één haven voor rekening van derden een relevante markt in de zin van artikel 86 vormen. Evenzo beschouwde het Hof de markt voor loodsdiensten in de haven van Genua als de relevante markt, ditmaal in zijn arrest in de zaak Corsica Ferries II ([4]).

Het Hof baseerde zijn redenering op het feit dat, zodra een dienstverrichter een vervoerdienst op een bepaalde zeeroute wenst aan te bieden, toegang tot de aan het begin- en het eindpunt van deze verbinding gelegen havenvoorzieningen een onontbeerlijke voorwaarde vormt voor de verrichting van deze dienst.

Deze redenering kan gemakkelijk eveneens op de luchtvaartsector en op de toegang tot luchthavens worden toegepast. De definitie van de relevante markt is dezelfde als die welke is vastgesteld in Beschikking 95/364/EG van de Commissie van 28 juni 1995 op grond van artikel 90, lid 3, van het EG-Verdrag ([5]), die het stelsel van kortingen op de landingsvergoedingen betrof dat op de luchthaven Brussel-Nationaal is ingevoerd.

(15) Overigens vormen de intracommunautaire luchtverbindingen op korte en middellange afstand een aanpalende, doch onderscheiden markt, die door de gevolgen van het gedrag van de onderneming op de markt voor diensten in verband met het landen en het opstijgen van vliegtuigen nadelig wordt beïnvloed. Bijgevolg is het dan ook op die markt dat de gevolgen van het misbruik van een machtspositie door ANA zich doen gevoelen.

(16) Van de zeven door ANA beheerde luchthavens zijn er slechts drie met aanzienlijk internationaal luchtverkeer (Lissabon, Porto en Faro).

(17) Die zeven luchthavens zijn weinig substitueerbaar, zodat elk als een onderscheiden geografische markt kan worden beschouwd.

De luchtvaartmaatschappijen die regelmatige luchtdiensten of binnenlandse en intracommunautaire charterdiensten verrichten vanuit of met bestemming Portugal, zijn immers verplicht om van de door ANA beheerde luchthavens gebruik te maken. De luchthavens van Porto, Lissabon, Faro en de Azoren-archipel zijn niet substitueerbaar, omdat zij op enkele honderden kilometers afstand van elkaar zijn gelegen en elk een duidelijk afgebakende invloedzone hebben die elk een eigen toeristisch gebied bestrijken: de luchthaven van Lissabon bedient de hoofdstad en het midden van het land, die van Porto bedient het noorden, Faro het zuiden, en die van Ponta Delgada, Santa Maria, Horta en Flores de Azoren-archipel. Overigens vormen spoor- en autowegen geen toereikend alternatief voor de verbindingen tussen Lissabon, Porto en Faro.

De enige internationale luchthavens die in staat zijn hetzelfde geografische gebied te bedienen, te weten die van Madrid en Barcelona, liggen meer dan 600 km van de continentale Portugese luchthavens verwijderd en zijn per spoor, of over de weg evenmin voldoende bereikbaar om een reëel alternatief te kunnen bieden.

Lissabon en Madrid kunnen evenwel als onderling concurrerend worden beschouwd wanneer een luchtvaartmaatschappij een van deze luchthavens als knooppunt („hub") gebruikt. Opgemerkt zij evenwel dat het aandeel van dit verkeer in het totale aantal landingen in Lissabon marginaal is.

Wat de luchthavens van de Azoren-archipel betreft, is de substitueerbaarheid van Ponta Delgada, Santa Maria, Horta en Flores eveneens zeer gering, omdat elk van deze luchthavens een ander eiland bedient en de zeeverbindingen vrij veel tijd vergen en een geringe frequentie hebben.

(18) Bijgevolg zijn de binnenlandse en intracommunautaire luchtdiensten waarbij gebruik wordt gemaakt van de door ANA beheerde luchthavens, voor tal van passagiers die Portugal als vertrekpunt of bestemming hebben, niet substitueerbaar door diensten die in andere communautaire luchthavens worden aangeboden.

([3]) Arrest van 10 december 1991 in zaak C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova/Siderurgica Gabrielli, Jurispr. 1991, blz. I-5889, r.o. 15.
([4]) Arrest van 17 mei 1994 in zaak C-18/93, (Corsica Ferries Italia/Corpo dei piloti dei porto di Genova), Jurispr. 1994, blz. I-1783.
([5]) PB L 216 van 12. 9. 1995, blz. 8.

(19) De luchtvaartmaatschappijen die vanuit of met bestemming Portugal binnenlandse of intracommunautaire diensten verrichten, zijn dus verplicht om van de door ANA beheerde luchthavens en van de in die luchthavens aangeboden diensten voor toegang tot de luchthavenvoorzieningen gebruik te maken.

Beinvloeding van de handel tussen lidstaten

(20) In zijn arrest in de zaak Corsica Ferries II ([6]) heeft het Hof van Justitie erkend dat „doordat zij ondernemingen treffen die vervoer tussen twee lidstaten verrichten, discriminatoire praktijken de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden".

Het aandeel van het intracommunautaire verkeer op de Portugese luchthavens is als volgt:

Passagiersverkeer (met uitzondering van transitpassagiers)

Luchthaven	Internationale passagiers in (%)	Passagiers binnen de EG in %	Binnenlandse passagiers in %	Totaal (x miljoen)
Lissabon	24	56	20	6,6
Porto	24	62	14	2,1
Faro	4	92	4	3,7
Santa Maria A	2	0	98	0,04
Ponta Delgada A	18	1	81	0,5
Horta A	0	0	100	0,1
Flores A	0	0	100	0,04

Bron: schrijven van de Portugese autoriteiten van 16 juli 1998 — Cijfers over 1997.
A = luchthaven van de Azoren-archipel.

Vrachtverkeer

Luchthaven	Internationale vracht in %	Vracht binnen de EG in %	Binnenlandse vracht in %	Totaal (x duizenden)
Lissabon	41	43	16	100
Porto	21	72	7	29
Faro	5	75	20	2
Santa Maria A	0	0	100	0,1
Ponta Delgada A	12	0	88	6,8
Horta A	0	0	100	0,9
Flores A	0	0	100	0,2

Bron: schrijven van de Portugese autoriteiten van 16 juli 1998 — Cijfers over 1997.
A = luchthaven van de Azoren-archipel.

Voor de continentale luchthavens blijken de gevolgen voor de handel tussen lidstaten duidelijk uit de bovenstaande cijfers. Het verkeer gebeurt immers grotendeels tussen Portugal en een andere lidstaat van de Gemeenschap.

Wat de vier luchthavens van de Azoren-archipel betreft, is het verkeer geheel binnenlands of afkomstig uit derde landen. In dit opzicht zal de betrokken overheidsmaatregel geen afbreuk doen aan de handel tussen de lidstaten. Dit laat de toepassing van de regels van het Verdrag en van het afgeleide recht betreffende het vrije verkeer van diensten onverlet.

Wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt

(21) De door ANA beheerde luchthavens verwerkten in 1997 de volgende hoeveelheid verkeer:

([6]) Zie voetnoot 4.

Luchthaven	Passagiers in miljoenen (waaronder transit)	Vracht in duizenden ton
Lissabon	6,8	99,7
Porto	2,3	29,3
Faro	3,8	2,0
Santa Maria A	0,1	0,1
Ponta Delgada A	0,5	6,9
Horta A	0,1	0,9
Flores A	0,0	0,2

Bron: schrijven van de Portugese autoriteiten van 16 juli 1998.

A: luchthaven van de Azoren-archipel.

De luchthavens van Lissabon, Porto en Faro verwerken grote verkeersstromen van meer dan 2 miljoen passagiers, namelijk 6,8 miljoen voor Lissabon, 2,3 miljoen voor Porto en 3,8 miljoen voor Faro, en bedienen tezamen het gehele grondgebied van continentaal Portugal. Bijgevolg kunnen al deze luchthavens tezamen met hun intracommunautaire verbindingen worden geacht samen een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt te vormen, indien de redenering van het Hof van Justitie in zijn arresten Crespelle ([7]) en Almelo ([8]) voor de onderhavige zaak wordt gevolgd. In de zaak Crespelle heeft het Hof immers voor recht verklaard dat, „doordat aldus ten gunste van die ondernemingen een aantal naast elkaar liggende monopolies wordt gecreëerd die weliswaar territoriaal begrensd zijn, doch in hun totaliteit het gehele grondgebied van een lidstaat beslaan, die nationale bepalingen een machtspositie doen ontstaan op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 86 van het Verdrag" ([9]).

(22) A fortiori kunnen een aantal naast elkaar liggende monopolies die onder zeggenschap van dezelfde onderneming (ANA) staan, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormen.

Machtspositie

(23) In zijn arrest in de zaak Corsica Ferries III ([10]), heeft het Hof voor recht verklaard dat „een onderneming die een wettelijk monopolie bezit op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, kan worden geacht een machtspositie in de zin van artikel 86 van het EG-Verdrag in te nemen" ([11]).

ANA bezit derhalve, wegens het uitsluitende recht dat haar bij wetsdecreet nr. 246/79 is toegekend, voor elk van haar luchthavens een machtspositie op de markt voor diensten in verband met het landen en het opstijgen van vliegtuigen waarvoor de betrokken vergoeding wordt geheven.

Misbruik van machtspositie

(24) Het stelsel van landingsvergoedingen en van kortingen op deze vergoedingen dat door ANA is ingevoerd en door de Portugese regering na een overlegprocedure is goedgekeurd, heeft ertoe geleid dat er voor luchtvaartmaatschappijen ongelijke voorwaarden gelden voor gelijkwaardige diensten die verband houden met het landen en opstijgen, waardoor zij een concurrentienadeel ondervinden.

a) De kortingen die verband houden met het aantal landingen

(25) De korting van 7,2 % op Lissabon (18,4 % op overige luchthavens) wordt toegepast vanaf de vijftigste landing per maand, dus bij meer dan één landing per dag. Na de honderdste en honderdvijftigste landing worden in Lissabon kortingen van respectievelijk, 14,6 % en 22,5 % berekend en voor de overige luchthavens 24,4 %, respectievelijk 31,4 %. Voor de daaropvolgende landingen geldt te Lissabon een korting van 32,7 %, terwijl deze voor de overige luchthavens 40,6 % bedraagt.

De volgende luchtvaartmaatschappijen komen voor deze kortingen in aanmerking:

Het gemiddelde niveau van de korting wordt berekend op basis van de opeenvolgende toepassing van de verschillende kortingstranches. Dit niveau geeft de korting weer die daadwerkelijk door ANA aan de volgende maatschappijen op het totale aantal van hun vluchten wordt verleend:

(in tonnes)

Maatschappij	TAP	Portugalia	Iberia	AF	LH	BA	Swissair	Alitalia	Sabena
Gemiddeld niveau	30	22	8	6	5	4	1	1	1

Bron: Maandelijks aantal landingen per maatschappij — bijlage 3 bij het schrijven van ANA van 29 juli 1997.

([7]) Arrest van 5 october 1994 in zaak C-323/93, Société agricole du Centre d'insémination de la Crespelle/Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Jurispr. 1994, blz. I-5077.

([8]) Arrest van 27 april 1994 in zaak C-393/92, Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij, Jurispr. 1994, blz. I-1477.

([9]) Zie r.o. 17.

([10]) Arrest van 18 juni 1998 in zaak C-266/96, Corsica Ferries France/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di la Spezia en Ministero dei Transporti e della Navigazione, Jurispr. 1998, blz. I-3949, r.o. 39.

([11]) Zie ook de arresten van 23 april 1991 in zaak C 41/90, Höfner & Elser, Jurispr. 1991 blz. I-1979, r.o. 28; van 18 juni 1991 in zaak C-260/89, ERT, Jurispr. 1991, blz. I-2925, r.o. 31; en in de zaak Porto di Genova, zie voetnoot 3, r.o. 14, en dat van 12 februari 1998 in zaak C-163/96, Raso e.a., Jurispr. 1998, blz. 533, r.o. 25.

(26) Voor elke landing na de tweehonderdste geldt een korting van 32,7 % te Lissabon en van 40,6 % op de overige luchthavens, zonder enige begrenzing wat het aantal landingen betreft. Dit is de reden waarom de luchtvaartmaatschappijen die veel meer dan 200 landingen per maand uitvoeren, zoals TAP en Portugalia, een navenant hoger kortingsniveau genieten. Op een gegeven verbinding waar TAP of Portugalia met vergelijkbare typen vliegtuigen met andere vervoerders concurreert, ontvangt TAP en/of Portugalia een gemiddelde korting van 30 %, respectievelijk 22 % op de landings- en opstijgkosten voor gelijkwaardige diensten van ANA, waardoor andere vervoerders benadeeld worden. De kortingen die worden verleend aan de andere vervoerders, te weten Iberia (8 %), Air France (6 %), Lufthansa (5 %), British Airways (4 %), Swissair, Alitalia en Sabena (1 %), lopen uiteen van 8 % tot 1 %, en hebben dus geen invloed van betekenis. Het systeem bevoordeelt derhalve in feite de nationale luchtvaartmaatschappijen TAP en Portugalia.

(27) Volgens de rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg [12] kunnen als normaal beschouwde handelspraktijken een misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag vormen, indien zij door een onderneming met een machtspositie worden toegepast.

Indien een onderneming met een machtspositie haar verschillende klanten ongelijk behandelt, moet dit onderscheid door objectieve redenen worden gerechtvaardigd.

Dit verschil in behandeling bij diensten (begeleiding door de verkeerstoren, gebruik van taxibanen enz.) waarvoor ANA ongeacht de betrokken luchtvaartmaatschappij dezelfde handelingen moet verrichten, wordt door geen enkele objectieve reden gerechtvaardigd. Een luchthaven beschikt voor een zeer groot deel van het verkeer over een natuurlijk monopolie omdat deze door een vervoerder die een bepaalde stad wil bedienen, wel moet worden aangedaan.

Uit geen enkel door de Portugese autoriteiten verstrekt element blijkt dat er van schaalvoordelen sprake is. De behandeling van een vliegtuig bij landen of opstijgen is immers dezelfde, ongeacht de hoedanigheid van de eigenaar en of het daarbij gaat om het eerste of het tiende vliegtuig van eenzelfde vervoerder.

(28) De Portugese autoriteiten hebben drie hoofdredenen voor de invoering van dit kortingsstelsel gegeven:

— de concurrentie van de luchthavens van Madrid en Barcelona, die dit type van kortingen hebben ingevoerd;

— de schaalvoordelen die voortvloeien uit een intensieve infrastructuurbenutting;

— het aantrekkelijk maken van Portugal als toeristische bestemming.

(29) Wat de eerste rechtvaardiging betreft, heeft de Commissie ook een procedure ingeleid ten aanzien van het stelsel dat op de Spaanse luchthavens is ingevoerd en heeft zij op 28 april 1997 een aanmaningsbrief verzonden. Volgens de rechtspraak van het Hof, en met name het arrest in de zaak Hedley Lomas [13], kan een lidstaat die het communautaire recht schendt, zich niet beroepen op de omstandigheid dat een andere lidstaat evenmin de verplichtingen is nagekomen die voor die lidstaat uit het Gemeenschapsrecht voortvloeien.

(30) Met betrekking tot de tweede rechtvaardiging hebben de Portugese autoriteiten geen specifieke schaalvoordeel genoemd, maar opgemerkt dat de luchthaven naar een intensiever gebruik van de infrastructuur moet streven. In haar Beschikking 95/364/EG [14] heeft de Commissie op het argument van de schaalvoordelen geantwoord dat zij van mening is „dat het betrokken stelsel slechts gerechtvaardigd zou kunnen zijn wegens door de RLW te behalen schaalvoordelen. In casu doen deze zich echter niet voor. De RLW heeft de Commissie immers niet aangetoond dat de afhandeling van een opstijging of een landing van een toestel dat toebehoort aan een bepaalde maatschappij en niet aan een andere, schaalvoordelen oplevert. Een landend of een opstijgend vliegtuig vereist immers dezelfde diensten, ongeacht de eigenaar en het aantal vliegtuigen dat eenzelfde maatschappij bezigt. De RLW kan zich hooguit beroepen op schaalvoordelen met betrekking tot de opmaking van de facturen, omdat één factuur voor een maatschappij met intensief verkeer betrekking heeft op een groot aantal bewegingen, in tegenstelling tot een groot aantal facturen met weinig bewegingen in het geval van maatschappijen met beperkt verkeer. Deze schaalvoordelen zijn evenwel verwaarloosbaar.". Deze redenering gaat in het onderhavige geval eveneens op, omdat het opstijgen of landen dezelfde diensten vergt, ongeacht het aantal vliegtuigen dat tot eenzelfde maatschappij behoort.

(31) Het argument van de bevordering van een intensiever gebruik van de infrastructuur en de derde rechtvaardiging, namelijk het aantrekkelijk maken van Portugal als toeristische bestemming, kunnen niet worden aanvaard, omdat deze doelstellingen kunnen worden bereikt door aan alle luchtvaartmaatschappijen die op de continentale Portugese luchthavens vliegen, niet-discriminerende kortingen te verlenen.

[12] Arrest van 1 april 1993 in zaak T-65/89, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, Jurispr. 1993, blz. II-389, r.o. 69.

[13] Arrest van 23 mei 1996 in zaak C-5/94, The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd, Jurispr. 1996, blz. I-2553.

[14] Zie voetnoot 5, punt 16 van die beschikking.

(32) Het Hof is van oordeel dat een lidstaat de bepalingen van de artikelen 90 en 86 van het Verdrag schendt wanneer hij de betrokken onderneming in staat stelt misbruik te maken van haar machtspositie door haar handelspartners bij gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden op te leggen in de zin van artikel 86, tweede alinea, punt c), van het Verdrag (arrest van 17 mei 1994, (Corsica Ferries II) ([15]), arrest van 12 februari 1998 (Raso) ([16]), arrest van 18 juni 1998 (Corsica Ferries II) ([17])).

Dat een onderneming in de positie van ANA ten opzichte van handelspartners bij gelijkwaardige prestaties in verband met het landen en opstijgen van vliegtuigen ongelijke voorwaarden toepast, waarmee hun nadeel bij de mededinging wordt berokkend, vormt een eerste geval van misbruik in de zin van artikel 86, tweede alinea, onder c).

b) Het verschil in vergoedingen op basis van de aard van de vlucht (binnenlands of internationaal)

(33) Artikel 4, lid 5, van decreet (decreto regulamentar) nr. 32/91 luidt: „Voor de binnenlandse vluchten wordt een vermindering van 50 % toegepast.". Het systeem van gedifferentieerde tarieven is eveneens in strijd met het EG-Verdrag.

(34) Het arrest Corsica Ferries II van het Hof van Justitie ([18]) is in dit verband ondubbelzinnig. In deze zaak heeft het Hof het volgende gesteld:

„De artikelen 90, lid 1, en 86 van het EEG-Verdrag houden voor een nationale instantie die de tarieven goedkeurt van een onderneming die het uitsluitend recht heeft op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt verplichte loodsdiensten te verrichten, een verbod in om deze onderneming in staat te stellen verschillende tarieven toe te passen, naargelang de zeevervoeronderneming vervoerdiensten verricht tussen lidstaten dan wel tussen havens op het nationale grondgebied [. . .]".

Advocaat-generaal Van Gerven stelt ([19]):

„Waar het om gaat, is dat de differentiaties geen enkel verband houden met de aard van de aangeboden loodsdienst, die in beide gevallen [. . .] precies hetzelfde is. Mijns inziens staat men hier duidelijk voor een toepassingsgeval van de vorm van misbruik van economische machtspositie die in artikel 86, tweede alinea, onder c), van het EEG-Verdrag, wordt genoemd, namelijk „het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging"(*).

(*) voetnoot 61: Op dit punt kan inderdaad een parallel worden getrokken met de situatie die voorlag in het arrest United Brands (arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, Jurispr. 1978, blz. 207): het Hof oordeelde daar dat de discriminerende prijspolitiek van UBC, waarbij aan rijpers respectievelijk distributeurs van lidstaat tot lidstaat verschillende prijzen werden aangerekend voor levering van in wezen gelijke hoeveelheden en soorten bananen, misbruik van een machtspositie opleverde aangezien deze van lidstaat tot lidstaat verschillende prijzen een belemmering vormden voor het vrije verkeer van goederen (r.o. 232) en aldus een strikte afscherming van de nationale markten met kunstmatig verschillende prijsniveaus werd verwezenlijkt, waardoor bepaalde rijpers/distributeurs in een ongunstige concurrentiepositie werden gebracht, omdat de mededinging, vergeleken met wat deze had moeten zijn, erdoor werd vervalst (r.o. 233). Dezelfde redenering kan mutatis mutandis in onderhavige zaak worden toegepast: de gedifferentieerde tarieven van de Corporatie vormen een hinderpaal voor het vrij verrichten van intracommunautaire zeevervoerdiensten en brengen de verrichters van dergelijke diensten in een ongunstige concurrentiepositie".

(35) Wanneer die redenering op de luchthavens wordt toegepast, blijkt dat het door ANA ingevoerde stelsel van gedifferentieerde landingsrechten (hogere vergoedingen voor intracommunautaire vluchten) tot gevolg heeft dat ten opzichte van de luchtvaartmaatschappijen ongelijke voorwaarden worden toegepast bij gelijkwaardige prestaties in verband met het landen en opstijgen van vliegtuigen, waarmede hun nadeel bij de mededinging wordt berokkend, hetgeen misbruik van een machtspositie oplevert in de zin van artikel 86, tweede alinea, onder c), van het Verdrag.

Het is duidelijk dat een dergelijk stelsel als rechtstreeks gevolg heeft dat de maatschappijen die vluchten uitvoeren worden benadeeld doordat de kostprijselementen voor de ondernemingen op kunstmatige wijze worden gewijzigd naargelang zij binnenlandse dan wel intracommunautaire verbindingen verzorgen.

(36) Tegen deze tweede inbreuk op het Verdrag voeren de Portugese autoriteiten aan dat deze maatregel ten goede moet komen van vluchten tussen de Azoren en het continent, waarvoor geen enkel alternatief is, en van de continentale binnenlandse vluchten, in verband met de korte afstanden en de daarvoor geldende lage tarieven.

De luchthavens van de Azoren ontvangen slechts voor minder dan 1 % verkeer uit andere lidstaten dan Portugal. Om deze reden is in punt 20 overwogen dat het niet waarschijnlijk is dat de betrokken overheidsmaatregel, voor wat betreft de toepassing van dit stelsel op vluchten bestemd voor

([15]) Zie voetnoot 4.
([16]) Zie voetnoot 11.
([17]) Zie voetnoot 10.
([18]) Zie voetnoot 4.
([19]) Zie punt 34 van de conclusies.

of vertrekkend van de Azoren, de handel tussen lidstaten zal beïnvloeden. Het is derhalve niet nodig om in te gaan op het door de Portugese autoriteiten naarvoren gebrachte argument betreffende de toepassing van dit stelsel op de vluchten bestemd voor of vertrekkend van de Azoren.

(37) Het spreekt echter vanzelf dat, indien zich naar aanleiding van de liberalisering van het luchtverkeer voor de Azoren-archipel op grond van artikel 1, lid 4, van Verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen en tot intracommunautaire luchtroutes ([20]), gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden, per 1 juli 1998 communautair verkeer ([21]) tussen de luchthavens van de Azoren en de overige luchthavens van de Europese Gemeenschap zou ontwikkelen, de betrokken overheidsmaatregel in het licht van artikel 90, lid 1, en artikel 86 van het Verdrag zou kunnen worden beoordeeld.

(38) Met betrekking tot de overige binnenlandse vluchten stellen de Portugese autoriteiten zich op het standpunt dat de daarmee overbrugde afstanden zodanig kort zijn dat het aandeel van de landingsvergoeding in de vervoerskosten te hoog zou zijn. De vergoeding wordt evenwel op basis van het gewicht van het toestel en niet op basis van de afstand berekend.

(39) Indien dit argument zou worden gevolgd, zouden de vluchten van Portugal naar Madrid, Sevilla, Málaga en Santiago eveneens voor de korting in aanmerking moeten komen, aangezien deze steden zich op een afstand bevinden die vergelijkbaar is met die van een binnenlandse vlucht. De factor afstand zou derhalve bij de berekening van de vergoeding een rol moeten spelen.

(40) Dat een onderneming in de positie van ANA ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden toepast bij gelijkwaardige prestaties in verband met vluchten bestemd voor of vertrekkend van de Portugese continentale luchthavens, waarmee hun nadeel bij de mededinging wordt berokkend, vormt een tweede geval van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86, tweede alinea, onder c).

c) **Artikel 90, lid 2**

(41) De Portugese autoriteiten hebben zich ter rechtvaardiging van de invoering en de handhaving van het betrokken kortingsstelsel niet op de uitzondering van artikel 90, lid 2, van het Verdrag beroepen.

(42) De Commissie is overigens van mening dat de toepassing van de mededingingsregels in het onderhavige geval niet in de weg staat aan de aan ANA toevertrouwde bijzondere taak, namelijk die van het onderhoud en de exploitatie van de Portugese luchthavens. De toepassing van de mededingingsregels staat evenmin in de weg aan de bijzondere taak van openbare dienst die aan een luchtvaartmaatschappij zou zijn toevertrouwd. De voorwaarden waaronder een lidstaat openbare dienstverplichtingen met betrekking tot geregelde luchtdiensten binnen de Gemeenschap kan opleggen, zijn in artikel 4 van Verordening (EEG) nr. 2408/92 nauwkeurig vastgelegd.

(43) De uitzondering van artikel 90, lid 2, is derhalve niet van toepassing.

d) **Conclusie**

(44) Uit de voorgaande analyse blijkt dat het door ANA toegepaste stelsel van landingsvergoedingen betekent dat voor eenzelfde dienst, namelijk het gebruik van start- en landingsbanen, taxibanen, parkeerplatforms en naderingsbegeleidingshulpmiddelen, verschillende vergoedingen worden aangerekend naar gelang van het aantal landingen per maand of naar gelang van de herkomst van de vlucht (binnenlands of intracommunautair), zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.

(45) De Commissie is derhalve van oordeel dat de in de overwegingen 1 en 2 bedoelde overheidsmaatregel, voorzover ANA hierbij verplicht wordt het genoemde stelsel toe te passen, een inbreuk vormt op artikel 90, lid 1, van het Verdrag, in samenhang met artikel 86 wat de toepassing van het stelsel op de Portugese continentale luchthavens betreft,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

Het stelsel van landingsvergoedingen en van variabele tarieven naar gelang van de herkomst van de vlucht, dat is ingevoerd uit hoofde van wetsdecreet („decreto-lei") nr. 102/90 van 21 maart 1990, decreet („decreto regulamentar") nr. 38/91 van 29 juli 1991 en ministerieel besluit („portaria") nr. 352/98 van 23 juni 1998, op de luchthavens van, respectievelijk, Lissabon, Porto en Faro, vormt een maatregel die onverenigbaar is met artikel 90, lid 1, van het Verdrag in samenhang met artikel 86 van dat Verdrag.

Artikel 2

Portugal dient de in artikel 1 genoemde inbreuk te beëindigen en de Commissie binnen twee maanden na de kennisgeving van deze beschikking mee te delen welke maatregelen zij daartoe heeft getroffen.

([20]) PB L 240 van 24. 8. 1992, blz. 8.
([21]) Volgens de voor november 1998 in de „Official Airline Guide (OAG)" gepubliceerde dienstregeling is er nog geen rechtstreekse lijnvlucht tussen een luchthaven van de Azoren en een niet-Portugese luchthaven van de Gemeenschap.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot de Portugese Republiek.

Gedaan te Brussel, 10 februari 1999.

Voor de Commissie
Karel VAN MIERT
Lid van de Commissie