



Besluit

Besluit op handhavingsverzoek Norwegian Air met betrekking tot Terminal 1 Schiphol

Ons kenmerk : ACM/UIT/543953
Zaaknummer : ACM/19/037674
Datum : 20 oktober 2020

Samenvatting

Norwegian Air heeft een handhavingsverzoek ingediend tegen Schiphol. Volgens Norwegian Air heeft Schiphol zich bij het investeringsproject Redevelopment Terminal 1 niet gehouden aan een aantal procedureregels uit de Wet Luchtvaart. Daardoor is volgens Norwegian Air haar de kans ontnomen om inspraak te hebben bij dit project.

Specifiek vindt Norwegian Air dat zij bij het vaststellen van de tarieven voor de periode 2019-2021 betrokken had moeten worden bij de consultatie van het investeringsproject Redevelopment Terminal 1. Norwegian Air zou als deelnemer aan de consultatieprocedure niet zijn benaderd door Schiphol toen er een wijziging in de omvang het project heeft plaatsgevonden. Norwegian Air verwijst naar de relevante bepalingen uit de Wet luchtvaart en het Exploitatiebesluit die vereisen dat Schiphol het effect op de kosten van het (gewijzigde) investeringsproject moet aangeven.

Daarnaast vindt Norwegian Air dat met de toevoeging van een tijdelijk gebouw aan het investeringsproject Redevelopment Terminal 1 er sprake is van een nieuw onderdeel waarvoor een projectgroep dient te worden opgericht. Norwegian Air stelt dat de in de Wet luchtvaart geformuleerde 'efficiencyprikkels' ook van toepassing is op het nieuwe onderdeel omdat de geprognosticeerde uitgaven meer dan 20 miljoen euro bedragen.

De ACM concludeert in dit besluit dat Schiphol heeft voldaan aan de relevante bepalingen uit de Wet luchtvaart en het Exploitatiebesluit luchthaven Schiphol. Daarom wijst de ACM het handhavingsverzoek af.

1 Inleiding

1. Op 27 november 2019 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een verzoek ontvangen om handhavend op te treden tegen de Royal Schiphol Group N.V. (hierna: Schiphol).¹ Dit handhavingsverzoek is ingediend door Norwegian Air Shuttle ASA.
2. Norwegian Air Shuttle ASA (hierna: Norwegian Air), is een 'Allmennaksjeselskap' naar Noors recht, statutair gevestigd in Fornebu, Noorwegen.
3. De Royal Schiphol Group N.V. is de exploitant van de luchthaven Schiphol, zoals bedoeld in artikel 8.1b, eerste lid, van de Wet luchtvaart (Wlv), en is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd in Schiphol, gemeente Haarlemmermeer.
4. Norwegian Air verzoekt de ACM om vast te stellen of de in het verzoek genoemde wijzigingen van het "Aviation Development Plan" van de Royal Schiphol Group N.V. (Schiphol) in strijd zijn met de bij of krachtens de Wlv gestelde regels.
5. Het verzoek is aanvankelijk ingediend als aanvraag in de zin van artikel 8.25f, eerste lid van de Wlv. De door Norwegian Air ingediende klachten kunnen echter geen onderdeel zijn van een aanvraag in de zin van artikel 8.25f, eerste lid, van de Wlv. De ACM beschouwt de aanvraag van Norwegian Air derhalve als een handhavingsverzoek (zie paragraaf 4.1).
6. De opbouw van dit besluit is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt het handhavingsverzoek en de reactie van Schiphol hierop beschreven. Hoofdstuk 3 beschrijft het relevante juridische kader. In hoofdstuk 4 volgt de beoordeling van het handhavingsverzoek door de ACM. Het besluit sluit af met het dictum (hoofdstuk 5).

2 Het handhavingsverzoek

2.1 Algemeen

7. Het handhavingsverzoek van Norwegian Air valt uiteen in twee onderwerpen. Enerzijds ziet het verzoek op de consultatie van het project Redevelopment Terminal 1 (hierna: het project) bij het vaststellen van de tarieven voor de periode 2019-2021 (paragraaf 2.2). Het project Redevelopment Terminal 1 betreft o.a. het verplaatsen van het security filter in Vertrekhal 1 naar een mezzanine, het uitbreiden van het aantal security lanes en het creëren van meer ruimte voor check-in, wachtruimte flow- en loungegebied.
8. Anderzijds ziet het verzoek op het ontbreken van een investeringsprojectgroep bij dit project, zoals bedoeld in artikel 8.25df van de Wlv (paragraaf 2.3). Voor alle projecten die onder de efficiëntieprikkels vallen dient Schiphol een projectgroep op te richten. De

¹ Kenmerk: ACM/IN/445804.

efficiëntieprikkel heeft betrekking op nieuwe investeringsprojecten die geheel of voor een deel ten behoeve van de luchtvaartactiviteiten worden gepleegd en waarvan de geprognosticeerde uitgaven meer dan 20 miljoen euro bedragen. Voor de onder efficiëntieprikkel vallende investeringsprojecten consulteert Schiphol de raming en de functionele specificaties van het investeringsproject. Na afloop van de consultatie stelt Schiphol de functionele specificaties vast en kan er met de tendering of gunning worden gestart.

9. Per onderwerp zullen in de navolgende paragrafen de inhoud van het handhavingsverzoek en de reactie van Schiphol hierop worden weergegeven.

2.2 Het ontbreken van consultatie van het project Redevelopment Terminal 1

Handhavingsverzoek

10. Norwegian Air wijst erop dat artikel 8.25de, derde lid, van de Wlv vereist dat Schiphol bij de vaststelling van het vijfjarige investeringsprogramma (het Airport Development Plan, hierna: ADP) de zienswijzen van gebruikers betreft. Tijdens een vergadering op 5 september 2019 waarbij Schiphol een update gaf over het investeringsprogramma meldde Schiphol de gebruikers dat de totale geprognosticeerde uitgaven voor het ADP 2019 gestegen waren van € [vertrouwelijk], zoals per 31 oktober 2018 was vastgesteld, naar € [vertrouwelijk]. Deze toename is vooral toe te schrijven aan de projecten Redevelopment Terminal 1 en Pier A.
11. Norwegian Air merkt op dat er een significante wijziging in de omvang van Redevelopment Terminal 1 heeft plaatsgevonden. Deze wijziging heeft geresulteerd in een aanzienlijke toename in de uitgaven (van € [vertrouwelijk] in oktober 2018 tot € [vertrouwelijk]). De toename wordt veroorzaakt door de bouw van een tijdelijk *security filter* in een nieuw gebouw. Daarbij heeft Schiphol aan Norwegian Air toegelicht dat de security en check-in capaciteit voor Terminal 1 onvoldoende is gebleken (en lager dan Terminals 2 en 3) en dat de kwaliteit in Lounge 1 afneemt. Schiphol gaf daarbij volgens Norwegian Air aan dat de investering in dit gebouw niet was voorzien in het oorspronkelijke voorstel in het ADP.
12. Schiphol heeft tijdens voornoemde vergadering van 5 september 2019 aan Norwegian Air medegedeeld dat de bouw van dit nieuwe gebouw in januari 2019 is begonnen. Dit is ruim twee maanden nadat het ADP is vastgesteld. Dit betekent volgens Norwegian Air dat de voorbereidende activiteiten voor de bouw al tegen het eind van 2018 hebben moeten plaatsvinden. Zij stelt dat deze activiteiten hebben plaatsgevonden zonder enige consultatie van de gebruikers. Norwegian Air beschouwt dit in strijd met de consultatieverplichtingen van de Wlv en het Exploitatiebesluit). Meer specifiek verwijst Norwegian Air naar artikel 8.25de, derde lid van de Wlv en artikel 16 van het Exploitatiebesluit, dat vereist dat Schiphol het effect op de kosten van het (gewijzigde) investeringsprogramma moet aangeven. Het is Norwegian Air niet bekend wat het effect van de kostenverhoging op de tarieven zal zijn.
13. Schiphol heeft tijdens de vergadering van 5 september 2019 volgens Norwegian Air aangegeven dat tot de bouw van het nieuwe gebouw is besloten na besprekingen met de 'meest betrokken' luchtvaartmaatschappijen. Schiphol heeft echter niet

gespecificeerd welke luchtvaartmaatschappijen dit betrof en waarom zij slechts deze luchtvaartmaatschappijen heeft betrokken. Het effect van de kosten op de tarieven is immers relevant voor alle gebruikers. Norwegian Air is niet door Schiphol benaderd, ondanks dat zij deelnemer is aan de consultatieprocedure.

Zienswijze Schiphol²

14. Schiphol betoogt dat geen handhavingsverzoeken zouden moeten kunnen worden ingediend over kwesties die al aan de orde zijn geweest bij een toetsing door de ACM op grond van artikel 8.25f van de Wlv, of daarin aan de orde gesteld hadden kunnen worden. Zij wijst erop dat het betoog van Norwegian Air dat Schiphol artikel 16, tweede lid, van het Exploitatiebesluit niet zou hebben nageleefd, een klacht is over het consultatieproces van de tarieven 2019-2021 en het investeringsplan 2019-2023. Dit proces heeft al in 2018 plaatsgevonden en de ACM heeft hierover al een beslissing genomen op 27 juni 2019.
15. In tegenstelling tot wat Norwegian Air betoogt, is het project Redevelopment Terminal 1, inclusief de tijdelijke extra security capaciteit, onderdeel geweest van de consultatie van het investeringsprogramma 2019-2023 in september 2018, die op grond van artikel 8.25de, tweede lid van de Wlv is uitgevoerd. Schiphol verwijst hiervoor naar pagina 77 van het ADP dat per 31 oktober 2018 is vastgesteld.³ In het ADP is beschreven op welke wijze de tijdelijke extra security capaciteit die nodig was om het project te realiseren zal worden ingevuld, namelijk door een tijdelijk security filter op het Cockpitplein.
16. Schiphol geeft aan dat het tijdelijke security filter bovendien is vermeld op slide 4 van haar presentatie van 30 augustus 2018, die betrekking had op het vierkante meter toerekeningsproces van Terminal 2019-2021. Daarbij heeft Schiphol ook de uitkomsten van het toerekeningsproces⁴ toegelicht aan onder meer Norwegian Air.⁵ Norwegian Air is in de gelegenheid gesteld om een zienswijze hierover in te dienen, maar heeft dat op dit punt niet gedaan. Schiphol verwijst hiervoor naar de zienswijze van Norwegian Air op het geconsulteerde tariefvoorstel 2019-2021 en het investeringsplan 2019-2023 van oktober 2018.⁶
17. Schiphol voegt toe dat het besluit om de tijdelijke extra security capaciteit in een apart gebouw op het Cockpitplein te realiseren al was genomen ten tijde van de consultatie in 2018. Dit besluit was op dat moment passend binnen de scope en de totale financiële omvang (het zogenaamde 'End Of Project', hierna: EOP) van het project. Tijdens de uitwerking en de bouw van deze oplossing in 2019 is gebleken dat de kosten hiervoor € **[vertrouwelijk]** hoger zouden gaan uitvallen dan voorzien. Vervolgens constateerde Schiphol dat deze verhoging, gezamenlijk met andere factoren van verhogingen, niet meer zouden passen binnen de toenmalige EOP. Daarop heeft een verhoging van het EOP van het project plaatsgevonden. Al deze oorzaken zijn in mei 2019 al

² Kenmerk ACM/IN/462357.

³ Kenmerk ACM/IN/462357, Aviation Development Plan 2019-2023, september 2018.

⁴ Dit betreft de toerekening van vierkante meters aan de gebruikers (aviation en non-aviation gebruikers).

⁵ Kenmerk ACM/IN/462357, M2 allocation process Terminal 2019-2021, 30 augustus 2018.

⁶ Kenmerk ACM/IN/462357, Zienswijze Norwegian Air tariefvoorstel 2019-2021 en investeringsplan 2019-2023, oktober 2018

aangekondigd aan gebruikers, en vervolgens in het overleg van 5 september 2019 toegelicht. Daarbij heeft Schiphol ook het bijgestelde EOP gedeeld met gebruikers. Schiphol verwijst naar de notulen van de vergadering van 5 september 2019 over de update van de investeringen.⁷ Hiermee heeft Schiphol ook voldaan aan haar verplichtingen op grond van artikel 16, derde lid, van het Exploitatiebesluit, dat bepaalt dat Schiphol gebruikers jaarlijks moet informeren over de voortgang van het investeringsprogramma.

18. Schiphol concludeert derhalve dat de klacht van Norwegian Air over de vaststelling van het investeringsprogramma 2019-2021 niet-ontvankelijk is, dan wel ongegrond is. Voor wat betreft de verplichting op grond van artikel 16, derde lid, van het Exploitatiebesluit meent Schiphol dat zij aan haar verplichtingen heeft voldaan, zodat ook dat onderdeel ongegrond dient te worden verklaard.

2.3 Het ontbreken van een projectgroep efficiëntieprikkel maatregel

Handhavingsverzoek

19. Tijdens de vergadering van 5 september 2019 over de update van de investeringen en de consultatiebijeenkomst van 19 september 2019 heeft Schiphol volgens Norwegian Air aangegeven dat de bouw van het nieuwe gebouw deel uitmaakt van het bredere Terminal 1 project waarvan de raming en de functionele specificaties waren vastgesteld vóór 1 oktober 2017. Onder verwijzing naar het overgangsrecht van de Wet luchtvaart stelt Schiphol dat voor dit project geen efficiëntieprikkel projectgroep hoeft te worden opgericht, ondanks dat de grens van € 20 miljoen wordt overschreden.
20. Norwegian Air bestrijdt de benadering van Schiphol. Volgens het overgangsrecht van artikel 12.6a, vijfde lid van de Wlv (hierna: het overgangsrecht) zijn de bepalingen van de nieuwe Wlv ten aanzien van investeringsprojecten en de daarbij behorende efficiëntieprikkel van toepassing als de raming en de functionele specificaties van een investeringsproject (of een onderdeel daarvan) op of na 1 oktober 2017 zijn vastgesteld,. Het overgangsrecht bepaalt dat artikel 8.25df slechts van toepassing is op investeringsprojecten of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, waarvan de in artikel 8.25df, tweede lid, van de Wlv bedoelde vaststelling van de raming en functionele specificaties plaatsvindt ten minste drie maanden na inwerkingtreding van de Wlv.
21. Volgens Norwegian Air is het overgangsrecht niet van toepassing op het nieuwe gebouw. Norwegian Air stelt dat dit gebouw was goedgekeurd en opgestart door Schiphol na de vaststelling van het ADP van 31 oktober 2018. Het gebouw was dus geen onderdeel van de raming en de functionele specificaties volgens de artikelen 8.25f en 8.25e, zevende lid, van de Wlv en de artikelen 17 tot en met 19 van het Exploitatiebesluit.
22. Gegeven het belang van dit project waarvan de kosten gerelateerd aan Terminal 1 bijna verdubbeld zijn, zou elke andere interpretatie volgens Norwegian Air geen recht doen aan de consultatie- en transparantieplichtingen van de Wlv.

⁷ Kenmerk ACM/IN/462357, Outtake update investment plan 2019, 5 september 2019.

23. Daarom verzoekt Norwegian Air de ACM om de kosten die gerelateerd zijn aan de bouw van het nieuwe gebouw in Terminal 1 uit te sluiten van de kosten van aviation en security en uit te sluiten van enige toekomstige verrekening.

Zienswijze Schiphol

24. Het project Redevelopment Terminal 1 is gestart in 2016. De ruwbouw (op basis van een schetsontwerp) en de vaststelling van de corresponderende functionele specificaties hebben voor 1 oktober 2017 plaatsgevonden. Daarom is op dit project het overgangsrecht van toepassing. Schiphol verwijst hiervoor naar een brief die zij op 28 januari 2019 aan de ACM heeft gestuurd in het kader van een door de ACM uitgevoerd ambtshalve onderzoek.⁸ Het moeten leveren van extra security capaciteit om dit project te kunnen realiseren, is een tijdelijke maatregel die integraal onderdeel uitmaakt van dit project. Deze tijdelijke maatregel voor extra security capaciteit was vanaf het schetsontwerp (vóór 1 oktober 2017) al onderkend en onderdeel van dit project. De nadere uitwerking van de extra security capaciteit in een apart gebouw betreft geen (en ook geen gedeeltelijke) herziening van de vastgestelde functionele specificaties, maar is een nadere detaillering van het schetsontwerp naar een voorlopig ontwerp. Schiphol merkt nogmaals op dat deze detaillering ook al genoemd is in het investeringsprogramma 2019-2023 dat in 2018 is geconsulteerd.
25. Het project valt volgens Schiphol onverkort onder het overgangsrecht en dus is de efficiëncyprikkel maatregel niet van toepassing. Schiphol merkt overigens op dat deze tijdelijke extra security capaciteit - anders dan Norwegian Air stelt - een realisatie heeft van minder dan € 20 miljoen.
26. Schiphol wijst er hierbij op dat de kosten voor dit project, zoals voorzien in 2018, zijn opgenomen in de tarieven vanaf het moment van ingebruikname. De verhoging van de EOP van dit project, die in 2019 duidelijk is geworden, is hier geen onderdeel van en zal via verrekeningen in de toekomstige tarieven worden verwerkt.
27. Schiphol wijst erop dat duidelijk is dat de relevante wet- en regelgeving ten aanzien van de efficiëncyprikkel maatregel is nageleefd en dat het handhavingsverzoek daarmee eenvoudig kan worden afgedaan.
28. Op grond van het voorgaande is Schiphol van mening dat dit handhavingsverzoek, voor zover ontvankelijk, elke grond mist en daarom door ACM per ommeegaande kan worden afgewezen.

3 Juridisch kader

29. Op grond van artikel 11.14a van de Wlv is de ACM onder andere belast met het toezicht op de naleving van hetgeen bij of krachtens de artikelen 8.25d tot en met 8.25h van de Wlv bepaald. Uit artikel 11.24 van de Wlv volgt dat ingeval van overtreding van onder meer de artikelen 8.25de en 8.25df van de Wlv hoofdstuk 7, de Mededingingswet van overeenkomstige toepassing is, met uitzondering van artikel 58a van die wet.

⁸ Kenmerk ACM/IN/462357, Reactie Schiphol op aanvullende vragen ACM over efficiëncieprikkel investeringen, 28 januari 2019.

Overgangsrecht

30. Artikel 12.6a, vijfde lid van de Wlv bepaalt dat artikel 8.25df van de Wlv slechts van toepassing is op investeringsprojecten of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, waarvan de in artikel 8.25df, tweede lid, bedoelde vaststelling van de raming en functionele specificaties plaatsvindt ten minste drie maanden na inwerkingtreding van de in het eerste lid genoemde wet. De in het eerste lid genoemde wet is in werking getreden op 1 juli 2017.⁹

3.1 Vaststelling van het investeringsprogramma

31. Op grond van artikel 8.25de, eerste lid, van de Wlv stelt de exploitant van de luchthaven eenmaal per drie jaar een vijfjarig investeringsprogramma vast, betreffende de activiteiten van de exploitant ten behoeve van het gebruik van de luchthaven door gebruikers, voorafgaande aan de periode waarop het vijfjarige investeringsprogramma betrekking heeft. De in het vierde en vijfde jaar van het investeringsprogramma geplande investeringen zijn indicatief van aard.
32. Artikel 8.25de, tweede lid, van de Wlv bepaalt dat de exploitant van de luchthaven voor aanvang van het boekjaar waarin de in artikel 8.25d, eerste lid, bedoelde tarieven en voorwaarden in werking treden, mededeling doet ter zake van de vaststelling van het in het eerste lid bedoelde vijfjarige investeringsprogramma.
33. Op grond van artikel 16, derde lid van het Exploitatiebesluit moet Schiphol gebruikers jaarlijks informeren over de voortgang van het investeringsprogramma. Dit moet Schiphol uiterlijk op hetzelfde tijdstip doen als waarop hij de in artikel 8.25e, tweede lid, van de wet bedoelde mededeling doet.

3.2 Investeringsprojecten

34. Een investeringsproject is op grond van artikel 8.1b, eerste lid van de Wlv, het samenhangende geheel van diensten, leveringen dan wel werken, die als zodanig zijn opgenomen in het in artikel 8.25de bedoelde investeringsprogramma, waarvan de uitgaven voor luchtvaartactiviteiten het bedrag van 20 miljoen euro overschrijden.¹⁰
35. Op grond van artikel 8.25df, eerste lid van de Wlv moet Schiphol voor aanvang van elk investeringsproject of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, die gebruikers en representatieve organisaties raadplegen die hebben aangegeven deel te willen nemen in een specifiek voor dit investeringsproject opgerichte projectgroep.
36. Op grond van het tweede lid van artikel 8.25df Wlv, stelt de luchthaven voor elk investeringsproject, voorafgaande aan de start van de aanbesteding van dat

⁹ Stb. 2017, 188.

¹⁰ Artikel 1, tweede lid van het Exploitatiebesluit bepaalt dat het in artikel 8.1b, eerste lid, van de Wlv, bedoelde bedrag voor een investeringsproject 20 miljoen euro is.

investeringsproject of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, in ieder geval een raming en de daarbij behorende functionele specificaties vast en deelt deze mede aan de gebruikers en de representatieve organisaties die deelnemen in de in het eerste lid bedoelde projectgroep. De functionele specificaties betreffen de eisen die met het oog op toekomstig gebruik worden gesteld aan een te realiseren investeringsproject of onderdelen daarvan, geformuleerd in kwantitatieve prestaties, zo mogelijk aangevuld met kwantitatieve en kwalitatieve eigenschappen. Op grond van het derde lid van dit artikel betreft de luchthaven bij de vaststelling van de raming en de daarbij behorende functionele specificaties van elk investeringsproject, of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, de zienswijzen van gebruikers en representatieve organisaties die deelnemen aan de projectgroep.

37. Op grond van artikel 8.25df, vierde lid van de Wlv doet de luchthaven voor aanvang van de realisatiefase van elk investeringsproject, of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, aan de leden van de projectgroep mededeling van de vaststelling van de omvang van de investeringsbegroting en de functionele specificaties van dat investeringsproject.
38. Op grond van het zesde lid van artikel 8.25df van de Wlv, is in geval van wijziging van de in het vierde lid, bedoelde functionele specificaties, in de periode vanaf de aanvang van de realisatiefase tot het moment van afronding van de realisatiefase, het eerste tot en met vijfde lid van overeenkomstige toepassing.

4 Beoordeling

4.1 Ontvankelijkheid

Procedures artikel 8.25f, eerste lid, van de Wlv en artikel 8.25fa, eerste lid van de Wlv

39. Het handhavingsverzoek is in eerste instantie ingediend als aanvraag in de zin van artikel 8.25f, eerste lid van de Wlv. Bij brief van 11 december 2019 heeft de ACM Norwegian Air geïnformeerd dat de onderhavige klachten geen onderdeel kunnen zijn van een aanvraag in de zin van artikel 8.25f, eerste lid, van de Wlv.¹¹ Daartoe heeft de ACM overwogen dat klachten over het investeringsprogramma 2019-2023 reeds aan de orde zijn gekomen in het kader van beoordeling van tarieven en voorwaarden die de exploitant heeft vastgesteld op 31 oktober 2018, om van kracht te worden per 1 april 2019.
40. De ACM heeft in deze brief verder overwogen dat voor klachten over individuele investeringsprojecten als bedoeld in artikel 8.1b, eerste lid, van de Wlv of elk afzonderlijk onderdeel daarvan een aparte procedure geldt (artikel 8.25fa van de Wlv). Deze klachtprocedure geldt voor deelnemers aan de voor het investeringsproject opgerichte projectgroep. In de aanvraag stelt Norwegian Air dat deze projectgroep niet is opgericht, zodat de procedure van artikel 8.25fa van de Wlv hierop ook niet van toepassing is. De ACM beschouwt de klacht betreffende het ontbreken van consultatie van het project Redevelopment Terminal 1 en het ontbreken van een projectgroep

¹¹ Brief met kenmerk ACM/UIT/524560.

efficiëntieprikkel maatregel als een handhavingsverzoek en neemt deze als zodanig in behandeling.

41. Om die reden heeft de ACM de beoordeling van deze onderdelen van de klachten buiten haar besluit van 16 maart 2020 (kenmerk: ACM/UIT/526049) gehouden.

Belanghebbende

42. De ACM stelt vast dat Norwegian Air gebruiker is in de zin van artikel 8.1b, eerste lid, van de Wlv, te weten een luchtvaartmaatschappij. Zij is bij het gebruik van de luchthaven gehouden tot betaling van de tarieven als bedoeld in artikel 8.25d van de Wlv. Daarom kwalificeert Norwegian Air als belanghebbende bij dit besluit.

4.2 Beoordeling van het handhavingsverzoek

43. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM de gronden van Norwegian Air. De ACM beoordeelt achtereenvolgens de klacht over de consultatie van het project Redevelopment Terminal 1 bij het vaststellen van de tarieven voor de periode 2019-2021 (paragraaf 4.2.1) en het ontbreken van de investeringsprojectgroep, zoals vereist op grond van artikel 8.25df van de Wlv (paragraaf 4.2.2).

4.2.1 Het ontbreken van consultatie van het project Redevelopment Terminal 1

Artikel 8.25de, derde lid, van de Wlv

44. De ACM volgt Schiphol in haar standpunt dat geen handhavingsverzoek kan worden ingediend over onderwerpen die al in een eerdere procedure op grond van artikel 8.25f, eerste lid, van de Wlv aan de orde hadden kunnen worden gesteld. Hierover overweegt de ACM als volgt.
45. De procedure van artikel 8.25f Wlv is afwijkend van een procedure naar aanleiding van een aanvraag om handhavend op te treden. De procedure gaat uit van een termijn van vier weken na vaststelling van de driejarige tarieven en voorwaarden en het vijfjarig investeringsprogramma door Schiphol, waarbinnen een in het eerste lid bedoelde aanvraag kan worden ingediend. De procedure van artikel 8.25f Wlv is zodanig ingericht dat de ACM zoveel mogelijk vóór de inwerkingtreding van de driejarige tarieven en voorwaarden en het vijfjarig investeringsprogramma een beslissing kan nemen op de aanvraag.¹² De termijnen dienen het belang van rechtszekerheid voor zowel Schiphol als gebruikers.¹³ In dit systeem past in beginsel geen mogelijkheid om na afloop van de vier weken termijn als bedoeld in het eerste lid van artikel 8.25f Wlv nog een handhavingsverzoek te kunnen indienen over de in dit artikel genoemde onderwerpen, waaronder het vijfjarig investeringsprogramma.

¹² Als gevolg van een aanvraag in de zin van artikel 8.25f, eerste lid van de Wlv wordt de inwerkingtreding van de tarieven en voorwaarden van rechtswege opgeschort. De ACM neemt vervolgens binnen vier weken een besluit omtrent de instandhouding van deze opschorting. Binnen vier maanden na indienen van de aanvraag neemt de ACM een besluit op de aanvraag. Deze termijn kan slechts in uitzonderlijke gevallen met maximaal twee maanden worden verlengd.

¹³ Kamerstukken II 2001–2002, 28 074, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 11.

46. Het vijfjarig investeringsprogramma is op 31 oktober 2018 vastgesteld. Klachten die buiten de termijn worden ingediend, zijn gelet op het voorgaande naar het oordeel van de ACM in beginsel niet-ontvankelijk.
47. De klacht van Norwegian Air houdt in dat Schiphol zou hebben verzuimd de bouw van een tijdelijk security filter in een nieuw gebouw in de consultatie van het ADP 2019-2021 mee te nemen. De ACM overweegt dat als dit inderdaad het geval zou zijn, dat Norwegian Air dan moeilijk verweten zou kunnen worden dat zij niet op dit onderwerp is ingegaan in haar aanvraag op grond van artikel 8.25f, eerste lid, van de Wlv. Dit feit zou voor haar immers pas na afloop van de termijn voor het indienen van de aanvraag kenbaar zijn geweest. Daarom heeft de ACM allereerst onderzocht of de bewering klopt dat Schiphol de bouw van een tijdelijk security filter niet heeft opgenomen in het ADP 2019-2021.
48. Schiphol stelt dat het project Redevelopment Terminal 1, inclusief de tijdelijke extra security capaciteit, onderdeel is geweest van de consultatie van het investeringsprogramma 2019-2023 in september 2018, op grond van artikel 8.25de, tweede lid van de Wlv. Schiphol verwijst hiervoor naar pagina 77 van het ADP dat per 31 oktober 2018 is vastgesteld (hierna: ADP 2019)¹⁴ en naar slide 4 van de presentatie van 30 augustus 2018, die betrekking had op het vierkante meter toerekeningsproces van Terminal 2019-2021.¹⁵
49. Op slide 77 van het ADP 2019 is het volgende opgenomen: *“During construction of the Mezzanine, approx. [vertrouwelijk] security lanes have to be closed down. To compensate this [vertrouwelijk] lanes a temporary security filter will be built at Cockpitplein. This new built area will accommodate [vertrouwelijk] lanes during the realization of the mezzanine.”* Daarnaast blijkt uit slide 4 van de presentatie van 30 augustus 2018 het volgende: *“Disclaimer: Based on the review of the ADP of 28th August 2018, 1 project will be added to the ‘projects’ in scope at 1 July 2020’ (Temporary security filter in departure hall 1). The m2 of this project has not yet been included in this presentation. The impact (only applicable for 2021) will be included in the charges proposal of 14 September 2018. This will increase the allocation of security.”* Hieruit blijkt naar het oordeel van de ACM dat (in tegenstelling tot hetgeen Norwegian Air stelt) het bouwen van een tijdelijk security filter wel degelijk deel uitmaakte van het vastgestelde ADP 2019.
50. Gelet op het voorgaande is het handhavingsverzoek naar het oordeel van de ACM niet-ontvankelijk, voor zover het de stelling betreft dat Schiphol het tijdelijke security filter niet heeft opgenomen in het ADP 2019. Klachten naar aanleiding van (de consultatie van) het ADP 2019 konden uiterlijk op 28 november 2018 bij de ACM worden ingediend. De onderhavige aanvraag is pas op 28 november 2019, en derhalve niet tijdig ingediend. Daarmee ziet de ACM geen grond om dit onderdeel van de klacht verder te onderzoeken.
51. In het navolgende zal de ACM beoordelen of Schiphol heeft voldaan aan haar verplichting op grond van artikel 16, derde lid, van het Exploitatiebesluit.

¹⁴ Kenmerk ACM/IN/462357, Aviation Development Plan 2019-2023, september 2018.

¹⁵ Kenmerk ACM/IN/462357, M2 allocation process Terminal 2019-2021, 30 augustus 2018.

Artikel 16, derde lid, van het Exploitatiebesluit

52. Op grond van artikel 16, derde lid, van het Exploitatiebesluit moet Schiphol gebruikers en representatieve organisaties jaarlijks informeren over de voortgang van het investeringsprogramma. Dit moet Schiphol doen, uiterlijk op hetzelfde tijdstip als waarop zij de aangepaste tarieven en voorwaarden vaststelt (de in artikel 8.25e, tweede lid, van de Wlv bedoelde mededeling). In de praktijk betekent dit dat Schiphol gebruikers uiterlijk op 31 oktober 2019 heeft moeten informeren over de voortgang van het investeringsprogramma.
53. De klacht van Norwegian Air is dat Schiphol pas tijdens de vergadering van 5 september 2019 over de update van de investeringen heeft gemeld dat de totale uitgaven voor het ADP 2019 gestegen waren van € **[vertrouwelijk]** naar € **[vertrouwelijk]**.
54. De ACM stelt vast dat Schiphol gebruikers op 5 september 2019 heeft geïnformeerd over de updates van de investeringen, inclusief het project Redevelopment Terminal 1.¹⁶ Schiphol heeft dit dus gedaan voordat zij de in artikel 8.25e, tweede lid van de Wlv bedoelde mededeling heeft gedaan. Schiphol heeft hiermee tijdig aan deze verplichting voldaan.
55. Norwegian Air stelt dat Schiphol niet heeft toegelicht wat het effect van de kostenverhoging op de tarieven zal zijn. Deze verplichting volgt echter niet uit artikel 16, derde lid van het Exploitatiebesluit. Op grond van dit artikel moet Schiphol gebruikers informeren over de voortgang van het investeringsprogramma. In het voorgaande randnummer heeft de ACM vastgesteld dat Schiphol dit tijdig heeft gedaan.
56. Gelet op het voorgaande is de ACM niet gebleken dat Schiphol in strijd heeft gehandeld met artikel 16, derde lid van het Exploitatiebesluit.
57. Nu de ACM geen overtreding van artikel 8.25de, derde lid van de Wlv of artikel 16, derde lid, van het Exploitatiebesluit heeft vastgesteld wijst zij het handhavingsverzoek op deze onderdelen af.

4.2.2 Het ontbreken van een projectgroep efficiëntieprikkels maatregel

Het handhavingsverzoek op dit onderdeel

58. Norwegian Air stelt dat het overgangsrecht van artikel 12.6a van de Wlv niet van toepassing is op een nieuw gebouw dat onderdeel uitmaakt van Redevelopment Terminal 1 en dat de bouw daarvan door Schiphol is goedgekeurd en opgestart na vaststelling van het Airport Development Plan van 31 oktober 2018. Het gebouw was volgens Norwegian Air geen onderdeel van de raming en de functionele specificaties volgens de artikelen 8.25f en 8.25e, zevende lid, van de Wlv en de artikelen 17 tot en met 19 van het Exploitatiebesluit.

¹⁶ Kenmerk ACM/IN/462357, Outtake update investment plan 2019, 5 september 2019, p. 2.

59. Gegeven het belang van het investeringsproject Redevelopment Terminal 1 waarvan de kosten bijna verdubbeld zijn, zou volgens Norwegian Air elke andere interpretatie geen recht doen aan de consultatie- en transparantieplichtingen van de Wet luchtvaart.

Juridisch kader

60. Artikel 8.1b van de Wlv definieert als investeringsproject: het samenhangende geheel van diensten, leveringen dan wel werken, die als zodanig zijn opgenomen in het in artikel 8.25de bedoelde investeringsprogramma, waarvan de uitgaven voor luchtvaartactiviteiten een bedrag van 20 miljoen euro overschrijden (bedrag in artikel 1, tweede lid van het Exploitatiebesluit).
61. Artikel 8.25df van de Wlv is bij Wet van 22 juni 2016¹⁷ nieuw in de wet gekomen en in werking getreden met ingang van 1 juli 2017. Hiermee is een systeem van efficiëntieprikkels ingevoerd. De nadere uitwerking van efficiëntieprikkels vindt plaats in artikel 8.25df (efficiëntieprikkels op investeringsprojecten), in artikel 8.25dg (verrekeningen) en in artikel 8.25fa (procestoets Autoriteit Consument en Markt op de raadpleging inzake investeringsprojecten). Artikel 8.25df heeft betrekking op de consultatie van investeringsprojecten (en de bijbehorende efficiëntieprikkels). Op grond van het eerste lid van artikel 8.25df raadpleegt de exploitant van de luchthaven voor elk investeringsproject of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, die gebruikers en representatieve organisaties, die hebben aangegeven deel te willen nemen in een specifiek voor dit investeringsproject opgerichte projectgroep.
62. Op grond van het zesde lid van artikel 8.25df van de Wlv, is in geval van wijziging van de in het vierde lid, bedoelde functionele specificaties, in de periode vanaf de aanvang van de realisatiefase tot het moment van afronding van de realisatiefase, het eerste tot en met vijfde lid van overeenkomstige toepassing.
63. Het vijfde lid van overgangartikel 12.6a van de Wlv stelt: “Artikel 8.25df is slechts van toepassing op investeringsprojecten of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, waarvan de in artikel 8.25df, tweede lid, bedoelde vaststelling van de raming en functionele specificaties plaatsvindt ten minste drie maanden na inwerkingtreding van de in het eerste lid genoemde wet” (inwerkingtreding 1 juli 2017, overgangstermijn eindigt op 30 september 2017).
64. Functionele specificaties beschrijven een project in specifiek op dat betreffende project toegespitste kwantitatieve output termen.¹⁸ Bij functionele eisen wordt dus omschreven wat het beoogde resultaat of de te leveren prestatie is.

Beoordeling

I. Valt Redevelopment Terminal 1 onder het overgangsrecht?

65. Allereerst beoordeelt de ACM of het investeringsproject Redevelopment Terminal 1 als zodanig onder het overgangsrecht valt. Op grond van het overgangartikel is artikel

¹⁷ Stb. 2016, 272.

¹⁸ Kamerstukken II 2001–2002, 28 074, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 19.

8.25df van de Wlv slechts van toepassing op investeringsprojecten of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, waarvan de in artikel 8.25df, tweede lid, van de Wlv bedoelde vaststelling van de raming en functionele specificaties plaats hebben gevonden op of na 1 oktober 2017.

66. Schiphol heeft in een brief aan de ACM toegelicht dat de raming en de functionele specificaties van het investeringsproject Redevelopment Terminal 1 vóór 1 oktober 2017 zijn vastgesteld.¹⁹ Het investeringsproject was gestart in 2016. De vraagspecificatie voor het ontwerp was goedgekeurd door de project Board op 13 juli 2017. Op 21 september 2017 is de aanbesteding van het ontwerp gestart op Tenderned. Aangezien de ontwerporder evenals de functionele specificaties vóór 1 oktober 2017 in opdracht zijn gegeven, respectievelijk vastgesteld, valt dit project naar het oordeel van de ACM onder het overgangsrecht en is de efficiëntieprikkel maatregel niet van toepassing.

Conclusie

67. De ACM volgt Schiphol in haar standpunt dat de overgangsmaatregel van artikel 12.6a, vijfde lid, Wlv van toepassing is op het project Redevelopment Terminal 1 als zodanig.

II. *Moet de ACM vaststellen of er sprake is van wijziging van de functionele specificaties?*

68. Op grond van het zesde lid van artikel 8.25df van de Wlv, is in geval van wijziging van de in het vierde lid bedoelde functionele specificaties, in de periode vanaf de aanvang van de realisatiefase tot het moment van afronding van de realisatiefase, het eerste tot en met vijfde lid van overeenkomstige toepassing.
69. Artikel 8.25df van de Wlv is echter volgens het vijfde lid van overgangsartikel 12.6a van de Wlv slechts van toepassing op investeringsprojecten of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, waarvan de in artikel 8.25df, tweede lid, van de Wlv bedoelde vaststelling van de raming en functionele specificaties plaats hebben gevonden vanaf 1 oktober 2017. De Memorie van Toelichting bij het overgangsartikel geeft aan dat op het moment van inwerkingtreding sprake kan zijn van een aantal investeringsprojecten of afzonderlijke onderdelen daarvan waarvan de aanbesteding of de realisatie al is gestart. Het is belangrijk om als onderdeel van het overgangsrecht de mogelijke toepasselijkheid van het systeem van efficiëntieprikkels op deze investeringsprojecten vast te leggen. Daarom is in het overgangsartikel opgenomen dat de nieuwe bepalingen alleen van toepassing zijn op de investeringsprojecten waarvoor de aanbesteding of realisatiefase minimaal drie maanden na het moment van de inwerkingtreding van de wet aanvangt.
70. Functionele specificaties beschrijven een project in specifiek op dat betreffende project toegespitste kwantitatieve output termen. De functionele specificaties beschrijven de functies die het product of de dienst moet vervullen voor de gebruiker, ofwel: wat moet het product doen? Functionele specificaties zeggen niets over “hoe” deze behoefte moet worden gerealiseerd. De functionele specificaties zijn veelal algemeen, kort en bondig.

¹⁹ Kenmerk ACM/IN/462357, bijlage 4, p.8.

71. Op grond van het zesde lid van artikel 8.25df van de Wlv, is in geval van wijziging van de in het vierde lid, bedoelde functionele specificaties, in de periode vanaf de aanvang van de realisatiefase tot het moment van afronding van de realisatiefase, het eerste tot en met vijfde lid van overeenkomstige toepassing.
72. In randnummer 66 heeft de ACM geconcludeerd dat het investeringsproject Redevelopment Terminal 1 onder het overgangsrecht valt. Artikel 8.25df van de Wlv is daarom niet van toepassing op dit investeringsproject. Dit betekent dat ook het zesde lid van dit artikel daarop niet van toepassing is.

Conclusie

73. Ook in het geval dat de functionele specificaties in de periode vanaf de aanvang van de realisatiefase tot het moment van afronding van de realisatiefase zouden wijzigen, rust op Schiphol niet de verplichting om het investeringsproject Redevelopment Terminal 1 alsnog te consulteren.
- III. *Is er sprake van een nieuw onderdeel in het investeringsproject?*
74. Tot slot rest de vraag of er sprake is van een nieuw onderdeel in het investeringsproject Redevelopment Terminal 1 en of dat op grond van artikel 12.6a, vijfde lid van de Wlv, geconsulteerd had moeten worden als bedoeld in artikel 8.25df Wlv.
 75. Bij de initiële vaststelling van de functionele specificaties was er in het investeringsproject nog geen sprake van een tijdelijk gebouw (op het Cockpitplein). Dit wordt in het Airport Development Plan 2019-2023 (pag. 77) wel voorzien.
 76. Het vijfde lid van overgangsartikel 12.6a van de Wlv stelt: "Artikel 8.25df is slechts van toepassing op investeringsprojecten of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, waarvan de in artikel 8.25df, tweede lid, bedoelde vaststelling van de raming en functionele specificaties plaatsvindt ten minste drie maanden na inwerkingtreding van de in het eerste lid genoemde wet" (inwerkingtreding 1 juli 2017, overgangstermijn eindigt loopt tot 1 oktober 2017).
 77. Het eerste lid van 8.25df van de Wlv geeft aan: "De exploitant van de luchthaven raadpleegt voor elk investeringsproject of elk afzonderlijk onderdeel daarvan, die gebruikers en representatieve organisaties, die hebben aangegeven deel te willen nemen in een specifiek voor dit investeringsproject opgerichte projectgroep.
 78. Uit het vijfde lid van het overgangsartikel 12.6a van de Wlv volgt dat de verplichting van het eerste lid van artikel 8.25df van de Wlv slechts van toepassing is indien de raming en functionele specificaties voor een afzonderlijk onderdeel van een investeringsproject op of na 1 oktober 2017 zijn vastgesteld. De ACM moet dus vaststellen of het tijdelijke security filter kwalificeert als een afzonderlijk onderdeel van het project Redevelopment Terminal 1. Vervolgens moet de ACM vaststellen of de raming en functionele specificaties voor dit afzonderlijke onderdeel op of na 1 oktober 2017 zijn vastgesteld.
 79. De ACM heeft Schiphol gevraagd een toelichting te geven op de besluitvorming over het tijdelijke gebouw.

80. Schiphol heeft geantwoord²⁰ dat het borgen van de operationele continuïteit een belangrijke randvoorwaarde is bij bouwwerkzaamheden op Schiphol. Dit maakt het bouwen op Schiphol complex en vraagt significante investeringen in extra maatregelen.
81. Tussen mei 2017 en oktober 2017 zijn verschillende scenario's uitgewerkt om de tijdelijke security capaciteit te realiseren op een alternatieve locatie. Dit was volgens Schiphol erg complex, omdat dit een domino-effect aan verhuizingen tot gevolg zou hebben gehad. Op 21 september 2017 maakte de stuurgroep onder voorbehoud van onderzoek naar een alternatieve locatie (later het Cockpitplein), een keuze voor de positionering van tijdelijke securitycapaciteit in **[vertrouwelijk]**.
82. Positionering in **[vertrouwelijk]** is volgens Schiphol bouwtechnisch lastig en daarmee risicovol, omdat het Tijdelijk Security Filter binnen de planning van het investeringsproject een essentiële schakel vormt. Door de positieve ervaringen met het bouwen van een losse constructie – de realisatie van de tijdelijke Vertrekhal 1A – is een alternatief op het Cockpitplein uitgewerkt. Op 16 november 2017 waren alle voor- en nadelen van de varianten in beeld en is een definitieve keuze gemaakt voor de constructie van het filter op het Cockpitplein.
83. Naar het oordeel van de ACM is geen sprake van een nieuw onderdeel van het project Redevelopment Terminal 1. In de eerste helft van 2017 (dus voor de datum van het overgangsrecht) is de aanleiding en noodzaak ontstaan en geïdentificeerd voor een Tijdelijk Security Filter. Vervolgens is dit geconcretiseerd in drie varianten. Op 17 november 2017 heeft Schiphol besloten om het Tijdelijke Security Filter in een nieuw gebouw op het Cockpitplein onder te brengen. De keuze voor het filter op het Cockpitplein is daarmee een invulling van een onderdeel van het investeringsproject dat al eerder was voorzien.

Conclusie

84. Het tijdelijke gebouw op het Cockpitplein is naar het oordeel van de ACM geen nieuw onderdeel van het investeringsproject, maar een andere invulling van een tijdelijke voorziening die al vanaf het begin van het project voorzien was. Schiphol was niet verplicht om dit onderdeel te consulteren of onder de efficiëntieprikkel te laten vallen.

4.2.3 Eindconclusie

85. In het vorenstaande heeft de ACM geconcludeerd dat:
 - het handhavingsverzoek niet-ontvankelijk is voor zover het de stelling betreft dat Schiphol het tijdelijke security filter niet heeft opgenomen in het ADP 2019;
 - Schiphol de verplichtingen van artikel 8.25df van de Wlv en artikel 16, derde lid, van het Exploitatiebesluit niet heeft overtreden, zodat de ACM het handhavingsverzoek op deze punten afwijst.

²⁰ Kenmerk ACM/IN/483129.

5 Dictum

86. De ACM:

- verklaart het handhavingsverzoek van Norwegian Air Shuttle ASA niet-ontvankelijk voor zover het de stelling betreft dat Schiphol de tijdelijke security filter niet heeft opgenomen in het ADP 2019;
- heeft geen overtreding van de verplichtingen van artikel 8.25df van de Wlv en artikel 16, derde lid, van het Exploitatiebesluit geconstateerd en wijst het handhavingsverzoek gelet hierop voor het overige af.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g. d.d. 20 oktober 2020

A.J. de Goei
Teammanager Telecom, Vervoer en Post

Als u belanghebbende bent, kunt u schriftelijk bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.