

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2017/201546_OV

Zaaknummer: 16.0658.32

Datum: 15 maart 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete aan N.V. Luchthaven Schiphol in verband met het niet volgen van de in de Wet luchtvaart en het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol voorgeschreven consultatieprocedure.

I. Samenvatting

1. Schiphol heeft met ingang van 3 juni 2015 de zogenoemde bus@gate-procedure ingevoerd voor aankomende ongescreende vluchten met narrow-toestellen uit non-EU-landen.
2. De ACM is van oordeel dat de introductie van de bus@gate-procedure de vaststelling is van een voorwaarde in de zin van de Wet luchtvaart. Daarbij is van belang dat de tekst en wetsgeschiedenis van de Wet luchtvaart geen aanknopingspunten geven voor een beperkte uitleg van het begrip voorwaarde. Op het belang van het volgen van de consultatieprocedure heeft de ACM in een eerder besluit gewezen.
3. De ACM legt een boete van EUR 25.000 op omdat Schiphol ten onrechte de consultatieprocedure uit de Wet luchtvaart en het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol niet heeft gevolgd. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete heeft ACM rekening gehouden met een aantal specifieke boeteverlagende omstandigheden. De belangrijkste daarvan is dat het niet volgen van de voorgeschreven procedure niet heeft geleid tot schade voor een van de betrokken partijen.

II. Achtergrond en verloop van de procedure

4. Bij brief van 15 juni 2015 heeft Schiphol aangekondigd dat zij sinds 3 juni 2015 de zogenoemde bus@gate-procedure toepast.
5. Bij brieven van 20 augustus 2015, 21 oktober 2015 en 1 december 2015 heeft Schiphol schriftelijke vragen van de ACM beantwoord over de bus@gate-procedure en de wijze van totstandkoming daarvan.
6. TUI Airlines Nederland B.V. en Corendon Dutch Airlines B.V. hebben op 30 november 2015 en 1 december 2015 geantwoord op vragen van de ACM.
7. De ACM heeft bij e-mails van 10 december 2015 en 17 december 2015 aanvullende vragen gesteld over de kosten van afhandeling met gebruikmaking van de bus@gate-procedure.

Op deze vragen zijn bij e-mails is op 16 december 2015 en 16 februari 2016 geantwoord.

8. Bij brief van 1 juni 2016 heeft Schiphol een zienswijze gegeven op het feitencomplex dat ACM voornemens was aan het rapport ten grondslag te leggen.
9. Het onderzoek heeft geresulteerd in het "Onderzoeksrapport bus@gate" (hierna: het rapport) dat door toezichthoudend ambtenaren verbonden aan de ACM (hierna: de rapporteurs) op 28 juni 2016 is uitgebracht. Bij brief van dezelfde datum is dit onderzoeksrapport aan Schiphol toegezonden.
10. Bij brief van 13 juli 2016 heeft de ACM het aan het onderzoeksrapport ten grondslag liggende dossier aan Schiphol toegestuurd. De ACM heeft Schiphol in deze brief tevens uitgenodigd naar keuze haar zienswijze mondeling of schriftelijk kenbaar te maken.
11. Op 27 oktober 2016 heeft op het kantoor van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden. Ten behoeve van deze hoorzitting heeft Schiphol vooraf een schriftelijke zienswijze op het onderzoeksrapport ingediend bij de ACM.
12. Van de hoorzitting is een verslag opgemaakt dat op 24 november 2016 aan Schiphol is toegestuurd. Schiphol is in de gelegenheid gesteld hierop te reageren.

III. Onderzoeksrapport

13. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de in het onderzoeksrapport genoemde overtredingen. In dit onderzoeksrapport wordt geconstateerd dat Schiphol met betrekking tot de bus@gate-procedure in strijd heeft gehandeld met de regeling voor de consultatieprocedure zoals beschreven in artikel 8.25d, eerste lid, eerste en tweede volzin, artikel 8.25e, eerste, derde en vierde lid, van de Wet Luchtvaart en het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol.

IV. Omstandigheden van feitelijke aard

14. Over de hierna vermelde omstandigheden van feitelijke aard – die volgen uit stukken en hetgeen besproken is op de hoorzitting – verschillen ACM en Schiphol niet van mening.
15. De bus@gate-procedure is een oplossing voor een specifiek capaciteitstekort, namelijk het tekort aan narrow-body opstelplaatsen voor aankomende ongescreende, vluchten uit non-EU-landen. De bus@gate-procedure houdt in dat passagiers op aankomende non-EU vluchten op de B- C- en D-pier via de passagiersbrug en het gatehuis naar een bus worden geleid. De passagiers worden per bus naar een ingang in het terminalgebouw vervoerd, waar zij het terminalgebouw kunnen betreden. Vanaf dit punt worden de aankomende

passagiers die Schiphol als eindbestemming hebben ongescreend naar de bagagereclaim geleid. Aankomende transferpassagiers zullen alsnog worden gescreend voordat zij hun weg door de terminal kunnen vervolgen.

16. Enkele jaren geleden heeft Schiphol besloten om voor het non-Schengen deel van Schiphol over te gaan naar de zogenaamde centrale veiligheidscontrole, waarvoor het project 'Centrale Security non-Schengen' (CSNS) werd gestart. Het project CSNS was in 2010 onderdeel van een consultatie ten behoeve van tarieven en voorwaarden per april 2011. Op 15 september 2014 deed Schiphol een voorstel voor tarieven en voorwaarden per 1 april 2015 aan gebruikers van de luchthaven. Op 15 september 2014 werd ACM per e-mail op de hoogte gesteld van deze mededeling. Tevens ontving ACM afschrift van het document "Consultation Airport Charges – Proposal airport charges & conditions as of 1 April 2015" In dit document vermeldde Schiphol dat "As from June 2015, the central security operation in the non-Schengen area will start", "Schiphol still has gate security until June 2015" en "The hourly rates for security officers have been negotiated for 2014 until 2 June 2015 (implementation date CSNS)"
17. De bus@gate-procedure maakte geen onderdeel uit van het voorstel voor tarieven en voorwaarden voor luchtvaartactiviteiten per april 2015. Op 31 oktober 2014 bericht Schiphol per e-mail aan ACM dat de tarieven en voorwaarden, na het doorlopen van de reguliere consultatieprocedure, zijn vastgesteld en per 1 april 2015 in werking treden. De bus@gate-procedure maakt hier evenmin deel van uit.
18. Op 15 september 2015 ontving ACM van Schiphol per e-mail afschrift van een voorstel voor tarieven en voorwaarden per 1 april 2016 aan de gebruikers van de luchthaven. Op 30 oktober 2015 volgde een e-mail dat de tarieven en voorwaarden door Schiphol zijn vastgesteld en per 1 april 2016 in werking treden. De bus@gate-procedure maakt daar wél deel van uit.

V. Zienswijze Schiphol

19. Schiphol stelt zich primair op het standpunt dat de invoering van bus@gate-procedure niet de vaststelling van een voorwaarde in de zin van de Wet luchtvaart betreft, zodat er geen verplichting was de wettelijke consultatieprocedure te volgen. Volgens Schiphol dient het begrip voorwaarde te worden uitgelegd in overeenstemming met het algemene mededingingsrecht, omdat de regulering van Schiphol, inclusief de consultatieverplichtingen, een mededingingsrechtelijke achtergrond kent. Schiphol stelt dat de bus@gate-procedure geen voorwaarde is om gebruik te kunnen maken van de luchthaven. Daarnaast is uitsluiting, verstoring van concurrentie of uitbuiting niet aan de orde. Volgens Schiphol is de bus@gateprocedure slechts een operationele voorziening in verband met de centrale veiligheidscontrole op de luchthaven.
20. Schiphol stelt zich subsidiair op het standpunt dat zij materieel recht heeft gedaan aan alle

belangen die zijn gemoeid met de consultatieregels. Zij is zowel met gebruikers als de representatieve organisaties en afhandelaren in overleg getreden over de bus@gateprocedure. Ook heeft Schiphol proefhandelingen van de bus@gate-procedure gefaciliteerd. Volgens Schiphol was het niet mogelijk de wettelijke consultatieprocedure te volgen, omdat op 3 juni 2015 voor het non-Schengen deel is overgegaan op centrale security waardoor de bus@gate-procedure met ingang van die datum operationeel moest zijn. Verder heeft Schiphol de bus@gate-procedure na de invoering daarvan alsnog opgenomen in de reguliere consultatieprocedure die is gevolgd voor de vaststelling van de voorwaarden en tarieven met ingang van 1 april 2016.

21. Meer subsidiair stelt Schiphol zich op het standpunt dat geen aanleiding bestaat voor een boete of een andere sanctie, omdat de gebruikers van de luchthaven niet zijn geschaad door de wijze waarop Schiphol heeft gehandeld. Schiphol acht voorts van belang dat zij de invoering van de bus@gate-procedure zelf onder de aandacht van de ACM heeft gebracht. Als er al sprake is van een overtreding dan gaat het volgens Schiphol om een overtreding van formele aard van onduidelijke regelgeving.

VI. Juridisch kader

22. Artikel 8.25d van de Wet Luchtvaart, luidde voor zover relevant als volgt:
1. De exploitant van de luchthaven stelt ten minste eenmaal per jaar de tarieven en voorwaarden vast voor de activiteiten van de exploitant van de luchthaven ten behoeve van het gebruik van de luchthaven door gebruikers. De exploitant van de luchthaven doet voorafgaande aan de periode waarop de tarieven en voorwaarden betrekking hebben, mededeling van de tarieven en voorwaarden.
 13. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld omtrent:
 - a. de activiteiten ten behoeve van het gebruik van de luchthaven door gebruikers waarvoor tarieven en voorwaarden als bedoeld in het eerste lid, worden vastgesteld;
 - b. de activiteiten, bedoeld in het zesde lid, die rechtstreeks verband houden met de activiteiten ten behoeve van het gebruik van de luchthaven, bedoeld in het eerste lid;
 - c. de wijze en het tijdstip waarop de mededeling, bedoeld in het eerste lid, plaatsvindt;
 - d. de kostenoriëntatie, bedoeld in het vierde en vijfde lid;
 - e. het tijdstip van vaststelling en inwerkingtreding van de tarieven en voorwaarden.
23. Artikel 8.25e van de Wet luchtvaart, luidde voor zover relevant als volgt:

1. Voorafgaand aan de vaststelling van de tarieven en voorwaarden, bedoeld in artikel 8.25d, eerste lid, doet de exploitant van de luchthaven aan de gebruikers van de luchthaven en representatieve organisaties mededeling van een voorstel van deze tarieven en voorwaarden met een omschrijving van de daarvoor te leveren diensten, alsmede een toelichting, inhoudende een economische onderbouwing en een omschrijving, aan de hand van indicatoren, van het kwaliteitsniveau van de aangeboden diensten ten behoeve van het gebruik van de luchthaven.
 2. Voorafgaand aan het voorstel voor de vaststelling van de tarieven en voorwaarden, bedoeld in artikel 8.25d, eerste lid, verstrekken de gebruikers aan de exploitant de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voorgeschreven informatie.
 3. De exploitant van de luchthaven raadpleegt de gebruikers van de luchthaven en representatieve organisaties over het voorstel, bedoeld in het eerste lid, alvorens de tarieven en voorwaarden vast te stellen.
 4. De exploitant van de luchthaven houdt bij de vaststelling van de tarieven en voorwaarden rekening met de zienswijze van de gebruikers van de luchthaven en van representatieve organisaties naar aanleiding van de raadpleging, bedoeld in het derde lid, en motiveert bij de vaststelling van de tarieven en voorwaarden zijn overwegingen omtrent de ingebrachte zienswijzen.
 5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld omtrent:
 - a. de wijze en het tijdstip waarop de mededeling, bedoeld in het eerste lid, plaatsvindt;a
 - b. de wijze waarop de raadpleging, bedoeld in het derde lid, plaatsvindt;
 - c. de indicatoren, bedoeld in het eerste lid;
 - d. de gegevens die door de exploitant van de luchthaven moeten worden opgenomen in het voorstel voor de tarieven en voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, en de daarbij behorende toelichting.
24. De algemene maatregel van bestuur als bedoeld in de artikelen 8.25d, lid 13, en 8.25e, lid 5, van de Wet luchtvaart betreft het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol.

VII. Overwegingen

Overtreding

25. In de Wet luchtvaart, zoals deze luidde ten tijde van de invoering van de bus@gate-procedure op 3 juni 2015, wordt het begrip voorwaarde niet omschreven. In artikel 8.25d, dertiende lid, onder a, van de Wet luchtvaart wordt verwezen naar bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen nadere regels omtrent de activiteiten ten behoeve van het

gebruik van de luchthaven door gebruikers waarvoor tarieven en voorwaarden worden vastgesteld. In artikel 2, eerste lid, van het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol wordt onder meer als activiteit aangemerkt de afhandeling van passagiers van luchtvaartuigen in verband met het opstijgen en landen van luchtvaartuigen.

26. Indien – zoals Schiphol betoogt – de vaststelling van voorwaarden ziet op mededingsrechtelijke aspecten en operationele voorwaarden niet valt onder voorwaarden als bedoeld in artikel 8.25d van de Wet luchtvaart, wordt de reikwijdte van de regeling voor het stellen van voorwaarden ingrijpend beperkt. De ACM ziet in de tekst van de regeling voor de vaststelling van voorwaarden en in de geschiedenis van totstandkoming van de Wet luchtvaart en het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol geen aanknopingspunt voor een dergelijke beperkte uitleg. De vaststelling van voorwaarden in de zin van de Wet luchtvaart heeft derhalve ook betrekking op operationele voorwaarden.
27. Gezien het vorenstaande concludeert de ACM dat de invoering van de bus@gate-procedure de vaststelling is van een voorwaarde als bedoeld in artikel 8.25d van de Wet luchtvaart.
28. Niet in geschil is dat Schiphol de consultatieprocedure die is opgenomen in de Wet luchtvaart en het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol, niet heeft doorlopen bij de introductie van de bus@gate-procedure. Blijkens het onderzoeksrapport heeft Schiphol verzuimd de gebruikers en representatieve organisaties op de voorgeschreven wijze mededeling te doen van een voorstel van de bus@gate-procedure. De gebruikers en representatieve organisaties zijn dan ook niet op de voorgeschreven wijze geraadpleegd over het voorstel. Schiphol heeft gehandeld in strijd met de Wet luchtvaart en het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol, in het bijzonder met artikel 8.25e, eerste en derde lid, van de Wet luchtvaart. Derhalve is de ACM bevoegd een bestuurlijke boete op te leggen.

Basisboete

29. Op grond van artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht stemt de ACM de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. De ACM houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. De ACM beoordeelt het voorgaande, in een geval als thans aan de orde, mede aan de hand van de Beleidsregels bestuurlijke boetes vervoerswetgeving ACM (hierna: boetebeleidsregels).
30. De boetebeleidsregels onderscheiden 6 categorieën waarbij categorie I de lichtste en categorie VI de zwaarste is. Overtreding van artikel 8.25e, eerste en derde lid, valt onder categorie V. Voor categorie V geldt een boetebandbreedte tussen EUR 25.000 en 37,5% van de jaaromzet in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking waarbij de ACM de bestuurlijke boete oplegt.

Verwijtbaarheid

31. De ACM stelt voorop dat schuld in de zin van verwijtbaarheid in dit geval geen bestanddeel is van de norm. Dit betekent dat de ACM de verwijtbaarheid niet hoeft te bewijzen, maar

deze mag veronderstellen. Daarbij komt dat ACM in dit geval geen aanknopingspunt ziet om de overtreding niet, athans niet volledig, verwijtbaar te achten. Zij overweegt daartoe als volgt.

32. Schiphol heeft aangegeven dat zij de bus@gate-procedure uit een oogpunt van veiligheid met ingang van 3 juni 2015 diende toe te passen in verband met de invoering van centrale veiligheidscontrole. Volgens Schiphol waren vanaf 2011 tot met 2014 nog een aantal andere oplossingen in beeld. Uiteindelijk is op 2 oktober 2014 besloten de bus@gate-procedure uit te werken. Vervolgens zijn werksessies belegd om na te gaan of de bus@gate-procedure veilig en efficiënt kon worden uitgevoerd. Op 4 februari 2015 is in de Stuurgroep Vliegtuig en Apron (SGVA) bevestigd dat de procedure uit een oogpunt van veiligheid akkoord is. Vervolgens is gestart met overleg met vliegmaatschappijen en proefafhandelingen.
33. Ook uitgaande van vorenstaande gegevens is volgens de ACM niet aannemelijk dat de wettelijke consultatieprocedure voor de bus@gate-procedure niet voor de op zich noodzakelijke invoering van de bus@gate-procedure op 3 juni 2015 afgerond had kunnen worden. Schiphol had zonodig de consultatieprocedure kunnen aanvangen in de fase dat de interne besluitvorming over de bus@gate-procedure nog niet geheel afgerond was. Voor zover Schiphol heeft betoogd dat de regelgeving wat betreft de toepasselijkheid van de consultatieprocedure niet geheel duidelijk is, lag het in de rede dat zij hierover met de ACM contact zou opnemen.
34. Op het belang van het volgen van de voorgeschreven consultatieprocedure heeft de ACM ook gewezen in het besluit van 23 april 2013, kenmerk 104355/69. Dat het hier ging om voorwaarden van gehele andere aard, is op zich niet van belang.

Boeteverlagende omstandigheden

35. Op grond van artikel 5 van de boetebeleidsregels dienen boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking te worden genomen. De ACM merkt in dit geval de volgende omstandigheden als boeteverlagende omstandigheden aan:
- Schiphol heeft uit eigen beweging op 15 juni 2015 aan de ACM gemeld dat zij de bus@gate-procedure heeft ingevoerd in afwijking van de voorgeschreven consultatieprocedure;
 - Schiphol heeft een alternatieve wijze van consultatie van de bus@gate-procedure gevolgd waarbij in overleg is getreden met de betrokken partijen. Schiphol heeft de gebruikers voor wie de bus@gate-procedure het meest relevant was door middel van presentaties, e-mails en één-op-één gesprekken geïnformeerd. Ook heeft Schiphol een aantal gebruikers proefafhandelingen laten uitvoeren met de bus@gate-procedure;
 - Niet aannemelijk is dat partijen schade hebben geleden als gevolg van het niet volgen van de in de Wet luchtvaart en het Besluit exploitatie luchthaven Schiphol voorgeschreven consultatieprocedure bij de introductie van de bus@gate-procedure.
36. Overigens heeft Schiphol de bus@gate-procedure inmiddels geconsulteerd in het kader van de vaststelling van de tarieven en voorwaarden per 1 april 2016. Daarmee is de overtreding

Besluit
Openbaar

van de Wet luchtvaart beëindigd.

Hoogte van de bestuurlijke boete

37. Alles afwegende ziet de ACM aanleiding de hoogte van de bestuurlijke boete vast te stellen op EUR 25.000. Dit betreft het laagste bedrag binnen de boetebandbreedte. Met de vaststelling van dit bedrag houdt de ACM rekening met de specifieke boeteverlagende omstandigheden in het geval. Met het volgen van de consultatieprocedure uit de Wet luchtvaart is het algemeen belang gediend in die zin dat gebruikers van de luchthaven Schiphol op een zorgvuldige wijze worden betrokken bij de totstandkoming van voorwaarden. Gelet op het vorenstaande geeft de ACM met de boete aan Schiphol het signaal dat zij zich dient te weerhouden van het begaan van een volgende overtreding. Dit mede gelet op het oordeel in dit besluit over de reikwijdte van de consultatieprocedure.

**Besluit
Openbaar**

VIII. Dictum

38. De Autoriteit Consument en Markt legt aan N.V. Luchthaven Schiphol een boete op van EUR 25.000.

Den Haag,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.
drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA
Bestuurslid

6/9

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.