

Notitie Landsadvocaat

voor Commissie Shared Vision
De heer J.G.M. Alders
De heer mr. Th. Vermeegen

van mr. B.J. Drijber
mr. F.L. Bolkestein

datum 22 maart 2013

betreft Netwerkfunctie luchthaven Schiphol; mededingingsrecht

zaaknr 10038952

- 1 In deze notitie wordt verkend hoe de veiligstelling en de versterking van de netwerkfunctie van Schiphol kan worden vormgegeven binnen de kaders van het mededingingsrecht. De conclusie luidt dat binnen die kaders mogelijkheden bestaan om uitvoering te geven aan een beleid waarin de netwerkfunctie centraal staat.

Achtergrond

- 2 In de Luchtvaartnota van april 2009 heeft het kabinet zijn visie uiteengezet op de Nederlandse luchtvaart voor de komende twintig jaar. Daarin is benadrukt dat de kwaliteit van het internationale verbindingennetwerk van Schiphol essentieel is voor de bereikbaarheid van ons land. Dat netwerk wordt op Schiphol aangeboden door het SkyTeam en daarbinnen door de homecarrier Air France/KLM, die thans zeventig procent van de vliegbewegingen op Schiphol uitvoert. Daarvoor is zij sterk afhankelijk van het transferverkeer, aangezien de thuismarkt relatief beperkt is in vergelijking met de luchthavens Heathrow en Charles de Gaulle. Schiphol en KLM opereren op een geliberaliseerde markt, maar zijn wederzijds van elkaar afhankelijk.¹
- 3 Om hub- of mainportgebonden verkeer op Schiphol te krijgen en te houden en daarbij de schaarse capaciteit op Schiphol optimaal te benutten, zet het kabinet in de Luchtvaartnota in op selectieve ontwikkeling van Schiphol en verplaatsing van een deel van het niet-netwerkgebonden verkeer (in het bijzonder vakantieverkeer uit segment 5) naar de luchthavens van Rotterdam, Lelystad en Eindhoven. De Luchtvaartnota stelt dat stimuleringsmaatregelen moeten worden voorbereid, opdat deze zullen leiden tot de gewenste herverdeling van verkeer over de gewenste luchthavens zodra het volumeplafond op Schiphol in zicht komt (bij 95 procent van de 510.000 toegestane vliegbewegingen). Die grens is ingegeven door geluids- en milieunormen.

¹ Luchtvaartnota, bladzijde. 44: "[...] gelet moet worden op het voorkomen van te grote druk op de nationale *home carrier*, waarbij het *level playing field* in acht genomen moet worden."

- 4 Essentieel onderdeel van het hierin beschreven beleid is de erkenning van de mainportfunctie van Schiphol. Ook de wetgever heeft het belang daarvan uitdrukkelijk onderstreept:

“De mainportkwaliteit van NVLS wordt primair bepaald door de diversiteit en de kwaliteit van het netwerk van internationale en intercontinentale verbindingen waarop vanuit de luchthaven gevlogen kan worden, c.q. het netwerk van wereldwijde bestemmingen dat vanuit de luchthaven direct en indirect bereikt kan worden. Voor dit goede netwerk draagt in eerste instantie niet de luchthavenexploitant zorg, maar de overheid (in afnemende mate) - via de bilaterale luchtvaartonderhandelingen - en de luchtvaartmaatschappijen die op deze lijnen daadwerkelijk opereren. Uiteraard heeft ook NVLS als luchthavenexploitant grote invloed op de kwaliteit van een hoogwaardige luchthaveninfrastructuur en daarmee op de mainportstatus van NVLS.”²

Bij de aanpassing van de Wet Luchtvaart aan de Richtlijn 2009/12/EG inzake luchthavengelden heeft de regering opgemerkt:

“Het belang van de mainport Schiphol met een kwalitatief hoogwaardig netwerk van verbindingen door de lucht moet worden gezien als een maatschappelijk belang, dat een gezamenlijke inzet vergt van de luchtvaartpartijen en het kabinet. Met het oog op de rol van de overheid is er dus sprake van een publiek belang (WRR rapport, het borgen van het publieke belang, april 2000). Vanuit dit perspectief ziet het kabinet het als zijn verantwoordelijkheid om de juiste voorwaarden te scheppen en waar nodig om grenzen te stellen. Vanuit deze verantwoordelijkheid dient het mogelijk te zijn tarieven te differentiëren naar bijvoorbeeld transfer-/lokaal opstappende passagiers. Dit wordt mede ingegeven door de «kleine thuismarkt» en de grotere prijsgevoeligheid van transferpassagiers vergeleken met opstappende passagiers. Deze mogelijkheid tot differentiatie in het belang van de mainport, binnen de grenzen van het EG-recht, wordt thans expliciet in de tekst van de wet tot uitdrukking gebracht.”³

- 5 De luchtvaartpartijen hebben zich op hoofdlijnen aan de uitvoering van dit beleid gecommitteerd. Verwezen wordt naar:

- Convenant tussen KLM en NVLS voor de ontwikkeling van de Mainport Schiphol met (meerjaren)afspraken, 10 januari 2003;
- Advies Selectiviteit Schiphol, commissie onder leiding van slotcoördinator M. van der Zee, maart 2008;
- Advies Alderstafel Schiphol middellange termijn, 1 oktober 2008;
- Convenant Behoud en versterking mainportfunctie en netwerkqualiteit luchthaven Schiphol, 24 december 2008;

² Kamerstukken I 2005-2006, 28074, nr. E, blz. 11.

³ Kamerstukken II 2010-2011, 32 519, nr. 3, blz. 2-3.

- Commissie Shared Vision, Advies over uitvoering selectiviteitsbeleid Schiphol, 10 december 2012;
- "Essentiële elementen van de mainport" van KLM en Schiphol van 5 februari 2013.

6 Hieronder worden drie soorten maatregelen onderzocht:

- maatregelen ter bevordering van de samenwerking tussen de luchthaven en de homecarrier;
- maatregelen ter versterking van de transferfunctie van de luchthaven;
- maatregelen ter uitvoering van het selectiviteitsbeleid.

Samenwerking tussen luchthaven en homecarrier

7 Alleen afspraken, besluiten en gedragingen van ondernemingen vallen binnen de reikwijdte van het mededingingsrecht. Het voeren van overleg en het deelnemen aan besluitvorming zijn op zichzelf daaraan niet onderworpen. Ook samenwerking als zodanig is niet verboden. Slechts het resultaat van besluitvorming of van samenwerking wordt aan het mededingingsrecht getoetst.

8 Gaat het om handelingen van twee of meer ondernemingen dan moeten zij worden getoetst aan het kartelverbod.⁴ Afspraken tussen leveranciers en afnemers (verticale afspraken) komen minder snel in strijd met dat verbod, tenzij zij niet slechts tot gevolg maar tot doel hebben dat de mededinging wordt beperkt. Daarnaast kunnen enkelzijdige handelingen van een onderneming binnen de reikwijdte van het mededingingsrecht vallen, namelijk als die onderneming een economische machtspositie inneemt.⁵ Bij Schiphol is dat het geval.⁶

9 De beide normen liggen in elkaars verlengde. Beide zijn erop gericht te voorkomen dat een onderneming zich anders dan door prestatieconcurrentie een voordeel verschaft in de concurrentiestrijd. Voor het kartelverbod is beslissend of afspraken van ondernemingen ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt of verstoord. Neemt één onderneming een economische machtspositie in, dan mag zij van die machtspositie geen misbruik maken. Daarbij moet men vooral denken aan gedragingen die erop zijn gericht concurrenten uit te sluiten.

⁴ Artikel 6 lid 1 Mededingingswet: "Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst."

⁵ Artikel 24 Mededingingswet: "Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie."

⁶ De NMa heeft in november 2010 nogmaals bevestigd dat Schiphol voor diverse luchtvaartactiviteiten een machtspositie heeft. Die machtspositie heeft betrekking op de markten voor het ter beschikking stellen van infrastructuur aan luchtvaartmaatschappijen, voor dienstverlening aan OD-passagiers, voor dienstverlening aan transferpassagiers, voor vracht en voor lokale vluchten en instructievluchten.

- 10 Toepassing van deze twee normen op de verhouding tussen Schiphol en de bezoekende luchtvaartmaatschappijen zou in beginsel tot hetzelfde resultaat moeten leiden. In beide gevallen mag Schiphol ten opzichte van zijn handelspartners geen ongelijke voorwaarden toepassen bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging.⁷ In beide gevallen vormt een centraal principe dat aan handelspartners en andere betrokken marktdeelnemers gelijke kansen moeten worden gegeven.⁸ Het maakt daarbij geen verschil of Schiphol eenzijdig dan wel gezamenlijk met de homecarrier zou besluiten tot het hanteren van ongelijke voorwaarden. Overigens kunnen beide verboden ook cumulatief worden toegepast.
- 11 In de praktijk is het makkelijker aan te tonen dat bepaalde afspraken de mededinging beperken dan dat een eenzijdige gedraging misbruik oplevert. Maatregelen zijn daarom kwetsbaarder voor het mededingingsrecht als zij onderdeel vormen van een partnerschap met de homecarrier. Ook als Schiphol zich uitsluitend door haar eigen belangen laat leiden, komen die belangen voor een deel overeen met die van KLM. Zonder een door KLM en Skyteam in stand gehouden hub zal de routedichtheid en het verkeersvolume sterk afnemen. Schiphol heeft er als onderneming alle belang bij de hubstatus te behouden, omdat zij anders kan afzakken naar de middenmoot van Europese luchthavens. Van buiten de EU is er toenemende concurrentie van hubs.
- 12 Het lijkt daarom geen twijfel dat een fijnmazig net van internationale verbindingen in het belang van de luchthaven is. Zo zal Schiphol bij dreigende capaciteitstekorten in haar eigen belang een voorkeur kunnen hebben voor netwerkgebonden verkeer met een thuisbasis op Schiphol, omdat dit haar op termijn een betere basis voor de exploitatie biedt.⁹ Aan een grote afnemer mogen bovendien betere voorwaarden worden geboden als er schaalvoordelen en daaruit voortvloeiende kostenvoordelen bestaan. Dit is expliciet erkend voor een stelsel van landingsrechten op een luchthaven.¹⁰ Een tarievenstelsel mag echter niet zo zijn ingericht dat alleen de nationale luchtvaartmaatschappij van kortingen of andere voordelen profiteert.¹¹

⁷ Aldus voor het kartelverbod artikel 101 lid 1 onder d, en voor het misbruik van machtspositie artikel 102 onder c van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

⁸ Recentelijk werd dat bevestigd door het Hof van Justitie (28 februari 2013, C-1/12, OTOC, rov. 88): "een stelsel van van onvervalste mededinging [...] kan slechts worden gewaarborgd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers". Een verschil in behandeling is wel mogelijk in de mate waarin marktdeelnemers zich in een verschillende positie bevinden.

⁹ HvJEG 29 juni 1978, zaak 77/77 (BP/Commissie).

¹⁰ HvJEG, zaak C-163/99, *Portugese luchthavens*, Jurispr. 2001, blz. I-2613, ov. 51: "Het is inherent aan een stelsel van hoeveelheidskortingen, dat de belangrijkste kopers of gebruikers van een product of van een dienst aanspraak kunnen maken op lagere gemiddelde eenheidsprijzen of, wat op hetzelfde neerkomt, op hogere gemiddelde kortingen dan aan minder belangrijke kopers of gebruikers van dit product of deze dienst worden toegekend. [...] De enkele omstandigheid, dat een stelsel van hoeveelheidskortingen erop neerkomt dat sommige klanten bij bepaalde hoeveelheden vergeleken met andere klanten een naar verhouding van hun respectieve aankopen hogere korting genieten, is inherent aan een dergelijk stelsel en wettigt op zich nog niet de conclusie, dat het stelsel discriminatoir is."

¹¹ Idem, ov. 52: "Evenwel leidt een stelsel van hoeveelheidskortingen tot de toepassing van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, wanneer de drempels van de verschillende, aan de toegepaste tarieven gekoppelde kortingschijven ertoe leiden, dat enkel bepaalde handelspartners kortingen krijgen,

- 13 Het enkele voeren van overleg tussen luchthaven en homecarrier leidt op zichzelf niet – ook niet indirect - tot ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, omdat nog geen voorwaarden worden gesteld of prestaties worden geleverd. In dit kader kan het nuttig zijn als ook op het hoogste niveau van de beide ondernemingen wordt samengewerkt. Een representant van de homecarrier zou bijvoorbeeld zitting kunnen hebben in de raad van commissarissen van Schiphol, zoals dat bij luchthaven Frankfurt het geval is.

Versterking van de transferfunctie in het belang van de hubstatus

- 14 Maatregelen die erop zijn gericht de hubfunctie van Schiphol duurzaam te consolideren zijn goed in te passen in het mededingingsrecht.

Specifieke faciliteiten

- 15 Het is reeds vaste praktijk dat Schiphol specifieke faciliteiten biedt gericht op transferpassagiers. Omdat de netwerkfunctie vooral door de homecarrier wordt gedragen, profiteren vooral diens passagiers daarvan. Naar wij begrijpen zal een afzonderlijke pier voor de homecarrier worden gereserveerd, waardoor de te lopen afstanden voor transferpassagiers afnemen. De zekerheid dat hij steeds aan dezelfde pier terecht kan, kan voor de homecarrier efficiëntiebevorderend en kostenbesparend werken. Zo kan hij bijvoorbeeld de lounges en balies beter concentreren. Tot op heden hebben andere luchtvaartmaatschappijen voor zover bekend geen bedenkingen geuit tegen deze maatregelen. De maatregelen zijn internationaal gezien ook gebruikelijk.¹²
- 16 De Wet luchtvaart laat toe dat Schiphol op verzoek terminals of delen van terminals reserveert voor gebruikers van de luchthaven. Een dergelijk verzoek moet worden beoordeeld aan de hand van relevante, objectieve, transparante en non-discriminatoire voorwaarden.¹³ Een weigering die in overeenstemming is met dergelijke voorwaarden kan geen misbruik van machtspositie opleveren. Wij wijzen er overigens op dat een ongelijke behandeling van handelspartners door een onderneming met een machtspositie slechts dan misbruik oplevert als daardoor nadeel in de concurrentie wordt berokkend. Dat laatste is een aparte voorwaarde, waarvan

zonder dat het economische voordeel dat zij hierdoor genieten wordt gerechtvaardigd door de omvang van de activiteit die zij inbrengen en door de eventuele schaalvoordelen die de leverancier kan realiseren ten opzichte van hun concurrenten.”

Zie tevens Europese Commissie, XXVe Verslag over het mededingingsbeleid 1995, randnummer 120 (Brussel/Sabena).

¹² Ter zijde wijzen wij nog wel op Richtlijn 96/97/EG inzake grondafhandelingsdiensten. Daarin staan regels die eerlijke concurrentie tussen dienstverleners van passagiers- en bagageafhandeling mogelijk moeten maken. Het reserveren van een deel van de faciliteiten door één carrier lijkt echter door de richtlijn niet te worden geraakt. Zie reeds HvJEG zaak C-82/01P, *Aéroports de Paris*, Jurispr. 2002, blz. I-9297. Er is een voorstel voor een verordening die de richtlijn gaat vervangen; COM(2011) 824 definitief.

¹³ Zie artikel 8.25ea, leden 1 en 2, van de Wet luchtvaart. Deze bepaling is gebaseerd op artikel 10 van Richtlijn 2009/12/EG inzake luchthavengelden.

het bewijs moet worden geleverd door de partij die zich op misbruik van machtspositie beroept.

- 17 Het vast reserveren van bepaalde gatecapaciteit voor een bepaalde maatschappij kan leiden tot suboptimaal gebruik van de beschikbare capaciteit. Als dan specifiek wordt geïnvesteerd in transferfaciliteiten ten behoeve van één carrier kunnen andere luchtvaartmaatschappijen stellen dat zij betalen voor faciliteiten waarvan alleen hun concurrent profiteert. Indien dat betoog kan worden onderbouwd, kan dat betekenen dat de bekostiging ervan moet worden bijgesteld. Het uitgangspunt is echter dat Schiphol binnen grenzen het niveau van dienstverlening mag variëren.

Differentiatie luchthavengelden

- 18 Voor transferpassagiers mag een lager luchthavengeld worden gevraagd dan voor OD-passagiers, aangezien transferpassagiers minder kosten veroorzaken. Dit is reeds praktijk op Schiphol. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft deze praktijk in 2008 toegestaan en de Rechtbank Rotterdam heeft een daartegen gericht beroep van EasyJet verworpen.¹⁴ Ook luchthaven Frankfurt hanteert lagere tarieven voor transferpassagiers.¹⁵ De Duitse wetgeving laat voorts onder bepaalde voorwaarden tariefdifferentiatie toe ter bevordering van publieke of algemene belangen.¹⁶ Artikel 3 van Richtlijn 2009/12/EG biedt daar expliciet een grondslag voor.¹⁷

Vorrang in het luchtverkeer

- 19 Een andere ondersteuning van de transferfunctie zou kunnen inhouden dat in de dagelijkse verkeersleiding voorrang wordt gegeven aan vliegtuigen met veel transferpassagiers aan boord. Bij vertraging van die vliegtuigen kunnen immers nieuwe vertragingen van aansluitende vluchten worden veroorzaakt. Een kwalitatief hoogwaardig transfersysteem vereist korte en betrouwbare overstaptijden.
- 20 Wellicht kan hierin een mogelijkheid worden gevonden om de netwerkfunctie van Schiphol te ondersteunen. Voorwaarde is echter wel dat objectieve criteria worden vastgesteld om te bepalen welke vliegtuigen voldoende transferpassagiers vervoeren om voorrang te rechtvaardigen. Dat lijkt niet eenvoudig te realiseren. Daarnaast zou de maatregel in regelgeving moeten worden neergelegd en uitvoerbaar moeten zijn

¹⁴ Rechtbank Rotterdam 25 november 2010, *Easyjet/NMa*, LJN BO5063. Het is daarbij de vraag of OD-vluchten tot dezelfde markt behoren als transfervluchten of dat binnen het segment OD aparte markten te onderscheiden zijn. Er is een belangrijk verschil in businessmodel. Zo kan KLM bijvoorbeeld ook niet zo maar een lijnvlucht uit de dienstregeling schrappen. Deze vraag naar de precieze marktafbakening behoeft in het kader van dit verkennende advies geen beantwoording.

¹⁵ Flughafenentgelte Frankfurt Airport 2013, onderdeel 1.3.2.

¹⁶ §19b II Luftverkehrsgesetz: "Eine Differenzierung der Entgelte zur Verfolgung von öffentlichen oder allgemeinen Interessen ist für Verkehrsflughäfen und -landeplätze zulässig; die hierfür herangezogenen Kriterien müssen geeignet, objektiv und transparent sein."

¹⁷ Artikel 3. De criteria daarvoor moeten relevant, objectief en transparant zijn.

voor Luchtverkeersleiding Nederland. Uiteraard mag de luchtverkeersveiligheid niet in het geding komen.

Selectiviteitsbeleid

- 21 Een belangrijke pijler van het luchtvaartbeleid is de selectieve ontwikkeling van de luchthaven Schiphol, aangeduid als het selectiviteitsbeleid. Bij het in zicht komen van haar capaciteitsgrenzen dient Schiphol zich tijdig te concentreren op haar hubfunctie. Dat kan alleen als het OD-vakantieverkeer (segment 5 van het selectiviteitsbeleid) uitwijkt naar andere luchthavens, met name Lelystad. Een dergelijke spreiding ziet men ook in andere lidstaten. De aan het selectiviteitsbeleid ten grondslag liggende uitgangspunten zijn niet als zodanig in strijd met het mededingingsbeleid.
- 22 Hieronder wordt verkend op welke manier het selectiviteitsbeleid concreet ten uitvoer kan worden gebracht. Naar die vraag wordt op dit moment tevens onderzoek verricht door SEO (G. Burghouwt) en Prof. P. Mendes de Leon. Wij beperken ons daarom tot een korte analyse vanuit mededingingsrechtelijke oogpunt.

Optie 1: migratie naar Lelystad op grond van economische prikkels

- 23 Het is op zichzelf denkbaar dat het spreidingsbeleid gestalte krijgt via economische incentives. Bijvoorbeeld door de combinatie van een passend voorzieningenniveau en een aantrekkelijk niveau van luchthavengelden. Het eerste vereist dat de luchthaven voldoende in Lelystad investeert; het tweede dat er voldoende verschil bestaat tussen de tarieven van Schiphol en die van Lelystad. Zo kan het voor charters en andere low cost carriers aantrekkelijk worden op Lelystad te vliegen en komt spontaan op Schiphol ruimte vrij ten behoeve van netwerkgebonden verkeer. Afspraken of andere maatregelen zijn dan niet nodig en het mededingingsrecht hoeft geen rol te spelen.

Optie 2: een verkeersverdelingsregeling

- 24 Een alternatief zou zijn dat Nederland een verkeersverdelingsregeling opstelt voor Schiphol en Lelystad. Daaraan worden in Europese wetgeving materiële en procedurele voorwaarden gesteld.¹⁸ Goedkeuring van de Europese Commissie is vereist. De Commissie zal met name toetsen of er binnen segmenten niet wordt gediscrimineerd. Indien de Commissie goedkeuring geeft, biedt dat de rechtszekerheid dat er een grondslag is om luchtvaartmaatschappijen te dwingen naar Lelystad uit te wijken. Die discussie wordt daarmee gesloten. Het in punt 23 genoemde onderzoek heeft in het bijzonder betrekking op de mogelijkheden en verwachte effecten van een dergelijke regeling. Op de uitkomst daarvan lopen wij niet vooruit.

¹⁸ Artikel 19 van Verordening 1008/2008/EG.

Optie 3: eenzijdige maatregelen van Schiphol

- 25 Schiphol moet gerechtigd worden geacht een einde te maken aan de bestaande mogelijkheid om tegen een lager tarief gebruik te maken van een deel van de luchthaven met minder faciliteiten, zoals thans de H-pier. Schiphol is niet gehouden deze mogelijkheid te blijven aanbieden, zeker niet als er door optredende capaciteitstekorten vraag is naar hoogwaardigere voorzieningen ten behoeve van het netwerkverkeer. Wel zal een redelijke overgangstermijn moeten worden aangehouden, hetgeen vermoedelijk al contractueel is vastgelegd.
- 26 Hetzelfde geldt voor het bepalen van de luchthavengelden. Richtlijn 2009/12/EG inzake luchthavengelden bevat daarvoor voorschriften die in Nederland zijn uitgewerkt in de Wet Luchtvaart (zie ook hiervoor punt 19). Indien de tarieven in overeenstemming daarmee worden vastgesteld, komt men aan het verbod van misbruik van machtspositie niet toe.
- 27 Er behoeft in dit kader evenmin voor te worden gevreesd dat de slotallocatie in strijd zou komen met het mededingingsrecht. Deze kan reeds daarom niet botsen met het mededingingsrecht, omdat deze taak niet door de luchthaven zelf wordt uitgevoerd maar door een slotcoördinator op basis van de EU Slotverordening.¹⁹ Deze verordening is rechtstreeks van toepassing en is deels uitgewerkt in het Besluit slotallocatie.²⁰

Optie 4: wetgever draagt dienst van algemeen economisch belang op

- 28 Indien de hiervoor genoemde opties niet haalbaar blijken zou nadere wetgeving kunnen worden overwogen waarbij aan Schiphol het vervullen van de netwerkfunctie uitdrukkelijk wordt opgedragen in de vorm van een dienst van algemeen economisch belang (afgekort DAEB).²¹ Op grond van die taakoplegging kan, zo nodig, een uitzondering op het mededingingsrecht worden gemaakt. De meerwaarde van een DAEB is er dus in gelegen dat Schiphol maatregelen mag nemen die zonder dat predikaat in strijd met het mededingingsrecht zouden zijn. Dit gaat echter alleen op als aan een aantal strikte voorwaarden wordt voldaan.
- 29 Ten eerste moet Schiphol met een DAEB worden belast, op grond van wetgeving of een andere maatregel van de overheid. Dat is tot nu toe niet gebeurd. De Wet Luchtvaart bevat tal van verplichtingen voor Schiphol, maar noemt de mainportfunctie van Schiphol slechts marginaal.²² Een eenduidige taakomschrijving ontbreekt en

¹⁹ Verordening 95/93/EG van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van slots op communautaire luchthavens, zoals gewijzigd bij Verordening 793/2004/EG.

²⁰ De EU Slotverordening staat toe dat slots bij voorrang worden toegekend voor geregelde vluchten die het gehele jaar worden uitgevoerd. Zie artikel 8 lid 3 van de EU Slotverordening.

²¹ Artikel 106 lid 2 VWEU.

²² Zie hiervoor de inleiding en artikel 8.3 8.2a, lid 3, Wet Luchtvaart.

begrippen als 'homecarrier' en 'mainport' zijn niet in de wet gedefinieerd. Op dat punt zou de Wet Luchtvaart kunnen worden aangevuld.

- 30 Ook op een ander punt zou wetswijziging de uitvoering van het selectiviteitsbeleid kunnen bevorderen. Thans bepaalt artikel 8.24a van de Wet Luchtvaart dat de exploitant van de luchthaven verplicht is om luchthavenluchtverkeer op de luchthaven toe te laten. Als de mainportfunctie van Schiphol in de wet wordt verankerd, ligt voor de hand deze bepaling tevens te herzien.
- 31 Ten tweede dient duidelijk te zijn wat de opgedragen taak "bijzonder" maakt. Dit hangt samen met de aard van het nagestreefde algemeen belang. In wezen gaat het hier om een conglomeraat van publieke belangen, die worden samengevat onder de noemer 'mainport Schiphol'. Dat begrip omvat de hubfunctie van Schiphol voor het netwerk van KLM en het Skyteam, maar ook – en ruimer – het nationale economische belang bij de uitstraling van de luchthaven binnen de stedelijke regio Amsterdam. Het netwerk van KLM is daarbij de ruggengraat voor de mainportfunctie.
- 32 Hoe zwaarwegend deze publieke belangen ook zijn, het is niet gezegd dat zij ook de vorm kunnen krijgen van een DAEB in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU. Een dergelijke dienst moet specifieke kenmerken vertonen, waarbij het doorgaans gaat om aspecten van dienstverlening die "de markt" niet wil verlenen. In de luchtvaart wordt wel gewerkt met het begrip openbare dienstverplichtingen, maar dan alleen in verband met vliegroutes naar perifere of afgelegen bestemmingen.²³ Tot nu toe is voor grote vliegvelden niet erkend dat zij met een DAEB zijn belast.²⁴ Niettemin kan het bevorderen van de netwerkqualiteit vermoedelijk als een zodanige publieke dienst worden aangemerkt.²⁵
- 33 Ten derde zal moeten worden aangetoond dat onverkorte toepassing van de mededingingsregels het beheer van de DAEB "verhinderen". Verhinderen gaat niet zover als "onmogelijk maken", maar de lat ligt wel hoog. Concreet betekent dit dat maatregelen in het kader van het selectiviteitsbeleid, waarvan moet worden aangenomen dat zij de mededinging beperken, noodzakelijk moeten zijn om Schiphol in staat te stellen haar hubfunctie te vervullen. Dit is niet eenvoudig aan te tonen, maar op voorhand zeker niet onmogelijk.

²³ Artikel 16 van Verordening 1008/2008.

²⁴ Voor regionale vliegvelden, die de functie hebben minder ontwikkelde regio's te ontsluiten, heeft de Commissie die status wel erkend. Nederland heeft ten aanzien van Groningen Eelde Airport geen beroep gedaan op artikel 106 lid 2 EG.

²⁵ Het belang van hubs wordt door de Europese Commissie als zodanig erkend, zij het met name vanuit de noodzaak tot gezamenlijk extern optreden door de Europese Unie. Zie: het externe luchtvaartbeleid van de EU - De aanpak van toekomstige uitdagingen, Mededeling van de Commissie van 27 september 2012, paragraaf 2.3.

Conclusie

- 34 Samenvattend concluderen wij dat er diverse maatregelen mogelijk zijn om de netwerkfunctie van Schiphol te ondersteunen en veilig te stellen. Die maatregelen kunnen zowel berusten op samenwerking met de homecarrier als eenzijdig door Schiphol worden genomen. Dergelijke maatregelen mogen niet leiden tot een ongerechtvaardigd verschil in behandeling van andere carriers die de luchthaven gebruiken.
- 35 Het mededingingsrecht staat niet als zodanig in de weg aan het selectiviteitsbeleid. De migratie van segment 5 vluchten naar Lelystad kan op verschillende manieren worden gerealiseerd. Sommige daarvan zijn nog voorwerp van onderzoek. Binnen een segment mag geen onderscheid worden gemaakt tussen carriers of bestemmingen. De publieke belangen waar Schiphol volgens de overheid voor staat zouden in de wetgeving nadere verankering kunnen krijgen.