



000211

Uitgifte

Repertoriumnummer 2018 / 5783
Datum van uitspraak 27-06-2018
Rolnummer 2018/AR/63

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

☐ Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Koninklijke
art. regulerend
gedaan op 06/07/18

Hof van beroep Brussel

Sectie Marktenhof
19^{de} kamer A
Kamer voor marktzaken

Arrest

Aangeboden op 03 juli 2018
Niet te registreren

792 + DOS
ACC Dist. Regulering ...

De **nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY**, met zetel te 1030 Brussel, Auguste Reyerslaan 80, ondernemingsnummer 0890.082.292

verzoekster,

vertegenwoordigd door Mr. VANHULST Olivier loco Mr. JANSSENS Thomas, advocaat te 1050 BRUSSEL, Marsveldplein 5

tegen de beslissing D-2017-07-LA betreffende de tussentijdse tariefwijziging voor de geregleerde periode van 1 april 2016 t.e.m. 31 maart 2021, zoals finaal voorgesteld op 19 juli 2017 door Brussels Airport Company d.d. 14 december 2017 van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal

tegen

1) De **BELGISCHE STAAT**, vertegenwoordigd door de Minister van Middenstand, Zelfstandigen, K.M.O.'s, Landbouw en Maatschappelijke Integratie, belast met het beleid inzake het spoorwegsysteem en met de regulering van het spoor- en luchtverkeer, hiërarchische overste van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal, met kabinet te 1060 Brussel, Guldenvlieslaan 87

2) De **DIENT REGULERING VAN HET SPOORWEGVERVOER EN VAN DE EXPLOITATIE VAN DE LUCHTHAVEN BRUSSEL-NATIONAAL**, met zetel te 1000 Brussel, Kruidtuinlaan 50 (bus 72), ondernemingsnummer 0308.357.852

verwerende partij,

vertegenwoordigd door Mr. WOUTERS Tine en Mr. RYELANDT Grégoire loco Mr. DE LOPHEM Evrard en loco Mr. VERNET Philippe, advocaat te 1050 BRUSSEL, Eugène Flageyplein 7

• • •

Na in beraadneming op 30 mei 2018 spreekt het Marktenhof volgend arrest uit:

Gelet op:

- beslissing D-2017-07-LA betreffende de tussentijdse tariefwijziging voor de geregleerde periode van 1 april 2016 t.e.m. 31 maart 2021, zoals finaal voorgesteld op 19 juli 2017 door Brussels Airport Company d.d. 14 december 2017 van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal;
- het verzoekschrift van de **nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY**, neergelegd ter griffie van het hof op 12 januari 2018;

- de beschikking, gewezen door het Marktenhof in toepassing van artikel 747, § 1 van het Gerechtelijk Wetboek op 7 februari 2018;
- de conclusies van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY, neergelegd ter griffie van het hof op 13 april 2018;
- de syntheseconclusies van de BELGISCHE STAAT en de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal, neergelegd ter griffie van het hof op 18 mei 2018;
- de stukkenbundel van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY, neergelegd ter zitting van 30 mei 2018;
- het administratief dossier en de stukkenbundel van de BELGISCHE STAAT en de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal, neergelegd ter griffie van het hof op 18 mei 2018.

Ter terechtzitting van 30 mei 2018 (zie het proces-verbaal van de openbare terechtzitting) verklaren de raadslieden van partijen dat de termijnen voor het neerleggen en mededelen van conclusies bij gemeen overleg werden gewijzigd en dat er geen aanleiding is tot wering van een conclusie.

Gehoord de advocaten van partijen in hun pleidooien ter openbare terechtzitting van 30 mei 2018.

. . .

I. FEITEN EN RETRO-ACTA

a) De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY

1. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is de privaatrechtelijke uitbater van de luchthaven Brussel-Nationaal. De aandelen van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY zijn voor 75 % in handen van een consortium van privé-investeerders, de overige 25 % worden aangehouden door de BELGISCHE STAAT.

Op 27 mei 2004 werd een Koninklijk Besluit uitgevaardigd betreffende de omzetting van Brussels International Airport Company (BIAC) in een naamloze vennootschap van privaatrecht en betreffende de luchthaveninstallaties (hierna: Omzettingsbesluit) (B.S. 26 juni 2004). Het Omzettingsbesluit regelt enerzijds de voorwaarden waaronder de omzetting van BIAC in een naamloze vennootschap van privaatrecht zou plaatsgrijpen en anderzijds de voorwaarden van exploitatie van de luchthaveninstallaties onder federale bevoegdheid, met name de luchthaven Brussel-Nationaal.

In het bijhorende Verslag aan de Koning wordt gesteld dat het Omzettingsbesluit een juridisch kader vaststelt dat een permanente controle door de Staat op de exploitatie van luchthaveninstallaties

onder federale bevoegdheid inricht om zo goed mogelijk de belangen van alle gebruikers en het algemeen belang te behartigen. Het Verslag aan de Koning stelt ondubbelzinnig dat de exploitatie van een luchthaven met internationale omvang zoals de luchthaven Brussel-Nationaal een economische bedrijvigheid is die van het grootste belang is voor de Belgische economie en dat de exploitatie van de luchthaven Brussel-Nationaal niet langer een openbare dienst zal zijn.

Bij Koninklijk Besluit van 21 juni 2004 werd aan de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY voor onbepaalde duur de licentie toegekend voor de exploitatie van de luchthaven Brussel-Nationaal (hierna: Licentiebesluit) (B.S. 15 juli 2004). Het Licentiebesluit omvat tevens een nadere regeling van de exploitatievoorwaarden.

b) De Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal

2. De BELGISCHE STAAT is, krachtens art. 11 van de Richtlijn 2009/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2009 inzake luchthavengelden (*Pb. L.* 14 maart 2009, afl. 70, 11), verplicht om een onafhankelijke toezichthoudende autoriteit op te richten die o.a. tot taak heeft, indien er een geschil rijst over een door de luchthavenbeheerder genomen besluit over de luchthavengelden, om de motivering van de wijziging van het systeem of het niveau van de luchthavengelden te onderzoeken.

Bij de privatisering van de luchthaven Brussel-Nationaal heeft de overheid een model van economische regulering opgelegd. Zo werd de Dienst Regulering opgericht bij Koninklijk Besluit van 25 oktober 2004 tot oprichting van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de exploitatie van de luchthaven Brussel-Nationaal, tot vaststelling van zijn samenstelling en het administratief en geldelijk statuut dat van toepassing is op zijn leden (hierna: Oprichtingsbesluit) (B.S. 5 november 2004).

De Dienst Regulering kijkt erop toe dat de voorwaarden en regels inzake exploitatielicenties en luchthavengelden worden gerespecteerd.

3. Onderhavig geschil kadert in de bevoegdheid van de Dienst Regulering om toezicht te houden op de luchthavengelden voor de gereguleerde activiteiten van de luchthaven Brussel-Nationaal. De houder van een exploitatielicentie (*in casu* de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY) bepaalt de luchthavengelden. De Dienst Regulering heeft sinds 2011 enkel een *ex post* bevoegdheid inzake tariefcontrole, met name kan zij enkel een toetsing uitvoeren op de tarieven indien er een meningsverschil bestaat tussen de houder van de exploitatielicentie en de luchtvaartmaatschappijen aangaande de opgelegde luchthavengelden.

c) Gereguleerde en niet-gereguleerde commerciële activiteiten

4. Zowel het Omzettingsbesluit als het Licentiebesluit maken een onderscheid tussen enerzijds de gereguleerde activiteiten en anderzijds de subsidiërende of niet-gereguleerde commerciële activiteiten.

5. Gereguleerde activiteiten worden gedefinieerd als luchtvaartactiviteiten waarvan de inkomsten die de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY kan ontvangen door de Dienst Regulering kunnen worden gecontroleerd door middel van de formule voor de tariefcontrole.

Artikel 1, 12° van het Omzettingsbesluit *juncto* art. 1, 3° van het Licentiebesluit bepalen dat de volgende activiteiten gereguleerde activiteiten zijn:

1. het landen en opstijgen van vliegtuigen,
2. het stationeren van vliegtuigen,
3. het gebruik door de passagiers van de (luchthaven)installaties die te hunner beschikking staan,
4. de brandstofvoorziening voor de vliegtuigen door middel van gecentraliseerde infrastructuur, en
5. de verrichtingen met het oog op het verzekeren van de veiligheid van de passagiers en de veiligheid van luchthaveninstallaties.

De kosten verbonden aan de gereguleerde activiteiten worden doorgerekend aan de gebruikers van de luchthaven Brussel-Nationaal door middel van de luchthavengelden. De inkomsten die de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY uit deze activiteiten ontvangt (en de manier waarop zij de luchthavengelden vaststelt), zijn onderworpen aan een controle door de Dienst Regulering.

6. Subsidiërende activiteiten zijn dan de niet-gereguleerde commerciële activiteiten die niet aan een controle door de Dienst Regulering onderworpen zijn, aangezien zij een zuiver niet-gereguleerd commercieel karakter hebben.¹

Als een activiteit niet onder de categorie van "*gereguleerde activiteiten*" valt, is het per definitie een niet-gereguleerde commerciële activiteit.

7. Voor de gereguleerde activiteiten moest, binnen de vijftien maanden na de toekenning van de exploitatielicentie, en na raadpleging van de luchtvaartmaatschappijen die actief zijn op de luchthaven Brussel-Nationaal, een tariefformule en een tariefsysteem voorgesteld worden aan de luchtvaartmaatschappijen, op grond waarvan de luchthavengelden worden vastgesteld.

d) Vaststelling van het tariefsysteem

¹ Artikel 1, 4° van het Licentiebesluit definieert de subsidiërende activiteiten als volgt:

"a) het verlenen van grondaanhandeldiensten;
b) het ter beschikking stellen van de gebruikers tegen betaling van commerciële oppervlakten, incheckbalies en balies tot verkoop van tickets, bureaus en werkruimtes;
c) het uitbaten, rechtstreeks of onrechtstreeks, van winkels, restaurants en diverse diensten toegankelijk voor de passagiers, zoals bijvoorbeeld diensten die een prioritaire doorgang aan passagiers verlenen;
d) het uitbaten, rechtstreeks of onrechtstreeks, van parkings voor auto's toegankelijk voor de passagiers, hun gezelschap en het personeel van de gebruikers;
e) de publiciteit binnen de luchthaveninstallaties, en
f) het voorzien van de vliegtuigen van air-conditioning en elektriciteit."

8. Bij de vaststelling van het tariefsysteem dient de houder van de licentie rekening te houden met verschillende bepalingen van het Licentiebesluit, waaronder

artikel 42:

“De formule voor de tariefcontrole [...] en het tariefsysteem worden zo vastgesteld dat:

- *de totaal gereguleerde kosten weerspiegeld worden op basis van de resultaten van het ABC kostenmodel;*
- *[...];*
- *de tarieven van de luchthavenvergoedingen voor de gereguleerde activiteiten worden afgestemd op het niveau van de tariefpraktijken van de referentieluchthavens op basis van de resultaten van het tarievenbenchmarkmodel.”*

artikel 43:

“[...] de formule voor de tariefcontrole, het tariefsysteem en hun evolutie gedurende dezelfde gereguleerde periode [...] eerbiedigen de principes van gelijkheid van behandeling en van transparantie, houden rekening met een dienstverlening die voldoening geeft aan de passagiers, de luchtvaartmaatschappijen en de andere economische operatoren, en zijn in overeenstemming met de internationale normen en gebruiken.”

e) *Het ABC-kostenmodel*

9.1. De bepaling van het bedrag van de totale kosten van de veiligheids- en beveiligingsmaatregelen dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY kan recupereren via de luchthavengelden, wordt bepaald aan de hand van het ABC kostenmodel.

Dit model wordt door artikel 1, 32° van het Licentiebesluit omschreven als *“de door de houder in de eerste gereguleerde periode gebruikte Activity Based Costing (ABC)-principes en model ter vaststelling van de formule voor de tariefcontrole”*.

Een ABC kostenmodel is een methode die de kostprijs toewijst aan de activiteiten die de kosten veroorzaken. Binnen een ABC kostenmodel wordt niet gekeken naar wie een product, dienst of project afneemt. De “dienstafname” (vrije vertaling van: *“service consumption”*) van een product, dienst of project is onverenigbaar met het ABC kostenmodel. De kost van een product, dienst of project wordt gealloceerd aan de activiteiten die vereist zijn om een product, dienst of project te maken en deze worden vervolgens gelinkt aan de middelen die ervoor worden aangewend.

Het ABC-kostenmodel wordt volgens de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY eveneens gehanteerd op andere luchthavens in Europa en is dus een marktconforme en algemeen aanvaarde methodologie om kosten onder verschillende producten, diensten of projecten te alloceren.

9.2. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is verplicht zowel krachtens het Omzettingsbesluit als krachtens het Licentiebesluit om het ABC-kostenmodel toe te passen. Bovendien dient zij consequent het tijdens de eerste gereguleerde periode toegepaste ABC-kostenmodel te blijven gebruiken.

9.3. De fundamentele principes die ten grondslag liggen van een ABC-kostenmodel zijn:

- causaliteit: de kosten moeten worden gealloceerd in functie van de activiteiten die de kosten veroorzaken;
- juistheid: het ABC-kostenmodel moet de realiteit van de business weerspiegelen;
- pertinentie: het ABC-kostenmodel moet voor een welbepaald specifiek doel worden gehanteerd.

9.4. Het alloceren binnen het ABC kostenmodel van de kosten van een activiteit aan gereguleerde en/of niet-gereguleerde actoren gebeurt via een *“allocation key”* (vrije vertaling: *“verdeelsleutel”*) die door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY wordt bepaald.

f) De gereguleerde periode en de raadpleging van de gebruikers van de luchthaven

10. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is krachtens art. 34 en 35 van het Omzettingsbesluit *juncto* art. 51 en volgende van het Licentiebesluit verplicht om, om de vijf jaar, de gebruikers van de luchthaven Brussel-Nationaal² te raadplegen omtrent de tarieven die ze beoogt aan te rekenen voor de door haar verstrekte prestaties voor de gereguleerde activiteiten en dit op grond van de prognoses betreffende het verkeer, de inkomsten van de gereguleerde activiteiten, de operationele kosten, de investeringskosten en de financieringskosten (dit is de consultatieprocedure).

11. Op 14 januari 2015 heeft de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY de raadpleging van de luchtvaartmaatschappijen, die actief zijn op de luchthaven Brussel-Nationaal, teneinde de tarieven voor de derde gereguleerde periode (1 april 2016 – 31 maart 2021) te bepalen, aangevat.

Op 8 mei 2015 werd de consultatie beëindigd.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY heeft op 12 mei 2015 haar definitief voorstel van tarieven voor de gereguleerde periode 1 april 2016 – 31 maart 2021 aan de luchtvaartmaatschappijen gecommuniceerd.

Hiertegen werd beroep aangetekend bij de Dienst Regulering.

Bij beslissing D-2015-12-LA d.d. 3 november 2015 heeft de Dienst Regulering de door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY voorgestelde tarieven voor de periode 1 april 2016 – 31 maart 2021, aangepast.

Tegen deze beslissing werd noch door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY, noch door een luchtvaartmaatschappij beroep aangetekend, zodat deze definitief is.

g) De tussentijdse tariefconsultatie en, in voorkomend geval, de tussentijdse aanpassing van de tarieven

² Artikel 1, 9° van het Omzettingsbesluit definieert *“gebruiker”* als *“elke natuurlijke of rechtspersoon die via luchtverkeer passagiers, bagage, post of vracht van of naar luchthaveninstallaties vervoert”*.

12. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY moet de gebruikers van de luchthaven Brussel-Nationaal jaarlijks raadplegen. Het voorwerp van de jaarlijkse consultatie is beperkt en strekt tot de informatie uitwisseling en overleg over wijzigingen in het investeringsplan en de wijzigingen in de tijdslijn van uitvoering ervan, alsmede de mogelijke impact ervan op de tarieven, zonder dat dit aan de formule van de tariefcontrole raakt, noch aan de in de meerjarige consultatie vastgestelde evolutie van de tarieven.

13. Hoewel de tarieven die de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY mag aanrekenen voor de gereguleerde activiteiten in beginsel vastliggen voor een vijfjarige periode en deze (mogen) evolueren overeenkomstig de tariefformule, voorziet het Licentiebesluit één uitzondering op dit beginsel, meer bepaald wanneer de overheid bepaalde maatregelen oplegt aan de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY die moeten ingevoerd worden tijdens een vijfjarige periode. In voorkomend geval, mogen de bijkomende kosten die hiervan het gevolg zijn, alsnog doorgerekend worden in de tarieven. Voorafgaand aan deze doorrekening, dienen de gebruikers opnieuw geconsulteerd te worden.

Artikel 45 van het Licentiebesluit bepaalt in dat verband het volgende:

“De houder kan de formule voor de tariefcontrole en het tariefsysteem herzien om de kosten te compenseren die voortvloeien uit de eenzijdige oplegging, door de overheid, van verplichtingen in het kader van de milieuwetgeving onder andere het isolatieprogramma bedoeld in artikel 7, 12°, van de wetgeving inzake veiligheid en beveiliging, van de wetgeving inzake luchtverkeer en van het toezicht op de licentie door de overheid. Een dergelijke herziening kan plaatshebben gedurende een reguleringsperiode mits naleving van de bepalingen van afdeling III van dit hoofdstuk.”

14. De overheid heeft o.a. in de nasleep van de terroristische aanslagen van 22 maart 2016, aan de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY bijkomende maatregelen voor veiligheid en beveiliging van de luchthaven Brussel-Nationaal opgelegd. In het bijzonder heeft de overheid aan de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY volgende bijkomende maatregelen voor veiligheid en beveiliging opgelegd:

- gedragsdetectie³;
- beperking van de toegang⁴;
- automatische nummerplaat herkenning⁵;
- controleposten⁶;
- gezichtsherkenningsvermogen en analyse van video-inhoud⁷;
- willekeurige explosieve traceer detectie⁸;
- verhoogde toegangscontrole⁹.

De eerste vijf maatregelen werden opgelegd door Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken Jambon bij schrijven van 18 januari 2017 (zie: stuk nr. 6 bundel van de nv BRUSSELS AIRPORT

³ Vrije vertaling van: “behavioral detection”.

⁴ Vrije vertaling van: “curb access limitation”.

⁵ Vrije vertaling van: “automatic number plate recognition”.

⁶ Vrije vertaling van: “check points”.

⁷ Vrije vertaling van: “facial recognition capacity and video content analysis”.

⁸ Vrije vertaling van: “random explosive trace detection”.

⁹ Vrije vertaling van: “enhanced access control”. Deze tijdelijke maatregel werd onmiddellijk na de aanslagen opgelegd door de federale politie en betrof de zgn. pre-check-in tenten voor de luchthaventerminal.

COMPANY). De zesde maatregel werd opgelegd door het Directoraat-generaal Luchtvaart (hierna: DGLV) middels een schrijven van 21 december 2016 (zie: stuk nr. 7 bundel van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY. De eerste zes maatregelen werden bekrachtigd bij de Wet van 31 juli 2017 strekkende tot bekrachtiging van het opleggen van de actieplannen en van de implementatie van de beveiligingsmaatregelen van Brussels Airport Company (B.S. 24 augustus 2017). Deze maatregelen werden opgelegd in de nasleep van de aanslagen van 22 maart 2016.

15. Verder heeft de overheid ook nog, los van de aanslagen van 22 maart 2016, andere veiligheids- en beveiligingsmaatregelen opgelegd, nadat de tarieven voor de gereguleerde periode van 1 april 2016 – 31 maart 2021 waren vastgelegd. Het betreft in het bijzonder:

- maatregelen inzake brandveiligheid geïmplementeerd door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY op grond van de toepasselijke Europese veiligheidsreglementering en van de voorschriften van DGLV. Deze maatregelen strekten tot het behoud van het EASA-Aerodrome certificaat, noodzakelijk om als luchthavenuitbater te kunnen blijven opereren, zodat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY uiteraard verplicht was om deze maatregelen na te komen;
- de oprichting van een zogenaamde “unity of command”, met name een commando-eenheid tussen de politiediensten en de verschillende beveiligingscapaciteiten van de luchthaven. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY moet infrastructuur en IT diensten ter beschikking stellen;
- maatregel inzake het scannen van de instapkaarten, opgelegd als beveiligingsmaatregel door DGLV bij schrijven van 21 december 2016;
- maatregel inzake verhogen slaagkansen bij computer gestuurde training¹⁰, opgelegd als beveiligingsmaatregel door DGLV bij schrijven van 21 december 2016;
- de oprichting door de overheid binnen de Federale Politie van een nieuwe dienst, met name de Dienst Algemene Beveiliging (DAB). De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY dient hiervoor bij te dragen in de kosten. Deze beveiligingsmaatregel werd opgelegd door de Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken bij schrijven van 2 oktober 2017.

16. Als gevolg van de door de overheid opgelegde bijkomende maatregelen voor veiligheid en beveiliging, die niet voorzienbaar waren tijdens de vijfjarige consultatie die de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY in 2015 heeft doorgevoerd, heeft de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY krachtens art. 45 van het Licentiebesluit de gebruikers, met name de luchtvaartmaatschappijen actief op de luchthaven Brussel-Nationaal, geraadpleegd met het oog op het doorrekenen van de kosten van de eenzijdig door de overheid opgelegde bijkomende veiligheids- en beveiligingsmaatregelen.

In concreto zou dit, indien de aanpassingen van de tarieven op 1 november 2017 zouden zijn doorgevoerd, in de volgende stijging van de tarieven hebben geresulteerd:

- een stijging van 0,65 € van de zogenaamde “security charges” per (vertrekkende, transfer of transit) passagier om de kost van de extra beveiligingskost te dekken;
- een stijging van 0,10 € van de zogenaamde “landing and take-off” charges voor cargo- en passagiersvliegtuigen en een stijging van 0,62 € voor helikopters.

De effectieve stijging van de tarieven is afhankelijk van het ogenblik waarop de tarieven effectief geïmplementeerd worden. De totaliteit van de meerkost van de bovenvermelde maatregelen en de zogenaamde toegelaten inkomsten (geraamd op 34,8 miljoen euro en waarover dus geen betwisting

¹⁰ Vrije vertaling van: “succes criteria increase Computer Based Training”.

is) dienen immers over de resterende looptijd van de huidige gereuleerde periode (eindigend op 31 maart 2021) gerecupereerd te worden.¹¹

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY heeft deze aangepaste tarieven voorgesteld op 19 juli 2017.

17. Elke gebruiker kan op het einde van de consultatieperiode tegen het tariefvoorstel dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY voorstelt, bij de Dienst Regulering een klacht indienen overeenkomstig art. 55, § 3 van het Licentiebesluit.¹²

Bij schrijven d.d. 16 augustus 2017 heeft – enkel – Ryanair bij de Dienst Regulering een klacht ingediend tegen het voorstel van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY.

Op 14 december 2017 heeft de Dienst Regulering de *“Beslissing D-2017-07-LA betreffende de tussentijdse tariefwijziging voor de gereuleerde periode van 1 april 2016 – 31 maart 2021, zoals finaal voorgesteld op 19 juli 2017 door Brussels Airport Company”* genomen, dit is de thans bestreden beslissing.

II. BESTREDEN BESLISSING

18. In de bestreden beslissing heeft de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal als volgt beslist:

“A. Het door de luchthavenuitbater voorgestelde tariefsysteem van 19 juli 2017 betreffende de kosten van de veiligheidsmaatregelen is discriminatoir in de zin van artikel 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang met de artikelen 35, §2, 3^e lid, 2^o van het Omzettingsbesluit en 43 van het Licentiebesluit, omdat de kosten integraal worden gerecupereerd via de luchthavengelden en er geen verdeling van de kosten is naar andere actoren die ook van de maatregelen gebruik maken.

¹¹ De Dienst Regulering had reeds bij tussentijdse beslissing d.d. 6 september 2017 beslist dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY niet, met Ingang van 1 november 2017, de door haar voorgestelde tariefaanpassingen mocht doorvoeren.

¹² Artikel 55, § 3 van het Licentiebesluit bepaalt het volgende:

“Indien een gebruiker van de luchthaven Brussel-Nationaal de door de houder van een exploitatiellicentie voorgestelde definitieve formule voor de tariefcontrole of het tariefsysteem weigert, dient deze gebruiker, binnen de dertig dagen die volgen op de kennisgeving van de definitieve formule voor de tariefcontrole of het tariefsysteem door de houder aan de gebruikers, bij een aangetekende zending met ontvangstbewijs, aan de economisch regulerende overheid, een met redenen omkleed verzoekschrift te richten. Dit verzoekschrift bevat, op straffe van nietigheid, het onderwerp en de exhaustieve opsomming van de ingeroepen middelen die de gebruiker ter ondersteuning van zijn welgering ontwikkelt.

De economisch regulerende overheid dient het verzoekschrift binnen zeven dagen ter kennis te geven aan de houder van een exploitatiellicentie die binnen dertig dagen zijn opmerkingen op het verzoekschrift bij een aangetekende zending met ontvangstbewijs kan laten gelden.

De economisch regulerende overheid is verplicht de betrokken partijen te raadplegen alvorens een beslissing te nemen. Ze laat met name aan elke partij toe om kennis te nemen van de argumenten van de andere partijen.

De economisch regulerende overheid neemt zo spoedig mogelijk en, in ieder geval, binnen vier maanden na de ontvangst van het verzoekschrift, een definitieve beslissing over de middelen ontwikkeld door de gebruiker. Deze termijn kan in uitzonderlijke en naar behoren onderbouwde gevallen met twee maanden worden verlengd. De economisch regulerende overheid neemt, binnen vier weken na de ontvangst van het verzoekschrift een voorlopige beslissing aangaande het van kracht worden van de wijziging van de luchthavengelden, tenzij binnen dezelfde termijn een definitieve beslissing kan worden genomen.”

Het door de luchthavenuitbater voorgestelde tariefsysteem van 19 juli 2017 betreffende de kosten van de beveiligingsmaatregelen is discriminatoir in de zin van artikel 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang met de artikelen 35, §2, 3^e lid, 2^o van het Omzettingsbesluit en 43 van het Licentiebesluit, omdat de kosten integraal worden gerecupereerd via de luchthavengelden en er geen verdeling is naar andere actoren die ook van de maatregelen gebruik maken.

Het gewijzigde tariefvoorstel, zoals schriftelijk gecommuniceerd door Brussels Airport Company na afloop van de raadplegingen op 19 juli 2017 en zoals weergegeven onder punt 4.2.1 van deze beslissing, kan daarom niet in werking treden.

B. Op grond van artikel 55, § 4, a) van het Licentiebesluit legt de Dienst Regulering een nieuwe raadplegingsperiode op met het oog op het bereiken van een akkoord voor de gebruikers over de formule voor de tariefcontrole en het tariefsysteem, waarbij volgende wijzigingen worden in acht genomen:

- De luchthavenuitbater wijzigt de verdeelsleutel die hij toepast op de kosten van veiligheid en beveiliging die het voorwerp uitmaken van de tussentijdse tariefconsultaties van 30 maart 2017 t.e.m. 14 juli 2017 en waarvoor een gewijzigd tariefvoorstel werd gedaan op 19 juli 2017;*
- De luchthavenuitbater hanteert hiertoe een verdeelsleutel die de kosten van de veiligheids- en beveiligingsmaatregelen toewijst aan alle service consumers ervan en dit aan de hand van de principes van non-discriminatie, kostengerelateerdheid en proportionaliteit.*
- Het voorwerp van de nieuwe raadplegingsperiode is beperkt tot het vinden van een overeenkomst omtrent de te wijzigen verdeelsleutel.*
- De duur van de nieuwe raadplegingsperiode tussen BAC en de gebruikers bedraagt volgens de reglementering maximaal vier maanden.*

De Dienst Regulering is evenwel van mening dat een verkorte duurtijd van één maand wenselijker is in het belang van alle betrokken partijen. Enerzijds wordt de uitbater op deze manier in de mogelijkheid gesteld zijn uitgaven sneller te recupereren. Anderzijds beschikken de luchtvaartmaatschappijen over een langere resterende periode van de huidige vijffarenperiode waarbinnen de aangepaste luchthavengelden zullen worden geheven.

- De partijen volgen de raadplegingsprocedure conform de relevante bepalingen van het Licentiebesluit.*

C. De luchthavenuitbater doet in functie van de geconsulteerde verdeelsleutel een herberekening van de gereguleerde tarieven rekening houdend met de resterende looptijd van de gereguleerde periode 2016-2012.

De nieuwe raadplegingsperiode laat de bepalingen van artikel 55 van het Licentiebesluit verder onverlet."

III. VOORWERP VAN HET BEROEP

19. Het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY strekt ertoe:*“IN HOOFDORDE*

De “beslissing D-2017-07-LA betreffende de tussentijdse tariefwijziging voor de gereguleerde periode van 1 april 2016 t.e.m. 31 maart 2021, zoals finaal voorgesteld op 19 juli 2017 door Brussels Airport Company” dd. 14 december 2017 van geïntimeerde in zoverre deze heeft geoordeeld dat het door concludante voorgestelde tariefsysteem van 19 juli 2017 betreffende enerzijds de kosten van veiligheidsmaatregelen en anderzijds de kosten van beveiligingsmaatregelen discriminatoir zou zijn, te vernietigen.

IN ONDERGESCHIKTE ORDE

Te zeggen voor recht dat de “beslissing D-2017-07-LA betreffende de tussentijdse tariefwijziging voor de gereguleerde periode van 1 april 2016 t.e.m. 31 maart 2021, zoals finaal voorgesteld op 19 juli 2017 door Brussels Airport Company” dd. 14 december 2017 van geïntimeerde in zoverre ze “service consumption”¹³ als kostallocatiemethode invoert niet kan worden gevolgd daar dit artikel 1, 32° van het Koninklijk Besluit van 21 juni 2004 werd aan concludante voor onbepaalde duur de licentie toegekend voor de exploitatie van de luchthaven Brussel-Nationaal schendt en tevens te zeggen voor recht dat de luchtvaartmaatschappijen en de commerciële concessionarissen actief op de luchthaven Brussel-Nationaal geen vergelijkbare categorieën uitmaken, aangezien enkel de gebruikers zoals gedefinieerd in voornoemd Koninklijk Besluit met elkaar vergeleken mogen worden door de Dienst.

IN DE MEEST ONDERGESCHIKTE ORDE

De “beslissing D-2017-07-LA betreffende de tussentijdse tariefwijziging voor de gereguleerde periode van 1 april 2016 t.e.m. 31 maart 2021, zoals finaal voorgesteld op 19 juli 2017 door Brussels Airport Company” dd. 14 december 2017 van geïntimeerde in zoverre deze heeft geoordeeld dat het door concludante voorgestelde tariefsysteem van 19 juli 2017 betreffende de kosten van veiligheids- en beveiligingsmaatregelen, te vernietigen.

IN IEDER GEVAL

Te zeggen voor recht dat geïntimeerde op de website van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal (www.regul.be) het tussen te komen arrest dient te publiceren binnen de vijf werkdagen na de betekening ervan op verzoek van concludante, onder verbeurte van een dwangsom van 250 € per dag vertraging.

Geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.”

20. De BELGISCHE STAAT en de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal besluiten tot de onontvankelijkheid en de ongegrondheid van het verzoek tot vernietiging van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY.

¹³ Vrije vertaling: “dienstafname”.

Zij vragen de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding berekend conform het Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek.

IV. ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEROEP

21. De BELGISCHE STAAT en de Dienst Regulering voeren twee middelen aan inzake de ontvankelijkheid van het beroep.

IV.1. Eerste middel: het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY ingesteld tegen de Dienst Regulering, is onontvankelijk omdat de Dienst Regulering geen rechtspersoonlijkheid heeft en bijgevolg niet in rechte kan gedaagd worden

Standpunten van partijen

De Dienst Regulering en de BELGISCHE STAAT

22. De Dienst Regulering is opgericht bij het Oprichtingsbesluit.

Artikel 4, eerste lid van het Oprichtingsbesluit zet het bijzonder karakter uiteen van het statuut van de Dienst Regulering:

“De Dienst is organisatorisch, functioneel, hiërarchisch en wat de besluitvorming betreft onafhankelijk en juridisch gescheiden van elke spoorwegonderneming, elke infrastructuurbeheerder, van elke andere publieke of privaatrechtelijke entiteit en ook van de beheerder van de luchthaven Brussel-Nationaal en van alle luchtvaartmaatschappijen”.

De artikelen van het Oprichtingsbesluit bepalen echter in geen enkel opzicht dat de Dienst Regulering over rechtspersoonlijkheid beschikt. Aangezien het Oprichtingsbesluit tot op heden nog steeds niet gewijzigd is, heeft de Dienst Regulering tot op heden nog steeds geen rechtspersoonlijkheid.

Om deze redenen dient het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY tegen de Dienst Regulering onontvankelijk verklaard te worden.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY

23. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY merkt op dat de Dienst Regulering geen rechtspersoonlijkheid heeft. Omdat de Dienst Regulering in een andere zaak reeds als autonome partij is opgetreden, verkiest de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY om de Dienst Regulering veiligheidshalve toch als “geïntimeerde” aan te merken, maar gedraagt zich naar de wijsheid van het hof aangaande de ontvankelijkheid.

Beoordeling

24. Bij arrest van 30 november 2016 (2015/AR/2119, Infrabel tegen de Dienst Regulering en de Belgische Staat) oordeelde het hof als volgt:

“Hoewel de Dienst Regulering organisatorisch, functioneel, hiërarchisch en wat de besluitvorming betreft onafhankelijk en juridisch gescheiden is van elke spoorwegonderneming, elke infrastructuurbeheerder, van elke andere publieke of privaatrechtelijke entiteit en ook van de beheerder van de luchthaven Brussel-Nationaal en van alle luchtvaartmaatschappijen, kan het Hof enkel vaststellen dat de Dienst Regulering op heden geen rechtspersoonlijkheid heeft en evenmin macht heeft om in rechte op te treden. Het beroep gericht tegen de Dienst Regulering is bijgevolg onontvankelijk”.

Het hof bevestigt thans deze rechtspraak.

Het beroep gericht tegen de Dienst Regulering is bijgevolg onontvankelijk.

IV.2. Tweede middel: het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY werd ingesteld volgens art. 2 Wet van 9 juli 2004. Volgens dit artikel is het Gerechtelijk Wetboek van toepassing voor wat betreft de procedure. Volgens art. 17 en 18 Ger. W. dient de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY bij het instellen van haar beroep een reeds verkregen en dadelijk belang aan te tonen. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY toont niet aan dat zij gegriefd is door de bestreden beslissing. Het beroep is bovendien voorbarig. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY zal de kosten voor brandveiligheid en beveiliging recupereren. Het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is onontvankelijk gezien het niet voldoet aan art. 17 en 18 Ger. W.

Standpunten van partijen

De BELGISCHE STAAT

25. Ingevolge art. 2 Wet van 9 juli 2004 houdende diverse bepalingen (B.S. 15 juli 2004) kan tegen de besluiten van de regulator beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld voor het Marktenhof door diegenen die de activiteiten uitoefenen zoals bedoeld in art. 1 van het Licentiebesluit. Voor wat de procedure betreft, is het Gerechtelijk Wetboek van toepassing, waarbij het hof van beroep uitspraak doet zoals in kort geding.

26. Volgens art. 17 Ger. W. kan de rechtsvordering van een verzoeker slechts worden toegelaten indien deze laatste de juiste hoedanigheid en een belang heeft om ze in te dienen. Dit belang moet een reeds verkregen en dadelijk belang zijn en dient bovendien te worden ingesteld om de schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen (art. 18 Ger. W.).

Het is de BELGISCHE STAAT niet duidelijk wat dit reeds verkregen en dadelijk belang is voor de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY.

In haar verzoekschrift en conclusies vordert de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY de vernietiging van de bestreden beslissing *“inzoverre deze heeft geoordeeld dat het door verzoekster voorgestelde*

tariefsysteem van 19 juli 2017 betreffende enerzijds de kosten van veiligheidsmaatregelen en anderzijds de kosten van beveiligingsmaatregelen discriminatoir zou zijn”.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY geeft niet aan hoe de bestreden beslissing haar rechten zou geschonden hebben en/of welk nadeel deze beslissing voor haar zou hebben, aangezien de Dienst Regulering in de bestreden beslissing enkel oordeelde dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY een nieuwe raadplegingsprocedure dient op te starten met het oog op het bereiken van een akkoord met de luchtvaartmaatschappijen over de formules voor de tariefcontrole en het tariefsysteem, waarbij volgende wijzigingen worden in acht genomen:

- *“De luchthavenuitbater wijzigt de verdeelsleutel die hij toepast op de kosten van de gereguleerde activiteiten van brandveiligheid en beveiliging die het voorwerp uitmaken van de tussentijdse tariefconsultaties van 30 maart 2017 t.e.m. 14 juli 2017 en waarvoor een gewijzigd tariefvoorstel werd gedaan op 19 juli 2017;*
- *De luchthavenuitbater hanteert hiertoe een verdeelsleutel die de kosten van de brandveiligheids- en beveiligingsmaatregelen toewijst aan alle service consumers ervan, en dit aan de hand van de principes van non-discriminatie, kostengerelateerdheid en proportionaliteit.”*

Het voorwerp van de nieuwe raadplegingsperiode is dan ook beperkt tot het vinden van een overeenkomst omtrent de te wijzigen verdeelsleutel om de betrokken kosten te recupereren.

De bestreden beslissing verhindert aldus op geen enkele wijze dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY de kosten die zij heeft moeten maken en nog zal moeten maken voor de uitvoering van de maatregelen voor beveiliging en brandveiligheid, zal recupereren.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY bewijst dan ook geen nadeel of schade die zij zou kunnen gaan lijden door de bestreden beslissing. Het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is dus minstens voorbarig.

Het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY dient dus onontvankelijk verklaard te worden bij gebrek aan belang.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY

27. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY noemt de redenering van de BELGISCHE STAAT dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY *“de kosten voor brandveiligheid en beveiliging [zal kunnen] recupereren”*, terwijl hij terzelfdertijd erkent dat de beslissing aan de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY oplegt om een verdeelsleutel te hanteren om de kosten van veiligheids- en beveiligingsmaatregelen gedeeltelijk te alloceren aan niet-gereguleerde commerciële activiteiten, niet ernstig.

Het belang in de zin van art. 17 en 18 Ger. W. vereist dat een beslissing een partij grieft.

In casu kan de BELGISCHE STAAT niet ernstig betwisten dat de beslissing aan de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY schade berokkent. Immers belet de beslissing dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY de door haar gedragen kost van de door de overheid opgelegde nieuwe veiligheids- en

beveiligingsmaatregelen integraal kan doorrekenen aan de gebruikers van de luchthaven,¹⁴ vermits de Dienst Regulering wil dat een deel van deze kosten zou worden gedragen door de commerciële activiteiten van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY die ook van deze maatregelen beweerdelijk zouden profiteren/genieten.

Indien de beslissing niet wordt vernietigd zal de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY ze uiteraard dienen na te leven en zal zij niet alle gemaakte kosten voortvloeiende uit de nieuwe veiligheids- en beveiligingsmaatregelen kunnen recupereren van de gebruikers van de luchthaven, daar de beslissing haar oplegt om een verdeelsleutel te hanteren om de totale kostprijs van de nieuw opgelegde veiligheids- en beveiligingsmaatregelen te spreiden over “alle gebruikers” van de luchthaven en niet enkel van de afnemers van gereguleerde activiteiten verstrekt door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is immers geenszins noch wettelijk, noch contractueel gerechtigd om het deel van de kosten voortvloeiende uit de nieuwe veiligheids- en beveiligingsmaatregelen dat zij niet mag doorrekenen aan de gebruikers van de luchthaven, door te rekenen aan de commerciële concessionarissen die op de luchthaven actief zijn. M.a.w. dient zij het deel van de kost van de nieuwe veiligheids- en beveiligingsmaatregelen dat zij krachtens de beslissing niet mag doorrekenen aan de gebruikers, zelf te dragen.

De beslissing schaadt dus wel degelijk de financiële belangen van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY, zodat de ontvankelijkheid van het beroep vaststaat.

Beoordeling

28. Artikel 17 Ger. W. stelt dat een rechtsvordering niet kan worden toegelaten indien de eisende partij geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen.

Er bestaat geen wettelijke definitie van het begrip “belang”. Het belang wordt omschreven als ieder materieel of moreel – daadwerkelijk, maar niet theoretisch – voordeel dat de eiser kon halen uit de vordering die hij instelde, op het ogenblik waarop hij die vordering aanhangig maakte, zelfs zo de erkenning van het recht, de ontleding of de ernst van de schade slechts komen vast te staan op het ogenblik van de uitspraak van het vonnis (zie: P. VANLERSBERGHE, “Artikel 17 Ger. W.”, in X., *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, (1) 9, nr. 7). Het belang moet rechtstreeks en persoonlijk zijn. De eiser moet tevens een reeds verkregen en dadelijk belang hebben.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY stelt terecht dat de beslissing haar financiële belangen zal schaden indien zij niet zal worden vernietigd. Zij zal immers niet alle gemaakte kosten voortvloeiende

¹⁴ Zie en vergelijk met het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 29 februari 1996, waarin het Hof voor recht heeft gezegd dat “Overwegende dat, krachtens artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek, de rechtsvordering niet kan worden toegelaten indien de eiser geen belang heeft om ze in te dienen; dat, krachtens artikel 18, eerste lid, van dat wetboek, het belang een bij de inleiding reeds verkregen en dadelijk belang moet zijn;

Dat dit laatste niet vereist dat de eiser schade heeft geleden of een schadevergoeding aan een derde heeft uitgekeerd; Overwegende dat het arrest oordeelt dat elseres geen belang had om de vordering in te stellen op grond dat zij niet aan toonde dat zij bij het inleiden van de vordering reeds schade had geleden of schadevergoeding had uitgekeerd; Dat het arrest op grond van de feiten die het vaststelt, niet wettig heeft kunnen beslissen dat elseres geen belang had bij de rechtsvordering;

Dat het onderdeel gegrond is.” (Cass. 29 februari 1996, C.93.0511.N, www.cass.be).

uit de nieuwe veiligheids- en beveiligingsmaatregelen kunnen recupereren van de gebruikers van de luchthaven. Evenmin zal zij gerechtigd zijn om de niet-gerecupereerde kosten door te rekenen aan de commerciële concessionarissen die op de luchthaven actief zijn.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY beschikt derhalve over het vereiste belang om huidig beroep in te stellen, zodat het beroep ontvankelijk is.

V. GEGRONDHEID VAN HET BEROEP

V.1. Voorafgaande opmerking

29. Het hof is niet verplicht om te antwoorden op alle middelen van partijen en kan volstaan met een onderzoek naar het middel waarop de gegrondheid van het beroep steunt.

V.2. Tweede middel: de beslissing schendt art. 1, 12° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 3° en 44 van het Licentiebesluit

- Standpunten van partijen

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY

30. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is van oordeel dat de stelling van de Dienst Regulering om een deel van de kosten van veiligheids- en beveiligingsmaatregelen te alloceren aan niet-gereguleerde commerciële activiteiten, faalt in rechte.

In de bestreden beslissing wordt deze stelling als volgt onderbouwd:

“168. De wetgeving bepaalt echter niet dat de kosten van de gereguleerde activiteiten integraal via deze tarieven moeten worden gedekt. Er is in de regelgeving geen enkele gebiedende bepaling die stelt dat de kost die gegenereerd wordt voor gereguleerde activiteiten exclusief dient gedragen te worden door de luchtvaartmaatschappijen of hun passagiers. Evenmin wordt het door de wetgeving verboden om deze kost gedeeltelijk door te schuiven naar andere spelers die actief zijn op de luchthaven.

169. De Dienst Regulering concludeert dan ook dat de toepasselijke regelgeving geen rechtstreeks verband voorziet tussen de kosten van gereguleerde activiteiten en de integrale toewijzing ervan aan luchtvaartmaatschappijen of passagiers via de luchthavenvergoeding.”

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY legt haar zienswijze uit, zoals hierna omschreven.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY geniet de principiële vrijheid van handel en nijverheid. Uitzonderingen op deze vrijheid dienen dan ook, krachtens het adagium *lex specialis derogat legi generali*, restrictief te worden geïnterpreteerd.

Aangezien noch het Omzettingsbesluit noch het Licentiebesluit bepalen dat de kosten van veiligheid en beveiliging, die de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY sowieso moet maken, conform haar

licentieverplichtingen, om de luchthaven Brussel-Nationaal te kunnen uitbaten, moeten worden verdeeld tussen de geregleerde en niet-geregleerde commerciële activiteiten, mist de bestreden beslissing rechtsgrond, minstens schendt ze art. 1, 12° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 3° van het Licentiebesluit.

Artikel 42 van het Licentiebesluit bepaalt daarentegen dat de tarieven zo moeten worden vastgesteld dat:

- 1° de totaal geregleerde kosten weerspiegeld worden op basis van de resultaten van het ABC kostenmodel,
- 2° een billijke winstmarge wordt gewaarborgd ter vergoeding van de geïnvesteerde kapitalen, met name met het oog op het waarborgen van de ontwikkeling van de luchthaveninstallaties in overeenstemming met de bepalingen van het Licentiebesluit,
- 3° de tarieven van de luchthavenvergoedingen voor de geregleerde activiteiten worden afgestemd op het niveau van de tariefpraktijken van de referentieluchthavens op basis van de resultaten van het tarievenbenchmarkmodel.

Al de bijkomende kosten die de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY wil doorrekenen, vloeien voort uit de opgelegde overheidsmaatregelen, zijn het gevolg van de geregleerde activiteiten en de uitbating van de luchthaven Brussel-Nationaal, de luchthaveninstallaties en zijn in hoofdzaak bestemd om gebruikt te worden voor de geregleerde activiteiten in de zin van art. 1, 12° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 3° van het Licentiebesluit. Een deel van de veiligheids- en beveiligingskosten is gebonden aan niet-geregleerde commerciële activiteiten en dienvolgens ook niet opgenomen in de geregleerde tarieven. Dit is een correcte toepassing van het bestaande ABC kostenmodel. De kosten van de niet-geregleerde commerciële activiteiten dienen niet en worden ook niet in de geregleerde tarieven opgenomen. De beslissing die een alternatief basisprincipe voor het ABC kostenmodel wil opleggen gesteund op het "gebruik", kan niet worden weerhouden, aangezien zij het bestaande ABC kostenmodel miskent.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY wijst er nog op dat deze methodologie eveneens wordt gebruikt op andere luchthavens en dus marktpraktijk is en ook wordt bevestigd in de relevante literatuur over zogenaamde "*Activity Based Costing*". Hier wordt steeds verwezen naar het causaliteitsprincipe: welke actoren veroorzaken welke kost? Bepaalde niet geregleerde actoren hebben een impact op de kostenbasis van b.v. veiligheid. Dit is waarom dat deel van de kosten uit de kostenbasis wordt verwijderd die als basis dient voor het vastleggen van de tarieven. Daarom is het belangrijk dat kosten steeds worden toegewezen op basis van de meest relevante parameter die de causaliteit weerspiegelt.

De beslissing die de kosten die intrinsiek en exclusief verbonden zijn aan de geregleerde activiteiten, gedeeltelijk wil alloceren aan niet-geregleerde commerciële activiteiten, dient te worden vernietigd.

31. In antwoord op het vijfde middel van de BELGISCHE STAAT, stelt de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY dat de door de BELGISCHE STAAT en de Dienst Regulering ingeroepen bepalingen de gelijke behandeling beogen te garanderen van de gebruikers die geregleerde diensten van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY afnemen. De gebruikers die geregleerde diensten afnemen, worden gelijk behandeld. De beslissing oordeelt niet dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY de gebruikers die geregleerde diensten afnemen onderling zou discrimineren, maar stelt dat de nv BRUSSELS

AIRPORT COMPANY de gebruikers van de luchthaven zou discrimineren door geen onderscheid te maken onder de gebruikers van de luchthaven, ongeacht of zij gereguleerde of niet-gereguleerde diensten afnemen. De beslissing laat na aan te geven welke bepaling zulke gelijke behandeling zou gebieden.

Artikel 35, § 2, derde lid, van het Omzettingsbesluit en art. 43 van het Licentiebesluit hebben enkel betrekking op de formule voor tariefcontrole en op het tariefsysteem (voor gebruikers van gereguleerde activiteiten). Dit is logisch, aangezien de controle van de Dienst Regulering beperkt is tot het toezicht op de inkomsten die de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY bekomt uit de gereguleerde activiteiten.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is geenszins onderworpen aan enige controle van de Dienst Regulering voor wat betreft de inkomsten die zij genereert uit haar commerciële activiteiten.

32. Indien het hof de stelling van de BELGISCHE STAAT en de Dienst Regulering zou onderschrijven, dan zou het hof aan de Dienst Regulering een controlebevoegdheid toekennen over al de inkomsten van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY en dus het onderscheid tussen de gereguleerde en niet-gereguleerde commerciële activiteiten ongedaan maken. Bovendien zou, in voorkomend geval, de vrijheid van handel en nijverheid van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY ongedaan worden gemaakt, aangezien zij voor elke beslissing het risico zal lopen door de Dienst Regulering te worden teruggefloten. Het is duidelijk dat dergelijke visie haaks op de duidelijke wil van de wetgever zou staan en dus rechtsgrond zou missen.

33. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY merkt nog op dat de ontwikkeling van de niet-gereguleerde commerciële activiteiten (die accessoir zijn aan de gereguleerde activiteiten) geen, dan wel verwaarloosbare kosten door de specifieke nieuwe veiligheids- en beveiligingsmaatregelen tot gevolg hebben en dat de commerciële concessionarissen ook geen vragende partij voor deze bijkomende maatregelen zijn.

34. Specifiek wat de brandbeveiliging betreft, legt de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY uit dat de brandbeveiliging op de luchthaven van Brussel-Nationaal twee verschillende aspecten omvat: enerzijds is er de brandbeveiliging van de gebouwen die door de passagiers gebruikt worden en anderzijds is er de brandbeveiliging van het bewegingsterrein voor vliegtuigen.

De allocatie van de kosten van beide brandbeveiligingsaspecten is correct onderbouwd op basis van causaliteit van kosten, conform de relevante principes voor het toepassen van het ABC kostenmodel.

De aanwezigheid van andere actoren dan luchtvaartmaatschappijen op het bewegingsterrein hebben geen impact op de dimensionering van de brandbeveiliging van het bewegingsterrein. Deze kost dient dan ook volledig als gereguleerd te worden beschouwd en er dient geen verdeelsleutel te worden toegepast.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY is tevens van oordeel dat de luchtvaartmaatschappijen enerzijds en de beperkte andere actoren actief op het bewegingsterrein anderzijds geenszins vergelijkbare categorieën zijn. Immers, de luchtvaartmaatschappijen vervoeren passagiers en sluiten dan ook vervoersovereenkomsten met deze laatste af, daar waar de andere actoren actief op het bewegingsgebied louter ondersteunende diensten aan de luchtvaartmaatschappijen verstrekken en

enkel een contractuele band met luchtvaartmaatschappijen hebben. Dit verschil verklaart dan ook waarom de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY meent dat de kost van de bijkomende brandbestrijdingsmaatregelen enkel de luchtvaartmaatschappijen dient te worden aangerekend. Deze maatregelen strekken ertoe de luchtvaartmaatschappijen (en dus de passagiers) te beschermen, zodat het niet meer dan billijk is dat de luchtvaartmaatschappijen deze kost dragen.

De bijkomende kosten voor brandbeveiliging, meer bepaald de aankoop van brandweervoertuigen en de aanwerving van brandweerlui en de kost van bijkomende opleidingen, die de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY heeft moeten maken, zijn het gevolg van een wijziging in de voorschriften uitgevaardigd door de European Aviation Safety Agency¹⁵ (EASA) en geïmplementeerd door Verordening 139/2014 van de Europese Commissie van 12 februari 2014 tot vaststelling van eisen en administratieve procedures met betrekking tot luchtvaarterreinen (dit heeft betrekking op het bewegingsgebied van luchtvaarttuigen) (*Pb. L.* 14 februari 2014, afl. 44, 1). Bijgevolg moest de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY deze kosten als uitbater van een (internationale) luchthaven dragen. Indien zij deze kosten niet zou hebben gemaakt, zou zij niet langer een EASA-Aerodrome certificaat verkrijgen en niet meer als luchthavenuitbater kunnen opereren. De naleving en implementering van deze Europese regelgeving is dan ook uitsluitend en volledig toe te schrijven aan de gereguleerde activiteit en aan de uitbating van de luchthaven. De kost van de bijkomende kosten voor brandbeveiliging worden dus geenszins beïnvloed of verhoogd door de andere activiteiten die in het bewegingsgebied (kunnen) worden uitgeoefend. Er is dan ook geen enkele reden om deze kost te alloceren.

35. Wat de beveiliging betreft, meent de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY dat de kost van de nieuw door de overheid opgelegde beveiligingsmaatregelen enkel door de gereguleerde activiteiten dient te worden gedragen, daar zij de kosten moet maken omdat zij een internationale luchthaven uitbaat en dat de aanwezigheid van andere niet-gereguleerde commerciële actoren geen impact heeft op het opleggen van deze beveiligingsmaatregelen.

Zij stelt dat de redenering van de BELGISCHE STAAT en de Dienst Regulering gesteund op de “*service consumption*” (dienstafname) van de beveiligingsmaatregelen door de commerciële activiteiten, niet kan worden weerhouden, daar ze grovelijk het ABC kostenmodel miskent.

Zij stelt bovendien dat de luchtvaartmaatschappijen en de niet-gereguleerde commerciële concessionarissen geen vergelijkbare categorieën vormen.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY onderstreept dat de Richtlijn 2009/12¹⁶, evenals het Licentiebesluit, discriminatie verbiedt tussen de gebruikers, zijnde de luchtvaartmaatschappijen,

¹⁵ Vrije vertaling: “*Europees Agentschap voor de Veiligheid van de Luchtvaart*”.

¹⁶ Artikel 3 van Richtlijn 2009/12 bepaalt “*De lidstaten zien erop toe dat bij het heffen van de luchthavengelden niet wordt gediscrimineerd tussen luchthavengebruikers, overeenkomstig de communautaire wetgeving. Dit neemt niet weg dat luchthavengelden uit een oogpunt van publiek en algemeen belang, met inbegrip van milieuaangelegenheden, kunnen worden gedifferentieerd. De criteria daarvoor moeten relevant, objectief en transparant zijn.*”

Zie ook Preambule 15 van Richtlijn 2009/12: “*Luchthavenbeheerders moeten de mogelijkheid krijgen luchthavengelden te heffen die overeenstemmen met de infrastructuur en/of het niveau van de aangeboden diensten, aangezien luchtvaartmaatschappijen er een rechtmatig belang bij hebben diensten van een luchthavenbeheerder te vragen die overeenstemmen met de prijs-kwaliteitsverhouding. De toegang tot een gedifferentieerd niveau van infrastructuur of dienstverlening moet echter, op niet-discriminerende basis, openstaan voor alle maatschappijen die er gebruik van willen maken. Als de vraag het aanbod overtreft, moet de luchthavenbeheerder objectieve en niet-discriminerende criteria*

maar geenszins een gelijke behandeling voorschrijft tussen de luchtvaartmaatschappijen en de commerciële concessionarissen.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY herhaalt dat de geregleerde activiteiten enerzijds en de commerciële activiteiten anderzijds aan een verschillend wettelijk regime onderworpen zijn, vermits de Dienst Regulering enkel een controle over de inkomsten die zij ontvangt uit de geregleerde activiteiten, mag controleren.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY wijst er overigens op dat alle beveiligingsmaatregelen die werden opgelegd, enkel en alleen gekoppeld zijn aan het feit dat zij een luchthaven uitbaat en om een veilige omgeving voor de passagiers en de luchtvaartmaatschappijen te creëren. Deze zijn niet opgelegd om de niet-geregleerde commerciële activiteiten te verbeteren en er is, binnen huidige geregleerde periode, ook geen impact op de kosten van veiligheids- en beveiligingsmaatregelen door de aanwezigheid van de commerciële activiteiten. Immers, de niet-geregleerde commerciële concessionarissen verstrekken diensten ten behoeve van de passagiers en hun aanwezigheid is noodzakelijk teneinde de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY toe te laten om de luchthaven Brussel-Nationaal harmonieus uit te baten en te ontwikkelen en om aan de passagiers, krachtens art. 4, 2° van het Licentiebesluit, een kwaliteit te verschaffen die overeenstemt met de nationale en internationale normen en gebruiken.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY heeft wat de nieuw opgelegde beveiligingsmaatregelen betreft, het bestaande ABC model toegepast. De bijkomende kosten zijn toe te schrijven aan het feit dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY een luchthaven uitbaat. Een ruimere allocatie aan andere categorieën dan de geregleerde activiteiten is dan ook geenszins vereist en kan niet opgelegd worden tijdens een geregleerde periode.

In haar conclusies bespreekt de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY elk van de nieuw door de overheid opgelegde beveiligingsmaatregelen om aan te tonen dat voor de overgrote meerderheid van deze maatregelen er geen impact is op de kost door het bestaan van commerciële activiteiten en dat er geen *“service consumption”* (dienstafname) van deze maatregelen door de commerciële activiteiten plaatsvindt.

De BELGISCHE STAAT

36. De BELGISCHE STAAT beantwoordt voormeld middel van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY met haar vijfde middel, dat luidt als volgt: *“De Bestreden Beslissing schendt de artikelen 1, 12° van het Omzettingsbesluit en 1, 3° en 44 van het Licentiebesluit niet. De Bestreden Beslissing stelt vast dat er sprake is van discriminatie in zoverre dat BAC de kosten van de maatregelen niet recupereert van alle gebruikers van de maatregelen.”*

De BELGISCHE STAAT is van oordeel dat de bestreden beslissing geen schending inhoudt van art. 1, 12° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 3° en 44 van het Licentiebesluit.

opstellen om te bepalen wie toegang krijgt. Elke differentiatie van de luchthavengelden moet transparant en objectief zijn en op duidelijke criteria berusten.”

36.1. Wat betreft art. 44 van het Licentiebesluit, is het de BELGISCHE STAAT niet duidelijk hoe de Dienst Regulering deze bepaling zou kunnen hebben geschonden, aangezien hij uitdrukkelijk heeft aangegeven in de bestreden beslissing (randnrs. 232-233) dat deze bepaling *in casu* niet pertinent is. Dit artikel heeft betrekking op de geregleerde tarieven die de luchtvaartmaatschappijen en de passagiers moeten betalen.

De bestreden beslissing steunt op art. 35, § 2, derde lid, 2° van het Omzettingsbesluit en art. 43 van het Licentiebesluit. Deze bepalingen hebben geen betrekking op de geregleerde tarieven die aan luchtvaartmaatschappijen en passagiers kunnen worden opgelegd, maar wel op de manier waarop het Tariefsysteem, dat de basis vormt voor de bepaling van deze tarieven, moet worden vastgesteld door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY. Deze artikelen voorzien uitdrukkelijk in de mogelijkheid voor de Dienst Regulering om te controleren – naar aanleiding van een klacht – dat de luchthavengelden enkel bepaald worden op basis van kosten die aan luchtvaartmaatschappijen en passagiers kunnen worden toegerekend. Deze artikelen betreffen dus een uitdrukkelijke uitzondering op de vrijheid van handel en nijverheid van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY.

36.2. Wat betreft art. 1, 12° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 3° van het Licentiebesluit, is het niet duidelijk in welke zin de Dienst Regulering deze artikelen zou geschonden hebben. Deze artikelen sommen louter de geregleerde activiteiten op de luchthaven op. Artikel 1, 12° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 3° en 44 van het Licentiebesluit zijn aldus irrelevant in het kader van het door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY ingeroepen middel.

De Dienst Regulering besluit dan ook dat de bestreden beslissing geen schending van art. 1, 12° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 3° van het Licentiebesluit inhoudt.

37. In het kader van de bestreden beslissing zijn in deze context enkel art. 43 van het Licentiebesluit en art. 35, § 2, derde lid van het Omzettingsbesluit relevant. Deze bepalingen hebben het niet-discriminatiebeginsel opgenomen ten opzichte van alle actoren op de luchthaven.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY kan niet worden gevolgd wanneer ze stelt dat kosten die worden gemaakt ten gevolge van de oplegging van maatregelen die betrekking hebben op geregleerde activiteiten, niet (deels) gealloceerd kunnen worden aan niet-geregleerde commerciële actoren, omdat het ABC kostenmodel dit niet zou toelaten.

De Dienst Regulering is binnen de perken van zijn bevoegdheid krachtens art. 43 van het Licentiebesluit en art. 35, § 2, derde lid van het Omzettingsbesluit gebleven, wanneer hij onderzocht heeft – naar aanleiding van een klacht – of het door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY voorgestelde Tariefsysteem discriminatoir is, omdat de kosten integraal worden gerecupereerd via de luchthavengelden en er geen verdeling van de kosten is naar andere actoren die ook van de maatregelen gebruik maken.

In de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat het tariefsysteem (en meer bepaald de onderliggende gehanteerde verdeelsleutels) op zich discriminatoir is, omdat alle kosten van beveiliging en brandveiligheid doorgerekend worden aan de luchtvaartmaatschappijen en de passagiers, terwijl er verschillende categorieën van actoren zijn op de luchthaven waarmee de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY rekening dient te houden, meer bepaald de actoren die de opgelegde luchthavengelden betalen (de luchtvaartmaatschappijen of “gebruikers” in de zin van het

Omzettingsbesluit en van het Licentiebesluit en de passagiers) en de andere actoren op de luchthaven, zoals grondafhandelaars, commerciële concessionarissen (winkels, horeca, autoparkings, vergaderruimten, enz.) en commerciële dienstverleners (taxidiensten, touroperators, autoverhuurders, enz.) die allemaal gebruik maken van (tenminste één van) de desbetreffende maatregelen.

De Dienst Regulering stelt in de bestreden beslissing vast dat al deze categorieën vergelijkbaar zijn in de zin dat ze allemaal gebruik maken van (tenminste één van) de desbetreffende maatregelen en dat er aldus sprake is van discriminatie in zoverre een verschil in behandeling bestaat naar het al dan niet toewijzen van de kosten. Elke gebruiker van een maatregel dient inderdaad mee in te staan volgens diens proportioneel deel, voor de kosten van de desbetreffende maatregel. Hoe deze proportionele verdeling dient te gebeuren, dient de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY via de verdeelsleutel te bepalen.

38. Wat betreft de kosten van brandveiligheid, stelt de Dienst Regulering vast dat de bijkomende kosten voor brandveiligheid in het tariefvoorstel aan de heffing *“landing and take-off charge”* worden toegevoegd door een stijging van € 0,10 voor cargo- en passagiersvliegtuigen en door een stijging van € 0,62 voor helikopters.

De Dienst Regulering heeft in de bestreden beslissing geanalyseerd welke categorieën van actoren gebruik maken van de veiligheids- (*safety*) maatregelen die door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY werden en worden ingevoerd. De Dienst Regulering stelde vast dat de maatregelen geïmplementeerd worden met het oog op het bewegingsgebied van de luchthaven. Het bewegingsgebied van de luchthaven is *“het deel van een luchtvaartterrein dat wordt gebruikt voor het opstijgen, landen en taxiën van luchtvaartuigen, en dat bestaat uit het manoeuvreerterrein en de platforms”*¹⁷. Het uitbaten van bepaalde commerciële activiteiten, zoals shops, restaurants, parkings, etc. is verboden in het bewegingsgebied. Deze laatsten maken dan ook geen gebruik van de maatregelen en deze actoren zijn aldus geen categorie vergelijkbaar met de luchtvaartmaatschappijen die hun activiteiten wel in het bewegingsgebied uitoefenen. De bestreden beslissing somt echter een aantal andere activiteiten op die door dienstverleners worden uitgeoefend binnen dit gebied waardoor deze dienstverleners wel als een vergelijkbare categorie kunnen beschouwd worden, namelijk (onder andere) de grondafhandelaars, de concessionaris die instaat voor de brandstofvoorziening, enz.

Aangezien er dus andere actoren dan de luchtvaartmaatschappijen bestaan die gebruik maken van de brandveiligheidsmaatregelen en die in die zin als vergelijkbare categorieën kunnen worden beschouwd, is de Dienst Regulering nagegaan of deze verschillend behandeld worden.

Uit het tariefvoorstel van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY blijkt dat enkel de luchtvaartmaatschappijen dienen in te staan voor de kosten van de brandveiligheidsmaatregelen en niet de andere actoren die ook activiteiten verrichten op het bewegingsterrein van de luchthaven.

Er bestaat geen redelijke verantwoording voor dit verschil in behandeling, aangezien geen enkele wettelijke bepaling oplegt dat de kosten van een gereguleerde activiteit enkel kunnen gerecupereerd

¹⁷ Verordening nr. 139/2014 van de Commissie van 12 februari 2014 tot vaststelling van eisen en administratieve procedures met betrekking tot luchtvaartterreinen, overeenkomstig Verordening nr. 216/2008 van het Europees Parlement en de Raad, *Pb. L.* 14 februari 2014, L 44/1. Zie ook bestreden beslissing, randnummers 203 e.v.

worden via de geregleerde tarieven. Meer nog, de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY dekt reeds kosten van de brandveiligheid in de gebouwen via niet-geregleerde tarieven (zoals huurgelden).

Als wettelijke verantwoording voor het ongerechtvaardigd verschil in behandeling in deze casus beroept de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY zich op verplichtingen van de EASA inzake brandveiligheid. Deze verplichtingen dient zij na te leven om het EASA-Aerodrome certificaat te verkrijgen dat zij nodig heeft om de luchthaven te kunnen uitbaten. De kosten van de maatregelen die zij hiertoe dient te nemen, dienen uiteraard ook mee betaald te worden door degenen die door deze maatregelen worden gedekt, zijnde niet enkel de luchtvaartmaatschappijen. Het argument van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY maakt dan ook geen rechtvaardiging uit van het verschil in behandeling.

Ten slotte is het argument van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY dat de kosten voor hen dezelfde zijn of er nu louter geregleerde activiteiten worden uitgevoerd binnen het bewegingsgebied of ook nog andere, niet pertinent.

39. Wat betreft de kosten voor beveiliging, stelt de Dienst Regulering vast dat de toewijzing van de bijkomende beveiligingskosten aan de heffing *security-charges* of *security fee* wordt verwezenlijkt door een stijging van € 0,65 per vertrekkende, transfer of transit passagier. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY wenst de kosten voor deze nieuwe maatregelen inzake beveiliging integraal te recupereren via de luchthavengelden en stelt in haar conclusies dat zij deze kosten dient te dragen *“omdat zij een internationale luchthaven uitbaat en dat de aanwezigheid van andere niet-geregleerde commerciële actoren geen impact op het leggen van deze beveiligingsmaatregelen heeft”*.

Ook met betrekking tot deze kosten heeft de Dienst Regulering geanalyseerd welke activiteiten mee gedekt worden door de beveiligingsmaatregelen en op welk deel van de luchthaven de beveiligingsmaatregelen in kwestie betrekking hebben (het gaat m.n. over de *service consumption* door andere actoren op de luchthaven dan enkel de passagiers). In zijn analyse maakt de Dienst Regulering een indeling van de luchthaven in landzijde, luchtzijde, om beveiligingsredenen beperkt toegankelijke zones en kritieke delen van om beveiligingsredenen beperkt toegankelijke zones. De Dienst Regulering stelde vast dat deze delen niet exclusief gebruikt worden door passagiers en dat ook andere actoren die commerciële activiteiten uitoefenen in deze delen gebruik maken van de beveiligingsmaatregelen. Zo bevinden zich in het terminalgebouw aan landzijde relevante commerciële activiteiten, zoals taxfree shops, cafés, restaurants. De personen die deze uitbaten, maken mee gebruik van de beveiligingsmaatregelen. De Dienst Regulering verwijst ook naar de geleide bezoeken aan de luchthaven, waarvan de deelnemers eveneens een scanning van de handbagage moeten doorlopen alvorens de luchtzijde te kunnen betreden. Er bestaat dus wel degelijk een *service consumption* (dienstafname) door de commerciële activiteiten van de beveiligingsmaatregelen. Er dient naar het daadwerkelijk gebruik gekeken te worden door alle actoren, en niet naar het feit of deze actoren de kosten mee hebben veroorzaakt.

Op basis van deze analyse kon de Dienst Regulering vaststellen dat er twee vergelijkbare categorieën zijn: passagiers en commerciële activiteiten die door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY verschillend behandeld worden, aangezien kosten voor de beveiligingsmaatregelen integraal worden doorgerekend in de heffing voor passagiers en de commerciële activiteiten niets bijdragen.

Dit verschil in behandeling kan ook geenszins verantwoord worden.

Ten eerste kan in de toepasselijke regelgeving geen bevestiging gevonden worden dat de kosten van gereguleerde activiteiten enkel kunnen worden toegerekend op gereguleerde tarieven.

Ten tweede kon de Dienst Regulering reeds vaststellen dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY een deel van de kosten van beveiliging wel degelijk recupereert via niet-gereguleerde tarieven.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY overloopt in haar conclusies van 13 april 2018 (randnrs. 190 e.v.) de door de overheid opgelegde beveiligingsmaatregelen om aan te tonen dat het bestaan van commerciële activiteiten geen impact heeft op de kost van deze maatregelen en dat er bovendien geen "*service consumption*" van deze maatregelen plaatsvindt.

De Dienst Regulering stelt vast dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY geheel voorbijgaat aan de problematiek vastgesteld in de bestreden beslissing, namelijk de verdeelsleutel van de kost over de verschillende actoren die gebruik maken of onderworpen zijn aan de beveiligingsmaatregelen.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY kan derhalve niet ernstig voorhouden dat de kosten van deze beveiligingsmaatregelen enkel en alleen aan de gereguleerde activiteiten dienen gealloceerd te worden. Zij geeft geen redelijke en objectieve verantwoording voor het verschil in behandeling tussen de actoren die gebruik maken van of onderworpen zijn aan de door de overheid opgelegde beveiligingsmaatregelen.

40. De BELGISCHE STAAT besluit dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY niet aantoont dat art. 1, 12° Omzettingsbesluit en art. 1, 23°, 43 en 44 van het Licentiebesluit werden geschonden en is derhalve van oordeel dat de Dienst Regulering geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt in de bestreden beslissing.

Toelichting bij de verdeelsleutel

41. In de voorafgaande bespreking bij de middelen geven partijen toelichting bij de verdeelsleutel.

Het hof geeft hieronder deze toelichting weer, aangezien deze aansluit bij het tweede middel van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY en het vijfde middel van de BELGISCHE STAAT.

42. In de bestreden beslissing werd door de regulator vastgesteld dat de huidige verdeelsleutel die door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY wordt gebruikt om de kosten van de veiligheids- en beveiligingsmaatregelen te verdelen tot gevolg heeft dat alle kosten bij de luchtvaartmaatschappijen en de passagiers komen te liggen. Dit komt neer op een integrale toewijzing van de kosten aan de gereguleerde actoren. In het feit dat de niet-gereguleerde spelers niet bijdragen in de kosten ziet de regulator een schending van het gelijkheidsbeginsel als neergelegd in art. 35, § 2, derde lid, 2° van het Omzettingsbesluit en art. 43 van het Licentiebesluit.

43. De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY betwist dat "de principes van gelijkheid van behandeling en van transparantie" uit art. 35, § 2, derde lid, 2° van het Omzettingsbesluit en art. 43 van het Licentiebesluit zich uitstrekken naar de niet-gereguleerde actoren op de luchthaven en is van mening

dat deze bepalingen enkel betrekking hebben op de “gebruikers” (luchtvaartmaatschappijen) van de luchthaven Brussel-Nationaal.

44. Volgens de BELGISCHE STAAT berust deze positie op een verkeerde lezing van deze bepalingen.

Ten eerste verwijzen deze artikelen niet enkel naar “gebruikers”, maar ook naar “passagiers” (art. 1, 10° Omzettingsbesluit, art. 43 Licentiebesluit) en zelfs naar andere “economische operatoren” (art. 43 Licentiebesluit). Het is dan ook in deze zin dat de Dienst Regulering in zijn bestreden beslissing verwijst naar “alle actoren” op de luchthaven, los van het begrip “gebruikers”.

Ten tweede verwijst de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY in dit verband verkeerdelijk naar de tekst van art. 44 van het Licentiebesluit, dat de draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel voor de regulator zou beperken. Artikel 44 van het Licentiebesluit heeft inderdaad enkel betrekking op de tarieven die aangerekend worden aan de gebruikers (de luchtvaartmaatschappijen) en de passagiers onderling, en die “op identieke wijze toegepast [worden] voor identieke gebruiken en in vergelijkbare omstandigheden”.

De Dienst Regulering heeft van deze bepaling geen schending vastgesteld in de bestreden beslissing.

Het feit dat het niet-discriminatiebeginsel zowel in art. 43 als in art. 44 van het Licentiebesluit wordt opgenomen, toont onmiskenbaar aan dat deze bepalingen geen betrekking hebben op hetzelfde onderwerp. Artikel 44 betreft de gelijkheid van de gereguleerde tarieven onderling, terwijl art. 43 betrekking heeft op de gelijkheid van het tariefstelsel naar de niet-gereguleerde actoren op de luchthaven toe.

- *Beoordeling*

45. Artikel 1, 12° van het Omzettingsbesluit definieert “gereguleerde activiteiten” als volgt:

“de activiteiten ter exploitatie van de luchthaveninstallaties waarvan de inkomsten die de houder van een exploitatielicentie kan ontvangen, gecontroleerd worden door middel van de formule voor de tariefcontrole zoals bepaald in artikel 30, 7°, met name:

- (a) het landen en opstijgen van vliegtuigen;*
- (b) het stationeren van vliegtuigen;*
- (c) het gebruik door de passagiers van de luchthaveninstallaties die te hunner beschikking staan;*
- (d) de brandstofvoorziening voor de vliegtuigen door middel van gecentraliseerde infrastructuren;*
- (e) de verrichtingen met het oog op het verzekeren van de veiligheid van de passagiers en de veiligheid van de luchthaveninstallaties.”*

Artikel 1, 3° van het Licentiebesluit omschrijft “gereguleerde activiteiten” als “de luchtvaartactiviteiten waarvan de inkomsten die de houder kan ontvangen, gecontroleerd worden”.

De door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY genomen maatregelen die het voorwerp uitmaken van de tussentijdse tariefcontrole beantwoorden aan de omschrijving van art. 1, 12°, e) van het

Omzettingsbesluit en zijn m.a.w. verrichtingen met het oog op het verzekeren van de veiligheid van de passagiers en de veiligheid van de luchthaveninstallaties.

46. De kostallocatie van de geregleerde activiteiten kan worden afgeleid uit een samenlezing van art. 1, 9°, 1, 10° en 35, § 1 van het Omzettingsbesluit en art. 1, 28° en 1, 24° van het Licentiebesluit.

Artikel 1, 9° van het Omzettingsbesluit definieert *“gebruiker”* als *“elke natuurlijke of rechtspersoon die via luchtverkeer passagiers, bagage, post of vracht van of naar luchthaveninstallaties vervoert”*.

Artikel 1, 28° van het Licentiebesluit omschrijft *“gebruikers”* als *“de luchtvaartmaatschappijen die opereren vanaf de luchthaven Brussel-Nationaal”*.

Artikel 1, 10° van het Omzettingsbesluit definieert *“luchthavenvergoeding”* als *“elke som die door de houder van een exploitatielicentie wordt ontvangen van gebruikers of passagiers ten titel van geregleerde activiteiten”*.

Artikel 1, 24° van het Licentiebesluit omschrijft het *“tariefsysteem”* als *“het coherent gestructureerd geheel van de tarieven van de geregleerde activiteiten”*.

Artikel 35, § 1 van het Omzettingsbesluit omschrijft het *“tariefsysteem”* als *“het coherent geheel der luchthavenvergoedingen”*.

Uit deze bepalingen kan derhalve worden afgeleid dat de kosten verbonden aan de geregleerde activiteiten, worden doorgerekend aan de *“gebruikers”* van de luchthaven Brussel-Nationaal door middel van de luchthavengelden.

47. Het tariefsysteem en de inkomsten die de luchthavenuitbater voor deze activiteiten ontvangt, staan onder toezicht van de economisch toezichthoudende instantie, dit is de Dienst Regulering.

Artikel 35, § 2 van het Omzettingsbesluit bepaalt in verband met de controle door de Dienst Regulering het volgende:

“Het tariefsysteem en elke wijziging van het tariefsysteem is onderworpen aan het onderzoek van de economisch regulerende overheid, tenzij er een akkoord bestaat tussen de houder van een exploitatielicentie en de gebruikers van de luchthaven Brussel-Nationaal over het door de houder van een exploitatielicentie voorgestelde tariefsysteem of over elke wijziging van dit systeem.

Er bestaat een akkoord over het door de houder voorgestelde tariefsysteem of elke voorgestelde wijziging van het tariefsysteem wanneer hierover tussen de houder en de gebruikers van de luchthaven Brussel-Nationaal geen meningsverschil bestaat, zoals bedoeld in artikel 55 van het koninklijk besluit van 21 juni 2004 betreffende de toekenning van de exploitatielicentie van de luchthaven Brussel-Nationaal.

Bij gebrek aan akkoord van de gebruikers van de luchthaven Brussel-Nationaal, kan de economisch regulerende overheid aanpassingen of wijzigingen van het tariefsysteem eisen, indien de economisch regulerende overheid vaststelt dat het tariefsysteem:

1° de formule opgesteld overeenkomstig artikel 30, 7°, of artikel 34, § 3, niet eerbiedigt;

2° discriminatoir en niet transparant is;

- 3° niet op voldoende wijze is opgesplitst, inzonderheid in functie van de gebruiksvoorwaarden en -modaliteiten van de luchthaveninstallaties en verstrekte diensten;
- 4° niet bepaalt dat een minimumpercentage van de luchthavenvergoedingen wordt geïnd op basis van een groeiformule in functie van het gewicht in ton en de geluidscategorieën van de luchtvaartuigen en een differentiatiecoëfficiënt tussen de dag en de nacht;
- 5° een inbreuk uitmaakt op de bepalingen van dit besluit of van de exploitatielicentie."

48. Het tariefsysteem dat van toepassing is voor de gereguleerde activiteiten, dient te worden vastgesteld door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY, waarbij rekening moet worden gehouden met verschillende bepalingen van het Licentiebesluit, waaronder

artikel 42:

"De formule voor de tariefcontrole [...] en het tariefsysteem worden zo vastgesteld dat:

- *de totaal gereguleerde kosten weerspiegeld worden op basis van de resultaten van het ABC-kostenmodel;*
- *een billijke winstmarge wordt gewaarborgd ter vergoeding van de geïnvesteerde kapitalen, met name met het oog op het waarborgen van de ontwikkeling van de luchthaveninstallaties in overeenstemming met de bepalingen van Hoofdstuk III, Afdeling V, van dit besluit;*
- *de tarieven van de luchthavenvergoedingen voor de gereguleerde activiteiten worden afgestemd op het niveau van de tariefpraktijken van de referentieluchthavens op basis van de resultaten van het tarievenbenchmarkmodel."*

artikel 43:

"De gereguleerde periode heeft een duur van vijf jaar. Bij het begin van elke gereguleerde periode wordt de formule voor de tariefcontrole, het tariefsysteem en hun evolutie gedurende dezelfde gereguleerde periode vastgesteld door de houder, na raadpleging van de gebruikers. Zij worden vastgesteld rekening houdend met de vooruitzichten wat betreft het verkeer, de inkomsten van die activiteiten voor de houder en de operationele kosten, de investeringskosten en de financieringskosten gedragen door de houder voor die activiteiten. Zij eerbiedigen de principes van gelijkheid van behandeling en van transparantie, houden rekening met een dienstverlening die voldoening geeft aan de passagiers, de luchtvaartmaatschappijen en de andere economische operatoren, en zijn in overeenstemming met de internationale normen en gebruiken."

artikel 44:

"§ 1. De tarieven worden op identieke wijze toegepast voor identieke gebruiken en in vergelijkbare omstandigheden.

§ 2. Tariefverminderingen of promotietarieven kunnen enkel toegekend worden om gegronde redenen en volgens gegronde regels en dienen de wettelijke bepalingen terzake na te leven."

De bepaling van het bedrag van de gereguleerde kosten dat de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY kan recupereren via de luchthavengelden, wordt overeenkomstig art. 42 van het Licentiebesluit bepaald aan de hand van het ABC-kostenmodel.

Dit model wordt door artikel 1, 32° van het Licentiebesluit omschreven als *“de door de houder in de eerste gereguleerde periode gebruikte Activity Based Costing (ABC)-principes en model ter vaststelling van de formule voor de tariefcontrole”*.

49. In de bestreden beslissing legt de Dienst Regulering aan de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY op om een verdeelsleutel te hanteren die de kosten van de veiligheids- en beveiligingsmaatregelen toewijst aan alle *“service consumers”* ervan, en dit aan de hand van de principes van non-discriminatie, kostengerelateerdheid en proportionaliteit.

Hieruit volgt dat de Dienst Regulering aan de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY oplegt om de kosten verbonden aan een gereguleerde activiteit deels toe te wijzen aan verrichters van commerciële activiteiten en niet enkel aan *“gebruikers”* in de zin van art. 1, 9° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 28° van het Licentiebesluit.

De Dienst Regulering motiveert deze beslissing als volgt (zie: randnrs. 167-169 van de bestreden beslissing):

“167. Op basis van deze wetsartikelen¹⁸ kan er afgeleid worden dat de luchthavenuitbater voor het dekken van de kosten van gereguleerde activiteiten een vergoeding kan aanrekenen aan de gebruikers, zijnde de luchtvaartmaatschappijen, of de passagiers. Dit gebeurt aan de hand van tarieven waarmee luchthavengelden of airport charges geheven worden.

168. De wetgeving bepaalt echter niet dat de kosten van de gereguleerde activiteiten integraal via deze tarieven moeten worden gedekt. Er is in de regelgeving geen enkele gebiedende bepaling die stelt dat de kost die gegenereerd wordt voor gereguleerde activiteiten exclusief dient gedragen te worden door de luchtvaartmaatschappijen of hun passagiers. Evenmin wordt het door de wetgeving verboden om deze kost gedeeltelijk door te schuiven naar andere spelers die actief zijn op de luchthaven.

169. De Dienst Regulering concludeert dan ook dat de toepasselijke regelgeving geen rechtstreeks verband voorziet tussen de kosten van gereguleerde activiteiten en de integrale toewijzing ervan aan luchtvaartmaatschappijen of passagiers via de luchthavenvergoeding.”

50. Dit standpunt van de Dienst Regulering is in strijd met de definitie van *“gereguleerde activiteiten”* en met de op deze activiteiten van toepassing zijnde bepalingen inzake kostallocatie en toezicht door de Dienst Regulering (zie *supra* randnrs. 46-48).

Voormelde bepalingen schrijven onder meer een gelijke behandeling voor identieke gebruiken voor.

Aangezien deze bepalingen enkel van toepassing zijn op gereguleerde activiteiten en de bevoegdheid van de Dienst Regulering beperkt is tot de gereguleerde activiteiten, kunnen de principes van gelijkheid en non-discriminatie enkel van toepassing zijn op de *“gebruikers”* van deze gereguleerde activiteiten in de zin van art. 1, 9° van het Omzettingsbesluit en art. 1, 28° van het Licentiebesluit.

¹⁸ De Dienst Regulering haalt in de voorgaande randnrs. (164-166) van de bestreden beslissing de regelgeving aan met betrekking tot de kostallocatie van de gereguleerde activiteiten, meer bepaald art. 1, 10° en 35, § 1 van het Omzettingsbesluit en art. 1, 24° en 1, 28° van het Licentiebesluit.

De bestreden beslissing, waarin de Dienst Regulering oordeelt dat het door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY voorgestelde tariefsysteem betreffende de kosten van de veiligheidsmaatregelen en de beveiligingsmaatregelen discriminatoir is in de zin van art. 10 en 11 G.W., in samenhang met art. 35, § 2, 3^e lid, 2^o van het Omzettingsbesluit en art. 43 van het Licentiebesluit, om reden dat voormelde kosten integraal gerecupereerd worden via de luchthavengelden en er geen verdeling is naar andere actoren die ook van de maatregelen gebruik maken, schendt de op de gereguleerde activiteiten van toepassing zijnde bepalingen inzake kostallocatie en toezicht door de Dienst Regulering, waaronder art. 35, § 2, 3^e lid, 2^o van het Omzettingsbesluit en art. 43 van het Licentiebesluit.

Indien de bestreden beslissing zou worden bijgetreden, zou worden aanvaard dat de Dienst Regulering een controlebevoegdheid zou hebben over de niet-gereguleerde commerciële activiteiten en de daaruit voortvloeiende inkomsten van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY. Dergelijke controlebevoegdheid zou in strijd zijn met het in het Omzettingsbesluit en in het Licentiebesluit gemaakte onderscheid tussen de gereguleerde en de niet-gereguleerde activiteiten en het model van economische regulering dat werd opgelegd bij de privatisering van de luchthaven Brussel-Nationaal.

51. De Dienst Regulering heeft derhalve een kennelijke beoordelingsfout¹⁹ gemaakt door de op de gereguleerde activiteiten van toepassing zijnde bepalingen inzake kostallocatie en toezicht door de Dienst Regulering te schenden.

De bestreden beslissing wordt bijgevolg vernietigd.

V.3. Publicatie van huidig arrest

52. De vordering van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY om *“te zeggen voor recht dat geïntimeerde op de website van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal (www.regul.be) het tussen te komen arrest dient te publiceren binnen de vijf werkdagen na de betekening ervan op verzoek van conluante, onder verbeurte van een dwangsom van 250 € per dag vertraging”* wordt niet betwist.

De nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY toont evenwel niet aan dat de BELGISCHE STAAT de verplichting tot publicatie van huidig arrest niet zou naleven en dat derhalve een dwangsom zou moeten worden opgelegd.

De vordering van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY wordt dan ook slechts ingewilligd voor wat betreft de publicatie van huidig arrest en wordt voor het overige afgewezen als ongegrond.

V.4. Rechtsplegingsvergoeding

53. De vordering van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY betreft een niet in geld waardeerbare vordering.

¹⁹ De beoordeling van het hof is beperkt tot het al dan niet vaststellen van een kennelijke beoordelingsfout in hoofde van de regulator (zie: Brussel 12 november 2014, 2011/AR/2289 en andere, punt 95; Brussel, 30 juni 2009, 2008/AR/2332 en andere, overwegingen 40 en 60; Brussel 29 juni 2011, 2010/AR/2695, overweging 2; Brussel, 12 november 2014, 2011/AR/2289 e.v. punt 178.

Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt € 1.440,00 (geïndexeerd; art. 3 Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 Ger. W. en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007, B.S. 9 november 2007).

OM DEZE REDENEN,

HET MARKTENHOF

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Rechtsprekende op tegenspraak;

Verklaart het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY tegen de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal onontvankelijk;

Verklaart het beroep van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY tegen de BELGISCHE STAAT ontvankelijk en gegrond;

Vernietigt Beslissing D-2017-07-LA betreffende de tussentijdse tariefwijziging voor de gereguleerde periode van 1 april 2016 t.e.m. 31 maart 2021, zoals finaal voorgesteld op 19 juli 2017 door Brussels Airport Company, d.d. 14 december 2017 van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal in zoverre deze heeft geoordeeld dat het door de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY voorgestelde tariefsysteem van 19 juli 2017 betreffende enerzijds de kosten van veiligheidsmaatregelen en anderzijds de kosten van beveiligingsmaatregelen discriminatoir zou zijn;

Zegt voor recht dat de BELGISCHE STAAT op de website van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal (www.regul.be) huidig arrest dient te publiceren binnen de vijf werkdagen na de betekening ervan op verzoek van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY;

Wijst het overige af als ongegrond;

Veroordeelt de BELGISCHE STAAT tot de kosten van het geding, in hoofde van de nv BRUSSELS AIRPORT COMPANY begroot op € 230,00 (rolrecht) + € 1.440,00 (rechtsplegingsvergoeding) en in hoofde van hemzelf niet begroot, daar ze ten zijne laste blijven.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 27 juni 2018 door

M. BOSMANS

Raadsheer dd. voorzitter

K. PITEUS

Raadsheer

O. DUGARDYN

Plaatsvervangend Raadsheer

B. HEYMANS

Griffier

B. HEYMANS

K. PITEUS

O. DUGARDYN

M. BOSMANS