

Kopie

Afgeleverd aan: mr. DEPRE Sebastien

art. 792 GW

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

0004191 9

Repertoriumnummer
2016 / 9483
Datum van uitspraak
30 november 2016
Rolnummer
2015/AR/2119

Uitgifte

Uitgereikt aan

Uitgereikt aan

Uitgereikt aan

op
€
BUR

op
€
BUR

op
€
BUR

☐ Niet aan te bieden aan de
ontvanger

EINDARREST

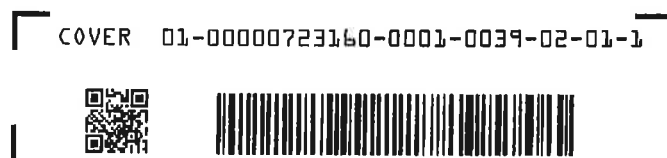
Hof van beroep Brussel

Arrest

18N^e kamer,
burgerlijke zaken

Aangeboden op
05 DEC. 2016
Niet te registreren
D'HOOGHEK.

CC à dienst
Registrering



INFRABEL N.V., met maatschappelijke zetel te 1060 Sint-Gillis, Marcel Broodthaersplein 2, ingeschreven met KBO-nummer 0869.763.267, die woonstkeuze doet op het adres van haar raadsman meester Pierre-M. LOUIS, advocaat te 1170 Watermaal-Bosvoorde, Terhulpssteenweg 177 bus 7,

appellante,

vertegenwoordigd door meester Pierre-M. LOUIS en meester Thomas VANDROMME, advocaten te 1170 Watermaal-Bosvoorde, Terhulpssteenweg 177 bus 7,

(tegen de beslissing van de DIENST REGULERING VAN HET SPOORWEGVERVOER EN VAN DE EXPLOITATIE VAN DE LUCHTHAVEN BRUSSEL-NATIONAAL van 15 oktober 2015)

Tegen :

1. **De DIENST REGULERING VAN HET SPOORWEGVERVOER EN VAN DE EXPLOITATIE VAN DE LUCHTHAVEN BRUSSEL-NATIONAAL**, met kantoren te 1000 Brussel, Kruidtuinlaan 50 bus 72,

2. **De BELGISCHE STAAT**, vertegenwoordigd door de Minister belast met het beleid inzake het spoorwegsysteem en met de regulering van het spoor- en Luchtverkeer, met kabinet te 1060 Brussel, Guldenvlieslaan 87 bus 1,

geïntimeerden,

vertegenwoordigd door meester Sebastien DEPRE, meester Philippe VERNET en meester Tinne WOUTERS, advocaten te 1050 Brussel, Eugène Flageyplein 7.



Na in beraadneming op 16 november 2016 spreekt het hof volgend arrest uit:

Gelet op:

- de beslissing D-2015-11-S van 15 oktober 2015 van de DIENST REGULERING VAN HET SPOORWEGVERVOER EN VAN DE EXPLOITATIE VAN DE LUCHTHAVEN BRUSSEL-NATIONAAL aangaande de wijziging van het tariferingsprincipe *Your Shunts*;
- het verzoekschrift op basis van artikel 221/1 van de Wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex, neergelegd ter griffie van het hof op 13 november 2015 namens INFRABEL;
- de beschikking gewezen door de 18^e kamer van het hof in toepassing van artikel 747, § 1 van het Gerechtelijk Wetboek op 25 november 2015;
- de tweede conclusie van INFRABEL, neergelegd ter griffie van het hof op 25 mei 2016;
- de syntheseconclusie van de DIENST REGULERING en de BELGISCHE STAAT, neergelegd ter griffie van het hof op 27 juni 2016;
- de stukkenbundel van INFRABEL, neergelegd ter griffie van het hof op 13 november 2015 en op 25 augustus 2016;
- de stukkenbundel van de DIENST REGULERING en de BELGISCHE STAAT, neergelegd ter griffie van het hof op 27 juni 2016;
- het administratief dossier van de DIENST REGULERING (elektronische versie), neergelegd ter zitting van 25 november 2015.

Gehoord de advocaten van partijen in hun pleidooien ter openbare terechtzitting van 2 november 2016, waarna de zaak in voortzetting werd gezet op de zitting van 16 november 2016, teneinde partijen toe te laten duidelijkheid te verschaffen over de vraag of de DIENST REGULERING rechtspersoonlijkheid heeft. Partijen werden over voormelde vraag gehoord ter openbare terechtzitting van 16 november 2016, waarna de debatten werden gesloten en de zaak in beraad werd genomen.

I. ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEROEP

1. De ontvankelijkheid van het beroep wordt door partijen niet betwist.

2. Gelet op het feit dat het beroep zowel tegen de DIENST REGULERING als tegen de BELGISCHE STAAT is gericht, heeft het hof een vraag gesteld met betrekking tot het statuut van de DIENST REGULERING, meer bepaald of de DIENST REGULERING rechtspersoonlijkheid heeft.

3. De DIENST REGULERING bevestigt dat hij geen rechtspersoonlijkheid heeft en geen macht heeft om in rechte op te treden.

4. De DIENST REGULERING werd als regulator van het Belgische spoor opgericht bij Koninklijk Besluit van 25 oktober 2004¹.

Artikel 3 van dit koninklijk besluit bepaalde het volgende:

“§ 1. Binnen het Directoraat-generaal Vervoer te Land van de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer, wordt een dienst genaamd “Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer” opgericht.

§ 2. In het kader van de uitvoering van zijn opdrachten werkt de Dienst onder het rechtstreeks en onmiddellijk gezag van de Minister.

§ 3. De Minister legt de werking van de Dienst vast.”

In het verslag aan de Koning werd uitdrukkelijk bepaald dat de Dienst onder het rechtstreeks en onmiddellijk gezag zou staan van de minister die voor regulering van het spoorwegvervoer bevoegd is.

In een streven naar meer autonomie van de DIENST REGULERING werd voormelde bepaling gewijzigd bij art. 3 Koninklijk Besluit van 4 december 2012²:

“In artikel 3 van hetzelfde besluit [Koninklijk Besluit van 25 oktober 2004] worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in paragraaf 1 van de Nederlandse tekst worden de woorden “Binnen de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer” vervangen door het woord “Er”;

2° (...);

3° de paragrafen 2 en 3 worden opgeheven.”

Ingevolge deze wijziging bevindt de DIENST REGULERING zich vanaf 2013 niet langer in de schoot van de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer en is de minister enkel bevoegd voor tuchtzaken tegen de leiding van de DIENST REGULERING.

Een verdere evolutie van het statuut van de DIENST REGULERING in de richting van een grotere onafhankelijkheid en autonomie wordt in de nabije toekomst voorzien naar aanleiding van de herschikking van het eerste Europese Spoorwegpakket (zie: activiteitenverslag 2015).

¹ Koninklijk Besluit van 25 oktober 2004 tot oprichting van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en tot vaststelling van zijn samenstelling en het statuut dat van toepassing is op zijn leden, B.S. 5 november 2004.

² Koninklijk besluit van 4 december 2012 tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 oktober 2004 tot oprichting van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de exploitatie van de luchthaven van Brussel Nationaal en tot vaststelling van zijn samenstelling en het administratief en geldelijk statuut dat van toepassing is op zijn leden, B.S. 12 december 2012.



5. 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 luchtvaartmaatschappijen³, 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.

6. De DIENST REGULERING dient – ondanks zijn “onafhankelijkheid” – in rechte op te treden via de BELGISCHE STAAT⁴.

Het beroep gericht tegen de BELGISCHE STAAT is bijgevolg ontvankelijk.

II. VOORWERP VAN DE VORDERINGEN

7. INFRABEL vraagt in hoofdorde het beroep tegen de beslissingen A en C van Beslissing D-2015-11-S van 15 oktober 2015 van de DIENST REGULERING VAN HET SPOORWEGVERVOER EN VAN DE EXPLOITATIE VAN DE LUCHTHAVEN BRUSSEL-NATIONAAL aangaande de wijziging van het tarifieringsprincipe *Your Shunts* ontvankelijk te verklaren en deze beslissingen te vernietigen.

In ondergeschikte orde vraagt INFRABEL voormelde beslissingen te hervormen, minstens de opgelegde administratieve boete te verminderen.

In ieder geval verzoekt INFRABEL om de DIENST REGULERING te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding voorlopig begroot op € 1.320,00.

8. De DIENST REGULERING en de BELGISCHE STAAT besluiten tot de ongegrondheid van het verzoek tot vernietiging van INFRABEL en vragen INFRABEL te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding voorlopig begroot op € 1.440,00.

III. BESTREDEN BESLISSING

9. De bestreden beslissing betreft de beslissingen A en C van de Beslissing D-2015-11-S van de DIENST REGULERING VAN HET SPOORWEGVERVOER EN VAN DE EXPLOITATIE VAN DE LUCHTHAVEN BRUSSEL-NATIONAAL van 15 oktober 2015 aangaande de wijziging van het tarifieringsprincipe *Your Shunts*.

³ Zie: art. 4 Koninklijk Besluit van 25 oktober 2004.

⁴ Op te merken valt de BELGISCHE STAAT hoofdaandeelhouder is van INFRABEL.



IV. JURIDISCHE CONTEXT EN WETTELIJK KADER

IV.1. Liberalisering van het Belgische spoorlandschap

10. Op 1 januari 2005 werd de unitaire NMBS⁵, ingevolge Europese richtlijnen⁶, opgesplitst in drie autonome overheidsbedrijven: een moederbedrijf (de holding NMBS) en twee dochter-ondernemingen (NMBS en INFRABEL).

De NMBS is verantwoordelijk voor de uitbating van het spoorverkeer; INFRABEL staat in voor het beheer van de infrastructuur van de spoorwegen.

Sinds 1 januari 2014 werd (gedeeltelijk) afgestapt van deze structuur en werd een duaal model in werking gesteld, waarbij de infrastructuurbeheerder (INFRABEL) en de spoorwegonderneming (NMBS) niet langer onder een holdingstructuur zijn ondergebracht⁷.

IV.2. De rol en taken van de infrastructuurbeheerder

11. Net zoals bij andere netwerkindustriën wordt de spoorwegsector gekenmerkt door de aanwezigheid van een belangrijke infrastructuur die niet of uiterst moeilijk te dupliceren valt, en daardoor dient beschouwd te worden als een natuurlijk monopolie. De toegang tot deze infrastructuur is essentieel om diensten te kunnen verlenen aan de eindgebruikers.

De aanleg, het beheer en het onderhoud van deze spoorweginfrastructuur wordt uitgevoerd door INFRABEL.

Als infrastructuurbeheerder dient INFRABEL in te staan voor een eerlijke en niet-discriminerende toegang tot deze infrastructuur, meer bepaald moeten spoorwegondernemingen toegang krijgen tot deze infrastructuur om goederen en/of reizigers te kunnen vervoeren op de Belgische spoorwegen.

De Wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex (hierna: de Spoorcodex) (B.S. 20 december 2013) somt de essentiële taken op die worden toevertrouwd aan de infrastructuurbeheerder met het oog op het garanderen van een eerlijke en niet-discriminerende toegang tot de spoorweginfrastructuur. De beheerder staat meer bepaald in voor (i) de besluitvorming inzake treinpadtoewijzing⁸, waaronder zowel de omschrijving als de beoordeling van de beschikbaarheid en de capaciteitstoewijzing voor afzonderlijke paden en (ii) de besluitvorming inzake heffing voor het

⁵ Voluit: Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen.

⁶ Meer in het bijzonder Richtlijn 1991/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap, zoals gewijzigd door Richtlijn 2001/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001, en Richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheids certificering, zoals gewijzigd door Richtlijn 2012/34/EU van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte.

⁷ De krachtlijnen van deze hervorming bevinden zich in de Wet van 30 augustus 2013 betreffende de hervorming van de Belgische Spoorwegen (B.S. 30 augustus 2013).

⁸ Een treinpad is de spoorweginfrastructuurcapaciteit die nodig is om een trein in een bepaald tijdvak tussen twee plaatsen te laten rijden (art. 3, 64° Spoorcodex).



gebruik van die infrastructuur, met inbegrip van vaststelling en inning van de rechten (art. 4/2, § 1, 1° en 2° Spoorcodex).

INFRABEL dient m.a.w. te bepalen welke capaciteit beschikbaar is om een trein in een bepaalde tijdspanne te laten rijden, en dient deze capaciteit toe te wijzen aan de verschillende gebruikers van de spoorweginfrastructuur⁹. Daarnaast bepaalt zij ook of en hoeveel betaald moet worden om gebruik te kunnen maken van die infrastructuur, en op welke wijze deze heffingen geïnd worden.

Artikel 49, § 1 Spoorcodex stelt dat de spoorweginfrastructuurbeheerder zulks op een niet-discriminerende wijze dient te doen, en overeenkomstig de Spoorcodex en zijn uitvoeringsbesluiten.

De betrekkingen tussen INFRABEL als infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen die gebruik maken van de infrastructuur, worden beheerst door een zogenaamde netverklaring¹⁰. In dit document wordt op gedetailleerde wijze een beschrijving gegeven van het spoorwegnet, de algemene verkeersregels, de termijnen en de procedures en criteria betreffende de regelingen voor de heffing van gebruiksrechten en de toewijzing van de spoorweginfrastructuur. Daarnaast bevat de netverklaring ook alle gegevens die nodig zijn om aanvragen in te dienen voor spoorweginfrastructuurcapaciteit. De netverklaring wordt jaarlijks gepubliceerd door INFRABEL en is onderworpen aan voorafgaandelijke raadpleging van de sector¹¹.

12. Voor wat betreft de toewijzing van infrastructuurcapaciteit door INFRABEL dient een onderscheid gemaakt te worden tussen capaciteit op het vlak van rijpaden (*Your Moves*) en lokale capaciteit (*Your Shunts*)¹².

Huidige procedure heeft betrekking op de lokale capaciteit (*Your Shunts*).

De lokale capaciteit die gereserveerd kan worden, kan in twee categorieën worden onderverdeeld:

- (i) sporen die op lange termijn/korte termijn/in *real time* gereserveerd kunnen worden, hebben de status RRR (RangeerRecht Reserveerbaar);
- (ii) sporen die enkel in *real time* gereserveerd kunnen worden, hebben de status RRNR (RangeerRecht Niet Reserveerbaar).

De toewijzing van lokale capaciteit gebeurt voorts in functie van het soort bundel. Op het Belgische spoornet zijn er drie bundeltypen:

- (i) onbeseinde bundels: bundels waarvan de sporen worden beheerd door de spoorwegonderneming en waarvan de toegang eveneens onder haar bevoegdheid valt (de ingang tot de bundel kan evenwel bediend worden door de infrastructuurbeheerder);

⁹ Gebruikers zijn de NMBS en spoorwegondernemingen die beschikken over een vergunning en een spoorwegveiligheidscertificaat (artikelen 5 en 7 Spoorcodex).

¹⁰ Artikel 21 Spoorcodex.

¹¹ Artikel 20 Spoorcodex.

¹² Zie: hoofdstuk 4 van de Netverklaring 2016 zoals gepubliceerd op de website van INFRABEL (versie van 29 juni 2016), p. 41.



- (i) beseinde bundels: bundels waarvan de sporen en de toegang worden beheerd door de infrastructuurbeheerder;
- (ii) bundels “installatie met overgedragen bediening”: bundels waarvan de ingang en de toekenning van capaciteit beheerd worden door de infrastructuurbeheerder, maar waarvan de toegang bediend wordt door de bevoegde spoorwegonderneming.

De principes inzake toewijzing van lokale capaciteit worden bepaald in functie van deze twee elementen, met name soort reservering en soort bundel.

De diensten die door INFRABEL kunnen verleend worden aan de spoorwegondernemingen, worden verdeeld in vier categorieën¹³:

- (iii) de minimumdiensten: minimum toegangspakket aan diensten dat op niet-discriminerende en transparante wijze in beginsel verleend moet worden aan de spoorwegondernemingen. Verzoeken van deze laatsten kunnen alleen beperkt worden bij aanwezigheid van andere onder marktvoorwaarden haalbare spooroplossingen;
- (iv) de toegang via het spoornet tot de voorzieningen en het verlenen van diensten: diensten die op niet-discriminerende en transparante wijze worden toegestaan aan spoorwegondernemingen. Verzoeken van deze laatsten kunnen alleen beperkt worden bij aanwezigheid van haalbare spoorwegalternatieven onder marktvoorwaarden;
- (v) aanvullende diensten: diensten die op vraag van een spoorwegonderneming door de infrastructuurbeheerder op niet-discriminerende wijze moeten worden verleend;
- (vi) ondersteunende diensten: diensten die niet door de infrastructuurbeheerder moeten worden verleend. Als ze worden verleend, moeten ze echter wel op niet-discriminerende wijze worden verleend.

De *Your Shunts*-dienstverlening zoals ontwikkeld door INFRABEL en die, zoals eerder aangegeven, de toewijzing van lokale capaciteit betreft, valt onder de eerste twee categorieën van diensten (minimumdiensten en toegang via het spoornet tot de voorzieningen en het verlenen van diensten).

IV.3. Tarificatie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur

a) Algemeen

13. In ruil voor de terbeschikkingstelling van de spoorweginfrastructuur van het Belgisch netwerk kan INFRABEL aan de spoorwegondernemingen vragen om heffingen te betalen voor het gebruik van de infrastructuur.

Deze heffingen kunnen verschillen naargelang het soort dienst dat wordt geleverd door de infrastructuurbeheerder aan de spoorwegondernemingen.

¹³ Zie: art. 9 Spoorcodex, aangevuld door bijlage 1 en hoofdstuk 5 van de Netverklaring 2016 zoals gepubliceerd op de website van INFRABEL (versie van 29 juni 2016), p. 66 e.v..



Er bestaan specifieke heffingen voor aanvullende en ondersteunende diensten enerzijds en voor minimumdiensten en toegangen via het spoornet tot de voorzieningen en de eraan gerelateerde diensten anderzijds¹⁴.

Voor deze laatste twee categorieën van diensten (minimumdiensten en toegangen) voorziet INFRABEL meer bepaald in een zogenaamde gebruiksheffing van de infrastructuur. Aangezien de diensten *Your Moves* en *Your Shunts* onder deze dienstencategorieën vallen, zijn zij onderworpen aan de voormelde gebruiksheffing.

De gebruiksheffing bestaat uit vijf luiken, waarvan de luiken RR en AKC de dienst *Your Shunts* vertegenwoordigen.

RR staat voor rangeerrecht, dit is de heffing verschuldigd voor alle installaties die gebruikt worden voor rangeringen en vorming van treinen, het uitwijken of het uitvoeren van allerlei taken, zoals laden, lossen, reinigen of onderhoud van het rollend materieel¹⁵.

AKC staat voor de administratieve kosten voor de reservatie van lokale capaciteit. Deze administratieve kosten worden enkel aangerekend in geval van concurrerende aanvragen om capaciteit, en wanneer er geen oplossing kan gevonden worden tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorwegonderneming. Het is de spoorwegonderneming die tijdens de minnelijke fase niet is ingegaan op de voorgestelde oplossingen die deze kosten op zich moet nemen¹⁶.

De luiken die betrekking hebben op de *Your Moves*-dienst betreffen het treinpadrecht-lijn (TR-L), het rangeerrecht-lijn (RR-L), het treinpadrecht-installatie (TR-I) en de administratieve kosten voor rijpadaanvragen (AK). Dit laatste luik valt samen met het luik AKC dat betrekking heeft op *Your Shunts*.

De luiken hebben elk hun eigen formule, op basis van eenheidsprijzen en eigen parameters. Deze formule wordt vastgelegd in de netverklaring.

De aanpassing van de formule ter berekening van het luik rangeerrecht maakt het voorwerp uit van de bestreden beslissing.

b) Wettelijke beginselen voor de vastlegging van het rangeerrecht

¹⁴ Zie: hoofdstuk 6 van de Netverklaring 2016 zoals gepubliceerd op de website van INFRABEL (versie van 29 juni 2016), p. 74 e.v..

¹⁵ Zie punt 6.1.2.2.1 van de Netverklaring 2016 zoals gepubliceerd op de website van INFRABEL (versie van 29 juni 2016), p. 79.

¹⁶ Zie punt 6.1.2.2.2 van de Netverklaring 2016 zoals gepubliceerd op de website van INFRABEL (versie van 29 juni 2016), p. 79.



14. Artikel 49, § 1 (eerste zin) Spoorcodex luidt als volgt:

“De spoorweginfrastructuurbeheerder bepaalt en int, op een niet-discriminerende wijze, de retributies voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur overeenkomstig deze Codex en zijn uitvoeringsbesluiten”.

De infrastructuurbeheerder dient daarbij *“aan het toezichthoudende orgaan alle nodige informatie [te verstrekken] over de opgelegde retributies en vergoedingen om deze laatste toe te laten zijn taken in het kader van de Codex te verrichten”*¹⁷.

Artikel 46 Spoorcodex bepaalt het volgende:

“De Koning bepaalt bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en na advies van de spoorweginfrastructuurbeheerder, de wijze van berekening en de betalingswijzen van de retributies voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur.

Hij kan na advies van de spoorweginfrastructuurbeheerder eveneens de specifieke heffingsvoorschriften bepalen. Bij ontstentenis hiervan worden die voorschriften door de spoorweginfrastructuurbeheerder vastgesteld.

De heffingsregeling en de schalen worden in de netverklaring opgenomen. (...).”

De Koning heeft deze bevoegdheid uitgeoefend bij Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur (B.S. 21 december 2004).

Naast bepalingen betreffende de wijze waarop de spoorwegcapaciteit moet verdeeld worden, bevat dit koninklijk besluit voorschriften inzake berekening en betalingsmodaliteiten van de gebruiksrechten voor de spoorweginfrastructuur.

15. Voor wat betreft de vaststelling van de rangeerrechten stelt art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 het volgende:

“Wat het gebruik van de rangeer-, vormings- en wijksporen betreft worden de volgende, aan het spoortype gebonden elementen in aanmerking genomen:

- *de eenheidsprijs per meter en tijdseenheid;*
- *de lengte van de ter beschikking gestelde sporen;*
- *het operationele belang van de spoorbundel;*
- *de technische uitrusting van de spoorbundel;*
- *de diensten van de spoorweginfrastructuurbeheerder nodig om de spoor- en seintoestellen te bedienen;*
- *de datum van reservatie.*

Deze elementen variëren al naargelang de vraag van de spoorwegondernemingen en weerspiegelen:

- *het aantal ter beschikking gestelde sporen;*
- *de bezettingsduur van de ter beschikking gestelde sporen.”*

¹⁷ Artikel 49, § 2 Spoorcodex.

Bij het bepalen van de formule voor de rangeerheffing dient de infrastructuurbeheerder dus rekening te houden met deze elementen.

16. Artikel 26 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 voorziet in de mogelijkheid om de berekeningsregels van gebruiksrechten te wijzigen. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

“Onverminderd de methode van jaarlijkse indexering van de eenheidsprijzen worden de wijzigingen van de berekeningsregels, van de waarde van de coëfficiënten en van de eenheidsprijzen uiterlijk vier maanden vóór de (in artikel 32 van de Spoorcodex) bedoelde uiterste datum voor het indienen van capaciteitsaanvragen vastgesteld. Deze wijzigingen, die een bijwerking van de netverklaring met zich meebrengen, zijn pas van toepassing bij de inwerkingtreding van de dienstregeling die volgt op die tijdens welke ze zijn vastgesteld”.

Artikel 26, tweede lid voorziet echter in de mogelijkheid om deze wijzigingen vroeger in werking te laten treden:

“De in het eerste lid bedoelde wijzigingen kunnen van toepassing zijn voor de inwerkingtreding van de dienstregeling die volgt op die tijdens welke ze zijn vastgesteld onder de volgende voorwaarden:

- 1° ze vormen een vermindering van het niveau van het gebruiksrecht,*
- 2° ze zijn het voorwerp van de raadpleging voorzien in artikel 20 van de Spoorcodex,*
- 3° ze zijn het voorwerp van een goedkeuring door de Minister,*
- 4° ze worden ten minste drie maanden voor hun toepassing bekendgemaakt”.*

IV.4. Rol van de regulator

17. In uitvoering van art. 30, § 1 van Richtlijn 2001/14/EG werd bij Koninklijk Besluit van 25 oktober 2004 tot oprichting van de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en tot vaststelling van zijn samenstelling en het statuut dat van toepassing is op zijn leden (B.S. 5 november 2004) een DIENST REGULERING van het Spoorwegvervoer opgericht.

De DIENST REGULERING 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 (...)”*¹⁸.

Als toezichthoudend orgaan dat bevoegd is voor de economische regulering van het spoorwegvervoer, beschikt de DIENST REGULERING over een adviesbevoegdheid, voert hij onderzoeken en studies uit en oefent hij tevens een belangrijke controlemissie uit¹⁹.

¹⁸ Artikel 4, eerste lid Koninklijk Besluit van 25 oktober 2004.

¹⁹ Artikel 62 Spoorcodex.



18. Artikel 62, § 3 Spoorcodex bepaalt wat de DIENST REGULERING moet doen om zijn controleopdracht te vervullen. Relevant voor onderhavige procedure zijn de volgende taken²⁰:

- controle van de overeenstemming van de voorlopige en definitieve versie van de netverklaring met de Spoorcodex en zijn uitvoeringsbesluiten;
- erover waken dat de gebruiksheffingen overeenstemmen met de bepalingen van de Spoorcodex, van zijn uitvoeringsbesluiten en de netverklaring en dat deze heffingen op een niet-discriminerende wijze worden toegepast.

In het kader van een controleopdracht gaat de DIENST REGULERING dus na of de handelingen die het voorwerp uitmaken van de controleopdracht al dan niet strijdig zijn met de Spoorcodex en diens uitvoeringsbesluiten.

Indien de DIENST REGULERING vaststelt dat de netverklaring of de wijze waarop heffingen worden vastgesteld en/of geïnd een inbreuk vormt op de regelgeving waaraan hij moet toetsen, dan kan de DIENST REGULERING krachtens art. 63, § 3 Spoorcodex overgaan tot het nemen van *“elke maatregel die nodig is, met inbegrip van bewarende maatregelen en bestuurlijke boetes, om een einde te stellen aan de inbreuken op de netverklaring, de toewijzing van de capaciteit, de heffingen voor het gebruik van de infrastructuur (...)”*.

Overeenkomstig art. 65 Spoorcodex beslist de DIENST REGULERING in de gevallen bedoeld in art. 63, § 3, na de betrokken partijen te hebben gehoord, binnen zes weken na ontvangst van alle relevante inlichtingen.

Krachtens art. 65, tweede lid Spoorcodex houdt de DIENST REGULERING bij zijn beslissingen onder meer rekening met:

- “1° de naleving van de van toepassing zijnde wetten en reglementeringen;*
- 2° het gelijkheidsbeginsel inzake toegang tot de spoorwegcapaciteit;*
- 3° de noodzaak om de integriteit van het Belgische spoorwegnet en de interoperabiliteit met de spoorwegdiensten van de andere Staten te behouden;*
- 4° de aard van de aanvraag ten overstaan van de beschikbare middelen om eraan te voldoen”.*

De DIENST REGULERING kan hierbij elk nuttig onderzoek doen of laten uitvoeren en zo nodig deskundigen aanwijzen en getuigen horen (zie: art. 65, derde lid Spoorcodex).

De beslissingen van de DIENST REGULERING worden aan de partijen meegedeeld en bekend gemaakt binnen vijftien dagen na de uitspraak (op papier en in elektronische vorm). Deze beslissingen zijn bindend voor alle betrokken partijen (zie: art. 65, vierde en vijfde lid Spoorcodex).

V. RELEVANTE FEITEN EN RETROACTA

19. Zoals hiervoor reeds aangehaald, maakt de aanpassing van de formule ter berekening van het luik rangeerrecht het voorwerp uit van de bestreden beslissing.

²⁰ Artikel 62, § 3, 1° en 2° Spoorcodex.



V.1. De Oude Tariefformule

20. De formule in de netverklaringen vóór 2015 luidde als volgt:

$$RR = M \times [Co \times RB \times (1 + \sum Cn) + C(IB)] \times Termijn \times Lengte(*) \times Tijd \text{ euro}$$

In deze formule moeten de verschillende parameters als volgt worden begrepen:

RR: rangeerrecht

M: eenheidsprijs op jaarbasis, geïndexeerd, gebruikt voor alle betrokken bundelsporen van de spoorweginfrastructuur

Co: de verhoging voor operationeel belangrijke bundels/sporen, momenteel voor alle betrokken bundels gelijk aan 1

RB: het rangeerrecht voor een bundel met doodlopende sporen en zonder bijzondere voorzieningen

Cn: de verhoging in functie van de uitrusting van de bundel. In functie van het uitrustingsniveau zijn er één of meerdere coëfficiënten Cn van toepassing

C(IB): de eventuele toeslag voor bediening van seinen en spoortoestellen (operationalisering) door de infrastructuurbeheerder

Termijn: percentage toegepast naar gelang de termijn gedurende dewelke het spoor werd gereserveerd (LT/KT/RT)

Lengte: lengte van het gebruikte spoor, uitgedrukt in meter

*Tijd: duur van de reservatie, uitgedrukt in minuten / (365*24*60)*

21. Het betreft een formule die, hoewel ze reeds verscheidene jaren bestond, tot 2012 niet werd toegepast, aangezien INFRABEL – naar eigen zeggen – niet beschikte over de nodige informaticatoepassingen om een correcte berekening van de heffing mogelijk te maken.

Dit veranderde met de invoering van de informaticatoepassing *Shunt-In*, die vanaf 2013 een (geleidelijke) toepassing van de formule beoogde. Sedert 9 december 2012 werd gefactureerd op basis van de gegevens die voortvloeien uit de *Shunt-In* informaticatoepassing. Om spoorwegwagondernemingen, die de rangeerheffing als gebruikers van de spoorweginfrastructuur moeten betalen, te laten wennen aan het nieuwe systeem, werd in 2013 aan deze spoorwegwagondernemingen een korting van 90 % op het rangeerrecht toegekend.

22. INFRABEL kwam echter tot de conclusie dat ook met de tool *Shunt-In* de oude formule moeilijk toepasbaar is omwille van diverse technische en operationele aspecten.

Samengevat stelt zij in dit verband het volgende:

- het is niet mogelijk het effectieve gebruik van de bundels te controleren, aangezien spoorwegwagondernemingen weliswaar de door hun benodigde sporen via *Shunt-In* reserveren, maar in de praktijk vaak andere sporen toegewezen krijgen, wegens *real time* aanpassingen, met alle gevolgen van dien voor de prijs (niet alle sporen hebben dezelfde uitrusting of lengte);
- de meeste bundels zijn niet beseind, waardoor het moeilijk is een overzicht te hebben van alle bewegingen die in een bundel worden uitgevoerd;



- gelet op de moeilijkheid om alle bewegingen en aanpassingen in *real time* te controleren, en de afwezigheid van automatische detectie van treinen in combinatie met het uiterst volatiele karakter van het gebruik van bundels, is een correcte facturatie moeilijk, zo niet onmogelijk.

INFRABEL voegt er nog aan toe dat dit leidt tot een bijkomende werklast in hoofde van de spoorwegondernemingen die de facturen van INFRABEL met betrekking tot *Shunt-In* steeds moeten controleren en eventueel betwisten. Ook voor INFRABEL brengen deze betwistingen een bijkomende werklast met zich mee, omdat zij de facturen moet controleren om de betwisting correct te kunnen beoordelen.

INFRABEL besluit dat het onmogelijk is om met de oude formule verder te gaan.

V.2. De weg naar de Nieuwe Tariefformule

23. Gelet op de voormelde moeilijkheden ging INFRABEL dan ook op zoek naar een nieuwe tariefformule voor het berekenen van de rangeerrechten.

24. Met het oog op de aanpassing van de oude formule werden in de eerste helft van 2014 de spoorwegondernemingen, de bevoegde Minister en de DIENST REGULERING geconsulteerd, meer bepaald ontving de DIENST REGULERING op 22 april 2014 een schrijven van INFRABEL met als onderwerp de wijziging van het tarifieringsprincipe *Your Shunts*.

Op 29 juli 2014 gaf de DIENST REGULERING een niet-bindend negatief advies over de voorgestelde wijziging aan de oude formule, wegens niet-conformiteit ervan met de toepasselijke regelgeving.

De bevoegde Minister, toen Staatssecretaris voor Mobiliteit Catherine Fonck gaf bij schrijven van 23 september 2014 aan akkoord te kunnen gaan met de nieuwe berekeningsmethode voor het rangeerrecht, weliswaar onder voorwaarden, met name:

- INFRABEL heft het recht niet voor spoorwegondernemingen die geen bundelsporen hebben aangevraagd of gebruikt in de betrokken maand;
- De Nieuwe Tariefformule is van toepassing uiterlijk tot het invoeren van het nieuwe systeem van berekening van infrastructuurheffingen conform Richtlijn 2012/34, dat dient ingevoerd te zijn ten laatste in december 2018 (dienstregeling 2019). Tegen dan zal INFRABEL ook een definitief tariefsysteem voor het rangeerrecht invoeren;
- In voorbereiding hiervan evalueert INFRABEL jaarlijks de toepassing van de nieuwe berekeningsmethode voor het rangeerrecht op zijn relevantie voor het effectieve gebruik van de bundels.

25. INFRABEL zorgde er voor dat de Nieuwe Tariefformule tegemoet kwam aan de drie voorwaarden die door de Staatssecretaris voor Mobiliteit werden opgelegd. Er werd voorzien dat het rangeerrecht niet zou worden geheven voor spoorwegondernemingen die geen gebruik hebben gemaakt van de infrastructuur in een bepaalde maand (voorwaarde 1), de Nieuwe Tariefformule werd beschouwd als een tijdelijke maatregel die zal vervangen worden door de berekeningswijze die door de invoering



van Richtlijn 2012/34 in nationale wetgeving, zal worden ingevoerd (voorwaarde 2) en INFRABEL heeft de Nieuwe Tariefformule geëvalueerd en heeft constructief meegewerkt aan het zoeken naar verdere oplossingen (voorwaarde 3). Aangaande de derde voorwaarde merkt INFRABEL evenwel op dat een evaluatie van het effectieve gebruik van de bundels niet tot de mogelijkheden behoorde. Het is immers precies het ontbreken van de mogelijkheid om het effectieve gebruik van de bundels te controleren dat aanleiding heeft gegeven tot het invoeren van de Nieuwe Tariefformule door INFRABEL (zie *supra* randnr. 22). Volgens INFRABEL vereist het beseinen van de bundels, waardoor de oude formule toch nog zou kunnen toegepast worden, een al te grote investering. Een volledige evaluatie van de reservaties gemaakt via de informaticatoepassing *Shunt-In*, behoort wel tot de mogelijkheden. INFRABEL merkt op dat zij voor wat betreft de reservaties via de toepassing *Shunt-In* een dalende tendens waarneemt (m.a.w. afname van het aantal reservaties via deze toepassing).

26. De spoorwegondernemingen hebben zich niet verzet tegen de invoering van deze Nieuwe Tariefformule. In elk geval hadden/hebben de spoorwegondernemingen, gelet op het facultatieve karakter van de Nieuwe Tariefformule, de keuze om hun facturatie overeenkomstig de Oorspronkelijke Tariefformule dan wel overeenkomstig de Nieuwe Tariefformule te laten verlopen.

27. INFRABEL heeft steeds beoogd om de Nieuwe Tariefformule met terugwerkende kracht in te voeren en toe te passen vanaf 1 januari 2014 om zo een uniforme toepassing van de Nieuwe Tariefformule te hebben voor het ganse jaar 2014.

In september 2014 legde INFRABEL een ontwerp van Netverklaring voor de periode van 13/12/2015 tot 10/12/2016 (Netverklaring 2016) voor aan de DIENST REGULERING. In dit ontwerp werd de eerder aan de DIENST REGULERING voorgelegde wijziging van het tarifieringsprincipe niet opgenomen, om reden dat INFRABEL het lopende overleg met de betrokken partijen heeft willen afwachten alvorens deze nieuwe formule te publiceren. Deze gesprekken waren in september 2014 nog lopende. Ook het akkoord van de Staatssecretaris voor Mobiliteit werd pas op 23 september 2014 bekomen, d.w.z. op het ogenblik waarop het ontwerp van Netverklaring reeds was goedgekeurd door de bevoegde instanties binnen INFRABEL.

Op 16 december 2014 ontving de DIENST REGULERING via e-mail de melding dat de Netverklaring 2016 sinds 12 december 2014 kon geraadpleegd worden op de website van INFRABEL en dat de Netverklaring geldig van 14/12/2014 tot 12/12/2015 (Netverklaring 2015) geharmoniseerd werd met deze van 2016. In beide Netverklaringen werd in punt 6.3.2.4 een nieuwe heffing voor het rangeren van treinen ingevoerd.

V.3. De Nieuwe Tariefformule

28. De Nieuwe Tariefformule die door INFRABEL opgenomen werd in punt 6.3.2.4 van de definitieve versie van de Netverklaringen 2015 en 2016, zoals die vanaf 12 december 2014 op de website van INFRABEL te raadplegen viel, luidt als volgt:

"Het rangeerrecht is een maandelijks forfait dat niet direct gelinkt is met het gebruik van de betreffende installaties, maar varieert in functie van het aantal treinen die op het net gereden hebben. Een spoorwegonderneming die geen gebruik maakt van de betreffende installaties gedurende een maand, betaalt geen forfait voor deze maand."



De formule van het rangeerrecht hangt af van het type transport:

*Reizigerstreinen: $RR = Trein * Pv \text{ euro}$*

*Goederentreinen: $RR = \min(Trein, l1) * Pm1 + \max(0, Trein - l1) * Pm2 \text{ euro}$*

In deze formule moeten de verschillende parameters als volgt worden begrepen:

Trein: optelsom van het aantal effectieve treinen (exclusief losse ritten) met vertrek in België en met aankomst in België. Een nationale trein zal dus twee keer gerekend worden.

Pv: geïndexeerde eenheidsparameter voor reizigerstreinen

Pm1 en Pm2: geïndexeerde eenheidsparameter voor goederentreinen

l1: drempelwaarde voor het aantal treinen

V.4. Controle door de DIENST REGULERING en bestreden beslissing

29. Naar aanleiding van de e-mail van 16 december 2014 van INFRABEL aan de DIENST REGULERING en de wijzigingen doorgevoerd in de Netverklaringen 2015 en 2016 (zie *supra* randnr. 27), besliste de DIENST REGULERING op 19 december 2014 een controleopdracht te starten in uitvoering van art. 62, § 3, 1° en 2° Spoorcodex.

In het kader van deze controleopdracht werd INFRABEL op 19 januari 2015 gehoord, werden er bijkomende stukken en inlichtingen uitgewisseld tussen INFRABEL en de DIENST REGULERING en werd er op 24 februari 2015 een bijkomende vergadering georganiseerd, waarna er op 25 maart 2015 door INFRABEL per e-mail bijkomende informatie aan de DIENST REGULERING werd overgemaakt.

Op 15 april 2015 werd vervolgens het onderzoeksrapport van de expert binnen de DIENST REGULERING aan de leiding van de DIENST overgemaakt. Dit rapport werd op 21 april 2015 aan INFRABEL overgemaakt voor commentaar. INFRABEL maakte deze commentaar over bij schrijven van 12 mei 2015, waarna de DIENST REGULERING op 9 juni 2015 aan zijn expert heeft verzocht om een aantal bijkomende elementen te onderzoeken. Op 22 juni 2015 diende de expert een bijkomend onderzoeksrapport met betrekking tot de bijkomende elementen in bij de leiding van de DIENST REGULERING. Opnieuw werd INFRABEL, bij schrijven van 3 juli 2015, gevraagd om haar commentaar te geven bij dit rapport, hetgeen INFRABEL heeft gedaan bij schrijven van 17 juli 2015.

Op 4 augustus 2015 werd INFRABEL door de DIENST REGULERING uitgenodigd voor een hoorzitting. Zij werd gehoord op 3 september 2015.

Bij schrijven van 7 september 2015 informeerde de DIENST REGULERING INFRABEL dat zij over alle relevante inlichtingen beschikte.

Op 15 oktober 2015 beëindigde de DIENST REGULERING zijn controleopdracht zoals opgestart op 19 december 2014, bij Beslissing D-2015-11-S aangaande de wijziging van het tarifieringsprincipe *Your Shunts* (de bestreden beslissing).



30. In de bestreden beslissing is de DIENST REGULERING tot het besluit gekomen dat de Nieuwe Tariefformule voor het rangeren van treinen (i) niet voldoet aan de vereisten van art. 23 Koninklijk besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur, (ii) niet voldoet aan de voorwaarden voor versnelde inwerkingtreding van art. 26, tweede lid Koninklijk Besluit van 9 december 2004 en (iii) een inbreuk inhoudt op art. 58 Spoorcodex, wegens het ontstaan van een potentieel discriminatoir verschil in behandeling tussen spoorwegondernemingen.

De DIENST REGULERING besliste dan ook als volgt:

“A. Een afschaffing van het nieuwe tarifieringsprincipe en terugkeer naar de eerste, op de wettelijke bepalingen gebaseerde formule. De netverklaring dient in deze zin aangepast te worden. Deze aanpassing dient uiterlijk op de inwerkingtreding van de netverklaring 2016-2017 doorgevoerd te zijn.

B. De facturatie die reeds gebeurde op basis van het forfait dient niet gerectificeerd te worden”.

Gelet op de ernst van de inbreuken, het feit dat INFRABEL niet aantoont dat zij geen andere keuze had dan een nieuwe formule in te voeren en gelet op het ongunstig advies van de DIENST REGULERING van 29 juli 2014 en gelet op het feit dat het een eerste vaststelling van deze aard van inbreuk in hoofde van INFRABEL betreft, besliste de DIENST REGULERING als volgt:

“C. De infrastructuurbeheerder Infrabel wordt de minimumboete van 12.500 euro opgelegd, zoals bepaald in artikel 64 van de Spoorcodex”.

VI. BESPREKING

VI.1. Middelen van INFRABEL

31. Het beroep van INFRABEL is gesteund op drie middelen, meer bepaald (1) schending van art. 65 Spoorcodex, (2) kennelijk foutieve beoordeling van het dossier en schending van het proportionaliteitsbeginsel en (3) geen schending van het non-discriminatiebeginsel door INFRABEL²¹.

32. Het antwoord van de BELGISCHE STAAT is geformuleerd aan de hand van anders genummerde middelen.

33. Voor een goed begrip en een duidelijke structuur volgt het hof de door INFRABEL gehanteerde nummering, waarbij onmiddellijk het antwoord van de BELGISCHE STAAT wordt weergegeven, gevolgd door de beoordeling van het hof.

²¹ In haar verzoekschrift riep INFRABEL een vierde middel in, meer bepaald schending van het principe van het gewettigd vertrouwen. Van dit middel heeft zij bij conclusie uitdrukkelijk afstand gedaan.



VI.1.1. Eerste middel: schending van art. 65 Spoorcodex*- Standpunten van partijen*

34. INFRABEL stelt dat de DIENST REGULERING bij het nemen van de bestreden beslissing enkel oog heeft gehad voor de criteria 1° (naleving van de van toepassing zijnde wetten en reglementeringen) en 2° (gelijkheidsbeginsel inzake toegang tot de spoorwegcapaciteit) van art. 65, tweede lid Spoorcodex en ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de overige twee criteria, met name (i) de noodzaak om de integriteit van het Belgische spoorweganet en de interoperabiliteit met de spoorwegdiensten van de andere staten te behouden (derde criterium) en (ii) de aard van de aanvraag ten overstaan van de beschikbare middelen om eraan te voldoen (vierde criterium).

Volgens INFRABEL dient de DIENST REGULERING bij het nemen van zijn beslissingen een evenwichtige en billijke afweging te maken tussen (minstens) de vier criteria vervat in art. 65, tweede lid Spoorcodex, waarbij deze afweging eventueel kan worden gesteund op een of meerdere bijkomende criteria.

Wat betreft het derde criterium stelt INFRABEL dat de DIENST REGULERING eraan voorbij gaat dat het werkbaar maken van de Oorspronkelijke Tariefformule omvangrijke investeringen vereist, terwijl de berekeningswijze van de tarieven zoals voorzien in art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 binnen afzienbare tijd (vanaf de Dienstregeling voor 2019) zal wijzigen, gelet op de invoering van Richtlijn 2012/34 van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte. Dit zou nefast zijn voor de integriteit van het Belgische spoorweganet, aangezien de besteding van dergelijke aanzienlijke middelen om de Oorspronkelijke Tariefformule te kunnen toepassen met zich meebrengt dat deze middelen niet meer zouden kunnen worden ingezet voor andere investeringen in de uitbouw van en de veiligheid voor de spoorweginfrastructuur.

Wat betreft het vierde criterium stelt INFRABEL dat de DIENST REGULERING met zijn strikt juridische benadering geen oog zou gehad hebben voor de financiële realiteit in het algemeen en die van INFRABEL in het bijzonder. Voor een terugkeer naar de Oorspronkelijke Tariefformule zijn immers grote investeringen vereist, waarvoor geen budget is en evenmin wordt voorzien door de BELGISCHE STAAT. INFRABEL merkt daarbij op dat zij voor verschillende aspecten van haar bedrijfsvoering, waaronder haar investeringsbeleid, gebonden is door het beheerscontract dat werd afgesloten tussen haar en de BELGISCHE STAAT en zij ook niet geheel vrij is om te bepalen welke investeringen zij zal maken.

INFRABEL stelt in dit verband dat een automatische detectie van treinen in de bundels noodzakelijk is voor de werkbaarheid van de Oude Tariefformule. Zij identificeert drie scenario's die volgens haar een dergelijke detectie mogelijk zouden kunnen maken. Zij stelt dat geen van deze scenario's tot de praktische mogelijkheden behoort en economisch verantwoord is, gelet op de hoge kostprijs van deze scenario's (of een combinatie ervan) en de lange duurtijd voor de realisatie van deze scenario's.

INFRABEL besluit dan ook dat de terugkeer naar de Oorspronkelijke Tariefformule zou impliceren dat er in de praktijk geen (of slechts een beperkte) facturatie zal kunnen plaatsvinden en dit bij gebrek aan de mogelijkheid tot effectieve controle van de parameters van de Oorspronkelijke Tariefformule. Een dergelijke maatregel zou volgens INFRABEL niet getuigen van goed beheer en zou (minstens op financieel vlak) een schending vormen van de integriteit van het Belgische spoorweganet.



35. De BELGISCHE STAAT is van oordeel dat art. 65, tweede lid Spoorcodex niet vereist dat de DIENST REGULERING een evenwichtige en billijke afweging tussen de vier criteria dient te maken, indien blijkt dat er gehandeld werd in strijd met een of meerdere van deze criteria. Een evenwichtige en billijke afweging kan er volgens de BELGISCHE STAAT immers onmogelijk toe leiden dat een handeling die in strijd is met het regelgevend kader (eerste criterium) of die een schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaakt (tweede criterium) kan gerechtvaardigd worden door andere criteria die worden opgesomd onder deze bepaling.

In tegenstelling tot INFRABEL meent de BELGISCHE STAAT dat uit het derde en vierde criterium van art. 65, tweede lid Spoorcodex niet kan worden afgeleid dat de DIENST REGULERING rekening zou moeten houden met het investeringsbeleid van INFRABEL.

De BELGISCHE STAAT legt het derde en vierde criterium uit, zoals hierna weergegeven.

Het derde criterium stelt dat de DIENST REGULERING rekening moet houden met *“de noodzaak om de integriteit van het Belgische spoorwegnet en de interoperabiliteit met de spoorwegdiensten van de andere Staten te behouden”*.

De integriteit van het spoorwegnet heeft te maken met de veiligheid en de betrouwbaarheid van het spoorwegnet.

De interoperabiliteit met de buitenlandse spoorwegdiensten heeft te maken met de wijze waarop een veilig en ononderbroken treinverkeer kan gegarandeerd worden over de landsgrenzen heen door middel van harmonisatie van wettelijke, technische en operationele voorwaarden.

Het vierde criterium stelt dat de DIENST REGULERING rekening moet houden met *“de aard van de aanvraag ten overstaan van de beschikbare middelen om eraan te voldoen”*.

In dit verband verwijst de BELGISCHE STAAT naar de eerste versie van art. 65, tweede lid, zoals die was opgenomen in het Koninklijk Besluit van 12 maart 2003 betreffende de voorwaarden voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur (B.S. 14 maart 2003). In art. 92 van voormeld koninklijk besluit werd het vierde criterium als volgt geformuleerd: *“de aard van de aanvraag ten overstaan van de beschikbare capaciteit om eraan te voldoen”*.

De BELGISCHE STAAT leidt hieruit af dat de *“beschikbare middelen”* waarnaar in deze bepaling verwezen wordt, geen betrekking hebben op de beschikbare financiële middelen van de gereguleerde spelers, maar wel op de aanwezige beschikbare infrastructuurcapaciteit.

De BELGISCHE STAAT voegt hier nog aan toe dat, indien de DIENST REGULERING inderdaad rekening zou moeten houden met het investeringsbeleid van INFRABEL, dit zou ingaan tegen het principe dat de toezichthoudende instantie in de spoorwegsector onafhankelijk moet zijn van de infrastructuurbeheerder, onder meer voor wat betreft zijn besluitvorming²².

Aangezien de regulator niet de bevoegdheid heeft om tussen te komen in het investeringsbeleid van de spelers die actief zijn op de markt voor spoorwegvervoerdiensten waarop de DIENST REGULERING toeziet, kan hij zich dan ook niet uitspreken over welke investeringen een dergelijke speler al dan niet zou moeten aangaan om conform het regelgevend kader te zijn, laat staan dat hij in dit verband verplichtingen zou kunnen

²² Dit wordt uitdrukkelijk aangegeven in art. 55 van de richtlijn 2012/34/EU van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte.



opleggen aan deze spelers. De DIENST REGULERING controleert enkel of die conformiteit met het regelgevend kader er al dan niet is.

De BELGISCHE STAAT merkt op dat de DIENST REGULERING INFRABEL overigens nooit verboden heeft een andere dan de Oude Tariefformule voor te stellen, wiens implementatie minder zware investeringen zou vereisen dan de Oude Tariefformule (uiteraard in zoverre deze formule het regelgevend kader respecteert).

In casu heeft de DIENST REGULERING enkel vastgesteld dat de Nieuwe Tariefformule en de wijze waarop deze tot stand is gekomen in strijd is met het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 en met de Spoorcodex.

Ook in het niet-bindend advies van 29 juli 2014 heeft de DIENST REGULERING enkel vastgesteld dat de voorgestelde nieuwe formule op een aantal punten strijdig was met de toepasselijke regelgeving, zonder zich hierbij uit te spreken over de noodzaak om de Oude Tariefformule al dan niet te handhaven en zonder welke investering dan ook te eisen. De DIENST REGULERING heeft wel aangegeven dat een aantal maatregelen kunnen overwogen worden die het voorwerp zouden moeten uitmaken *“van een uitgebreide studie waarin een 360-view wordt gemaakt van alle bundels in het netwerk, met een bijzondere aandacht voor de bestaande technische uitrusting, de bezettingsgraad en de complexiteit van elke bundel, en rekening houdend met de financiële impact. Op basis hiervan kan een prioritisering opgesteld worden voor het invoeren van bepaalde controlemaatregelen”*.

In ondergeschikte orde stelt de BELGISCHE STAAT dat INFRABEL zich in elk geval niet kan verschuilen achter de noodzaak om grote investeringen uit te voeren en het gebrek aan voldoende financiële middelen daarvoor, om te ontsnappen aan de van toepassing zijnde regulering.

Eveneens in ondergeschikte orde stelt de BELGISCHE STAAT dat het argument van INFRABEL dat de DIENST REGULERING geen rekening heeft gehouden met de grote investeringen die een terugkeer naar de Oude Formule met zich zou meebrengen, sowieso niet stand houdt, om reden dat (i) de DIENST REGULERING in zijn advies van 29 juli 2014 overweegt dat (geautomatiseerde) controlesystemen een (zware) financiële last voor INFRABEL kunnen betekenen en hij bepaalde pistes suggereert om de beweerde grote investeringen voor de uitvoering van de Oude Formule te beperken en/of draaglijk te maken en (ii) INFRABEL niet bewijst dat de Oude Tariefformule zo onwerkbaar is als zij beweert en niet aantoonbaar is dat er geen alternatieven bestaan anders dan de grote investeringen waarop zij wijst. De BELGISCHE STAAT verwijst in dat verband naar art. 8/1 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 dat INFRABEL de mogelijkheid biedt om de informatie waarover zij zelf niet beschikt, voor wat betreft de infrastructuur die niet uitgerust is met een automatisch detectiesysteem, op te vragen bij de spoorwegondernemingen, met name voor de berekening van de verschuldigde gebruiksrechten²³.

²³ INFRABEL antwoordt hierop dat in 2006, in het kader van de ontwikkeling van de facturatie voor de rangeerheffingen, reeds bleek dat de spoorwegondernemingen foutieve en/of onnauwkeurige informatie verstrekten.



Beoordeling

36. Krachtens art. 65, tweede lid Spoorcodex houdt de DIENST REGULERING bij zijn beslissingen onder meer rekening met:

- “1° de naleving van de van toepassing zijnde wetten en reglementeringen;*
- 2° het gelijkheidsbeginsel inzake toegang tot de spoorwegcapaciteit;*
- 3° de noodzaak om de integriteit van het Belgische spoorwegnet en de interoperabiliteit met de spoorwegdiensten van de andere Staten te behouden;*
- 4° de aard van de aanvraag ten overstaan van de beschikbare middelen om eraan te voldoen”.*

37. In de bestreden beslissing stelt de DIENST REGULERING vast dat de Nieuwe Tariefformule en de versnelde inwerkingtreding ervan niet beantwoorden aan de van toepassing zijnde reglementeringen en dat door de Nieuwe Tariefformule een potentiële discriminatie ontstaat voor spoorwegondernemingen.

Deze vaststellingen volstaan om te beslissen tot de afschaffing van de Nieuwe Tariefformule. Zodra de DIENST REGULERING vaststelt dat aan een of meerdere criteria van art. 65, tweede lid Spoorcodex niet is voldaan, dient zij immers de overige criteria niet nader te onderzoeken.

Een evenwichtige en billijke afweging van de vier criteria van art. 65, tweede lid Spoorcodex, zoals vooropgesteld door INFRABEL, kan er overigens niet toe leiden dat een handeling die in strijd is met het regelgevend kader (eerste criterium) of die een schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaakt (tweede criterium) kan gerechtvaardigd worden door andere criteria die worden opgesomd onder deze bepaling.

38. Zelfs indien de DIENST REGULERING alle criteria van art. 65, tweede lid Spoorcodex tegelijk in acht zou moeten nemen (*quod non*), kan zij niet aan INFRABEL toelaten om – in strijd met de wettelijke en reglementaire bepalingen – de Nieuwe Tariefformule te hanteren louter omwille van de omvang (kostprijs) en implementatieduur van de investeringen. Het derde en vierde criterium hebben immers geen betrekking op het investeringsbeleid van INFRABEL.

Het derde criterium stelt dat de DIENST REGULERING rekening moet houden met *“de noodzaak om de integriteit van het Belgische spoorwegnet en de interoperabiliteit met de spoorwegdiensten van de andere Staten te behouden”*. De integriteit van het spoorwegnet heeft te maken met de veiligheid en de betrouwbaarheid van het spoorwegnet; de interoperabiliteit met de buitenlandse spoorwegdiensten heeft te maken met de wijze waarop een veilig en ononderbroken treinverkeer kan gegarandeerd worden over de landsgrenzen heen door middel van harmonisatie van wettelijke, technische en operationele voorwaarden.

Het vierde criterium stelt dat de DIENST REGULERING rekening moet houden met *“de aard van de aanvraag ten overstaan van de beschikbare middelen om eraan te voldoen”*. Onder het begrip *“beschikbare middelen”* dient niet *“financiële middelen”* te worden verstaan, zoals blijkt uit de voorloper van art. 65, tweede lid, 4° Spoorcodex, met name art. 92, tweede lid, vierde streepje Koninklijk Besluit van 12 maart 2003 betreffende de voorwaarden voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur (B.S. 14 maart 2003), dat luidde als volgt: *“de aard van de aanvraag ten overstaan van de beschikbare capaciteit om eraan te voldoen”*. In het wetsontwerp houdende de



Spoorcodex werd het begrip “capaciteit” vervangen door het begrip “middelen” zonder enige commentaar (Wetsontwerp houdende de Spoorcodex (...), *Parl. St.* Kamer 2012-13, nr. 2855/001). Het begrip “beschikbare middelen” heeft dus betrekking op de aanwezige beschikbare infrastructuurcapaciteit en niet op de beschikbare financiële middelen van de geregeerde spelers.

39. Het eerste middel van INFRABEL is derhalve ongegrond.

VI.1.2. Tweede middel: kennelijk foutieve beoordeling van het dossier en schending van het proportionaliteitsbeginsel

- a) Eerste onderdeel: onmogelijke toepassing van de Oorspronkelijke Tariefformule op basis van de wettelijke criteria – onbillijke situatie

- Standpunten van partijen

40. De onwerkbaarheid van de Oorspronkelijke Tariefformule hoofdzakelijk wegens (i) de afwezigheid van automatische detectiesystemen voor treinen in de bundels en (ii) het variabele gebruik van de bundels, leidde volgens INFRABEL tot een onbillijke situatie: de spoorwegondernemingen dienden op basis van de Oorspronkelijke Tariefformule erg hoge heffingen te betalen, zeker gelet op de eerder geringe kwaliteit van de geleverde diensten.

Om de spoorwegondernemingen kennis te laten maken met de informaticatoepassing *Shunt-In* werd door INFRABEL gedurende een periode van één jaar een korting van 90 % toegekend op de te betalen heffingen. De resterende 10 % van het bedrag van deze heffingen gaf systematisch aanleiding tot betwisting door de spoorwegondernemingen. Deze betwistingen maakten op hun beurt het voorwerp uit van gedetailleerde controles door INFRABEL, met het oog op het achterhalen van de waarheid. Zowel de spoorwegondernemingen als INFRABEL moesten derhalve onverantwoord veel tijd besteden aan het manueel controleren van facturen en van de criteria die werden gehanteerd in de tariefformule, aan het betwisten van facturen, het opmaken van protesten, en dergelijke.

Met de invoering van de Nieuwe Tariefformule heeft INFRABEL – naar eigen zeggen – aan deze onbillijke situatie willen verhelpen.

De Nieuwe Tariefformule is eenvoudig en transparant en steunt (in tegenstelling tot de Oorspronkelijke Tariefformule) op bestaande en betrouwbare parameters.

De toepassing van de Nieuwe Tariefformule zorgde daarenboven voor een aanzienlijke daling van de jaarlijkse factuur voor de spoorwegondernemingen.

INFRABEL erkent wel dat de Nieuwe Tariefformule geen rekening houdt met de parameters zoals omschreven in art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004. Volgens INFRABEL zou zij gepoogd hebben een formule uit te werken die rekening houdt met voormelde parameters, maar zou dit niet mogelijk geweest zijn.



INFRABEL is dan ook van oordeel dat de beslissing A uit de bestreden beslissing om terug te keren naar de Oorspronkelijke Tariefformule, een kennelijke beoordelingsfout behelst wanneer wordt beslist dat INFRABEL een onmogelijk (of minstens amper en slechts gebrekkig) toepasbare tariefformule dient te hanteren.

Ook voor de spoorwegondernemingen zou een terugkeer naar de verplichte toepassing van de Oorspronkelijke Tariefformule volgens INFRABEL een duidelijk disproportioneel nadeel vormen. Zij zullen opnieuw systematisch de facturen controleren, zullen betwistingen voeren en dergelijke, hetgeen ook voor de spoorwegondernemingen niet billijk is.

INFRABEL stelt dat, zelfs indien de verantwoordelijkheid voor het gebrekkig functioneren van de Oorspronkelijke Tariefformule zou toe te schrijven zijn aan INFRABEL (wat volgens INFRABEL niet het geval is, gelet op het feit dat de Oorspronkelijke Tariefformule te goeder trouw werd opgemaakt aan de hand van de wettelijke parameters zoals voorzien in art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004), de beoordeling van de invoering van de Nieuwe Tariefformule door de DIENST REGULERING zoals omschreven in de bestreden beslissing, dan nog foutief en zonder meer disproportioneel blijft.

INFRABEL wijst tevens op een ander onbillijk aspect van een gedwongen terugkeer naar de Oorspronkelijke Tariefformule, met name het feit dat er opnieuw een situatie zal ontstaan waarbij er niets (of minstens veel te weinig) zal worden gefactureerd voor het rangeren van (goederen)treinen en België dus opnieuw zal bekend staan als de “parking van Europa”. Een dergelijk gratis (of bijna gratis) gebruik van de bundels betekent een belangrijke financiële aderlating voor INFRABEL die voor haar werking is aangewezen op de heffingen die zij heft. Als gevolg hiervan komt tevens de verdere optimalisatie van het netwerk in gedrang, wat uiteraard niet de bedoeling kan zijn.

41. In zoverre de parameters van art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 niet toepasbaar zouden zijn in de interpretatie die de DIENST REGULERING voorstaat, vraagt INFRABEL om op grond van art. 159 G.W. dit koninklijk besluit niet toe te passen.

42. De BELGISCHE STAAT betwist dat de beslissing A om de Nieuwe Tariefformule af te schaffen en dus terug te keren naar de Oude Tariefformule, een kennelijke beoordelingsfout behelst en een schending van het proportionaliteitsbeginsel is.

De BELGISCHE STAAT stelt dat de DIENST REGULERING heeft vastgesteld dat de Nieuwe Tariefformule onwettig is en dat het de verantwoordelijkheid van INFRABEL is om ervoor te zorgen dat de spoorwegondernemingen heffingen betalen voor een dienstverlening die van goede kwaliteit is en om ervoor te zorgen dat de facturatie die gebeurt met het oog op inning van de rangeerrechten, accuraat is en op correcte wijze gebeurt. INFRABEL dient in die zin een formule voor te stellen die de parameters in rekening neemt zoals opgenomen in art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004.

Bovendien stelt de BELGISCHE STAAT dat de DIENST REGULERING INFRABEL nooit verplicht heeft de Oude Tariefformule te handhaven. Het feit dat nu een terugkeer naar de oude formule wordt opgelegd, is niet meer dan een gevolg van de afschaffing van de onwettige nieuwe formule. Het stond en staat INFRABEL vrij om een nieuwe en wettige tariefformule voor te stellen.



Volgens de BELGISCHE STAAT dient de bewering van INFRABEL dat het beweerdelijk (bijna) gratis gebruik van de bundels "*een belangrijke financiële aderlating*" zou zijn voor INFRABEL sterk gerelativeerd te worden. De inkomsten die INFRABEL haalde uit de facturatie voor het rangeren van (goederen)treinen (*Your Shunts*) bedroegen in 2015 slechts een uiterst miniem percentage van de inkomsten van INFRABEL, dat volgens INFRABEL zou geaffecteerd worden bij een terugkeer naar de Oude Tariefformule.

De BELGISCHE STAAT stelt verder dat INFRABEL op geen enkel ogenblik geprobeerd heeft om een andere tariefformule op te stellen die conform art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 was en die beter toepasbaar zou zijn dan de Oude Tariefformule.

43. Wat de door INFRABEL gevraagde toepassing van art. 159 G.W. betreft, merkt de BELGISCHE STAAT op dat INFRABEL op geen enkele wijze aantoonst dat het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 onwettig zou zijn en dus niet zou moeten toegepast worden in deze zaak.

44. Wat betreft de beweerdelijke schending van het proportionaliteitsbeginsel, herhaalt de BELGISCHE STAAT dat noch de DIENST REGULERING noch het koninklijk besluit op welke wijze dan ook INFRABEL "*overdreven investeringen*" hebben opgelegd. Niets belette INFRABEL om een ander voorstel van tariefformule op te stellen dat rekening hield met de parameters van art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 en waarbij geen "*overdreven investeringen*" vereist waren (in de betwistbare hypothese dat de Oude Tariefformule inderdaad zulke investeringen zou vereisen).

Beoordeling

45. INFRABEL erkent dat de Nieuwe Tariefformule geen rekening houdt met de parameters zoals omschreven in art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004, maar stelt dat de beslissing tot terugkeer naar de Oude Tariefformule een kennelijke beoordelingsfout inhoudt, disproportioneel is en tot onbillijke gevolgen leidt.

46. Gelet op de onwettigheid van de Nieuwe Tariefformule kan deze niet worden gehandhaafd. Het logische gevolg van de afschaffing van de Nieuwe Tariefformule is de terugkeer naar de oude formule. Het staat INFRABEL evenwel vrij om een nieuwe en wettige tariefformule voor te stellen die de parameters in rekening neemt zoals opgenomen in art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004. Meer zelfs, het is de verantwoordelijkheid van INFRABEL om ervoor te zorgen dat de spoorwegondernemingen heffingen betalen voor een dienstverlening die van goede kwaliteit is en om ervoor te zorgen dat de facturatie die gebeurt met het oog op inning van de rangeerrechten, accuraat is en op correcte wijze gebeurt.

47. Wat de door INFRABEL gevraagde toepassing van art. 159 G.W. betreft, stelt het hof vast dat INFRABEL op geen enkele wijze aantoonst dat het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 onwettig zou zijn en dus niet zou moeten toegepast worden in deze zaak.

48. Het eerste onderdeel van het tweede middel wordt dan ook afgewezen als ongegrond.



b) Tweede onderdeel: akkoord van de bevoegde Minister en de spoorwegondernemingen – facultatief karakter van de Nieuwe Tariefformule

- Standpunten van partijen

49. INFRABEL wijst erop dat de voogdijminister de Nieuwe Tariefformule heeft goedgekeurd en dat zowel zijzelf als de spoorwegondernemingen positief stonden tegenover de Nieuwe Tariefformule. Bovendien betreft de Nieuwe Tariefformule een overgangsmaatregel en staat het de spoorwegondernemingen vrij om alsnog voor de Oorspronkelijke Tariefformule te kiezen.

In het licht van deze elementen zou het volgens INFRABEL des te onbillijker zijn om zowel haarzelf als de spoorwegondernemingen nog enkele jaren te laten werken met een onwerkbaar tariefformule.

50. De BELGISCHE STAAT is van oordeel dat noch de beweerdelijke instemming van de spoorwegondernemingen met de Nieuwe Tariefformule, noch de beweerdelijke facultatieve en tijdelijke aard van de nieuwe formule, noch de voorwaardelijke goedkeuring van de bevoegde Minister kunnen leiden tot de conclusie dat de beslissing om de Nieuwe Tariefformule af te schaffen en dus terug te keren naar de wettelijke oude formule onbillijk zou zijn.

Geen enkele van de voormelde redenen kan volgens de BELGISCHE STAAT een grond vormen om een tariefformule te handhaven waarvan vaststaat dat ze strijdig is met de voormelde regelgeving.

Wat het facultatief karakter van de formule betreft, merkt de BELGISCHE STAAT op dat INFRABEL in de versie van de Netverklaringen 2015 en 2016 van 12 december 2014 enkel de Nieuwe Tariefformule vermeldde en pas op 28 augustus 2015 de Oude Tariefformule, naast de Nieuwe Tariefformule, opnieuw heeft ingevoerd in de Netverklaringen 2015 en 2016.

De BELGISCHE STAAT merkt aangaande het facultatief karakter tevens een tegenstrijdigheid op. Enerzijds stelt INFRABEL dat de oude formule in de praktijk niet kan worden toegepast, gelet op, onder meer de afwezigheid van automatische detectiesystemen en het variabele gebruik van de bundels. Anderzijds geeft INFRABEL in haar Netverklaringen 2015 en 2016 aan dat de spoorwegondernemingen die dat wensen, toch nog gebruik kunnen blijven maken van de oude formule. Er zouden nog enkele spoorwegondernemingen zijn die gebruik maken van de informaticatoepassing *Shunt-In* die ontwikkeld is met het oog op facturatie op basis van de Oude Tariefformule. Indien de oude formule niet werkbaar is, zoals INFRABEL poneert, dan stelt zich de vraag hoe deze enkele spoorwegondernemingen gefactureerd kunnen worden en waarom INFRABEL in haar Netverklaringen 2015 en 2016 aangeeft dat spoorwegondernemingen toch nog gebruik kunnen blijven maken van de Oude Tariefformule. INFRABEL antwoordt op deze vraag dat de keuze om de Oude naast de Nieuwe Tariefformule in te voeren er gekomen is als een compromis met de DIENST REGULERING, wat evenwel door deze laatste wordt betwist.

Verder stelt de BELGISCHE STAAT zich vragen bij de zogenaamde instemming van de spoorwegondernemingen met de nieuwe formule. Immers, het betalen van de factuur op basis van de nieuwe formule gold als instemming met de nieuwe formule. Het betreft dus een impliciete instemming. Daarnaast wijst de BELGISCHE STAAT erop dat er alleen nog facturen worden uitgeschreven op basis van de nieuwe formule en dus *de facto* de mogelijkheid niet meer bestond/bestaat om facturen te ontvangen op basis van de oude formule.



Het facturatiesysteem gebaseerd op de Oude Tariefformule (*Shunt-In*) is niet meer *online*. Dit laatste wordt betwist door INFRABEL.

De verwijzing naar de voorwaardelijke goedkeuring van de Nieuwe Tariefformule door de bevoegde Minister is volgens de BELGISCHE STAAT al evenmin relevant. De DIENST REGULERING is in het uitvoeren van zijn controleopdrachten in de zin van art. 62, § 3 Spoorcodex geenszins gebonden door welke goedkeuring dan ook van de bevoegde Minister. De toezichthoudende instantie is onafhankelijk in het nemen van zijn besluitvorming. Het is dan ook niet omdat de bevoegde Minister zijn goedkeuring hecht aan een tariefformule, dat de DIENST REGULERING deze tariefformule niet langer kan verwerpen, indien blijkt dat deze formule in strijd is met het regelgevend kader.

Tenslotte ziet de BELGISCHE STAAT niet in hoe het feit dat de nieuwe formule tijdelijk van aard zou zijn of als overgangsmaatregel zou dienen, een impact zou moeten gehad hebben op zijn beslissing dat de nieuwe formule in strijd is met het regelgevend kader. De BELGISCHE STAAT stelt zich met name de vraag of het feit dat een formule tijdelijk is (tot december 2018), kan rechtvaardigen dat deze formule wordt toegepast, ook al is ze in strijd met de toepasselijke regelgeving.

- Beoordeling

51. Noch de voorwaardelijke goedkeuring van de voogdijminister, noch het feit dat INFRABEL en de spoorwegondernemingen positief zouden staan tegenover de Nieuwe Tariefformule, noch het tijdelijk en facultatief karakter van de nieuwe formule, kunnen leiden tot de conclusie dat de beslissing om de Nieuwe Tariefformule af te schaffen en dus terug te keren naar de wettelijke oude formule onredelijk zou zijn.

Geen enkele van de voormelde argumenten kan een grond vormen om een tariefformule te handhaven waarvan vaststaat dat ze strijdig is met de toepasselijke regelgeving.

Wat de voorwaardelijke goedkeuring van de Nieuwe Tariefformule door de bevoegde Minister betreft, moet worden opgemerkt dat de DIENST REGULERING in het uitvoeren van zijn controleopdrachten in de zin van art. 62, § 3 Spoorcodex niet gebonden is door welke goedkeuring dan ook van de bevoegde Minister. De toezichthoudende instantie is onafhankelijk in het nemen van zijn besluitvorming. De goedkeuring door de bevoegde Minister verhindert dan ook niet dat de DIENST REGULERING de tariefformule zou kunnen verwerpen, indien blijkt dat deze in strijd is met het regelgevend kader.

Het feit dat INFRABEL en de spoorwegondernemingen positief zouden staan tegenover de Nieuwe Tariefformule, belet de DIENST REGULERING geenszins om deze formule af te schaffen in geval niet is voldaan aan de wettelijke en reglementaire bepalingen.

Hetzelfde geldt voor wat betreft het tijdelijk en facultatief karakter van de Nieuwe Tariefformule. Het tijdelijk en facultatief karakter van de Nieuwe Tariefformule kan niet rechtvaardigen dat deze formule die in strijd is met de toepasselijke regelgeving, wordt toegepast.



Wat het facultatief karakter van de formule betreft, bestaat er overigens een tegenstrijdigheid. Enerzijds stelt INFRABEL dat de oude formule in de praktijk niet kan worden toegepast, gelet op, onder meer de afwezigheid van automatische detectiesystemen en het variabele gebruik van de bundels. Anderzijds geeft INFRABEL in haar Netverklaringen 2015 en 2016 aan dat de spoorwegondernemingen die dat wensen, toch nog gebruik kunnen blijven maken van de oude formule. Indien de oude formule niet werkbaar is, dan stelt zich de vraag waarom INFRABEL in haar Netverklaringen 2015 en 2016 aangeeft dat spoorwegondernemingen toch nog gebruik kunnen blijven maken van de Oude Tariefformule en hoe de spoorwegondernemingen die voor deze formule zouden opteren, gefactureerd kunnen worden.

52. Het tweede onderdeel van het tweede middel is bijgevolg ongegrond.

c) Derde onderdeel: met betrekking tot de beweerde niet-naleving van art. 26, 2° en 4° Koninklijk Besluit van 9 december 2004

- Standpunten van partijen

53. De DIENST REGULERING motiveert zijn beslissingen in de bestreden beslissing niet alleen op grond van het ontbreken van de parameters ex art. 23 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 in de Nieuwe Tariefformule, maar tevens op grond van de beweerde niet naleving van art. 26, 2° en 4° Koninklijk Besluit van 9 december 2004.

De DIENST REGULERING overwoog hieromtrent het volgende (zie: randnrs. 64 en 65 van de bestreden beslissing):

“Gezien de invoering van het nieuwe tarief in december 2014 geschiedde en retroactief werd toegepast voor het volledige jaar 2014, werd niet voldaan aan de termijn van vier maanden voor de uiterste indiening van capaciteitsaanvragen, zoals bedoeld in artikel 26, lid 1 van het K.B. van 9 december 2004.

Er dient dan ook nagegaan te worden of aan de vier voorwaarden voor versnelde invoering voldaan werd, zoals bepaald in artikel 26, 2° lid van hetzelfde KB.”

Voor wat betreft de voorwaarden 1° en 3° van art. 26 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 stelde de DIENST REGULERING vast dat aan deze voorwaarden was voldaan. Voor de spoorwegondernemingen betekent de Nieuwe Tariefformule inderdaad een vermindering van het niveau van gebruiksrecht en de bevoegde Minister heeft voorafgaand aan de invoering haar goedkeuring gegeven met de Nieuwe Tariefformule.

Voor wat betreft de voorwaarden 2° en 4° oordeelde de DIENST REGULERING dat er niet zou zijn voldaan aan deze voorwaarden, meer bepaald dat de Nieuwe Tariefformule niet het voorwerp zou zijn geweest van een raadpleging zoals voorzien in art. 20 Spoorcodex en dat de Nieuwe Tariefformule niet ten minste drie maanden voor haar toepassing bekend werd gemaakt.

54. INFRABEL is van oordeel dat de DIENST REGULERING ten onrechte heeft geoordeeld dat niet werd voldaan aan de voorwaarden 2° en 4° van art. 26, tweede lid Koninklijk Besluit van 9 december 2004.



Wat de tweede voorwaarde betreft, stelt INFRABEL dat het voorstel van tariefwijziging (de Nieuwe Tariefformule) in april 2014 per brief ter consultatie werd overgemaakt aan de DIENST REGULERING, de spoorwegondernemingen en de Staatssecretaris.

De Nieuwe Tariefformule werd vervolgens niet opgenomen in het ontwerp van Netverklaring 2016 dat in september 2014 aan de DIENST REGULERING werd voorgelegd, omdat op dat ogenblik het overleg tussen de betrokken partijen liep en de goedkeuring van de Staatssecretaris pas op 23 september 2014 volgde.

De Nieuwe Tariefformule zoals opgenomen in de Netverklaringen 2015 en 2016 die op 12 december 2014 werden gepubliceerd, stemt volgens de DIENST REGULERING niet overeen met de Nieuwe Tariefformule zoals voorgesteld in april 2014 aan de DIENST REGULERING, om reden dat (i) in de aangepaste netverklaring het tarief niet langer wordt aangerekend aan spoorwegondernemingen die geen gebruik maken van de bundels en (ii) INFRABEL op de bijkomende vergadering van 24 februari 2015 de DIENST REGULERING op de hoogte heeft gebracht dat zogenaamde “losse ritten” zouden worden uitgesloten bij de berekening van de Nieuwe Tariefformule.

INFRABEL erkent de aanpassingen en stelt dat deze gebeurden ingevolge overleg met de spoorwegondernemingen. Het incorporeren van de opmerkingen van de spoorwegondernemingen in de latere netverklaringen is net het doel van het overleg.

De DIENST REGULERING is eveneens op de hoogte van deze opmerkingen.

Bovendien stelt INFRABEL dat het niet aanrekenen van de Nieuwe Tariefformule aan spoorwegondernemingen die geen gebruik maken van de bundels, een van de voorwaarden was die de Minister verbond aan haar goedkeuring. Zonder deze aanpassing van de netverklaring zou er geen akkoord zijn van de Minister en zou INFRABEL dus niet voldaan hebben aan voorwaarde 3° van art. 26 Koninklijk Besluit van 9 december 2004.

Het niet aanrekenen van “losse ritten” (de zogenaamde tweede wijziging) betreft een maatregel ten gunste van de spoorwegondernemingen (net zoals de voorwaarde dat het tarief niet langer wordt aangerekend aan spoorwegondernemingen die geen gebruik maken van de bundels) en speelt uiteraard in het voordeel van de spoorwegondernemingen wiens facturen hierdoor zullen dalen.

Deze aanpassingen kunnen volgens INFRABEL niet worden ingeroepen als bewijs voor het niet naleven van voorwaarde 2° van het Koninklijk Besluit van 9 december 2004.

Wat de vierde voorwaarde van het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreft, betwist INFRABEL niet dat de termijn van drie maanden niet werd toegepast.

Volgens INFRABEL is dit evenwel niet relevant, aangezien INFRABEL de spoorwegondernemingen gedurende een consultatie over de mogelijke vermindering van de heffingen (binnen het breder debat over de nieuwe netverklaring) reeds had geïnformeerd over de retroactieve toepassing van de Nieuwe Tariefformule. Het feit dat zij allen de facturen die werden uitgeschreven op basis van de Nieuwe Tariefformule hebben betaald, bewijst dat zij akkoord gingen met het toegepaste principe. INFRABEL merkt bovendien op dat ook de bevoegde Minister op 23 september 2014 haar akkoord gaf voor een retroactieve toepassing van de Nieuwe Tariefformule.



INFRABEL is van oordeel dat de DIENST REGULERING ten onrechte meent dat een nieuwe tariefformule niet retroactief zou kunnen worden toegepast, minstens niet motiveert waarom dit het geval zou zijn.

Een retroactieve toepassing betekent automatisch dat voorwaarde 4° van het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 buiten werking wordt gezet.

INFRABEL besluit dat de motivering van de DIENST REGULERING op grond van de beweerde niet naleving van art. 26, 2° en 4° Koninklijk Besluit van 9 december 2004 faalt naar recht en niet kan weerhouden worden als juridisch argument ter afschaffing van de Nieuwe Tariefformule en de terugkeer naar de Oorspronkelijke Tariefformule.

55. De BELGISCHE STAAT betwist het standpunt van INFRABEL.

Wat de tweede voorwaarde van art. 26 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreft, stelt de BELGISCHE STAAT dat de Nieuwe Tariefformule zoals die opgenomen is in de gewijzigde Netverklaring 2015 en de Netverklaring 2016 die op de website van INFRABEL werden gepubliceerd, niet het voorwerp heeft uitgemaakt van enige consultatie van de DIENST REGULERING en dat de door INFRABEL aangehaalde redenen waarom de wijzigingen werden doorgevoerd, irrelevant zijn.

Wat de vierde voorwaarde van art. 26 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreft, verwijst de BELGISCHE STAAT naar de bestreden beslissing, waarin het volgende wordt overwogen (zie: randnr. 82):

“Echter, het simpelweg door Infrabel vermelden dat de nieuwe tarifiering retroactief zal worden toegepast, [...] geen vrijstelling tot gevolg hebben van een reglementaire bepaling, die van dwingend recht en van openbare orde is”.

De DIENST REGULERING motiveert in de bestreden beslissing uitvoerig, met verwijzing naar rechtspraak en rechtsleer, waarom art. 26, tweede lid Koninklijk Besluit van 9 december 2004 als dwingend recht moet beschouwd worden en aldus niet zomaar opzij kan geschoven worden (zie: randnrs. 83 e.v. van de bestreden beslissing).

De BELGISCHE STAAT begrijpt dan ook absoluut niet op welke grond INFRABEL beweert dat hij in de bestreden beslissing niet zou motiveren waarom de Nieuwe Tariefformule niet retroactief kan toegepast worden.

- Beoordeling



56. Artikel 26 Koninklijk Besluit van 9 december 2004 voorziet in de mogelijkheid om de berekeningsregels van gebruiksrechten te wijzigen.

Het eerste lid van dit artikel bepaalt de termijnen van vaststelling en inwerkingtreding van de wijzigingen van de berekeningsregels.

Er bestaat geen betwisting over het oordeel van de DIENST REGULERING dat de termijnen van art. 26, eerste lid niet werden nageleefd.

Artikel 26, tweede lid voorziet in de mogelijkheid om de wijzigingen vroeger in werking te laten treden:

“De in het eerste lid bedoelde wijzigingen kunnen van toepassing zijn voor de inwerkingtreding van de dienstregeling die volgt op die tijdens welke ze zijn vastgesteld onder de volgende voorwaarden:

1° ze vormen een vermindering van het niveau van het gebruiksrecht,

2° ze zijn het voorwerp van de raadpleging voorzien in artikel 20 van de Spoorcodex²⁴,

3° ze zijn het voorwerp van een goedkeuring door de Minister,

4° ze worden ten minste drie maanden voor hun toepassing bekendgemaakt”.

De DIENST REGULERING oordeelde in de bestreden beslissing dat enkel is voldaan aan voormelde voorwaarden 1° en 3°, doch niet aan de voorwaarden 2° en 4°.

57. Wat de tweede voorwaarde betreft, blijkt uit het feitenrelaas gestaafd door het administratief dossier, dat de spoorwegondernemingen, de bevoegde Minister en de DIENST REGULERING in de eerste helft van 2014 werden geconsulteerd met het oog op de aanpassing van de Oude Tariefformule, meer bepaald ontving de DIENST REGULERING op 22 april 2014 een schrijven van INFRABEL met als onderwerp de wijziging van het tarifieringsprincipe *Your Shunts*.

In september 2014 legde INFRABEL een ontwerp van Netverklaring voor de periode van 13/12/2015 tot 10/12/2016 (Netverklaring 2016) voor aan de DIENST REGULERING. In dit ontwerp werd de eerder aan de DIENST REGULERING voorgelegde wijziging van het tarifieringsprincipe niet opgenomen, om reden dat INFRABEL het lopende overleg met de betrokken partijen heeft willen afwachten alvorens deze nieuwe formule te publiceren. Deze gesprekken waren in september 2014 nog lopende. Ook het akkoord van de Staatssecretaris voor Mobiliteit werd pas op 23 september 2014 bekomen, d.w.z. op het ogenblik waarop het ontwerp van netverklaring reeds was goedgekeurd door de bevoegde instanties binnen INFRABEL.

Op 16 december 2014 ontving de DIENST REGULERING via e-mail de melding dat de Netverklaring 2016 sinds 12 december 2014 kon geraadpleegd worden op de website van INFRABEL en dat de Netverklaring geldig van 14/12/2014 tot 12/12/2015 (Netverklaring 2015) geharmoniseerd werd met deze van 2016. In beide Netverklaringen werd in punt 6.3.2.4 een nieuwe heffing voor het rangeren van treinen ingevoerd.

²⁴ Artikel 20 Spoorcodex bepaalt het volgende: *“De spoorweginfrastructuurbeheerder stelt de netverklaring op en zorgt voor de bekendmaking ervan, na raadpleging van het toezichthoudende orgaan, de kandidaten en de spoorwegondernemingen die het net gebruiken.”*



De Nieuwe Tariefformule zoals opgenomen in de Netverklaringen 2015 en 2016 die op 12 december 2014 werden gepubliceerd, stemde niet overeen met de Nieuwe Tariefformule zoals voorgesteld in april 2014 aan de DIENST REGULERING, meer bepaald waren er twee aanpassingen:

- (i) in de aangepaste netverklaring wordt het tarief niet langer aangerekend aan spoorwegondernemingen die geen gebruik maken van de bundels;
- (ii) de zogenaamde “losse ritten” zijn uitgesloten bij de berekening van de Nieuwe Tariefformule.

De Nieuwe Tariefformule zoals opgenomen in de Netverklaringen 2015 en 2016, heeft niet het voorwerp uitgemaakt van een raadpleging zoals voorzien in art. 20 Spoorcodex. De argumenten van INFRABEL dat de aanpassingen gebeurden ingevolge overleg met de spoorwegondernemingen en ingevolge het voorwaardelijk akkoord van de bevoegde Minister, dat de DIENST REGULERING op de hoogte was van de opmerkingen van de spoorwegondernemingen en dat het niet aanrekenen van “losse ritten” een maatregel betreft ten gunste van de spoorwegondernemingen, doen geen afbreuk aan voormelde vaststelling.

De DIENST REGULERING heeft dan ook terecht geoordeeld dat de tweede voorwaarde van art. 26, tweede lid Koninklijk Besluit van 9 december 2004 niet werd nageleefd.

58. Wat de vierde voorwaarde betreft, betwist INFRABEL niet dat de termijn van drie maanden niet werd toegepast.

INFRABEL stelt evenwel dat de niet naleving van deze termijn niet relevant is en dat de DIENST REGULERING ten onrechte meent, minstens niet motiveert waarom een retroactieve toepassing van een nieuwe tariefformule, waardoor de vierde voorwaarde automatisch buiten werking wordt gezet, niet mogelijk zou zijn.

Dit standpunt van INFRABEL kan niet worden bijgetreden. De DIENST REGULERING motiveert in de bestreden beslissing uitvoerig, met verwijzing naar rechtspraak en rechtsleer, waarom art. 26, tweede lid Koninklijk Besluit van 9 december 2004 als dwingend recht moet beschouwd worden en aldus niet zomaar opzij kan geschoven worden (zie: randnrs. 83 e.v.):

“83. De bepaling voorzien in artikel 26, 2e lid van het KB van 9 december 2004 voorziet immers in een bescherming van de belangen van de begunstigde, i.e. de spoorwegondernemingen die het gewijzigde tarief moet betalen. De bescherming is van die aard dat het nieuwe tarief ten vroegste drie maanden later kan starten. Om die reden is de bepaling in artikel 26 dan ook van dwingend recht (5).

84. Daarnaast voorziet artikel 46 van de Spoorcodex dat de Koning de bevoegdheid heeft de berekeningsregels vast te stellen, welke aldus ontsnappen aan de beheersing of de vrijheid van de infrastructuurbeheerder. Overigens heeft de verschuldigde heffing slechts één welbepaald doel: het bevorderen van een efficiënt gebruik van de capaciteit. Dit is dus een doel dat het persoonlijk belang van de infrastructuurbeheerder overstijgt. Het is aldus een doel van algemeen belang.

85. De Dienst Regulering kan de verdediging van Infrabel zoals naar voren gebracht tijdens de hoorzitting van 3 september 2015 bijgevolg niet aanvaarden.

86. De Dienst Regulering concludeert dat niet werd voldaan aan de vierde voorwaarde van artikel 26, 2e lid, van het KB van 9 december 2004”.

Voetnoot 5 uit dit uittreksel luidt als volgt: “P. Van Ommeslaghe, Tome II – Les obligations, vol. 1, coll. De Page Traité de droit civile belge, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 361. ; M. Uyttendaele, Précis de droit constitutionnel belge, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 293-294. Zie ook Grondwettelijk Hof, arrest 93/2008 van 26 juni 2008 ; Cass., 13 oktober 1997, S960176F; Cass., 13 januari 2014, C.11.0596.N/1”.

59. Het hof besluit dan ook dat de DIENST REGULERING in de bestreden beslissing terecht heeft geoordeeld dat niet werd voldaan aan de voorwaarden voor versnelde inwerkingtreding bepaald bij art. 26, tweede lid, 2° en 4° Koninklijk Besluit van 9 december 2004.

Het derde onderdeel van het tweede middel wordt bijgevolg afgewezen als ongegrond.

d) Vierde onderdeel: de terugkeer naar de Oorspronkelijke Tariefformule veronderstelt een onevenredig grote en niet te verantwoorden investering

- Standpunten van partijen

60. In het vierde onderdeel wijst INFRABEL er andermaal op dat een terugkeer naar de Oorspronkelijke Tariefformule een onevenredig grote en niet te verantwoorden investering veronderstelt. Bovendien zou de BELGISCHE STAAT, hoofdaandeelhouder van INFRABEL, niet kunnen instemmen met dergelijke grote investeringen.

61. Dit onderdeel van het tweede middel maakt reeds het voorwerp uit van het eerste middel, zodat voor het standpunt van de BELGISCHE STAAT wordt verwezen naar randnr. 35.

- Beoordeling

62. Voor de beoordeling van dit middel wordt verwezen naar de beoordeling van het eerste middel (zie: *supra* randnr. 38).

Het vierde onderdeel van het derde middel wordt afgewezen als ongegrond.

e) Vijfde onderdeel: het hof van beroep beschikt over een discretionaire bevoegdheid om boetes opgelegd door een toezichthoudend orgaan te herzien, ongedaan te maken, dan wel te hervormen en te milderen

- Standpunten van partijen

63. In het vijfde onderdeel verzoekt INFRABEL de opgelegde administratieve boete te vernietigen, minstens te hervormen en te milderen, om reden dat deze boete van € 12.500,00, net als de beslissing om terug te keren naar de Oude Tariefformule, disproportioneel zou zijn.



64. De BELGISCHE STAAT is van oordeel dat de administratieve boete niet vernietigd, hervormd of gemilderd dient te worden, gelet op de rechtsgeldigheid van de beslissing A van de bestreden beslissing.

Bovendien merkt de BELGISCHE STAAT op dat de administratieve boete van € 12.500,00 de minimumboete is en dus niet kan gemilderd worden.

- Beoordeling

65. Aangezien de beslissing A van de bestreden beslissing niet disproportioneel is en de opgelegde boete beperkt is tot het minimumbedrag, is er geen reden om de opgelegde administratieve boete te vernietigen, te hervormen of te milderen.

Het vijfde onderdeel van het tweede middel is bijgevolg ongegrond.

VI.1.3. Derde middel: geen schending van het non-discriminatiebeginsel door INFRABEL

a) Eerste onderdeel: er is geen schending van het non-discriminatiebeginsel

- Standpunten van partijen

66. De DIENST REGULERING oordeelt in de bestreden beslissing dat de Nieuwe Tariefformule niet voldoet aan de bepalingen van art. 58, eerste lid Spoorcodex, dat luidt als volgt:

“Om discriminatie te voorkomen, wordt ervoor gezorgd dat de gemiddelde en de marginale retributies geheven door de spoorweginfrastructuurbeheerder voor gelijkwaardig gebruik van zijn infrastructuur vergelijkbaar zijn en dat voor vergelijkbare diensten in hetzelfde marktsegment dezelfde retributies worden geheven.”

Aan de hand van een uitgewerkt voorbeeld (hernomen uit het eerdere advies A-2014-03-S) (zie: randnr. 94 van de bestreden beslissing) tracht de DIENST REGULERING aan te tonen dat het door INFRABEL doorgevoerde forfaitaire tarief spoorwegondernemingen voor goederenvervoer met veel trafiek meer belast dan kleine spoorwegondernemingen. Hieruit trekt de DIENST REGULERING de conclusie dat het beginsel van non-discriminatie door INFRABEL zou zijn geschonden.

67. INFRABEL betwist deze zienswijze van de DIENST REGULERING en geeft volgende toelichting:

“In het algemeen is het zo dat in de praktijk een spoorwegonderneming die minder dan 500 treinen per maand heeft, erg weinig gebruik maakt van de bundels. Een spoorwegonderneming die daarentegen meer dan 500 treinen per maand heeft, gebruikt veel meer de bundels; in het algemeen is het zo dat deze grote spoorwegondernemingen naast transporten per volledige trein ook wagenladingvervoer aanbieden. Dergelijk wagenladingvervoer (waarbij in een samengestelde trein elke wagon dus een andere lading bevat en toebehoort aan een andere klant van de spoorwegonderneming) vereist per definitie veelvuldige rangeerbewegingen in de bundels; bij



wagenladingvervoer dient immers de samenstelling van de trein zo optimaal mogelijk te gebeuren. De investeringen die worden gerealiseerd door Infrabel voor de bouw, het vernieuwen of het onderhouden van de bundels komt dus meer ten goede aan deze grote spoorwegondernemingen.”

INFRABEL stelt dan ook dat er van een schending van het non-discriminatiebeginsel geen sprake kan zijn, aangezien alle spoorwegondernemingen, zonder enig onderscheid, recht hebben op de gunstige behandeling voor wat betreft hun eerste 500 treinen.

68. De BELGISCHE STAAT stelt dat INFRABEL niet concreet aantoont op welke wijze het cijfervoorbeeld onjuist zou zijn.

Daarnaast stelt de BELGISCHE STAAT dat het verweer van INFRABEL in dit verband een aantal veralgemeningen bevat die op zijn minst onzorgvuldig te noemen zijn. Zo is het volgens de BELGISCHE STAAT niet volledig correct dat grote spoorwegondernemingen in het algemeen naast transporten per volledige trein ook wagonladingvervoer aanbieden. Crossrail, de tweede grootste spoorwegonderneming, bijvoorbeeld, biedt geen wagonladingvervoer aan, maar enkel transporten per volledige trein (bloktreinen).

Inzake de bewering dat de gunstige behandeling van de eerste 500 (goederen)treinen per maand geldt voor alle spoorwegondernemingen, merkt de BELGISCHE STAAT op dat deze bewering naast de kwestie is. Immers, deze drempel van 500 treinen leidt er volgens de BELGISCHE STAAT toe dat de gemiddelde en marginale kost van spoorwegondernemingen die meer dan 500 treinen inzetten, hoger ligt dan die van de spoorwegondernemingen die 500 treinen of minder inzetten, hetgeen leidt tot een hogere marginale retributie vanaf de 501^{ste} trein. De marginale retributie bedraagt immers € 0,50 tot en met de 500^{ste} trein en vanaf de 501^{ste} trein bedraagt deze € 3,85.

Deze situatie kan leiden tot een discriminatie van grote(re) spoorwegondernemingen ten aanzien van kleine(re) spoorwegondernemingen. Grote(re) spoorwegondernemingen dienen deze meerkost immers aan hun klanten door te rekenen, hetgeen hen minder concurrentieel maakt.

De vaststelling van een mogelijke discriminatie volstaat voor de DIENST REGULERING om in te grijpen. De DIENST REGULERING kan immers preventief, *ex ante*, optreden, precies om te voorkomen dat zich effectief een schending van het regelgevend kader zal voordoen.

- Beoordeling

69. De DIENST REGULERING legt aan de hand van een cijfervoorbeeld uit dat grotere spoorwegondernemingen zouden kunnen gediscrimineerd worden ten aanzien van kleinere spoorwegondernemingen.

INFRABEL slaagt er niet in dit cijfervoorbeeld en de redenering van de DIENST REGULERING op gefundeerde wijze te weerleggen. Zij haalt enkel een aantal veralgemeningen aan, die niet worden gestaafd.



Het hof oordeelt dan ook dat de Nieuwe Tariefformule zou kunnen leiden tot een discriminatie van de grotere spoorwegondernemingen (die meer dan 500 treinen inzetten) ten aanzien van de kleinere spoorwegondernemingen (die maximum 500 treinen inzetten).

Aangezien de DIENST REGULERING preventief kan optreden, volstaat de vaststelling van een mogelijke discriminatie om in te grijpen, zonder dat een discriminatie zich effectief voordoet.

Het eerste onderdeel van het derde middel van INFRABEL is bijgevolg ongegrond.

b) Tweede onderdeel: op INFRABEL rust als infrastructuurbeheerder tevens de verplichting om de markt te faciliteren

- Standpunten van partijen

70. INFRABEL probeert de invoering van de drempel van 500 treinen te rechtvaardigen (i) door te verwijzen naar haar rol als facilitator van de markt en (ii) door te wijzen op de specificiteit van de sector.

Ten eerste stelt INFRABEL dat zij, zoals andere netbeheerders, de verplichting heeft om de concurrentie op de spoorwegmarkt te vergemakkelijken (marktfacilitator). De drempel van 500 treinen zou de toegang/aanwezigheid van nieuwe of recente spelers tot de markt moeten garanderen.

INFRABEL wijst erop dat de drempel van 500 treinen een gedifferentieerde behandeling inhoudt van objectief verschillende situaties, zijnde die van de nieuwe spelers en spelers die al langer aanwezig zijn op de markt.

Ten tweede probeert INFRABEL de drempel van 500 treinen ook te rechtvaardigen door aan te geven dat hoe hoger het te vervoeren volume is, hoe meer lokale capaciteit nodig is, waarvoor grotere trierinstallaties beschikbaar moeten zijn, hetgeen een hogere kost voor INFRABEL creëert en dus aanleiding geeft tot een hoger tarief.

Tenslotte merkt INFRABEL op dat geen van de spoorwegondernemingen tot nu toe klacht heeft ingediend, omdat ze zich gediscrimineerd zouden voelen.

71. Wat de zogenaamde rol van INFRABEL als marktfacilitator betreft, merkt de BELGISCHE STAAT op dat INFRABEL er niet in slaagt een wettelijke basis te verstrekken voor deze zogenaamde rol en zich beperkt tot een verwijzing naar de federale energiewetgeving.

Bovendien is de BELGISCHE STAAT van oordeel dat de redenering van INFRABEL al te eenvoudig is, omdat zij er ten onrechte van uit lijkt te gaan (i) dat nieuwkomers per definitie slechts 500 of minder goederentreinen zullen inzetten op de Belgische spoorwegen en (ii) dat bestaande spelers per definitie meer dan 500 treinen inzetten op de Belgische spoorwegen. De BELGISCHE STAAT stelt dat het niet kan uitgesloten worden dat een nieuwkomer meer dan 500 treinritten uitvoert en dat omgekeerd, een bestaande spoorwegonderneming, minder dan 500 treinritten uitvoert.



De drempel van 500 treinen kan er dus toe leiden dat spoorwegondernemingen die pas toetreden tot de markt, toch duurdere tarieven moeten betalen, en dat andere spoorwegondernemingen minder hoge tarieven moeten betalen, ook al zijn ze al een tijd aanwezig op de markt.

Het valt volgens de BELGISCHE STAAT moeilijk in te zien hoe dit de concurrentie op de markt ten goede kan komen en hoe, bij uitbreiding, de vrije concurrentie als rechtvaardigingsgrond kan dienen voor het invoeren van de drempel van 500 treinen.

Wat het argument van de specificiteit van de sector betreft, geeft de DIENST REGULERING het volgende aan in de bestreden beslissing:

“97. De Dienst Regulering leidt uit het standpunt van Infrabel af dat de drempelwaarde van 500 treinen en het daaruit volgende verschil inzake tarifiering ingegeven is vanuit een segmentatie, namelijk verspreid vervoer en de hieraan gekoppelde nood aan meer omgevingen tegenover het niet-verspreide vervoer (rechtstreekse treinen) die eenvoudig uitgeruste sporen nodig hebben.

98. Probleem hierbij is dat noch de segmentatie zelf noch de technische behoefte van elk segment objectief tot uiting komt in de forfaitaire tarifiering van Infrabel. Deze assumpties worden door Infrabel ook niet aangetoond. Het is immers perfect denkbaar dat een spoorwegonderneming per maand meer dan 500 ‘rechtstreekse treinen’ zou hebben waardoor deze spoorwegonderneming gedwongen wordt een gemiddelde duurdere tarief te betalen – die door Infrabel verantwoord wordt vanuit een behoefte aan complexiteit – zonder deze meer complexe infrastructuur daadwerkelijk te gebruiken.”

72. INFRABEL brengt hier tegen in en herhaalt dat de drempelwaarde ook moet gezien worden in de verplichting tot het faciliteren van de markt.

73. De BELGISCHE STAAT herhaalt dat de rol van INFRABEL als marktfacilitator, voor zover die al bestaat, niet kan dienen als rechtvaardiging voor de drempelwaarde.

74. Tenslotte stelt de BELGISCHE STAAT dat de afwezigheid van enige klacht van een spoorwegonderneming omdat ze zich gediscrimineerd zou voelen, totaal irrelevant is. Het is niet omdat er geen klacht werd ingediend tegen een mogelijke schending van regelgeving, dat er daarom geen sprake zou kunnen zijn van een dergelijke schending.

- Beoordeling

75. De rol van INFRABEL als marktfacilitator overtuigt niet om de drempelwaarde van 500 treinen te rechtvaardigen.

Ten eerste berust de redenering van INFRABEL op een verkeerd uitgangspunt. INFRABEL gaat er immers ten onrechte van uit (i) dat nieuwkomers per definitie slechts 500 of minder goederentreinen zullen inzetten op de Belgische spoorwegen en (ii) dat bestaande spelers per definitie meer dan 500 treinen inzetten op de Belgische spoorwegen. Het kan niet uitgesloten worden dat een nieuwkomer meer dan 500 treinritten uitvoert en dat omgekeerd, een bestaande spoorwegonderneming, minder dan 500 treinritten uitvoert. De drempel van 500 treinen kan er dus toe leiden dat spoorweg-



ondernemingen die pas toetreden tot de markt, toch duurdere tarieven moeten betalen, en dat andere spoorwegondernemingen minder hoge tarieven moeten betalen, ook al zijn ze al een tijd aanwezig op de markt.

Ten tweede toont INFRABEL niet aan dat een groter aantal treinen (meer dan 500) een hogere kost creëert. Het is niet uitgesloten dat een spoorwegonderneming per maand meer dan 500 rechtstreekse treinen die eenvoudig uitgeruste sporen nodig hebben, zou inzetten. Het duurdere tarief kan dan niet verantwoord worden vanuit een behoefte aan complexiteit.

Tenslotte betekent de afwezigheid van enige klacht van een spoorwegonderneming omdat ze zich gediscrimineerd zou voelen, niet dat er geen sprake zou kunnen zijn een schending van de regelgeving.

76. Het tweede onderdeel van het derde middel wordt dan ook afgewezen als ongegrond.

c) Derde onderdeel: contradictie tussen de door de DIENST REGULERING gehanteerde motieven en haar beslissing

- Standpunten van partijen

77. Volgens INFRABEL bestaat er een tegenstelling tussen enerzijds de vaststelling van de DIENST REGULERING dat de nieuwe formule kan leiden tot een potentiële discriminatie en anderzijds zijn beslissing om de reeds op grond van de nieuwe formule uitgevaardigde facturen niet te rectificeren (beslissing B van de bestreden beslissing).

INFRABEL stelt zich de vraag waarom de DIENST REGULERING onder punt B van de bestreden beslissing geoordeeld heeft dat de facturatie die reeds gebeurde op basis van de Nieuwe Tariefformule, niet dient gerectificeerd te worden, terwijl er volgens de DIENST REGULERING sprake is van een onaanvaardbare discriminatie?

De motivering van de beslissing B, meer bepaald (i) dat het eenvoudigweg onmogelijk is om de facturen te rectificeren die reeds uitgevaardigd zijn op basis van de nieuwe formule wegens het niet beschikken over gevalideerde data en (ii) dat van een regulator niet kan worden verwacht dat hij een verplichting oplegt waarvan vaststaat dat die onmogelijk te realiseren valt, zou volgens INFRABEL even goed kunnen gelden voor de beslissing A, zodat er sprake is van een tegenstrijdigheid.

78. Volgens de BELGISCHE STAAT betekent het feit dat de reeds uitgevaardigde facturatie niet dient gerectificeerd te worden, niet dat de potentiële discriminatie waarmee de nieuwe formule behept is, plots wel aanvaardbaar zou zijn.

De BELGISCHE STAAT herhaalt dat van een regulator niet kan worden verwacht dat hij een verplichting oplegt waarvan vaststaat dat die onmogelijk te realiseren valt. Indien hij dat wel zou gedaan hebben, dan zou INFRABEL de eerste geweest zijn om hier tegen te protesteren.

- Beoordeling

PAGE 01-00000723160-0037-0039-02-01-4



79. De beslissing van de DIENST REGULERING om omwille van praktische redenen de op de Nieuwe Tariefformule gesteunde facturatie te behouden, is niet in strijd met de beslissing om voormelde tariefformule af te schaffen naar de toekomst toe.

De DIENST REGULERING heeft op gemotiveerde wijze beslist dat de Nieuwe Tariefformule onwettig is, maar heeft ook rekening gehouden met de reeds uitgevoerde facturatie en in die zin een evenwichtige beslissing genomen.

Het derde onderdeel van het derde middel wordt dan ook afgewezen als ongegrond.

VI.2. Rechtsplegingsvergoeding

80. De vordering van INFRABEL betreft een niet in geld waardeerbare vordering.

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 art. 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 HOF

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

Rechtsprekende op tegenspraak;

Verklaart het beroep van INFRABEL tegen de DIENST REGULERING VAN HET SPOORWEGVERVOER EN VAN DE EXPLOITATIE VAN DE LUCHTHAVEN BRUSSEL-NATIONAAL onontvankelijk;

Verklaart het beroep van INFRABEL tegen de BELGISCHE STAAT onontvankelijk, doch ongegrond;

Veroordeelt INFRABEL tot de kosten van het geding, in hoofde van de BELGISCHE STAAT begroot op € 1.440,00 (rechtsplegingsvergoeding) en in hoofde van haarzelf niet begroot, daar ze ten hare laste blijven.



Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 18^{de} kamer N van het hof van beroep te Brussel op **30 november 2016**,

Waar aanwezig waren :

- Dhr. Marc BOSMANS,
- Mevr. Karen PITEUS,
- Dhr. Olivier DUGARDYN,
- Dhr. Thierry GILLIOEN,

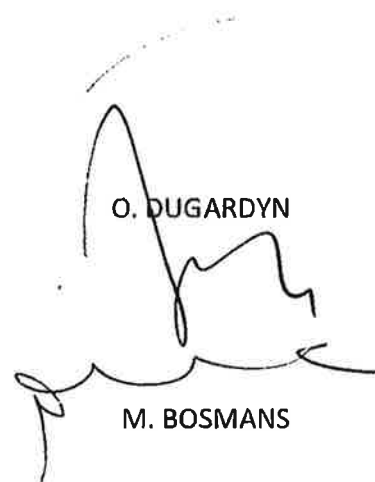
raadsheer, d.d. voorzitter,
raadsheer,
plaatsvervangend raadsheer,
griffier.



T. GILLIOEN



K. PITEUS



O. DUGARDYN

M. BOSMANS

