



**Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en
van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal**

Advies A-2017-02-S betreffende de retroactieve werking van de prestatieregeling

Inhoudsopgave

1. Voorwerp en wettelijke basis	3
2. Feiten en retroacta	3
3. Analyse.....	4
4. Advies.....	8

1. Voorwerp en wettelijke basis

1. Op grond van artikel 62, § 2, 1° van de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex (hierna de Spoorcodex) heeft de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal (hierna de Dienst Regulering) een raadgevende opdracht.

Dit artikel stelt het volgende:

*Teneinde zijn raadgevende opdracht te vervullen, doet het toezichthoudende orgaan het volgende:
1° het geeft gemotiveerd advies en doet voorstellen;*

2. Artikel 23, 8° lid van de Spoorcodex, zoals ingevoerd bij de Wet van 15 juni 2015 tot wijziging van de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex, stelt dat de infrastructuurbeheerder de regels bepaalt voor de berekening en betalingswijze van de retributies die voortvloeien uit de toepassing van de prestatieregeling. Hij dient deze regels toe te passen vanaf 1 januari 2017.
3. De Dienst Regulering heeft van infrastructuurbeheerder Infrabel vernomen dat zij op 1 juli 2017 een prestatieregeling met retroactieve werking vanaf 1 januari 2017 zal invoeren en toepassen.
4. De Dienst Regulering geeft in haar hoedanigheid van toezichthoudende orgaan hierbij een advies over de rechtsgeldigheid van dergelijke retroactieve werking. Dit advies betreft niet de wettelijkheid van het door Infrabel voorgestelde systeem.

2. Feiten en retroacta

5. Tot 1 januari 2017 werd de prestatieregeling beheerst door de bepalingen van Hoofdstuk IV/1 uit het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur.
6. Vanaf 1 januari 2017 is het niet langer aan de Koning, maar aan infrastructuurbeheerder Infrabel om een prestatieregeling te bepalen en toe te passen.
7. Op 1 juni 2017 stelt Infrabel een prestatieregelingssysteem voor aan de spoorwegondernemingen. Tijdens deze vergadering verneemt de Dienst Regulering, die als waarnemer aanwezig is, dat Infrabel deze prestatieregeling op 1 juli 2017 zal invoeren en met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2017 zal toepassen. Infrabel bevestigt dit aan de Dienst Regulering per e-mail van 16 juni 2017.

3. Analyse

3.1. De prestatieregeling als onderdeel van de heffingen voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur

3.1.1. Geen definitie “heffing”

8. De Spoorcodex geeft geen definitie van wat precies onder “heffing” dient te worden verstaan. Er kan evenwel worden vastgesteld dat de wetgever afwisselend de termen “retributie” (“redevance”), “heffing” (“redevance”) en “heffingsregeling(en)” (“système(s) de tarification”) door elkaar gebruikt.

Om na te gaan of de prestatieregeling een heffing is worden de hierna volgende bronnen van het recht onderzocht.

3.1.2. Letterlijke lezing van de wetgeving

a. Richtlijn 2012/34/EU (de “Recast”)¹

9. De prestatieregeling uit artikel 35.1 van de Recast is opgenomen onder Hoofdstuk IV, “Heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur en toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit” – Afdeling 2 “Heffingen voor het gebruik van infrastructuur en diensten”.
10. Artikel 35.1 van de Recast bepaalt: *De heffingsregelingen voor infrastructuur zetten de spoorwegondernemingen en de infrastructuurbeheerder er door middel van een prestatieregeling toe aan, verstoringen zo gering mogelijk te houden en de prestatie van het spoorwegnet te verbeteren door middel van een prestatieregeling.*
11. De prestatieregeling is verder opgenomen onder bijlage VI bij de Recast “Eisen inzake infrastructuurkosten en -heffingen.”
12. Uit de letterlijke lezing van deze bepalingen wordt afgeleid dat de prestatieregeling als heffing dient te worden beschouwd.

b. Bepalingen uit de Spoorcodex

13. De relevante bepalingen uit de Spoorcodex over de prestatieregeling zijn de volgende:

¹ Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (herschikking).

- Artikel 23, 3^e en 8^e lid van de Spoorcodex:
*Deze overeenkomst bevat eveneens **een prestatieregeling die heffingsregelingen** voor het gebruik van de infrastructuur toepast om de spoorwegonderneming en de spoorweginfrastructuurbeheerder ertoe aan te zetten om tekortkomingen zo gering mogelijk te houden en de prestaties van het spoorwegnet te verbeteren.*
(...)
*In afwijking van artikel 46, tweede lid, bepaalt de infrastructuurbeheerder de regels voor de berekening en betalingswijze van de **retributies die voortvloeien uit de toepassing van de prestatieregeling.***
- Artikel 62, §5, 3^o van de Spoorcodex:
*3^o **de heffingsregeling, met inbegrip van de prestatieregeling** bedoeld in artikel 23, derde lid, de hoogte of de structuur van retributies voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur en de verplichtingen die daaruit voortvloeien;*
- Artikel N24 (Bijlage 24) van de Spoorcodex, dat in punt 2 de beginselen van de prestatieregeling vastlegt, draagt de titel "Eisen inzake infrastructuurkosten en -heffingen".

14. Uit de letterlijke lezing van deze artikelen wordt afgeleid dat de prestatieregeling als heffing dient te worden beschouwd.

c. Uitvoeringsbesluit van de Spoorcodex

15. Artikel 46, 1e lid van de Spoorcodex stelt dat de Koning 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 bepaalt. Aan dit artikel werd uitvoering gegeven door het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur.
16. Dit Koninklijk Besluit werd gewijzigd door het Koninklijk Besluit van 6 juli 2011, waarbij een hoofdstuk IV/1 – "Prestatieregeling" werd ingevoerd.
17. Artikel 23, 9^e lid van de Spoorcodex stelt dat de prestatieregeling vastgesteld door het koninklijk besluit van 6 juli 2011 tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur van toepassing is tot aan de datum waarop de prestatieregeling vastgesteld door de infrastructuurbeheerder van toepassing wordt.
18. Dit betekent dat hoofdstuk IV/1 - "Prestatieregeling" uit het KB van 9 december 2004 niet meer van kracht is vanaf 1 januari 2017. Dit heeft echter niet tot gevolg dat de *andere* bepalingen van het KB, waaronder hoofdstuk IV "Berekening en betalingsmodaliteiten van de gebruiksrechten

voor de spoorweginfrastructuur”, niet meer dienen nageleefd te worden. Deze bepalingen worden door artikel 23, 9^e lid van de Spoorcodex immers niet uitdrukkelijk uitgeschakeld. De prestatieregeling heeft haar karakter van “heffing” dus niet verloren door het loutere feit dat ze nu door de infrastructuurbeheerder moet worden vastgelegd en toegepast.

d. Conclusie

19. De relevante wetgeving is reeds duidelijk genoeg om te besluiten dat de prestatieregeling een heffing is. Er is dan ook geen interpretatie van de wetteksten nodig (*interpretatio cessat in claris*).

3.1.3. Europese rechtspraak

20. Het Hof van Justitie deed bij arrest² van 18 april 2013 als volgt uitspraak over de prestatieregeling:

Il en découle, d'une part, que les États membres doivent inclure dans les systèmes de tarification de l'infrastructure un système d'amélioration des performances visant à encourager tant les entreprises ferroviaires que le gestionnaire de l'infrastructure à améliorer les performances du réseau. D'autre part, s'agissant du type de mesures incitatives susceptibles d'être mises en œuvre par les États membres, ces derniers conservent la liberté de choix des mesures concrètes faisant partie dudit système pour autant que celles-ci constituent un ensemble cohérent et transparent qui puisse être qualifié de « système d'amélioration des performances ».
(randnummer 70)

Vrije vertaling :

Hieruit volgt dat de lidstaten in de heffingsregelingen voor infrastructuur een prestatieregeling moeten opnemen om zowel de spoorwegondernemingen als de infrastructuurbeheerder ertoe aan te zetten de prestatie van het spoorweganet te verbeteren. Wat voorts het type aanmoedigingsmaatregelen betreft die de lidstaten ten uitvoer kunnen leggen blijven deze laatste vrij in de keuze van de concrete maatregelen die deel uitmaken van de betrokken regeling, zolang deze een samenhangend en transparant geheel vormen dat als een “prestatieregeling” kan worden aangemerkt.

Or, ainsi qu'il a été rappelé au point 70 du présent arrêt, ce dernier article exige que les États membres mettent effectivement en place un système d'amélioration des performances dans le système de tarification.
(randnummer 72)

² Hof van Justitie 18 april 2013, C-625/10 (Commissie/Frankrijk), <https://curia.europa.eu>.

Vrije vertaling :

Zoals in punt 70 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, verlangt artikel 11 dat de lidstaten daadwerkelijk een prestatieregeling in de heffingsregeling opnemen.

3.1.4. Algemene conclusie

21. Zowel uit de van toepassing zijnde Europese en nationale wetgeving, als uit de Europese rechtspraak dient te worden afgeleid dat de prestatieregeling deel uitmaakt van de heffingen. De termen “heffing”, “retributie” en “heffingsregeling(en)” worden als synoniemen van elkaar gebruikt.

3.2. Artikel 26 van het KB van 9 december 2004 toepasselijk op heffingen voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur

22. Artikel 26 van dit Koninklijk Besluit legt de termijnen en voorwaarden vast voor het wijzigen van de berekeningsregels, van de waarden van de coëfficiënten en van de eenheidsprijzen. Als uitgangspunt zijn deze wijzigingen pas van toepassing bij de inwerkingtreding van de dienstregeling die volgt op die tijdens welke ze zijn vastgesteld. Uitzonderlijk kunnen de wijzigingen reeds van toepassing worden vóór de inwerkingtreding van de dienstregeling die volgt op die tijdens welke ze zijn vastgesteld, maar dan dienen ze cumulatief:

- een vermindering van het gebruiksrecht te zijn;
- het voorwerp te vormen van een raadpleging conform artikel 20 van de Spoorcodex;
- te zijn goedgekeurd door de minister;
- minstens drie maanden voor hun toepassing te worden bekendgemaakt.

23. Artikel 26 van het Koninklijk Besluit is opgenomen onder hoofdstuk IV “Berekening en betalingsmodaliteiten van de gebruiksrechten voor de spoorweginfrastructuur”. Zoals hierboven werd uiteengezet onder randnummer 18 is deze bepaling daarom van toepassing op de prestatieregeling.

3.3. Artikel 26 van het KB van 9 december 2004 van dwingend recht

24. Het dwingend karakter van artikel 26 van het KB van 9 december 2004 werd reeds bij arrest van het Hof van Beroep van Brussel³ bevestigd:

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

³ Hof van Beroep Brussel 30 november 2016 (Infrabel/Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal en Belgische Staat), onuitgegeven.

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 worden beschouwd en aldus niet zomaar opzij kan geschoven worden:

“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.

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. (...)”
(randnummer 58)

25. Het dwingend karakter heeft tot gevolg dat de infrastructuurbeheerder niet van deze wettelijke bepaling kan afwijken, noch bij overeenkomst met de spoorwegondernemingen, noch via de Netverklaring. Ieder afwijkend beding dat strijdig wordt bevonden met een rechtsregel van dwingend recht wordt immers gesanctioneerd met de relatieve nietigheid⁴.

4. Advies

Overwegende dat de prestatieregeling een “heffing” of “retributie” is in de zin van artikel 46, 1^e lid van de Spoorcodex;

Overwegende dat zij daarom onderworpen is aan de bepalingen van het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur;

Gelet op het feit dat artikel 26, 1^e lid van dit Koninklijk Besluit stelt dat de wijzigingen van de berekeningsregels, van de waarde van de coëfficiënten en van de eenheidsprijzen pas van toepassing zijn bij de inwerkingtreding van de dienstregeling die volgt op die tijdens welke ze zijn vastgesteld;

⁴ Cass. 9 december 1948, Arr. Cass. 1948, 615; Pas. 1948, I, 699; RCJB 1954, 251.

Gelet op het feit dat artikel 26, 2^e lid van dit Koninklijk Besluit, in afwijking van het 1^e lid de vier cumulatieve voorwaarden voor vervroegde inwerkingtreding opsomt;

Gelet op het feit dat artikel 26, 2^e lid, 4^o van dit Koninklijk Besluit in de hypothese van vervroegde inwerkingtreding bepaalt dat de wijzigingen minstens drie maanden voor hun toepassing moeten worden bekend gemaakt in de Netverklaring, waardoor retroactiviteit dus niet toegestaan is;

Gelet op het feit dat artikel 26 van dit Koninklijk Besluit van dwingend recht is om de belangen van de spoorwegondernemingen te beschermen;

Gelet op het voornemen van Infrabel om de prestatieregeling retroactief toe te passen;

Adviseert de Dienst Regulering om geen retroactieve werking toe te kennen aan de prestatieregeling die de infrastructuurbeheerder op 1 juli 2017 in voege laat treden, rekening houdend met de voorwaarde uit artikel 26, 2^e lid, 4^o van het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur.

Adviseert de Dienst Regulering om geen prestatieregeling toe te passen vanaf 1 juli 2017, aangezien niet werd voldaan aan de voorwaarde uit artikel 26, 2^e lid, 4^o van het Koninklijk Besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur.

De inwerkingtreding tijdens de huidige dienstregeling van een op 1 juli 2017 gepubliceerde prestatieregeling zou ten vroegste kunnen gebeuren op 1 oktober 2017, mits aan alle andere voorwaarden van artikel 26, 2^e lid van het Koninklijk Besluit wordt voldaan.

Dit advies wordt gegeven onder voorbehoud en beperkt op geen enkele manier de mogelijkheid voor de Dienst Regulering om verdere opmerkingen over de prestatieregeling te maken, van welke aard dan ook, noch haar andere wettelijke bevoegdheden.

Brussel, 23 juni 2017

Voor de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal,

Serge DRUGMAND
Directeur