



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

Beslissing D-2023-01-S over de bevoegdheden en de werking van het BOPR

Inhoudsopgave

1. Voorwerp	3
2. Feiten en retroacta	4
3. Wettelijke basis	5
4. Grieven uit het onderzoeksrapport	5
5. Motivering van de grieven uit het onderzoeksrapport en verweermiddelen van Infrabel	6
a. Argumenten uit het rapport	6
<i>De tarifaire bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR</i>	6
<i>De deelname van de spoorwegondernemingen in het besluitvormingsproces van het BOPR</i>	6
b. Replik van Infrabel op het rapport.....	6
<i>De tarifaire bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR</i>	7
<i>De deelname van de spoorwegondernemingen in het besluitvormingsproces van het BOPR</i>	7
c. Beoordeling door de Dienst Regulering van de verweermiddelen van Infrabel	8
<i>De tarifaire bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR</i>	8
<i>De deelname van de spoorwegondernemingen in het besluitvormingsproces van het BOPR</i>	12
6. Voorstel van tussentijdse beslissing uit het onderzoeksrapport	18
7. Motivering van het voorstel tot tussentijdse beslissing en verweermiddelen van Infrabel	19
a. Argumenten uit het rapport	19
b. Replik van Infrabel op het rapport.....	19
c. Beoordeling door de Dienst Regulering van de verweermiddelen van Infrabel	20
8. Beslissing	27
9. Beroepsmogelijkheid	29

1. Voorwerp

1. Artikel 23, 8e lid van de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex (hierna “de Spoorcodex”) legt de infrastructuurbeheerder op om een prestatieregeling te voorzien.
2. Artikel 23, 6e lid van de Spoorcodex schrijft voor dat de infrastructuurbeheerder de grondbeginselen van de prestatieregeling in akkoord met de kandidaten bepaalt. Deze grondbeginselen worden verder beschreven in bijlage 24, punt 2a) van de Spoorcodex.
3. Om aan deze bepaling tegemoet te komen heeft Infrabel via de Netverklaring 2020 het Beheersorgaan Prestatieregeling (hierna “het BOPR”) opgericht. Dit orgaan kreeg een aantal specifieke beslissingsbevoegdheden betreffende de prestatieregeling toegekend. In het kader van deze bevoegdheden besliste het BOPR onder meer tot de financiële neutralisatie van de prestatieregelingen 2020 en 2021.
4. Overeenkomstig artikel 62, §3, 2° van de Spoorcodex heeft de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal (hierna “de Dienst Regulering”) op 10 mei 2022 een controleopdracht opgestart om na te gaan of de retributies in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Spoorcodex, zijn uitvoeringsbesluiten en de netverklaring en op een niet-discriminerende wijze worden toegepast.
5. In het kader van deze controleopdracht werden in een eerste fase de werking en de bevoegdheden van het BOPR onderzocht. Dit onderzoek heeft geleid tot een tussentijds rapport waarin Infrabel bepaalde grieven werden ten laste gelegd en waarin zij in kennis werd gesteld van een voorstel tot tussentijdse beslissing.
6. In deze beslissing spreekt de Dienst Regulering zich finaal uit over de vastgestelde grieven uit het onderzoeksrapport en de verweermiddelen die door Infrabel naar voren zijn gebracht.
7. Deze beslissing wordt genomen in uitvoering van artikel 65, 1e lid van de Spoorcodex, dat bepaalt dat de Dienst Regulering in de gevallen bedoeld in artikel 63, §3 van de Spoorcodex een beslissing neemt, na de betrokken partijen te hebben gehoord, en binnen zes weken na ontvangst van alle relevante inlichtingen.

2. Feiten en retroacta

8. Op 7 december 2018 wordt de oprichting van het BOPR bekendgemaakt in de Netverklaring 2020.
9. Op 29 januari 2019 wordt de eerste vergadering van het BOPR bijeengeroepen.
10. Op 20 oktober 2020 beslist het BOPR om over te gaan tot de financiële neutralisatie van de prestatieregeling 2020. Dit wordt per brief van 3 december 2020 aan de spoorwegondernemingen bevestigd.
11. Op 25 april 2022 beslist het BOPR om de prestatieregeling 2021 financieel te neutraliseren. Dit wordt per brief van 29 april 2022 aan de spoorwegondernemingen bevestigd.
12. Op 10 mei 2022 wordt Infrabel per aangetekend schrijven door de Dienst Regulering ingelicht over de opstart van een controleopdracht betreffende de werking van het BOPR en de prestatieregelingen 2020 en 2021.
13. Op 3 april 2023 maakt de Dienst Regulering Infrabel zijn onderzoeksrapport over de werking van het BOPR over, waarin een voorstel van tussentijdse beslissing is opgenomen.
14. Op 12 mei 2023 bezorgt Infrabel de Dienst Regulering per e-mail haar schriftelijke reactie op het onderzoeksrapport, samen met 5 bijlagen.
15. Op 22 mei 2023 vindt er een mondelinge hoorzitting plaats in de kantoren van de Dienst Regulering waarbij Infrabel haar schriftelijke reactie op het onderzoeksrapport verder toelicht. Van deze hoorzitting wordt een proces-verbaal¹ opgesteld dat door alle aanwezigen wordt ondertekend en waarvan Infrabel per e-mail een kopie ontvangt.
16. Op 30 juni 2023 wordt Infrabel per e-mail door de Dienst Regulering ingelicht van het feit dat deze laatste conform artikel 65, 1^e lid van de Spoorcodex alle inlichtingen heeft ontvangen en binnen zes weken een beslissing zal nemen over het eerste deel van de controleopdracht.

¹ PV-2023-01-S.

3. Wettelijke basis

17. Krachtens artikel 62, §3, 1° van de Spoorcodex controleert de Dienst Regulering de overeenstemming van de voorlopige en de definitieve versie van de netverklaring met de Spoorcodex en zijn uitvoeringsbesluiten.
18. Op grond van artikel 62, §3, 2° van de Spoorcodex waakt de Dienst Regulering erover dat de retributies in overeenstemming zijn met de bepalingen van de Spoorcodex, van zijn uitvoeringsbesluiten en de netverklaring en op een niet-discriminerende wijze worden toegepast.
19. Artikel 63, §3 van de Spoorcodex bepaalt dat de Dienst Regulering in uitvoering van zijn opdrachten inzake controle elke maatregel kan nemen die nodig is, met inbegrip van bewarende maatregelen en bestuurlijke boetes, om een einde te stellen aan onder meer de inbreuken op de netverklaring, de toewijzing van de capaciteit, de heffingen voor het gebruik van infrastructuur en de bepalingen inzake toegang.

4. Grieven uit het onderzoeksrapport

20. Op basis van het onderzoek dat tijdens de eerste fase van de controleopdracht werd gevoerd werden Infrabel twee grieven met betrekking tot de werking en de bevoegdheden van het BOPR ten laste gelegd. Deze grieven worden als volgt beschreven in het onderzoeksrapport:

“De Dienst Regulering stelt vast dat:

(...)

De overdracht van tarifaire bevoegdheden aan het BOPR in strijd is met het artikel 49, §1 van de Spoorcodex, die deze bevoegdheid exclusief aan de infrastructuurbeheerder toewijst;

De besluitvorming van het BOPR in strijd is met artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex: het is niet toegelaten dat de spoorwegondernemingen deelnemen in de besluitvorming over essentiële taken zoals de heffingen voor infrastructuur;

(...)”

5. Motivering van de grieven uit het onderzoeksrapport en verweermiddelen van Infrabel

a. Argumenten uit het rapport

De tarifaire bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR

21. In zijn rapport is de Dienst Regulering van mening dat de vier bevoegdheden die het BOPR in het kader van de prestatieregeling via de Netverklaring krijgt toegewezen, tarifaire bevoegdheden zijn. Deze bevoegdheden hebben immers een impact op het bedrag dat de spoorwegondernemingen kunnen ontvangen of betalen en de prestatieregeling maakt bovendien deel uit van de heffingsregeling van de infrastructuurbeheerder.
22. Daarnaast werd vastgesteld dat het BOPR onafhankelijk opereert in de uitoefening van zijn bevoegdheden en dat zijn beslissingen niet door de infrastructuurbeheerder gevalideerd worden.
23. Een dergelijke bevoegdheidsoverdracht zou volgens het rapport strijdig zijn met artikel 49, §1 van de Spoorcodex, waarin de wetgever de exclusieve bevoegdheid om de retributies voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur te bepalen aan de infrastructuurbeheerder heeft toegewezen. Het BOPR zou bijgevolg geen bevoegdheden mogen uitoefenen die een impact hebben op de determinatie van de tarieven.

De deelname van de spoorwegondernemingen in het besluitvormingsproces van het BOPR

24. Daarnaast bleek uit het onderzoek dat spoorwegondernemingen in het BOPR deelnemen aan het besluitvormingsproces omtrent de heffingsregels die gekoppeld zijn aan de prestatieregeling. Dit zou volgens het rapport ingaan tegen artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex, dat de beslissingname over de heffingen voor het gebruik voor infrastructuur beschouwt als één van de twee essentiële taken in hoofde van de infrastructuurbeheerder, wat bijgevolg elke participatie van een spoorwegonderneming zou verbieden. Deze bepaling is volgens het rapport van openbare orde, wat betekent dat er door niemand kan van worden afgeweken.

b. Replik van Infrabel op het rapport

De tarifaire bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR

25. Infrabel is van mening dat zij er gewettigd op mocht vertrouwen dat de bevoegdheden die zij sinds 7 december 2018 aan het BOPR heeft toegekend in lijn zijn met het reglementair kader. Zij wijst erop dat de Dienst Regulering van in het begin betrokken was bij haar plannen om het BOPR op te richten en dat hij via twee adviesaanvragen op de hoogte was van de bevoegdheden die eraan zouden worden opgedragen. Daarnaast zou de Dienst Regulering nagelaten hebben de bevoegdheidsoverdracht in vraag te stellen in de jaarlijkse adviezen die hij verstrekt over de Netverklaring.
26. Infrabel werpt ook op dat de Dienst Regulering aan quasi alle vergaderingen van het BOPR heeft deelgenomen en van alle verslagen heeft kennisgenomen. De Dienst Regulering zou nooit een indicatie gegeven hebben over het mogelijks illegaal karakter van de bevoegdheden van het BOPR en zou zich daarentegen zelfs positief over de werking ervan hebben uitgelaten, meer in het bijzonder over de beslissing tot financiële neutralisatie van de prestatieregeling 2020.
27. Zij vindt dan ook dat er van een goede administratie mag verwacht worden dat zij de door haar geschepte verwachtingen honoreert en dat zij de principes van rechtszekerheid en het gewettigd vertrouwen respecteert.

De deelname van de spoorwegondernemingen in het besluitvormingsproces van het BOPR

28. Infrabel verwijst in deze context naar het Franse systeem van de "CoSAP", een orgaan dat is opgericht met dezelfde bevoegdheden als het BOPR en dat eveneens bestaat uit de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen om beslissingen inzake de prestatieregeling te nemen. De rechtmatigheid van deze CoSAP zou reeds meermaals door de Franse spoorregulator bevestigd zijn. Aangezien de bepalingen over de prestatieregeling hun grondslag vinden in Europese reglementering verbaast Infrabel zich erover dat er tussen de Franse en Belgische regulator een dergelijk verschil in beoordeling van de bevoegdheden van beide organen bestaat.
29. Zij kan de Dienst Regulering ook niet volgen in de redenering dat artikel 4/2 van de Spoorcodex de participatie van de spoorwegondernemingen zou verbieden in de beslissingsname over bepaalde elementen van de prestatieregeling zoals de malus, aangezien dit niet te rijmen zou zijn met artikel 23 en bijlage 24 van de Spoorcodex. Deze bepalingen schrijven immers voor dat de belangrijkste parameters van de

prestatieregeling in akkoord met de kandidaten dienen vastgelegd te worden. Volgens Infrabel past het BOPR-systeem binnen het kader van deze wetsbepalingen.

30. Het is volgens Infrabel ook niet zo dat de spoorwegondernemingen binnen het BOPR over een bevoorrechte positie beschikken, aangezien hun stem er evenveel waard is als die van de infrastructuurbeheerder en beslissingen slechts kunnen genomen worden met het akkoord van deze laatste. Er zou *in casu* dus geen bevoegdheidsoverdracht naar de spoorwegondernemingen plaatsvinden.

c. Beoordeling door de Dienst Regulering van de verweermiddelen van Infrabel

De tarifaire bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR

31. Op grond van artikel 62, §3, 1° van de Spoorcodex is de Dienst Regulering bevoegd om de overeenstemming van de netverklaring met de Spoorcodex en zijn uitvoeringsbesluiten te verifiëren.

32. Via de Netverklaring 2020 werd op 7 december 2018 het BOPR gecreëerd, dat vanaf 1 januari 2020 de volgende bevoegdheden uitoefent:

Deel 2: Organisatie en werking van het Beheersorgaan voor de prestatieregeling

1. Rol en taken van het BOPR

Het Beheersorgaan voor de prestatieregeling (BOPR) is het unieke aanspreekpunt voor informatieverstrekking en overleg en besluitvorming tussen de IB en de SO betreffende de Prestatieregeling.

Het BOPR komt minstens 2 keer per jaar bijeen om beslissingen te nemen inzake de uitvoering en de evolutie van de PR:

- Het doet voorstellen met betrekking tot de beslissingen inzake de evolutie van het economische model van de PR, dat het tevens valideert (evolutie van de waarden van de minuten vertraging, verhoging of verlaging van de plafonds van de malus, ...);
- Het bepaalt en valideert de doelstellingen inzake de Ratio van de PR;
- Het bepaalt en valideert de vastgelegde doelstellingen voor de verbetering van de indicatoren van de PR;
- Het bepaalt de regels inzake de verspreiding van de informatie.

BRON: Bijlage B.2 bij Netverklaring 2020 dd. 7 december 2018

33. In het onderzoeksrapport wordt aangetoond dat deze vier bevoegdheden van tarifaire aard zijn, en dit om de volgende redenen:

“De bevoegdheden 1 tot 3 van het BOPR betreffen zowel het model van prestatieregeling, de achterliggende methodiek, de doelstelling en de evolutie van deze. Het model van de prestatieregeling is de methode op basis waarvan bepaald wordt of en hoeveel een partij zal ontvangen of dienen te betalen. De methode wordt uitgewerkt via formules waarin verschillende parameters zijn opgenomen. Deze parameters worden afgetoetst tegenover hun doelstellingen. De drie hierboven genoemde bevoegdheden hebben aldus een impact op het bedrag dat de spoorwegondernemingen kunnen ontvangen of dienen te betalen. Om die reden dienen deze als tarifaire bevoegdheden binnen de heffingen voor infrastructuur beschouwd te worden.

De bevoegdheid 4 betreft de verspreiding van informatie, in de ruime zin. Omdat de drie voorgenoemde bevoegdheden van het BOPR specifiek tarifair zijn, kan worden aangenomen dat deze informatieverspreiding niet louter prestatiegerichte maar ook tarifaire elementen behandelt zoals de wijziging van parameters en methodes, neutralisaties van bepaalde gegevens of financiële effecten, De informatiebevoegdheid dient aldus ook gekaderd te worden binnen de publicatie- en transparantievereisten voor tarieven vastgelegd in de Spoorcodex en deze zijn uitvoeringsbesluiten. Het moment van publicatie en de daaraan gekoppelde vormvereisten bepalen ook het ogenblik van de inwerkingtreding en van de toepasbaarheid van een tarief of een tariefaanpassing. De Dienst Regulering beschouwt daarom, binnen het kader van de prestatieregeling en voor dit dossier, de informatieverspreiding via het BOPR als een de tarifaire bevoegdheid.”

34. Het onderzoek heeft vervolgens uitgewezen dat het BOPR sinds zijn oprichting een aantal beslissingen heeft genomen die tarifair zijn, aangezien zij een impact hebben op de hoogte van de tarieven die de partijen, d.i. de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen, moeten betalen. Het gaat meer bepaald om de volgende beslissingen:

3	20/10/2020	Naar aanleiding van deze crisissituatie beslist het BOPR unaniem dat het jaar 2020 vanuit financieel oogpunt wordt geneutraliseerd.
4	25/04/2022	Alle partijen aanwezig op de vergadering van het BOPR, zowel spoorwegondernemingen als Infrabel, kiezen unaniem voor een financiële neutralisatie van de PR 2021.

35. In het PAS-document worden de regels vastgesteld die toegepast worden in geval van arbitrage. Deze regels bepalen hoe in specifieke casi de minuten vertraging op een consequente manier worden toegewezen. Het PAS-document van 24 oktober 2019 fixeerte voor de eerste keer deze regels en legde zo de methodologie voor het verwerken van de gegevens (lees: minuten) in een aantal gevallen vast. Deze

methodologie ondersteunt een gestandaardiseerde dataverwerking van de minuten vertraging en zodoende een consistente input voor de prestatieregeling. De implementatie van het PAS-document heeft aldus een positieve tarifaire ondersteunende impact, ze zorgt voor een consequente en eerlijke datatoevoer voor het systeem en aldus een coherente werking van de prestatieregeling. De invoering van het PAS-document *an sich* implementeerde het inrichten van een methodologische manier van dataverwerking, maar had geen tarifaire impact: geen enkele partij diende door de invoering meer of minder te betalen. Zowel de referentiejaar als het lopende prestatiejaar werd op basis van homogene data gevat. Om die reden beschouwt de Dienst Regulering de beslissing van 24 oktober 2019 tot eerste vastlegging van het PAS-document niet als een tarifaire beslissing.

36. Infrabel bevestigt duidelijk in haar verweermiddelen dat de beslissingen van het BOPR niet worden gevalideerd door de infrastructuurbeheerder. Het BOPR opereert dus onafhankelijk in de uitoefening van zijn bevoegdheden.

37. Artikel 49, §1 van de Spoorcodex bepaalt dat de infrastructuurbeheerder op een niet-discriminerende wijze de retributies voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur bepaalt en int overeenkomstig de Spoorcodex en zijn uitvoeringsbesluiten.

Uit deze bepaling volgt dat het tot de exclusieve bevoegdheid van de infrastructuurbeheerder behoort om te beslissen over het type heffing en de hoogte ervan. De infrastructuurbeheerder is hierbij gehouden het wettelijk kader te respecteren, dat bepaalde tarifaire principes zoals non-discriminatie, transparantie, robuustheid en draagbaarheid verankert.

De tarifaire beslissingen van de infrastructuurbeheerder kunnen daarnaast het voorwerp vormen van controleopdrachten, administratief beroep en geschillenbehandeling zoals voorzien in de artikelen 62, §§3 - 5 van de Spoorcodex.

38. Over de tenlastelegging dat de tarifaire bevoegdheidsoverdracht van de infrastructuurbeheerder naar het BOPR in strijd zou zijn met artikel 49, §1 van de Spoorcodex beroept Infrabel zich op het gewettigd vertrouwen dat door de Dienst Regulering zou gecreëerd zijn. Deze laatste zou volgens haar meermaals de gelegenheid hebben gehad haar te wijzen op een eventuele schending van het wettelijk kader, maar dit hebben nagelaten. Dit zou in strijd zijn met hetgeen van een goede administratie mag verwacht worden.

39. Zo verwijt Infrabel de Dienst Regulering niet tegen de bevoegdheidsoverdracht te hebben opgetreden in het kader van twee adviesaanvragen die dateren van vóór de publicatie van het BOPR-systeem in de Netverklaring.
40. De Dienst Regulering stelt in deze vast dat de eerste adviesaanvraag zich niet uitstrekte tot de bevoegdheden van het BOPR, maar wel tot de vraag of er bij pariteit van stemmen een onafhankelijke derde kon aangeduid worden om te interveniëren.² De tweede adviesaanvraag had betrekking op het model van prestatieregeling zelf.³
41. In het kader van de jaarlijkse adviezen over de Netverklaring werden de bepalingen omtrent de werking van het BOPR inderdaad niet behandeld. Het is echter zo dat het tot de discretionaire bevoegdheid van de Dienst Regulering behoort om ieder jaar, in functie van de timing van het advies en de beschikbare middelen, te beslissen welke onderwerpen van de Netverklaring nader zullen worden onderzocht. Dat er geen advies is gegeven over de competenties van het BOPR betekent evenwel niet dat deze door de Dienst Regulering zijn goedgekeurd.
42. Het zou de Dienst Regulering dus hoogstens kunnen verweten worden dat hij niet is opgetreden tegen de in de Netverklaring gepubliceerde theoretische overdracht van tarifaire bevoegdheden van de infrastructuurbeheerder naar het BOPR. Indien de tariefbeslissingen van het BOPR echter gevalideerd zouden geweest zijn door Infrabel, *quod non*, dan zou er geen schending van artikel 49, §1 van de Spoorcodex zijn geweest.
43. De Dienst Regulering is echter wel opgetreden toen uit de praktijk bleek dat
- (1) de tariefbeslissingen van het BOPR niet gevalideerd werden door Infrabel, wat een definitieve bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR impliceert;
 - (2) de tariefbeslissingen genomen werden samen met de spoorwegondernemingen;
 - (3) de tariefbeslissingen op *ex post* basis genomen werden.

² In het advies werden op vraag van Infrabel de volgende elementen onderzocht: "L'avis sollicité comporte pour l'essentiel, deux questions : - la première consiste à déterminer qu'elle serait en cas de parité des voix, la partie pouvant être considérée comme impartiale, au sein de l'OGSAP ; - si aucune partie envisagée n'offre suffisamment de garanties d'impartialité au sein de l'OGSAP, convient-il d'envisager un « arbitrage » externe, en cas d'égalité des votes ? », Avis A-2018-06-S concernant la composition de l'Organe de Gestion du Système d'Amélioration des Performances (OGSAP).

³ Advies A-2018-02-S betreffende de conformiteit aan de Spoorcodex van twee modellen van prestatieregeling: "Conform bovenstaande artikelen heeft Infrabel het advies gevraagd betreffende twee mogelijke systemen van prestatieregeling zijnde het "matrix model" en het "bilateraal model", blz. 2. Bovendien bevatte dit advies de volgende disclaimers: "Dit advies wordt verstrekt onder voorbehoud van de samenstelling en werking van het OGSAP", blz. 10; "Van dit orgaan is momenteel de werking nog niet gekend", blz. 11.

44. Om die redenen is de Dienst Regulering op 10 mei 2022 een controleopdracht gestart naar de werking van het BOPR.

Het klopt dat er op dat ogenblik inderdaad al een reeks vergaderingen van het BOPR gehouden waren waaraan ook de Dienst Regulering deelnam - dit trouwens enkel in de hoedanigheid van waarnemer -, maar dit waren voor het overgrote deel slechts overlegmeetings. Bij de start van de controleopdracht waren er maar twee zuiver tarifaire beslissingen genomen: de neutralisatie van de prestatieregeling 2020 op 20 oktober 2020 en de neutralisatie van de prestatieregeling 2021 op 25 april 2022, beslissingen die *ex post* genomen werden en zonder validatie van Infrabel. Na de laatste beslissing werd vrijwel meteen de controleopdracht geïnitieerd.

45. Nieuwe tarifaire beslissingen die het BOPR voornemens is te nemen – nieuwe financiële neutralisaties, dit van de prestatieregelingen 2022 en 2023 en de validatie van het nieuwe PAS – zijn door de Dienst Regulering bovendien *on hold* geplaatst en er zijn sinds de start van de controleopdracht door het BOPR dan ook geen nieuwe beslissingen over deze thema's genomen.⁴

46. In ieder geval kan Infrabel het feit dat de Dienst Regulering niet eerder is opgetreden niet aangrijpen als een element om eventuele schendingen van de wetgeving te verschonen; dit neemt immers het illegaal karakter van een inbreuk niet weg.

47. De Dienst Regulering oordeelt daarom op grond van artikel 62, §3, 1° van de Spoorcodex dat de regeling in de Netverklaring waarbij er op definitieve wijze tarifaire bevoegdheden worden overgedragen aan het BOPR een schending uitmaakt van artikel 49, §1 van de Spoorcodex. Deze bepaling wijst de exclusieve bevoegdheid voor de tarifiering van de retributies toe aan de infrastructuurbeheerder en verzet zich bijgevolg tegen elke overdracht van deze materie.

De deelname van de spoorwegondernemingen in het besluitvormingsproces van het BOPR

⁴ "Infrabel stelt aan alle leden van het BOPR voor om een financiële neutralisatie uit te voeren voor de jaren 2021, 2022 en 2023, om een stabiele historiek te kunnen reconstrueren voor deze drie jaren en ook om exacte, effectieve resultaten te kunnen bepalen in 2024. (...) De Dienst Regulering komt op 21 maart intern bijeen om dit voorstel te analyseren. Hij zal later naar Infrabel terugkoppelen met zijn bevindingen. Het secretariaat van de het BOPR belegt in april een nieuwe vergadering om over dit punt te stemmen.", Notulen van het beheerorgaan prestatieregeling (BOPR), vergadering van 10 maart 2022.

48. Op grond van artikel 62, §3, 2° van de Spoorcodex is de Dienst Regulering bevoegd om de overeenstemming van de retributies met de bepalingen van de Spoorcodex en zijn uitvoeringsbesluiten te controleren.

49. Artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex luidt als volgt:

“De essentiële taken, met het oog op het garanderen van een eerlijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur, worden toevertrouwd aan instanties of ondernemingen die zelf geen spoorvervoersdiensten verlenen. De essentiële functies zijn:

(...)

2° de besluitvorming inzake de heffing voor het gebruik van de infrastructuur, met inbegrip van de vaststelling en het innen van de rechten.”

50. Uit de Netverklaring blijkt dat het BOPR paritair is samengesteld uit vertegenwoordigers van de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen. De spoorwegondernemingen hebben de mogelijkheid om deel te nemen aan dit orgaan, dus zonder verplichting om de vergaderingen bij te wonen. In het BOPR worden beslissingen genomen door de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen samen, dit door middel van stemming:

2. Samenstelling van het BOPR

Het BOPR bestaat uit twee afzonderlijke delen:

- de infrastructuurbeheerder;
- de spoorwegondernemingen.

Het algemene basisprincipe van het BOPR is in wezen gebaseerd op een pariteit van stemmen tussen de twee partijen, enerzijds de infrastructuurbeheerder en anderzijds de spoorwegondernemingen.

De Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer treedt op als arbiter in geval van onenigheid tussen de twee partijen en dit in overeenstemming met de rol die de Spoorcodex haar toekent.

BRON: Bijlage B.2 bij Netverklaring 2020 dd. 7 december 2018

51. Volgens het onderzoeksrapport zijn er binnen het BOPR via stemming een aantal beslissingen tot stand gekomen die tarifair van aard zijn, dit zijn beslissingen die een impact hebben op de hoogte van de heffing voor de partijen of die betrekking hebben op het moment van toepassing van het tarief. Meer bepaald gaat het om de volgende beslissingen:

- Op 20 oktober 2020 nam het BOPR unaniem een beslissing over de financiële neutralisatie van de prestatieregeling 2020.⁸

Beslissing BOPR:

Naar aanleiding van deze crisissituatie beslist het BOPR unaniem dat het jaar 2020 vanuit financieel oogpunt wordt geneutraliseerd.

Dit besluit zal het voorwerp uitmaken van een officiële mededeling aan de spoorwegondernemingen. Infrabel analyseert intern het beste kanaal om dit aan te kondigen.

- Op 25 april 2022 nam het BOPR unaniem een beslissing over de financiële neutralisatie van de prestatieregeling 2021.⁹

Het secretariaat van het BOPR stelt voor om te stemmen over de financiële neutralisatie van de PR 2021:

⇒ Alle partijen aanwezig op de vergadering van het BOPR, zowel spoorwegondernemingen als Infrabel, kiezen unaniem voor een financiële neutralisatie van de PR 2021.

52. Volgens Infrabel is de deelname van de spoorwegondernemingen in de besluitvorming van het BOPR rechtmatig. Zij verwijst hiervoor in eerste instantie naar de Franse CoSAP, die in essentie op dezelfde manier als het BOPR opereert en wiens werking bevestigd zou geweest zijn door de toezichthouder.

53. De Dienst Regulering is uiteraard niet gebonden door adviezen van de Franse regulator. De redenen waarom het CoSAP-systeem niet zou ingaan tegen de nationale reglementering kent de Dienst Regulering niet. In andere buurlanden zoals Nederland is door de infrastructuurbeheerder géén apart beslissingsorgaan opgericht, maar wordt het akkoord van de belangrijkste parameters van de prestatieregeling afgedwongen via de gebruiksovereenkomst.⁵ Zoals in het onderzoeksrapport wordt aangehaald bestaat er immers geen wettelijke verplichting tot de oprichting van een dergelijk orgaan en indien dit wel gebeurt, berust dit bij de eigen keuze van Infrabel. Dit betekent dat zij ook de verantwoordelijkheid van wetsconformiteit draagt. De Dienst Regulering controleert de naleving van de Spoorcodex en zijn uitvoeringsbesluiten bovendien op soevereine wijze. Het argument van Infrabel kan in deze dus niet gevolgd worden.

54. Ten tweede wordt ingeroepen dat de participatie van de spoorwegondernemingen in de tariefsetting toegelaten wordt door artikel 23 en bijlage 24 van de Spoorcodex.

⁵ "De onderdelen van de prestatieregeling worden in de Toegangsovereenkomst vastgelegd.", Netverklaring Netverklaring ProRail 2023 - versie 1.3 d.d. 19 april 2023, blz. 97.

55. Artikel 23, 6e lid van de Spoorcodex stelt dat de infrastructuurbeheerder overeenkomstig bijlage 24, punt 2 de grondbeginselen van de prestatieregeling in akkoord met de kandidaten bepaalt.

56. Bijlage 24, punt 2 bepaalt op zijn beurt als volgt:

De in artikel 23 bedoelde prestatieregeling is gebaseerd op de volgende beginselen:
a) teneinde het overeengekomen prestatieniveau te bereiken zonder de economische levensvatbaarheid van een dienst in gevaar te brengen, bepaalt de infrastructuurbeheerder, met akkoord van de kandidaten de belangrijkste parameters van de prestatieregeling en met name de waarde van vertragingen, de betalingsdrempels op grond van de prestatieregeling voor zowel individuele treinritten als alle treinritten van een spoorwegonderneming gedurende een bepaalde periode.
(...)

57. Volgens de Dienst Regulering dienen deze twee bepalingen in het licht van artikel 4/2, §1 van de Spoorcodex te worden uitgelegd, dat de basisprincipes in hoofde van de infrastructuurbeheerder verankert. De wetgever heeft hierin binnen het kader van de liberalisering van de spoorwegmarkt twee essentiële functies afgebakend, namelijk de besluitvorming over het toewijzen van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de besluitvorming inzake de infrastructuurheffing. Deze functies worden als zodanig essentieel beschouwd dat de neutraliteit bij de uitoefening ervan prioritair is. Om het vermoeden van de minste discriminatoire intentie bij dergelijke beslissingen te vermijden werd wettelijk vastgelegd dat het nooit kan geaccepteerd worden dat spoorwegondernemingen deelnemen in deze besluitvormingsprocessen.

De spoorwegondernemingen opereren immers binnen een concurrentiële omgeving, waardoor van hen niet verlangd kan worden dat zij het algemeen belang van de spoorsector vooropstellen en het non-discriminatie principe laten primeren boven de eigen economische en strategische doelstellingen. Van de onafhankelijke en onpartijdige infrastructuurbeheerder kan dit per definitie wél.

Bijkomend is het zo dat de geïmplementeerde beslissingen van het BOPR een tarifair *ex post* karakter hebben. Sommige partijen waren dus reeds op de hoogte van het voordeel dat zij uit bepaalde beslissingen konden halen, dit omdat de impact ervan (dit is de eventuele malus) reeds gekend was. Bovendien is er sprake van een mogelijke informatiediscrepancie tussen de partijen: niet alle partijen namen deel, of met evenveel middelen, aan het BOPR, waardoor niet alle actoren op eenzelfde niveau geïnformeerd waren. Goed geïnformeerde partijen konden op die manier mogelijk

een tarifair voordeel bekomen door hun participatie in de besluitvorming; minder geïnformeerde of niet-deelnemende partijen werden potentieel benadeeld.

Het principe van meerderheidsstemming binnen het BOPR zorgt er bovendien voor dat spoorondernemingen bewust of onbewust andere spoorwegondernemingen kunnen benadelen, wat een negatieve financiële impact op hun tarief kan veroorzaken. Op die manier komt de gelijke toegang tot het spoorweganet in het gedrang.

58. De Dienst Regulering is om die redenen van oordeel dat het basisprincipe uit artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex dermate cruciaal is dat niet kan vermoed worden dat de wetgever de intentie had er door middel van artikel 23, 6e lid en bijlage 24, punt 2 van de Spoorcodex van af te wijken. Dit betekent dat het vastleggen van de belangrijkste parameters van de prestatieregeling niet kan gelijkgesteld worden met het nemen van financiële beslissingen over de prestatieregeling, zoals de neutralisatie ervan. Dit laatste kan enkel door de infrastructuurbeheerder gedaan worden.

59. Zoals reeds herhaaldelijk door de Dienst Regulering aangegeven⁶ is het opnemen van deze parameters in de gebruiksovereenkomst de beste methode om van de hele sector een akkoord te bekomen in de zin van de twee hogergenoemde bepalingen. Dit is trouwens een verplichting onder artikel 23, 3e lid van de Spoorcodex.

Op die manier is de infrastructuurbeheerder in lijn met zowel artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex als met artikel 23, 6e lid en bijlage 24, punt 2 van de Spoorcodex. In deze twee laatste bepalingen staat er overigens letterlijk dat het de infrastructuurbeheerder alleen is die de grondbeginselen en de belangrijkste parameters van de prestatieregeling bepaalt; er staat nergens dat hij deze *samen* met de spoorwegondernemingen moet bepalen. Het akkoord van de spoorwegondernemingen verkrijgt hij nadien bij de ondertekening van de gebruiksovereenkomst, bij gebrek waaraan hen de toegang tot het spoorweganet wordt ontzegd.

⁶ Trimestriële vergadering Dienst Regulering en Infrabel dd. 12.12.2016; Rapport controleopdracht Prestatieregeling 2017 dd. 03.05.2017; Beslissing n°2018-04-S betreffende de administratieve afhandeling van een geschil over de prestatieregeling tussen Infrabel en Railtraxx en Beslissing n°2018-03-S betreffende de administratieve afhandeling van een geschil over de prestatieregeling tussen Infrabel en Crossrail: "Het akkoord van de spoorondernemingen wordt bekomen door de ondertekening van de gebruiksovereenkomst."; Décision n° 2018-07-C relative à un litige entre Infrabel et la SNCB concernant le système d'amélioration des performances: « Compte tenu de ces éléments, le Service de Régulation considère que l'accord des entreprises ferroviaires ne peut être obtenu que par la signature du contrat d'utilisation. »

60. Ten vierde verwijst Infrabel naar de deelname van de Dienst Regulering aan de BOPR-vergaderingen, waarbij deze laatste het vertrouwen zou hebben gewekt dat de stemmingen over de financiële neutralisaties legitiem zouden geweest zijn.
61. De Dienst Regulering is echter steeds van mening geweest dat het voorstel tot financiële neutralisatie van de prestatieregeling 2020 zou verankerd worden in een reglementair kader en dat er meer bepaald beroep zou gedaan worden op de Verordening 2020/1429⁷. Dit is ook zo aangehaald op de BOPR-vergaderingen:

De Dienst Regulering deelt het BOPR mee dat Europa een Europese richtlijn heeft ingevoerd krachtens dewelke de lidstaten kunnen beslissen hun huidige PR financieel te neutraliseren. Tot op vandaag werd er nog geen financiële neutralisering omgezet in het Belgisch recht.

BRON: NOTULEN VAN HET BEHEERORGAAN PRESTATIEREGELING (BOPR) VERGADERING VAN
30/11/2021

2.3 Europese verordening (EU) 2020/1429

Tijdens de vergadering van het BOPR van 30.11.21 werd melding gemaakt van een Europese richtlijn die financiële neutralisatie mogelijk maakt.

De juridische dienst van de NMBS verduidelijkt dat het hier niet gaat om een Europese richtlijn, maar om de uitvoeringsverordening (EU) 2020/1429. Die hoeft niet in Belgisch recht te worden omgezet om van toepassing te zijn.

Deze verordening kwam er in reactie op de negatieve gevolgen van de coronacrisis voor de spoorwegsector.

Deze verordening biedt de Belgische Staat de mogelijkheid om via de infrastructuurbeheerder de heffingen voor de toegang tot de infrastructuur van bepaalde sectoren (bijv. de internationale sector) te verlagen om zo de crisis het hoofd te bieden, en de infrastructuurbeheerder voor deze verlagingen te vergoeden om zijn inkomstenverlies te compenseren.

De maatregelen zijn van toepassing tot uiterlijk 14/04/22.

BRON: NOTULEN VAN HET BEHEERORGAAN PRESTATIEREGELING (BOPR) VERGADERING VAN
10/03/2022

Vlak na de stemming over de financiële neutralisatie van de prestatieregeling 2021 is de Dienst Regulering zijn controleopdracht opgestart. Infrabel kan aldus moeilijk volhouden dat de Dienst Regulering de schijn heeft gewekt dat de stemmingen wetsconform waren, laat staan dat hij er zijn goedkeuring over zou gegeven hebben.

⁷ Verordening (EU) 2020/1429 van het Europees Parlement en de Raad van 7 oktober 2020 tot vaststelling van maatregelen voor een duurzame spoorwegmarkt naar aanleiding van de COVID-19-uitbraak.

Dit laatste zou vanuit zijn hoedanigheid als waarnemer immers niet mogelijk geweest zijn.

62. Zelfs in de hypothese dat de tarifaire bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR en de participatie van spoorwegondernemingen in de tarifaire beslissingen rechtmatig waren, *quod non*, dan zouden de beslissingen tot financiële neutralisatie nog steeds te laat genomen zijn, dit is in strijd met artikel 8 van het KB Infraheffing.⁸

De enige manier om op retroactieve wijze de toepassing van de prestatieregelingen 2020 en 2021 uit te schakelen, is door beroep te doen op de Verordening 2020/1429. Waarom dit *in casu* niet gebeurd is, is niet geweten.

63. Als laatste argument haalt Infrabel nog aan dat er in het BOPR geen bevoegdheidsoverdracht heeft plaatsgevonden naar de spoorwegondernemingen, aangezien zij slechts over een stem beschikken die gelijk is aan die van de infrastructuurbeheerder.

Het wordt Infrabel evenwel niet ten laste gelegd dat de spoorwegondernemingen *alleen* tariefbeslissingen hebben genomen. Het is het feit dat het hen door de infrastructuurbeheerder werd toegelaten om via het stemmingsmechanisme *deel te nemen* aan de tarifaire besluitvorming, dat strijdig is met artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex. Het argument van Infrabel verandert hier dus niets aan.

64. De Dienst Regulering oordeelt op grond van artikel 62, §3, 2° van de Spoorcodex dat de infrastructuurbeheerder artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex schendt doordat hij spoorwegondernemingen via het BOPR laat deelnemen aan tarifaire besluitvorming over de prestatieregeling.

6. Voorstel van tussentijdse beslissing uit het onderzoeksrapport

65. In het onderzoeksrapport worden voor de twee vastgestelde inbreuken de volgende tussentijdse beslissingen voorgesteld:

⁸ Koninklijk besluit van 9 juli 2019 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur.

- *Het BOPR mag, onder zijn huidige vorm en samenstelling, geen enkel tarifaire bevoegdheid uitoefenen binnen het kader van de prestatieregeling, noch beslissingen hierover nemen.*
- *Alle tarifaire beslissingen genomen door het BOPR zijn absoluut nietig en juridisch onbestaand.*
- *Infrabel dient de nodige aanpassingen te maken in de netverklaring en hierover te communiceren aan de spoorwegondernemingen.*

7. Motivering van het voorstel tot tussentijdse beslissing en verweermiddelen van Infrabel

a. Argumenten uit het rapport

66. De Dienst Regulering is in het onderzoeksrapport van oordeel dat de bevoegdheidsoverdracht naar het BOPR een overdracht is van tarifaire bevoegdheden, die op grond van artikel 49, §1 van de Spoorcodex enkel kunnen uitgeoefend worden door de infrastructuurbeheerder. Om deze reden wordt het BOPR verboden nog langer dergelijke bevoegdheden uit te oefenen.

67. De tarifaire beslissingen die reeds door het BOPR genomen werden, en meer bepaald de financiële neutralisaties van de prestatieregelingen 2020 en 2021, worden in het onderzoeksrapport als absoluut nietig beschouwd, omdat zij genomen werden in strijd met artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex, een bepaling van openbare orde. Van een dergelijke rechtsregel kan niet worden afgeweken. Dit maakt dat de tariefbeslissingen van het BOPR die met de participatie van de spoorwegonderneming genomen werden absoluut nietig zijn, zowel voor de toekomst als voor het verleden.

68. Infrabel wordt tot slot geboden om de betrokken bepalingen uit de Netverklaring in lijn te brengen met de Spoorcodex en de spoorwegondernemingen hiervan op de hoogte te brengen.

b. Repliek van Infrabel op het rapport

69. Infrabel kant zich in hoofddeorde tegen de door de Dienst Regulering voorgestelde maatregel van absolute en retroactieve nietigheid van de beslissingen van het BOPR en dit om verschillende redenen.
70. Vooreerst is zij van mening dat artikel 63, §3 van de Spoorcodex de Dienst Regulering hiertoe geen juridische basis verleent, omdat deze maatregel geen beschermende functie zou hebben en volledig disproportioneel zou zijn.
71. Ten tweede herhaalt zij dat deze maatregel niet getuigt van een goede administratievoering tegenover de spoorwegondernemingen en Infrabel, en dat de principes van de rechtszekerheid en het gewettigd vertrouwen die voorschrijven dat het recht voorspelbaar en toegankelijk moet zijn, gerespecteerd moeten worden. Zij wijst in dit verband ook opnieuw naar het Franse systeem als naar de toepasselijke wetsbepalingen.
72. In ondergeschikte orde vraagt zij de goedkeuring om de aanpassing van de Netverklaring pas door te voeren na een doorgedreven overleg met de Dienst Regulering over de toekomstige aanpak die met betrekking tot de prestatieregeling moet gevolgd worden.
73. Tevens ondergeschikt vraagt zij de Dienst Regulering om de gevolgen van de eventuele nietige beslissingen van het BOPR te kunnen handhaven. Een retroactieve nietigheid van de BOPR-beslissingen zou immers disproportioneel zijn en bovendien niet voldoende gemotiveerd in het onderzoeksrapport. In haar verweer wijst zij de Dienst Regulering op de gevolgen van de eventuele retroactieve werking van de absolute nietigheid van de betrokken beslissingen:
- Wat de validatie van het PAS-document betreft: alle beslissingen door de arbitrage die zich baseren op het document zouden moeten herbekeken worden om op een andere grondslag gerechtvaardigd te worden;
 - Wat de financiële neutralisaties van de prestatieregelingen 2020 en 2021 betreft: Infrabel zou de prestatieregeling voor deze jaren moeten toepassen en de mali moeten factureren, dit terwijl de sector in deze jaren getroffen was door de covidcrisis. Dit zou ingaan tegen de doelstellingen van de prestatieregeling.

c. Beoordeling door de Dienst Regulering van de verweermiddelen van Infrabel

74. Artikel 63, §3 van de Spoorcodex bepaalt dat het toezichthoudende orgaan in uitvoering van zijn opdrachten inzake controle en administratief beroep, elke maatregel neemt 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 infrastructuur en de bepalingen inzake toegang, en onder meer inzake toegang tot dienstvoorzieningen overeenkomstig artikel 9 en de eerlijke en niet-discriminerende toegang tot opleidingsdiensten, tegen een redelijke en niet-discriminerende prijs die kostengerelateerd is en een winstmarge kan hebben, overeenkomstig de artikelen 124/2 en 143.

75. Het voorstel om het BOPR te verbieden om onder zijn huidige vorm en samenstelling nog langer tarifaire bevoegdheden uit te oefenen binnen het kader van de prestatieregeling en hierover beslissingen te nemen, is een maatregel die de Dienst Regulering op grond van de bovenstaande bepaling kan opleggen, en dit om een einde te stellen aan de inbreuk op artikel 49, §1 van de Spoorcodex, dit is een inbreuk op een bepaling inzake “de heffingen voor het gebruik van infrastructuur”. Zoals aangetoond in het rapport en reeds herhaaldelijk bevestigd door de Dienst Regulering is de prestatieregeling immers een heffing.⁹

Deze maatregel verbiedt het BOPR evenwel niet om verder te bestaan als overlegorgaan over de prestatieregeling waaraan de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen kunnen deelnemen.

76. Infrabel suggereert verder dat de absolute en retroactieve nietigheid die in het rapport wordt voorgesteld een bewarende maatregel zou zijn in de zin van artikel 63, §3 van de Spoorcodex, die volgens haar een beschermend karakter moet hebben. De eventuele nietigheid van de beslissingen van het BOPR valt echter niet onder de bewarende maatregelen, maar onder de noemer van “elke maatregel die nodig is”, en dit om een einde te stellen aan een inbreuk op de Spoorcodex. De voorgestelde nietigheid heeft meer bepaald tot doel om een halt toe te roepen aan de overtreding op artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex, dit is eveneens een bepaling inzake “de heffingen voor het gebruik van de infrastructuur”.

⁹ Advies A-2017-02-S betreffende de retroactieve werking van de prestatieregeling.

Dat artikel 63, §3 van de Spoorcodex geen grondslag zou bieden voor het uitspreken van een absolute en retroactieve nietigheid door de Dienst Regulering kan dus niet weerhouden worden.

77. Infrabel verzet zich er in dit verband niet tegen dat artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex van openbare orde is. Het is inderdaad zo dat deze bepaling de grondslagen zelf van de regulering van de spoorwegmarkten in België raakt. Op grond van artikel 199, §1, 5° van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven is “de tarifiering, de facturering en de inning van heffingen voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur” een opdracht van openbare dienst in hoofde van Infrabel. De rechtsregels die de infrastructuurbeheerder deze taak toevertrouwen raken aldus aan de openbare orde.¹⁰
78. Zoals uiteengezet in randnummer 57 heeft artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex bovendien tot doel om discriminatie van de spoorwegondernemingen te voorkomen. Volgens het Hof van Cassatie raken de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de openbare orde.¹¹
79. Het is evenwel zo dat de leer van de absolute en relatieve nietigheden betrekking heeft op overeenkomsten.¹² De Dienst Regulering stelt vast dat Infrabel de in de Netverklaring bekendgemaakte prestatieregeling via de gebruiksovereenkomst contractueel heeft vastgelegd, dit is met inbegrip van de bepalingen over de werking en de organisatie van het BOPR¹³, maar hij kan deze gebruiksovereenkomst in het kader van zijn controlebevoegdheden uit artikel 62, §3 van de Spoorcodex niet rechtstreeks toetsen aan de reglementering. Hieruit vloeit voort dat hij in deze beslissing geen absolute nietigheid kan uitspreken over bepalingen uit de gebruiksovereenkomst.
80. Hierboven is uiteengezet dat de infrastructuurbeheerder een inbreuk begaat op artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex door de spoorwegondernemingen te hebben

¹⁰ Cfr. Artikel 1.3 BW: “Is van openbare orde de rechtsregel die de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap raakt of die in het privaatrecht de juridische grondslagen bepaalt waarop de maatschappij berust, zoals de economische orde, de morele orde, de sociale orde of de orde van het leefmilieu.”

¹¹ Cass. 10 maart 1994, AR 9669, AC 1994, nr. 114; Cass. 18 februari 1993, AR 9459, AC 1993, nr. 104.

¹² Artikel 5.57 BW: “Een contract dat niet voldoet aan de geldigheidsvereisten is nietig.”

¹³ In Bijlage B.2.2 van de huidige gebruiksovereenkomst wordt in artikel 2 verwezen naar bijlage B.5 van de Netverklaring, waar in Deel 2 de organisatie en werking van het Beheersorgaan voor de prestatieregeling wordt beschreven.

betrokken bij de tarifaire besluitvorming in het BOPR, meer bepaald bij de volgende twee tariefbeslissingen:

3	20/10/2020	Naar aanleiding van deze crisissituatie beslist het BOPR unaniem dat het jaar 2020 vanuit financieel oogpunt wordt geneutraliseerd.
4	25/04/2022	Alle partijen aanwezig op de vergadering van het BOPR, zowel spoorwegondernemingen als Infrabel, kiezen unaniem voor een financiële neutralisatie van de PR 2021.

81. Zoals blijkt uit het onderzoeksrapport is er momenteel binnen het BOPR een voorstel hangende om te stemmen over de financiële neutralisatie van de prestatieregelingen 2022 en 2023:

Meeting	Gemaakte beslissingvoorstellen (zonder stemming)	Tarifaire Bevoegdheid	ex post	
1	10/03/2022	Infrabel stelt aan alle leden van het BOPR voor om een financiële neutralisatie uit te voeren voor de jaren 2021, 2022 en 2023, om een stabiele historiek te kunnen reconstrueren voor deze drie jaren en ook om exacte, effectieve resultaten te kunnen bepalen in 2024.	JA	JA

De Dienst Regulering stelt vast dat een toekomstige stemming hierover eveneens een inbreuk zou betekenen op artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex.

82. Er ligt eveneens een voorstel op tafel om via stemming het PAS-document te wijzigen:

Meeting	Gemaakte beslissingvoorstellen (zonder stemming)	Tarifaire Bevoegdheid	ex post	
2	27/01/2023	Validatie nieuwe document PAS: versie 2022	JA	JA

Het wijzigen van de toewijzingsregels bij arbitrage, dus van het PAS-document, zorgt voor een andere toewijzingsmethode en heeft bijgevolg een systematische impact op de parameter “minuten vertraging” van alle partijen. Hierdoor worden de referentiejaren, die gebruikt worden om het objectief te bepalen, niet langer vergelijkbaar met de prestatiejaren. Er ontstaat een inconsistentie in de dataverwerking waardoor de prestatieregeling methodologisch niet langer correct toegepast kan worden. Indien de prestatieregeling zonder correcties wordt toegepast zal een financiële impact mogelijk zijn voor alle partijen: dezelfde prestaties leiden dan tot een ander tarief. Om die reden is het noodzakelijk dat ten minste een impactanalyse van de aanpassingen en eventueel een dubbele registratie voor minimaal de duur van de referentieperiode wordt uitgevoerd alvorens de wijzigingen van het PAS-document door te voeren. Het is namelijk mogelijk dat de “prestatieregeling” als systeem niet langer werkzaam zou kunnen zijn. Elke wijziging van het initiële PAS-document zonder impact-analyse en/of mitigerende maatregelen kan een tarifaire en potentieel discriminatoire impact hebben op de deelnemers. Om die reden beschouwt de Dienst Regulering elke beslissing tot wijziging van het PAS-

document zonder impact-analyse en ondersteunende maatregelen door zijn aard als potentieel in strijd met artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex.

83. Zoals gezegd neemt de Dienst Regulering op grond van artikel 63, §3 van de Spoorcodex “elke maatregel die nodig is”, en dit om een einde te stellen aan inbreuken op de bepalingen over de heffingen voor het gebruik van de infrastructuur.

Op basis van deze bepaling kan de Dienst Regulering enerzijds *verbieden* dat er over de twee hangende beslissingsvoorstellen gestemd wordt, en anderzijds kan hij de reeds genomen neutralisatiebeslissingen *vernietigen* – en dus geen absolute nietigheid uitspreken, *supra* randnummer 79 - waardoor er niet langer een inbreuk op artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex bestaat en waardoor toekomstige inbreuken vermeden worden.

Een vernietiging wist per definitie de reeds genomen beslissingen uit in de rechtsorde, alsof ze nooit tot stand zouden gekomen zijn. De vernietiging werkt retroactief, voor het verleden en voor de toekomst, *ex tunc* en *ex nunc*.¹⁴ In dat opzicht is zijn effect dus hetzelfde als van de in het onderzoeksrapport voorgestelde absolute nietigheid.

84. Infrabel is evenwel van mening dat deze retroactieve werking disproportioneel is en vraagt de regulator om de gevolgen van de bestaande tariefbeslissingen toch te laten voortbestaan, dit op basis van de beginselen van rechtszekerheid en het gewettigd vertrouwen.

85. Indien de Dienst Regulering zou ingaan op de vraag om de bestreden beslissingen te laten voortbestaan, dan zou dit betekenen dat hij enkel de schending van artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex zou vaststellen, zonder hieraan enig gevolg te verbinden. In die optiek zouden de twee neutralisaties voortgang vinden en zouden de bezwaren tegen deze beslissingen die werden uiteengezet in randnummer 57 niet geredieerd worden. De Dienst Regulering zou met andere woorden toestaan dat de gevolgen van een inbreuk op de Spoorcodex gehandhaafd worden en dus nalaten hieraan een einde te stellen. De vraag is of dit opportuun zou zijn.

86. Wat het argument van de rechtszekerheid betreft, is het zo dat de sector uit het opstarten van de controleopdracht heeft kunnen afleiden dat de werking van het

¹⁴ Dit geldt bijvoorbeeld voor de vernietigingsarresten van de Raad van State: P. LEFRANC, “Over het lot van de gevolgakte na een vernietigingsarrest,” in *De tenuitvoerlegging van arresten van de Raad van State*, I. COOREMAN, D. LINDEMANS en L. PEETERS, Eds. die Keure, 2012, pp. 117–149.

BOPR – en bijgevolg zijn beslissingen – zouden onderzocht worden door de Dienst Regulering. Het feit dat hij tariefbeslissingen per definitie enkel op ex post-basis kan onderzoeken, betekent dat er automatisch enige tijd verstrijkt tussen deze beslissingen en het uiteindelijke oordeel van de Dienst Regulering. Dit tijdsverschil is eigen aan een controleopdracht en creëert op zich geen verworven rechten in hoofde van de betrokken partijen. De Dienst Regulering is dus van mening dat Infrabel zich in deze niet kan beroepen op de rechtszekerheid.

87. Dat er door het tijdsverloop een bepaald vertrouwen in de rechtmatigheid van de handelingen van het BOPR tot stand zou zijn gebracht maakt zoals gezegd de inbreuken op zich ook niet verschoonbaar. De Dienst Regulering ziet in deze geen reden om dit element als motief aan te wenden om handelingen te laten voortbestaan die in strijd zijn met één van de meest cruciale bepalingen van de Spoorcodex.

De naleving van artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex, met name het uitsluiten van elke participatie van spoorwegondernemingen in de tarifaire besluitvorming, is immers onontbeerlijk in het licht van het doel ervan, men name het vrijwaren van de in de rechtsorde als fundamenteel erkende beginselen van gelijke behandeling van de marktdeelnemers, van de vrije mededinging en van de onpartijdigheid van de infrastructuurbeheerder. De miskennis van deze verplichting is zwaarwichtig, nu zij onmiddellijk als gevolg heeft dat het doel van de wet niet wordt bereikt. Het doel en de geest van de wet zelf vereisen aldus dat alle daarmee strijdige rechtshandelingen ongedaan worden gemaakt en geen rechtsgevolgen kunnen ressorteren. Er anders over oordelen zou een toestand in stand houden die in strijd is met de openbare orde en het algemeen belang.

Het feit dat een retroactieve vernietiging van de tariefbeslissingen tot gevolg zou hebben dat Infrabel de prestatieregelingen 2020 en 2021 toepast, beschouwt de Dienst Regulering evenmin als een rechtvaardiging.

Eenzijds zal deze maatregel bepaalde onrechtvaardigheden uit het verleden wegwerken, namelijk het feit dat bepaalde spoorwegondernemingen of de infrastructuurbeheerder niet de financiële compensatie hebben gekregen waarop zij recht hadden.

Anderzijds is de toepassing van de prestatieregelingen de enige uitkomst die op dit moment mogelijk is. Infrabel heeft er immers niet voor gekozen om op basis van de verordening 2020/1429 een retroactief reglementair kader te laten creëren om de toepassing van de prestatieregelingen kwijt te schelden, zoals gedaan is voor de

rijpadvergoedingen. Artikel 8 van het KB Infraheffing verbiedt haar bovendien om nu nog neutralisaties door te voeren; zelfs de neutralisaties door het BOPR waren al te laat. De Dienst Regulering meent dat de verantwoordelijkheid voor deze situatie volledig bij Infrabel ligt.

88. De Dienst Regulering oordeelt op grond van de bovenstaande overwegingen dat er geen gevolg kan gegeven worden aan het verzoek van Infrabel om geen retroactiviteit toe te kennen aan de maatregel die met betrekking tot de reeds genomen neutralisatiebeslissingen zal worden genomen.

89. Aangezien de PAS-beslissing van 2019 geen tarifaire impact heeft en dus buiten de scope van deze beslissing valt, heeft dit tot gevolg dat de arbitrage die op basis van dit document gevoerd werd, definitief is.

90. Wat tot slot de derde voorgestelde maatregel uit het onderzoeksrapport betreft, met name de onmiddellijke aanpassing van de Netverklaring, ziet de Dienst Regulering geen reden om op de vraag van Infrabel in te gaan om deze aanpassing pas door te voeren na coördinatie over de toekomstige aanpak. Enerzijds is het namelijk zo dat het BOPR kan blijven voortbestaan als overlegplatform tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen, maar zijn bevoegdheden dienen conform deze beslissing te worden aangepast. Anderzijds kan de infrastructuurbeheerder het akkoord van de kandidaten over de in bijlage 24, punt 2a) van de Spoorcodex bedoelde belangrijkste parameters van de prestatieregeling eenvoudigweg bekomen via de ondertekening van de gebruiksovereenkomst, zodat discussies daarover niet meer hoeven gevoerd te worden.

8. Beslissing

Gelet op het feit dat de Dienst Regulering op 10 mei 2022 een controleopdracht is opgestart naar de werking van het BOPR, zoals ingevoerd in de Netverklaring op 7 december 2018;

Gelet op het onderzoeksrapport met grieven dat Infrabel werd overgemaakt en waarin drie maatregelen werden voorgesteld;

Gelet op de mondelinge en schriftelijke verweermiddelen van Infrabel met betrekking tot deze grieven en de drie voorgestelde maatregelen;

Gelet op artikel 63, §3 van de Spoorcodex dat voorziet dat de Dienst Regulering in uitvoering van zijn opdrachten inzake controle elke maatregel kan nemen die nodig is om een einde te stellen aan onder meer de inbreuken op de bepalingen inzake de heffingen voor het gebruik van infrastructuur;

Gelet op het feit dat de Dienst Regulering op grond van artikel 65, tweede lid, 1° van de Spoorcodex bij het nemen van zijn beslissing rekening houdt met de naleving van de van toepassing zijnde wetten en reglementeringen;

Overwegende dat de Netverklaring voorziet in een bevoegdheidsoverdracht van Infrabel naar het BOPR voor tarifaire aangelegenheden;

Overwegende dat er twee tariefbeslissingen in het BOPR tot stand gekomen zijn met de participatie van de spoorwegondernemingen, met name de financiële neutralisaties van de prestatieregelingen 2020 en 2021;

Beslist de Dienst Regulering als volgt:

A. De bepalingen uit de Netverklaring over de werking en de organisatie van het BOPR zijn strijdig met artikel 49, §1 van de Spoorcodex;

B. De bepalingen uit de Netverklaring over de werking en de organisatie van het BOPR zijn strijdig met artikel 4/2, §1, 2° van de Spoorcodex;

C. Uit A en B volgt dat Infrabel op grond van artikel 63, §3 van de Spoorcodex het verbod wordt opgelegd om het BOPR tarifaire beslissingen te laten nemen vanaf de datum van deze beslissing. Dit verbod omvat eveneens beslissingen over de voorstellen die op 10 maart 2022 (voorstel van financiële neutralisatie voor de prestatieregelingen 2022 en 2023) en op 27 januari 2023 (voorstel validatie nieuw PAS-document) in het BOPR gedaan werden;

D. De Netverklaring wordt in het licht van A tot en met C binnen de maand na de kennisgeving van deze beslissing aangepast om de spoorwegondernemingen hiervan te informeren;

E. Uit A en B volgt eveneens dat de volgende reeds genomen tariefbeslissingen van het BOPR op grond van artikel 63, §3 van de Spoorcodex met retroactieve werking vernietigd worden:

- Financiële neutralisatie van de prestatieregeling 2020
- Financiële neutralisatie van de prestatieregeling 2021;

En

Gelet op het feit dat artikel 8 van het KB Infraheffing zich verzet tegen een retroactieve neutralisatie van de prestatieregelingen 2020, 2021, 2022 en 2023 door Infrabel;

Beslist de Dienst Regulering:

F. Infrabel past de prestatieregelingen 2020, 2021, 2022 en 2023 toe.

9. Beroepsmogelijkheid

Overeenkomstig artikel 221/2 van de Spoorcodex hebben belanghebbenden de mogelijkheid om tegen deze beslissing beroep in te stellen voor het Marktenhof van Brussel. Op straffe van verval moet het beroep ten laatste 30 dagen na de betekening van deze beslissing worden ingesteld.

Het beroep heeft geen schorsende werking, behoudens ten aanzien van beslissingen waarbij de Dienst Regulering een administratieve geldboete heeft opgelegd met toepassing van de artikelen 63, §3 en 64 van de Spoorcodex of wanneer het hof de schorsing van de bestreden beslissing uitspreekt.

Het Gerechtelijk Wetboek is van toepassing voor wat de procedure betreft, waarbij het Marktenhof uitspraak doet zoals in kort geding.

Gegeven te Brussel, op 19 juli 2023,

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



Serge DRUGMAND

Directeur

