RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 246.542 van 3 januari 2020
in de zaak A. 224.866/IX-9272

In zake : de NV AVIAPARTNER BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Mobiliteit
die woonplaats kiest bij
de Juridische Dienst van de FOD Mobiliteit en Vervoer
gevestigd te 1210 Brussel
City Atrium
Vooruitgangstraat 56
en bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Van Hyfte en Laurent Delmotte
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden Vlieslaan 77

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 maart 2018, strekt tot de nietigverklaring van:

> "- de beslissing d.d. 26 januari 2018 van het Directoraat-generaal Luchtvaart […] waarin besloten werd om in toepassing van het Ministerieel besluit van 19 november 2014 betreffende de erkenning voor grondafhandelingsdiensten op de luchthaven Brussel-Nationaal […] de voorlopige erkenning voor de afhandelingscategorieën administratieve grondafhandeling en supervisie, passagiersafhandeling, bagageafhandeling, platformafhandeling, vliegtuig-servicing en grondtransportafhandeling aan derden, die aan Aviapartner Belgium NV werd toegekend op datum van 26 januari 2016 voor een periode

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

van 1 jaar, te hernieuwen voor een periode van 1 jaar, met ingang vanaf 1 februari 2018;

- de (impliciete) beslissing van dezelfde datum van het DGLV om Aviapartner Belgium NV voor de genoemde afhandelingscategorieën geen definitieve erkenning toe te kennen."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 oktober 2019.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Linus Hoet, die *loco* advocaat Bob Martens verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Bart Van Hyfte, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij is een verlener van grondafhandelingsdiensten op de luchthaven Brussel-Nationaal.

3.2. Op 29 januari 2015 stuurt het directoraat-generaal Luchtvaart (hierna: het DGLV) een e-mail aan de verleners van grondafhandelingsdiensten op de luchthaven Brussel-Nationaal – onder wie de verzoekende partij – waarin het hen wijst op de nieuwe regels die van toepassing zullen worden op de grondafhandelingsdiensten. Het gaat om de inwerkingtreding op 1 februari 2015 van het ministerieel besluit van 19 november 2014 'betreffende de erkenning voor grondafhandelingsdiensten op de luchthaven Brussel-Nationaal' (hierna: het ministerieel besluit van 19 november 2014). Ondernemingen die erkend willen worden moeten hun interesse doen blijken met een e-mail.

3.3. Op 29 juli 2015 dient de verzoekende partij een erkenningsaanvraag in voor grondafhandelingsactiviteiten op de luchthaven Brussel-Nationaal.

3.4. Op 26 januari 2016 beslist de directeur-generaal *ad interim* van het DGLV om aan de verzoekende partij een voorlopige erkenning uit te reiken voor de afhandelingscategorieën administratieve grondafhandeling en supervisie , passagiersafhandeling, bagageafhandeling, platformafhandeling, vliegtuigservicing en grondtransportafhandeling aan derden. Deze voorlopige erkenning heeft een geldigheidsduur van 1 jaar, met uitwerking vanaf 1 februari 2016.

Deze beslissing is het voorwerp van de zaak gekend onder rolnummer A. 218.920/IX-8855.

3.5. Op 31 januari 2017 beslist de directeur-generaal *ad interim* van het DGLV om de voorlopige erkenning van de verzoekende partij te hernieuwen voor een periode van een jaar, met ingang van 1 februari 2017.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

Deze beslissing is het voorwerp van de zaak gekend onder rolnummer A. 221.832/IX-9039.

3.6. In de loop van 2017 en het begin van 2018 vinden er uitgebreide contacten plaats tussen het DGLV en de verzoekende partij met het oog op het verkrijgen van een erkenning voor de periode vanaf 1 februari 2018.

3.7. Op 25 januari 2018 wordt een eindrapport 'aanvraag erkenning grondafhandelingsdiensten' opgesteld (hierna: het eindrapport). Wat de financiële situatie van de verzoekende partij betreft luidt het eindrapport als volgt:

> "Op vraag van het DGLV heeft Aviapartner de voorbije maanden de volgende documenten m.b.t. de financiële bepalingen aan het DGLV bezorgd:
> - de geauditeerde jaarrekening van het boekjaar 2016;
> - het commissarisverslag van het boekjaar 2016;
> - een update van de financiële analyse voor het boekjaar 2016;
> - de voorlopige resultaten van de maanden januari tot september 2017;
> - een update van het bedrijfsplan voor de boekjaren 2018-2019. Er dient opgemerkt te worden dat artikel 6, §4, 3° van het MB Erkenning bepaalt dat het bedrijfsplan betrekking dient te hebben op de drie jaren volgend op de verwachte erkenningsdatum. Het bedrijfsplan van Aviapartner heeft echter slechts betrekking op twee jaar;
> - garantie van Aviapartner NV;
> - reconciliatie van het EBITDA-resultaat in het businessplan met de jaarrekening zoals geauditeerd en neergelegd van het boekjaar 2016.
>
> Op basis van de resultaten van de boekjaren 2012-2016 kan er vastgesteld worden dat Aviapartner in 2016 voor het eerst een positief bedrijfs- en nettoresultaat gerealiseerd heeft. In de periode 2012-2015 was het bedrijfs- en nettoresultaat negatief. Er kan bijgevolg een positieve evolutie vastgesteld worden over de periode 2012-2016. Deze resultaten hebben uiteraard een positieve impact op de solvabiliteit van de onderneming. Het eigen vermogen blijft echter negatief en bedraagt dd. 31/12/2016 -11.838.190 EUR. De algemene schuldgraad (berekend als vreemd vermogen/totaal passiva) bedraagt maar liefst 133,07% in 2016. Verder baart ook de liquiditeit van Aviapartner zorgen. De vlottende activa volstaan immers niet om de schulden op korte termijn te dekken. Dankzij de positieve resultaten van Aviapartner in 2016 zijn de operationele en totale cashflow wel positief.
>
> In de jaarrekening van het boekjaar 2016 wordt het volgende vermeld i.v.m. continuïteit van Aviapartner:
> 'De economische crisis heeft een belangrijke negatieve invloed gehad op de luchtvaartindustrie in het algemeen die thans nog steeds voelbaar is. Het betreft een zeer concurrentiële sector met kleine marges. Dit vertaalde zich in dalende volumes en dalende rentabiliteit. Deze effecten zijn zichtbaar in de verliezen

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

van de afgelopen jaren die werden gerealiseerd en leidden tot het negatief eigen vermogen van KEUR 11.838 per jaareinde 2016 en bijgevolg tot een materiële onzekerheid qua going concern.'

Het resultaat van de controle van de jaarrekening van het boekjaar 2016 door de bedrijfsrevisor is een oordeel zonder voorbehoud met benadrukking van een bepaalde gelegenheid. In het verslag van de commissaris wordt eveneens gewezen op 'het bestaan van een onzekerheid van materieel belang die significant twijfel kan doen ontstaan over het vermogen van de vennootschap om haar continuïteit te handhaven.'

Om de rendabiliteit te verbeteren werd er binnen de Aviapartner groep het project TakeOff opgestart. Dit project beoogt een verdere optimalisering op gebied van materiaal en onderaanneming, operationele uitvoering, planning en rostering, flexibiliteit, structuur/organisatie en commerciële verbeteringen. De uitvoering van dit plan heeft vertraging opgelopen door de aanslag van 22 maart 2016 op de luchthaven Brussel-Nationaal. Voor haar financiering en verplichtingen doet Aviapartner een beroep op intragroepsfinanciering via haar aandeelhouder Aviapartner Holding NV. Er zou een cashflowplanning opgesteld zijn waaruit blijkt dat de financieringsbehoefte van de vennootschap kan gedekt worden. Dit zou afhankelijk zijn van het verder realiseren van het TakeOff programma op groepsniveau. De effecten van TakeOff zijn echter nog onzeker aangezien deze vooral resultaten beogen gedeeltelijk in 2016 en meer in 2017/2018.

Uit de voorlopige resultaten van het boekjaar 2017 blijkt dat de EBITDA over de periode januari tot september 2017 positief is en 522.000 EUR bedraagt. Hierbij dient opgemerkt te worden dat voor de berekening van de EBITDA abstractie wordt gemaakt van de intercompanykosten en de interesten die de moedervennootschap Aviapartner Holding NV aan Aviapartner aanrekent. Aviapartner verklaart dit door mee te delen dat deze transacties geen invloed hebben op de cashpositie of de continuïteit van de onderneming. In de maanden februari, maart en april 2017 was de EBITDA negatief. In april 2017 kan de negatieve EBITDA verklaard worden door het feit dat er in april reeds arbeiders worden aangeworven voor het zomerseizoen. Deze arbeiders moeten opgeleid worden voor de start van het drukkere zomerseizoen. Het gaat dus om een extra kost die pas in de zomermaanden rendeert. Uit het bedrijfsplan, dat eveneens abstractie maakt van de intercompanykosten en interesten die de moedervennootschap aanrekent, blijkt dat Aviapartner voor 2017 een licht positief nettoresultaat verwacht. Wanneer rekening wordt gehouden met de door Aviapartner Holding NV aangerekende intercompanykosten en interesten, kan bijgevolg een negatief nettoresultaat verwacht worden.

Gezien het negatieve eigen vermogen van Aviapartner, heeft het DGLV Aviapartner verzocht om een garantie te bezorgen van een andere vennootschap. Op 20 december 2017 heeft Aviapartner het DGLV de 'comfort letter' vanwege Aviapartner NV bezorgd die werd opgesteld in het kader van de lopende selectieprocedure voor afhandelaars in de beperkte categorieën op de luchthaven Brussel-Nationaal (ditzelfde document werd door Aviapartner op 21 november 2017 overgemaakt aan het DGLV ten vertrouwelijke titel).

Aviapartner NV betreft echter een vennootschap die slechts een verwaarloosbare omzet realiseert en waarvan het eigen vermogen beperkt is. In

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

2016 bedroeg het eigen vermogen van Aviapartner NV ongeveer 1,65 miljoen EUR.

Op 18 januari 2015 heeft het DGLV Aviapartner meegedeeld dat deze garantie voor het DGLV niet volstaat om een definitieve erkenning toe te kennen en Aviapartner verzocht om een garantie te bezorgen die van een grootteorde is van 10 miljoen EUR:

'Het Directoraat-generaal Luchtvaart (DGLV) heeft de door Aviapartner Belgium bezorgde financiële documenten in het kader van de erkenning van Aviapartner Belgium geanalyseerd.

Als onderdeel van het dossier heeft Aviapartner Belgium het DGLV de garantie bezorgd die door Aviapartner Belgium werd ingediend in het kader van de lopende selectieprocedure voor grondafhandelaars voor de beperkte categorieën van grondafhandelingsdiensten op de luchthaven Brussel-Nationaal (zie bijlage).

Aangezien de omzet van Aviapartner NV verwaarloosbaar is en het eigen vermogen van Aviapartner NV 1,65 miljoen EUR bedraagt is deze garantie beperkt tot een bedrag van 1,65 miljoen EUR.

Gelet op het negatieve eigen vermogen van Aviapartner Belgium NV van -11,8 miljoen EUR, stelt het DGLV dat Aviapartner Belgium een aanzienlijk hogere garantie (dan deze 1,65 miljoen EUR) dient te bezorgen, van een grootteorde van 10 miljoen EUR, om aanspraak te kunnen maken op een definitieve erkenning (geldig voor een periode van 7 jaar).

Gelieve daartoe een bijkomende garantie te bezorgen tegen ten laatste 23 januari 2018 COB. Documenten die na 23 januari 2018 aan het DGLV bezorgd worden, zullen niet meer in overweging genomen worden bij het nemen van de beslissing aangaande de erkenning van Aviapartner Belgium.'

Op 22 januari 2018 heeft Aviapartner hierop geantwoord dat Aviapartner-groep de gevraagde garantie evenwel niet tegen de genoemde deadline zal afleveren:

'Van onze kant moeten wij meedelen dat de Aviapartner-groep niet tegen de genoemde deadline zulke garantie zal afleveren. Wij danken u dan ook uw beslissing op de kortst mogelijke termijn, en zeker nog in de loop van deze maand, te formaliseren.'

Gelet op het bovenstaande en rekening houdend met het feit dat:

- Aviapartner verlieslatend was over de periode 2012-2015;
- Aviapartner een positief bedrijfs- en nettoresultaat gerealiseerd heeft in het boekjaar 2016;
- het negatieve eigen vermogen van Aviapartner van -11,8 miljoen EUR dd. 31/12/2016;
- de vlottende activa in 2016 niet volstaan om de schulden op korte termijn te dekken;
- zowel de jaarrekening als het verslag van de commissaris wijst op een mogelijke onzekerheid van materieel belang over het vermogen van de onderneming om haar continuïteit te verzekeren;
- uit de voorlopige resultaten van het boekjaar 2017 blijkt dat het nettoresultaat van 2017 (rekening houdend met intercompanykosten en interesten die aangerekend worden door de moedervennootschap) negatief zal zijn;

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

- uit de voorlopige resultaten van het boekjaar 2017 blijkt dat de EBITDA (zonder rekening te houden met intercompanykosten en interesten) positief was over de periode januari t.e.m. september 2017, maar het onduidelijk is of het bedrijfsresultaat van het boekjaar 2017 positief zal zijn;
- Aviapartner NV zich garant gesteld heeft voor Aviapartner, maar slechts over een eigen vermogen beschikt van 1,65 miljoen EUR;
- Aviapartner meegedeeld heeft dat een garantie van een grootteorde van 10 miljoen EUR niet tegen 23 januari 2018 COB kon bezorgd worden;

oordeelt het DGLV dat Aviapartner momenteel niet op voldoende wijze heeft aangetoond dat zij gedurende een periode van 24 maanden vanaf de verwachte erkenningsdatum te allen tijde haar verplichtingen kan nakomen.

Aviapartner heeft niet aangetoond dat zij gedurende een periode van 3 maanden vanaf de verwachte erkenningsdatum haar vaste en variabele kosten kan dekken die voortvloeien uit de activiteiten volgens haar bedrijfsplan en die op realistische veronderstellingen zijn gebaseerd, zonder dat rekening gehouden wordt met de inkomsten uit haar activiteiten.

De onderneming voldoet bijgevolg thans niet aan de financiële bepalingen opgenomen in art. 6§1 van het MB Erkenning.

Aviapartner heeft op 22 januari 2018 meegedeeld dat de door het DGLV gevraagde garantie van een grootteorde van 10 miljoen EUR niet tegen de door het DGLV opgelegde deadline zal afgeleverd worden. Zodra Aviapartner de gevraagde garantie aan het DGLV bezorgt, zal het DGLV het aanvraagdossier van Aviapartner herbekijken.

[…]"

In het eindrapport worden het volgende besluit en voorstel van beslissing geformuleerd (voetnoot weggelaten):

"Op basis van:
- de analyse van het bijgewerkte dossier van Aviapartner […] waaruit blijkt dat dit dossier niet voldoet aan de financiële bepalingen opgenomen in artikel 6 §1 van het MB Erkenning;
- de initiële audit van het veiligheidsbeheerssysteem van Aviapartner […] waaruit blijkt dat het veiligheidsbeheerssysteem voldoet aan de criteria van het MB Erkenning;
- het plan met correctieve acties van de initiële audit […] dat aanvaardbare correcties, correctie- en antwoorddata voorstelt;
- artikel 5, §3 en 5, §7 van het MB Erkenning;

stelt de dienst Luchthavens voor om de voorlopige erkenning van Aviapartner voor de categorieën vermeld in de aanvraag, zijnde administratieve grondafhandeling en supervisie, passagiersafhandeling, bagageafhandeling, platformafhandeling, vliegtuigservicing en grondtransportafhandeling voor derden te hernieuwen voor een periode van één jaar."

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

3.8. Op 26 januari 2018 beslist de directeur-generaal *ad interim* van het DGLV:

> "In toepassing van het Ministerieel Besluit van 19 november 2014 […], en op basis van het eindrapport gekoppeld aan deze initiële uitreiking, heeft de voormalige Directeur-generaal a.i. van het DGLV op 26 januari 2016 beslist om aan Aviapartner Belgium NV een voorlopige erkenning uit te reiken voor de afhandelingscategorieën administratieve grondafhandeling en supervisie, passagiersafhandeling, bagageafhandeling, platformafhandeling, vliegtuigservicing en grondtransportafhandeling voor derden. De voorlopige erkenning werd toegekend voor een periode van 1 jaar, met ingang van 1 februari 2016.
>
> Op 31 januari 2017 heeft de voormalige Directeur-generaal a.i. van het DGLV beslist om de voorlopige erkenning van Aviapartner Belgium NV te hernieuwen voor een periode van één jaar, met ingang van 1 februari 2017.
>
> Graag maak ik u met deze brief het eindrapport over van de analyse van uw bijgewerkte erkenningsaanvraag.
>
> In toepassing van het [ministerieel besluit van 19 november 2014], en op basis van dit eindrapport, heb ik beslist de voorlopige erkenning van uw onderneming voor de afhandelingscategorieën administratieve grondafhandeling en supervisie, passagiersafhandeling, bagageafhandeling, platformafhandeling, vliegtuigservicing en grondtransportafhandeling voor derden te hernieuwen voor een periode van 1 jaar, met ingang van 1 februari 2018. Deze erkenning kan te allen tijde opgeschort of ingetrokken worden.
>
> […]"

Dat is de eerste bestreden beslissing

3.9. Op 30 januari 2019 beslist het DGLV opnieuw om de voorlopige erkenning van de verzoekende partij te hernieuwen voor een periode van een jaar.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep in zoverre het gericht is tegen de impliciete beslissing om de verzoekende partij geen definitieve erkenning toe te kennen

4.1. Ambtshalve wordt opgemerkt dat overeenkomstig de rechtspraak van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State – arresten nrs. 222.357 en 222.358 van 1 februari 2013 – de jurisprudentiële techniek van de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing moet worden voorbehouden aan uitzonderlijke gevallen. Deze uitzonderlijkheid moet, aldus de algemene vergadering, steeds op

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

overtuigende, afdoende wijze beargumenteerd zijn geworden door de verzoekende partij.

4.2. Te dezen moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij dit in het geheel niet doet. Nergens maakt zij ook maar enigszins aannemelijk dat haar de definitieve erkenning had moeten worden verleend.

In die omstandigheden moet het beroep, in de mate dat het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing, worden verworpen als onontvankelijk.

V. Onderzoek van de middelen

A. Vooraf

5. In haar laatste memorie doet de verzoekende partij afstand van het eerste middel en van het tweede middel in de mate dat de schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd en voor zover erin wordt aangevoerd dat het DGLV de beslissingstermijn van artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 niet heeft nageleefd.

Dienvolgens worden enkel het derde middel en het tweede middel, in zoverre daarin de schending van de materiëlemotiveringsplicht wordt aangevoerd, onderzocht.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel in de mate dat de schending van de materiëlemotiveringsplicht wordt aangevoerd

6. De verzoekende partij voert aan dat de eerste bestreden beslissing waarbij haar voorlopige erkenning wordt hernieuwd, gebrekkig is gemotiveerd. De hernieuwing van de voorlopige erkenning steunt op het eindrapport van het DGLV over de erkenningsaanvraag van de verzoekende partij waarin het DGLV besluit dat de verzoekende partij niet voldoet aan de financiële erkenningsvoorwaarden bedoeld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014. Volgens de verzoekende partij is de conclusie dat zij niet heeft aangetoond dat zij gedurende een periode van drie maanden vanaf de verwachte erkenningsdatum haar vaste en variabele kosten kan dekken die voortvloeien uit haar bedrijfsplan en dat zij gedurende een periode van 24 maanden vanaf de verwachte erkenningsdatum te allen tijde haar verplichtingen zal kunnen nakomen, onwaar en gesteund op onnauwkeurige en onvoldoende gemotiveerde vaststellingen. Het DGLV lijkt op geen enkele manier rekening te houden met de (externe) omstandigheden waarin de resultaten werden behaald. Evenmin is rekening gehouden met de positieve ontwikkelingen en elementen die aan het DGLV ter kennis zijn gebracht en die zich duidelijk hebben vertaald in de positieve voorlopige resultaten van het boekjaar 2017.

De verzoekende partij doet vier kritieken gelden ten aanzien van de vaststellingen in het eindrapport.

In een eerste kritiek voert zij aan dat uit het jaarverslag van 27 oktober 2016 blijkt dat de daling van het netto-actief en de rentabiliteit te wijten is aan de economische crisis die een belangrijke invloed heeft gehad op de luchtvaartindustrie en zich heeft vertaald in dalende volumes en rentabiliteit van de vennootschap. Zoals blijkt uit het jaarverslag werden in 2012 evenwel reeds maatregelen genomen om de kostenstructuur van de vennootschap aan te passen

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

aan de gewijzigde omstandigheden om zo de langetermijnrentabiliteit te helpen herstellen. Tevens werd binnen de Aviapartnergroep een rentabiliteitsproject "TakeOff" opgestart. In het eindrapport verwijst het DGLV louter naar dit project, maar de optimalisering die dit project zal teweegbrengen wordt volledig terzijde geschoven.

In een tweede kritiek laat de verzoekende partij gelden dat in het eindrapport van het DGLV diverse positieve elementen met betrekking tot haar financiële toestand worden vermeld. Er kan dan ook niet worden ingezien waarom dan werd besloten dat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014. Indien het DGLV hieromtrent ernstige bekommernissen had, dan had het een plan met correctieve acties moeten vragen, zodat een definitieve erkenning kon worden toegekend mits rekening werd gehouden met dit plan. In elk geval kan niet worden aangenomen dat de verzoekende partij – die vanaf 2017 opnieuw gunstige resultaten behaalt en een positief nettoresultaat realiseert – duidelijk niet voldoet aan de criteria bedoeld in artikel 5, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014, terwijl enkel een voorlopige erkenning kan worden toegekend indien de aanvrager duidelijk niet aan de voormelde criteria voldoet. In dat opzicht is het onbegrijpelijk, onredelijk en niet-gemotiveerd dat het DGLV tot de vaststelling komt dat operationele en totale cashflow positief zijn – en aldus erkent dat de verzoekende partij geen betalingsprobleem heeft – maar vervolgens toch besluit dat niet is voldaan aan de voorwaarden bedoeld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014. Het DGLV verduidelijkt niet op welke parameters het steunt voor die vaststelling. De positieve (operationele) cashflow vormt op zich reeds een voldoende bewijs dat de verzoekende partij in staat is om minstens op korte termijn haar financiële verplichtingen na te komen en dat zij door haar dagelijkse activiteiten voldoende cash kan genereren om zowel de vaste als de variabele kosten te betalen. Ook voor wat betreft de lange termijn duidt de positieve cashflow op een gunstige betalingspositie.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

In een derde kritiek betoogt de verzoekende partij dat een negatief eigen vermogen geen criterium vormt om de financiële gezondheid van een onderneming te beoordelen. *In casu* wordt het negatief eigen vermogen verklaard door *intercompany* leningen die te wijten zijn aan de bedrijfsstructuur van Aviapartner. Dit wijst er geenszins op dat de verzoekende partij in financiële moeilijkheden zou verkeren.

In een vierde kritiek klaagt de verzoekende partij ten slotte aan dat het DGLV de verstrekte garantie weigert omdat de moedervennootschap slechts een verwaarloosbare omzet realiseert en slechts een eigen vermogen heeft van 1,65 miljoen euro. Gelet op het negatieve eigen vermogen van 11,8 miljoen euro van de verzoekende partij verwacht het DGLV een garantie van 10 miljoen euro. Het DGLV had nochtans te kennen gegeven dat de garantie niet absoluut moest gelden maar bepaalde redelijke assumpties in aanmerking mocht nemen. Het weigeren van de verstrekte garantie en het eisen van een garantie van 10 miljoen euro is onredelijk en niet afdoende gemotiveerd.

7. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij met betrekking tot haar eerste kritiek nog dat het DGLV onvoldoende rekening heeft gehouden met factoren die een belangrijke maar tijdelijke invloed hebben gehad op de resultaten van de verzoekende partij. Zij merkt ook op dat de in 2012 genomen maatregelen op lange termijn uitwerking zullen hebben en dat ze een impact zullen hebben op de algemene schuldgraad en liquiditeit.

8. In haar laatste memorie voert de verzoekende partij met betrekking tot haar eerste kritiek nog aan dat uit het eindrapport niet blijkt dat het DGLV rekening heeft gehouden met de termijnen bedoeld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014. Voornoemde bepaling vereist geen algemene financiële beoordeling van de jaarrekening, maar gebiedt het DGLV daadwerkelijk na te gaan of een onderneming binnen een termijn van 24 maanden haar verplichtingen kan nakomen en of de onderneming gedurende een periode van drie maanden haar vaste en variabele kosten kan dekken die voortvloeien uit de

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

activiteiten volgens haar bedrijfsplan en die op realistische veronderstellingen zijn gebaseerd. Dit kan niet enkel en alleen op basis van een cijfermatige analyse van de jaarrekening. De resultaten uit de jaarrekening vormen immers slechts een momentopname. Ten onrechte heeft het DGLV geen rekening gehouden met maatregelen die op langere termijn uitwerking zullen hebben en die een positieve impact zullen hebben op de algemene liquiditeit en schuldgraad. Het gaat niet op om vast te houden aan de statische beoordelingswijze onder het voorwendsel dat de oorzaak van de financiële toestand geen afbreuk doet aan de vaststelling en het bestaan ervan. Artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 vereist immers dat rekening wordt gehouden met de toekomstige perspectieven, namelijk de financiële draagkracht van de erkenningsaanvrager voor respectieve periodes van drie maanden en 24 maanden na de erkenning. Voorts benadrukt de verzoekende partij dat het feit dat het project "TakeOff" niet is geanalyseerd en in aanmerking genomen, op zich reeds aantoont dat de motivering de eerste bestreden beslissing niet afdoende kan staven. Het project is er immers net op gericht om de structurele rentabiliteit van de onderneming op middellange en lange termijn te versterken. Dit is nu net wat het DGLV in hoofdzaak moet onderzoeken en het punt waarop het DGLV de verzoekende partij niet afdoende financieel draagkrachtig inschat.

Wat de vierde kritiek betreft merkt de verzoekende partij op dat de op 20 december 2017 aan het DGLV verstrekte garantie zeer verregaand is en geen voorbehoud bevat buiten het feit dat ze maar in werking treedt voor zover Brussels Airport Company haar een licentie voor het uitvoeren van grondafhandelingsdiensten zou toekennen voor de periode 2018-2027, hetgeen ook daadwerkelijk is gebeurd. Zij benadrukt dat het niet in aanmerking nemen van die garantie onredelijk is en niet met voldoende redenen omkleed en dat het vereisen van een garantie ten bedrage van tien miljoen euro arbitrair en disproportioneel is.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

Beoordeling

9. De materiëlemotiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Een beslissing schendt de materiëlemotiveringsplicht wanneer de motieven waarop ze steunt onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen.

Bij de beoordeling van de naleving van de materiëlemotiveringsplicht vermag de Raad van State zijn oordeel omtrent de feiten niet in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuur. Hij vermag enkel na te gaan of het bestuur is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of het die correct heeft beoordeeld en of het op grond daarvan in redelijkheid tot zijn besluit is kunnen komen.

10.1. In de eerste kritiek op de beoordeling van haar financiële toestand door het DGLV in het eindrapport verwijst de verzoekende partij naar het jaarverslag van haar raad van bestuur van 27 oktober 2016 waarin de oorzaken van haar zwakke financiële positie worden toegelicht. Tevens verwijst zij naar in 2012 genomen maatregelen en het rentabiliteitsproject “TakeOff” die het DGLV ten onrechte niet in aanmerking zou hebben genomen.

10.2. Het feit dat in dat jaarverslag de oorzaken van de zwakke financiële positie van de verzoekende partij worden toegelicht, doet geen enkele afbreuk aan het bestaan van die toestand op het moment van de eerste bestreden beslissing en aan het gegeven dat het DGLV die toestand mee in aanmerking mocht nemen bij het beoordelen van de vraag of de verzoekende partij voldoet aan de financiële voorwaarden voor erkenning. Dat in 2012 maatregelen werden genomen om de rentabiliteit te herstellen – zoals in het jaarverslag wordt toegelicht – vermag niet tot een ander besluit te leiden. Deze maatregelen hadden immers tot op de datum van de eerste bestreden beslissing – reeds verschillende jaren na het

treffen van die maatregelen – niet geleid tot een ommekeer in de financiële toestand van de onderneming. Dat het om maatregelen op lange termijn zou gaan, noopt evenmin tot een andere conclusie.

Dat het DGLV op basis van de door de verzoekende partij neergelegde stukken inzake het project "TakeOff" niet heeft geoordeeld dat wel is voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014, is geenszins onredelijk. In het jaarverslag waar de verzoekende partij haar kritiek op steunt, wordt over dit project enkel opgemerkt dat het erop gericht is de structurele rentabiliteit van de onderneming te versterken op middellange en lange termijn. Bovendien wordt er in het jaarverslag opgemerkt dat de uitvoering van het project vertraging heeft opgelopen omwille van de aanslag op 22 maart 2016. De overige stukken die de verzoekende partij aan de verwerende partij heeft voorgelegd omtrent dit project zijn amper concreter en bevatten geen enkele becijferde prognose van de impact van dit project op de financiële toestand van de verzoekende partij. In het licht van deze weinig concrete informatie kan niet worden aangenomen dat het DGLV tot een ander besluit had moeten komen dan dat de resultaten van dit project in de toekomst liggen en onzeker zijn.

Alleszins blijkt niet dat het DGLV op basis van het jaarverslag en de door de verzoekende partij aangehaalde maatregelen ter versterking van de rentabiliteit van de onderneming had moeten oordelen dat de vastgestelde zwakke financiële positie van de verzoekende partij eenvoudig kon worden omgekeerd en dat wel is voldaan aan de financiële voorwaarden voor erkenning bedoeld in artikel 6 , § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014.

10.3. De in de laatste memorie aangevoerde kritiek dat het DGLV geen rekening heeft gehouden met de termijnen bedoeld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 bij de beoordeling van haar financiële situatie, kon de verzoekende partij reeds in het verzoekschrift hebben aangevoerd. Voor het eerst aangevoerd in de laatste memorie is deze kritiek laattijdig en dienvolgens onontvankelijk. Bovendien mist deze kritiek ook iedere grond nu in

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

het eindrapport wordt teruggekoppeld naar de in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 vermelde termijnen.

10.4. De eerste kritiek wordt verworpen.

11.1. In de tweede kritiek voert de verzoekende partij aan dat er niet kan worden ingezien waarom in het eindrapport diverse positieve elementen over haar financiële toestand worden vermeld – in het bijzonder het gegeven dat de operationele en de totale cashflow positief zijn – maar vervolgens toch wordt besloten dat niet is voldaan aan de voorwaarden bedoeld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014.

11.2. Deze kritiek kan niet worden aangenomen. Uit het eindrapport blijkt waarom het DGLV tot de vaststelling komt dat de verzoekende partij niet heeft aangetoond te voldoen aan de financiële vereisten gesteld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014. In het eindrapport (*sub* 3.7) heeft het DGLV immers de positieve elementen inzake de financiële toestand van de verzoekende partij afgewogen tegen de negatieve elementen. Het is niet onredelijk dat het DGLV heeft geoordeeld dat de talrijke negatieve elementen uit die afweging – de omstandigheid dat de verzoekende partij over de periode 2012-2015 verlieslatend was, het negatief eigen vermogen, het feit dat de vlottende activa in 2016 niet volstaan om de schulden op korte termijn te dekken, het gegeven dat zowel de jaarrekening als het verslag van de commissaris wijst op een mogelijke onzekerheid van materieel belang over het vermogen van de onderneming om haar continuïteit te verzekeren, het te verwachten negatief nettoresultaat voor 2017 indien rekening wordt gehouden met de *intercompany* kosten en de door de moedervennootschap aangerekende interesten, de onduidelijkheid of het bedrijfsresultaat voor 2017 positief zal zijn en het gegeven dat de moedervennootschap de gevraagde garantie van een grootteorde van tien miljoen euro niet heeft bezorgd – de doorslag geven om te besluiten dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij voldoet aan de financiële vereisten vermeld

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 en dat moet worden overgegaan tot een verlenging van de voorlopige erkenning.

11.3. In zoverre de verzoekende partij in de tweede kritiek aanvoert dat het DGLV een plan met correctieve acties had moeten vragen, kan worden verwezen naar wat hierover bij de beoordeling van het derde middel (*sub* 17.1 tot 17.3) wordt uiteengezet en waarin gesteld wordt dat het DGLV niet ertoe gehouden is een dergelijk plan te vragen alvorens een beslissing te nemen.

11.4. De tweede kritiek kan niet worden aangenomen.

12.1. In de derde kritiek stelt de verzoekende partij dat een negatief eigen vermogen geen criterium vormt om de financiële gezondheid van een onderneming te beoordelen en dat *in casu* het negatief eigen vermogen te wijten is aan *intercompany* leningen binnen de bedrijfsstructuur van Aviapartner.

12.2. In de eerste plaats dient er te worden opgemerkt dat de verzoekende partij voorbijgaat aan het feit dat het negatief eigen vermogen slechts één van de talrijke elementen is van haar financiële situatie die door het DGLV in aanmerking worden genomen in het eindrapport.

Voorts kan de loutere bewering dat een negatief eigen vermogen geen criterium zou vormen om de financiële gezondheid van een onderneming te beoordelen, niet worden aangenomen. Het is niet onredelijk dat het DGLV die vaststelling mee in aanmerking heeft genomen als één van de elementen die leiden tot het besluit dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij voldoet aan de financiële voorwaarden bedoeld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014. Dat de verzoekende partij de impact van een negatief eigen vermogen op de financiële toestand van een onderneming anders inschat, toont op zich niet aan dat de beslissing van de verwerende partij niet steunt op in feite juiste en in rechte draagkrachtige motieven.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

12.3. Zoals ook reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van de eerste kritiek doet het feit dat er een verklaring bestaat voor een negatief element met betrekking tot de financiële situatie van de verzoekende partij – zoals *in casu* het negatief eigen vermogen – geen afbreuk aan het daadwerkelijk bestaan van dat element en aan het feit dat het DGLV dit element mee in rekening mocht brengen bij de afweging van de positieve en de negatieve elementen van de financiële situatie van de verzoekende partij die tot de eerste bestreden beslissing heeft geleid.

12.4. Ook de derde kritiek kan niet tot de vaststelling leiden dat de motieven waarop de eerste bestreden beslissing steunt onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen.

13.1. In de vierde kritiek voert de verzoekende partij aan dat het DGLV ten onrechte de door de moedervennootschap voorgestelde waarborg heeft verworpen en om een garantie van 10 miljoen euro heeft gevraagd, hetgeen onredelijk is.

13.2. Deze grief wordt door de verzoekende partij ook aangevoerd in het derde middel en wordt bij de beoordeling van dat middel besproken. Zoals hierna zal blijken zal deze grief eveneens ongegrond worden bevonden.

14. Geen van de vier kritieken van de verzoekende partij op de beoordeling van haar financiële toestand in het eindrapport kan worden aangenomen. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat het DGLV bij het nemen van de eerste bestreden beslissing de materiëlemotiveringsplicht heeft miskend.

Het tweede middel, in zoverre de schending van de materiëlemotiveringsplicht wordt aangevoerd, is niet gegrond.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

15. Het derde middel is genomen uit de schending van artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 en van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij voert aan dat enkel een audit werd uitgevoerd met betrekking tot het veiligheidsbeheerssysteem, hetgeen te beperkt is om de eerste bestreden beslissing te kunnen schragen. Er werd geen definitieve erkenning toegekend – de voorlopige erkenning werd slechts hernieuwd – omdat zij niet zou voldoen aan de financiële voorwaarden bedoeld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014. Er werd echter geen financiële audit uitgevoerd, noch verdere informatie gevraagd. Evenmin werd gevraagd een plan met correctieve acties op te stellen. De eerste bestreden beslissing is genomen zonder zorgvuldig onderzoek en zonder juiste analyse van de gegevens.

Voorts voert de verzoekende partij aan dat de beslissing van het DGLV om de garantie vanwege de moedervennootschap niet in aanmerking te nemen, onzorgvuldig en onredelijk is. Zij argumenteert dat het DGLV dezelfde garantie wel heeft goedgekeurd naar aanleiding van de overheidsopdracht voor grondafhandelingsdiensten inzake derdenafhandeling in de beperkte categorieën op de luchthaven Brussel-Nationaal, die op 17 februari 2017 in het Europees Publicatieblad namens Brussels Airport Company werd aangekondigd. De selectieprocedure voor deze overheidsopdracht bevat vereisten die betrekking hebben op de financiële draagkracht van de kandidaten. Zo wordt vereist dat de kandidaat dient te beschikken over voldoende financiële en economische draagkracht voor het uitvoeren van de opdracht en om de gevraagde engagementen aan te gaan zonder een financieel of operationeel risico voor Brussels Airport Company met zich mee te brengen. Deze test vindt haar oorsprong in artikel 11 van

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

richtlijn 96/67/EG van de Raad van 15 oktober 1996 'betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Gemeenschap' (hierna: richtlijn 96/67/EG). Het DGLV diende voorafgaand aan de publicatie van de overheidsopdracht de selectieprocedure ervoor goed te keuren en heeft dit ook daadwerkelijk gedaan en zo ook de vereisten met betrekking tot de financiële en economische draagkracht goedgekeurd. In haar kandidatuur voor die overheidsopdracht heeft de verzoekende partij uiteengezet waarom zij voldoet aan de door het DGLV goedgekeurde financiële criteria en op 16 juni 2017 is zij door Brussels Airport Company geselecteerd, hetgeen betekent dat er op dat moment is vastgesteld dat zij daadwerkelijk voldoet aan de strenge financiële criteria conform de eisen gesteld in de selectieprocedure en dus in staat wordt geacht om de komende zeven jaar afhandelingsdiensten aan te bieden op Brussels Airport. Het is dan ook op zijn minst merkwaardig te noemen dat het DGLV op basis van financiële criteria van het ministerieel besluit van 19 november 2014 – dat eveneens direct voortvloeit uit richtlijn 96/67/EG – besluit dat de verzoekende partij niet financieel draagkrachtig genoeg is om de continuïteit over een periode van twee jaar te garanderen. In principe verschillen deze eisen op geen enkele wijze van de eisen die gesteld worden voor de overheidsopdracht. Niettemin blijkt het DGLV met twee maten en twee gewichten te meten nu de garantie wordt goedgekeurd in het kader van de selectie voor de overheidsopdracht waarbij een financiële draagkracht wordt verwacht voor het gedurende zeven jaar uitvoeren van de licentie, maar wordt geweigerd in het kader van het erkenningsdossier, waar overeenkomstig artikel 6 van het ministerieel besluit van 19 november 2014 een financiële draagkracht voor een periode van slechts twee jaar wordt verwacht.

Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat de opvatting van het DGLV dat de vanwege de moedervennootschap verstrekte garantie beperkt is tot 1,65 miljoen euro en dat gelet op het negatief eigen vermogen van de verzoekende partij van 11,8 miljoen euro een garantie van om en bij de tien miljoen euro wordt verwacht, stoelt op een onnauwkeurige, onzorgvuldige en onjuiste beoordeling. Het negatief eigen vermogen is *in casu* toe te schrijven aan de verstrekte intragroepleningen en vormt ook geen relevant criterium voor de

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

beoordeling van de garantie. Volgens de verzoekende partij geeft het DGLV ook een arbitraire invulling aan de draagwijdte van de te verlenen garantie, hetgeen in strijd is met het redelijkheidsbeginsel. Daarbij komt dat het niet voorafgaandelijk bekendmaken van de criteria waaraan de garantie moet voldoen, afbreuk doet aan het vertrouwensbeginsel. Het DGLV stelt disproportionele en niet in de regelgeving voorziene eisen.

16. In haar laatste memorie argumenteert de verzoekende partij dat in het kader van de selectieprocedure voor de overheidsopdracht de inhoud van de garantie die moest worden voorgelegd door kandidaten die op zichzelf niet voldoende financiële draagkracht konden aantonen, in detail was vastgelegd in een bijlage bij de aankondiging van de overheidsopdracht. Het DGLV heeft de tekst ervan onderzocht en goedgekeurd. Deze tekst bevat geen vereiste dat de garantie geldt voor een bepaald minimumbedrag. De verzoekende partij heeft vervolgens een garantie ingediend die getrouw het ontwerp volgt dat gehecht is aan de aankondiging van de overheidsopdracht en aan de gestelde vereisten voldoet. Brussels Airport Company heeft deze garantie vanwege de moedervennootschap van de verzoekende partij dan ook zonder verdere opmerkingen aanvaard. Daarmee staat meteen ook vast dat deze garantie volstaat voor het DGLV. Het is dan ook tegenstrijdig en in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel dat het DGLV vervolgens oordeelt dat dezelfde garantie niet meer volstaat in het kader van de erkenningsprocedure, terwijl het die garantie in een beoordeling met net dezelfde finaliteit wel goedkeurde in het kader van een overheidsopdracht.

Voorts laat de verzoekende partij gelden dat het door het DGLV vereiste bedrag van tien miljoen euro waarvoor de moedervennootschap zich garant moet stellen, arbitrair en disproportioneel is. Een verwijzing naar de resultaten aan de uitgavenzijde uit de bedrijfsplanning en de ‘netto resultaten 2016 en vooruitzicht tot 2019’ waaruit blijkt dat de uitgaven jaarlijks om en bij de 60 miljoen euro bedragen, kan noch op basis van artikel 6, § 1, 1°, noch op basis van artikel 6, § 1, 2°, van het ministerieel besluit van 19 november 2014, een

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

verantwoording bieden voor de arbitraire keuze voor tien miljoen euro. Ook de inkomsten voor die jaren moeten immers mee in rekening worden gebracht. Artikel 6, § 1, 2°, van dat ministerieel besluit bepaalt dat enkel gedurende een periode van drie maanden vanaf de verwachte erkenningsdatum geen rekening mag worden gehouden met de inkomsten. *A contrario* volgt daaruit dat na deze periode wel rekening mag worden gehouden met de inkomsten. Daarbij komt dat uit de beoordeling van het DGLV blijkt dat de nood aan een garantie ontstaat door het negatief eigen vermogen en de daaraan ten grondslag liggende *intercompany* lening, zodat de te verstrekken garantie erop gericht is de langetermijnsolvabiliteit te verzekeren. De gevraagde garantie moet derhalve waarborgen dat de verzoekende partij voldoet aan artikel 6, § 1, 1°, van het ministerieel besluit van 19 november 2014, dit wil zeggen gedurende een periode van 24 maanden vanaf de erkenningsdatum te allen tijde haar op realistische veronderstellingen gebaseerde bestaande en potentiële verplichtingen kunnen nakomen. Welnu, rekening houden met realistische veronderstellingen impliceert dat de te verwachten inkomsten mee in rekening worden gebracht bij het bepalen van de draagwijdte van de garantie die moet worden verstrekt. Daarnaast blijkt het arbitrair karakter van de gevraagde garantie ten bedrage van tien miljoen euro ook uit het gegeven dat het DGLV dat bedrag heeft bepaald door het bedrag van het kapitaal op de balans van de moedervennootschap (1,65 miljoen euro) af te trekken van het negatief eigen vermogen van de verzoekende partij (11,8 miljoen euro). Een dergelijke werkwijze is niet dienstig om het doel van de vereiste van afdoende financieel-economische draagkracht zoals bedoeld in artikel 6 van het ministerieel besluit van 19 november 2014 te bereiken en komt erop neer dat een onderneming niet als afdoende financieel-economisch draagkrachtig zou kunnen worden beoordeeld van zodra zij een negatief eigen vermogen heeft – hoe beperkt en hoe tijdelijk dit ook is en ongeacht de oorzaak daarvan. Dit negatief eigen vermogen zou dan integraal moeten worden gecompenseerd door een moedergarantie. Een dergelijke zienswijze vindt echter geen steun in het ministerieel besluit van 19 november 2014 en vervangt de globale analyse die artikel 6 van het voornoemde besluit vooropstelt.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

Beoordeling

17.1. De verzoekende partij acht het in strijd met de in dit middel aangevoerde rechtsnormen en -beginselen dat geen financiële audit werd uitgevoerd en dat zij niet in de gelegenheid werd gesteld om een plan met correctieve acties aan het DGLV te bezorgen alvorens werd beslist tot de (hernieuwde) toekenning van een voorlopige erkenning.

17.2. In arrest nr. 241.448 van 8 mei 2018 heeft de Raad van State omtrent de verplichting tot het uitvoeren van een financiële audit en het verlenen van de mogelijkheid om een plan met correctieve acties voor te leggen, geoordeeld als volgt:

> "12. De verzoekende partij voert aan dat het DGLV heeft verzuimd een audit van haar financiële situatie uit te voeren . Zij meent dat artikel 4, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 audits, controles en inspecties verplicht stelt voor alle criteria bij het beoordelen van een erkenningsaanvraag, minstens voor de aspecten waaromtrent het DGLV negatieve vaststellingen in aanmerking wenst te nemen. Pas bij latere evaluaties inzake het blijvend voldoen aan de erkenningscriteria zijn dergelijke audits, controles en inspecties facultatief.
>
> Deze argumentatie kan niet worden bijgevallen. In artikel 4, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 worden aan het DGLV, dat dient te beslissen over een aanvraag en toezicht dient uit te oefenen op een erkende onderneming, de nodige instrumenten aangereikt voor het uitoefenen van zijn opdrachten. Voor zover het DGLV dit nuttig acht, kan het hiervan gebruikmaken. Dit houdt echter geen verplichting in om voor de beoordeling van een erkenningsaanvraag in alle omstandigheden naar deze instrumenten te grijpen. Het valt niet uit te sluiten dat het DGLV reeds op basis van de stukken die door de aanvrager ervan worden voorgelegd, in staat is om de erkenningsaanvraag zorgvuldig te beoordelen. Het zou integendeel veeleer van onzorgvuldigheid getuigen, indien voormeld artikel zo zou worden uitgelegd dat van het DGLV zou worden vereist dat het in alle omstandigheden tot audits, controles en inspecties moet overgaan, zelfs indien het dossier op zich al volstaat om een gegronde beslissing te nemen. Deze zienswijze stemt overeen met het doel dat de regelgever met voornoemd artikel 4, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 voor ogen heeft gehad, namelijk het DGLV in staat stellen om bij een erkenningsaanvraag na te gaan of de onderneming al dan niet aan voorwaarden voor erkenning voldoet.
>
> Te dezen heeft het DGLV na onderzoek van het aanvraagdossier van de verzoekende partij en een analyse van de financiële bepalingen , waarbij aan de verzoekende partij bovendien bijkomende vragen werden gesteld en zij de

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

mogelijkheid heeft gekregen om deze te beantwoorden, geoordeeld dat de verzoekende partij niet voldeed aan de financiële bepalingen opgenomen in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014. Het DGLV heeft hierbij geoordeeld dat een audit niet noodzakelijk was om tot dat besluit te komen. Dit is niet in strijd met artikel 4, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014.

Anders dan de verzoekende partij in haar laatste memorie lijkt aan te voeren, verplicht geen enkele bepaling dat het DGLV uitdrukkelijk motiveert waarom het van oordeel is dat een audit over de financiële draagkracht van de verzoekende partij niet noodzakelijk is.

13. De verzoekende partij klaagt voorts ook aan dat zij niet in de gelegenheid is gesteld om een plan met correctieve acties voor te leggen waaruit zou blijken dat zij de continuïteit van de onderneming zou kunnen verzekeren. Zij is van oordeel dat uit artikel 5, §§ 2 en 3, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 volgt dat elke vaststelling van een tekortkoming aan één van de in artikel 5, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 opgesomde erkenningscriteria, moet leiden tot een uitnodiging voor de aanvrager om een plan met correctieve acties op te stellen en tot de beoordeling van dat plan door het DGLV alvorens een beslissing over de erkenningsaanvraag kan worden genomen. Het verlenen van de mogelijkheid aan de erkenningsaanvrager om een plan met correctieve acties voor te leggen is volgens haar een bindende procedurestap die het DGLV steeds moet volgen alvorens een beslissing over de aanvraag te nemen.

Deze stelling kan evenmin worden bijgevallen. Artikel 5, §§ 2 en 3, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 kan niet los worden gelezen van artikel 6, § 5, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 […].

Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid van het uitreiken van een voorlopige erkenning in het geval dat de financiële toestand van de onderneming als onvoldoende wordt beoordeeld, zonder dat het DGLV eerst een plan met correctieve acties bij de erkenningsaanvrager dient op te vragen. In dat geval wordt een voorlopige erkenning toegekend en gedurende de geldigheidsperiode moet de onderneming in samenspraak met het DGLV voldoende inspanningen leveren om haar financiële toestand te verbeteren.

Te dezen heeft het DGLV op 5 augustus 2015 met verwijzing naar artikel 6, § 5, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 aan de verzoekende partij gevraagd of de moedervennootschap Aviapartner Holding garant staat voor de verzoekende partij en zich engageert om de nodige financiële middelen ter beschikking te stellen om ervoor te zorgen dat zij kan voldoen aan haar financiële verplichtingen. De verzoekende partij heeft daarop geantwoord dat de moedervennootschap thans niet voor haar garant staat. Het DGLV heeft vervolgens vastgesteld dat de verzoekende partij niet voldoet aan de financiële bepalingen van artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 en haar financiële toestand aldus als onvoldoende beoordeeld. Het heeft daarop beslist om aan de verzoekende partij slechts een voorlopige erkenning uit te reiken. Dat de verzoekende partij daarbij niet eerst is gevraagd om een plan met correctieve acties voor te leggen, is niet in strijd met de bepalingen van het voornoemde ministerieel besluit van 19 november 2014."

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

17.3. De Raad van State valt deze overwegingen voor de voorliggende zaak integraal bij. Nu geen financiële audit moest worden uitgevoerd en de verzoekende partij niet in de gelegenheid diende te worden gesteld om een plan met correctieve acties aan het DGLV te bezorgen, kan van een schending van artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 en van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel geen sprake zijn.

18.1. Voorts voert de verzoekende partij aan dat de beslissing van het DGLV om de garantie vanwege de moedervennootschap niet in aanmerking te nemen in strijd is met de in dit middel aangevoerde rechtsnormen en -beginselen doordat deze garantie door het DGLV wel is aanvaard in het kader van de selectieprocedure voor een overheidsopdracht.

18.2. Dit middelonderdeel steunt op een verkeerde voorstelling van de rol van het DGLV in de door Brussels Airport Company georganiseerde plaatsingsprocedure voor de overheidsopdracht. De rol van het DGLV is in die procedure immers beperkt tot het vooraf goedkeuren van de selectiedocumenten. Het DGLV is vervolgens niet betrokken bij de inhoudelijke financiële analyse van de in die procedure door de verzoekende partij ingediende stukken, noch bij het nemen van de uiteindelijke beslissing inzake de selectie van de verzoekende partij in die plaatsingsprocedure. De beslissing inzake de selectie van de verzoekende partij in die plaatsingsprocedure voor een overheidsopdracht berust op een autonome bevoegdheid van Brussels Airport Company en staat geheel los van de voorliggende beslissing van het DGLV inzake het verlenen van een erkenning voor grondafhandelingsdiensten op de luchthaven Brussel-Nationaal. Anders dan de verzoekende partij laat uitschijnen heeft het DGLV de door haar verstrekte garantie van de moedermaatschappij niet “goedgekeurd” in het kader van de selectieprocedure voor de overheidsopdracht. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat het DGLV met twee maten en twee gewichten zou werken.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

19.1. Ten slotte klaagt de verzoekende partij nog aan dat het DGLV ten onrechte de verstrekte garantie vanwege de moedervennootschap niet in aanmerking heeft genomen en dat het vereisen van een garantie van tien miljoen euro onredelijk en arbitrair is. Hierbij worden ook de grieven uit de vierde kritiek van het tweede middel betrokken.

19.2. Het op dit punt relevante artikel 6, § 5, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 luidt:

> "Als de onderneming een moedervennootschap heeft, kan het Directoraat-generaal Luchtvaart een toereikende waarborg van de moedervennootschap vragen. In het geval dat het Directoraat-generaal Luchtvaart oordeelt dat de financiële toestand van de onderneming onvoldoende is, zal er een bijkomende garantie gevraagd worden van de moedervennootschap, op voorwaarde dat de financiële toestand van de moedervennootschap als voldoende wordt beoordeeld door het Directoraat-generaal Luchtvaart.
>
> Wanneer de financiële toestand van de moedervennootschap niet als voldoende wordt beoordeeld door het Directoraat-generaal Luchtvaart of wanneer de onderneming geen moedervennootschap heeft, kan er een voorlopige erkenning verstrekt worden. Gedurende de geldigheidsperiode van de voorlopige erkenning moet de onderneming voldoende inspanningen leveren om haar financiële toestand te verbeteren. De maatregelen die moeten genomen worden en de doelstellingen die de onderneming moet bereiken om een erkenning te verkrijgen, worden in samenspraak met het Directoraat-generaal Luchtvaart vastgelegd."

19.3. Overeenkomstig artikel 6, § 5, eerste lid, van het ministerieel besluit van 19 november 2014, kan het DGLV aldus een waarborg van de moedervennootschap vragen als de onderneming een moedervennootschap heeft.

Opdat zou kunnen worden besloten dat voldaan is aan de financiële voorwaarden voor erkenning bedoeld in artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 is, indien beroep wordt gedaan op een garantie van de moedervennootschap, evident vereist dat de verstrekte garantie toereikend is.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

De toereikendheid van de waarborg dient dan ook te worden geïnterpreteerd in het licht van artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 dat vereist dat de onderneming die een erkenning aanvraagt, aantoont dat (1°) zij gedurende een periode van 24 maanden vanaf de verwachte erkenningsdatum te allen tijde haar op realistische veronderstellingen gebaseerde, bestaande en potentiële verplichtingen kan nakomen; en (2°) zij gedurende een periode van 3 maanden vanaf de verwachte erkenningsdatum haar vaste en variabele kosten kan dekken die voortvloeien uit de activiteiten volgens haar bedrijfsplan en die op realistische veronderstellingen zijn gebaseerd, zonder dat rekening wordt gehouden met de inkomsten uit haar activiteiten.

De waarborg dient er aldus toe te strekken het DGLV voldoende zekerheid te bieden dat de onderneming die een erkenning aanvraagt aan beide vereisten zal kunnen voldoen. De draagwijdte van de te verlenen garantie vloeit aldus rechtstreeks voort uit de regelgeving zelf.

19.4. Uit het eindrapport blijkt dat de op 20 december 2017 door de verzoekende partij aan het DGLV verstrekte garantie wordt geweigerd omdat de moedermaatschappij een vennootschap is die slechts een verwaarloosbare omzet realiseert en waarvan het eigen vermogen beperkt is (1,65 miljoen euro in 2016).

De vaststellingen van het DGLV dat de moedervennootschap slechts een verwaarloosbare omzet realiseert en slechts over een beperkt eigen vermogen beschikt (1,65 miljoen euro in 2016), worden door de verzoekende partij geheel niet tegengesproken en blijken steun te vinden in de jaarrekening van de moedervennootschap die werd neergelegd als deel van het administratief dossier. Die vaststellingen mogen in elk geval als zeer relevant worden beschouwd bij het beoordelen van de financiële capaciteit van de zich borg stellende vennootschap en de toereikendheid van de door haar verstrekte waarborg.

19.5. Uit de door de verzoekende partij aan het DGLV verstrekte bedrijfsplanning en meer bepaald uit de ‘netto resultaten 2016 en vooruitzicht tot

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

2019’ blijkt dat de bedrijfsactiviteiten van de verzoekende partij op Brussels Airport zich aan de uitgavenzijde afspelen in bedragen in de orde van 51,66 miljoen euro (2016), 59,88 miljoen euro (2017), 61,41 miljoen euro (2018) en 63,02 miljoen euro (2019).

Indien louter rekening wordt gehouden met de financiële vereiste van artikel 6, § 1, 2º, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 – kostendekking gedurende drie maanden, waarbij geen rekening mag worden gehouden met de inkomsten – lijkt te mogen worden aangenomen dat het, uitgaande van een gemiddelde uitgavenzijde van 60 miljoen euro per jaar, gaat om een bedrag van 15 miljoen euro dat moet worden gewaarborgd.

19.6. Reeds in het licht van die vaststelling kan worden besloten dat het vereisen van een waarborg van tien miljoen euro niet onredelijk of arbitrair is.

19.7. Uit het voorgaande volgt ook dat het geenszins als onredelijk kan worden aangemerkt dat het DGLV de op 20 december 2017 bezorgde garantie – die noodzakelijkerwijze beperkt is tot het eigen vermogen van de moedervennootschap (1,65 miljoen euro in 2016) – ontoereikend heeft geacht om de financiële toestand van de verzoekende partij als voldoende te beoordelen.

19.8. Er blijkt dan ook niet dat het DGLV, door de door de verzoekende partij verstrekte garantie vanwege de moedervennootschap te verwerpen, artikel 6, § 5, van het ministerieel besluit van 19 november 2014 zou miskennen, noch dat door die verwerping de eerste bestreden beslissing zou berusten op een onbehoorlijk motief dat in rechte en in feite niet aanvaardbaar is.

Evenmin blijkt dat het DGLV in de eerste bestreden beslissing disproportionele en niet in de regelgeving voorziene eisen zou hebben gesteld aan de gevraagde waarborg vanwege de moedervennootschap.

20. Het derde middel is niet gegrond.

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drie januari tweeduizend twintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,

bijgestaan door

Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Tiny Temmerman	**Geert Van Haegendoren**

‡ADBULBEAB-BEAAHCU‡