



de Rechtspraak

Gerechtshof
's-Gravenhage

aan Allen & Overy LLP
ter attentie van mrs. H.J. de Ru
faxnummer 020 – 674 18 71

Handelssector

van Handelssector
datum 17 juli 2008
aantal pagina's 11 (inclusief deze pagina)
ons kenmerk 200.004.894 en 200.004.929
onderwerp Barin / Staat, MAA en Ryanair / Staat

bezoekadres
Prins Clauslaan 60
2595 AJ Den Haag

correspondentieadres
Postbus 20302
2500 EH Den Haag

t (070) 381 31 31
f (070) 381 32 56
www.rechtspraak.nl

Faxbericht

Geachte heer De Ru,

Hierbij stuur ik u een afschrift van de uitspraak in bovengenoemde zaken.

Met vriendelijke groet,

A.R. Vonk
secretaris

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummers: 200.004.894/01 en 200.004.929/01

Zaak-/rolnummers rechtbank: 302934/KG 08/76 en 303666/KG 08/119

arrest van de eerste civiele kamer d.d. 17 juli 2008

in de zaak met zaaknummer 200.004.894/01 van:

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **BOARD OF AIRLINE REPRESENTATIVES IN THE NETHERLANDS (BARIN)**,
gevestigd te Haarlemmermeer,
appellante,
hierna te noemen: **Barin**,
procureur: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Financiën),
zetelend te 's-Gravenhage,
geïntimeerde,
hierna te noemen: **de Staat**,
procureur: mr. G.J.H. Houtzagers,

en in de zaak met zaaknummer 200.004.929/01 van:

1. **MAASTRICHT AACHEN AIRPORT B.V.**,
gevestigd te Beek,
hierna te noemen: **MAA**,
2. de vennootschap naar het recht van Ierland **RYANAIR LIMITED**,
gevestigd te Dublin Airport, County Dublin, Ierland,
hierna te noemen: **Ryanair**,

appellanten,
procureur: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Financiën),
zetelend te 's-Gravenhage,
geïntimeerde,
hierna te noemen: **de Staat**,
procureur: mr. G.J.H. Houtzagers.

Zaaknummers: 200.004.894/01 en 200.004.929/01

2

Het geding

in de zaak met zaaknummer 200.004.894/01

Bij exploit van 15 april 2008 is Barin in hoger beroep gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 19 maart 2008, gewezen tussen Barin als eiseres en de Staat als gedaagde. Barin heeft in dat exploit tegen het bestreden vonnis vijf grieven aangevoerd die de Staat bij memorie van antwoord (met producties) heeft bestreden.

in de zaak met zaaknummer 200.004.929/01

Bij exploit van 14 april 2008 zijn MAA en Ryanair in hoger beroep gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 19 maart 2008, gewezen tussen MAA als eiseres en Ryanair als gevoegde partij aan de zijde van MAA enerzijds en de Staat als gedaagde anderzijds. MAA en Ryanair hebben in dit exploit hun eis gewijzigd en tegen het bestreden vonnis twee grieven aangevoerd, die door de Staat bij memorie van antwoord zijn bestreden.

in beide zaken

Op 3 juli 2008 hebben partijen de zaak voor het hof in een gecombineerde zitting doen bepleiten, Barin door mrs. H.J. de Ru en R.P.J.L. Tjittes, advocaten te Amsterdam, MAA en Ryanair door mr. G. van der Wal, advocaat te Brussel en 's-Gravenhage, en de Staat door mrs. G.J.H. Houtzagers en B.J. Drijber, advocaten te 's-Gravenhage, allen aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Barin, MAA en Ryanair hebben bij die gelegenheid nog producties in het geding gebracht, MAA en Ryanair door middel van een akte. Ten slotte hebben partijen stukken gefourneerd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep in beide zaken

1.1 Geen grieven zijn gericht tegen hetgeen de voorzieningenrechter heeft overwogen in de overwegingen 2.1 tot en met 2.22 (relevante regelgeving en haar totstandkomingsgeschiedenis) en 3.1 tot en met 3.9 (de feiten). Dit betekent dat het hof deze gegevens eveneens tot uitgangspunt zal nemen.

1.2 Het gaat in deze zaken – kort samengevat – om het volgende. Bij wet van 20 december 2007 (Stb. 2007, 562) is de zogeheten vliegbelasting vastgesteld als onderdeel van de Wet belastingen op milieugrondslag (Wbm). De vliegbelasting is vanaf 1 juli 2008 verschuldigd. De artikelen die op de vliegbelasting betrekking hebben zijn met ingang van 1 juli 2008 opnieuw genummerd. In dit arrest zal de oude nummering, waarvan partijen en de voorzieningenrechter zijn uitgegaan worden aangehouden.

1.3 Voor zover hier van belang houdt de vliegbelasting het volgende in. Onder de naam vliegbelasting wordt een belasting geheven ter zake van het vertrek van een passagier met een vliegtuig vanaf een in Nederland gelegen luchthaven (art. 36ra lid 1 Wbm). Als vertrek wordt niet aangemerkt het vertrek door transferpassagiers, dat wil zeggen passagiers die de Nederlandse luchthaven alleen gebruiken om op een andere vlucht over te stappen (art. 36ra lid 2 Wbm). De belasting wordt verschuldigd op het tijdstip waarop de passagier met een vliegtuig vertrekt (art. 36rd Wbm) en geheven van de exploitant van de luchthaven (art. 36rb Wbm). De vliegbelasting wordt berekend over het aantal passagiers (art. 36rc Wbm). De exploitant van de luchthaven heeft op grond van art. 36rg Wbm de bevoegdheid de verschuldigde vliegbelasting in rekening brengen bij de luchtvaartmaatschappij die de desbetreffende passagiers vervoert. Het tarief van de vliegbelasting bedraagt € 11,25 per passagier voor vluchten naar, kort gezegd,

Zaaknummers: 200.004.894/01 en 200.004.929/01

3

bestemmingen binnen de Europese Unie of bestemmingen die ten hoogste 2.500 kilometer zijn verwijderd van de luchthaven van vertrek en € 45 per passagier voor alle andere gevallen (art. 36rc).

1.4 De wetgever is er van uitgegaan dat de verschuldigde vliegbelasting door de luchtvaartmaatschappij aan de passagier wordt doorberekend.

1.5 Barin vertegenwoordigt nationale en internationale luchtvaartmaatschappijen waarvan vliegtuigen vanuit Nederland vertrekken. MAA exploiteert het vliegveld Maastricht Aachen Airport te Beek (Limburg). Ryanair is een luchtvaartmaatschappij die onder meer vanaf Maastricht Aachen Airport vliegt. Allemaal hebben zij bezwaren tegen (aspecten van) de vliegbelasting.

1.6 Barin is van mening dat de vliegbelasting in strijd is met (de laatste volzin van) art. 15 van het Verdrag van Chicago (Trb. 1954, 18), dat volgens haar rechtstreekse werking heeft. De laatste volzin van dit artikel luidt:

No fees, dues or other charges shall be imposed by any contracting State in respect solely of the right of transit over or entry into or exit from its territory of any aircraft of a contracting State or persons or property thereon.

Barin vordert dat de Staat wordt verboden de vliegbelasting ten uitvoer te leggen totdat bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak in een bodemprocedure is beslist dat de vliegbelasting niet in strijd is met art. 15, laatste zin, van het Verdrag van Chicago.

1.7 MAA en Ryanair voeren aan dat de vliegbelasting verboden staatssteun in de zin van de artt. 87 en 88 EG is omdat transferpassagiers van deze belasting zijn vrijgesteld. Dit levert volgens MAA en Ryanair een ongeoorloofde begunstiging op van Schiphol en van de luchtvaartmaatschappijen die vanaf Schiphol vliegen, omdat ongeveer 60% van de passagiers op Schiphol transferpassagiers zijn. MAA en Ryanair vorderen na eiswijziging in hoger beroep *primair* de Staat te gebieden om de uitvoering van art. 36r tot en met 36rg Wbm op te schorten en opgeschort te houden, en *subsidiair* art. 36ra lid 2 Wbm buiten werking te stellen, in beide gevallen totdat de EG-Commissie (hierna: de Commissie) tot een eindbeslissing is gekomen met betrekking tot de vliegbelasting overeenkomstig de procedure(s) van art. 88 leden 2 en 3 EG juncto verordening 659/1999.

1.8 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van zowel Barin als MAA en Ryanair afgewezen. De voorzieningenrechter stelt in beide zaken voorop dat de burgerlijke rechter (onderdelen van) een wet in formele zin slechts buiten toepassing kan verklaren indien deze onmiskenbaar onverbindend is wegens strijd met een ieder verbindende verdragsbepaling of met het gemeenschapsrecht, dat dit criterium op grote terughoudendheid wijst en dat voor een eigen, "volle" afweging door de burgerlijke rechter geen plaats is.

1.9 Met betrekking tot de vordering van Barin overweegt de voorzieningenrechter, samengevat, het volgende. Het is twijfelachtig of de uitleg van art. 15 Verdrag van Chicago die Barin verdedigt, de juiste is. De (authentieke) verdragsteksten bieden geen steun voor de opvatting van Barin dat art. 15 ook betrekking heeft op belastingen. De ontwerpartikelen 9 en 22 zijn samengevoegd in een nieuw artikel 15 zonder dat blijkt dat de verdragsluitende partijen daarmee ook een uitbreiding hebben beoogd in die zin dat niet alleen heffing op transitverkeer verboden wordt maar ook belastingen anders dan in transit. De door de Staat voorgestane uitleg

wordt ondersteund door de ondubbelzinnige verklaring van ICAO in haar beleidsdocument van 24 februari 1999 dat het Verdrag van Chicago fiscale kwesties niet allesomvattend heeft geregeld en door de belastingresolutie (opgenomen in dat beleidsdocument) die kennelijk bedoeld is om in deze lacune te voorzien. De belastingresolutie maakt onderscheid tussen "charges" en "taxes" en ook al is dat "for the purpose of its policy objectives", dat betekent nog niet zonder meer dat ICAO hiermee heeft gekozen voor afwijkende begrippen ten opzichte van het Verdrag van Chicago. Tegenover deze argumenten staan weliswaar ook argumenten die pleiten voor de uitleg die Barin voorstaat, maar binnen het beperkte kader van dit kort geding kan een nadere (af)weging achterwege blijven, omdat de vliegbelasting in elk geval niet *onmiskienbaar* in strijd is met het Verdrag van Chicago, aldus de voorzieningenrechter.

1.10 Ten aanzien van het betoog van MAA en Ryanair heeft de voorzieningenrechter overwogen dat volgens vaste rechtspraak van het HvJEG ondernemingen die een heffing verschuldigd zijn zich niet aan de betaling daarvan kunnen onttrekken met het argument dat de door andere ondernemingen genoten vrijstelling staatssteun vormt. Dit betekent dat zelfs al zou de belastingvrijstelling voor transferpassagiers een steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag zijn, de eventuele onrechtmatigheid van deze steun de rechtmatigheid van de heffing zelf niet kan aantasten. Tot zover de voorzieningenrechter.

ten aanzien van de grieven van Barin

2.1 Het hof zal eerst grief 4 behandelen, waarin Barin aanvoert dat de voorzieningenrechter ten onrechte niet heeft geoordeeld dat de vliegbelasting in strijd is met art. 15, laatste onderdeel, van het Verdrag van Chicago (hierna ook: het Verdrag). De stelling van Barin komt er op neer dat de laatste volzin van art. 15 partijen verbiedt voor het enkele vertrek uit een verdragstaat een geldsom op te leggen zonder dat daar een tegenprestatie tegenover staat. Volgens Barin is de vliegbelasting een dergelijke heffing en is deze daarom verboden. Het hof zal eerst kort de doelstelling en de systematiek van het Verdrag recapituleren, teneinde art. 15 laatste volzin in de juiste context te kunnen beoordelen. Het hof neemt de Engelse tekst van het verdrag tot uitgangspunt.

2.2 In de "Preamble" van het Verdrag hebben de verdragspartijen verklaard dat zij overeenstemming hebben bereikt over "*certain principles and arrangements in order that international civil aviation may be developed in a safe and orderly manner and that the international air transport services may be established on the basis of equality of opportunity and operated soundly and economically*".

2.3 Art. 15 maakt deel uit van Deel I van het Verdrag (*Air Navigation*). Deel I is onderverdeeld in zes hoofdstukken: I (*General principles and application of the convention*), II (*Flight over territory of contracting states*), III (*Nationality of aircraft*), IV (*Measures to facilitate air navigation*), V (*Conditions to be fulfilled with respect to aircraft*) en VI (*International standards and recommended practices*). Art. 15 maakt deel uit van hoofdstuk II.

2.4 In art. 1 (hoofdstuk I) is bepaald: "*The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory*". In art. 2 wordt een definitie van "territory" gegeven.

2.5 In art. 5 (hoofdstuk II) wordt aan niet-lijnvluchten in beginsel het recht toegekend "*to make flights into or in transit non-stop across its territory and to make stops for non-traffic purposes without the necessity of obtaining prior permission*". Ten aanzien van lijnvluchten bepaalt art. 6: "*No scheduled international air service may be operated over or into the territory*

of a contracting State, except with the special permission or authorization of that State, and in accordance with the terms of such permission or authorization".

2.6 Art. 15 (hoofdstuk II) draagt het opschrift "*Airport and similar charges*". Het hof constateert dat art. 15 drie onderdelen heeft. Allereerst (onderdeel 1) bepaalt art. 15 dat luchthavens van elke verdragsluitende staat, opengesteld voor openbaar gebruik door zijn eigen vliegtuigen, in beginsel op gelijke voorwaarden opengesteld mochten zijn voor de vliegtuigen van de andere verdragsluitende staten en dat deze gelijke voorwaarden ook betrekking hebben op het gebruik van alle luchtverkeersfaciliteiten (zoals meteorologische diensten). Vervolgens (onderdeel 2) bepaalt art. 15 dat "*any charges*" die opgelegd zijn of toegestaan door een verdragsluitende staat voor het gebruik van dergelijke luchthavens of luchtverkeersfaciliteiten door vliegtuigen van een andere verdragsluitende staat, niet hoger mogen zijn dan die voor (vergelijkbare) vliegtuigen van zijn eigen nationaliteit. Dergelijke tarieven moeten openbaar worden gemaakt en aan de Raad van ICAO gemeld, die deze aan een onderzoek mag onderwerpen en daarover aanbevelingen kan doen aan de desbetreffende staat. Tenslotte bepaalt art. 15 (onderdeel 3) hetgeen hiervoor in overweging 1.6 is geciteerd.

2.7 In onderdeel 2 van art. 15 wordt de term *charges* gebruikt in de betekenis van een heffing waar een bepaalde tegenprestatie (het gebruik van luchthavens en luchtverkeersfaciliteiten) tegenover staat. Aangenomen moet worden dat dit begrip in de rest van deze bepaling (en dus ook in onderdeel 3 daarvan) dezelfde betekenis heeft. Dit betekent ook dat de woorden *fees* en *dues* in onderdeel 3 kennelijk als onderdeel van het ruimere begrip *charges* worden beschouwd. De begrippen *fees* en *dues* worden immers direct gevolgd door de woorden *or other charges* (onderstreping hof). Hieruit volgt reeds dat het niet voor de hand ligt om aan te nemen dat in onderdeel 3 een regeling is getroffen voor iets anders dan heffingen waar een zekere tegenprestatie tegenover staat. Deze gevolgtrekking wordt ondersteund door het feit dat de onderdelen 1 en 2 ook gaan over dergelijke tegenprestaties (gebruik van luchthavens en luchtverkeersfaciliteiten) en de tarieven die daarvoor in rekening mogen worden gebracht. Dat in de Franse tekst van het Verdrag voor *dues* het woord *taxes* wordt gebruikt doet daar niet aan af, aangezien ook in de Franse tekst de *taxes* kennelijk als een verschijningsvorm van *redevances* ("*ou autres redevances*") wordt beschouwd, terwijl *redevances* in onderdeel 2 wordt gebruikt als term voor heffingen waar een tegenprestatie tegenover staat.

2.8 De betekenis die Barin aan art. 15 laatste volzin wil geven is dus in strijd met de bewoordingen van art. 15 en past niet in de systematiek van dat artikel. Het standpunt van Barin valt ook slecht in te passen in de opzet van het Verdrag. Indien de verdragsluitende staten het recht om belasting te heffen, hetgeen vanouds tot het prerogatief van soevereine staten behoort, op enig onderdeel de burgerluchtvaart betreffende hadden willen prijsgeven, had het voor de hand gelegen dat het Verdrag daar een ondubbelzinnige en uitgewerkte regeling voor bevat. Dat is evenwel alleen in art. 24, op een hier niet terzake doend onderdeel, gebeurd. Het is onaannemelijk dat de verdragsluitende partijen een dergelijke regeling hebben getroffen aan het slot van een bepaling die, in ieder geval in de overige onderdelen van het artikel, over iets heel anders gaat.

2.9 De betekenis die Barin aan de slotzin van art. 15 geeft (het is verboden voor het enkele vertrek uit een verdragstaat een geldsom op te leggen zonder dat daar een tegenprestatie tegenover staat) is bovendien onaannemelijk omdat het bij die lezing voor de hand had gelegen dat ook met die of vergelijkbare bewoordingen in het Verdrag tot uitdrukking te brengen. Dat is echter niet gebeurd.

2.10 Voor de vaststelling van de betekenis van art. 15, laatste volzin, van het Verdrag zijn naar het oordeel van het hof in het bijzonder van belang de in deze zin gebruikte woorden *solely* en *territory*. Zoals hiervoor is opgemerkt stelt art. 1 Verdrag de "*complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory*" van de verdragsluitende staten voorop. De opstellers van het Verdrag, die de heffingen voor het gebruik van luchthavens en luchtverkeersfaciliteiten in art. 15 onderdeel 2 aan bepaalde regels hebben gebonden, hebben naar het voorkomt onder ogen gezien dat verdragsluitende staten deze regels zouden kunnen ontgaan of in ieder geval van veel van hun betekenis zouden kunnen beroven, door heffingen te gaan opleggen voor het gebruik van hun territorium, waarbij dan het recht om van dat territorium gebruik te mogen maken als tegenprestatie voor de heffing zou worden beschouwd. Het lijdt naar het oordeel van het hof geen twijfel dat het Verdrag met de laatste volzin van art. 15 dergelijke praktijken (door de Staat niet ten onrechte als 'tolheffing' aangeduid) wil tegengaan.

2.11 Dit betekent echter niet dat elke heffing (of belasting) die in meer of mindere mate verband houdt met de binnenkomst in of het vertrek uit het grondgebied van een verdragsluitende staat is verboden. De laatste slotzin van art. 15 verbiedt slechts heffingen voor het enkele recht om het grondgebied over te vliegen, het binnen te komen of het te verlaten. De vliegbelasting is niet een dergelijke heffing. De vliegbelasting wordt geheven terzake van het vertrek van een passagier met een vliegtuig vanaf een in Nederland gelegen luchthaven. De vliegbelasting wordt dus niet geheven voor het enkele recht om het Nederlandse territorium in-, uit- of over te vliegen. Dit blijkt ook al uit het feit dat de vliegbelasting niet verschuldigd wordt indien een vliegtuig in Nederland landt en geen passagiers aan boord neemt (bijvoorbeeld omdat het slechts landt om een reparatie laten verrichten of om te tanken), of alleen transferpassagiers aan boord neemt. Voor het overvliegen van het Nederlandse grondgebied wordt evenmin vliegbelasting geheven. Daarentegen wordt wel vliegbelasting geheven voor binnenlandse vluchten, hoewel daarbij vanzelfsprekend van binnenvliegen, vertrek of overvliegen van het territorium geen sprake is.

2.12 Uit het voorgaande volgt dat Barin uitgaat van een onjuiste interpretatie van art. 15 laatste volzin van het Verdrag en dat grief 4 dientengevolge faalt.

2.13 Bij de grieven 1 en 2 heeft Barin geen belang. Zowel indien wordt uitgegaan van de door Barin bepleite volle toetsing als van de door de Staat voorgestane meer beperkte toets is het gelijk aan de zijde van de Staat. Grief 3 faalt aangezien de door het hof gebruikte interpretatiemethode niet in strijd is met het Weens Verdragenverdrag of de daarin belichaamde beginselen van internationaal verdragenrecht. Grief 5 heeft geen zelfstandige betekenis en moet het lot van de overige grieven delen.

2.14 De slotsom is dat het vonnis van de voorzieningenrechter, voor zover gewezen tussen Barin en de Staat, zal worden bekrachtigd, met veroordeling van Barin als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding in hoger beroep.

ten aanzien van de grieven van MAA en Ryanair

3.1 In grief 1 komen MAA en Ryanair op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat, zelfs indien de belastingvrijstelling voor transferpassagiers een steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag zou zijn, de eventuele onrechtmatigheid van deze steun de rechtmatigheid van de heffing zelf niet kan aantasten. MAA en Ryanair voeren aan dat de voorzieningenrechter de belastingvrijstelling had moeten toetsen aan art. 87 lid 1 EG-Verdrag en had moeten concluderen dat sprake is van staatssteun waarop de standstill-bepaling van art. 83 lid 3 EG-

Zaaknummers: 200.004.894/01 en 200.004.929/01

7

Verdrag van toepassing is.

3.2 In hoger beroep hebben MAA en Ryanair hun vordering gewijzigd, door subsidiair te vorderen art. 36ra lid 2 Wbm buiten werking te stellen totdat de Commissie tot een eindbeslissing is gekomen met betrekking tot de vliegbelasting. De Staat heeft desgevraagd bij pleidooi erkend dat zijn verweer, voor zover dat inhoudt dat een belastingplichtige zich niet aan de heffing kan onttrekken op de grond dat de aan anderen verleende vrijstelling ongeoorloofde staatssteun is, niet opgaat voor deze subsidiaire vordering. Het hof vindt hierin aanleiding om allereerst na te gaan of, zoals MAA en Ryanair betogen maat de Staat betwist, in dit geval sprake is van staatssteun zoals bedoeld in art. 87 lid 1 EG-Verdrag.

3.3 Artikel 87 EG heeft tot doel te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die – in verschillende vormen – de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen. Derhalve dient de vliegbelasting te worden getoetst aan de voorwaarden waaronder ingevolge artikel 87, eerste lid, EG een nationale maatregel als staatssteun kan worden aangemerkt, te weten: de financiering van de maatregel door de staat of met staatsmiddelen, het bestaan van een voordeel voor een onderneming, de selectiviteit van die maatregel, de invloed ervan op het handelsverkeer tussen de lidstaten en de daaruit voortvloeiende vervalsing van de mededinging. Alleen indien aan al deze voorwaarden is voldaan geldt de standstillbepaling van art. 88 lid 3 EG. Het hof zal eerst ingaan op de selectiviteitseis (overwegingen 3.4 – 3.7) en vervolgens op het begrip voordeel (overwegingen 3.8 – 3.11).

3.4 Wat betreft de selectiviteit van de maatregel waarbij op grond van art. 36ra lid 2 Wbm transferpassagiers buiten de heffing worden gelaten overweegt het hof het volgende. Deze maatregel heeft betrekking op alle transferpassagiers die vanaf een in Nederland gelegen luchthaven met het vliegtuig vertrekken, op alle luchtvaartmaatschappijen waarmee die transferpassagiers vliegen en op alle in Nederland gelegen luchthavens waar zij op het vliegveld stappen. Deze beperking van het belastingplichtige feit staat derhalve open voor iedere exploitant van een luchthaven in Nederland en iedere luchtvaartmaatschappij die vanaf een dergelijke luchthaven vertrekt. Het gaat hier dus om een maatregel met een algemene strekking, die niet specifiek betrekking heeft op de exploitant van luchthaven Schiphol of op de daarop vliegende luchtvaartmaatschappijen.

3.5 MAA en Ryanair voeren echter aan dat de beperking van het belastingplichtige feit in de praktijk tot gevolg heeft dat de exploitant van luchthaven Schiphol (hierna ook: Schiphol) en de op die luchthaven vliegende luchtvaartmaatschappijen worden bevoordeeld, omdat ongeveer 40 % van het aantal passagiers van deze luchthaven kan worden aangemerkt als transferpassagier. Hieromtrent overweegt het hof dat het enkele feit dat sommige ondernemingen meer van het buiten de heffing laten van transferpassagiers profiteren dan andere, indien daar al vanuit zou moeten worden gegaan, onvoldoende is om aan te nemen dat aan de selectiviteitseis is voldaan. Vrijwel elke belastingmaatregel kent bepalingen die als onbedoeld gevolg hebben dat de ene onderneming meer profiteert dan zijn concurrent. Op zichzelf is de stelling van MAA en Ryanair dat Schiphol en de daarop vliegende luchtvaartmaatschappijen meer van art. 36ra lid 2 Wbm profiteren dan andere luchthavenexploitanten en luchtvaartmaatschappijen dus niet doorslaggevend. Het is ook niet zo dat uit de wetgeschiedenis van Wetsontwerp 31205 zou volgen dat de enige of belangrijkste reden om transferpassagiers buiten de heffing te laten de zorg voor de positie van Schiphol is. Integendeel, in de memorie van toelichting wordt het voorkomen van dubbele belastingen

voorop gesteld (TK 2007-2008, 31 205 nr. 3 p. 8-9).

3.6 Dat belastingmaatregelen verschillende gevolgen hebben kan bovendien worden gerechtvaardigd door aard en opzet van het stelsel waarvan de vliegbelasting deel uitmaakt. De Staat voert aan dat de reden dat transferpassagiers buiten de heffing zijn gehouden is dat aldus wordt voorkomen dat transferpassagiers die in het Verenigd Koninkrijk of Frankrijk zijn opgestapt en in Nederland overstappen twee keer vliegbelasting zouden moeten betalen, aangezien het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk ook (een vorm van) vliegbelasting hebben ingevoerd. De Staat heeft bovendien het voorbeeld van het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk gevolgd door, net als in die landen, transferpassagiers buiten de heffing te houden.

3.7 Het hof is met de Staat van oordeel dat het voorkomen van dubbele belasting een objectieve reden is die het buiten de heffing laten van transferpassagiers kan rechtvaardigen. De Staat was niet gehouden om het probleem van dubbele belastingheffing eerst te laten ontstaan, zodat zij deze vervolgens zou moeten zien op te lossen door het afsluiten van verdragen met de beide andere landen. De Staat kon er in redelijkheid voor kiezen om de grondslag van de vliegbelasting zo te kiezen dat op voorhand is uitgesloten dat zich in dat opzicht problemen zullen voordoen. Daarbij komt ook betekenis toe aan de omstandigheid dat, zoals de Staat onweersproken heeft gesteld, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk ook de transferpassagiers buiten de heffing laten en dat in een *staff working paper* van de Commissie een zelfde aanbeveling wordt gedaan voor een eventueel in te voeren vliegbelasting op Europees niveau. Daaruit blijkt immers van een (voorzichtige) consensus binnen Europa dat transferpassagiers buiten de vliegbelasting dienen te worden gehouden.

3.8 Vervolgens komt aan de orde de vraag of Schiphol of de luchtvaartmaatschappijen (zoals Air France-KLM) die vanaf Schiphol transferpassagiers vervoeren door het buiten de heffing laten van transferpassagiers worden bevoordeeld. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJEG heeft het begrip steun een algemenere strekking dan het begrip subsidie, daar het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, doch ook maatregelen welke in verschillende vormen de lasten verlichten, die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden. Om van staatssteun te kunnen spreken is daarbij een vereiste dat bepaalde ondernemingen of producties worden begunstigd ten opzichte van andere die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van de regeling.

3.9 Het hof is voorshands van oordeel dat MAA onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het buiten de heffing laten van transferpassagiers voor Schiphol lasten verlicht die normaliter op zijn budget zouden hebben gedrukt. De vliegbelasting voorziet er immers in dat de luchthaven de lasten die de vliegbelasting voor hem meebrengt mag afwentelen op de luchtvaartmaatschappij. Schiphol krijgt, net als elke andere Nederlandse luchthaven de afgedragen belasting zelfs terug indien de luchtvaartmaatschappij deze niet aan haar vergoedt (art. 36rf lid 1 Wbm). Ook zonder de bepaling van art. 36ra lid 2 Wbm zou Schiphol dus geen vliegbelasting over transferpassagiers hebben hoeven te dragen. Een belastingplichtige geniet geen voordeel indien hij wordt vrijgesteld van een belasting die hij toch al niet hoeft te dragen. MAA en Ryanair voeren nog wel aan dat Schiphol door het buiten de heffing laten van transferpassagiers aantrekkelijker voor luchtvaartmaatschappijen wordt, maar of en op welke termijn dit een ontwikkeling in gang zet die van positieve invloed is op het budget van de exploitant van Schiphol hebben MAA en Ryanair in het vage gelaten. Voor een nader onderzoek op dit punt leent het kort geding zich ook niet. Ten slotte is onvoldoende aannemelijk

geworden dat Schiphol bevoordeeld wordt *ten opzichte van MAA* of andere regionale luchthavens in Nederland. MAA bevindt zich immers in een andere feitelijke positie dan Schiphol, omdat MAA geen transferpassagiers verwerkt. Van bevoordeling zou hooguit sprake kunnen zijn indien beide luchthavens transferpassagiers zouden verwerken en alleen Schiphol daarover geen vliegbelasting zou hoeven af te dragen. Daarvan is echter geen sprake.

3.10 Ryanair stelt dat zij, als zogenaamde *low cost carrier* die vooral op de prijs van vliegtickets concurreert, als gevolg van de invoering van de vliegbelasting nadeel zal lijden door teruglopende passagiersaantallen in Nederland en stagnatie van haar beoogde groei in Nederland, omdat passagiers zullen uitwijken naar luchthavens in het buitenland. Wat hier echter ook van zij, dit kan geen gevolg zijn van het feit dat transferpassagiers buiten de heffing van de vliegbelasting zijn gelaten.

3.11 Ryanair voert verder aan dat zij nadeel zal lijden omdat zij niet vanaf Schiphol vliegt, zodat haar totale passagiersaantallen belast zullen worden terwijl luchtvaartmaatschappijen die vanaf Schiphol vliegen en daarom ook transferpassagiers vervoeren worden bevoordeeld boven Ryanair, aangezien zij voor deze passagiers geen vliegbelasting verschuldigd zullen zijn. Het hof stelt voorop dat de luchtvaartmaatschappijen de vrijheid hebben de vliegbelasting aan hun passagiers door te berekenen. Het is een feit van algemene bekendheid (de media hebben rond 1 juli jl. uitgebreid aandacht besteed aan het feit dat voor de passagiers de vliegtickets als gevolg van de vliegbelasting duurder worden) dat veel luchtvaartmaatschappijen dat ook doen. Luchtvaartmaatschappijen zullen dus in de meeste gevallen de vliegbelasting niet zelf hoeven te dragen. Wel is denkbaar dat passagiers aan wie de vliegbelasting wordt doorberekend, naar buitenlandse luchthavens zullen uitwijken, al spelen hier mogelijk ook andere factoren mee. Dat dit tot nadeel voor de op Schiphol vliegende luchtvaartmaatschappijen zal leiden kan niet zonder meer worden aangenomen. Voorstelbaar is dat de naar buitenlandse luchthavens uitwijkende passagiers vanuit dat andere land met dezelfde luchtvaartmaatschappij zullen vliegen. Op voorhand kan dus niet worden uitgesloten dat de luchtvaartmaatschappijen wier vluchten vanuit Schiphol worden gemeden, het verlies geheel of gedeeltelijk goedmaken met hun vluchten vanuit buitenlandse luchthavens. Tegen deze achtergrond van de (mogelijke) effecten van de vliegbelasting op luchtvaartmaatschappijen is vooraansnog onduidelijk of, voor de luchtvaartmaatschappijen die vanaf Schiphol vliegen, het buiten de heffing laten van transferpassagiers daadwerkelijk een in hun budget voelbaar voordeel oplevert ten opzichte van de situatie waarin transferpassagiers wel zouden zijn belast. Om dit te kunnen vaststellen is een diepgaande economische analyse nodig die Ryanair niet verschaft en voor het verrichten waarvan in dit kort geding geen plaats is. Voorts is het hof ook in dit geval van oordeel dat de vanaf Schiphol vliegende luchtvaartmaatschappijen niet ten opzichte van Ryanair worden bevoordeeld, aangezien Ryanair geen transferpassagiers vervoert.

3.12 De slotsom is dat er in dit kort geding niet van kan worden uitgegaan dat het buiten de heffing laten van transferpassagiers verboden staatssteun is. Grief 1 faalt. Bij grief 2 hebben MAA en Ryanair geen belang. Ook bij de door hen voorgestane toets zijn hun vorderingen niet toewijsbaar.

3.13 Gelet op het voorgaande zal het vonnis van de voorzieningenrechter worden bekrachtigd, met veroordeling van MAA en Ryanair als de in het ongelijk gestelde partijen in de kosten van het geding in hoger beroep.

Zaaknummers: 200.004.894/01 en 200.004.929/01

10

Beslissing

Het hof:

in de zaak met zaaknummer 200.004.894/01

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- veroordeelt Barin in de kosten van het geding in hoger beroep, tot heden aan de zijde van de Staat begroot op € 303,- voor verschotten en € 2.682,- voor salaris van de procureur, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in de zaak met zaaknummer 200.004.929/01

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- wijst de gewijzigde vordering van MAA en Ryanair af;
- veroordeelt MAA en Ryanair hoofdelijk in de kosten van het geding in hoger beroep, tot heden aan de zijde van de Staat begroot op € 303,- voor verschotten en € 2.682,- voor salaris van de procureur, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A Boele, A.V. van den Berg en M.A. Fierstra en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 17 juli 2008, in aanwezigheid van de griffier.



Voor afschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te 's-Gravenhage

