

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 164.368 van 6 november 2006
in de zaak A. 138.449/IX-3833.**

In zake : 1. de NV DISTRIGAS,
 2. de CV DISTRIGAS en C°,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat T. VERMEIR,
 kantoor houdende te BRUSSEL,
 Neerveldstraat 101-103

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door :
1. de minister van Economie en Energie,
2. de staatssecretaris voor Duurzame Ontwikkeling en Sociale
Economie, toegevoegd aan de minister van Begroting en
Overheidsbedrijven,
die woonplaats kiezen bij
advocaat J.-F. DE BOCK,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tasson-Snelstraat 38.

tussenkomen de partij :

de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas
(CREG),
die woonplaats kiest bij
advocaat D. LINDEMANS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Keizerslaan 3.

D E R A A D V A N S T A T E, I X e K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV DISTRIGAS en de CV DISTRIGAS & C° op 27 juni 2003 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de gedragscode inzake toegang tot de vervoersnetten voor aardgas, in zoverre het toepassing vindt op doorvoeractiviteiten in de zin van de richtlijn 91/296/EEG en artikel 1, 7° bis van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, in het bijzonder, maar niet beperkt tot, de artikelen 6, 48 en 64 van het bestreden besluit”;

Gelet op het arrest nr. 126.817 van 5 januari 2004 waarbij de schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt bevolen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend op 13 februari 2004 door de verwerende partij;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (CREG);

Gelet op de beschikking van 30 augustus 2004 die de tussenkomst van de CREG toelaat;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gelet op de memorie van de tussenkomende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door adjunct-auditeur St. DE TAEYE;

Gelet op de beschikking van 10 mei 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 20 september 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 oktober 2006;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. PEETERS, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat J.-F. DE BOCK, die verschijnt voor de verwerende partijen, en van advocaten D. VERHOEVEN en W. AUBE die, loco advocaat D. LINDEMANS verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur St. DE TAEYE;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Artikel 15/5, §3, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (hierna : de gaswet), ingevoegd bij de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten en gewijzigd bij de wet van 16 juli 2001, luidt als volgt :

"Art. 15/5. (...)

§ 3. Op voorstel van de Commissie stelt de Koning een gedragscode vast inzake toegang tot de vervoernetten.

De gedragscode bepaalt :

- 1° de procedures en nadere regels voor de aanvraag van toegang tot het net;
- 2° de gegevens die de netgebruikers aan de vervoerondernemingen moeten verstrekken;
- 3° de voorzorgsmaatregelen die door de vervoerondernemingen moeten worden genomen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van de commerciële gegevens betreffende de netgebruikers;
- 4° de termijnen waarbinnen de vervoerondernemingen moeten antwoorden op aanvragen van toegang tot hun net;
- 5° maatregelen ter voorkoming van elke discriminatie tussen netgebruikers of categorieën van netgebruikers;
- 6° de minimumvereisten inzake de administratieve en operationele scheiding tussen de functies van [aardgasvervoer] en levering van [aardgas] binnen geïntegreerde vervoerondernemingen;
- 7° de basisprincipes betreffende de rechten en verplichtingen van de vervoerondernemingen en de netgebruikers [voor de toegang] tot het betrokken vervoernet;
- 8° de basisprincipes inzake [...] facturatie;
- 9° de basisprincipes betreffende de rechten en verplichtingen van de vervoerondernemingen en netgebruikers inzake gebruik van het betrokken vervoernet.

De toekenning en het behoud van elke vervoer- of leveringsvergunning zijn aan de naleving van de gedragscode onderworpen."

1.2. Op 14 november 2002 geeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State een advies over een voorstel van koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake toegang tot de vervoersnetten voor aardgas, opgesteld door de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (hierna : CREG) op 6 juni 2002. Dat voorstel -nummer (C)-020606-CREG-90- was, naar blijkt uit de derde "Algemene Opmerking" die het ontwerp voorafgaat, opgemaakt vanuit de gedachte dat de regeling ook zou gelden voor de doorvoer van gas.

1.3. Op 6 november 2002 vraagt de staatssecretaris voor Energie aan de CREG een advies over "de vraag of de gedragscode ook van toepassing moet zijn

op de transit”, een vraag die de staatssecretaris, in het kader van een geliberaliseerde aardgasmarkt, “van kapitaal belang” noemt. De vraag strekt ertoe “in tweede lezing aan de ministerraad een onderbouwd voorstel van beslissing te kunnen voorleggen”.

In zijn studie nr. (F)030220-CREG-112 van 20 februari 2003 besluit de CREG dat, aangezien de gasrichtlijn nr. 98/30/EG, van 22 juni 1998 en de gaswet betrekking hebben op het binnenlands vervoer en op de doorvoer van gas, ook de gedragscode op die doorvoer van toepassing is, dat het beperken van het toepassingsveld van de gedragscode tot het binnenlands aardgasvervoer een aantal negatieve consequenties met zich zou brengen, dat zulks ook de nieuwkomers op de markt zou discrimineren en “de huidige dominante positie van de NV DISTRIGAS op de aardgasmarkt in België (zou) verstevigen en verankeren”. Met het oog op het oplossen van “sommige probleempunten rond de toepassing van de gedragscode op doorvoer”, stelt de CREG, die inmiddels ook het advies van de Raad van State heeft kunnen bestuderen, een “voorstel tot wijziging van haar voorstel van gedragscode” in het vooruitzicht.

In het voorstel -nr. (C)-030220-CREG-124 van 20 februari 2003- worden die wijzigingen dan uiteengezet. Het document is in drie delen opgesplitst: het eerste deel “bevat enkele wijzigingen van het voorstel van koninklijk besluit van 6 juni 2002 in het licht van de opmerkingen van de Raad van State”, het tweede deel “bespreekt de wijzigingen die nodig zijn, gelet op de bevindingen van de studie over de toepassing van de gedragscode op de doorvoer van aardgas” en het derde deel “bevat enkele andere wijzigingen die zich aan voornoemd voorstel van koninklijk besluit opdringen”.

Er wordt geen aan het voorstel van de CREG aangepaste tekst aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd.

1.4. Op 4 april 2003 wordt, op de voordracht van de minister van Mobiliteit en Vervoer en van de staatssecretaris voor Energie, het bestreden besluit getroffen. De door de CREG op 20 februari 2003 voorgestelde wijzigingen aan de originele tekst worden erin verwerkt.

Het besluit wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 2 mei 2003.

2.1. Overwegende dat de tussenkomende partij het belang van de verzoekende partijen betwist; dat zij in hoofdorde stelt dat de verzoekende partijen vastgesteld willen zien dat het bestreden koninklijk besluit niet van toepassing kan zijn op activiteiten met betrekking tot de doorvoer van gas, maar dat zij geen grieven aanvoeren tegen de inhoud ervan zodat hun belang samenhangt met de vraag naar de toepasselijkheid van het besluit op de doorvoer van gas; dat zij, subsidiair, betoogt dat het belang van de verzoekende partijen in de loop van de procedure teloorgegaan is, nu een nieuwe richtlijn nr. 2003/55/EG van 26 juni 2003, die omgezet moest zijn tegen 1 juli 2004, ondubbelzinnig bepaalt dat ook doorvoer van gas aan gereguleerde toegang onderworpen is; dat zij, nog meer subsidiair, ook nog stelt dat de verzoekende partijen de facto zelfs geen voordeel kunnen halen uit een vernietiging, aangezien de verwerende partij na een vernietiging slechts een beslissing zal kunnen nemen die niet verschilt van de bestredene, wat het belang van de verzoekende partijen beperkt tot het vertragen van de inwerkingtreding van de gedragscode, hetgeen een onvoldoende of ongeoorloofd belang vormt;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partijen hun belang bij het beroep verbinden aan de beperkingen die het bestreden besluit hen oplegt als ondernemingen die gas doorvoeren; dat een aantal bepalingen -met name de artikelen 6, 48 en 64 die de verzoekende partijen formeel in het voorwerp van hun beroep betrekken- uitdrukkelijk de doorvoer van gas behandelen; dat de verzoekende partijen er evident belang bij hebben dat die bepalingen vernietigd worden; dat zij evenzeer belang hebben bij de vernietiging van de gehele gedragscode in de mate dat de verwerende partij ze ook toepast op doorvoeractiviteiten; dat zij daarvoor middelen mogen aanvoeren die de regelmatigheid van het gehele besluit aantasten; dat aldus zij in het eerste middel de schending aanvoeren van de adviesverplichting van de afdeling Wetgeving van de Raad van State en in het tweede middel stellen dat de Koning een aantal bepalingen van het bestreden besluit van toepassing gemaakt heeft op de doorvoer, maar dat zulks ten onrechte is, nu de activiteit van doorvoer van gas niet geregeld is door de gaswet, noch door de richtlijn 98/30/EG van 22 juni 1998 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (hierna: de richtlijn 98/30/EG); dat, in geval van vernietiging, de verwerende partij een nieuwe gedragscode zal moeten uitvaardigen en het niet uitgesloten is dat de belangen van verzoekende partij bij die heroverweging beter aan bod komen;

2.2.2. Overwegende dat het bestaan van de richtlijn 2003/55/EG van 26 juni 2003 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor

aardgas (hierna: de richtlijn 2003/55/EG) en de omstandigheid dat deze richtlijn in het Belgisch recht omgezet had moeten zijn op 1 juli 2004, aan de verzoekende partijen het wettelijk vereiste belang bij de vernietiging niet ontnemt; dat immers de bepalingen van een richtlijn slechts rechtskracht verwerven na hun daadwerkelijke omzetting in het nationaal recht en dat de overheid, die met de uitvoering van de richtlijn belast is, niet kan verwijzen naar de directe toepasbaarheid van de richtlijn; dat de verzoekende partijen er in hun laatste memorie overigens terecht op wijzen dat de bedoelde richtlijn evenals de wet van 1 juni 2005 waarmee de richtlijn in het Belgisch recht geïmplementeerd is, uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorzien dat de contracten die overeenkomstig de richtlijn 91/296/EEG betreffende de doorvoer van gas via de hoofdnetten tot stand gekomen zijn, blijven gelden; dat na een vernietiging de verwerende partij zich opnieuw over de vaststelling van de gedragscode zal moeten beraden; dat het niet uitgesloten is -de verwerende partij noch de tussenkomen partij tonen zulks zeker niet aan- dat de verwerende partij bij het heroverwegen van het bestreden besluit in het kader van de inmiddels gewijzigde reglementering, geen regeling zal kunnen uitwerken die rekening houdt met de belangen van de verzoekende partijen en die hun een voordeel oplevert in vergelijking met de bestreden regeling;

2.3. Overwegende dat de excepties niet aangenomen worden;

3.1. Overwegende dat de verzoekende partijen in het eerste middel de schending aanvoeren van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State doordat de verwerende partij nagelaten heeft het advies van de afdeling Wetgeving in te winnen over het ontwerp-besluit waarin de bemerkingen werden verwerkt die de CREG in zijn tweede voorstel van 20 februari 2003 verwerkt had; dat zij het middel als volgt toelichten: het door de ministerraad op 19 juli 2002 goedgekeurd ontwerp, dat steunde op een voorstel van 6 juni 2002 van de CREG, is aan de afdeling Wetgeving voorgelegd en daarover is op 14 november 2002 advies gegeven; hangende de adviesaanvraag heeft de verwerende partij de CREG gevraagd te onderzoeken of de ontworpen gedragscode ook van toepassing kon zijn op de doorvoer van aardgas; op basis van het resultaat van dat onderzoek en van de opmerkingen van de afdeling Wetgeving, stelde de CREG op 20 februari 2003 een aanpassing voor op zijn eerste voorstel van 6 juni 2002; de regering heeft het voorstel van de CREG quasi integraal overgenomen en heeft aldus aan artikel 6 een laatste lid toegevoegd, artikel 48 aangepast en aangevuld en artikel 64 aangevuld om het toepassingsgebied van het bestreden besluit te verruimen tot doorvoeractiviteiten,

hetgeen een fundamentele wijziging ten opzichte van het aan de Raad van State voorgelegd ontwerp betreft; artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State impliceert dat aan de teksten die aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd geen wijzigingen meer mogen aangebracht worden die geen betrekking hebben op de aanpassing aan het advies of die niet louter formeel van aard zijn; in de aanhef van het bestreden besluit wordt niet vermeld dat de verwerende partij het advies van de afdeling Wetgeving ingewonnen heeft over de doorgevoerde wijzigingen aan het ontwerp-besluit en er wordt ook niet uiteengezet waarom geen bijkomend advies gevraagd werd;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord uiteenzet dat uit een nauwgezet onderzoek van het bestreden besluit blijkt dat de wijzigingen, die zij aangebracht heeft aan het oorspronkelijk voorstel zoals het aan de afdeling Wetgeving voorgelegd was, “twee reeksen aanpassingen (betreffen)”, enerzijds aanpassingen die door de Raad van State voorgesteld zijn -en waarover geen probleem kan rijzen- en anderzijds aanpassingen waarbij het toepassingsgebied van het besluit wordt verruimd tot doorvoeractiviteiten; dat zij betoogt dat die verruiming evenwel niet onrechtmatig gebeurd is, aangezien het toepassingsgebied van het besluit er niet substantieel mee gewijzigd wordt, in die zin dat het oorspronkelijk voorstel van de CREG, waarover advies gevraagd is, ook reeds betrekking had op de doorvoer van gas;

Overwegende dat de verwerende partij, specifiek ten aanzien van de overwegingen in het schorsingsarrest nr. 126.817, bijkomend betoogt wat volgt: de na het advies van de afdeling Wetgeving nieuw ingevoegde bepalingen zijn marginaal; de wijzigingen aan artikel 47, § 2, 3° en artikel 46, lid 2, -in het tweede CREG-voorstel van 20 februari 2006 voorgesteld als “andere wijzigingen” dan de aanpassingen aan het advies van de afdeling Wetgeving en de wijzigingen als gevolg van de studie van de CREG- hebben betrekking op de problematiek van het “congestiebeleid” waarover de CREG reeds in zijn eerste voorstel uitleg had gegeven;

3.3. Overwegende dat de repliek van de verzoekende partijen als volgt samengevat kan worden: het was bij de redactie van het ontwerp-besluit, dat aan de Raad van State voor advies is overgelegd, voor de regering geen uitgemaakte zaak dat de gedragscode van toepassing zou zijn op de doorvoer van aardgas; dat blijkt uit de brief van 6 november 2002 van de staatssecretaris voor energie aan de CREG

waarin gewag gemaakt wordt van het “kapitaal belang” van de vraag of de gedragscode van toepassing is op de transit; dat blijkt ook uit het feit dat de CREG in zijn voorstel van 20 februari 2003 een afzonderlijke rubriek wijdt aan de aanpassingen die het gevolg zijn van de uitgevoerde studie over de toepassing van de gedragscode op de doorvoer van gas; de verwerende partij geeft in haar memorie van antwoord zelf toe dat een aantal aanpassingen niet gezien kunnen worden als een logisch gevolg van het advies van de afdeling Wetgeving of als formeel-technische aanpassingen; in ieder geval vormen “de nieuwe definitie van ‘primaire markt’ (artikel 1, 48”), de wijziging van artikel 4, § 2; de ‘line-pack’ (artikel 6, § 2), de wijziging van artikel 9, § 4 in het licht van de specifieke behoeften van de netgebruikers (‘ship-or-pay’/‘build-up’), de opvang van onevenwichten wat betreft de doorvoer (artikelen 54 en 56 van het voorstel; uiteindelijk resp. artikel 52 en 54 van de gedragscode), vervoerscontracten met of zonder flexibiliteit en de regels terzake van de onderbreking of reductie van gasstromen (artikel 58 van het voorstel; uiteindelijk artikel 56 van de gedragscode), de toewijzingsovereenkomsten en de doorvoer van aardgas (de artikelen 66 en 67 van het voorstel; uiteindelijk artikel 64 en 65 van de gedragscode); vervoerscontracten met nulflexibiliteit (artikel 73 van het voorstel; uiteindelijk artikel 71 van de gedragscode)” inhoudelijk nieuwe toevoegingen die niet volgen uit het advies en die niet formeel-redactioneel zijn;

3.4.1.1. Overwegende dat de tussenkomenende partij vooreerst de ontvankelijkheid van het middel betwist; dat zij betoogt dat de verzoekende partijen zich enkel verzetten tegen de bepalingen die betrekking hebben op de doorvoer van gas, dat uit de studie van 20 februari 2003 blijkt dat de doorvoer van gas door de gaswet geregeld is, zodat ook de uitvoeringsbesluiten van deze wet zonder verdere specificering op die activiteit van toepassing zijn, dat de omstandigheid dat de richtlijn nr. 98/30/EG van 22 juni 1998, waarop de gaswet geënt is, van latere datum is dan de doorvoerrichtlijn nr. 91/296/EEG van 31 mei 1991, niet belet dat de eerstgenoemde richtlijn ook voor de doorvoer geldt; dat zij, afgaande op die gegevens, stelt dat de Raad van State reeds bij het onderzoek van het eerste ontwerp kon nagaan of de doorvoer van gas wel gereguleerd kon worden, dat hij dit niet gedaan heeft en dat een tweede raadpleging van de afdeling Wetgeving “op dat vlak niets (zou) hebben veranderd”; dat zij daar aan toevoegt nog aan te kunnen nemen dat het middel van de raadpleging van de afdeling Wetgeving de openbare orde raakt, maar dat zulks nog niet betekent dat het middel ontvankelijk is, aangezien de verzoekende partijen alleen problemen hebben met de toepasselijkheid van de bestreden beslissing op de doorvoer en een nieuwe raadpleging van de afdeling

Wetgeving daar niets zal aan veranderen, nu zij ook reeds bij de eerste raadpleging daarover geen opmerkingen gemaakt heeft;

3.4.1.2. Overwegende dat de tussenkomende partij het middel subsidiair niet ontvankelijk acht in de mate dat het betrekking heeft op de wijzigingen die het gevolg zijn van de studie van 20 februari 2003; dat zij betoogt dat de verzoekende partijen betrokken geweest bij de besprekingen van de geplande wijzigingen, dat zij toen zelfs opmerkingen geformuleerd hebben teneinde tot een voorstel te komen dat rekening houdt met een aantal specifieke gegevens die betrekking hebben op de doorvoer en dat mede op basis van deze opmerkingen de wijzigingen aan het oorspronkelijk voorstel aangenomen zijn;

3.4.2. Overwegende dat de tussenkomende partij, ten gronde, betoogt dat de beoogde wijzigingen aan het overgelegde ontwerp geenszins de verplichting genereerden om de afdeling Wetgeving opnieuw te raadplegen; dat volgens haar die verplichting niet afgeleid mag worden uit het feit dat het voorstel van 20 februari 2003 de nieuwe bepalingen indeelt in “wijzigingen in het licht van de opmerkingen van de Raad van State” en in “andere wijzigingen”, aangezien ook deze andere wijzigingen, in zoverre zij iets nieuws toevoegen aan het reglement, zeker verband houden met de bepalingen waarvan de Raad van State kennis genomen heeft of zuiver technisch van aard zijn; dat aldus de wijzigingen aangebracht aan artikelen 46 en 47, § 2, verband houden met de vaststelling van de niet-gebruikte capaciteit, hetgeen kadert in het congestiebeleid dat de vervoersonderneming moet voeren en waarover de Raad van State in het kader van de bespreking van artikel 47 van het ontwerp een opmerking geformuleerd heeft; dat volgens haar ook de wijzigingen opgenomen in het tweede deel van het CREG-voorstel van 20 februari 2003 niet kunnen doen besluiten tot een schending van artikel 3 van de Raad van State-wet omdat die wijzigingen misschien wel een inhoudelijke toevoeging bevatten aan het ontwerp dat aan de afdeling Wetgeving voorgelegd is, maar dat ook die toevoegingen gekoppeld kunnen worden aan en een antwoord vormen op de opmerkingen van de Raad van State, inzonderheid de algemene opmerking in punt 2.2.1. van het advies dat de vast te stellen basisprincipes die de vervoersmaatschappijen vaststellen niet mogen imputeren op de door artikel 15/5, § 3, tweede lid, 7°, van de door de gaswet aan de Koning voorbehouden bevoegdheid om de basisbeginselen vast te stellen; dat zij dat met betrekking tot elke wijziging die haar oorsprong vindt in deel 2 van het CREG-voorstel toelicht;

Overwegende dat de tussenkomen de partij in ondergeschikte orde ook nog stelt dat wijzigingen aan een ontwerp van een reglement waarover de Raad van State advies gegeven heeft, niet opnieuw aan de afdeling Wetgeving voorgelegd moeten worden omdat geen wettelijke bepaling zulks voorschrijft en adviezen van de afdeling Wetgeving niet bindend zijn, zodat dezelfde redenering, waarbij de regelgever autonoom kan beslissen om een advies naast zich neer te leggen, ook van toepassing is op het al dan niet overleggen van wijzigingen, voor zover daarmee de principiële verplichting om het advies in te winnen niet wordt omzeild, hetgeen te dezen niet het geval is, omdat de aanpassingen vermeld in deel 2 van het CREG-voorstel “zeer gering” zijn;

3.5. Overwegende dat de verzoekende partijen in hun laatste memorie nog uitvoerig ingaan op het verweer; dat zij, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, uiteenzet wat volgt: de raadpleging van de Raad van State is een substantiële vormvereiste van openbare orde en principieel wordt voor de ontvankelijkheid van een daarop gesteund middel geen concreet belang vereist; zo in een aantal arresten toch nagegaan is welk belang een verzoeker kon hebben om het middel gegrond te horen verklaren, dan gaat het om arresten waarin vastgesteld is dat de beslissing niet anders had kunnen zijn indien de schending niet was begaan, hetgeen te dezen niet het geval is aangezien niet vaststaat dat de Koning geen rekening gehouden zou hebben met de bemerkingen van de afdeling Wetgeving op de voorgenomen aanpassingen; zo de Raad van State in dit geval toch het belang bij het middel zou onderzoeken, dan dient opgemerkt dat naar haar oordeel het bestreden reglement niet van toepassing kon zijn op de doorvoer van gas en dat de regering over die toepasselijkheid twijfelde, zoals blijkt uit de brief van 6 november 2002 waarin de staatssecretaris voor energie om een nader onderzoek van die problematiek vraagt; overigens heeft de Raad van State reeds in het arrest nr. 126.817 gesteld dat de omstandigheid dat de CREG zich van in den beginnen op het standpunt gesteld zou hebben dat de gedragscode ook op de doorvoer van toepassing zou zijn, niets afdoet aan de door de Raad van State gehuldigde opvatting dat wijzigingen opnieuw aan de afdeling voorgelegd moeten worden; in ieder geval is het middel niet onontvankelijk om reden dat de verzoekende partijen opmerkingen hebben kunnen maken over de teksten die het tweede CREG-voorstel geworden zijn;

Overwegende dat de verzoekende partijen, wat de grond van de zaak betreft, in hun laatste memorie uiteenzetten wat volgt: uit de tekst van het tweede CREG-voorstel blijkt duidelijk dat de tekst waarover advies uitgebracht is,

aangevuld is in het licht van de opmerkingen van de Raad van State en van de CREG-studie van 20 februari 2003; de tussenkomenende partij geeft zelf toe dat zij duidelijkheid wou scheppen over de toepasselijkheid van de gedragscode op doorvoeractiviteiten; de verwijzing naar een algemene opmerking van de Raad van State kan geen reden zijn om wijzigingen aan een tekst niet aan de afdeling Wetgeving voor te leggen; de verwijzing die de tussenkomenende partij maakt naar de “geringe” inhoudelijke waarde van de aangebrachte wijzigingen, naar de “verduidelijking” die zij alleen maar zouden bevatten of naar een “technische aangelegenheid”, mist elke geloofwaardigheid;

3.6.1. Overwegende, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, dat een middel, gesteund op de miskennen van de adviesverplichting van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, van openbare orde is; dat zulks impliceert dat de verzoekende partij, voor zover haar belang bij de vernietiging vaststaat, geen concreet belang bij het aanvoeren van dergelijk middel meer dient te bewijzen; dat, zoals hiervoor uiteengezet, de verzoekende partijen er belang bij hebben dat het bestreden reglementair besluit vernietigd wordt, omdat zulks voor hen de mogelijkheid opent om een nieuwe gedragscode uitgewerkt te zien die beter rekening houdt met hun belangen;

Overwegende dat uit de gegevens van het dossier blijkt dat het tweede voorstel van de CREG, waarin voor het eerst expliciet verwezen wordt naar activiteiten van doorvoer en dat opgesteld is nadat de Raad van State advies had gegeven, gesteund is op een studie over de specifieke vraag of de regeling van de doorvoer van gas een rechtsgrond kon vinden in de gaswet; dat die studie niet ter kennis van de afdeling Wetgeving gebracht is; dat uit het advies van de Raad van State nr. 33.902/1 ook niet blijkt dat de afdeling Wetgeving de thesis van de verwerende partij, dat de doorvoer in het bestreden besluit begrepen kon worden, aan een kritisch onderzoek onderworpen heeft; dat bovendien met het nieuwe voorstel van reglement van 20 februari 2003 nog andere wijzigingen werden voorgesteld; dat de tussenkomenende partij dan ook niet gevolgd kan worden waar zij stelt dat een nieuwe adviesaanvraag niets aan het eerder uitgebracht advies zou hebben kunnen veranderen;

Overwegende dat de omstandigheid dat de verzoekende partijen de mogelijkheid hebben gehad bij de CREG hun opmerkingen te doen gelden gedurende de voorbereiding van het ontwerp-besluit, hen niet het belang ontnemt

om aan de rechter de vernietiging van de reglementering te vragen; dat overigens de tussenkomende partij erkent dat de verzoekende partijen altijd de wettelijkheid van de toepassing van de gedragscode op doorvoeractiviteiten hebben betwist en daarnaast ook de specificiteit van de doorvoer in het licht gesteld hebben;

3.6.2. Overwegende dat buiten betwisting staat dat de tekst van het betreden besluit overeenkomstig artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State aan het advies van de afdeling Wetgeving onderworpen moest worden; dat zulks ook gebeurd is; dat te dezen de vraag aan de orde is of, gelet op de wijzigingen die de regering nadien nog aan het besluit aangebracht heeft, een nieuw advies van de afdeling Wetgeving vereist was; dat volgens vaste rechtspraak van de Raad van State dergelijk nieuw advies vereist is telkens aan een besluit wijzigingen worden aangebracht, behoudens diegene waarmee aan het advies van de Raad van State wordt tegemoetgekomen of die een zuiver formeel-redactioneel karakter hebben;

3.6.3.1. Overwegende dat de verwerende partij, daarin bijgevalen door de tussenkomende partij, van oordeel is dat de wijzigingen, voorgesteld in het derde deel van het CREG-voorstel nr (C)-030220-CREG-124 van 20 februari 2003 en die betrekking hebben op de wijziging van de artikelen 46, 47, §2, 50, en 86 van het oorspronkelijk ontwerp, marginaal zijn en overeenstemmen met het advies van de Raad van State;

Overwegende dat de wijzigingen aan artikelen 50 en 86 blijkens de toelichting die de CREG erbij gegeven heeft -pag. 21 en 22 van het voorstel (C)-030220-CREG-124: wat artikel 50 betreft, de verwijzing naar “de leesbaarheid van de bepaling” en wat artikel 86 betreft, het feit dat “de voorschriften in verband met de aansluiting beter (thuishoren) in de aansluitingsovereenkomst dan in het vervoerscontract”- geen inhoudelijk karakter hebben; dat daarentegen in het schorsingsarrest nr. 126.817 voorlopig aangenomen is dat de wijzigingen aan de artikelen 46 en 47, § 2, wel degelijk een inhoudelijke toevoeging bevatten; dat de Raad van State thans terzake definitief standpunt moet innemen;

3.6.3.2.1. Overwegende dat het derde deel van het CREG-voorstel betrekking heeft op “andere wijzigingen” dan deze voorgesteld “in het licht van de opmerkingen van de Raad van State” -die het eerste deel van het voorstel vormen- en deze voorgesteld “in het licht van de studie over de toepassing van de

gedragscode op de doorvoer van aardgas” -die het tweede deel van het voorstel uitmaken-; dat blijkens het CREG-voorstel (p. 21), de wijziging aan artikel 46 ingegeven is door de bekommernis om “de vervoersonderneming de mogelijkheid te geven de omvang van de gebruikte capaciteit te bepalen” terwijl de wijziging aan artikel 47, §2, beoogt “de speculatie op de capaciteits- en/of flexibiliteitsmarkt te beperken”;

3.6.3.2.2. Overwegende dat de artikelen 46 en 47 blijkens de toelichting bij het oorspronkelijk CREG-voorstel van 6 juni 2002, beogen “de mogelijke discriminatie tussen de huidige en mogelijk toekomstige netgebruikers te voorkomen” (p. 30), om aldus de vrije toegang tot het net, dat uiteraard een beperkte capaciteit heeft, maximaal te garanderen; dat die vrije toegang gewaarborgd wordt door de vaststelling van een aantal regels die de netgebruikers moeten aanzetten om een verantwoord reserveringsbeleid te voeren en die het mogelijk maken om, in geval van congestie, maatregelen te treffen opdat, waar nodig, gas aangeboden zou kunnen worden;

3.6.3.2.3. Overwegende dat de Raad van State in zijn advies bij artikel 47 van het hem voorgelegde ontwerp-besluit gesteld heeft dat, wegens het belang van de aangelegenheid, het bepalen van de criteria of de nadere regels voor het vaststellen van een congestie niet aan de minister gedelegeerd mocht worden maar dat zij in het besluit zelf dienden opgenomen te worden; dat in het tweede deel van het CREG-voorstel van 20 februari 2003, waarin de opmerkingen van de Raad van State onderzocht worden, daarop gerepliceerd is met de verwijzing naar het feit dat de definitie van congestie voldoende duidelijk was en er dan ook geen nadere regels of criteria dienden vastgesteld te worden (p. 10, punt 10);

Overwegende dat het “beter bepalen van de omvang van de niet-gebruikte capaciteit” geen verband houdt met het bestaan en de vaststelling van een congestie, waarover de Raad van State een opmerking gemaakt had; dat de niet-gebruikte capaciteit en de vaststellingen die dienaangaande moeten gebeuren enkel relevant aan de orde komen wanneer de vraag rijst naar het remediëren van een congestie en niet bij de vaststelling ervan, waarvoor enkel uitgemaakt moet worden of de vraag naar vaste capaciteit de beschikbare capaciteit -d.w.z. de capaciteit die niet toegewezen is, los van de vraag of die toegewezen capaciteit daadwerkelijk gebruikt is- overtreft; dat de wijziging aan artikel 46 van het aan de Raad van State

voorgelegd ontwerp dan ook geen verband houdt met de opmerking van de afdeling Wetgeving;

Overwegende dat ook artikel 47, § 2, van het aan de Raad van State voorgelegd ontwerp betrekking heeft op de bepaling van de omvang van de niet-gebruikte capaciteit; dat om de voormelde reden ook de voorgestelde wijziging aan die bepaling niet tegemoetkomt aan een opmerking van de afdeling Wetgeving;

3.6.3.2.4. Overwegende aldus dat uit het onderzoek van de zaak blijkt dat de wijzigingen die de verwerende partij aan de artikelen 46 en 47, § 2, van het bestreden besluit aangebracht heeft nadat de afdeling Wetgeving haar advies had verleend, niet het rechtstreeks gevolg zijn van de bemerkingen van de Raad van State;

3.6.3.2.5. Overwegende dat de toelichting die de CREG in zijn verslag van 20 februari 2003 bij de voorgestelde wijzigingen gegeven heeft (p. 21), ook aantoonst dat de verwerende partij de eerder voorgestelde regeling heeft willen aanvullen om het toezicht van de vervoersondernemingen op opduikende congestieproblemen te versterken; dat het aanvullen van het eerste ontwerp met dergelijke inhoudelijk nieuwe regeling een nieuwe raadpleging van de afdeling Wetgeving vereiste;

3.6.3.3.1. Overwegende, wat de wijzigingen betreft die in het tweede deel van het CREG-voorstel van 20 februari 2003 opgenomen zijn -aanpassingen als gevolg van de studie over de toepassing van de gedragscode op de doorvoer van aardgas-, dat de verwerende en de tussenkomenende partij voorhouden dat het niet om inhoudelijke toevoegingen gaat -of minstens dat de toevoeging zeer beperkt is- en dat zij in ieder geval een repliek vormen op de opmerkingen van de Raad van State;

3.6.3.3.2. Overwegende vooreerst dat de verwerende partij er ten onrechte vanuit gaat dat uit de enkele vaststelling dat het aan de Raad van State voorgelegd ontwerp reeds van toepassing was op de doorvoer van aardgas, volgt dat alle later aangebrachte wijzigingen inhoudelijk niets meer aan het eerste ontwerp toevoegen;

3.6.3.3.3. Overwegende dat geredelijk aangenomen kan worden dat de wijziging van artikel 9, § 4, van het eerste ontwerp -waarbij de vervoersmaatschappijen, in het kader van de hun opgelegde verplichting om bij de vaststelling de looptijden en de verdeling van de beschikbare capaciteit rekening te houden met de op de markt bestaande vraag, acht dienen te slaan niet alleen meer op

de “specifieke kenmerken van de vervoersdiensten waarop (de contracten) betrekking hebben” maar ook op de “specifieke behoeften van de netgebruikers die volgens objectieve en pertinente criteria worden gedefinieerd”- de nadere uitwerking is van artikel 6 waarin gesteld is dat de vervoersondernemingen vervoersdiensten moeten aanbieden “op een manier die tegemoetkomt aan de redelijke behoeften van de netgebruikers”; dat daarentegen de overige wijzigingen die hun oorsprong vinden in deel twee van het verslag van 20 februari 2003, wel degelijk een substantieel inhoudelijk karakter hebben; dat het daarvoor volstaat de verantwoording te lezen die in het voorstel van 20 februari 2003 (p. 16 tot 20) wordt aangevoerd; dat zulks het geval is voor :

- de precisering van de definitie van de “primaire markt” (artikel 1,48° van het bestreden besluit),
- de uitsluiting van de doorvoer uit het toepassingsgebied van artikel 4, § 2 (contracten over reservatie van capaciteit bestemd voor niet in aanmerking komende afnemers en distributieondernemingen),
- de uitdrukkelijk voorziene mogelijkheid om het bepaalde in artikel 6, tweede lid, 2°, 3° en 4° niet toe te passen op de doorvoer van aardgas (artikel 6, derde lid) en de verplichting om flexibiliteitsdiensten of “Line-pack” enkel te garanderen voor in België gevestigde eindafnemers (artikel 52, § 2,3° en 54, eerste lid),
- de uitsluiting van artikelen 56 en 71 op de contracten met nulflexibiliteit (artikel 56, vierde lid; 71, derde lid),
- de nieuwe regeling inzake de toewijzingsovereenkomsten van aardgas in doorvoer (artikel 64, tweede lid) en de daarbij aansluitende regeling van artikelen 65 en 66;

3.6.3.3.4. Overwegende dat de tussenkomenende partij opmerkt dat de hiervoor aangestipte wijzigende bepalingen een antwoord vormen op de opmerkingen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State; dat zij daarvoor refereert aan de in het advies 33.902/1 -onder punt 2.2.1.- gemaakte algemene opmerking; dat die opmerking betrekking heeft op de bepaling waarbij de vervoersonderneming, mits goedkeuring door de CREG de “belangrijkste voorwaarden” opstelt voor de toegang tot haar vervoersnet en dat die bepaling strijdig wordt geacht met artikel 15/5, § 3, tweede lid, 7°, van de gaswet in de mate dat de vervoersondernemingen daarmee -zich in de plaats stellend van de Koning-basisprincipes zouden vaststellen betreffende de rechten en de verplichtingen van de vervoersondernemingen en de netgebruikers voor de toegang tot het betrokken vervoersnet; dat de basisbeginselen, waarover artikel 15/5, § 3, tweede lid, 7° en 9°,

van de gaswet handelt, in het bestreden besluit geregeld zijn in hoofdstuk 8 (de artikelen 52 tot 89); dat de algemene opmerking van de afdeling Wetgeving waaraan hiervoor gerefereerd is, de aandacht van de regering gevestigd heeft op het feit dat de vervoersmaatschappijen middels de vaststelling van de “belangrijkste voorwaarden” voor de toegang tot hun net geen regeling mochten invoeren die eigenlijk als een “basisvoorwaarde” moet worden gezien en waarvoor enkel de Koning bevoegd is; dat die opmerking -daargelaten nog de vaststelling dat de in het tweede deel van het CREG-voorstel van 20 februari 2003 besproken bepalingen niet zonder meer als “basisvoorwaarden” kunnen worden beschouwd aangezien alleen hoofdstuk 8 van het bestreden besluit daarop betrekking heeft- de verwerende partij geenszins kon toelaten het aan de Raad van State voorgelegd ontwerp inhoudelijk te wijzigen of aan te vullen zonder het gewijzigde ontwerp opnieuw aan de afdeling Wetgeving voor te leggen;

3.6.3.3.5. Overwegende dat uit wat voorafgaat besloten moet worden dat de verwerende partij het ontwerp-besluit na ontvangst van het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State inhoudelijk gewijzigd heeft, meer bepaald waar zij de nieuwe voorstellen van de CREG, opgenomen in het tweede en derde deel van het voorstel (C)-030220-CREG-124, in het bestreden besluit verwerkt heeft zonder dit gewijzigde ontwerp opnieuw aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voor te leggen of aan te geven waarom de hoogdringendheid haar toeliet van dat advies af te zien; dat de verwerende partij daarmee het substantieel vormvoorschrift van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State miskend heeft; dat het middel gegrond is;

3.6.3.4. Overwegende dat, betrokken op het door de verzoekende partijen beperkte voorwerp van hun annulatieberoep, de onregelmatigheid aanleiding geeft tot de vernietiging van het bestreden besluit in de mate als vastgesteld in het beschikkend gedeelte;

4.1. Overwegende dat de tussenkomen partij betoogt dat het “in het belang van de openbaarheid en goede werking van de aardgasmarkt” aangewezen is om toepassing te maken van artikel 14ter van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dat de afdeling Administratie de mogelijkheid verleent om de gevolgen van een vernietigde verordeningsbepaling aan te wijzen die als gehandhaafd moeten worden beschouwd of die voorlopig gehandhaafd blijven voor de termijn die zij vaststelt; dat zij te dien aanzien betoogt wat volgt: een vernietiging zal zeer grote

problemen met zich brengen; wanneer vast komt te staan dat de gedragscode niet van toepassing is op doorvoeractiviteiten heeft dit volgende negatieve consequenties: de gedragscode is niet van toepassing op 67,2% en nieuwkomers hebben geen afdwingbare toegang en geen informatie over 47,9% van de bruikbare capaciteit aan de ingangspunten van het Belgisch vervoersnet, shippers met doorvoercapaciteit kunnen deze aanwenden voor binnenlands vervoer, de ontwikkeling van hub-activiteiten wordt afgeremd wegens juridische onzekerheid, mogelijke opsplitsing van activiteiten kunnen als kunstmatige juridische constructies bepaalde shippers benadelen, het congestiebeleid geldt slechts voor 32,8% van de capaciteit, de flexibiliteit wordt gehypothekeerd, synergiën tussen doorvoer en activiteiten op de binnenlandse markt worden bemoeilijkt, nieuwkomers worden geconfronteerd met een strenge regeling waaraan de verzoekende partijen niet onderworpen zijn, wat een discriminatie inhoudt voor de nieuwkomers en de positie van de verzoekende partijen versterkt hetgeen strijdig is met de basisbeginselen van de gasrichtlijnen en de gaswet; bovendien zal, rekening houdend met de aangevoerde middelen, de verwerende partij na een vernietiging precies dezelfde beslissing kunnen nemen, nu het eerste middel een vormvoorschrift betreft en het tweede middel steunt op een richtlijn die inmiddels vervangen is door een richtlijn die onmiskenbaar ook de doorvoer beoogt hetgeen als bijkomend gevolg heeft dat het gegrond bevinden van het beroep tot gevolg heeft dat België in overtreding is met het Europees recht in de mate dat de doorvoer van gas dan niet meer geregeld is;

4.2. Overwegende dat de Raad van State zijn bevoegdheid om de gevolgen van een vernietigde verordeningsbepaling met de nodige omzichtigheid dient uit te oefenen; dat bewezen moet worden dat, specifiek vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, de vernietiging onaanvaardbare gevolgen zal hebben;

4.3. Overwegende dat in dit geval de verwerende partij, die de eerste verantwoordelijke is voor het waarborgen van de rechtszekerheid, niet om de toepassing van voornoemd artikel 14ter gevraagd heeft, maar dat dit enkel gebeurd is door de tussenkommende partij, die in aangelegenheden als deze slechts bevoegd is om maatregelen voor te stellen aan de regering; dat voorts de tussenkommende partij haar vraag stoelt op de vrees voor “zeer verregaande gevolgen voor de aardgasmarkt” en op de vaststelling dat “precies dezelfde handeling opnieuw (kan) genomen worden”; dat zij evenwel niet duidelijk maakt op welke wijze die gevolgen de rechtszekerheid ernstig in het gedrang brengen, zeker nu zij zelf betoogt dat een vernietiging voor de verwerende partij toch de weg zal vrijmaken om precies

dezelfde beslissing te treffen; dat in die omstandigheden de Raad van State geen reden ziet om toepassing te maken van artikel 14ter van zijn gecoördineerde wetten,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de gedragscode inzake toegang tot de vervoersnetten voor aardgas, in zoverre het toepassing vindt op doorvoeractiviteiten in de zin van de richtlijn 91/296/EEG en artikel 1, 7°bis van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 700 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Artikel 3.

Dit arrest zal bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zes november 2000 en zes, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	voorzitter van de Raad van State,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	D. MOONS,	staatsraad,
	W. GEURTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

W. GEURTS.

J. DE BRABANDERE.