

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.233 van 5 februari 2009
in de zaak A. 124.619/XII-3612.**

In zake : de VZW FEDERATIE VAN TRANSPORTEURS DOOR
 MIDDEL VAN PIPELINE (FETRAPI),
 die woonplaats kiest bij
 advocaat D. Lindemans,
 kantoor houdende te Brussel,
 Keizerslaan 3

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaten S. Vernailen en H. Sebreghts,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 27.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de VZW Federatie van transporteurs door middel van pipeline (FETRAPI) op 29 juli 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van de Vlaamse Regering d.d. 29 maart 2002 betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privaat gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeeweringen en de dijken”;

Gelet op het arrest nr. 125.549 van 20 november 2003 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 22 december 2003 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door adjunct-auditeur I. Vos;

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

Gelet op de beschikking van 22 juli 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 7 oktober 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Honnay, die loco advocaat D. Lindemans verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat F. Horions, die loco advocaat S. Vernailen verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het advies van adjunct-auditeur I. Vos;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De verzoekende partij is een vereniging zonder winstoogmerk die uitsluitend is samengesteld uit leden die eigenaars en/of exploitanten zijn van transportleidingen gelegen in België. Het doel van de vereniging is de behartiging en de verdediging ten overstaan van de overheid van de belangen van de eigenaars of exploitanten van transportleidingen in België.

2. De wet van 12 april 1965 regelt “het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen”. De verzoekende partij verwijst naar de artikelen 3, 9 en 11 van deze wet. Deze bepalingen luiden als volgt :

“Art. 3. Het gasvervoer als bedoeld in artikel 2, 1/, maakt het voorwerp uit van een vergunning. Het vervoer bedoeld in artikel 2, 2/, en in het laatste lid van artikel 2, is onderworpen aan een voorafgaande toelating wanneer gebruik moet worden gemaakt hetzij van het openbaar domein, hetzij van een privaat erf, dat niet aan de vervoerdienst, aan de vervoerder of aan de betrokken ondernemingen toebehoort. De Koning bepaalt de spoedprocedure die toepasselijk is op het vervoer waarvan sprake onder littera f) van artikel 2, 2/.

Art. 9. De houder van een gasvervoervergunning of -toelating heeft het recht alle werken uit te voeren, onder, op of boven het openbaar domein, die nodig zijn voor de oprichting, de werking en het onderhoud in goede staat van de

gasvervoerinstallaties. Deze werken moeten worden uitgevoerd overeenkomstig de voorschriften van de algemene voorwaarden waarvan de tekst bij de vergunningsakte is gevoegd of onder de voorwaarden, die in de toelatingsakte zijn vermeld, en met inachtneming van alle ter zake geldende wets- en verordeningsbepalingen. Wanneer 's lands belang het vereist, heeft de Koning het recht de ligging of het tracé van de gasvervoerinstallatie en de desbetreffende werken te doen wijzigen. De kosten van deze wijzigingen komen ten laste van degene die de gasvervoerinstallatie exploiteert. Ditzelfde recht bezitten ook de Staat, de provincie en de gemeente ten aanzien van de gasvervoerinstallaties op hun openbaar domein opgericht. De aldus verrichte wijzigingen geschieden op kosten van degene die de gasvervoerinstallatie exploiteert, indien zij zijn opgelegd hetzij terwille van de openbare veiligheid, hetzij terwille van de vrijwaring van het landschapsschoon, hetzij in het belang van een openbare dienst of van de waterlopen, kanalen en openbare wegen, hetzij wegens verandering in de toegangen tot de eigendommen gelegen langs de openbare weg. In de andere gevallen komen de kosten ten laste van de Staat, de provincie of de gemeente; deze laatste kunnen dan een voorafgaande prijsberekening vragen; als er onenigheid is over de prijs van de uit te voeren werken, kunnen zij ze zelf uitvoeren.

Art. 11. Het gebruik waartoe het openbaar of het privaat domein dat gedeeltelijk wordt bezet, is bestemd, moet worden geëerbiedigd. Deze bezetting brengt generlei bezitsberoving mee, maar vormt een wettelijke erfdienstbaarheid van openbaar nut die elke daad verbiedt welke de gasvervoerinstallatie of de exploitatie ervan kan schaden. De eigenaar van het private erf dat met deze erfdienstbaarheid is bezwaard, kan binnen de termijn door de Koning bepaald, aan de Minister tot wiens bevoegdheid de energie behoort, laten weten dat hij aan de gerechtigde op de erfdienstbaarheid vraagt het bezette terrein aan te kopen. Wanneer tussen de eigenaar van het bezwaarde erf en de houder van een gasvervoervergunning of -toelating geen overeenstemming wordt bereikt voor een verkoop in der minne, is het hiernavolgende artikel 14 van toepassing”.

3. De artikelen 40 tot 43 van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993, in hun te dezen toepasselijke versie luiden als volgt :

“Artikel 40

§ 1. Het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken kan worden toegestaan met een vergunning.

§ 2. Het verkrijgen van een vergunning is onderworpen aan het betalen van een retributie, die kan bestaan uit een vast recht of een vast recht en een variabel gedeelte. De verschuldigde retributie kan eenmalig of periodiek worden geheven.

Artikel 41

De Vlaamse regering is gemachtigd de voorwaarden en de procedure inzake het toekennen van de vergunning evenals het bedrag en de wijze van inning van de retributie vast te stellen.

Artikel 42

De diensten die afhangen van de Vlaamse Regering en bevoegd zijn voor het beheer van de voornoemde domeingoederen, zijn belast met het afgeven van de

vergunning, de inning van de verschuldigde retributies en het toezicht op de naleving van de opgelegde vergunningsvoorwaarden.

Artikel 43

Kunnen van de retributie worden vrijgesteld:

- de gebruikers van de waterweg en hun bevoorraders;
- de aangelande eigenaars, huurders, pachters, evenals hun bevoorraders en bezoekers;
- de rederijen en scheepsbevrachters;
- het personeel van de intercommunales en concessiehoudende maatschappijen voor toezicht op hun installaties;
- de mindervaliden.

De volgende verrichtingen kunnen eveneens van de retributie worden vrijgesteld:

- activiteiten die zonder winstgevend oogmerk worden uitgevoerd en van sociale, culturele of pedagogische aard zijn;
 - werkzaamheden die in het kader van het bermbeheer of ecologisch beheer worden uitgevoerd en die daardoor de beheerder van de betrokken weg of waterweg geheel of gedeeltelijk ontslaan van het onderhoud.
- De Vlaamse regering bepaalt de nadere regelen”.

4. Het bestreden besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002 betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privaat gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken, geeft uitvoering aan de artikelen 40 tot 43 van het voormelde decreet van 18 december 1992.

Het eerste deel van het besluit bevat algemene bepalingen inzake het toekennen van vergunningen en het vaststellen en innen van retributies voor het privaat gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken. Deze bepalingen hebben betrekking op het toepassingsgebied, de vergunningsaanvraag, de algemene vergunningsvoorwaarden, de beëindiging van de vergunning, de retributies, de toezichtskosten, de laattijdige betalingen, de waarborg, de overtredingen, de retributievrijstellingen, de bestaande vergunningen en regularisaties.

5. Artikel 5 van dit besluit heeft betrekking op de duur van de vergunning en luidt als volgt :

“§ 1. De vergunning is precair en wordt in beginsel verleend voor onbepaalde duur. Ze kan evenwel ook worden toegekend voor een eenmalige, een periodieke of een in de tijd beperkte ingebruikneming.

§ 2. Onverminderd de bepalingen inzake het in gebreke blijven van de vergunninghouder kan de domeinbeheerder de vergunning op elk ogenblik geheel of gedeeltelijk intrekken, schorsen of wijzigen in het algemeen belang,

zonder dat de vergunninghouder aanspraak kan maken op schadeloosstelling. In geval van intrekking in het algemeen belang worden de al betaalde bedragen van de variabele retributie voor het lopende jaar pro rata per kalendermaand terugbetaald.”

Artikel 18 luidde in zijn te dezen toepasselijke versie als volgt :

“§ 1. Voor de in deel II omschreven ingebruiknemingen van het domeingoed is de vergunninghouder aan de domeinbeheerder een retributie verschuldigd die bestaat uit een eenmalige vaste retributie en een variabele retributie, tenzij hij van deze laatste retributie is vrijgesteld krachtens de bepalingen van dit besluit.

§ 2. De vaste retributie bedraagt 62 euro per vergunning. De vergunninghouder betaalt dat bedrag vooraf of bij de afgifte van de vergunning. De variabele retributie is jaarlijks verschuldigd. Ze wordt berekend overeenkomstig de bepalingen van deel II en de tarieven, vermeld in de bijlage bij dit besluit. De variabele retributie bedraagt minstens 62 euro per vergunning. De betalingstermijn bedraagt zestig kalenderdagen, te rekenen vanaf de verzending van de vordering. Als het domeingoed niet gedurende een volledig jaar wordt gebruikt, maar periodiek of eenmalig wordt gebruikt of als het gebruik ervan in de loop van een kalenderjaar een aanvang neemt, wordt de variabele retributie pro rata en per kalendermaand berekend.

§ 3. De retributies zijn gekoppeld aan de schommelingen van het indexcijfer en worden berekend aan de hand van de volgende formule : verschuldigd bedrag x nieuw indexcijfer/basisindexcijfer Het nieuwe indexcijfer is het indexcijfer van de consumptieprijzen van de maand december van het jaar dat voorafgaat aan het jaar waarop de heffing slaat. Het basisindexcijfer is het indexcijfer van de consumptieprijzen van december 2001.

§ 4. Onverminderd artikel 5 § 2, tweede lid kunnen de betaalde retributies van het lopende jaar niet teruggevorderd worden bij het beëindigen van de vergunning.

§ 5. De toezichtskosten op de uitvoering van de vergunde werkzaamheden worden ten laste gelegd van de vergunninghouder. Tenzij anders bepaald is in een protocol, worden de toezichtskosten aangerekend tegen de werkelijke kostprijs van de geleverde prestaties. De betalingstermijn bedraagt zestig kalenderdagen, te rekenen vanaf de verzending van de vordering.

§ 6. Tenzij anders bepaald in een protocol, wordt de vergunning ingeval zich meerdere kandidaten aanbieden voor het verkrijgen op eenzelfde plaats van een vergunning voor een ingebruikneming met commerciële inslag, verleend na offerteaanvraag.

§ 7. De vergunninghouder kan tegen de variabele retributie een bezwaarschrift indienen bij de bevoegde leidend ambtenaar, als hij meent dat die verkeerd is berekend. Met een bezwaarschrift kan hij tevens om uitstel of spreading van betaling van de retributie verzoeken. Het met redenen omklede bezwaarschrift wordt binnen de dertig kalenderdagen na de verzending van de vordering aangetekend verstuurd naar de in het eerste lid genoemde ambtenaar.

De leidend ambtenaar neemt een beslissing binnen zestig kalenderdagen vanaf de datum van verzending van het bezwaarschrift. De leidend ambtenaar kan deze termijn eenmaal verlengen met zestig kalenderdagen. Hij richt hiervoor een met redenen omkleed aangetekend schrijven aan de vergunninghouder. De leidend ambtenaar of de door hem gedelegeerde ambtenaar brengt de vergunninghouder op de hoogte van de beslissing via een aangetekende brief. Als de vergunninghouder binnen de in deze paragraaf gestelde termijn, geen kennisgeving van de beslissing heeft ontvangen, wordt het bezwaarschrift als ingewilligd beschouwd”.

Het tweede deel van het bestreden besluit van 29 maart 2002 bevat bijzondere bepalingen naar gelang de aard van de ingebruikname van het openbaar domein. Artikel 26 van het besluit handelt in het bijzonder over leidingen, netwerken en lokale installaties. Dit artikel luidde in zijn te dezen toepasselijke versie als volgt :

“§ 1. Voor het gebruik van het domeingoed voor leidingen, netwerken en lokale installaties van algemeen en privaat belang is een vergunning vereist en is een retributie verschuldigd.

§ 2. De retributie wordt berekend op basis van de ingenomen ruimte op, in of boven het domeingoed.

De ingenomen ruimte wordt bepaald door de diepte, breedte en lengte van de ingenomen ruimte met elkaar te vermenigvuldigen. De diepte is de afstand tussen de onderkant van de laagst gelegen leiding of installatie, en de bovenkant van de hoogst gelegen installatie. De breedte is de afstand tussen de meest links en de meest rechts gelegen leiding of installatie. De lengte wordt uitgedrukt in meter. Zowel voor de diepte als voor de breedte wordt een minimum van 10 cm genomen. Beschermende mantelbuizen of wachtbuizen met of zonder kabel worden samen met de leiding als één geheel beschouwd en bepalen mee de ingenomen ruimte.

Meerdere bovengrondse lijnen die op dezelfde steunen zijn aangebracht, worden aangerekend overeenkomstig het aantal leidingen.

In afwijking van het eerste lid wordt de retributie voor lokale installaties berekend op basis van de ingenomen oppervlakte op het domeingoed.

§ 3. Op verzoek van de vergunninghoudende maatschappijen kan bij overeenkomst een globalisatie van de vergunningen, de verschuldigde retributies en de jaarlijkse aanpassingen ervan toegestaan worden. De nadere regeling ervan wordt bepaald in een protocol.

§ 4. Het buiten gebruik stellen van een leiding, netwerk of lokale installatie heft de retributie niet op. Pas nadat de vergunninghouder ze effectief heeft laten verwijderen of nadat hij zich daartoe bereid heeft verklaard, maar om welbepaalde redenen de toestemming van de domeinbeheerder daartoe niet verkrijgt, is de retributie voor herziening vatbaar, na schriftelijke aanvraag. Tenzij de domeinbeheerder hem hiervan ontslaat, voert de vergunninghouder de verwijdering uit naar aanleiding van werkzaamheden door de domeinbeheerder of naar aanleiding van het aanleggen van nieuwe leidingen door de vergunninghouder zelf of een andere vergunninghouder.

§ 5. De retributies zijn bepaald in tarief C van de bijlage, gevoegd bij dit besluit”.

In de betrokken bijlage bij het bestreden besluit worden de tarieven van de variabele retributies bepaald. Inzake leidingen, netwerken en lokale installaties geldt het volgende :

“Tarief C : Leidingen, netwerken en lokale installaties
Distributieleidingen : 15 euro/m³ ingenomen ruimte met een minimum van 0,15 euro per lopende meter.
Vervoerleidingen en afvoerleidingen : 5 euro/m³ ingenomen ruimte met een minimum van 0,05 euro per lopende meter.
Lokale installaties : 2,5 euro/m² met een minimum van 2,5 euro/lokale installatie. Bovengrondse leidingen op dezelfde steun aangebracht : 0,5 euro/m per leiding”.

De ontvankelijkheid van het beroep

6. In een *eerste exceptie* werpt de verwerende partij de onontvankelijkheid op van het verzoekschrift tot nietigverklaring en van het verzoek tot voortzetting van de procedure. In de eerste plaats houden de door de verzoekende partij neergelegde notulen van de zitting van 14 december 2001 van de raad van bestuur van de verzoekende partij volgens de verwerende partij geen beslissing tot inrechtetreding in, aangezien het enerzijds slechts een voorwaardelijke beslissing is, in afwachting van het advies van een advocaat en het anderzijds een beslissing betreft die genomen werd vóór het bestreden besluit zelf. Voorts betwist de verwerende partij de geldigheid van het verzoek tot voortzetting omdat de verzoekende partij geen besluit tot voortzetting van de procedure, genomen door het daartoe bevoegde orgaan, bij het verzoek tot voortzetting heeft gevoegd.

7. De verzoekende partij heeft bij haar inleidend verzoekschrift een uittreksel neergelegd van de notulen van haar raad van bestuur van 14 december 2001 dat luidt als volgt :

“Op voorstel van de werkgroep, beslist de raad om bij de Raad van State een vordering in te dienen om het besluit van de Vlaamse regering betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor de privatieve bezetting van het openbare domein (nog in ontwerp) te laten schorsen en nietigverklaren en stelt hiervoor de advocaat Dirk Lindemans aan. De raad verleent eveneens zijn goedkeuring om Mr. Lindemans te raadplegen voor een advies alvorens de procedure te starten. De raad vraagt uitdrukkelijk om op de hoogte te worden gebracht van het advies van de advocaat alvorens de procedure te starten”.

Bij brief van 16 september 2002 heeft de verzoekende partij een aantal stukken aan de Raad van State medegedeeld waaruit volgens de verzoekende partij blijkt dat de beslissing van de raad van bestuur van 14 december 2001 wel degelijk bevestigd werd na de bekendmaking van het bestreden besluit. Het betreft meer bepaald brieven of e-mails van leden van de verzoekende partij waarin wordt meegedeeld dat de betrokken leden akkoord gaan met het instellen bij de Raad van State van een procedure tot nietigverklaring en schorsing van het bestreden besluit.

8.1. De raad van bestuur heeft wel degelijk op 14 december 2001 beslist om een schorsings- en annulatieberoep in te stellen bij de Raad van State tegen het bestreden besluit -en zulks niet voorwaardelijk en in afwachting van een advies van een advocaat, zoals de verwerende partij betoogt. Wel werd gevraagd over het advies van de advocaat te worden ingelicht. Uit de door de verzoekende partij overgemaakte brieven en e-mails van de leden van de raad van bestuur blijkt dat deze informatie zonder nader gevolg is gebleven.

Het feit dat de machtiging om in rechte te treden dient te worden verleend vóór het verstrijken van de beroepstermijn bij de Raad van State, belet niet, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, dat de machtiging reeds kan worden verleend alvorens deze termijn begint te lopen, op voorwaarde dat het voorwerp van het beroep ondubbelzinnig in de machtiging is bepaald. Te dezen wordt in de machtiging verwezen naar “het besluit van de Vlaamse regering betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor de privatieve bezetting van het openbare domein (nog in ontwerp)”. Er kan aldus redelijkerwijze geen twijfel over bestaan dat hiermee het bestreden besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002 betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken, wordt bedoeld. De verwerende partij toont bovendien niet aan dat het ontwerp van het bestreden besluit tussen 14 december 2001 en de aanname ervan op 29 maart 2002 dermate zou zijn gewijzigd, dat de beslissing van 14 december 2001 van de raad van bestuur van de verzoekende partij niet kan worden geacht een machtiging in te houden om een annulatieberoep in te stellen tegen het bestreden besluit.

8.2. Met een verzoek tot voortzetting van de procedure, na de betekening van een arrest over de vordering tot schorsing, wordt geen nieuw beroep

ingediend. De raadsman van de verzoekende partij mocht op grond van zijn algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid om de voortzetting van het regelmatig ingestelde geding vragen, zoals te dezen is gebeurd op 22 december 2003.

8.3. De eerste exceptie wordt aldus verworpen.

9.1. De verwerende partij betwist in een *tweede exceptie* het belang in hoofde van de verzoekende partij. Volgens de verwerende partij toont de verzoekende partij niet concreet aan dat een nietigverklaring van het bestreden besluit een nuttig gevolg zou opleveren voor de verzoekende partij, rekening houdende met de beperkingen die voortvloeien uit haar rechtsvorm en haar maatschappelijk doel. De verwerende partij betwist eveneens de representativiteit van de verzoekende partij en stelt daarnaast dat niet is aangetoond dat de verzoekende partij een duurzame en effectieve werking heeft, overeenkomstig haar statuten.

Uit de statuten van de verzoekende partij blijkt dat zij onder meer tot doel heeft “het behartigen van de belangen van de aangesloten eigenaars en/of uitbaters van de leidingen van vervoer van eender welke producten, gelegen in België”, dat zij hiertoe “stelling kan nemen” en “haar leden vertegenwoordigen bij de Belgische of Europese overheidsinstanties of bij elk ander privaatrechtelijk lichaam, alsook ten opzichte van de publieke opinie” en dat zij alle handelingen kan uitvoeren die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking hebben op haar doel. Dit maatschappelijk doel wordt door het bestreden besluit van 29 maart 2002 geraakt en de verzoekende partij handelt aldus met het instellen van het annulatieberoep in het kader van haar maatschappelijk doel.

De representativiteit van een vereniging is een feitenkwestie die wordt beoordeeld aan de hand van de statuten, de werking van de vereniging en de penetratiegraad van de vereniging in de groep die zij voorgeeft te vertegenwoordigen. Rekening houdende met de leden zoals deze blijken uit de statuten, namelijk eigenaars en/of exploitanten van transportleidingen gelegen in België, en met het feit dat de verwerende partij zelf geregeld in overleg treedt met de verzoekende partij, kan niet ernstig worden betwist dat de verzoekende partij over de vereiste representativiteit beschikt, en een voldoende duurzame werking aan de dag legt.

Ook de tweede exceptie kan bijgevolg niet worden aanvaard.

10.1. In een *derde exceptie* stelt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de nietigverklaring van alle artikelen van het bestreden besluit, aangezien zij haar grieven uitsluitend toespitst op de artikelen 5, §2 en 26, §§ 2 en 4, die alle betrekking hebben op het aanleggen van leidingen. Het annulatieberoep kan volgens de verwerende partij enkel betrekking hebben op de artikelen waarvan een eventuele nietigverklaring de verzoekende partij tot voordeel zou strekken.

10.2. De Raad van State valt de verwerende partij bij in haar stelling dat de verzoekende partij geen belang heeft bij een nietigverklaring van alle artikelen van het bestreden besluit, doch slechts van de bepalingen die op haar leden van toepassing zijn. Hierna wordt het onderzoek van de zaak dan ook tot die bepalingen beperkt.

De gegrondheid van het beroep

11. De verzoekende partij steunt een *eerste middel* op de “schending van artikel 159 van de Grondwet, van artikel 6, § 1 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen [...], van de artikelen 40 tot 43 van het decreet van het Vlaams Parlement van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993, van de artikelen 3, 9 en 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen [...], van het evenredigheidsbeginsel en van het vertrouwensbeginsel”.

Zij onderbouwt dit middel als volgt :

“Doordat het bestreden besluit op een dusdanige wijze uitvoering geeft aan de genoemde decretale bepalingen dat het de facto een reglementering inhoudt inzake vervoer en productie van energie,

Terwijl de bevoegdheid inzake vervoer en productie van energie door de bijzondere wetgever uitdrukkelijk werd voorbehouden aan de federale regelgever;

En doordat het bestreden besluit van die aard is dat het uitoefening van de federale bevoegdheid inzake gasvervoer bijzonder bemoeilijkt of zelfs onmogelijk maakt,

Terwijl het gewest zijn bevoegdheid inzake het gebruik van zijn openbaar domein niet op een zodanige wijze mag uitoefenen dat dit voor de federale overheid het voeren van een doeltreffend beleid inzake het vervoer van energie onmogelijk zou maken”.

De verzoekende partij stelt vast dat het bestreden besluit een tegenstrijdige regeling uitwerkt voor datgene wat reeds is geregeld in de artikelen 3, 9 en 11 van voormelde wet van 12 april 1965. Het beginsel van de hiërarchie van de normen, zoals vervat in artikel 159 van de Grondwet, houdt volgens de verzoekende partij in dat het bestreden besluit als lagere norm dient te wijken voor de hogere wettelijke norm.

12. De verwerende partij stelt dat het bestreden besluit geenszins in strijd is met hogere federale regelgeving en dat deze laatste in feite als impliciet opgeheven dient te worden beschouwd in de mate dat zij nog de privatieve ingebruikname van het openbaar domein van de wegen en waterwegen zou beogen te regelen. Op grond van artikel 6, §1, X, 2/bis, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, vormt dit immers een exclusieve bevoegdheid van het Vlaamse gewest. Met het bestreden besluit oefent het Vlaamse Gewest dus zijn eigen bevoegdheid uit en respecteert het de federale bevoegdheid inzake vervoer en productie van energie. De federale overheid regelt de toekenning van de vervoervergunning en de gewestelijke overheid, als domeinbeheerder, regelt de modaliteiten waaronder de privatieve ingebruikname van het openbaar domein dient te geschieden zonder dat hierdoor de tenuitvoerlegging van de vervoervergunning wordt miskend of onmogelijk gemaakt.

De verwerende partij stelt de Raad van State voor, de volgende prejudiciële vraag voor te leggen aan het Grondwettelijk Hof :

“Zijn de artikelen 3, 9 en 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen in strijd met de bevoegdheidsverdelende bepalingen zoals vastgelegd in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, inzonderheid met artikel 6, §1, X 1/, 2/ en 2/bis, in de mate deze artikelen de federale overheid nog zouden toelaten het privaat gebruik van het openbaar domein te reguleren?”.

In haar memorie van wederantwoord stemt de verzoekende partij -in ondergeschikte orde- in met het voorleggen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof.

13. In verband met het bevoegdheidsconflict dat in dit middel aan de orde is, dient te worden verwezen naar het arrest nr. 151.824 van 29 november 2005 waarin de Raad van State reeds de volgende vier prejudiciële vragen heeft voorgelegd aan het Grondwettelijk Hof :

“1. Schendt artikel 40, § 1, van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken aan een vergunningsplicht te onderwerpen voor het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken?

2. Schenden de artikelen 40, § 2, tot 43 van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door een retributie op te leggen aan de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken voor de vergunning, vereist voor het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken?

3. Schendt artikel 97 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken te machtigen om het openbaar domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken te gebruiken om kabels, bovengrondse leidingen en bijhorende uitrustingen aan te leggen en alle nodige werken hieraan uit te voeren zonder dat het Vlaamse Gewest het toelaten van dit privaat gebruik van zijn openbaar domein aan een vergunningsplicht mag onderwerpen?

4. Schendt artikel 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door het Vlaamse Gewest te verbieden, voor het gebruiksrecht van het openbaar domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken, aan de operatoren van openbare telecommunicatienetwerken een retributie op te leggen?”.

Met het arrest nr. 172/2006 van 22 november 2006 antwoordde het Grondwettelijk Hof op de door de Raad van State voorgelegde vragen. Aangaande de vergunningsplicht opgelegd door het bestreden besluit kan uit dit arrest worden afgeleid dat het Vlaamse Gewest bevoegd is om een vergunningsplicht op te leggen aan de diverse gebruikers van het openbaar domein, doch dat het Vlaamse Gewest bij de uitoefening van die bevoegdheid het evenredigheidsbeginsel in acht dient te nemen, dat inherent is aan elke

bevoegdheidsuitoefening, en dat het er derhalve over moet waken de uitoefening van de federale bevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk te maken.

Voorts stelde het Hof dat het aanvragen en verkrijgen van een vergunning zoals geregeld in het voornoemde decreet van 18 december 1992 op zich niet kan worden beschouwd als een onevenredige maatregel die de uitoefening van de federale bevoegdheden inzake telecommunicatie onmogelijk of overdreven moeilijk maakt, zodat artikel 40, § 1, van het voormelde decreet van 18 december 1992 als dusdanig het evenredigheidsbeginsel niet schendt. Aangezien de Vlaamse Regering overeenkomstig artikel 41 van het decreet van 18 december 1992 wordt gemachtigd de voorwaarden en de procedure inzake het toekennen van de vergunning vast te stellen, komt het volgens het Hof aan de Raad van State toe na te gaan of zij in de uitoefening van die bevoegdheid het evenredigheidsbeginsel in acht heeft genomen.

14. Er dient te worden opgemerkt dat de prejudiciële vragen die aan het Grondwettelijk Hof werden voorgelegd in het arrest nr. 151.824 van 29 november 2005 uitsluitend betrekking hadden op de bevoegdheid van de decreetgever om het privaat gebruik van het openbaar domein te regelen in relatie tot de artikelen 97 en 98 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven, en de bevoegdheid van de federale wetgever om de telecommunicatie te regelen. Voormeld arrest van het Grondwettelijk Hof bevat dan ook enkel een uitspraak over dit bevoegdheidsconflict.

Het Grondwettelijk Hof heeft zich vooralsnog niet uitgesproken over de te dezen ter discussie zijnde bevoegdheid van de decreetgever om het privaat gebruik van het openbaar domein te regelen in relatie tot de artikelen 3, 9 en 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, en de federale bevoegdheid inzake de grote infrastructuur voor de stockering, het vervoer en de productie van energie vervat in artikel 6, §1, VII, tweede lid, c, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980.

In het auditoraatsverslag wordt dan ook voorgesteld om de door de verwerende partij gesuggereerde prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof als volgt te herformuleren :

“1. Schendt artikel 40, § 1, van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door houders van een vervoervergunning overeenkomstig de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, aan een vergunningsplicht te onderwerpen voor het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken?

2. Schenden de artikelen 3, 9 en 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door de houders van een vervoervergunning te machtigen om alle werken uit te voeren, onder, op of boven het openbaar domein, die nodig zijn voor de oprichting, de werking en het onderhoud in goede staat van de gasvervoersinstallaties en door een wettelijke erfdienstbaarheid van openbaar nut toe te kennen zonder dat het Vlaamse Gewest het toelaten van dit privaat gebruik van zijn openbaar domein aan een vergunningsplicht mag onderwerpen?”.

15. In haar laatste memorie betwijfelt de verwerende partij de opportuniteit van het voorleggen van deze twee prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof. Zij vraagt dat het arrest nr. 172/2006 van 22 november 2006 van het Grondwettelijk Hof naar analogie zou worden toegepast. De verwerende partij voert hiertoe aan dat “wat geldt voor de wetgeving ter zake de telecomoperatoren geldt ipso facto ook ten aanzien van de wetgeving terzake de houders van een vervoervergunning overeenkomstig de wet van 12 april 1965”.

In ondergeschikte orde stelt de verwerende partij voor om “voor de volledigheid” de tweede prejudiciële vraag uit te breiden zodat zij ook de artikelen 13 en 16, eerste lid, 2/ en 3/ en tweede lid, van de voornoemde wet van 12 april 1965 zou omvatten, “aangezien deze artikelen uitdrukkelijk de privaatieve ingebruikname van het openbaar domein viseren”.

16. De argumentatie van de verwerende partij omtrent de opportuniteit van de prejudiciële vraagstelling wordt niet aanvaard. Immers wordt de toepassing van een arrest “naar analogie” niet vermeld onder de uitzonderingsgronden in artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, in welk geval de Raad van State er niet toe is gehouden een prejudiciële vraag te stellen. Artikel 26, §2, tweede lid, 2/ - waarvan de verwerende partij de toepassing lijkt te vragen- bepaalt wel als uitzonderingsgrond het geval waarin het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of beroep

“met een identiek onderwerp”. Zoals hiervoor is vastgesteld, is dergelijke voorwaarde te dezen niet vervuld.

De verwerende partij kan evenmin worden bijgevalen in haar stelling dat de tweede prejudiciële vraag dient te worden uitgebreid om ook de artikelen 13 en 16, eerste lid, 2/ en 3/ en tweede lid van de voornoemde wet van 12 april 1965 te omvatten. In het middel wordt naar deze artikelen niet verwezen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Aan het Grondwettelijk Hof worden de volgende prejudiciële vragen gesteld :

“1. Schendt artikel 40, §1, van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993, de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door de houders van een vervoervergunning overeenkomstig de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, aan een vergunningsplicht te onderwerpen voor het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden, van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken, ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest?

2. Schenden de artikelen 3, 9, 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, de regels die de onderscheiden bevoegdheden vaststellen van de Staat en de gewesten door de houders van een vervoervergunning te machtigen om alle werken uit te voeren, onder, op of boven het openbaar domein, die nodig zijn voor de oprichting, de werking en het onderhoud in goede staat van de gasvervoerinstallaties en door een wettelijke erfdiensbaarheid van openbaar nut toe te kennen zonder dat het Vlaamse Gewest het toelaten van dit privaat gebruik van zijn openbaar domein aan een vergunningsplicht mag onderwerpen?”

Artikel 3.

Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt ermee gelast, na de ontvangst van het antwoord van het Grondwettelijk Hof op de voormelde prejudiciële vragen, het onderzoek van de zaak voort te zetten.

Artikel 4.

De kosten worden in beraad gehouden.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijf februari 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.