

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 198.448 van 3 december 2009
in de zaak A. 145.743/VII-37.492.**

In zake: de CVBA SIBELGAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jacques Putzeys en tevens door
advocaat Vincent Busschaert
kantoor houdend te Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en
Gasmarkt (VREG)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sven Vernaillen
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij:
de CVBA Intercommunale voor Energie (IVEG)
gevestigd te Hoboken
Antwerpsesteenweg 260
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 december 2003, strekt, naar de termen van het inleidend verzoekschrift, tot de nietigverklaring van :
 - "de beslissing van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt van 14 oktober 2003 tot aanwijzing van CVBA SIBELGAS als aardgasnetbeheerder overeenkomstig artikel 6 van het Aardgasdecreet voor zover de aanvraag van de SIBELGAS om aangewezen te worden als beheerder van het aardgasdistributienet gelegen op het grondgebied van de gemeenten Steenokkerzeel en Kampenhout wordt afgewezen",
en van

- "de beslissing van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt van 14 oktober 2003, tot aanwijzing van de CVBA Intercommunale voor Energie I.V.E.G. (...) als beheerder van het aardgasdistributienet gelegen op het grondgebied van de gemeenten Steenokkerzeel en Kampenhout".

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 19 april 2004. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 november 2009.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frank Judo, die loco advocaten Vincent Busschaert en Jacques Putzeys verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sven Vernailen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Wettelijk kader en feiten

3.1. Op 28 oktober 2002 beslist de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna : VREG) tot aanduiding van de voorlopige aardgasnetbeheerders met toepassing van artikel 55 van het besluit van de Vlaamse regering van 11 oktober 2002 houdende de organisatie van de aardgasmarkt (hierna : aardgasbesluit), besluit genomen in uitvoering van het decreet van 6 juli 2001 houdende de organisatie van de gasmarkt (hierna : aardgasdecreet).

Luidens dit artikel 55 kan de VREG bij wijze van overgangsmaatregel de personen die op het ogenblik van de inwerkingtreding van het aardgasbesluit instaan voor de aardgasdistributie in het Vlaamse Gewest, voorlopig aanduiden als aardgasnetbeheerder; deze aanduiding eindigt op het ogenblik dat een definitieve aardgasnetbeheerder wordt aangewezen, en in ieder geval één jaar na de publicatie van het aardgasbesluit in het Belgisch Staatsblad, dit is uiterlijk op 18 oktober 2003.

De verzoekende partij en de tussenkomende partij worden als voorlopige aardgasnetbeheerders aangeduid. Wat het aardgasdistributienet op het grondgebied van de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel betreft, wordt de tussenkomende partij als voorlopige beheerder aangeduid.

3.2. Overeenkomstig artikel 22 van het aardgasbesluit kondigt de VREG het opstarten aan van de procedure tot aanwijzing van de aardgasnetbeheerders in het Vlaamse Gewest.

3.3. De verzoekende partij stelt zich op 30 april 2003 kandidaat. Onder punt 1.4 van het aanvraagdossier omschrijft zij het gebied waarop de aanvraag betrekking heeft; naast de gemeenten Grimbergen, Machelen, Meise, Vilvoorde en Wemmel worden eveneens de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel aangeduid, waarbij echter vermeld wordt dat voor deze twee laatste gemeenten een gerechtelijke procedure aan de gang is in het kader van de vereffening van de Tussengemeentelijke Elektriciteitsvereniging van Kampenhout en Steenokkerzeel (hierna: TGEK) waarvan de twee gemeenten lid zijn.

3.4. De tussenkomende partij stelt zich eveneens kandidaat en vermeldt als leveringsgebied de gemeenten Aartselaar, Antwerpen, Boechout, Hemiksem, Kampenhout, Laakdal, Niel, Stabroek en Steenokkerzeel.

Wat betreft de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel verstrekt zij uitleg over het feit dat beide gemeenten de TGEK hadden opgericht en

aangeduid als de distributeur van elektriciteit en aardgas op het grondgebied van die gemeenten; de TGEK was dan toetreden tot de verzoekende partij; in 1999 beslisten de gemeenten de TGEK te ontbinden en toe te treden tot de tussenkomen partij voor aardgas en tot de CVBA Provinciale Brabantse Energiemaatschappij (hierna: PBE) voor elektriciteit; de verzoekende partij vorderde voor de rechtbank te horen zeggen voor recht dat zij als enige instaat voor de energiedistributie en dat de beslissingen van de gemeenten om hun rechten in te brengen in de PBE en de tussenkomen partij nietig zijn; bij vonnis van 13 september 2001 werd deze vordering afgewezen. Bij beschikking van 8 januari 2002 van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in kort geding, bevestigd door het hof van beroep van Brussel op 9 april 2003, werd aan de verzoekende partij het verbod opgelegd om nog enige activiteit met betrekking tot aardgas te ontplooiën op het grondgebied van beide gemeenten.

3.5. In een brief van 21 mei 2003 deelt de verzoekende partij aan de VREG mee dat zij de enige volle eigenaar is van het aardgasdistributienet in de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel en ze vervolgt :

"Overeenkomstig artikel 5, § 1, 3/, van het Decreet van 6 juli 2001 en artikel 9 van het Besluit van 11 oktober 2002 kan slechts de volle eigenaar of de houder van een gebruiksrecht (exploitatie-recht) toegekend door de volle eigenaar van het aardgasdistributienet aangesteld worden als aardgasdistributienetbeheerder.

Voor wat betreft het aardgasdistributienet in Kampenhout en Steenokkerzeel dat toebehoort aan Sibelgas werd geen enkel gebruiksrecht (exploitatie-recht) toegekend aan een andere partij zodat overeenkomstig voormelde artikelen enkel Sibelgas in aanmerking kan komen om als aardgasdistributienetbeheerder in Kampenhout en Steenokkerzeel aangeduid te worden".

3.6. Op 14 oktober 2003 neemt de VREG de eerste bestreden beslissing waarbij de verzoekende partij aangewezen wordt als beheerder van het aardgasdistributienet waarop zij een eigendomsrecht en/of gebruiksrecht heeft, gelegen op het volledige grondgebied van de gemeenten Grimbergen, Machelen, Meise, Vilvoorde en Wemmel, voor een periode van twaalf jaar, dewelke een aanvang neemt op 14 oktober 2003.

In de overwegingen wordt uitdrukkelijk vermeld dat niet ingegaan wordt op de vraag van de verzoekende partij om als beheerder van het aardgasdistributienet van de gemeenten Steenokkerzeel en Kampenhout te worden aangeduid en dit, gelet op de hangende gedingen nopens de eigendom van de aardgasdistributie-installaties, om reden dat niet kan worden uitgemaakt wie de eigenaar van deze installaties is; er is dan ook, aldus de beslissing, geen reden om

af te wijken van het voorstel van de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel houdende de aanduiding van de tussenkomende partij.

Dit besluit wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 30 oktober 2003.

3.7. Eveneens op 14 oktober 2003 duidt de VREG bij afzonderlijke beslissing, de tweede thans bestreden beslissing, de tussenkomende partij aan als beheerder van het aardgasdistributienet van, onder meer, de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel en dit voor een periode van twaalf jaar, dewelke een aanvang neemt op 14 oktober 2003.

Dit besluit wordt eveneens bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 30 oktober 2003.

3.8. Op 30 september 2004 velst het hof van beroep te Brussel een arrest waarbij het beroep van de verzoekende partij tegen een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Brussel van 13 september 2001 wordt verworpen en er onder meer wordt geoordeeld dat de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel hun energiedistributierechten hebben behouden, dat ze de distributie van elektriciteit op hun grondgebied hebben toevertrouwd aan de PBE per 1 januari 2000 en de distributie van aardgas aan de tussenkomende partij per 15 oktober 2001, en dat de verzoekende partij geen aanspraak kon laten gelden op deze energiedistributierechten.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Ontvankelijkheid ratione temporis

Uiteenzetting van de exceptie

4. De tussenkomende partij betoogt dat het beroep, wat de eerste bestreden beslissing betreft, onontvankelijk is wegens laattijdigheid; de eerste bestreden beslissing werd op 16 oktober 2003 aan de verzoekende partij betekend; het beroep dagtekent van 22 december 2003, dit is buiten de beroepstermijn; weliswaar werd bij de kennisgeving de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State niet vermeld doch de verzoekende partij kan zich niet nuttig op een schending van artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State beroepen nu ze als administratieve overheid zelf op de hoogte is van het bestaan en de modaliteiten van dergelijk beroep.

Beoordeling

5. Noch de (eerste) bestreden beslissing zelf, noch de kennisgevingsbrief vermelden de beroepsmogelijkheden overeenkomstig artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State zoals van toepassing op het ogenblik van die bestreden beslissing. De schending van deze bepaling houdt in dat de verjaringstermijn voor het beroep bij de Raad van State nog geen aanvang heeft genomen. De omstandigheid dat de verzoekende partij een bijzondere kennis draagt van deze bepaling is voor de toepassing van dit artikel, dat de openbare orde raakt, irrelevant.

De exceptie van laattijdigheid wordt verworpen.

B. Ontvankelijkheid naar belang

Standpunt van de partijen

6. De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij niet beschikt over het vereiste belang; de bestreden beslissingen zouden geen impact hebben op de rechtspositie van de verzoekende partij daar de vermeende rechtsgevolgen van de afwijzing niet rechtstreeks zouden voortvloeien uit de bestreden beslissingen, doch uit de beslissing van 28 oktober 2002 die niet aangevochten werd.

Voorts betoogt de verwerende partij dat ze als regulator steeds kan ingrijpen in de mate mocht komen vast te staan dat een definitief aangeduide aardgasdistributienetbeheerder niet langer aan de voorwaarden van het aardgasdecreet of diens uitvoeringsbesluiten zou voldoen.

Ten slotte betoogt de verwerende partij dat de verzoekende partij met haar beroep een rechtstitel poogt te verwerven in het kader van de gedingen voor de gewone rechter; zij meent dat dergelijk belang slechts een onrechtstreeks belang is.

7. De tussenkomende partij betoogt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep om reden dat ze door de gewone rechter het verbod is opgelegd, tot een uitspraak ten gronde, daden betreffende de aardgasdistributie op het grondgebied van de gemeenten Steenokkerzeel en Kampenhout te verrichten. In

die omstandigheden is het de verzoekende partij onmogelijk het beheer waar te nemen en dus aangeduid te worden als netbeheerder.

8. De verzoekende partij antwoordt hierop dat niet in redelijkheid kan worden betwist dat de bestreden beslissingen haar rechtspositie wijzigen. Een terugkeer naar de beslissing van 28 oktober 2002 betekent een voordeel voor de verzoekende partij daar deze regeling van tijdelijke aard is en de bestreden beslissingen daarentegen gelden voor een duur van twaalf jaar.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat de stelling van de verwerende partij dat zij slechts een titel wenst te bekomen dienstig in burgerlijke gedingen, een onbewezen beschuldiging is.

Beoordeling

9. De verzoekende partij heeft zich kandidaat gesteld om de beheerder van het aardgasdistributienet te worden voor het grondgebied van de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel. De verwerende partij heeft met de bestreden beslissingen niet de verzoekende partij maar de tussenkomende partij als beheerder aangeduid. Deze vaststelling volstaat om in hoofde van de verzoekende partij in beginsel het vereiste belang te onderkennen.

10. De bestreden beslissingen wijzen de tussenkomende partij voor een periode van twaalf jaar aan als de beheerder van het aardgasdistributienet; de omstandigheid dat een vernietiging van deze bestreden beslissingen de verzoekende partij zou kunnen terugplaatsen in de toestand geregeld door de beslissing van 28 oktober 2002 van de verwerende partij waarbij de tussenkomende partij als voorlopige aardgasnetbeheerder werd aangesteld, leidt niet tot de conclusie dat de verzoekende partij geen belang zou hebben bij haar beroep daar de verwerende partij een nieuwe beslissing over de definitieve aanduiding als beheerder zal dienen te nemen.

11. De omstandigheid dat de tussengekomen beslissingen van de gewone rechter een invloed hebben op het belang van de verzoekende partij, wordt bij de beoordeling van het enig middel betrokken.

De exceptie van gebrek aan belang bij het beroep wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Standpunt van de partijen

12. De verzoekende partij roept in haar enig middel de schending in van de artikelen 5, § 1, 3/, en 6 van het aardgasdecreet en van artikel 9 van het aardgasbesluit en dwaling omtrent de feiten.

Uit de artikelen 5, § 1, 3/, en 6 van het aardgasdecreet en artikel 9 van het aardgasbesluit volgt dat slechts als beheerder kan worden aangewezen de aanvrager die beschikt over een eigendoms- of exploitatierecht voor het aardgasdistributienet in kwestie en dat de verwerende partij slechts op voorstel van een gemeente een beheerder mag en kan aanwijzen indien het distributienet in kwestie geheel of gedeeltelijk eigendom is van die gemeente.

In essentie betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissingen steunen op de overweging dat uit de beschikking van 13 september 1999 van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel en uit het bevestigend arrest van 29 november 2000 van het hof van beroep te Brussel zou blijken dat de tussenkomende partij houder is van de gasdistributierechten in de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel.

Uit deze rechterlijke uitspraken kan echter niet worden afgeleid dat de gemeenten Steenokkerzeel en Kampenhout de eigendom zouden hebben van het distributienet of dat de tussenkomende partij er een exploitatierecht over zou hebben. Hieruit vloeit voort dat de motivering van de bestreden beslissingen duidelijk wederrechtelijk en onjuist is, en bijgevolg niet draagkrachtig kan zijn.

13. De verwerende partij antwoordt dat zij, na de aanduiding van de voorlopige beheerders, verplicht was over te gaan tot de aanduiding van de definitieve beheerders. Bepalend bij die definitieve aanduiding voor het net op het grondgebied van de gemeenten Steenokkerzeel en Kampenhout was de omstandigheid dat de continuïteit van de dienstverlening van primordiaal belang was, dat de tussenkomende partij de functie van aardgasdistributienetbeheerder aldaar reeds uitoefende sinds 16 oktober 2001, dat het aanvraagdossier van de verzoekende partij geen voorstel of advies van de gemeenten Steenokkerzeel en

Kampenhout bevatte in tegenstelling tot het aanvraagdossier van de tussenkomende partij en dat van dit voorstel of advies slechts door de verwerende partij kan worden afgeweken indien is komen vast te staan dat de voorgestelde kandidaat niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5 van het aardgasdecreet.

Daar niet ontegensprekelijk vaststond dat de door de twee gemeenten voorgestelde beheerder niet zou voldoen aan die voorwaarden van voormeld artikel 5, was de verwerende partij verplicht de tussenkomende partij aan te duiden.

14. De verzoekende partij benadrukt in haar memorie van wederantwoord dat de tussenkomende partij niet beantwoordt aan de voorwaarde van artikel 5, § 1, 3/, van het aardgasdecreet met betrekking tot het bestaan van een eigendoms- of exploitatierecht, daar waar de verzoekende partij zelf eigenaar is van het distributienet.

15. De tussenkomende partij wijst op de informatie inzake de gedingen voor de gewone rechter die ze voegde bij haar aanvraagdossier, zodat de verwerende partij met kennis van zaken tot haar beslissingen is kunnen komen.

16. In haar laatste memorie verzet de verzoekende partij zich tegen de stelling dat de verwerende partij in het licht van het arrest van het hof van beroep te Brussel van 30 september 2004 geen andere beslissingen zou kunnen nemen als de thans bestreden beslissingen; voorts richt de verzoekende partij zich naar de wijsheid van de Raad van State wat betreft de weerslag van het arrest van het hof van beroep te Brussel van 30 september 2004 op het hangende geding.

Beoordeling

17. De artikelen 5 en 6 van het aardgasdecreet luiden als volgt :

"Art. 5. § 1. De Vlaamse regering stelt, na advies van de VREG, de voorwaarden vast waaraan de kandidaat-aardgasnetbeheerders zowel voor als na de aanwijzing moeten voldoen. Die hebben in ieder geval betrekking op:

- 1/ de technische en financiële capaciteit van de kandidaat-aardgasnetbeheerder;
- 2/ de professionele betrouwbaarheid van de kandidaat-aardgasnetbeheerder;
- 3/ het beschikken over een eigendoms- of exploitatierecht voor het aardgasdistributienet in kwestie;
- 4/ de beheersmatige en juridische onafhankelijkheid van de aardgasnetbeheerders ten aanzien van invoerders van buitenlands aardgas, houders van een leveringsvergunning en tussenpersonen.

§ 2. De voorwaarden inzake beheersmatige en juridische onafhankelijkheid, bedoeld in § 1, 4/, hebben betrekking op de activiteiten van de aardgasnetbeheerder, de deelneming van andere ondernemingen in de aardgasnetbeheerder, de deelneming van de aardgasnetbeheerder in andere ondernemingen, de verhouding van de aardgasnetbeheerder tot derden, het bestuursorgaan van de aardgasnetbeheerder, het orgaan belast met de dagelijkse leiding van de aardgasnetbeheerder en de personeelsleden van de aardgasnetbeheerder.

Art. 6. De VREG wijst voor elk aardgasdistributienet de aardgasnetbeheerder aan. Indien het aardgasdistributienet in kwestie geheel of gedeeltelijk eigendom is van een gemeente of van een groep van gemeenten, gebeurt die aanwijzing op voorstel van deze gemeente of groep van gemeenten. De VREG kan enkel van dit voorstel afwijken indien de voorgestelde aardgasnetbeheerder niet voldoet aan een of meer voorwaarden, vastgesteld ter uitvoering van artikel 5".

18. Met een arrest van het hof van beroep te Brussel van 30 september 2004 worden de betwistingen tussen de verzoekende partij enerzijds en de TGEK, de tussenkomende partij en de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel anderzijds ten gronde beslecht.

In dit arrest wordt uitdrukkelijk overwogen dat de gemeenten Kampenhout en Steenokkerzeel geen afstand van hun energiedistributierechten hebben gedaan en ze niet hebben overgedragen aan of ingebracht in de TGEK die aldus dan ook niet het recht werd verleend deze rechten over te dragen aan een andere intercommunale; deze twee gemeenten, aldus het arrest, hebben hun energiedistributierechten behouden en de TGEK alleen toegestaan er gebruik van te maken; de TGEK kon dan ook niet deze rechten inbrengen in de verzoekende partij.

19. Uit de overwegingen van dit arrest dient te worden afgeleid dat het uitgangspunt van de verzoekende partij dat zij eigenaar is van de distributierechten feitelijke grondslag mist en dat het voorstel van de gemeenten om de tussenkomende partij aan te duiden als beheerder, terecht geformuleerd is als eigenaars van de aardgasdistributierechten.

Deze aanname leidt vooreerst tot de ongegrondheid van het middel in de mate de verzoekende partij aanvoert dat de gemeenten geen eigenaars zijn doch zichzelf eigenaar is van de distributierechten.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de motivering van de bestreden beslissingen gebrekkig is doordat er een verkeerde lezing werd gegeven van de in de eerste bestreden beslissing vermelde rechterlijke uitspraken, leidt voornoemde aanname tot de conclusie dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel; een vernietiging op deze grond leidt immers tot geen andere

beslissing dan de bestreden beslissingen daar de verzoekende partij geacht moet worden op geen ogenblik over de distributierechten te hebben beschikt.

Het enige middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drie december tweeduizend en negen, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
met bijstand van	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin