

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.981 van 3 februari 2011
in de zaak A. 196.689/VII-37.817.**

In zake : de NV ELECTRASTAR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jochen Schraeyen en Ellen Enkels
kantoor houdend te Zaventem
Minervastraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Klimaat en Energie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean-François De Bock
kantoor houdend te Brussel
Waterloosesteenweg 612
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen de partijen :

1. de NV POWER@SEA
2. de NV ELECTRAWINDS
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap SEASTAR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Wellens en Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te Antwerpen
Oude Leeuwenrui 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 juni 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van de minister van Energie van 24 maart 2010 houdende toekenning aan de tijdelijke handelsvennootschap SeaStar van een domeinconcessie voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie

van elektriciteit uit wind in de zeegebieden gelegen tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 december 2010.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Jochen Schraeyen en Ellen Enkels, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Jean-François De Bock en Joy Moens, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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. Artikel 6 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna : elektriciteitswet) luidt als volgt :

"§ 1. Met inachtneming van de bepalingen vastgesteld krachtens §,2, en onverminderd de bepalingen van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België, kan de minister, (na advies) van de commissie, domeinconcessies voor een hernieuwbare duur van maximum dertig jaar verlenen voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit water, stromen of winden, in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht.

§ 2. Bij een in Ministerraad overlegd besluit, na advies van de commissie, bepaalt de Koning de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van de concessies bedoeld in § 1, en inzonderheid :

- 1° de beperkingen ter vermijding dat de bouw of de exploitatie van bedoelde installaties het gebruik van de reguliere scheepvaartroutes, de zeevisserij of het wetenschappelijk zeeonderzoek in overdreven mate zou hinderen;
- 2° de maatregelen die moeten worden genomen voor de bescherming en het behoud van het mariene milieu, overeenkomstig de bepalingen van voornoemde wet van 20 januari 1999;
- 3° de technische voorschriften waaraan de betrokken kunstmatige eilanden, installaties en inrichtingen moeten beantwoorden;
- 4° de procedure voor de toekenning van bedoelde concessies, met zorg voor een gepaste publiciteit van het voornemen tot toekenning van een concessie alsook, in voorkomend geval, voor een effectieve mededinging tussen de kandidaten;
- 5° de regels inzake de overdracht en de intrekking van de concessie.

De maatregelen bedoeld in het eerste lid, 2°, worden vastgesteld op gezamenlijke voordracht van de minister en van de federale minister die bevoegd is voor de bescherming van het mariene milieu.

§ 3. Artikel 4 is niet van toepassing op de installaties bedoeld in § 1".

3.2. In uitvoering van artikel 6, § 2, van de elektriciteitswet heeft de minister van Energie in 2004 in de Noordzee een zone afgebakend voor de productie van elektriciteit uit wind, water of stromen.

De coördinaten van deze zone worden vastgesteld in artikel 3bis van het koninklijk besluit van 20 december 2000 betreffende de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van domeinconcessies voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit water, stromen of winden, in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht (hierna : koninklijk besluit van 20 december 2000).

De coördinaten van deze zone zijn volgens projectie WGS84 :

"	punt 1	:	51°	31,994'	N / 3°	06,189'	O;
	punt 2	:	51°	35,222'	N / 3°	00,590'	O;
	punt 3	:	51°	44,956'	N / 2°	44,370'	O;
	punt 4	:	51°	44,305'	N / 2°	41,119'	O;
	punt 5	:	51°	42,380'	N / 2°	38,597'	O;
	punt 6	:	51°	38,180'	N / 2°	47,508'	O;
	punt 7	:	51°	37,140'	N / 2°	48,106'	O;
	punt 8	:	51°	36,014'	N / 2°	50,566'	O;
	punt 9	:	51°	35,430'	N / 2°	53,240'	O;
	punt 10	:	51°	34,030'	N / 2°	55,690'	O;
	punt 11	:	51°	32,808'	N / 2°	53,019'	O;
	punt 12	:	51°	29,446'	N / 2°	58,623'	O".

Voorliggend geding heeft betrekking op de bouw en de exploitatie van een offshore windenergiepark in het gebied tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank.

3.3. Op 5 juni 2008 dient de tijdelijke handelsvennootschap (hierna : THV) SeaStar bij de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna : CREG) een aanvraag in voor het verkrijgen van een domeinconcessie voor de bouw en de exploitatie van een windenergiepark op zee, bestaande uit 41 windmolens en 1 transformatorstation, in een zone gelegen tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank.

3.4. Met toepassing van artikel 7 van het koninklijk besluit van 20 december 2000 worden een aantal aanvragen tot mededinging betreffende het verkrijgen van een domeinconcessie voor dezelfde locatie ingediend :

- op 25 augustus 2008 dient de THV Electrabel-Jan De Nul een aanvraag in voor een domeinconcessie voor de bouw van 44 windmolens;
- op 27 augustus 2008 dient de NV Evelop Belgium een aanvraag in voor de bouw van 73 windmolens;
- eveneens op 27 augustus 2008 dient de NV Electrastar, de verzoekende partij, een aanvraagdossier in dat voorziet in de bouw van 44 windmolens.

3.5. Op 29 augustus 2008 dient de NV Eldepasco een aanvraag in tot wijziging en uitbreiding van de perimeter van de bij ministerieel besluit van 15 mei 2006 toegekende domeinconcessie met betrekking tot een offshore windenergiepark op de Bank zonder Naam.

3.6. De CREG brengt op 15 oktober 2009 een voorstel uit met betrekking tot de respectieve aanvragen van de THV SeaStar, de THV Electrabel-Jan De Nul, de NV Evelop Belgium en de NV Electratar voor het verkrijgen van de domeinconcessie voor de zone gelegen tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank, en de aanvraag van de NV Eldepasco voor de uitbreiding van de perimeter van de reeds toegekende domeinconcessie op de Bank zonder Naam. In dat voorstel besluit de CREG dat de aanvragen van de THV Electrabel-Jan De Nul, de NV Evelop Belgium en van de NV Electratar niet voldoen aan het toekenningscriterium vervat in artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 20 december 2000. Aangezien de aanvraag van de THV SeaStar wel aan alle toekenningscriteria van voormeld koninklijk besluit voldoet, wordt voorgesteld om de domeinconcessie toe te kennen aan de THV SeaStar, mits het opleggen van een aantal voorwaarden. Tegelijk richt de CREG aan de bevoegde minister een voorstel tot toekenning van de beoogde wijziging en uitbreiding van de perimeter van de aan de NV Eldepasco toegekende domeinconcessie.

3.7. Met het thans bestreden besluit van 24 maart 2010 verleent de minister van Energie de domeinconcessie voor een offshore windenergiepark aan de THV SeaStar.

De aanhef van het bestreden besluit luidt als volgt :

"Overwegende dat de tijdelijke handelsvennootschap SEASTAR op 5 juni 2008 een aanvraag heeft ingediend voor het bekomen van een domeinconcessie voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit wind met een geïnstalleerd vermogen van 246 MW in de zeegebieden gelegen tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank, aangevuld met het schrijven van 25 juni 2008 (ingediend op 26 juni 2008);

Overwegende dat, overeenkomstig artikel 8 van het koninklijk besluit van

20 december 2000, de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, de aanvraag voor advies heeft overgemaakt aan de administraties die vertegenwoordigd zijn in de schoot van de raadgevende commissie die belast is met de coördinatie tussen de administraties die betrokken zijn bij het beheer van de exploratie en de exploitatie van het continentaal plat en van de territoriale zee, die is ingesteld bij koninklijk besluit van 12 augustus 2000;

Overwegende dat adviezen zijn geformuleerd door hierna vermelde administraties:

- Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand & Energie, Algemene Directie Energie, in haar schrijven van 24 februari 2009;
- Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer, Directoraat-generaal Maritiem Vervoer, in haar schrijven van 11 mei 2009;
- Federaal Wetenschapsbeleid in haar schrijven van 6 april 2009;
- Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand & Energie, Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid, Brussel in haar schrijven van 25 februari 2009;
- Beheerseenheid van het Mathematische Model van de Noordzee en het Schelde-estuarium van het departement 'Beheer van het mariene ecosysteem' van het Koninklijk Belgisch Instituut voor Natuurwetenschappen in haar schrijven van 19 februari 2009;
- Federale Politie, Scheepvaartpolitie van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken in haar schrijven van 28 januari 2009;
- Federale Overheidsdienst Financiën, Administratie der Douane en Accijnzen in haar schrijven van 3 december 2008;
- Vlaamse Overheid, Departement Landbouw en Visserij, Afdeling Landbouw- en Visserijbeleid, Dienst Zeevisserij, in haar schrijven van 27 februari 2009;
- Vlaamse Overheid, Stafdienst van het Agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust, in haar schrijven van 19 februari 2009;

Overwegende dat, op basis van de adviezen uitgebracht door voornoemde administraties en door de n.v. ELIA in haar schrijven van 23 februari 2009 alsook op basis van de analyse van de aanvraag ten aanzien van de reglementair bepaalde toekenningscriteria, de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, op 15 oktober 2009 een voorstel (E)091015-CDC-913 heeft geformuleerd volgens hetwelk de domeinconcessie slechts kan worden toegekend mits sommige specifieke, door voormelde administraties naar voor gebrachte voorwaarden aan deze toekenning verbonden worden;

Overwegende het akkoord van 15 maart 2010 dat tussen de aanvrager en de N.V. Belgacom International Carrier Services, operator van de buiten dienst gestelde telecommunicatiekabel RIOJA 3, is opgesteld".

IV. Tussenkoms

4. Met een op 25 juni 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vragen de NV Power@Sea en de NV Electrawinds, samen vormend de THV SeaStar, om in het geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om dat verzoek in te willigen, wat betreft het administratief kort geding.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

A. Omtrent de pleitnota van de tussenkommende partijen

5. De tussenkommende partijen hebben op 7 december 2010 een pleitnota ingediend.

Beoordeling

6. Het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State (hierna : procedurereglement kort geding) voorziet niet in de mogelijkheid om een dergelijke nota als een processtuk neer te leggen. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten, die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid en/of de gegrondheid van het beroep, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre de pleitnota op dergelijke feiten betrekking heeft, kan ze dan ook bij de zaak worden betrokken. In zoverre de pleitnota geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van de uiteenzetting ter zitting, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

B. Omtrent het indienen van nieuwe stukken

7. Op 8 december 2010, dus daags vóór de behandeling van de zaak ter terechtzitting, heeft de verwerende partij een brief met twee aanvullende stukken ter griffie toegestuurd, met het verzoek deze toe te voegen aan het vertrouwelijk dossier dat enkel ter inzage van de verzoekende partij mag liggen. Dezelfde stukken worden ook ter zitting neergelegd. De tussenkomende partijen leggen ter terechtzitting eveneens bijkomende stukken neer.

8. De verzoekende partij vordert ter terechtzitting dat deze nieuwe stukken uit de debatten worden geweerd.

Beoordeling

9. Het procedurereglement kort geding voorziet niet in de mogelijkheid om nieuwe stukken, al dan niet verduidelijkt in een brief of nota, neer te leggen. Zowel de door de verwerende partij bij brief van 8 december 2010 meegedeelde stukken als de ter zitting neergelegde stukken, dienen derhalve uit de debatten te worden geweerd.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Excepties met betrekking tot het belang van de verzoekende partij

10. In haar nota stelt de verwerende partij dat de vordering bij gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij als niet-ontvankelijk moet worden verworpen. De exceptie wordt als volgt ontwikkeld :

"21. Vooreerst heeft verzoekende partij in ieder geval geen belang bij het vorderen van de schorsing van de bestreden beslissing, daar artikel 12 van het Koninklijk besluit van 20 december 2000 stelt dat de toegekende domeinconcessie geschorst wordt totdat iedere bijkomende vergunning of machtiging is verleend en totdat kennisgeving overeenkomstig de toepasselijke wetgeving is gebeurd. Artikel 12 luidt als volgt:

'Art. 12. Wanneer voor de installatie die het voorwerp uitmaakt van een domeinconcessie, één of meer bijkomende vergunningen of machtigingen zijn vereist op grond van een andere wetgeving, blijft de betekende domeinconcessie geschorst totdat iedere bijkomende vergunning of machtiging is verleend en totdat kennisgeving overeenkomstig de toepasselijke wetgeving is gebeurd. Indien een van de bijkomend vereiste vergunningen of machtigingen definitief is geweigerd, vervalt de betekende domeinconcessie op de dag van de kennisgeving van deze weigering'.

De domeinconcessie die werd toegewezen aan SEASTAR is met andere woorden reeds geschorst. Een schorsing door Uw Raad kan verzoekende partij dan ook geen bijkomend voordeel verlenen. Bijgevolg heeft verzoekende partij geen belang bij de schorsing van de bestreden beslissing.

22. Zoals reeds toegelicht onder het randnummer 18 van deze nota met opmerkingen, werd de aanvraag tot uitbreiding van het concessiedomein van ELDEPASCO bij Ministerieel besluit van 24 maart 2010 toegekend.

Ter herinnering wijst verwerende partij er nogmaals op dat deze uitbreiding de door verzoekende partij ingediende aanvraag gedeeltelijk besloeg. Zoals hieronder nog verder toegelicht zal worden, is dit een cruciaal element in deze zaak. Één van de toekenningscriteria (meer bepaald artikel 3, 2° van het Koninklijk besluit van 20 december 2000) bepaalt immers dat bij de toekenning van een domeinconcessie rekening gehouden dient te worden met 'de invloed van de installatie op de toegestane activiteiten in de zeegebieden krachtens een andere wetgeving of reglementering'. Dit impliceert dat er dus ook rekening gehouden dient te worden met de reeds toegekende domeinconcessies.

Gelet op het feit dat de door verzoekende partij aangevraagde domeinconcessie deels overlapte met de door ELDEPASCO aangevraagde uitbreiding, waren beide aanvragen op technisch vlak dan ook niet compatibel.

Dit brengt met zich mee dat verzoekende partij niet kon volstaan met enkel de bestreden beslissing, waarmee de domeinconcessie aan SEASTAR wordt toegekend, aan te vechten. Indien verzoekende partij immers de schorsing en de nietigverklaring van de bestreden beslissing bekomt, zal zij zich nog steeds geconfronteerd zien met het feit dat haar aanvraag niet compatibel is met de uitbreiding toegekend aan ELDEPASCO. Verzoekende partij had dan ook, naast het aanvechten van de bestreden beslissing, eveneens het Ministerieel besluit waarin de uitbreiding van de domeinconcessie van ELDEPASCO wordt toegekend, moeten aanvechten. Zij heeft echter nagelaten dit te doen, waardoor deze beslissing ondertussen definitief is geworden. Daardoor kan zij hoe dan ook geen enkel voordeel meer halen uit een eventuele schorsing of nietigverklaring van de bestreden beslissing.

23. Een derde reden waarom verzoekende partij geen voordeel kan halen uit een schorsing of nietigverklaring van de bestreden beslissing - en bijgevolg ook geen belang kan doen gelden - is dat zij heeft nagelaten de beslissing waarbij geweigerd wordt de domeinconcessie aan haar toe te kennen, aan te vechten.

Er zijn immers, naast de beslissing om de domeinconcessie in kwestie toe te kennen aan SEASTAR, drie weigeringsbeslissingen genomen ten aanzien van

ELECTRABEL-DE NUL, EVELOP BELGIUM en ELECTRASTAR. Verzoekende partij had dan ook de weigeringsbeslissing die op haar betrekking had, moeten aanvechten. Zij heeft dit niet gedaan, waardoor deze weigeringsbeslissing definitief is geworden. Bijgevolg zal een eventuele schorsing of nietigverklaring door Uw Raad verzoekende partij ook om die reden geen voordeel verschaffen".

11. De tussenkomende partijen voeren nagenoeg dezelfde exceptie aan. Zij wijzen erop dat in zoverre de verzoekende partij niet de impliciete weigering van haar aanvraag tot mededinging aanvecht, het voorwerp van de ingestelde vordering niet geherkwalificeerd noch uitgebreid kan worden tot die weigeringsbeslissing. De weigering van de aanvraag tot mededinging van de verzoekende partij zou immers niet onlosmakelijk verbonden zijn met de toekenning van de domeinconcessie op basis van de aanvraag van de tussenkomende partijen; beide aanvragen zouden immers deels een ander gebied bestrijken.

Beoordeling

12. De omstandigheid dat de tenuitvoerlegging van de toegekende domeinconcessie op dit ogenblik van rechtswege geschorst is in afwachting van het verkrijgen van de vergunningen en machtigingen die op grond van andere wetgevingen vereist zijn, heeft niet tot gevolg dat de beslissing houdende het verlenen van de domeinconcessie thans zonder rechtsgevolgen is. Die rechtsgevolgen kunnen zich concreet manifesteren zodra een einde wordt gesteld aan de tijdelijke opschorting van de tenuitvoerlegging van de verleende domeinconcessie.

De partijen betwisten niet dat de aan de NV Eldepasco toegekende domeinconcessie, zoals uitgebreid ingevolge het ministerieel besluit van 24 maart 2010, deels overlapt met de zone waarvoor de verzoekende partij een aanvraag tot het verkrijgen van een domeinconcessie heeft ingediend. Evenmin wordt betwist dat de verzoekende partij de uitbreiding van de aan de NV Eldepasco

verleende domeinconcessie niet heeft aangevochten, zodat deze een definitief karakter heeft verkregen.

De verwerende en de tussenkomende partijen leiden uit de door de NV Eldepasco definitief verworven concessierechten op een relatief beperkt gedeelte van de zone die de verzoekende partij initieel beoogde voor de inplanting van een windmolenpark, ten onrechte af dat de aanvraag van de verzoekende partij onmogelijk kan worden ingewilligd in het kader van het na een vernietigingsarrest te verlenen rechtsherstel. Op het eerste gezicht kan de beweerde "technische incompatibiliteit" tussen beide projecten ingevolge de uitbreiding van het windenergiepark van de NV Eldepasco, immers opgeheven worden door de domeinconcessie die de verzoekende partij nastreeft te beperken tot de gedeelten die niet overlappen met de domeinconcessie die de NV Eldepasco definitief heeft verworven. In dit verband stelt de Raad van State overigens vast dat in het als vertrouwelijk aangemerkt CREG-voorstel van 15 oktober 2009 bepaalde concessiedomeinen, zoals afgebakend door de respectievelijke gegadigden in hun aanvraag, slechts aanvaardbaar worden geacht "op voorwaarde" dat bepaalde zones uit het domein worden gesloten, hetgeen op het eerste gezicht kan worden gezien als een ondersteuning voor de stelling dat het gedeeltelijk inwilligen van een domeinconcessie-aanvraag mogelijk is. Ten slotte blijkt uit geen enkel stuk of verklaring dat de verzoekende partij geen genoegen zou kunnen nemen met een beperking van het oorspronkelijk beoogde concessiedomein rekening houdend met de door de NV Eldepasco definitief verworven uitbreiding van haar concessiedomein.

Wat betreft het gebrek aan aansluitingscapaciteit op het elektriciteitsnetwerk en inzonderheid de gevolgen die de tussenkomende partijen daaraan koppelen op het vlak van de mogelijkheid om de aanvraag van de verzoekende partij in te willigen, is uit de debatten ter terechtzitting gebleken dat de realisatie van het project van de tussenkomende partijen zelf afhankelijk is van de investeringen die de NV Elia als transmissienetbeheerder nog dient uit te voeren voor de aansluiting van de toekomstige offshore windparken wiens bijkomende

productie thans niet kan worden opgevangen door het bestaande netwerk (150 kV) van de Belgische kust. De omstandigheid dat de versterking van het netwerk aan land pas ten vroegste tegen 2013 en volgens meer voorzichtige verwachtingen pas tegen 2014-2015 kan worden gerealiseerd, kan derhalve bezwaarlijk enkel aan de verzoekende partij worden tegengeworpen om haar het in rechte vereiste belang bij de vordering te ontzeggen. In dit verband stelt de Raad van State ook vast dat artikel 2 van het bestreden besluit bepaalt dat de tussenkomenende partijen, voor wat betreft de aansluiting van de installaties op het elektriciteitstransmissienet van de NV Elia, zich dienen "in te schrijven in het nieuwe kader dat zal uitgewerkt worden met betrekking tot de bijkomende capaciteit voor het aansluiten van offshore windparken".

De nietigverklaring van de uitdrukkelijke beslissing van 24 maart 2010 waarbij de minister van Energie de domeinconcessie voor een offshore windenergiepark toekent aan de THV SeaStar, heeft tot gevolg dat ook de daarin besloten weigeringsbeslissing ten aanzien van de verzoekende partij niet meer aan het bestuur kan worden toegerekend, aangezien het bestaan van de laatstgenoemde beslissing precies slechts kan worden afgeleid uit het bestaan van de eerste, ten gevolge van de nietigverklaring uit het rechtsverkeer verdwenen, beslissing. Voorts zou de gebeurlijke nietigverklaring van het door de verzoekende partij bestreden besluit meebrengen dat de procedure voor de toekenning van een domeinconcessie voor de bouw en de exploitatie van een offshore windenergiepark in het gebied tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank terug moet worden hernomen. Aangezien de verzoekende partij voor dezelfde locatie een aanvraag tot mededinging heeft ingediend, zal haar aanvraag terug in concurrentie komen met deze van andere gegadigden en zal zij de kans herwinnen dat de beoogde domeinconcessie alsnog aan haar wordt toegewezen. Voor het overige volstaat de nietigverklaring van een begunstigende beslissing meestal om het belang van diegene aan wie die gunst niet is verleend, te dienen.

Te dezen heeft de verzoekende partij haar beroep beperkt tot het ministerieel besluit van 24 maart 2010 waarbij de domeinconcessie wordt

toegewezen aan de THV SeaStar. De verzoekende partij vordert daarentegen niet de nietigverklaring van de in de bestreden beslissing vervatte impliciete weigeringsbeslissing en zodoende streeft zij geen ruimer rechtsherstel na dan de aanspraak die zij reeds zal bezitten op grond van de nietigverklaring van de uitdrukkelijke beslissing van 24 maart 2010. Daaruit mag evenwel niet besloten worden dat de verzoekende partij geen belang zou hebben bij de vernietiging van laatstvermelde beslissing.

De excepties worden verworpen.

B. Exceptie met betrekking tot de tijdigheid van de vordering

13. De tussenkomende partijen werpen op dat de verzoekende partij blijkt te beschikken over de integrale tekst van het bestreden besluit, zodat de termijn van zestig dagen om beroep in te stellen te dezen niet is ingegaan vanaf de bekendmaking van het bestreden besluit bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad van 6 april 2010 maar vanaf de individuele kennisgeving ervan aan de verzoekende partij.

Beoordeling

14. Artikel 11 van het koninklijk besluit van 20 december 2000 bepaalt het volgende :

"De beslissing van de minister om de domeinconcessie toe te kennen wordt via aangetekend schrijven ter kennis gebracht van de aanvrager, van de commissie, van de beheerder van het transmissienet en de betrokken administraties, binnen een termijn van zestig werkdagen te rekenen vanaf de ontvangst van het voorstel van de afgevaardigde van de minister. Dit gebeurt via ministerieel besluit bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad. (...)".

Voormelde bepaling legt aan de verwerende partij niet de verplichting op om de beslissing waarbij de domeinconcessie wordt toegekend

individueel ter kennis te brengen van diegenen die op grond van artikel 7 van het koninklijk besluit van 20 december 2000 een aanvraag tot mededinging hebben ingediend en die niet de begunstigde zijn van de verleende domeinconcessie. Overigens wordt niet aangetoond, en door de verwerende partij zelfs niet beweerd, dat het bestreden ministerieel besluit individueel ter kennis werd gebracht van de verzoekende partij vóór de bekendmaking ervan bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad.

Aangezien moet worden aangenomen dat de beroepstermijn te dezen is ingegaan vanaf de bekendmaking van het bestreden besluit in het Belgisch Staatsblad van 6 april 2010, is het op 4 juni 2010 verstuurd verzoekschrift tijdig bij de Raad van State ingediend.

De exceptie is ongegrond.

VII. Onderzoek van de vordering

15. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

A. Ernst van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de partijen

16. De verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van de motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het tweede onderdeel van het middel wordt in het verzoekschrift als volgt toegelicht :

"2. Tweede onderdeel: Indien een veiligheidszone van 250 meter ten aanzien van de Sea-Me-We-3 kabel dient te worden gerespecteerd (quod non), heeft Verzoekster dergelijke veiligheidszone van 250 meter ten aanzien van de Sea-Me-We-3 kabel gerespecteerd rekening houdend met de concrete inplanting van de windmolens

40. Zoals hierboven werd uiteengezet, is de vermeende veiligheidszone van 250 meter rondom telecomunicatiekabels, waarnaar verwezen wordt in het Voorstel, op geen enkele wettelijke of reglementaire grondslag gebaseerd. Derhalve was Verzoekster bij het indienen van haar aanvraag niet verplicht om een dergelijke veiligheidszone in acht te nemen en is een afwijzing van haar domeinconcessieaanvraag op die basis ongefundeerd.

41. In het onwaarschijnlijke geval dat uw Raad van oordeel zou zijn dat er wel degelijk een wettelijk bepaalde veiligheidszone van 250 meter rondom telecomunicatiekabels bestaat (quod non), meent Verzoekster dat zij deze zone heeft gerespecteerd rekening houdend met de concrete inplanting van de windmolens in het door haar vooropgestelde windmolenpark.

42. Verzoekster meent dat de Bestreden Beslissing een schending uitmaakt van de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel aangezien er bij de beoordeling van de Sea-Me-We-3 kabel enerzijds (i) geen rekening is gehouden met een aantal essentiële feitelijke elementen; en anderzijds (ii) elementen, waarnaar in het Voorstel (en de Bestreden Beslissing) wél wordt verwezen, onjuist zijn.

43. Ten eerste heeft de CREG op 25 februari 2009 een schriftelijk advies van de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid van de FOD Economie (...) ontvangen met betrekking tot de aanvragen tot het bekomen van domeinconcessies in de Noordzee voor het Relevante Concessiegebied. In dat schriftelijk advies bevestigt de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid aan de CREG dat:

'Gezien alle aanvragen handelen over een gebied die zich buiten de concessiezones zandwinning bevinden en dat in alle aanvragen de minimumafstand tot telecomunicatiekabels gerespecteerd werd, zijn, voor wat mijn competenties betreft, alle aanvragen aanvaardbaar'.

Uit deze verklaring blijkt dat de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid van mening is dat ofwel geen veiligheidszone van 250 meter jegens de Sea-Me-We-3 kabel dient te worden in acht genomen, ofwel dat de veiligheidszone van 250 meter ten opzichte van de Sea-Me-We-3 kabel door Verzoekster de facto werd nageleefd.

44. Bij de beoordeling van het toekenningscriterium vervat in artikel 3, 2° van het K.B. Domeinconcessies (...) laat de CREG na te verwijzen naar het schriftelijk advies van de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid.

Het is duidelijk dat de CREG bij de beoordeling van de veiligheidsafstanden ten opzichte van de Sea-Me-We-3 kabel bovenvermeld schriftelijk advies van

de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid zonder aanwijsbare en gegronde redenen zonder meer naast zich neerlegt en derhalve onzorgvuldig handelt. Alleszins staat vast dat de motivering in de Bestreden Beslissing (...) intrinsiek tegenstrijdig is aangezien zij steunt op adviezen die onderling inconsistent zijn. Uit het advies van de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid (...) blijkt immers dat de minimumafstanden tot de telecommunicatiekabels werden gerespecteerd, terwijl de CREG in randnummer 105 van haar Voorstel (...) tot het tegenovergestelde besluit komt. De Bestreden Beslissing beantwoordt derhalve niet aan de vereiste van een consistente en draagkrachtige motivering.

45. Ten tweede blijkt uit de formulering van het toekenningscriterium vervat in artikel 3, 2° van het K.B. Domeinconcessies dat bij de beoordeling van domeinconcessies voor windmolenparken enkel met de invloed van de windmolens op onderzeese kabels en pijpleidingen rekening dient te worden gehouden en niet, zoals de CREG lijkt te beweren in randnummer 105, met de invloed van de buitengrenzen van de aangevraagde concessiezone op dergelijke kabels en pijpleidingen.

Artikel 3, 2° van het K.B. Domeinconcessies bepaalt als volgt:

'de invloed van de installatie op de toegestane activiteiten in de zeegebieden krachtens een andere wetgeving of reglementering'.

Hieruit volgt dat enkel de inplanting van de installaties, d.i. de concrete locatie van de windmolens, dient te worden beoordeeld in het licht van de (vermeende) veiligheidsafstanden ten opzichte van onderzeese kabels en pijpleidingen.

In het Bestreden Besluit verwijst ook de Minister van energie trouwens uitdrukkelijk en uitsluitend naar de concrete inplanting van de installaties van Seastar ten opzichte van de voorgeschreven veiligheidszones ten opzichte van de Sea-Me-We-3 kabel (...).

46. Hoewel Verzoekster supra heeft aangetoond dat er geen reglementair vastgelegde veiligheidszones ten opzichte van telecommunicatiekabels bestaan, heeft Verzoekster zich bij de inplanting van de windmolens niettemin laten leiden door de gegevens ter beschikking gesteld door de BMM, en uit veiligheidsoverwegingen de facto een veiligheidszone van 250 meter ten opzichte van de Sea-Me-We-3 kabel gerespecteerd. In haar aanvraagdossier bepaalt Verzoekster dienaangaande het volgende (...):

'Verschillende kabels en leidingen bevinden zich in het beoogde projectgebied. De deelgebieden van de concessieaanvraag bevinden zich echter op voldoende afstand van de respectieve kabels en gasleidingen.

- Interconnector gaspijpleiding:

- ° Afstand: 500m

- Telecom communicatiekabel (2 st)

- ° Afstand: 250m aan beide zijden

- Aangezien het tracé van de hoogspanningskabel van het Belwind project op heden niet vergund is, wordt er bij onderhavig project geen rekening mee gehouden.

Voor zover bekend zijn er momenteel geen vergunning of aanvragen voor het leggen van extra bijkomende kabels of pijpleidingen binnen het concessiegebied.

Indien dit in de toekomst toch het geval zou zijn, dient de inplanting ervan in overleg met de betrokken partijen bekeken te worden. De zone werd immers bij het KB van 17/05/2004 aangeduid als een windturbinezone.

Gezien het respecteren van ruime veiligheidsmarges, mag aangenomen worden dat er zich geen effecten zullen voordoen op de bestaande kabels- en pijpleidingen ten gevolge van het inplanten en exploiteren van het windturbinepark'.

Ook uit de beoordeling van de CREG in randnummer 105 van het Voorstel blijkt dat Verzoekster bij de concrete inplanting van haar windmolens een veiligheidszone ten opzichte van de Sea-Me-We-3 kabel heeft gerespecteerd:

'De CREG stelt vast dat de aanvraag van Electrastar de telecommunicatiekabel Sea-Me-We-3 (segment 10.4) en de veiligheidszone errond bestrijkt. Volgens de gegevens waarover de CREG beschikt, worden er echter geen windmolens binnen de 250 m grens rond deze kabel ingeplant'.

Verzoekster voldoet derhalve aan het toekenningscriterium vervat in artikel 3, 2° van het K.B. Domeinconcessies. De beoordeling van de CREG dat Verzoekster bij het bepalen van de grenzen van haar domeinconcessie geen rekening heeft gehouden met de Sea-Me-We-3 kabel en zijn (vermeende) veiligheidszone, is derhalve onjuist aangezien Verzoekster bij de inplanting van de installaties (i.e. de windmolens) wel degelijk rekening heeft gehouden met een veiligheidszone (van 250 meter) ten opzichte van de Sea-Me-We-3 kabel. Dit wordt trouwens uitdrukkelijk bevestigd door de CREG.

47. De CREG en de Minister van energie schenden de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel omdat zij (i) een essentieel advies, met name het advies van de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid, zonder aanwijsbare redenen naast zich neerleggen; en (ii) het toepasselijk regelgevend kader onjuist beoordelen".

17. In haar nota antwoordt de verwerende partij dat de THV SeaStar bij het bepalen van de grenzen van de domeinconcessie rekening heeft gehouden met de aanwezigheid van telecommunicatiekabel SEA-ME-WE-3 (segment 10.4) terwijl de verzoekende partij in haar aanvraag zulks niet heeft gedaan, dat het oordeel dat de aanvraag van de verzoekende partij niet voldoet aan het tweede in artikel 3 van het koninklijk besluit van 20 december 2000 bepaalde toekenningscriterium niet is ingegeven door het feit dat geen windmolens worden voorzien binnen een afstand van 250 meter rond de SEA-ME-WE-3-kabel maar wel door het feit dat bij het bepalen van de grenzen van de beoogde domeinconcessie geen rekening is gehouden met voormelde telecommunicatiekabel, dat de verzoekende partij aldus uitgaat van een verkeerde

lezing en interpretatie van de motivering van het bestreden besluit, dat de in het bestreden besluit gegeven motivering in materieel opzicht juist is, dat eveneens wordt tegemoet gekomen aan de vereisten inzake formele motivering nu de bestreden beslissing verwijst naar het voorstel van de CREG dat aan de verzoekende partij werd meegedeeld, dat voorts het met het bestreden besluit bijgetreden CREG-voorstel gebaseerd is op grondige studies en de resultaten van die studies uitgebreid worden toegelicht, dat het advies van de Algemene Directie Kwaliteit en Veiligheid van de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie niet tegenstrijdig is met het voorstel van de CREG omdat de reden voor de afwijzing van de aanvraag van de verzoekende partij verband houdt met het bepalen van de grenzen van de domeinconcessie en dus niet met het niet-respecteren van de vereiste minimumafstand tot de aanwezige telecommunicatiekabel en, ten slotte, dat zij als een zorgvuldige overheid heeft gehandeld door haar beslissing te baseren op een uitgebreide en diepgaande studie van alle aanvraagdossiers, door alle wettelijk voorgeschreven adviezen in te winnen en in acht te nemen en door het bestreden besluit op zorgvuldige wijze bekend te maken.

18. De tussenkomende partijen betogen het volgende :

"a. Het middel is onontvankelijk voor het onderdeel waarin de schending van de formele motiveringsplicht wordt ingeroepen

44. Verzoekende partij kan zich niet op ontvankelijke wijze op een schending van de formele motiveringsplicht beroepen:

- In de eerste plaats is het zo dat verzoekende partij, in tegenspraak tot wat ze in haar verzoekschrift beweert, wel degelijk vóór het bestreden besluit genomen werd, in kennis werd gesteld van de diverse uitgebrachte adviezen, zij zelfs om haar opmerkingen en commentaar hierop gevraagd werd én ze ook haar opmerkingen overmaakte aan de CREG (...);
- In de tweede plaats kent verzoekende partij perfect de motieven van het bestreden besluit nu zij in haar verzoekschrift 'in detail' uiteenzette waarom naar haar mening die motieven 'deels onjuist en alleszins niet afdoende zijn' (...).

b. Het onderdeel van het middel wat betreft de vraag of er nu al dan niet een verplichte veiligheidszone is rond telecommunicatiekabels
(...)

(ii) De ongegrondheid van het tweede onderdeel van het middel

46. Dit onderdeel van het middel is ook manifest ongegrond. Aangenomen dat er vandaag geen uitdrukkelijke wets- of reglementaire bepaling is die een veiligheidszone van 250 m oplegt rond telecommunicatiekabels, is het positief evalueren van het gebruik in een aanvraag van dergelijke zone, naar analogie met andere infrastructuur in en onder de zee(bodem), juist een teken van zorgvuldig bestuur en dit o.m. 'uit veiligheidsoverwegingen' zoals verzoekende partij het zelf formuleert in randnummer 46 van haar verzoekschrift.

47. Bovendien gaat verzoekende partij er volledig aan voorbij dat zij op dit criterium een negatieve beoordeling kreeg, níet omdat zij geen veiligheidszone zonder windmolens zou hebben voorzien rond de SEA-ME-WE3-kabel, maar omdat het door haar aangevraagde gebied deze kabel bestrijkt:

'De CREG stelt vast dat de aanvraag van ELECTRASTAR de telecommunicatiekabel SEA-ME-WE 3 (segment 10.4) en de veiligheidszone errond bestrijkt. Volgens de gegevens waarover de CREG beschikt, worden er echter geen windmolens binnen de 250 m grens rond deze kabel ingeplant.

...De CREG is van mening dat een domeinconcessie kabels en leidingen met hun veiligheidszone niet kan bestrijken. Derden beschikken immers over rechten met betrekking tot deze kabels en leidingenHet toekennen van een domeinconcessie op dergelijke plaatsen zou derhalve onverenigbaar zijn met de rechten die derden putten uit de aanleg of exploitatie van de kabel in kwestie.

Gelet op het feit dat ELECTRASTAR bij het bepalen van de grenzen van haar domeinconcessie geen rekening heeft gehouden met de telecommunicatiekabel SEA-ME-WE 3 (segment 10.4) en zijn veiligheidszone die het domein doorkruist, is de GREG van oordeel dat de aanvraag van ELECTRASTAR een nadelige invloed heeft op de exploitatie van de onderzeese kabels en gasleidingen en derhalve niet voldoet aan dit toekenningscriterium'. (...).

De uiteenzetting in de randnummers 43 t.e.m. 48 van het uniek verzoekschrift zijn dan ook irrelevant en bevatten een kritiek op een motief dat het bestreden besluit niet eens bevat.

T.a.v. het motief dat wel in het voorstel van de CREG staat - namelijk verzoekende partij diende een aanvraag in voor een domein waarvan het tracé van de SEA-ME-WE 3-kabel zélf en zijn veiligheid(s)zone niet van waren uitgesloten - formuleert verzoekende (partij) geen middel noch kritiek in haar verzoekschrift".

Beoordeling

19. In het tweede onderdeel van het middel roept de verzoekende partij de schending in van de materiële motiveringsplicht in zoverre de bestreden beslissing met betrekking tot de beoordeling van het toekenningscriterium vervat in artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 20 december 2000 niet steunt op

motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn. Het middel wordt dan ook slechts onderzocht in de mate dat op ontvankelijke wijze de schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangevoerd.

Het bestreden besluit steunt op het voorstel dat de CREG op 15 oktober 2009 heeft uitgebracht over "de respectieve aanvragen vanwege de THV SEASTAR, de THV ELECTRABEL-JAN DE NUL, de N.V. EVELOP BELGIUM en de N.V. ELECTRASTAR tot het bekomen van een domeinconcessie met betrekking tot een offshore windenergiepark tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank en de aanvraag vanwege de N.V. ELDEPASCO tot wijziging en tot uitbreiding van de perimeter van de bij ministerieel besluit van 15 mei 2006 toegekende domeinconcessie met betrekking tot een offshore windenergiepark op de Bank zonder Naam".

In dat voorstel wordt de aanvraag van de verzoekende partij als volgt beoordeeld :

"De CREG stelt vast dat het domein waarvoor ELECTRASTAR een concessie aanvraagt, althans volgens de gegevens waarover de CREG beschikt, de veiligheidszone rond de FRANpipe niet ten volle respecteert. Zo blijkt het aangevraagde domein de veiligheidszone rond de FRANpipe in zeer beperkte mate te overlappen. De windmolens worden echter wel buiten de 500 m grens rond deze gasleiding, geplaatst.

De CREG stelt vast dat de aanvraag van ELECTRASTAR de telecommunicatiekabel SEA-ME-WE 3 (segment 10.4) en de veiligheidszone errond bestrijkt. Volgens de gegevens waarover de CREG beschikt, worden er echter geen windmolens binnen de 250 m grens rond deze kabel ingeplant.

Wat de afstand tot de naburige windparken betreft, stelt de CREG vast dat de inplanting van de installaties van ELECTRASTAR een afstand van minimaal 1000 m ten opzichte van de geplande installaties van BELWIND en ELDEPASCO respecteert, althans wat de op dit ogenblik toegekende domeinconcessies betreft. Het aangevraagde domein van ELECTRASTAR overlapt evenwel met de (later) aangevraagde uitbreiding van ELDEPASCO, zodat deze twee aanvragen op technisch vlak niet compatibel zijn.

Een domeinconcessie houdt het recht tot privatieve ingebruikname in van goederen van het openbaar domein. Door het toekennen van een domeinconcessie verleent de administratie aan een persoon toelating om een gedeelte van het openbaar domein voor een bepaalde duur en op een wijze die het recht van anderen uitsluit, in gebruik te nemen. Een domeinconcessie is een

overeenkomst tussen de bevoegde overheid en een persoon waarbij deze laatste het precaire recht verwerft om een gedeelte van het openbaar domein tijdelijk en op een wijze die het recht van anderen uitsluit, in gebruik te nemen en die om redenen ontleend aan het openbaar belang eenzijdig door de overheid kan worden herroepen. Hoewel terzake geen expliciete toelichting wordt gegeven, kan worden aangenomen dat de domeinconcessie betrekking heeft op een deel van de zeebodem, de daarboven liggende water- en luchtkolom tot op het niveau van de toegelaten bouwhoogte.

De CREG is van mening dat een domeinconcessie kabels en leidingen met hun veiligheidszones niet kan bestrijken. Derden beschikken immers over rechten met betrekking tot deze kabels en leidingen. Een domeinconcessie impliceert, zoals hierboven uiteengezet werd, een privaatieve ingebruikname die het recht van anderen uitsluit. Het toekennen van een domeinconcessie op dergelijke plaatsen zou derhalve onverenigbaar zijn met de rechten die derden putten uit de aanleg en exploitatie van de kabel of leiding in kwestie.

Gelet op het feit dat ELECTRASTAR bij het bepalen van de grenzen van haar domeinconcessie geen rekening heeft gehouden met de telecommunicatiekabel SEA-ME-WE 3 (segment 10.4) en zijn veiligheidszone die het domein doorkruist, is de CREG van oordeel dat de aanvraag van ELECTRASTAR een nadelige invloed heeft op de exploitatie van de onderzeese kabels en gasleidingen en derhalve niet voldoet aan dit toekenningscriterium".

Uit de aangehaalde beoordeling blijkt dat de aanvraag van de verzoekende partij is afgewezen wegens de nadelige invloed ervan op de exploitatie van de onderzeese kabels en gasleidingen. Meer in het bijzonder wordt het de verzoekende partij ten kwade geduid dat zij bij het afbakenen van de beoogde concessiezone geen rekening heeft gehouden met de aanwezigheid van telecommunicatiekabel SEA-ME-WE-3 en de bijhorende veiligheidszone.

Zoals blijkt uit het voorstel heeft de beoordeling van de CREG betrekking op de verenigbaarheid van de aanvraag met artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 20 december 2000. Artikel 3 van voormeld koninklijk besluit stelt de criteria vast voor de toekenning van de domeinconcessies voor de in het besluit bedoelde installaties in zee. Als toetsingscriterium geldt onder meer "de invloed van de installatie op de toegestane activiteiten in de zeegebieden krachtens een andere wetgeving of reglementering". De in het voorstel van de CREG opgeworpen bezwaren tegen de aanvraag van de verzoekende partij moeten dan ook gelezen worden in het licht van voormeld criterium.

Op grond van artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 20 december 2000 is de bevoegde overheid er toe gehouden de invloed van de "installatie" op andere zeeactiviteiten te onderzoeken. Krachtens artikel 1, 3°, van hetzelfde koninklijk besluit dient onder "installatie" te worden verstaan : "elke installatie voor de productie van elektriciteit uit water, stromen of winden bedoeld bij artikel 6 van de wet". In de huidige stand van het geding wordt aangenomen dat de in artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 20 december 2000 bedoelde invloed enkel betrekking heeft op de installaties die in zee opgericht en geëxploiteerd worden, in casu windmolens, en niet op de begrenzing van het concessiedomein als zodanig.

Klaarblijkelijk wordt in de aanvraag van de verzoekende partij niet voorzien in de oprichting van windmolens in de veiligheidszone langs de SEA-ME-WE-3-telecommunicatiekabel. Zulks heeft de CREG ten andere uitdrukkelijk bevestigd in haar voorstel van 15 oktober 2009 door te overwegen dat "de aanvraag van ELECTRASTAR de telecommunicatiekabel SEA-ME-WE 3 (segment 10.4) en de veiligheidszone errond bestrijkt" maar "er echter geen windmolens binnen de 250 m grens rond deze kabel (worden) ingeplant".

De Raad van State heeft geen redenen om aan te nemen dat de verzoekende partij de betrokken veiligheidszone niet wenst te respecteren en zich niet zou schikken naar een gelijkaardige voorwaarde, zoals opgelegd in het bestreden besluit, waarbij vereist wordt dat "de inplanting van de installaties geschiedt met eerbiediging van de voorgeschreven veiligheidszones van minimum 250 m, vermeerderd met de helft van de diameter van de rotor, ten opzichte van de kabel SEA-ME-WE 3". Voorts duiden de verwerende partij noch de tussenkomende partijen een rechtsregel aan die zou verhinderen dat het aanvankelijk door de verzoekende partij begrensde concessiegebied, in de beslissing tot toekenning van de domeinconcessie finaal wordt beperkt en afgebakend ter vrijwaring van de exclusieve gebruiksrechten van de concessiehouder van het gebied rond de SEA-ME-WE-3-telecommunicatiekabel.

Overigens is uit het onderzoek van de ontvankelijkheid van de vordering reeds gebleken dat in het voorstel van de CREG meermaals bepaalde aanvragen verenigbaar worden geacht met de aanwezigheid van onderzeese kabels op voorwaarde dat de veiligheidszone rond deze kabels "op een correcte wijze uit het domein wordt gesloten".

Het tweede onderdeel van het eerste middel is ernstig.

B. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Standpunt van de partijen

20. Ter adstructie van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zet de verzoekende partij in het verzoekschrift het volgende uiteen :

"76. Verzoekster kan een evident moeilijk te herstellen en ernstig nadeel doen gelden. Verzoekster wenst immers zelf de domeinconcessie in het Relevante Concessiegebied te bekomen teneinde een windenergiepark te bouwen en exploiteren.

77. In dit verband verwijst Verzoekster ten eerste naar de uitspraken van uw Raad in het kader van het gunnen van overheidsopdrachten. Hierbij heeft uw Raad in het verleden reeds meermaals geoordeeld dat het niet zelf kunnen uitvoeren van een opdracht op zich reeds volstaat opdat er sprake is van een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel.

In het bijzonder kan worden verwezen naar het Formanova-arrest van Uw Raad:

'Overwegende dat verzoekers als moeilijk te herstellen nadeel aanvoeren dat een schorsing hun een nieuwe kans geeft om de opdracht alsnog zelf te kunnen uitvoeren, dat het niet verkrijgen van die kans op zichzelf reeds een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakt in het licht van de richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor werken (...)' [...].

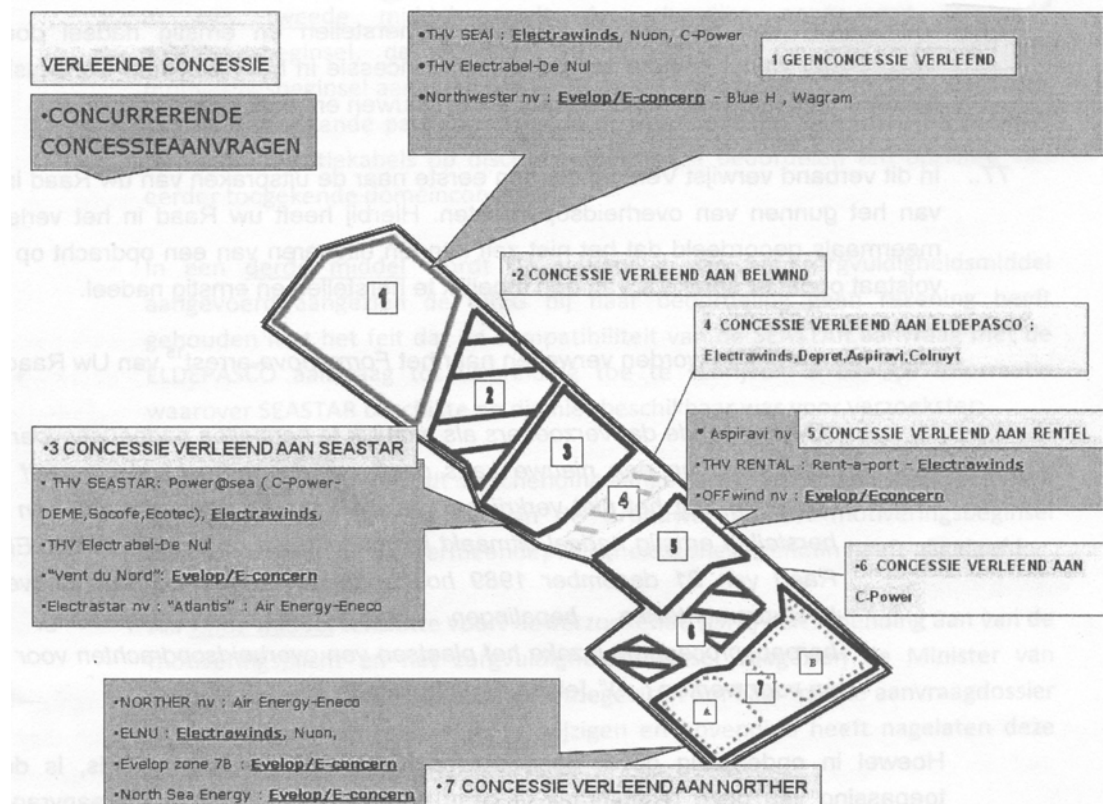
Hoewel in onderhavig geval geen overheidsopdracht aan de orde is, is de analoge toepassing van deze rechtspraak in casu voor de hand liggend. De aanvragen tot het bekomen van een domeinconcessie voor de bouw en exploitatie van een windmolenpark worden immers door de Minister van energie toegekend in het kader van een procedure tot mededinging.

In casu heeft Verzoekster ten gevolge van de Bestreden Beslissing een

opportuniteit ontlopen die door haar aard en waarde als uitzonderlijk te kwalificeren is, met name het zelf verkrijgen van een domeinconcessie voor de bouw en exploitatie van een windenergiepark in de Noordzee.

De kans om via een procedure tot mededinging een domeinconcessie te verkrijgen in de Noordzee voor de bouw en exploitatie van een windenergiepark dient als uniek te worden beschouwd. Immers, de zone in de Noordzee afgebakend door de Minister van energie voor de exploitatie van energie uit wind, water en stromen is zeer beperkt. Intussen zijn trouwens alle beschikbare domeinconcessies in deze zone gegund (zone 2-7) of is de procedure hangende (zone 1) (Figuur 4 hieronder).

Figuur 4:



De domeinconcessieaanvraag van Verzoekster was de laatste kans voor Verzoekster om een domeinconcessie voor de bouw en exploitatie van een windenergiepark in de Noordzee te verkrijgen. Verzoekster beschikt derhalve over geen enkele mogelijkheid meer om een nieuwe domeinconcessieaanvraag met betrekking tot een ander deel van de bestaande door de overheid vooropgestelde zone van exploitatie van windenergieparken in te dienen.

78. De niet-toekenning van de domeinconcessie aan Verzoekster heeft bovendien ook belangrijke financiële gevolgen voor Verzoekster. Niet alleen wordt Verzoekster geconfronteerd met de kosten die zij reeds heeft gedragen en nog dient te dragen in het kader van haar aanvraag van haar domeinconcessie. Tevens loopt Verzoekster belangrijke inkomsten mis die zij zou hebben gegenereerd mocht de domeinconcessie aan haar zijn toegekend. Dit nadeel kan om evidente redenen nooit goedge maakt worden door de toekenning van

een eventuele schadevergoeding (voor zover Verzoekster daar al aanspraak kan op maken), doch slechts door een 'uitvoering in natura', hetgeen enkel via een schorsing (en nietigverklaring) van de Bestreden Beslissing kan worden bekomen. Zodoende is er ook wat dit aspect betreft onmiskenbaar sprake van een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel.

79. Eenzelfde overweging geldt met betrekking tot de naambekendheid en reputatie van Verzoekster. Het verkrijgen van een domeinconcessie in de Noordzee voor de bouw en exploitatie van een windmolenpark is uitermate prestigieus en komt onmiskenbaar de naambekendheid en reputatie van Verzoekster (en de met haar verbonden ondernemingen) ten goede. Ook dit nadeel kan enkel goedge maakt worden door de toekenning van de domeinconcessie. De eventuele toekenning van een schadevergoeding zal nooit dezelfde ruchtbaarheid met zich meebrengen als het verkrijgen van de domeinconcessie zelf. Het is vaste rechtspraak van uw Raad om dergelijke morele nadelen tevens als een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel te beschouwen.

80. Uit bovenstaande elementen blijkt dat er in hoofde van Verzoekster onmiskenbaar sprake is van een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel. Ernstig omdat Verzoekster over geen enkele mogelijkheid meer beschikt om een nieuwe domeinconcessie te bekomen. Onherstelbaar omdat een vordering tot het verkrijgen van een schadevergoeding voor de burgerlijke rechter nooit aanleiding zal geven tot een volledige schadevergoeding (voor zover Verzoekster al aanspraak kan maken op enige vergoeding) en dat de toekenning van een eventuele schadevergoeding niet hetzelfde effect zal hebben als het verkrijgen van de domeinconcessie zelf".

21. De verwerende partij stelt vooreerst dat de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing de door de verzoekende partij aangevoerde nadelen niet kan wegnemen omdat zij heeft nagelaten de beslissing houdende toekenning aan de NV Eldepasco tot uitbreiding van de bij ministerieel besluit van 15 mei 2006 toegekende domeinconcessie op de Bank zonder Naam aan te vechten en tevens de beslissing waarbij haar aanvraag tot het verkrijgen van een domeinconcessie wordt geweigerd. Voorts merkt de verwerende partij op dat de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing geen ruimer voordeel kan brengen dan de schorsing die van rechtswege voortvloeit uit artikel 12 van het koninklijk besluit van 20 december 2000. Met betrekking tot het beweerde financiële nadeel wijst zij er op dat dergelijk nadeel in principe herstelbaar is en dat geen precieze en concrete gegevens worden bijgebracht die aantonen dat het voortbestaan van de verzoekende partij in het gedrang wordt gebracht. Ten slotte stelt de verwerende partij dat een moreel nadeel niet in

aanmerking kan worden genomen omdat een gebeurlijk vernietigingsarrest voldoende genoegdoening kan geven.

22. De tussenkomende partijen stellen dat aan de schorsingsvoorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet is voldaan en argumenteren dienaangaande als volgt :

"66. Er is in deze zaak geen MTHEN, minstens bewijst Electrastar het bestaan ervan niet:

- i. Er is geen verlies van een laatste kans omdat de aanvraag van Electrastar, zelfs bij een eventuele heroverweging door verwerende partij, niet kan toegekend worden omwille van de onverenigbaarheid ervan met de uitbreiding van Eldepasco;
- ii. Er is om die reden alleen al geen financieel nadeel, behoudens te wijten aan eigen toedoen;
- iii. Er is geen verlies van een referentie daar verzoekende partij reeds via gezamenlijke aandeelhouder Air Energy beschikt over een domeinconcessie op het Belgisch Continentaal Plat die toegekend is aan NV Norther.

1. De geviseerde overeenkomst kwam tot stand

67. Hoger zette SeaStar uiteen dat de overeenkomst (domeinconcessie) al tussen partijen tot stand kwam per 24 maart 2010 en alleszins bij betekening van het bestreden besluit aan tussenkomende partij.

Een schorsing van het bestreden besluit kan dat niet meer ongedaan maken nu de realisatie van het nadeel, voor zover dat al zou bestaan, zich dus al voordeed.

2. De domeinconcessie is al geschorst

68. Luidens artikel 12 van het KB van 20 december 2000 is de uitvoering van de domeinconcessies rechtens geschorst zolang niet alle vereiste vergunningen zijn verkregen, wat vandaag het geval is.

69. Om het windmolenpark te kunnen bouwen en exploiteren zijn nog tal van, vandaag niet eens aangevraagde vergunningen nodig:

- De vergunning en machtiging bedoeld in het KB van 7 september 2003 houdende de procedure tot vergunning en machtiging van bepaalde activiteiten in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België;
- Daaraan voorafgaand dient een milieu-effectenbeoordeling uitgevoerd te worden in toepassing van het KB van 9 september 2003 houdende de regels betreffende de milieu-effectenbeoordeling in toepassing van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het marinemilieu in de zeegebieden onder de rechtsgebieden van België;
- Ook voor de aanleg van de kabels, op land en op zee, die het windmolenpark uiteindelijk moet aansluiten op het elektriciteitstransmissienet van ELIA zijn vergunningen vereist.

Schorsing door Uw Raad van het bestreden besluit kan verzoekende partij

dus niet meer opleveren dan wat het KB van 20 december 2000 nu al voor gevolg heeft.

3. Voor 2014-2015 is er geen bijkomende capaciteit meer op het net van ELIA

70. Het bestreden besluit is bovendien vandaag niet alleen rechtens geschorst, maar ook feitelijk onuitvoerbaar. Er is immers vandaag onvoldoende capaciteit op het transmissienetwerk van ELIA wat concreet betekent dat door wind geproduceerde elektriciteit eenvoudigweg niet in het net geïnjecteerd kan worden en bijkomende investeringen in het kustnet nodig zijn, wat ELIA ook bevestigde:

'Aangezien het om de aansluitmogelijkheden van de toekomstige offshore windparken gaat, herinnert ELIA eraan dat de drempel van 900 MW voor productie van offshore windparken die door het 150 kV-net van de Belgische kust kan opgevangen worden, onlangs officieel bereikt werd. De eerste drie offshore windparken (C-Power, Belwind en Eldepasco) krijgen bij aansluiting voorrang, zoals ingesteld door artikel 11, 3°, van de elektriciteitswet en door artikelen 100, § 1, 8°, en 319 van het technisch reglement.... Boven dit vermogen van 900 MW dat vandaag officieel bereikt werd, zou een belangrijke nieuwe productie-eenheid niet aan het 150 kV-kustnet van ELIA kunnen aangesloten worden.... ELIA heeft het vaste voornemen om deze investeringen te doen binnen een termijn die verenigbaar is met de plannings van de concessiehouders'. (...).

'Niettegenstaande het voornemen van ELIA om de nodige aansluitingscapaciteit te ontwikkelen tegen 2015 (ten vroegste 2013), moet worden vastgesteld dat noch ELIA noch de CREG, enige garantie kunnen bieden over het verkrijgen, laat staan het tijdig verkrijgen van alle vereiste vergunningen en toelatingen daartoe. ELIA maakt ten andere ook dit uitdrukkelijk voorbehoud in haar advies. De werkelijke datum waarop de nodige aansluitingscapaciteit beschikbaar zal zijn, is derhalve voor de nieuwe projecten niet gekend en onzeker'. (...).

Gelet op dit (onzeker) tijdspad is er geen noodzaak om de schorsing te bevelen en is er voldoende tijd om een gewone annulatieprocedure voor Uw Raad af te handelen.

4. De aanvraag van Electrastar is niet verenigbaar met de uitbreiding van Eldepasco

71. Verzoekende partij lijdt ook geen enkel nadeel door een niet-schorsing en evenmin bij een niet-vernietiging van het bestreden besluit omdat, zelfs bij schorsing en vernietiging en een eventuele daaropvolgende heroverweging door verwerende partij, de aanvraag van verzoekende partij niet meer ingewilligd kan worden gelet op de aan Eldepasco toegestane en inmiddels definitief geworden uitbreiding die onverenigbaar is met de aanvraag van verzoekende partij.

Zoals al gezegd, liet verzoekende partij na om het MB m.b.t. de uitbreiding van Eldepasco (...) aan te vechten.

Verzoekende partij heeft dan ook geen enkel belang en lijdt dan ook geen enkel nadeel".

Beoordeling

23. Zoals reeds werd gesteld bij de ontvankelijkheid van de vordering, is het bestreden besluit niet zonder rechtsgevolgen doordat de verleende domeinconcessie overeenkomstig het bepaalde van artikel 12 van het koninklijk besluit van 20 december 2000 tijdelijk niet ten uitvoer kan worden gelegd. Het bestreden besluit is derhalve vatbaar voor schorsing door de Raad van State.

De in zee voorbehouden zone voor het bouwen en exploiteren van installaties voor de productie van elektriciteit uit wind, water of stromen, is actueel beperkt tot de zone die aan de hand van coördinaten is vastgesteld door het koninklijk besluit van 20 december 2000. De vaststelling dat tot op heden reeds meerdere domeinvergunningen werden verleend die in hun totaliteit praktisch de volledige oppervlakte van de voorbehouden zone bestrijken, leidt er toe de toekenning van de betwiste domeinconcessie voor de ontwikkeling van een windmolenpark in het gebied tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank in hoofde van de verzoekende partij te beschouwen als het verlies van een unieke kans.

De schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit kan de verwerende partij er toe aanzetten haar beslissing te heroverwegen, rekening houdend met het ernstig bevonden middel. Alleen reeds in die mogelijkheid ligt het nuttig effect van een schorsing besloten. Dat nuttig effect wordt nog versterkt doordat het verlenen van de domeinconcessie de noodzakelijke juridische basis vormt voor het aanvragen van tal van andere vergunningen die vereist zijn vooraleer tot de effectieve realisatie van het windenergiepark kan worden overgegaan.

De feitelijke onuitvoerbaarheid van het project in afwachting van de verhoging van de capaciteit van het transmissienetwerk, doet op geen enkele wijze afbreuk aan bovenstaande vaststellingen en conclusies. De overige door de verwerende partij en de tussenkomende partijen opgeworpen argumenten die er toe

strekken elk nut te ontzeggen aan een schorsingsarrest en zelfs aan de gebeurlijke vernietiging van de bestreden akte, werden reeds weerlegd bij het onderzoek van de ontvankelijkheid van de vordering.

Op grond van wat voorafgaat wordt aangenomen dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het bestreden besluit in hoofde van de verzoekende partij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen zoals dit is bedoeld door artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

BESLISSING

- 1. Het verzoek van de NV Power@Sea en de NV Electrawinds, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap SeaStar, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**
- 2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van de minister van Energie van 24 maart 2010 houdende toekenning aan de tijdelijke handelsvennootschap SeaStar van een domeinconcessie voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit wind in de zeegebieden gelegen tussen de Bank zonder Naam en de Blighbank.**
- 3. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het geschorste besluit.**

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

Peter Sourbron,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Peter Sourbron