

Rolnummer 4775
Arrest nr. 84/2010 van 8 juli 2010

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van de wet van 10 maart 2009 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, ingesteld door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG).

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Bossuyt en M. Melchior, en de rechters R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey en P. Nihoul, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Bossuyt,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* * *

I. Onderwerp van het beroep en rechtspleging

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 29 september 2009 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 30 september 2009, heeft de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG), met zetel te 1040 Brussel, Nijverheidsstraat 26-38, beroep tot vernietiging ingesteld van de wet van 10 maart 2009 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 31 maart 2009, tweede editie).

De nv « Distrigas », met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Nijverheidsstraat 10, en de Ministerraad hebben ieder een memorie ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de nv « Distrigas » en de Ministerraad hebben ook ieder een memorie van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 17 juni 2010 :

- zijn verschenen :

. Mr. L. Cornelis en Mr. B. Martel *loco* Mr. K. Leus, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partij;

. Mr. J.-F. De Bock en Mr. V. De Schepper, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

. Mr. P. Peeters, tevens *loco* Mr. T. Verstraeten, advocaten bij de balie te Brussel, voor de nv « Distrigas »;

- hebben de rechters-verslaggevers L. Lavrysen en J.-P. Snappe verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. Onderwerp van de bestreden bepalingen

« Artikel 1. Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

Art. 2. Artikel 15/5*quinquies* van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, ingevoegd bij de wet van 1 juni 2005, wordt vervangen als volgt :

‘ Art. 15/5*quinquies*. § 1. Onverminderd de toepassing van artikel 15/19, zijn de bepalingen van dit hoofdstuk en het koninklijk besluit van 8 juni 2007 betreffende de methodologie voor het vaststellen van het totale inkomen dat de billijke marge bevat, betreffende de algemene tariefstructuur, de basisprincipes inzake tarieven, de procedures, de bekendmaking van de tarieven, de jaarverslagen, de boekhouding, de

kostenbeheersing, betreffende de inkomensverschillen van de beheerders en de objectieve indexeringsformule bedoeld in de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen in de versie zoals gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 29 juni 2007, van toepassing op de doorvoertarieven van aardgas en op de beheerder van het aardgasvervoersnet die een doorvoeractiviteit uitoefent, onder voorbehoud van de volgende afwijkingen :

1° de tarieven zijn van toepassing voor de duur die contractueel wordt vastgesteld tussen de beheerder van het vervoersnet en de gebruikers van dit net;

2° om de prijsstabiliteit op termijn te garanderen kan de regulatoire periode die wordt bedoeld in artikel 15/5*bis*, § 2, langer zijn dan vier jaar;

3° de billijke marge voor de doorvoer wordt bepaald overeenkomstig de artikelen 4 tot 8 van het voormeld koninklijk besluit 8 juni 2007, met dien verstande dat :

a) de initiële waarde van het gereguleerd actief van de doorvoer op 31 december 2007 wordt op voorstel van de beheerder door de Commissie goedgekeurd, waarbij alle in België gelegen vervoersinstallaties die voor de doorvoer worden gebruikt in aanmerking worden genomen;

b) het product van de beta-coëfficiënt en de risicopremie, als component van het in artikel 6 van het voormelde koninklijk besluit bedoelde rendementspercentage R wordt bepaald op 7 %;

In het geval bedoeld in het eerste lid, 2°, kan de Koning bij besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de regulatoire periode verlengen op basis van een belangrijke herziening van het investeringsplan van de netbeheerder. De duur van deze periode en de eventuele herziening ervan worden voorgesteld door de beheerder van het aardgasvervoersnet en ter goedkeuring voorgelegd aan de Commissie vóór de aanvang van elke regulatoire periode.

De doorvoertarieven die de Commissie bepaalt volgens de voorgaande principes en na afloop van de procedure waarin wordt voorzien in de artikelen 16 tot 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 juni 2007, vormen de op de kosten gebaseerde tarieven.

§ 2. De beheerder van het aardgasvervoersnet verleent toegang, voor de doorvoer, tot de bestaande vervoerinstallaties op basis van de tarieven die worden vastgesteld in overeenstemming met § 1 en overeenkomstig de procedure waarin wordt voorzien in de artikelen 16 tot 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 juni 2007.

De beheerder van het aardgasvervoersnet verleent toegang, voor de doorvoer, tot de te realiseren installaties, ofwel op basis van tarieven die worden vastgesteld in overeenstemming met § 1 en overeenkomstig de procedure waarin wordt voorzien in de artikelen 16 tot 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 juni 2007, ofwel op basis van tarieven die worden bepaald door middel van transparante en niet-discriminatoire marktgerichte regelingen, zoals marktconsultaties, op voorwaarde dat de marktgerichte regelingen, met inbegrip van de inkomsten en de tarieven die hieruit voortvloeien, vooraf werden goedgekeurd door de Commissie.

Ingeval de toepassing van de marktgerichte regelingen leidt tot hogere tarieven dan die welke worden vastgesteld in overeenstemming met § 1 en overeenkomstig de procedure waarin wordt voorzien in de artikelen 16 tot 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 juni 2007, zijn deze eerstgenoemde tarieven van toepassing en worden ze door de beheerder gepubliceerd, overeenkomstig artikel 20, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 juni 2007. In het tegenovergestelde geval of indien geen marktgerichte regeling in werking werd gesteld, zijn de tarieven die worden vastgesteld in overeenstemming met § 1 en overeenkomstig de procedure waarin wordt voorzien in de artikelen 16 tot 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 juni 2007 van toepassing.

Het positief verschil tussen de inkomsten, die voortvloeien uit de sluiting van de marktgerichte regeling enerzijds, en de goedgekeurde kosten met inbegrip van de billijke marge, die voortvloeien uit de tarieven welke worden vastgesteld in overeenstemming met § 1 en overeenkomstig de procedure waarin wordt voorzien in de artikelen 16 tot 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 juni 2007 anderzijds, wordt, na goedkeuring door de Commissie, bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, toegekend :

a) aan de tarieven voor het gebruik van het vervoersnet;

b) aan een reserve die bestemd is voor de financiering van de installaties die moeten worden gerealiseerd binnen een termijn welke op voorstel van de beheerder door de Commissie wordt goedgekeurd; in het tegenovergestelde geval wordt dit bedrag toegewezen aan de tarieven voor het gebruik van het vervoersnet.

Het saldo wordt toegewezen, naar keuze van de aandeelhouders van de beheerder.

De tarieven voor het gebruik van het vervoersnet houden vooraf rekening met de verwachte toewijzing van dit positief verschil. Het verschil tussen het gebudgetteerde positief verschil en het gerealiseerde verschil wordt achteraf bijgesteld.

§ 3. In geval de contractuele termijn de termijn van de regulatoire periode overschrijdt, blijft artikel 15/5*nonies*, tweede lid, van toepassing.

§ 4. De doorvoertarieven, of het de tarieven betreft die worden vastgesteld in overeenstemming met § 1 en overeenkomstig de procedure waarin wordt voorzien in de artikelen 16 tot 19 van het voormelde koninklijk besluit van 8 juni 2007 of de tarieven betreft die voortvloeien uit de toepassing van artikel 15/5*bis*, § 3, of uit de toepassing van de marktgerichte regelingen, worden geglobaliseerd voor het gehele grondgebied en houden rekening met de afgelegde afstand. ' »

Art. 3. Artikel 15/19 van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 1 juni 2005, wordt aangevuld met een lid, luidende :

' Het eerste lid wordt aldus uitgelegd dat het van toepassing is op de contracten voor de doorvoer van aardgas die vóór 1 juli 2004 zijn gesloten tussen :

1° enerzijds, de naamloze vennootschap Fluxys, de naamloze vennootschap Distrigas of een dochtervennootschap van één van deze vennootschappen, die gespecialiseerd was in de commercialisering van doorvoercapaciteit en de uitvoering van de hieraan verbonden vervoerdiensten, en

2° anderzijds, bevrachters die de hoedanigheid hebben hetzij van entiteit verantwoordelijk voor een groot hogedrukgasleidingnet, hetzij van entiteit verantwoordelijk voor in- en uitvoer van aardgas in de zin van artikel 3 (1) van richtlijn 91/296/EEG van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de doorvoer van aardgas via de hoofdnetten. ' ».

III. *In rechte*

- A -

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het ingediende beroep

Wat de bevoegdheid van het Hof betreft

A.1.1. De Ministerraad is van oordeel dat het Hof onbevoegd is om zich uit te spreken over het verzoekschrift. Noch de Grondwet, noch de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof verlenen het Hof de bevoegdheid om wetskrachtige normen rechtstreeks te toetsen aan internationale verdragen.

A.1.2. De Ministerraad erkent wel dat het Hof over de mogelijkheid beschikt om een wetskrachtige norm te toetsen aan rechten en vrijheden in verdragen, al dan niet met directe werking, in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet aangezien voormelde grondwetsartikelen elke discriminatie in het genot van alle rechten en vrijheden verbieden.

Volgens de Ministerraad is derhalve een gecombineerde toetsing aan een grondwettelijke en een verdragsrechtelijke formulering van eenzelfde grondrecht mogelijk indien, enerzijds, de verdragsbepaling België bindt, zonder dat die rechtstreekse werking dient te hebben en, anderzijds, de draagwijdte van de verdragsbepaling analoog is aan die van een grondwetsbepaling die tot de referentienormen van het Hof behoort.

A.1.3. De Ministerraad besluit dat het Hof *in casu* niet bevoegd is om zich uit te spreken over het beroep tot vernietiging van de bestreden wet omdat de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn geen rechten en vrijheden bevatten die analoog zijn aan grondwetsbepalingen waaraan het Hof mag toetsen.

A.2.1. De verzoekende partij is van oordeel dat het standpunt van de Ministerraad ongegrond is. Het Hof kan, volgens de CREG, niet rechtstreeks een wetskrachtige norm toetsen aan andere bepalingen dan de artikelen van titel II en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet en van de bevoegdheidverdelende regels, maar het heeft wel de bevoegdheid om onrechtstreeks wetskrachtige normen te toetsen aan internationale verdragsbepalingen en bepalingen van het primaire en secundaire gemeenschapsrecht.

A.2.2. Volgens de verzoekende partij kan het Hof op twee manieren rechtmatig rekening houden met de rechten en vrijheden die uit bepalingen van primair en secundair gemeenschapsrecht voortvloeien. Enerzijds, wanneer de bestreden wetskrachtige norm leidt tot een verschil in behandeling dat, in het licht van het aangevoerde gemeenschapsrecht, niet kan worden verantwoord, zodat de wetskrachtige bepaling aan de internationale verbintenissen van België en tegelijkertijd aan door het gemeenschapsrecht gewaarborgde rechten en verplichtingen op discriminerende wijze afbreuk doet. Anderzijds, wanneer de bestreden wetskrachtige norm strijdig is met het aangevoerde gemeenschapsrecht, in het geval waarin dat gemeenschapsrecht een draagwijdte heeft die analoog is aan de draagwijdte van een of meer bepalingen van titel II of de artikelen 170, 172 of 191 van de Grondwet omdat de erin vervatte waarborgen een onlosmakelijk geheel vormen met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepaling of grondwetsbepalingen zijn opgenomen.

De verzoekende partij volgt derhalve niet het standpunt van de Ministerraad als zou het Hof zich uitsluitend bevoegd kunnen achten om bij een grondwettigheidstoetsing enkel dan met Europeesrechtelijke voorschriften rekening te houden wanneer het Europese gemeenschapsrecht wordt aangevoerd samen met grondwetsbepalingen die een analoge draagwijdte hebben.

A.2.3. De verzoekende partij meent aldus dat zij voor alle door haar aangevoerde middelen duidelijk heeft aangegeven tot welke verschillende behandelingen de bestreden bepalingen aanleiding geven en waarom er voor die verschillen, in het licht van het vigerende gemeenschapsrecht, geen redelijke verantwoording bestaat. Daarnaast is de verzoekende partij van oordeel dat de door haar aangevoerde bepalingen van primair en secundair gemeenschapsrecht, naar analogie met het algemene en autonome gelijkheidsbeginsel, telkens de verplichting ten laste van de Belgische Staat opleggen om in de geviseerde aangelegenheden de rechtsonderhorigen en de nationale regulator niet te discrimineren.

A.3. In zijn memorie van wederantwoord herhaalt de Ministerraad zijn standpunt en meent dat het beroep in werkelijkheid een rechtstreekse toetsing beoogt van de bestreden wet aan de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn, toetsing die kunstmatig wordt verpakt als een beweerde schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Het Hof is evenwel niet bevoegd om zich uit te spreken over het beroep tot nietigverklaring van de bestreden wet omdat de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn geen rechten en vrijheden bevatten die analoog zijn aan grondwetsbepalingen waaraan het Hof mag toetsen.

Wat het belang van de verzoekende partij betreft

A.4.1. De verzoekende partij is van oordeel dat artikel 2 van de bestreden wet haar rechtstreeks raakt omdat haar belangrijke taken worden opgelegd en omdat de manier wordt geregeld waarop zij die taken dient uit te voeren.

De verzoekende partij meent dat artikel 2 haar ongunstig raakt. Zij dient immers de met het Europese gemeenschapsrecht (te dezen de richtlijn 2003/55/EG en de verordening (EG) nr. 1775/2005) strijdige wetten buiten toepassing te laten op grond van het beginsel van de voorrang van het Europese gemeenschapsrecht. De bestreden wet plaatst de verzoekende partij in een onmogelijke positie, omdat, enerzijds, zij als administratieve overheid wordt belast met de naleving van de wet van 10 maart 2009 maar, anderzijds, zij wordt geconfronteerd met voorranghebbende Europese normen en een rechtspraak van het Hof van Justitie op het vlak van de doorvoer- en vervoerstarieven, waartegen de bestreden wet manifest ingaat. Daarbij heeft de verzoekende partij niet de mogelijkheid om zelf een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen. Volgens de verzoekende

partij wordt haar aansprakelijkheid dan ook onnodig in het geding gebracht, zowel wanneer zij de bestreden wet zou toepassen, als wanneer zij die buiten toepassing zou laten.

Vervolgens voert de verzoekende partij aan dat de wet van 10 maart 2009 haar rechtstreeks en ongunstig raakt omdat, enerzijds, bij de totstandkoming ervan en, anderzijds, uit de draagwijdte van de bestreden bepalingen blijkt dat haar wettelijk bepaalde bevoegdheden werden miskend. Uit het Europese gemeenschapsrecht volgt dat de CREG, als nationale regelgevende instantie, voorafgaandelijk de tarieven of minstens de methodologie om die tarieven te bepalen, aangaande de toegang tot het aardgasvervoersnet voor het verrichten van vervoersactiviteiten, met inbegrip van doorvoer, moet goedkeuren. Dit is evenwel niet gebeurd bij de bestreden wet, vermits die niet vooraf door de verzoekende partij werd goedgekeurd, maar integendeel aan haar wordt opgelegd.

A.4.2. De verzoekende partij meent ook dat zij een belang heeft bij de vernietiging van artikel 3 van de bestreden wet. De interpretatie van artikel 15/19 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (hierna : Gaswet) door het bestreden artikel 3 is onverenigbaar met het Europese gemeenschapsrecht. Door de retroactieve werking van artikel 3 wordt de CREG gedwongen om op haar eerdere beslissingen terug te komen, wat aangaande de hangende procedures voor het Hof van Beroep te Brussel en de Raad van State en het daarin ingenomen standpunt van de verzoekende partij niet zonder gevolg is.

A.4.3. In laatste instantie betoogt de verzoekende partij dat zij krachtens de verordening (EG) nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgasvervoersnetten (hierna : Gasverordening), de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG (hierna : Tweede Gasrichtlijn) en de Gaswet ermee belast is de toepassing van de reglementering, inzonderheid de voorwaarden tot toegang tot het aardgasvervoersnet te controleren en te verzekeren, wat haar een belang verschaft bij de vernietiging van de artikelen 2 en 3 van de bestreden wet. De voormelde wet leidt er immers toe dat de toegang tot het aardgasvervoersnet voor doorvoeractiviteiten niet langer zal geschieden onder voorwaarden die met het relevante Europese gemeenschapskader en, in het bijzonder, met het gelijkheidsbeginsel verenigbaar zijn.

A.5.1. De Ministerraad betwist dat de verzoekende partij rechtstreeks wordt geraakt door de bestreden wet. De kern van de bevoegdheidstoewijzing aan de CREG zit vervat in de Gaswet, die *in se* een omzetting is van de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn.

A.5.2. Daarnaast is de Ministerraad van oordeel dat de verzoekende partij niet ongunstig wordt geraakt door de bestreden wet. De verzoekende partij kan, rekening houdend met het beginsel van voorrang van het Europese gemeenschapsrecht, geen nadeel ondervinden van de bestreden wet. Immers, indien het standpunt van de verzoekende partij zou worden gevolgd, dan zou zij de bestreden wet buiten toepassing dienen te laten, zelfs zonder een eventuele rechterlijke beslissing, en indien daarentegen de bestreden wet niet strijdig zou zijn met het Europese gemeenschapsrecht, dan moet zij die wet uiteraard toepassen zonder dat hieruit enig nadeel zou volgen.

De Ministerraad is dan ook van oordeel dat het verzoekschrift als onontvankelijk dient te worden verworpen wegens een gebrek aan belang vanwege de verzoekende partij.

A.6. De verzoekende partij herhaalt in haar memorie dat de bestreden bepalingen haar rechtstreeks en ongunstig raken. Niettegenstaande het merendeel van de haar toegewezen bevoegdheden voortvloeien uit de Gaswet, wijzigt de bestreden wet, inzonderheid artikel 2, haar bevoegdheden. Bovendien wordt door de bestreden wet bepaald hoe, binnen welk wettelijk kader en onder welke voorwaarden die bevoegdheden moeten worden uitgeoefend.

Vervolgens neemt de verzoekende partij er akte van dat de Ministerraad erkent dat zij een wet buiten toepassing moet laten wanneer blijkt dat die wet strijdig is met het Europese gemeenschapsrecht. De verzoekende partij onderstreept evenwel dat, zelfs indien zij de bestreden wet buiten toepassing kan en moet laten wegens de vastgestelde onverenigbaarheid met het Europese gemeenschapsrecht, zij een manifest belang heeft om de vernietiging van die wet na te streven. Een vernietiging van de bestreden wet houdt immers in dat zij *ex tunc* en *erga omnes* uit het rechtsverkeer verdwijnt. De verzoekende partij acht dit, vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbedeling, te verkiezen boven een situatie waarin zij telkens *inter partes* en *ex nunc* moet aanvoeren en motiveren dat de bestreden wet buiten toepassing dient te worden gelaten.

Bovendien betoogt de verzoekende partij dat zij, als regulator van de gasmarkt, een zo groot mogelijke rechtszekerheid en transparantie dient na te streven. Krachtens de Gasverordening, de Tweede Gasrichtlijn en de Gaswet is zij immers belast met de opdracht om de toepassing van de reglementering, inzonderheid de voorwaarden voor toegang tot het aardgasvervoersnet, niet alleen te controleren, maar tevens te verzekeren.

A.7.1. De tussenkomenende partij, nv « Distrigas », is van oordeel dat uit de loutere strijdigheid van een bepaling met het Europese gemeenschapsrecht, in zoverre die strijdigheid al voorhanden is, geen nadeel voor de verzoekende partij kan worden afgeleid. Overeenkomstig het beginsel van de voorrang van het Europese gemeenschapsrecht kan aan het gemeenschapsrecht geen afbreuk worden gedaan door enig voorschrift van nationaal recht. Het gemeenschapsrecht heeft voorrang op elke nationale rechtsregel en laat elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing.

De vaststelling van de verzoekende partij als zou haar aansprakelijkheid door de bestreden wet in het geding worden gebracht, kan volgens de nv « Distrigas » niet worden gevolgd. Indien de bestreden wet in strijd zou zijn met het gemeenschapsrecht heeft de CREG op grond van het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht de verplichting om de strijdige nationale wet buiten toepassing te laten; de CREG heeft hierbij geen enkele beoordelingsvrijheid. Indien de bestreden wet niet in strijd is met het gemeenschapsrecht, dient de CREG vanzelfsprekend de bestreden wet toe te passen; ook dit brengt haar aansprakelijkheid niet in het geding omdat zij *in casu* zowel de nationale wet als de Europese regelgeving naleeft.

A.7.2. Ten slotte wijst de nv « Distrigas » erop dat, in zoverre er al een belang aanwezig was bij het indienen van het verzoekschrift, het belang niet meer actueel is. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat het belang niet enkel voorhanden dient te zijn op het ogenblik waarop het verzoekschrift wordt ingediend, doch dient te blijven bestaan tot de uitspraak van het Hof. Op 30 november 2009 werd in de Kamer van volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel ingediend « tot wijziging van de gaswet wat betreft de doorvoertarieven ». Dat wetsvoorstel beoogt « de Belgische gaswetgeving te wijzigen om die in overeenstemming te brengen met het Europese recht inzake de tarifiering van aardgasdoorvoer van grens tot grens, teneinde de transparantie en stabiliteit te verzekeren die noodzakelijk zijn voor de goede werking van de toegang tot het vervoersnet ».

Ten gevolge van dit wetsvoorstel dient te worden aangenomen dat de CREG geen actueel belang meer heeft. De wijzigingen die door de bestreden wet in de Gaswet worden aangebracht en die de CREG per hypothese ongunstig zouden kunnen raken, worden door het aanhangige wetsvoorstel opgeheven. In zoverre dat wetsvoorstel wet zou zijn geworden en in werking zou treden vóór de uitspraak van het Hof, dient te worden besloten dat het door de CREG aangevoerde belang niet actueel is en dat het beroep onontvankelijk is.

A.8.1. De Ministerraad herhaalt zijn standpunt en meent dat de CREG niet aantoont dat de bestreden wet haar wettelijk bepaalde bevoegdheden miskent. Bovendien kan niet worden aanvaard dat de CREG, door het indienen van een beroep tot vernietiging, de bedoeling kan hebben de ontstane rechtsonzekerheid te beëindigen. Door zogezegd op te komen voor de rechtszekerheid eist de CREG een rol op die niet in overeenstemming is met haar eigen handelingen; de CREG laat zelf verscheidene distributienetbeheerders in de kou staan door hun tarieven af te keuren zonder vervolgens zelf tarieven op te leggen. Derhalve creëert de CREG zelf een situatie van rechtsonzekerheid voor zowel de netbeheerders als de consument.

A.8.2. Het belang van de CREG kan in elk geval worden betwist, daar op 18 december 2009 een akkoord is bereikt tussen de CREG en de nv « Fluxys » dat, in tegenstelling tot de bestreden wet, in eenvormige tarieven voor vervoer en doorvoer van aardgas voorziet.

Wat het belang van de tussenkomenende partij nv « Distrigas » betreft

A.9. De tussenkomenende partij, de nv « Distrigas », is van oordeel dat zij kennelijk doet blijken van een belang in de zin van artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof om tussen te komen in het onderhavige beroep tot vernietiging.

De nv « Distrigas » is de eisende partij in de zaak 2008/AR/1614 die aanhangig is voor het Hof van Beroep te Brussel, waarbij een beroep tot schorsing en vernietiging werd ingesteld tegen de beslissingen van 15 mei 2008 en van 6 juni 2008 van de verzoekende partij. De kern van de betwisting is de draagwijdte van artikel 15/19

van de Gaswet en meer bepaald de vraag of bepaalde doorvoercontracten het stelsel van de *sanctity of contracts* kunnen genieten. Het feit dat de wetgever, met de interpretatieve bepaling in het bestreden artikel 3 van de wet van 10 maart 2009, de draagwijdte van artikel 15/19 van de Gaswet heeft verduidelijkt, heeft gevolgen voor de rechtspositie van de nv « Distrigas » in het aanhangige geschil.

Bovendien wordt door de CREG de vernietiging gevorderd van artikel 3, terwijl die bepaling de draagwijdte van artikel 15/19 verduidelijkt waardoor een aantal doorvoercontracten die door de voormalige dochteronderneming van de nv « Distrigas », « Distrigas & Co » (thans « Fluxys & Co »), gesloten werden, onbetwistbaar onder het principe van de *sanctity of contracts* vallen.

Volgens de nv « Distrigas » is de uitkomst van de zaak 2008/AR/1614 en de overige geschillen met betrekking tot de beslissingen van 15 mei 2008 en van 6 juni 2008 van de verzoekende partij, nog steeds voor haar van belang. De nv « Distrigas » heeft « Distrigas & Co » overgedragen aan de nv « Fluxys ». De overeenkomst inzake de aandelenoverdracht van « Distrigas & Co » aan de nv « Fluxys » voorziet in een prijsherzieningsclausule ten voordele van de nv « Distrigas » die van toepassing is indien de bovenvermelde beslissingen van de CREG worden vernietigd en hieruit een vermeerdering van de minimumwaarde van de verkochte transitiviteit voortvloeit.

A.10.1. De verzoekende partij betwist in haar memorie van antwoord de ontvankelijkheid van de tussenkomst van de nv « Distrigas ». Volgens de CREG beschikt de nv « Distrigas » niet over een persoonlijk belang. De nv « Distrigas » verwijst immers naar de beweerde impact van de bestreden wet op de toestand van een ander rechtssubject, namelijk « Distrigas & Co ».

De verzoekende partij stelt vast dat de nv « Distrigas » sinds 30 juni 2008 bovendien geen aandeelhouder meer is van « Distrigas & Co », zodat zij hoe dan ook over geen actueel belang beschikt.

A.10.2. De verzoekende partij betwist bovendien de stelling van de nv « Distrigas » als zou zij een belang hebben, omdat de wetgever, met de interpretatieve bepaling in artikel 3, haar rechtstoestand in een geschil dat voor het Hof van Beroep te Brussel hangende is, zou verbeteren. Een dergelijk belang, dat berust op een manifeste schending door de wetgever van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, dat van openbare orde is, is manifest ongeoorloofd en kan derhalve geen tussenkomst in een vernietigingsberoep voor het Hof rechtvaardigen.

A.10.3. De verzoekende partij wijst ten slotte erop dat de eventuele meerprijs in geval van bevestiging van de *sanctity of contracts* van de overeenkomst tussen de nv « Fluxys » en de nv « Huberator », enerzijds, en de nv « Distrigas » en de nv « Transfin », anderzijds, niet aan de nv « Distrigas » ten goede komt, maar wel aan de vroegere aandeelhouders van voormelde onderneming, namelijk « Publigas » en « GDF Suez », zoals blijkt uit het perscommuniqué op 30 oktober 2008 dat in het kader van de verkoop van de nv « Distrigas » aan « ENI » werd verspreid.

A.11.1. In antwoord op de stelling van de CREG, meent de nv « Distrigas » dat zij een rechtmatig, persoonlijk en rechtstreeks belang heeft om in rechte op te komen tegen de onrechtmatige aantasting van het belangrijkste actief van haar vroegere dochteronderneming (« Distrigas & Co ») waarvan zij rechtstreeks en onrechtstreeks bijna 100 % van de aandelen bezat. De overeenkomst van 1 juli 2008 inzake de overdracht van aandelen « Distrigas & Co » aan de nv « Fluxys » en de nv « Huberator » voorziet immers in een prijsherzieningsclausule ten voordele van de nv « Distrigas » en de nv « Transfin » in bepaalde gevallen. Hierbij heeft de nv « Distrigas » zich niet ertoe verbonden de eventuele meerprijs als gevolg van de prijsherzieningsclausule door te storten aan haar voormalige aandeelhouders, noch aan enig andere rechtspersoon. De eventuele meerprijs zal enkel ten goede komen aan de nv « Distrigas » en de nv « Transfin ».

A.11.2. In laatste instantie wijst de nv « Distrigas » erop dat zij zeer omvangrijke activiteiten heeft als aardgasleverancier. Voor de uitoefening van haar leveringsactiviteiten is zij een zeer belangrijke afnemer van zowel vervoer- als doorvoerdiensten. De nv « Distrigas » is ook contractpartij bij een aantal doorvoercontracten die het principe van de *sanctity of contracts* genieten op basis van artikel 15/19 van de Gaswet. Met toepassing van dat principe zijn op die doorvoercontracten onderhandelde tarieven en een onderhandeld systeem van toegang toepasselijk. Daar artikel 3 van de bestreden wet de toepassing van artikel 15/19 van de Gaswet en het principe van de *sanctity of contracts* verduidelijkt, is het belang van de nv « Distrigas » als tussenkomende partij manifest.

A.11.3. In tegenstelling tot wat de CREG beweert, is er, volgens de tussenkomenende partij, eveneens geen schending van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, omdat artikel 3 van de bestreden wet niet de bedoeling heeft, middels retroactieve wijziging, de afloop van de hangende rechterlijke procedures te beïnvloeden. Artikel 3 van de bestreden wet is een louter interpretatieve bepaling; het feit dat die interpretatieve bepaling een invloed heeft op de hangende rechtsgedingen vloeit voort uit het wezen zelf van een interpretatieve wet, namelijk dat die terugwerkt tot op de datum van inwerkingtreding van de wetsbepalingen die aldus geïnterpreteerd worden.

Ten gronde

Wat het eerste middel betreft

A.12.1. Het eerste middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 39 en 134 van de Grondwet en artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, doordat over de bestreden artikelen 2 en 3 van de wet van 10 maart 2009 geen overleg is gepleegd tussen de federale overheid en de betrokken Gewestregeringen, terwijl zulks wordt vereist door de voormelde grondwetsartikelen en artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen.

A.12.2. De CREG benadrukt dat overleg volgens de rechtspraak van het Hof verder gaat dan het inwinnen van louter advies, en tot doel heeft de overheid die over beslissingsmacht beschikt, te verplichten rekening te houden met de opvatting van de overheid of de overheden waarmee moet worden overlegd. Dat overleg moet derhalve plaatsvinden vóór het nemen van de uiteindelijke beslissing. Het voorgeschreven overleg moet met een daadwerkelijke gedachtewisseling tussen de regeringen zelf gepaard gaan, meer bepaald in het kader van het Overlegcomité of in het kader van een interministeriële conferentie; overleg op het niveau van ambtenaren of van afgevaardigden van regeringsleden volstaat, volgens de CREG niet.

De bestreden wet handelt over de grote lijnen van het nationale energiebeleid vermits zij de omzetting van de Tweede Gasrichtlijn betreft en een wijziging van de bepalingen van de Gaswet beoogt, die eveneens tot de omzetting van de Tweede Gasrichtlijn strekte. Het bestreden artikel 2 vervangt artikel 15/5*quinquies* van de Gaswet, zoals ingevoegd bij artikel 22 van de wet van 1 juni 2005, en artikel 3 interpreteert artikel 15/19 van de Gaswet, zoals ingevoegd bij artikel 38 van de wet van 1 juni 2005. De artikelen 22 en 38 van de wet van 1 juni 2005 vormden echter wel het voorwerp van overleg tussen de federale overheid en de betrokken Gewestregeringen. Volgens de verzoekende partij kan hieruit worden afgeleid dat de federale overheid zelf erkende dat de bepalingen van de wet van 1 juni 2005 op de « grote lijnen van het energiebeleid » betrekking hebben. Vervolgens citeert de verzoekende partij uit het koninklijk besluit van 27 mei 2008 tot opschorting van de uitvoering van de beslissing (B)080515-CDC-656G/07 van 15 mei 2008 van de CREG en stelt vast dat uit het feit dat die beslissing van de CREG in strijd was met « de krachtlijnen van 's lands energiebeleid », de Ministerraad heeft erkend dat de aangelegenheid waarover de wet van 10 maart 2009 handelt onlosmakelijk deel uitmaakt van « de grote lijnen van het nationaal energiebeleid ».

A.13.1. In hoofdorde stelt de Ministerraad dat de bestreden wet de artikelen 15/5*quinquies* en 15/19 van de Gaswet enkel preciseert en verduidelijkt. Zelfs al zou worden aanvaard dat de bestreden wet de grote lijnen van het nationaal energiebeleid betreft, dan nog zou er *in casu* geen overleg nodig zijn aangezien er geen wijziging wordt beoogd van de reeds uiteengezette grote lijnen van het nationale energiebeleid en er geen nieuwe beleidskeuzes worden doorgevoerd.

Bovendien stelt de bestreden wet de tarifaire principes van aardgas vast, waarvoor de federale overheid exclusief bevoegd is op grond van artikel 6, § 1, VI, tweede lid, d), van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen. Artikel 6, § 3, van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen sluit evenwel expliciet de bevoegdheden opgesomd in artikel 6, § 1, VI, uit van het verplichte overleg.

A.13.2. In ondergeschikte orde voert de Ministerraad aan dat op 18 december 1991 een samenwerkingsakkoord betreffende energiebeleid tot stand kwam tussen de federale overheid en de gewesten in het kader van de Interministeriële Conferentie Economie en Energie (ICE), dat onder meer de oprichting van de permanente werkgroep ENOVER tot gevolg had, waarin de samenwerking tussen de federale overheid en de gewesten georganiseerd wordt. In dit kader vindt regelmatig overleg plaats over internationale, Europese en nationale energiedossiers. De Ministerraad is daarom van oordeel dat er wel degelijk overleg wordt gepleegd inzake de grote lijnen van het nationaal energiebeleid. In het kader van de bestreden wet werd eveneens een

hoorzitting georganiseerd over het thema « transittarieven voor gas » waarbij de vertegenwoordigers van de CREG, « Fluxys » en « Distrigas » aanwezig waren.

A.14.1. De verzoekende partij betwist de stelling van de Ministerraad en meent dat met de bestreden bepaling onmiskenbaar nieuwe rechtsregels in het leven worden geroepen. Het bestreden artikel 2 wijkt op het vlak van de vaststelling van de doorvoertarieven op talrijke punten af van de eerdere methodologie en verschilt tevens van de methodologie die aangaande de vervoerstarieven geldt. Het bestreden artikel 3 probeert, onder het mom van een zogenaamde « interpretatieve bepaling », het toepassingsgebied van de *sanctity of contracts* wezenlijk uit te breiden. Bovendien dient de bestreden wet geen wijziging van de grote lijnen van het nationale energiebeleid te beogen. De bijzondere wetgever heeft immers voorgeschreven dat overleg vereist is « over de grote lijnen van het nationaal energiebeleid » en niet enkel over de wijzigingen van dat beleid.

Met betrekking tot het standpunt van de Ministerraad als zou er geen overleg moeten plaatsvinden op grond van artikel 6, § 3, 2°, van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen, antwoordt de CREG dat de bevoegdheid die door artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de voormelde bijzondere wet aan de federale wetgever wordt voorbehouden, onverminderd het bepaalde in artikel 6, §§ 3 en 4, van de voormelde bijzondere wet geldt. Bijgevolg zal, telkens wanneer de bevoegde wetgevers een regeling aannemen die op de grote lijnen van het nationale energiebeleid betrekking heeft, toch voorafgaand overleg vereist zijn over de aangelegenheden in artikel 6, § 1, VII, ongeacht hetgeen is bepaald in artikel 6, § 3, 2°.

De verzoekende partij stelt vast dat de Ministerraad zelf aanvoert dat de tarieven niet in de wet worden bepaald. Artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen is bijgevolg zelfs niet van toepassing. Bovendien beperken de bestreden bepalingen zich niet tot tarieven, maar hebben zij ook betrekking op de wezenlijke kenmerken van de gasmarkt.

A.14.2. Subsidiair meent de verzoekende partij dat, indien er toch nog overleg zou hebben plaatsgevonden in de permanente werkgroep ENOVER, dit slechts een ambtelijke werkgroep is. Het overleg op het niveau van ambtenaren of van afgevaardigden van regeringsleden volstaat niet, omdat de bijzondere wetgever overleg tussen de federale Staat en de Gewestregeringen zelf heeft voorgeschreven. Bovendien staat niet vast dat in die werkgroep over de bestreden bepalingen werd overlegd, vooraleer zij werden aangenomen. Tevens toont een hoorzitting over het thema « transittarieven voor gas » niet aan dat over de bestreden bepalingen overleg met de Gewestregeringen zou hebben plaatsgevonden.

A.15. In zijn memorie van wederantwoord benadrukt de Ministerraad dat de bestreden wet wel een regeling betreffende de tarieven inhoudt. De bestreden wet bepaalt de methodologie op basis waarvan de doorvoertarieven moeten worden vastgesteld, waardoor de bestreden wet handelt over de tarieven zonder die effectief vast te leggen.

Bovendien is de federale overheid exclusief bevoegd in alle aspecten van het prijzenbeleid en dus ook inzake de tarieven op de energiemarkt. De federale overheid dient geen overleg te plegen met de gewesten wanneer de federale wet betrekking heeft op de tarieven.

Wat het tweede middel betreft

A.16.1. Het tweede middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de Gasverordening en met de Tweede Gasrichtlijn, doordat het bestreden artikel 2 van de wet van 10 maart 2009 het mogelijk maakt dat een verschillende methodologie voor de bepaling van de tarieven wordt gebruikt, al naargelang het tarieven voor vervoer dan wel doorvoer betreft, en voorziet in afwijkingmogelijkheden bij het bepalen van doorvoertarieven. Hierdoor wordt een verschil in behandeling in het leven geroepen, dat niet objectief en redelijk te verantwoorden is, tussen de categorie van personen die, wanneer zij het aardgasvervoersnetwerk voor vervoersactiviteiten willen gebruiken, daartoe in overeenstemming met het Europese gemeenschapsrecht toegang krijgen en de categorie van personen die, wanneer zij hetzelfde aardgasvervoersnetwerk voor doorvoeractiviteiten willen gebruiken, daartoe slechts toegang krijgen onder de voorwaarden, die uit artikel 2 van de bestreden wet blijken, en die van het Europese gemeenschapsrecht afwijken.

De CREG voert aan dat er krachtens de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn geen onderscheid mag worden gemaakt tussen tarieven voor vervoer, enerzijds, en voor doorvoer van gas, anderzijds. Geen van beide bronnen van gemeenschapsrecht onderscheiden de doorvoer van het vervoer, maar leggen integendeel het

principe van transparantie en non-discriminatie aangaande de tarieven of aangaande de gebruikte methodologie voor de bepaling van de tarieven op. Voormelde principes zouden noodzakelijk ertoe moeten leiden dat een eenvormig tarief voor alle vervoersactiviteiten geldt. Het voorgaande blijkt niet enkel uit de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn, maar ook uit het antwoord van Europees commissaris Piebalgs op de parlementaire vraag nr. E-6014/07 van 6 december 2007, het schrijven van de Europese Commissie van 18 december 2008 aan het Hof van Beroep te Brussel en uit de arresten van het Hof van Beroep te Brussel van 10 november 2008 en 29 juni 2009.

Daarnaast is de CREG van oordeel dat artikel 15/5*quinquies*, § 1, eerste lid, 1^o, van de Gaswet het gelijkheidsbeginsel schendt omdat het de mogelijkheid biedt om de duur van toepasselijkheid van de tarieven contractueel te bepalen, zodat op hetzelfde ogenblik, contract per contract, verschillende tarieven toepasselijk zullen zijn, terwijl gebruikers van het aardgasvervoersnet onder gelijke voorwaarden voor dezelfde diensten tot het netwerk toegang moeten krijgen. Zowel de Raad van State, afdeling wetgeving, als de CREG hebben tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet hierop gewezen.

A.16.2. Als tweede onderdeel van het tweede middel voert de verzoekende partij aan dat artikel 15/5*quinquies*, § 1, eerste lid, 2^o, *junctis* tweede en derde lid, het gelijkheidsbeginsel schendt omdat het in de mogelijkheid voorziet van een regulatoire periode voor de afzonderlijke doorvoertarieven, die langer dan vier jaar is, waardoor verschillende tarieven voor vervoer - geldend voor de regulatoire periode - en doorvoer van gas - voor een eventueel langere periode - mogelijk zijn.

Bovendien is de verzoekende partij van oordeel dat die afwijking in strijd is met de uit de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn voortvloeiende verplichting om tarieven toe te passen die een afspiegeling zijn van de werkelijke kosten. Hoe langer de periode waarvoor de tarieven kunnen gelden, hoe moeilijker, zo niet onmogelijk het wordt om te verzekeren dat de tarieven steeds een afspiegeling van de werkelijke kosten van de netwerkbeheerder aangaande de vervoersactiviteit zullen zijn. Het Hof van Beroep te Brussel kwam in zijn arrest van 29 juni 2009 aangaande artikel 15/5*nonies* van de Gaswet tot hetzelfde besluit en de Raad van State, afdeling wetgeving, en de CREG wezen er in hun adviezen ook op.

Ten slotte is de bepaling van de regulatoire periode een onderdeel van de methodologie op grond waarvan de tarieven worden bepaald. Die methodologie moet door de CREG zijn goedgekeurd vóór de inwerkingtreding ervan, wat niet gebeurd is bij de bestreden bepaling.

A.16.3. Als derde onderdeel van het tweede middel voert de verzoekende partij aan dat artikel 15/5*quinquies*, § 1, eerste lid, 3^o, van de Gaswet het gelijkheidsbeginsel schendt doordat in een afwijkende regeling voor de bepaling van de billijke winstmarge wordt voorzien, die vanzelfsprekend tot een hoger tarief dan het vervoerstarief kan leiden en bovendien een onderdeel van de methodologie voor de bepaling van de tarieven is, die vóór de inwerkingtreding ervan door de CREG moet worden goedgekeurd.

A.16.4. Als vierde onderdeel van het tweede middel wordt opgeworpen dat artikel 15/5*quinquies*, § 2, van de Gaswet het gelijkheidsbeginsel schendt doordat de mogelijkheid wordt gegeven om tarieven op grond van marktgerichte regelingen te bepalen, wanneer het tarieven betreft aangaande de te realiseren installaties, terwijl die mogelijkheid niet bestaat voor tarieven voor vervoer van gas of voor reeds bestaande installaties. Het is eveneens niet redelijk te verantwoorden dat wat de toegang tot te realiseren installaties betreft, steeds het hoogste van de tarieven moet worden toegepast. Die regeling is bovendien allerm minst transparant, omdat de gebruiker van het aardgasvervoersnet met het oog op doorvoeractiviteiten pas na afloop van de zogenaamde marktconsultatie weet welk tarief zal worden toegepast.

A.17.1. De Ministerraad is in hoofdorde van oordeel dat het Hof onbevoegd is om de wetskrachtige normen te toetsen aan het Europese gemeenschapsrecht en bijgevolg niet bevoegd is om zich uit te spreken over de gegrondheid van het tweede middel.

A.17.2. In ondergeschikte orde is de Ministerraad in de eerste plaats van oordeel dat, hoewel het Europese gemeenschapsrecht geen expliciet onderscheid maakt tussen de doorvoer- en vervoersactiviteit van aardgas, dit niet betekent dat indien er wel een onderscheid wordt gemaakt bij het bepalen van verschillende methodes voor het vaststellen van tarieven, dit een schending van het Europese gemeenschapsrecht inhoudt.

Bovendien kan er volgens de Ministerraad geen sprake zijn van een discriminatie omdat doorvoer en vervoer van aardgas twee ongelijke situaties zijn die ongelijk worden behandeld. De doorvoeractiviteit is ten eerste een concurrentiële activiteit op een markt van Europese grootte, terwijl er geen sprake is van een concurrentiële markt inzake vervoer van aardgas aangezien er in België maar één speler op de markt is. Vervolgens is de doorvoeractiviteit ook onderhevig aan een groter risico op het vastlopen van investeringen. Tot slot is de aard van de dienst van doorvoer of vervoer van aardgas eveneens verschillend. Het vervoer is voornamelijk gericht op de private consumptie waardoor een flexibele dienstverlening kan worden verstrekt, wat niet het geval is inzake doorvoer. Daarenboven berusten de aangetoonde verschilpunten die de doorvoer van vervoer scheiden op objectieve criteria die redelijk verantwoord zijn en bovendien pertinent zijn.

Daarnaast toont de CREG niet aan dat de duur van de toepasselijkheid van de tarieven niet contractueel bepaald zou mogen worden. Elke doorvoergebruiker van het netwerk heeft immers op hetzelfde ogenblik de mogelijkheid om in te tekenen op dezelfde dienst onder dezelfde voorwaarden.

A.17.3. In de tweede plaats betwist de Ministerraad in zijn memorie dat het feit dat de bestreden wet in de mogelijkheid voorziet een regulatoire periode vast te stellen van meer dan vier jaar, strijdig zou zijn met de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn. De aard van de doorvoercontracten zorgt er immers voor dat het noodzakelijk is die uitzondering op de gemeenschappelijke methode toe te staan, onder meer vanwege het uitermate risicovolle karakter van investeringen in het doorvoernet. Het volstaat dat de CREG vóór de aanvang van elke regulatoire periode haar goedkeuring verleent aan een koninklijk besluit waarbij tot de verlenging van de regulatoire periode wordt besloten.

Daarenboven wenst de Ministerraad op te merken dat de marktgerichte tarieven ook geen afspiegeling van de werkelijke kosten dienen te zijn; bovendien heeft artikel 15/5*quinquies*, § 3, een garantie ingebouwd betreffende de kosten indien de contractueel vastgestelde duurtijd langer is dan de regulatoire periode.

A.17.4. Als derde element meent de Ministerraad dat een objectief criterium wordt gehanteerd dat het afwijkende stelsel van de billijke winstmarge redelijk verantwoordt. De omstandigheid dat die afwijkende tarieven eventueel hoger kunnen liggen dan de tarieven die voortvloeien uit de *cost plus* methodologie is niet relevant.

A.17.5. In laatste instantie merkt de Ministerraad op dat de Europese regelgeving zelf voorziet in de mogelijkheid tot gebruik van een marktgerichte methodologie wanneer er sprake is van een concurrentiële markt, zoals dit het geval is inzake doorvoer.

A.18.1. In hoofddorde antwoordt de verzoekende partij dat de door de Ministerraad aangevoerde exceptie dat het Hof onbevoegd zou zijn om van het tweede middel kennis te nemen ongegrond is. Het middel kaart immers een welbepaald verschil in behandeling aan van de verschillende categorieën van gebruikers van het aardgasvervoersnet dat niet kan worden verantwoord, waardoor het gelijkheidsbeginsel wordt miskend.

A.18.2. Subsidiar benadrukt de verzoekende partij in de eerste plaats nogmaals dat het Europese gemeenschapsrecht zich wel degelijk verzet tegen een onderscheiden tarifiering (methodologie) voor de toegang tot het aardgasvervoersnet voor het verrichten van doorvoer en die dus onmogelijk kan worden verantwoord. De verzoekende partij citeert bovendien het persbericht van de Europese Commissie naar aanleiding van de inbreukprocedure ingeleid door de Europese Commissie tegen België op 8 oktober 2009. Daaruit blijkt dat de Europese Commissie de inbreukprocedure heeft ingeleid op grond van de vaststelling dat het gemeenschapsrecht momenteel geen onderscheid meer maakt tussen gastransport in het kader van doorvoer van aardgas en transport van gas dat bestemd is voor afnemers op het nationale grondgebied, waardoor geen ruimte wordt gelaten voor speciale tariefregelingen voor doorvoeractiviteiten; bijgevolg is er sprake van discriminatie tussen transportnetgebruikers die vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht soortgelijke activiteiten ontplooiën.

Bovendien verzet de verzoekende partij zich in haar memorie van antwoord tegen de door de Ministerraad ontwikkelde differentiecriteria en verantwoording. Ten eerste betwist de verzoekende partij dat de doorvoeractiviteit een concurrentiële activiteit is: de netwerkbeheerder beschikt immers over een wettelijk monopolie inzake de vervoersactiviteit (en dus ook inzake de doorvoeractiviteit). Ten tweede heeft het gebrek aan doorvoercapaciteit op Europees niveau integendeel tot gevolg dat doorvoer van aardgas een weinig risicovolle en zeer lucratieve activiteit is. Ten slotte zijn doorvoer en vervoer van aardgas soortgelijke activiteiten. Het enige element waardoor beide activiteiten zich van elkaar onderscheiden is de bestemming van het getransporteerde aardgas.

Daarnaast betwist de verzoekende partij de verantwoording van de Ministerraad voor de mogelijkheid tot het contractueel bepalen van de duur van de tarieven van doorvoeractiviteiten. Ten eerste wordt de duur van de tarieven voor doorvoer onderhandeld en dus, in strijd met het gemeenschapsrecht, niet gereguleerd. Ten tweede waarborgt de bestreden regeling niet dat de gebruikers van het aardgasvervoersnet op hetzelfde ogenblik, onder gelijke voorwaarden voor dezelfde diensten tot het aardgasvervoersnet toegang hebben. Gebruikers van het aardgasvervoersnet voor doorvoeractiviteiten kunnen immers toegang krijgen tegen eerder voor een verschillende duur onderhandelde, verschillende tarieven, wat strijdt met het niet-discriminatiebeginsel.

A.18.3. In de tweede plaats betwist de verzoekende partij in haar memorie van antwoord de verantwoording van de Ministerraad voor de afwijkende regeling die inhoudt dat de regulatoire periode voor de afzonderlijke doorvoertarieven, langer dan vier jaar kan zijn. Ten eerste werd het zogenaamde specifieke karakter van de doorvoeractiviteit reeds ontkracht.

Daarnaast is de verzoekende partij van oordeel dat het onvoldoende is dat de CREG vooraf het koninklijk besluit waardoor de verlenging van de regulatoire periode wordt voorgesteld, moet goedkeuren. De CREG moet immers, voorafgaandelijk, ten minste de tariefmethodologie kunnen goedkeuren, wat niet gebeurd is.

Wat de toepassing van de marktgerichte regelingen betreft, meent de verzoekende partij dat zulks zelfs door de wetgever aan de te realiseren installaties voor de toegang tot het aardgasvervoersnet voor de doorvoer voorbehouden werd. Hieruit kan dus geen argument op het vlak van de tarieven voor doorvoeractiviteiten, in het algemeen, worden geput. Bovendien is de verwijzing naar artikel 15/5*quinquies*, § 3, van de Gaswet irrelevant, omdat die bepaling enkel betrekking heeft op het geval waarin de « contractuele termijn de termijn van de regulatoire periode overschrijdt », terwijl het bestreden artikel 15/5*quinquies*, § 1, eerste lid, 2^o, van de Gaswet voorschrijft dat de regulatoire periode langer dan vier jaar kan zijn.

A.18.4. In de derde plaats benadrukt de verzoekende partij in haar memorie nogmaals dat de aard van de doorvoeractiviteit geenszins het bestaan van een onderscheiden tariefmethodologie verantwoordt, die van de methodologie inzake vervoerstarieven zou afwijken, wat eveneens geldt voor de component « billijke winstmarge » van die tarieven. Dat de bestreden regeling tot hogere tarieven aanleiding geeft, in vergelijking met de tarieven die voor vervoersactiviteiten gelden, wordt ook bevestigd door de analyse die de Europese Commissie van de bestreden bepalingen, naar aanleiding van de inbreukprocedure, heeft gemaakt.

A.18.5. In de vierde plaats herhaalt de verzoekende partij dat de door de wetgever uitgewerkte regeling niet alleen aan de voorwaarden afbreuk doet die door de Europese regelgever aan de toepassing van een marktgerichte regeling werden verbonden, maar ook in het licht van de doelstelling niet kan worden verantwoord. Toelaten dat de monopolistische beheerder van het Belgische aardgasvervoersnet hogere tarieven kan vragen om toegang tot dat net te geven, is immers niet bevorderlijk voor de aantrekkelijkheid van België als doorvoerland en van zijn concurrentiepositie. De Europese Commissie onderschrijft volgens de verzoekende partij eveneens het standpunt dat de uitzonderingsregeling voor de toegang tot nog te realiseren installaties met het Europese gemeenschapsrecht strijdt.

A.18.6. In laatste instantie stelt de verzoekende partij vast dat de Ministerraad niet ingaat op meerdere van de grieven die door de verzoekende partij werden aangevoerd en deze bijgevolg niet worden betwist.

Bovendien merkt de verzoekende partij op dat het door de Ministerraad aangenomen standpunt tegenstrijdig is met de aanpassingen van het koninklijk besluit van 8 juni 2007 « betreffende de methodologie voor het vaststellen van het totale inkomen dat de billijke marge bevat, betreffende de algemene tariefstructuur, de basisprincipes en procedures inzake tarieven, de procedures, de bekendmaking van de tarieven, de jaarverslagen, de boekhouding, de kostenbeheersing, betreffende de inkomensverschillen van de beheerders en de objectieve indexeringsformule bedoeld in de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen » (hierna : Algemeen Tariefbesluit) die de Ministerraad bij koninklijk besluit van 15 januari 2010 heeft goedgekeurd, waarbij onder meer alle bepalingen van het Algemeen Tariefbesluit die een onderscheid tussen doorvoer en binnenlands vervoer van aardgas maken, worden geschrapt.

A.19.1. De Ministerraad herhaalt in zijn memorie van wederantwoord dat het Hof, volgens hem, onbevoegd is om kennis te nemen van het tweede middel.

A.19.2. Subsidiair meent de Ministerraad dat doorvoer- en vervoersactiviteit twee onderscheiden activiteiten zijn. Immers, de doorvoer van gas gebeurt op een concurrentiële markt aangezien de doorvoer van gas betrekking heeft op een internationale markt. Bovendien maakt het grotere risico op het stranden van

investeringen een van de elementen uit die aantonen dat doorvoer- en vervoersactiviteiten twee verschillende activiteiten zijn. Tot slot noodzaakt de vervoersmarkt een flexibele dienstverlening. De vraag naar gas van de Belgische consument is afhankelijk van een aantal factoren waaronder het weer. In het kader van doorvoer van gas kan er geen sprake zijn van vraagschommelingen en is er een constante doorvoer van aardgas.

Volgens de Ministerraad voorziet de Europese wetgeving zelf in een onderscheiden regeling inzake de doorvoeractiviteit. Het principe van de *sanctity of contracts* is van toepassing op doorvoerovereenkomsten die zijn gesloten overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de richtlijn 91/296/EEG van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de doorvoer van aardgas via de hoofdnetten (hierna: Doorvoerrichtlijn), en niet op vervoersovereenkomsten. Daaruit volgt dat de Europese regelgever de doorvoeractiviteit anders benadert dan de vervoersactiviteit, gelet op het feit dat een uitzondering op de strikte toepassing van de regels van mededingen wordt toegestaan.

A.19.3. De Ministerraad wenst nog op te merken dat het feit dat de duur van de toepassing van de tarieven kan onderhandeld worden, niet tot gevolg heeft dat de toegang tot het netwerk voor derden niet gereguleerd zou zijn. De tarieven dienen immers altijd aan de CREG te worden voorgelegd voor goedkeuring.

Vervolgens meent de Ministerraad dat de Europese regelgever zelf heeft voorzien in de mogelijkheid tot gebruik van een marktgerichte methodologie wanneer er sprake is van een concurrentiële markt, hetgeen de doorvoeractiviteit is.

Daarnaast is de Ministerraad van oordeel dat de CREG niet consequent is. Het is, volgens hem, onaanvaardbaar dat de CREG bij aanvang van haar memorie van antwoord stelt dat het wetsvoorstel van 30 november 2009 haar verzoekschrift tot vernietiging niet aantast, en dan niet nalaat te verwijzen naar het wetsvoorstel in haar argumentatie.

Wat het derde middel betreft

A.20.1. Het derde middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 43, 47, lid 2, 49, 55, 95 en 234 van het EG-Verdrag, het algemeen rechtsbeginsel inzake non-discriminatie, de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn, doordat het bestreden artikel 3 van de wet van 10 maart 2009 de op artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn gebaseerde uitzonderingsregeling inzake *sanctity of contracts* uitbreidt tot de contracten gesloten door de in artikel 3 van de bestreden wet bedoelde partijen, op grond van een interpretatieve bepaling.

Hierdoor wordt, volgens de CREG, een discriminatie in het leven geroepen tussen de medecontractanten van de nieuwe nv « Distrigas », van haar dochtervennootschappen en van de dochtervennootschappen van nv « Fluxys », omdat zij krachtens het bestreden artikel 3, onder het principe van de *sanctity of contracts* vallen en derhalve andere contractueel bepaalde prijzen voor de doorvoer moeten betalen, hoewel de voorwaarden daartoe, zoals vastgesteld door de artikelen 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn en 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn niet zijn vervuld, en de personen die wel onder het toepassingsgebied van de artikelen 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn en 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn vallen omdat zij, vóór 1 juli 2004, een doorvoerovereenkomst met de nv « Fluxys » hebben gesloten.

De verzoekende partij merkt op dat het principe van de *sanctity of contracts* teruggaat op artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn, waardoor contracten die gesloten zijn overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn blijven gelden en geïmplementeerd blijven overeenkomstig die richtlijn.

A.20.2. Als eerste onderdeel van het derde middel voert de verzoekende partij aan dat de Gasverordening de tijdelijke uitzonderingsregeling van artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn niet heeft gehandhaafd, omdat zij geen afwijking bevat betreffende de bestaande doorvoerovereenkomsten. Die tijdelijke uitzonderingsregeling is derhalve, volgens de verzoekende partij, minstens impliciet doch zeker, door artikel 3, lid 1, van de Gasverordening opgeheven.

Voor zover artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn toch niet impliciet is opgeheven door de Gasverordening en de uitzonderingsregeling waarin is voorzien, bijgevolg nog steeds van toepassing zou zijn, moet, volgens de verzoekende partij, worden vastgesteld dat die bepaling van secundair gemeenschapsrecht in ieder geval onverenigbaar is met de bepalingen van primair gemeenschapsrecht, meer bepaald met het

EG-Verdrag en met de algemene beginselen. Voormeld artikel leidt volgens de verzoekende partij immers ertoe dat een verschil in behandeling bestaat tussen de gebruikers van het vervoersnetwerk met het oog op doorvoer, die zijn gebonden door een overeenkomst die wel valt onder de uitzonderingsregeling waarin is voorzien, en de gebruikers van het vervoersnetwerk die gebonden zijn door een overeenkomst die niet onder de uitzonderingsregeling valt. Een bijkomend verschil in behandeling doet zich bovendien voor tussen de ondernemingen die het aardgasvervoersnet gebruiken voor vervoer en die welke het aardgasvervoersnet gebruiken voor doorvoer.

De verzoekende partij meent dat beide verschillen in behandeling niet kunnen worden verantwoord door de noodzaak om eerder gesloten langetermijncontracten te vrijwaren, temeer omdat artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn een overgangsregeling zonder beperking in de tijd blijkt te zijn. De ontstentenis van een dergelijke beperking houdt immers geen rekening met de context waarin de Tweede Gasrichtlijn tot stand is gekomen, te weten het inrichten van een interne, vrije markt.

A.20.3. Als tweede onderdeel van het derde middel voert de verzoekende partij aan dat, voor zover artikel 15/19 van de Gaswet, als een woordelijke omzetting van artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn, verder toepasselijk zou zijn, het bestreden artikel 3 een retroactief werkende interpretatie van dat artikel 15/19 van de Gaswet invoert. Bijgevolg wordt, volgens de CREG, niet alleen artikel 15/19 van de Gaswet geïnterpreteerd door de federale wetgever, maar tevens artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn, terwijl het Hof van Justitie, overeenkomstig artikel 234 van het EG-Verdrag, als enige bevoegd is om het EG-Verdrag uit te leggen. De verzoekende partij leidt hieruit af dat het niet aan een lidstaat en zijn nationale wetgever toekomt om, door middel van een nationale bepaling, de inhoud, zin en draagwijdte van een richtlijnbeepaling uit te leggen.

Daarnaast is de verzoekende partij van oordeel dat het bestreden artikel 3 een interpretatie geeft aan het eerste lid van artikel 15/19 van de Gaswet die onverenigbaar is met de draagwijdte van artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn en van artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn. Het bestreden artikel breidt het principe van de *sanctity of contracts* uit tot contracten en contractpartijen die niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn. De uitzonderingsregeling slaat op doorvoerovereenkomsten die betrekking hebben op de doorvoer van aardgas via grote netwerken en die worden onderhandeld tussen de verantwoordelijke entiteiten voor hogedrukgasleidingnetten en, in voorkomend geval, met de entiteiten die verantwoordelijk zijn voor de in- en uitvoer van gas in de lidstaten. Er wordt niet betwist dat de nv « Fluxys » (de oude nv « Distrigas »), een verantwoordelijke entiteit is voor een hogedrukgasleiding in de zin van de Doorvoerrichtlijn, maar wel dat de doorvoerovereenkomsten gesloten door de nieuwe nv « Distrigas » en door de dochtervennootschappen van de nieuwe nv « Distrigas » of van de nv « Fluxys » voldoen aan de voorwaarden van artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn. Uit de Doorvoerrichtlijn blijkt immers dat, om als entiteit verantwoordelijk voor een hogedrukgasleidingnet, dan wel als een entiteit verantwoordelijk voor de in- en uitvoer van aardgas, in een lidstaat, in aanmerking te komen, de naam van die entiteit moet voorkomen op een exhaustieve lijst, die als bijlage bij de Doorvoerrichtlijn is opgenomen.

Uit de documenten die aan de goedkeuring van de Doorvoerrichtlijn zijn voorafgegaan, blijkt dat het begrip « entiteit verantwoordelijk voor de in- en uitvoer van aardgas in een lidstaat » naar voren is geschoven in het licht van de specifieke situatie in Duitsland waar verschillende vennootschappen instonden voor de invoer en het vervoer van het gas. De woorden « in voorkomend geval » in artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn bevestigen alleen maar dat een dergelijke situatie geen automatisme is, doch evenwel de uitzondering, namelijk enkel in lidstaten waarin dergelijke entiteiten daadwerkelijk actief zijn. Bovendien zijn de betrokken entiteiten die actief zijn in Duitsland, wel degelijk opgenomen in de lijst in bijlage aan de Doorvoerrichtlijn, wat des te meer het exhaustieve karakter van die lijst aantoont. De verzoekende partij stelt vast dat wat België betreft, enkel de oude nv « Distrigas » (thans nv « Fluxys ») en het Belgische aardgasnetwerk zijn vermeld; noch de nieuwe nv « Distrigas », noch enige dochtervennootschap van de nieuwe nv « Distrigas » of nv « Fluxys » komen op voormelde exhaustieve lijst voor. Bijgevolg vallen de door die entiteiten gesloten doorvoerovereenkomsten niet onder artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn en kunnen zij volgens artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn niet het principe van de *sanctity of contracts* genieten.

Bovendien benadrukt de verzoekende partij dat die entiteiten in België nooit als entiteit verantwoordelijk voor een hogedrukgasleidingnet of als entiteit verantwoordelijk voor de in- en de uitvoer van aardgas werd aangewezen, zodat zij zich ook niet op die hoedanigheden kunnen beroepen. Indien bijgevolg zelfs zou worden beweerd dat de exhaustieve lijst in de bijlage bij de Doorvoerrichtlijn geen betrekking heeft op de voor in- en uitvoer van gas verantwoordelijke entiteiten, dan nog zouden die entiteiten niet gelden als in België voor in- en

uitvoer verantwoordelijke entiteiten, vermits zij door België nooit als een dergelijk entiteit werden aangewezen. Zij hebben zich immers enkel ingelaten met de commercialisatie van de voor de transit beschikbare capaciteit.

De verzoekende partij stelt daarenboven vast dat tijdens de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet herhaaldelijk werd opgemerkt dat het bestreden artikel 3 niet met artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn verenigbaar is, met name door de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies, door tussenkomsten van parlementsleden en door de verzoekende partij zelf in de antwoorden die ze aan de bevoegde minister bezorgde.

A.21.1. De Ministerraad stelt in hoofdorde dat het Hof niet bevoegd is om zich uit te spreken over de gegrondheid van het derde middel. In ondergeschikte orde repliceert de Ministerraad op het derde middel.

A.21.2. De Ministerraad wijst in eerste instantie erop dat niet kan worden aanvaard dat omdat de Gasverordening de uitzonderingsbepaling niet uitdrukkelijk heeft opgenomen, die uitzonderingsbepaling als opgeheven dient te worden beschouwd. Bovendien acht de Ministerraad het Hof niet bevoegd om na te gaan of een Europeesrechtelijke regel in strijd is met het Europese gemeenschapsrecht. De Ministerraad is dan ook van oordeel dat de bestreden wet de Gasverordening niet omzet, maar onverkort toepast.

A.21.3. De Ministerraad stelt dat om de uitzonderingsregeling van het principe van de *sanctity of contracts* te kunnen genieten, de verantwoordelijke entiteiten voor een groot hogedrukgasleidingnet en/of de verantwoordelijke entiteiten van in- en uitvoer van aardgas (lijst als bijlage bij de Doorvoerrichtlijn) een contract moeten hebben ondertekend vóór 1 juli 2004.

De Ministerraad bevestigt dat de Europeesrechtelijke lijst van de verantwoordelijke entiteiten voor een groot hogedrukgasleidingnet, voor wat België betreft, de nv « Distrigas » bevat. De Ministerraad wenst echter op te merken dat die lijst sinds 1995 niet meer werd aangepast en de Europese Commissie dan ook stelt dat indien wordt aangetoond door de Belgische Staat wie de opvolgers zijn van de nv « Distrigas », die conform de lijst worden geacht.

De Ministerraad betwist dan ook het standpunt van de verzoekende partij als zou het bestreden artikel 3 de Tweede Gasrichtlijn interpreteren. Artikel 15/19 van de Gaswet zet de Tweede Gasrichtlijn om en het bestreden artikel 3 preciseert die bepaling aan de hand van de reële situatie van de doorvoeractiviteit in België.

A.21.4. De Ministerraad doet opmerken dat er geen sprake is van discriminatie. In eerste instantie heeft de Europese regelgever uitdrukkelijk beslist dat een uitzonderingsregeling dient te bestaan ten voordele van historische contracten gesloten volgens de Doorvoerrichtlijn. Daarenboven wordt de uitzonderingsregeling in de tijd beperkt, aangezien zij enkel de overeenkomsten betreft die gesloten werden vóór 1 juli 2004, en dit tot het verstrijken van de duur van die overeenkomsten. De Ministerraad besluit dan ook dat de Europese regelgever bijgevolg van oordeel was dat er *in casu* sprake was van een objectief onderscheid tussen historische en niet-historische overeenkomsten, dat de verschillende behandeling pertinent was om het beoogde doel te bereiken en dat het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd werd.

A.21.5. Tot slot merkt de Ministerraad op dat hij de verzoekende partij niet kan volgen wanneer zij stelt dat tarieven voor doorvoer gesloten op basis van de uitzonderingsregel van het principe van de *sanctity of contracts* veel hoger zullen zijn dan de gereguleerde tarieven. Het betreft immers historische contracten die bijgevolg geen nieuwe tarieven invoeren. Bovendien kan er geen sprake van een discriminatie zijn, aangezien beide partijen tot een overeenkomst zijn gekomen betreffende de tarieven. Evenmin is volgens de Ministerraad een vergelijking mogelijk tussen de overeenkomsten die tot stand kwamen volgens het oude stelsel en die welke tot stand komen volgens het huidige stelsel. Daarenboven is de Ministerraad van oordeel dat het belangrijk is dat gesloten overeenkomsten niet willekeurig ter discussie worden gesteld aangezien dit het noodzakelijke vertrouwen zou schaden van de markspelers in de Belgische markt. Dit vertrouwen is immers cruciaal om de rol van België als draaischijf van de gasdoorvoer te handhaven en aldus maximaal bij te dragen tot de voorraadingszekerheid van het land.

A.22.1. De nv « Distrigas » betoogt in eerste instantie dat de Gasverordening niet tot doelstelling had de Tweede Gasrichtlijn op te heffen of het stelsel van het principe van de *sanctity of contracts* ongedaan te maken. De doelstelling van de Gasverordening was de nog bestaande belemmeringen uit de weg te ruimen door middel van een hele reeks uniforme technische regels. Daarenboven legt de Gasverordening bijkomende en aanvullende regels op zonder evenwel afbreuk te doen aan de bepalingen vervat in de Tweede Gasrichtlijn. Indien de

Europese wetgever zou hebben gewild dat artikel 3, lid 1, van de Gasverordening de toepassing ongedaan zou maken van de *sanctity of contracts* op de bestaande doorvoercontracten, dan zou artikel 32, lid 1, in die zin zijn gewijzigd, wat evenwel niet is gebeurd. Voormelde bepaling geldt bijgevolg nog steeds.

A.22.2. Vervolgens voert de nv « Distrigas » aan dat de verzoekende partij zelfs tegen de Europese regelgever ingaat door te stellen dat artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn afbreuk doet aan het primaire gemeenschapsrecht omdat het strijdig zou zijn met het niet-discriminatiebeginsel door een uitzonderingsregeling te handhaven voor onbepaalde en onbeperkte duur. Volgens de nv « Distrigas » is het overduidelijk dat de uitzonderingsregeling een tijdelijke overgangsmaatregel is die enkel toepasselijk is op een welbepaalde categorie van contracten gesloten vóór een welbepaalde datum en die zal gelden totdat de termijn van die contracten is verstreken. De nv « Distrigas » betwist dan ook dat de overgangsmaatregel onbepaald en onbeperkt is, zoals de verzoekende partij stelt.

Het verschil in behandeling kan, volgens de nv « Distrigas », worden gerechtvaardigd op grond van het algemene principe van de *sanctity of contracts* uit het overgangsrecht, dat bepaalt dat een nieuwe regelgeving niet ingrijpt op bestaande contracten en die bestaande contracten verder onder de oorspronkelijke voorwaarden kunnen worden uitgevoerd totdat ze zijn uitgedoofd. Zo wordt de contractuele zekerheid en de bevoorradingszekerheid niet in het gedrang gebracht door nieuwe regelgeving. De nv « Distrigas » besluit dat voor zover er een verschil in behandeling zou zijn, dat verschil bijgevolg proportioneel en gerechtvaardigd is. Bovendien komt het enkel toe aan het Hof van Justitie om zich uit te spreken over de beweerde ongeldigheid van de Tweede Gasrichtlijn.

A.22.3. De nv « Distrigas » stelt ten slotte dat, enerzijds, de door de wet geïmplementeerde partijen wel onder het toepassingsgebied kunnen vallen van het principe van de *sanctity of contracts* en, anderzijds, dat de vermeende discriminatie niet wordt aangetoond.

De nv « Distrigas » meent dat de stelling van de verzoekende partij erop neerkomt dat er een discriminatie zou bestaan tussen, enerzijds, de medecontractanten wier contracten onder het principe van de *sanctity of contracts* vallen en die dus mogelijk hogere onderhandelde tarieven moeten betalen en, anderzijds, de medecontractanten wier contracten onder het principe van de *sanctity of contracts* vallen en die dus - eveneens - eventuele hogere onderhandelde tarieven moeten betalen. De nv « Distrigas » komt dan ook tot het besluit dat beide categorieën in essentie gelijk worden behandeld, wat bovendien wordt bevestigd door de verzoekende partij, en dat er bijgevolg geen discriminatie is.

Daarnaast slaagt de verzoekende partij er niet in de zogenaamde verschillende categorieën duidelijk af te bakenen. Het feit dat door medecontractanten doorvoercontracten werden gesloten met ofwel de oude nv « Distrigas » (thans de nv « Fluxys ») of met een toenmalige dochteronderneming van de nv « Distrigas » die de gecontracteerde doorvoercapaciteit verder ter beschikking stelde op de secundaire markt, is niet het gevolg van een verschillende behandeling van verschillende categorieën medecontractanten, maar is louter het gevolg van het tijdstip waarop die contracten werden gesloten. Bijgevolg zijn er, volgens de nv « Distrigas », medecontractanten die in de beide door de verzoekende partij onderscheiden categorieën zullen voorkomen, omdat ze over verschillende perioden doorvoercontracten hebben gesloten zowel met de oude nv « Distrigas » (thans de nv « Fluxys ») als met een dochteronderneming van de nv « Distrigas » of de nv « Fluxys ».

A.22.4. De nv « Distrigas » betwist vervolgens dat de bestreden wet tot gevolg heeft dat de draagwijdte van het principe van de *sanctity of contracts*, zoals vervat in artikel 15/19 van de Gaswet, wordt uitgebreid tot de contracten gesloten door partijen die niet onder het personele toepassingsgebied van de bepaling vervat in artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn kunnen vallen. De overgangsbepaling van de Tweede Gasrichtlijn heeft betrekking op doorvoercontracten die worden onderhandeld tussen, enerzijds, de entiteiten die in de lidstaten verantwoordelijk zijn voor de hogedrukgasleidingnetten, waarvan de lijst is opgenomen als bijlage bij de Doorvoerrichtlijn, en, anderzijds, « in voorkomend geval », de entiteiten die in de lidstaten verantwoordelijk zijn voor de invoer en uitvoer van aardgas. De identiteit van die laatste categorie wordt niet in de bijlage bij de Doorvoerrichtlijn opgenomen. Artikel 2 van de Doorvoerrichtlijn specificiert immers dat enkel de entiteiten verantwoordelijk voor het netwerk opgesomd worden in de bijlage en niet de entiteiten voor de in- en uitvoer. De nv « Distrigas » meent dat het Hof van Beroep te Brussel in zijn arrest van 10 november 2008 tot hetzelfde besluit is gekomen.

De nv « Distrigas » bevestigt dat de oude nv « Distrigas » (thans de nv « Fluxys ») wordt vermeld in de bijlage bij de Doorvoerrichtlijn en dat die bijgevolg wordt gekwalificeerd als een entiteit verantwoordelijk voor het Belgische hogedrukgasleidingnet. Daarnaast kon « Distrigas & Co », op het moment dat het

doorvoercontracten afsloot, wel worden beschouwd als een entiteit verantwoordelijk voor in- en uitvoer van aardgas. Op basis van een aantal contracten was « Distrigas & Co » verantwoordelijk voor de invoer en doorvoer van hoeveelheden aardgas in het Belgische netwerk, waardoor « Distrigas & Co » voldoet aan de definitie. Er kan ook niet worden beweerd dat de term « lichamen verantwoordelijk voor de in- en uitvoer » enkel van toepassing zou zijn op Duitse lichamen, zoals de verzoekende partij beweert. In eerste instantie kan dit volgens de nv « Distrigas » niet uit de voorbereidende werken worden afgeleid. De Commissie heeft immers enkel vastgesteld dat er meerdere belangrijke Duitse lichamen zijn en heeft dit vervolgens juridisch erkend door meerdere Duitse lichamen op te nemen in de lijst van verantwoordelijke lichamen voor een net. Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid dat de Commissie stelde dat enkel in Duitsland lichamen verantwoordelijk voor in- en uitvoer bestonden. Daarenboven is elke richtlijn volgens artikel 249 van het EG-Verdrag verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, tenzij er een expliciete uitzondering voor een welbepaalde lidstaat is opgenomen, wat niet het geval is. De nv « Distrigas » stelt dan ook dat, zelfs indien op het moment van de goedkeuring van de Doorvoerrichtlijn in 1991 enkel Duitse lichamen verantwoordelijk voor in- en uitvoer zouden hebben bestaan, dit niet kan beletten dat « Distrigas & Co », op het moment van de sluiting van het « VTN-contract » in 1998, voldeed aan de omschrijving en dat zij bijgevolg eveneens als een dergelijke entiteit dient te worden beschouwd. Iedere andere interpretatie zou, volgens de nv « Distrigas », het normatieve karakter van de richtlijn en de rechtszekerheid schenden.

De nv « Distrigas » stelt overigens vast dat door de verzoekende partij, na de splitsing van de oude nv « Distrigas » in de nv « Fluxys » en de nieuwe nv « Distrigas » in 2001, « Distrigas & Co » (dochtermaatschappij van de nieuwe nv « Distrigas ») als entiteit verantwoordelijk voor in- en uitvoer werd beschouwd, en dit zelfs voorop werd gesteld door de CREG als voorwaarde voor de economische overlevingskansen van de nieuwe nv « Distrigas ». De nv « Distrigas » is dan ook van oordeel, dat aangezien de Doorvoerrichtlijn dateert van 1991 en bij de splitsing in 2001 dus reeds dezelfde regels en definities aangaande doorvoer golden als nu, de verzoekende partij thans niet, zonder zichzelf tegen te spreken, kan beweren dat « Distrigas & Co » geen entiteit is die verantwoordelijk is voor in- en uitvoer. Bovendien wordt nergens in de richtlijn bepaald dat een dergelijk lichaam verantwoordelijk voor in- en uitvoer door de lidstaten dient te worden aangewezen.

A.23.1. De verzoekende partij antwoordt dat zij de door de Ministerraad opgeworpen exceptie van onbevoegdheid van het Hof ongegrond acht.

A.23.2. De bewering van de Ministerraad als zou het niet opgaan te stellen dat aangezien de Gasverordening de uitzonderingsbepaling niet uitdrukkelijk opneemt, deze als opgeheven dient beschouwd te worden, kan volgens de CREG niet worden aanvaard, daar de Ministerraad het nalaat die stelling te onderbouwen.

A.23.3. De verzoekende partij is van oordeel dat de tussenkomende partij uitgaat van een verkeerde veronderstelling; zij heeft nooit beweerd dat de Gasverordening ertoe zou strekken de Tweede Gasrichtlijn volledig op te heffen, maar enkel dat artikel 3, lid 1, van de Gasverordening geen ruimte laat voor een discriminerende toegang tot het aardgasvervoersnet.

De verzoekende partij herhaalt dat artikel 16 van de Gasverordening bepaalt dat het niet van toepassing is op een aantal bepalingen van de Tweede Gasrichtlijn, maar die bepaling verwijst niet naar artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn. Bijgevolg zijn alle beginselen van de Gasverordening integraal op door artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn geïmplementeerde overeenkomsten van toepassing, zodat de uitzonderingsregeling intussen is opgeheven. Tevens is artikel 3, lid 1, van de Gasverordening rechtstreeks van toepassing in de nationale rechtsorde en dus dient iedere ermee strijdige nationale bepaling op grond van de voorrang van het gemeenschapsrecht te worden vernietigd of minstens buiten toepassing te worden gelaten.

De CREG besluit dat uit de bepalingen en de finaliteit van de Gasverordening, met name het opleggen van gereguleerde tarieven die kostenafspiegelend zijn, blijkt dat zij onverenigbaar is met de voorheen ingevoerde uitzonderingsregeling die voor onderhandelde tarieven ruimte laat die niet noodzakelijk de kosten, maar veeleer de wil van de partijen en hun wederzijdse toestemming bij de overeenkomst weerspiegelen. In dat verband is de *sanctity of contracts* een van de resterende belemmeringen voor de voltooiing van een interne markt.

A.23.4. De verzoekende partij bevestigt dat het Hof niet bevoegd is om na te gaan of een Europeesrechtelijke regel strijdig is met het Europese gemeenschapsrecht, zoals gesteld door zowel de Ministerraad als de nv « Distrigas ». Vandaar dat zij het Hof heeft verzocht bepaalde prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

A.23.5. De CREG is van oordeel dat het standpunt van de Ministerraad inzake het personele toepassingsgebied van de Doorvoerrichtlijn weinigzeggend is. De Ministerraad doet niet blijken of hij van oordeel is dat zowel de verantwoordelijke lichamen voor een groot hogedrukleidingnet als de verantwoordelijke lichamen van in- en uitvoer van aardgas op de lijst van de Doorvoerrichtlijn (cumulatief) moeten voorkomen (« en »), dan wel of het volstaat dat een van beide entiteiten in die lijst wordt opgesomd (« of »). Er dient, volgens de CREG, te worden benadrukt dat alle ondernemingen en dochtervennootschappen mogelijkwijs wel een band hebben met de oude nv « Distrigas » en/of met haar rechtsopvolger, de nv « Fluxys », maar dat zij niet op de exhaustieve lijst van de Doorvoerrichtlijn voorkomen en dus geen entiteiten verantwoordelijk voor een hogedrukgasleiding zijn. Zij stelt eveneens vast dat de exclusiviteit van de lijst, zowel wat betreft de entiteiten verantwoordelijk voor een hogedrukgasleiding als de entiteiten verantwoordelijk voor de in- en uitvoer, inmiddels ook door de Europese Commissie is bevestigd, in het kader van haar ingebrekestelling van de Belgische Staat.

De verzoekende partij betwist nogmaals dat « Distrigas & Co » en de nieuwe nv « Distrigas » op het ogenblik van het sluiten van de contracten van 1998 en 2000 konden worden gekwalificeerd als entiteiten verantwoordelijk voor de in- en uitvoer. Zelfs al zou worden aangenomen dat de lijst in bijlage bij de Doorvoerrichtlijn niet die entiteiten viseert, dan nog is op te merken dat de rol van « Distrigas & Co » *de facto* beperkt is gebleven tot de commercialisering van de doorvoercapaciteit op het Belgisch grondgebied. Bovendien vereist artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn dat ten minste één van de partijen bij het contract een lichaam is dat verantwoordelijk is voor een groot aardgasnet en dat de doorvoer door een dergelijk lichaam wordt uitgevoerd. De doorvoer kan bijgevolg niet worden uitgevoerd door een lichaam dat verantwoordelijk is voor de in- en uitvoer volgens artikel 2 van de Doorvoerrichtlijn.

Bovendien vereist artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn *juncto* artikel 3, lid 3, van de Doorvoerrichtlijn dat de Commissie en de betrokken nationale autoriteiten in kennis worden gesteld van de sluiting van een doorvoerovereenkomst. De verzoekende partij stelt vast dat de overeenkomsten van 1998 en 2000 nooit als doorvoerovereenkomsten in de zin van de Doorvoerrichtlijn werden aangemeld.

A.23.6. De verzoekende partij besluit dat de Europese Commissie eveneens van oordeel is dat het bestreden artikel 3 van de wet van 10 maart 2009 manifest strijdig is met artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn. Daarnaast dient ook te worden vastgesteld dat de Belgische wetgever inmiddels heeft erkend dat het bestreden artikel 3 met het Europese gemeenschapsrecht strijdt.

A.24.1. De Ministerraad herhaalt in zijn memorie van wederantwoord dat het Hof niet bevoegd is om kennis te nemen van het derde middel.

A.24.2. Volgens de Ministerraad heeft de Europese regelgever uitdrukkelijk in de Tweede Gasrichtlijn beslist dat er een uitzonderingsregeling dient te bestaan ten voordele van de historische contracten gesloten volgens de Doorvoerrichtlijn. Die contracten gesloten vóór 1 juli 2004 en de erin bepaalde tarieven blijven gelden tot het einde van de duur van het contract. De uitzonderingsregeling wordt in die mate beperkt aangezien zij enkel de overeenkomsten betreft die werden gesloten vóór 1 juli 2004, en dit tot het verstrijken van de duur van die overeenkomsten. Derhalve is de Europese regelgever zelf van mening dat er sprake is van een objectief onderscheid tussen historische en niet-historische overeenkomsten, dat het verschil in behandeling pertinent is om het door de Europese regelgever beoogde doel te bereiken en dat het evenredigheidsbeginsel wordt gerespecteerd.

Aangaande het exhaustieve karakter van de lijst in de bijlage bij de Tweede Gasrichtlijn heeft de Europese Commissie niet uitgesloten dat aanpassingen van de lijst mogelijk zijn. Daarenboven nemen rechtsgeleerde auteurs aan dat doorvoerovereenkomsten, gesloten in overeenstemming met artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn, doorvoerovereenkomsten in de zin van artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn blijven wanneer één of alle contractpartijen vervangen worden. In dezelfde lijn ligt de redenering dat, gelet op het feit dat verscheidene ondernemingen die reeds bestonden vóór de aanneming van de gasrichtlijnen nadien hun leverings- en doorvoeractiviteiten ontvlochten en doorgegeven hebben aan andere bedrijven zonder dat hierdoor nieuwe overeenkomsten gesloten werden met betrekking tot die activiteiten, de rechten en plichten van doorvoerovereenkomsten gesloten overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn blijven gelden.

A.25.1. Volgens de tussenkomen partij had de Gasverordening niet tot doel, zoals de CREG beweert, de Tweede Gasrichtlijn op te heffen of het stelsel van de *sanctity of contracts* ongedaan te maken. De doelstelling

was de nog bestaande belemmeringen, die niet reeds door de Tweede Gasrichtlijn waren opgeheven, uit te weg te ruimen door middel van een hele reeks uniforme technische regels.

De Gasverordening heft de Tweede Gasrichtlijn niet impliciet op, maar vult die aan. Het beste bewijs daarvoor wordt geleverd door de richtlijn 2009/73/EG (de Derde Gasrichtlijn), die expliciet bepaalt dat de Tweede Gasrichtlijn wordt opgeheven met ingang van 3 maart 2011.

A.25.2. Ook de tussenkomenende partij is van oordeel dat de geldigheid van het stelsel van de *sanctity of contracts* gebonden is aan de duurtijd van de contracten die eronder vallen. Die contracten zullen uiteindelijk uitdoven en daarmee meteen ook de uitzonderingsregeling.

A.25.3. De tussenkomenende partij meent dat het verschil in behandeling waarnaar de CREG verwijst niet het gevolg is van een verschillende behandeling van categorieën van personen maar het gevolg is van het tijdstip waarop de doorvoercontracten worden gesloten, rekening houdend met het geldende regulatoire kader op het moment van de afsluiting van de contracten.

Het verschil in behandeling tussen historische contracten gesloten vóór 1 juli 2004 en contracten gesloten na 1 juli 2004 houdt geen discriminatie in. Bovendien is die verschillende behandeling van contracten reeds vervat in artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn. Die bepaling werd met de wet van 1 juni 2005 reeds omgezet in artikel 15/19, eerste lid, van de Gaswet. De volgens de CREG discriminerende behandeling van contracten is dus het gevolg van de omzetting van de Tweede Gasrichtlijn en vloeit dus niet voort uit de bestreden wet.

A.25.4. De stelling van de CREG als zou de lijst in de bijlage bij de Doorvoerrichtlijn een exhaustieve lijst zijn, kan, volgens de tussenkomenende partij, niet worden aanvaard. Immers, in dat geval zou het toepassingsgebied van de richtlijn 91/296/EEG volledig worden uitgehold, terwijl het net de bedoeling van die richtlijn was om contractpartijen een niet-discriminatoire onderhandeld recht op doorvoer te garanderen en om dat van toepassing te maken op zo ruim mogelijk omschreven partijen en doorvoercontracten.

Wat het vierde middel betreft

A.26.1. Het vierde middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 34 van de Grondwet, met de artikelen 10, 12, 234 en 249 van het EG-Verdrag, met het beginsel van de hiërarchie der normen, met het beginsel van de voorrang van het Europese gemeenschapsrecht, met de Gasverordening, met de Tweede Gasrichtlijn en met het algemeen beginsel van de rechtszekerheid, doordat het bestreden artikel 2 van de wet van 10 maart 2009 de CREG verplicht te handelen op een wijze die strijdig is met het Europese gemeenschapsrecht, terwijl de CREG als regulator de toepassing van dat Europese gemeenschapsrecht, dat immers voorrang heeft op het interne recht, dient te verzekeren.

Op grond van artikel 34 van de Grondwet werden soevereiniteitsbevoegdheden overgedragen door de Belgische Staat aan de Europese Gemeenschap en Unie, die de Europese rechtsorde hebben gevormd. Die Europese rechtsorde vooronderstelt de voorrang van het Europese gemeenschapsrecht, wat door het Hof van Justitie op grond van onder meer de artikelen 10 en 12 van het EU-Verdrag als een basisbeginsel van het Europese gemeenschapsrecht werd erkend. Die voorrang impliceert dat de CREG het Europese gemeenschapsrecht toepast, en, indien nodig, alle andere normen die met het Europese gemeenschapsrecht strijdig zijn buiten toepassing laat, zo niet kan haar aansprakelijkheid in het geding worden gebracht.

De wetgever heeft evenwel de verzoekende partij anders behandeld dan de andere administratieve overheden, inzonderheid de regulatoren, die met een toezichtsopdracht zijn belast, omdat die niet bij wet worden verplicht om in strijd met het Europese gemeenschapsrecht te handelen zodat hun aansprakelijkheid daardoor niet in het geding kan worden gebracht. Een dergelijk verschil in behandeling kan volgens de verzoekende partij des te minder worden verantwoord ten aanzien van een administratieve overheid, zoals de verzoekende partij, die geen jurisdictionele bevoegdheid heeft en die niet over de mogelijkheid beschikt om zelf een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

A.26.2. De rechtszekerheid vereist volgens de verzoekende partij dat een wet, waarvan de strijdigheid met het Europese recht wordt vastgesteld, meteen uit de rechtsordering wordt verwijderd krachtens een vernietigingsarrest dat *erga omnes* en *ex tunc* geldt.

A.27.1. In hoofdorde verwijst de Ministerraad naar zijn exceptie van onbevoegdheid van het Hof wat betreft de toetsing van de wetkrachtige normen aan het Europese gemeenschapsrecht. De Ministerraad acht het Hof dan ook niet bevoegd om zich uit te spreken over de gegrondheid van dat middel.

A.27.2. In ondergeschikte orde merkt de Ministerraad in eerste instantie op dat de verzoekende partij de strijdigheid van de bestreden wet met het Europese gemeenschapsrecht niet aantoonde. Indien dit evenwel toch het geval zou zijn, dient de verzoekende partij, zoals zij zelf al stelde, de wet buiten toepassing te laten. De Ministerraad is dan ook van oordeel dat er geen sprake is van discriminatie tussen verschillende overheidsinstanties, aangezien geen enkele overheidsinstantie verplicht kan worden wetten in strijd met het Europese gemeenschapsrecht toe te passen.

A.28.1. De verzoekende partij herhaalt dat zij de exceptie van de Ministerraad ongegrond acht. De verzoekende partij stelt dat aangezien zij aanvoert dat het gelijkheidsbeginsel wordt miskend, zij het op grond van bepalingen van primair en secundair gemeenschapsrecht die België binden, het Hof bevoegd is om van dat middel kennis te nemen.

A.28.2. De verzoekende partij merkt op dat de Ministerraad geen acht slaat op de grief van de verzoekende partij, dat zelfs indien zij de bestreden wet wegens haar onverenigbaarheid met het voorranghebbende gemeenschapsrecht buiten toepassing kan laten, de rechtszekerheid nog steeds vereist dat een met het Europese recht strijdige wet, meteen uit de rechtsordening moet worden verwijderd krachtens een vernietigingsarrest dat *erga omnes* en *ex tunc* geldt.

A.29. In antwoord op de verzoekende partij doet de Ministerraad opmerken dat niet vaststaat dat de bestreden wet strijdig is met het Europese gemeenschapsrecht waardoor het ook niet vaststaat dat de CREG terecht een vernietigingsberoep heeft ingesteld.

Wat het vijfde middel betreft

A.30.1. Het vijfde middel is afgeleid uit een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en/of het beginsel van de rechtsstaat en van het beginsel van de voorrang van het Europese gemeenschapsrecht, doordat het bestreden artikel 2 strijdig zou zijn met een rechterlijke beslissing, en daarenboven de eerbiediging ervan zou verhinderen.

A.30.2. De verzoekende partij stelt dat hoewel de verplichting om aan een rechterlijke beslissing uitvoering te geven niet *expressis verbis* in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens wordt gewaarborgd, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die verplichting wel heeft erkend, zoals in de zaak *Hornsby* t. Griekenland en *Burdov* t. Rusland. Bovendien wordt die verplichting meer en meer gekwalificeerd als een rechtsstatelijke vereiste.

De verzoekende partij is vervolgens van mening dat de verplichting uit hoofde van artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens om aan rechterlijke beslissingen uitvoering te geven, in het licht van de verplichting van de lidstaat om aan het Europese gemeenschapsrecht voorrang te geven, inhoudt dat de nationale wetgever de uitvoering van een rechterlijke beslissing niet mag verhinderen door een wet aan te nemen die met een rechterlijke beslissing die het Europese gemeenschapsrecht toepast, strijdig is. Het Hof van Beroep te Brussel heeft op 10 november 2008 beslist dat de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn niet toelaten dat onderscheiden tarieven voor de doorvoer van aardgas, enerzijds, en voor het vervoer van aardgas, anderzijds, worden bepaald. De CREG stelt evenwel vast dat de bestreden wet een onderscheiden tarief toelaat en bekrachtigt, waardoor wordt verhinderd uitvoering te geven aan een rechterlijke beslissing. Dat het Hof van Beroep te Brussel enkel de vordering tot schorsing behandelde en slechts in eerste instantie uitspraak deed over de strijdigheid met het Europese gemeenschapsrecht van een onderscheiden tarief voor doorvoeractiviteiten, doet volgens de verzoekende partij evenwel geen afbreuk aan de gegrondheid van het middel. Dit bevestigt immers alleen maar dat het Hof van Beroep te Brussel reeds op het eerste gezicht een dergelijke strijdigheid vaststelde.

A.31.1. De Ministerraad verwijst in hoofdorde nogmaals naar de door hem aangevoerde exceptie van onbevoegdheid van het Hof, wat betreft de toetsing van wetkrachtige normen aan het Europese gemeenschapsrecht.

A.31.2. In ondergeschikte orde is de Ministerraad van oordeel dat de bestreden wet geen enkel gevolg heeft aangaande de uitvoering van het arrest van 10 november 2008. Het arrest schorst immers enkel de

beslissingen van de verzoekende partij van 15 mei 2008 en 6 juni 2008, maar verzet zich niet tegen het principe van een gedifferentieerde behandeling in objectief verschillende situaties.

A.31.3. Tot slot merkt de Ministerraad op dat indien de verzoekende partij een nieuwe beslissing over de doorvoertarieven kan nemen zonder daarbij de uitvoering van het schorsingsarrest van het Hof van Beroep te Brussel van 10 november 2008 te verhinderen, zoals vastgesteld in het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 29 juni 2009, niet valt in te zien waarom de wetgever dat niet zou kunnen doen.

A.32.1. De verzoekende partij antwoordt dat het Hof van Beroep te Brussel in zijn arrest van 10 november 2008 ontegensprekelijk en uitgebreid heeft gemotiveerd waarom het onderscheid tussen doorvoertarieven en vervoerstarieven niet kan worden aangenomen. De verzoekende partij acht het dan ook onbetwistbaar dat de wetgever de uitvoering van het arrest heeft verhinderd, door een regeling op te leggen waarbij de tarieven voor de toegang tot het aardgasvervoersnet voor doorvoeractiviteiten op grond van een onderscheiden methode tot stand komen, afwijkend van het stelsel dat voor de tarieven voor vervoersactiviteiten geldt.

De verzoekende partij verwijst ook naar de ingebrekestelling door de Europese Commissie waarbij die stelt dat ondanks duidelijke aanwijzingen van de Europese Commissie en het Hof van Beroep te Brussel, de wet van 10 maart 2009 door de bevoegde nationale instanties toch is vastgesteld.

A.32.2. De verzoekende partij betwist tot slot het argument dat de Ministerraad afleidt uit het arrest van het Hof van Beroep van 29 juni 2009. De verzoekende partij antwoordt dat uit het arrest enkel kan worden afgeleid dat het Hof meent dat de verzoekende partij de bevoegdheid heeft om zelf een beslissing tot vaststelling van voorlopige tarieven te nemen, zodat zij niet over het vereiste belang beschikt om een voorlopige maatregel te vorderen, wat de verzoekende partij evenwel zelf betwist. Hieruit kan volgens de verzoekende partij evenwel niet worden afgeleid dat de wetgever de bevoegdheid zou hebben om een beslissing te nemen over (voorlopige) doorvoertarieven, zoals de Ministerraad lijkt te beweren. Bovendien legt de wetgever precies op dat de tarieven voor doorvoeractiviteiten en vervoersactiviteiten wel volgens een verschillende methodologie tot stand kunnen komen, wat elke beslissing door de verzoekende partij waarbij, ter uitvoering van het arrest van 10 november 2008 van het Hof van Beroep, geen onderscheid wordt gemaakt tussen bovengenoemde activiteiten, onmogelijk maakt.

A.33. De Ministerraad wenst nogmaals te benadrukken dat de zaak voor het Hof van Beroep een verzoek tot schorsing en nietigverklaring van twee beslissingen van de CREG betreft. Het arrest van 10 november 2008 schorst de beslissingen van de CREG en stelt dat de daaruit voortvloeiende situatie waarin « Fluxys » en « Segeo » ontsnapt aan gecontroleerde tarieven zo snel mogelijk verholpen diende te worden. De bestreden wet heeft in geen enkel opzicht tot gevolg dat het arrest van 10 november 2008 niet kan worden uitgevoerd, omdat de geschorste beslissingen van de CREG niet terug van toepassing zijn. Bovendien spreekt het arrest zich niet uit over de grond van de zaak, maar worden enkel de beslissingen geschorst.

Tevens is de Ministerraad van mening dat het feit dat er volgens het Hof van Beroep geen nood is aan het toekennen van de door de CREG gevorderde voorlopige maatregel omdat de CREG haar beslissingen kan intrekken en vervolgens nieuwe tarieven kan vaststellen, ervoor zorgt dat het nemen van een nieuwe beslissing niet wordt beschouwd als zou het de uitvoering van het arrest verhinderen. Er kan dus *a fortiori* worden aangenomen dat een wet die aan de door het Hof van Beroep gevreesde situatie een einde tracht te maken, niet in strijd is met de uitvoering van het arrest.

Wat het zesde middel betreft

A.34.1. Het zesde middel is afgeleid uit een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 34 van de Grondwet, met artikel 3, lid 1, van de Gasverordening, met de artikelen 18, lid 1, en 25, leden 2 en 7, van de Tweede Gasrichtlijn en artikel 15/14, § 2, van de Gaswet, doordat bij de totstandkoming van de wet de bevoegdheden van de CREG zouden zijn miskend, en doordat het bestreden artikel 2 de bevoegdheden van de CREG zou miskennen.

A.34.2. Allereerst voert de verzoekende partij aan dat uit bepalingen van de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn volgt dat de CREG, als nationale regulerende instantie, verplicht en voorafgaandelijk, moet optreden bij de vaststelling en goedkeuring van de tarieven tot toegang tot het aardgasvervoersnet of, minstens, bij het bepalen van de methodologie voor de berekening van het tarief voor de toegang tot het netwerk voor de doorvoer van gas. De bestreden wet heeft echter reeds zelf in ruime mate die methodologie vastgesteld zonder

goedkeuring van de verzoekende partij en heeft zo haar bevoegdheden miskend, door in grote mate af te wijken van het gemeenschappelijke stelsel (bepaald bij hoofdstuk IV van de Gaswet en het Algemeen Tariefbesluit), dat mede op voorstel van de verzoekende partij tot stand is gekomen.

Hieruit volgt een schending van het gelijkheidsbeginsel, in samenhang met de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn, doordat de verzoekende partij haar goedkeuring kan geven en reeds heeft kunnen geven aan andere tarieven voor de toegang tot het netwerk, maar dat zij inzake doorvoer, haar goedkeuring niet heeft kunnen geven aangaande de methode die voor de vaststelling van het tarief voor de doorvoeractiviteiten wordt toegepast. Er wordt hiervoor geen redelijke verantwoording gegeven, hetgeen, volgens de CREG ook niet mogelijk is, gelet op de voorschriften van de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn.

De verzoekende partij stelt dat hieruit nog een tweede discriminatie voortvloeit, namelijk tussen de categorieën van gebruikers van het aardgasvervoersnet die toegang tot het netwerk wensen om doorvoeractiviteiten te verrichten en de andere categorieën van gebruikers van het aardgasvervoersnet, waarbij de eerste categorie verstoken blijft van de goedkeuring van de betrokken tariefregeling door de verzoekende partij en niet dezelfde waarborg geniet als de tweede categorie.

De verzoekende partij stelt tot slot dat uit de gemeenschapstrouw de verplichting voortvloeit om de volle en nuttige werking van het gemeenschapsrecht te garanderen, inzonderheid voor de nationale rechterlijke instanties. Het Hof heeft daarom de verplichting om bij beoordeling van de aangevoerde schendingen van het gelijkheidsbeginsel rekening te houden met de wijze van totstandkoming van de wet en meer bepaald de miskening van de bevoegdheid van de verzoekende partij om zo de volle werking van het Europese gemeenschapsrecht te waarborgen.

A.34.3. Vervolgens wijst de verzoekende partij op nog een andere soortgelijke discriminatie; het bestreden artikel 2 beknot haar bevoegdheid naar de toekomst toe. Overeenkomstig artikel 3, lid 1, tweede alinea, van de Gasverordening moet de verzoekende partij, als nationaal regelgevende instantie, de inkomsten die voortvloeien uit marktgerichte regelingen die eventueel worden gehanteerd om de tarieven vast te stellen, vooraf goedkeuren; dit wordt evenwel niet erkend in het bestreden artikel 2. De verzoekende partij stelt vast dat zij enkel de toekenning van het positieve verschil tussen de inkomsten en de goedgekeurde kosten, voor zover dit wordt toegekend aan de tarieven voor het gebruik van het vervoersnet dan wel aan een reserve die is bestemd voor de financiering van de installaties, vooraf moet goedkeuren.

A.35.1. In hoofdorde herhaalt de Ministerraad dat het Hof onbevoegd is om wetskrachtige normen te toetsen aan het Europese gemeenschapsrecht.

A.35.2. In ondergeschikte orde benadrukt de Ministerraad dat de bestreden wet een methodologie voor het bepalen van tarieven inzake doorvoer van aardgas vaststelt die sterk gelijklopend is met de door de verzoekende partij goedgekeurde methodologie inzake vervoer. De tarieven zelf worden dan ook niet bepaald in de wet. Daarenboven merkt de Ministerraad op dat zowel de parlementaire voorbereiding als de bestreden wet zelf uitdrukkelijk vaststellen dat de verzoekende partij erop zal toezien dat de gebruikte methodes in overeenstemming zijn met de wet en dat de tarieven correct worden vastgesteld.

A.35.3. De Ministerraad stelt vervolgens dat het Europese gemeenschapsrecht enkel vereist dat ofwel de tarieven, ofwel de methodologie voor het bepalen van de tarieven wordt goedgekeurd door een regulator, wat niet geschonden wordt door de wet.

A.36. De verzoekende partij acht het antwoord van de Ministerraad manifest ongegrond. Het is irrelevant en onjuist dat de bestreden regeling principieel zou aansluiten op de door de verzoekende partij goedgekeurde bepalingen. Volgens de verzoekende partij beschikt zij immers over de bevoegdheid om elke methode betreffende de tarieven voor de toegang tot het aardgasvervoersnet te bepalen. De verzoekende partij acht de uitzondering niet gering.

Bovendien is het niet met het gemeenschapsrecht in overeenstemming te brengen dat de verzoekende partij de tarieven, dan wel de methoden voor de berekening ervan zou kunnen goedkeuren. Ten minste de methodologie voor het bepalen van het tarief moet worden goedgekeurd door de CREG. De goedkeuring van tarieven acht de verzoekende partij dus manifest ontoereikend. Bovendien komen die tarieven, op grond van de bestreden methodologie in artikel 2, (deels) door onderhandelingen tot stand.

Dit standpunt wordt volgens de verzoekende partij ook gedeeld door de Europese Commissie in haar ingebrekestelling ten aanzien van België. Daarenboven wijst de verzoekende partij op het arrest C-474/08 van het Hof van Justitie van 29 oktober 2009 met betrekking tot artikel 23, lid 2, van de richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (hierna : « Tweede Elektriciteitsrichtlijn »), dat woordelijk met artikel 25, lid 2, van de Tweede Gasrichtlijn overeenkomt. De verzoekende partij stelt vast dat het Hof van Justitie hierbij heeft besloten dat de toekenning aan een andere instantie dan een regulator van de bevoegdheid om belangrijke elementen voor de tariefbepaling vast te stellen of goed te keuren niet verenigbaar is met artikel 23, lid 2, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn, hetgeen impliceert dat de regulator ten minste bevoegd moet zijn voor de vaststelling of goedkeuring van de belangrijke elementen van de tariefmethodologie.

A.37. Volgens de Ministerraad dient de CREG inderdaad op zijn minst de bevoegdheid te hebben om de methodologie van de tarieven goed te keuren, indien haar de mogelijkheid wordt ontzegd om de tarieven zelf goed te keuren. Evenwel blijft de CREG de mogelijkheid hebben om de tarieven die worden voorgesteld door de netwerkbeheerders voorafgaandelijk te controleren en al dan niet goed te keuren. Zoals de CREG opmerkt, bepaalt de bestreden wet dat in een beperkt aantal gevallen op basis van onderhandelingen beslissingen kunnen worden genomen, maar die onderhandelingen hebben in geen geval betrekking op de vaststelling van de tarieven. De beslissingen die kunnen worden genomen op basis van onderhandelingen betreffen enkel de omvang van de periode waarin de tarieven van toepassing zijn. Daarenboven wordt expliciet in de bestreden wet bepaald dat indien de tarieven worden vastgesteld in overeenstemming met de marktgerichte regeling, de tarieven vooraf dienen te worden goedgekeurd door de CREG. Dienvolgens moet, volgens de Ministerraad, worden aanvaard dat de CREG voldoende controle heeft op de tarieven.

Wat het zevende middel betreft

A.38.1. Het zevende middel is afgeleid uit een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de Gasverordening, met de Tweede Gasrichtlijn, met de Doorvoerrichtlijn, met het algemeen rechtsbeginsel van de rechtszekerheid en met de artikelen 234 en 249 van het EG-Verdrag, doordat door het bestreden artikel 3 een retroactieve interpretatie zou worden gegeven aan artikel 15/19 van de Gaswet, die evenwel strijdig zou zijn met artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn en die bijgevolg de draagwijdte van artikel 15/19 van de Gaswet op onrechtmatige wijze zou wijzigen. Bovendien zou artikel 3 ingrijpen in hangende rechtsgedingen.

A.38.2. De verzoekende partij meent dat het bestreden artikel 3 geen echte interpretatieve bepaling is, omdat zij geen betekenis geeft aan de bepaling die deze redelijkerwijze kon krijgen en die de wetgever daaraan reeds bij de aanvang heeft willen geven. Volgens de rechtspraak van het Hof dient bijgevolg de bestreden bepaling te worden geherkwalificeerd als een retroactieve wet.

De betekenis van de geïnterpreteerde bepaling moet gezocht worden in de betekenis van artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn, waarvan het oude artikel 15/19 van de Gaswet een woordelijke overname is, en van artikel 3, lid 1, van de Doorvoerrichtlijn. De exhaustieve lijst bij de Doorvoerrichtlijn en de bewoordingen van de Doorvoerrichtlijn verhinderen volgens de verzoekende partij dat het principe van de *sanctity of contracts* zou kunnen gelden voor contracten, gesloten door entiteiten, waarvan minstens één van de contractpartijen niet in de lijst bij de Doorvoerrichtlijn voorkomt. Evenwel komt slechts één van de vermelde entiteiten in het bestreden artikel 3 op die lijst voor, namelijk de nv « Fluxys », waardoor voormeld bestreden artikel de aangevoerde wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen schendt.

In het bijzonder merkt de verzoekende partij op dat artikel 249 van het EG-Verdrag de verplichting oplegt aan de lidstaten om het resultaat van de richtlijn via omzettingsmaatregelen te bereiken. België leeft die verplichting niet na, wanneer het een interpretatieve bepaling aanneemt waardoor de draagwijdte van de richtlijnbeepaling wordt miskend. Daarnaast merkt de verzoekende partij op dat het volgens artikel 234 van het EG-Verdrag enkel aan het Hof van Justitie toekomt om Europese rechtsregels uit te leggen, en niet aan een lidstaat door middel van een nationale bepaling.

A.39.1. De Ministerraad merkt op dat het middel niets toevoegt aan de uiteenzetting van de verzoekende partij in het derde en vijfde middel.

A.39.2. De Ministerraad benadrukt nogmaals dat het bestreden artikel 3 artikel 15/19 van de Gaswet verduidelijkt, wat nodig is in het licht van de rechtszekerheid. Die interpretatie strookt volledig met die welke de wetgever bij de aanvang heeft willen geven aan artikel 15/19 van de Gaswet en de Ministerraad is van oordeel dat zij niet strijdig is met het Europese gemeenschapsrecht. Die interpretatie was noodzakelijk om een nuttig gevolg te geven aan het principe van de *sanctity of contracts* zodat de bestaande historische doorvoervereenkomsten konden worden behouden.

A.40. De tussenkomenende partij voert in eerste instantie aan dat de bestreden wet geen onredelijke uitlegging geeft aan artikel 15/19 van de Gaswet. Zij is van oordeel dat de vereiste van de exhaustieve lijst geen enkele tekstuele basis vindt in de Doorvoerrichtlijn.

Daarenboven zijn volgens de tussenkomenende partij wel dwingende motieven van algemeen belang voorhanden. De stellingname van de verzoekende partij kon immers tot chaos leiden en de reputatie van België als doorvoerland ernstig schaden; dit werd door het Hof van Beroep te Brussel bovendien expliciet erkend in het arrest van 10 november 2008.

Tot slot kan de bestreden wet niet als een juridische interpretatie van de Tweede Gasrichtlijn worden beschouwd die enkel aan het Hof van Justitie zou toekomen, zoals de verzoekende partij stelt, maar slechts als een uitvoering en omzetting van de richtlijn. De tussenkomenende partij is van oordeel dat het inherent is aan het subsidiariteitsbeginsel dat de lidstaten op grond van een uniforme richtlijn de geschikte maatregelen nemen binnen het nationale rechtskader ter omzetting van de richtlijn.

A.41.1. Ten gronde stelt de verzoekende partij vast dat noch de Ministerraad, noch de tussenkomenende partij nieuwe argumenten aanhalen inzake het bestreden artikel 3 die niet reeds weerlegd werden door de verzoekende partij in het derde middel.

De verzoekende partij antwoordt dat de Europese Commissie in de door haar ingestelde inbreukprocedure ten aanzien van België bovendien heeft benadrukt dat er van een daadwerkelijke interpretatie van artikel 15/19, eerste lid, van de Gaswet geen sprake kan zijn en dat de Commissie het bestreden artikel 3 dan ook strijdig acht met de Tweede Gasrichtlijn.

A.41.2. De verzoekende partij betwist de verantwoording van de Ministerraad en van de tussenkomenende partij; het verzekeren van de continuïteit van de doorvoervereenkomsten dient enkel louter private belangen. Indien met dat argument de eerbiediging van de rechtszekerheid van de betrokken contractpartijen wordt bedoeld, acht de verzoekende partij het nog steeds ongegrond, vermits de verwachtingen van de geviseerde contractpartijen niet rechtmatig of geoorloofd kunnen zijn, gelet op de manifeste miskenning van het Europese gemeenschapsrecht.

De schade aan de reputatie van België kan ook niet worden aanvaard als verantwoording, omdat het bestreden artikel 3 manifest afbreuk doet aan de bepalingen van het Europese gemeenschapsrecht, die strekken tot de voltooiing van de interne markt voor gastransport en de bekommernis van de nationale wetgever omtrent de reputatie van België als doorvoerland daartegen niet langer kan opwegen.

A.42. De Ministerraad doet opmerken dat historische doorvoercontracten niet louter private belangen dienen, omdat die contracten een weerslag hebben op het algemeen belang, zijnde onder meer de zekerheid van een constante toevoer aan gas.

De EU-regelgever heeft bij het opstellen van de Tweede Gasrichtlijn uitdrukkelijk gesteld dat de langetermijncontracten een belangrijk deel blijven uitmaken van de gasvoorziening van de lidstaten en dat zij dienen te worden gehandhaafd als optie voor de gasleveringsbedrijven voor zover zij de doelstellingen van die richtlijn niet ondermijnen en verenigbaar zijn met het EG-Verdrag, met inbegrip van de mededingingsregels.

Wat het verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie betreft

A.43. De verzoekende partij vraagt aan het Hof, indien het niet kan ingaan op de door haar aangevoerde middelen door hun sterk Europeesrechtelijk karakter, een aantal prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie :

« Kan artikel 3, § 1, van de verordening nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 ‘ betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten ’ en artikel 18, § 1, en 25, § 2, van de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’ aldus worden geïnterpreteerd dat een methodologie voor de vaststelling van de tarieven voor doorvoer van gas, wordt uitgewerkt die afwijkt van de methodologie voor de vaststelling van de tarieven voor vervoer van gas ? »;

« Kunnen artikel 3, § 1, van de verordening nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 ‘ betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten ’ en artikel 18, § 1, van de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’ aldus worden geïnterpreteerd dat de duur van de tarieven voor de toegang tot het vervoersnetwerk contractueel wordt bepaald met als gevolg dat, op overeenkomsten die op verschillende tijdstippen worden afgesloten ook verschillende tarieven van toepassing zouden kunnen zijn ? »;

« Kunnen artikel 3, § 1, van de verordening nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 ‘ betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten ’ en de artikelen 18, § 1, en 25, §§ 2 en 4, van de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’ aldus worden geïnterpreteerd dat zij toelaten dat inzake doorvoer van gas tarieven worden bepaald waarvan (i) de duurtijd contractueel wordt bepaald en niet overeenstemt met de bij wet voorziene duur voor de tarieven inzake vervoer van gas, (ii) het bedrag tijdens die periode ongewijzigd blijft, ook al is die periode dermate lang dat de tarieven na verloop van tijd niet meer evenredig kunnen worden genoemd ? »;

« Kunnen artikel 3, § 1, van de verordening nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 ‘ betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten ’ en de artikelen 18, § 1, en 25, § 2, van de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’ aldus worden geïnterpreteerd dat zij toelaten dat inzake tarieven voor doorvoer een regeling voor de bepaling van de winsten op investeringen bestaat, die afwijkt van de regeling voor de bepaling van de winsten voor tarieven inzake vervoer van gas en die bovendien, niet is afgestemd op het risicoprofiel van de onderneming en van de geviseerde activiteiten ? »;

« Kunnen artikel 3, § 1, van de verordening nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 ‘ betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten ’ en de artikelen 18, § 1, 22 en 25, § 2, van de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’ aldus worden geïnterpreteerd dat de tarieven voor doorvoer van gas verschillend kunnen zijn al naargelang zij betrekking hebben op de toegang tot nieuw te realiseren installaties dan wel op bestaande installaties van het aardgasvervoersnet ? »;

« Kunnen artikel 3, § 1, eerste en tweede alinea van de verordening nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 ‘ betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten ’ en de artikelen 18, § 1, en 25, § 2, van de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’ aldus worden geïnterpreteerd dat de lidstaten kunnen voorzien dat de tarieven voor doorvoer van gas, kunnen worden bepaald zowel aan de hand van een methodologie gebaseerd op de afspiegeling van de werkelijke kosten, vermeerderd met een winstmarge en de afschrijvingen, enerzijds, als aan de hand van marktgerichte regelingen, anderzijds, en waarbij de keuze voor de finaal te weerhouden methodologie wordt bepaald in functie van welke methodologie die tot de hoogste tarieven leidt ? »;

« Kunnen artikel 3, § 1 en § 2, van de verordening nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 ‘ betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten ’ en de artikelen 18, § 1, [en 25, § 2, van] de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’ aldus worden geïnterpreteerd dat bij de bepaling van de tarieven voor de toegang tot nieuwe installaties voor de doorvoer van aardgas met toepassing van de marktgerichte regelingen, het positief verschil

tussen de inkomsten, die voortvloeien uit de tarieven bepaald aan de hand van die marktgerichte regeling, enerzijds, en de tarieven bepaald aan de hand van de werkelijke kosten met inbegrip van de winsten op investeringen, anderzijds, wordt toegekend

a) aan de tarieven voor het gebruik van het vervoersnet

b) aan een reserve die bestemd is voor de financiering van de installaties die moeten worden gerealiseerd binnen een termijn welke op voorstel van de beheerder door de regulerende instantie wordt goedgekeurd

en dat het (gebeurlijk) saldo wordt toegewezen, naar keuze van de aandeelhouders van de transmissienetbeheerder ? »;

« Moeten artikel 32, § 1, van de Richtlijn 2003/55 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’, en de verordening nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 ‘ betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten ’, in het bijzonder artikel 3, § 1, derwijze worden geïnterpreteerd dat voornoemde verordening, die geen bepaling met zelfde draagwijdte als artikel 32, § 1, van de Tweede gasrichtlijn bevat en waarvan artikel 3, § 1, uitdrukkelijk voorziet in een niet-discriminatoire behandeling van de gebruikers van het transmissienet, deze overgangsregeling impliciet maar zeker heeft opgeheven ? »;

« Is artikel 32, § 1, van de Richtlijn 2003/55 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘ betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG ’, verenigbaar met het EG-Verdrag, in het bijzonder met de artikelen 43, 47, § 2, 49, 55 en 95 van het EG-Verdrag, en met het algemeen rechtsbeginsel van non-discriminatie, wanneer daardoor, onbeperkt in de tijd, de instelling van een regime van homogene en niet-discriminerende toegang op het vlak van doorvoer, zijnde een onderdeel van de vervoersactiviteit, van aardgas wordt doorkruist ? »;

« Moet het begrip ‘ lichamen verantwoordelijk voor de hoofdnetten voor aardgas ’ zoals bedoeld in de richtlijn 91/296 van 31 mei 1991 betreffende de doorvoer van aardgas via de hoofdnetten, meer bepaald in de artikelen 2, § 2, en 3, § 1, in die zin worden geïnterpreteerd dat het, op exhaustieve wijze, door de lijst die in bijlage aan de voormelde richtlijn is gehecht, is gedefinieerd en, dienvolgens, in die zin dat een entiteit die niet is opgenomen op die lijst niet kan kwalificeren als een entiteit verantwoordelijk voor hogedrukgasleidingnetten of als een, voor de invoer en uitvoer van gas verantwoordelijke entiteit, waarbij het voor het overige van geen belang is of die entiteit al dan niet worden gecontroleerd door één of meerdere entiteiten, die wel zijn opgenomen op de lijst ? »;

« Moet het begrip ‘ lichamen die in de Lid-Staten verantwoordelijk zijn voor de in- en uitvoer van aardgas ’ zoals bedoeld in artikel 3, § 1, van de richtlijn 91/296 van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de doorvoer van aardgas via de hoofdnetten, worden geïnterpreteerd in die zin dat het enkel betrekking heeft op de entiteiten waaraan de bevoegde overheden van de Lid-Staat, waartoe zij behoren, hen een opdracht en/of verantwoordelijkheid inzake invoer en de uitvoer van aardgas hebben toevertrouwd en daardoor de hoedanigheid verworven, om in die zin te handelen ? ».

A.44.1. De Ministerraad wijst in hoofdorde op een uitzondering op de verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag, namelijk wanneer de opgeworpen vraag niet relevant is, wanneer de betrokken gemeenschapsbepaling reeds door het Hof van Justitie is uitgelegd of wanneer de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan. De Ministerraad verwijst vervolgens naar de hangende zaak voor het Hof van Justitie ingesteld door het verzoek van het Hof van Beroep te Brussel en stelt vast dat die prejudiciële vraag dezelfde problematiek behelst.

A.44.2. In ondergeschikte orde vergelijkt de Ministerraad naar analogie de uitzonderingen van de prejudiciële vraagstelling voor het Hof en de ruime interpretatie hiervan door het Hof van Cassatie en de Raad van State. Daarnaast wordt nogmaals herhaald dat het Hof onbevoegd is en de verzoekende partij bovendien geen belang heeft. Bijgevolg is de Ministerraad van oordeel dat het Hof zich in de onmogelijkheid bevindt om de voorgestelde prejudiciële vragen te stellen.

A.45. De tussenkomenende partij merkt op dat volgens de zaak *Cilfit* van 6 oktober 1982, zaak 283/81, het Hof van Justitie stelt dat een rechterlijke instantie in laatste aanleg niet verplicht is prejudiciële vragen te stellen wanneer de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost.

A.46. De verzoekende partij stelt vast dat zowel de Ministerraad als de tussenkomenende partij niet duidelijk maken waarom de voornoemde vragen zouden voldoen aan de uitzonderingsgrond vooropgesteld in de rechtspraak van het Hof van Justitie. De verzoekende partij betwist dit dan ook. Bovendien verwijst de verzoekende partij naar het arrest nr. 103/2009 van 18 juni 2009 en merkt op dat een van de vragen betrekking heeft op de geldigheid van het gemeenschapsrecht.

A.47. De tussenkomenende partij antwoordt dat artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn in overeenstemming is met het primaire gemeenschapsrecht en dat het Hof derhalve geen prejudiciële vragen dient te stellen aan het Hof van Justitie. Slechts in het geval waarin het Hof zou twijfelen aan de geldigheid van een bepaling van het gemeenschapsrecht die dienstig zou zijn voor het beslechten van het voor het Hof aanhangig zijnde geschil, dient het hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

A.48. De Ministerraad meent dat noch het arrest nr. 103/2009, noch artikel 234 van het EG-Verdrag een onderscheid maken tussen een prejudiciële vraag betreffende de uitlegging van het EG-Verdrag en een prejudiciële vraag betreffende de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen van de Gemeenschap, waardoor het voor het Hof mogelijk is het stellen van een prejudiciële vraag te weigeren indien niet enkel de uitlegging van een gemeenschapsnorm in het geding is maar ook de geldigheid van het gemeenschapsrecht.

- B -

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

Wat het belang van de verzoekende partij betreft

B.1. Het belang van de verzoekende partij, de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna : de CREG), wordt betwist door de Ministerraad en door de tussenkomenende partij : enerzijds, wordt gesteld dat de CREG geen belang meer heeft bij het door haar ingediende beroep, omdat op 18 december 2009 een akkoord, in weerwil van de bestreden wet, is bereikt tussen de CREG en de nv « Fluxys », dat in eenvormige tarieven voor doorvoer en vervoer van aardgas voorziet; anderzijds, wordt aangevoerd dat door de wet van 29 april 2010 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen wat betreft de doorvoertarieven het belang van de CREG niet meer actueel is. Die nieuwe wet beoogt de Belgische gaswetgeving te wijzigen om die in overeenstemming te brengen met het Europese recht inzake de tarifiering van aardgasdoorvoer van grens tot grens.

B.2. De Grondwet en de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof vereisen dat elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die een beroep tot vernietiging instelt, doet blijken van een belang. Van het vereiste belang doen slechts blijken de personen wier situatie door de bestreden norm rechtstreeks en ongunstig zou kunnen worden geraakt.

Het belang dient te bestaan op het ogenblik van de indiening van het verzoekschrift en dient te blijven bestaan tot de uitspraak van het arrest.

B.3.1. Uit de uiteenzetting in het verzoekschrift in de zaak nr. 4775 blijkt dat de verzoekende partij, de CREG, van oordeel is dat de bestreden artikelen 2 en 3 van de wet van 10 maart 2009 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen haar rechtstreeks en ongunstig raken.

Krachtens de verordening (EG) nr. 1775/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 28 september 2005 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten (hierna : Gasverordening), de richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG (hierna : Tweede Gasrichtlijn) en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (hierna : Gaswet) is de CREG ermee belast de voorwaarden tot toegang tot het aardgasvervoersnet te controleren en te verzekeren. De bestreden wet zou, volgens de CREG, ertoe leiden dat de toegang tot het aardgasvervoersnet voor doorvoeractiviteiten niet langer zou geschieden onder voorwaarden die met het recht van de Europese Unie en het gelijkheidsbeginsel verenigbaar zijn.

B.3.2. Met betrekking tot het bestreden artikel 2 voert de CREG niet alleen aan dat haar belangrijke taken worden opgelegd maar dat tevens de manier wordt geregeld waarop zij die taken dient uit te voeren. Daarnaast zou artikel 2 haar in een onmogelijke positie plaatsen omdat zij als bestuursoverheid wordt belast met de naleving van de bestreden wet van 10 maart 2009, die evenwel als strijdig met de voorranghebbende Europese normen en de rechtspraak van het Hof van Justitie op het vlak van doorvoer- en vervoerstarieven dient te worden beschouwd. Daardoor wordt de aansprakelijkheid van de CREG onnodig in het geding gebracht.

Bovendien zouden door het bestreden artikel 2 haar wettelijk bepaalde bevoegdheden worden miskend. De CREG, als nationale regelgevende instantie, dient evenwel, overeenkomstig het recht van de Europese Unie, voorafgaandelijk de tarieven aangaande de toegang tot het aardgasvervoersnet voor het verrichten van vervoersactiviteiten, met inbegrip van doorvoer, te bepalen of minstens de methodologie ervan. Door de bestreden wet zouden die tarieven evenwel aan de CREG worden opgelegd.

B.3.3. Met betrekking tot het bestreden artikel 3 voert de CREG aan dat de door die bepaling opgelegde interpretatie van artikel 15/19 van de Gaswet onverenigbaar is met het recht van de Europese Unie. Bovendien zou door de retroactieve werking van artikel 3 de CREG worden gedwongen terug te komen op eerdere beslissingen, wat ten aanzien van de hangende procedures voor het Hof van Beroep te Brussel en de Raad van State niet zonder gevolg zou zijn.

B.4.1. Op het ogenblik waarop de CREG haar verzoekschrift heeft ingediend, was de wet van 10 maart 2009 tot wijziging van de Gaswet in werking getreden. De CREG is de federale instelling voor de regulering van de elektriciteits- en aardgasmarkt in België. Ze is een autonome instelling met rechtspersoonlijkheid.

De CREG is krachtens de Gaswet belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de elektriciteits- en aardgasmarkt, enerzijds, en met een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds. In die hoedanigheid doet zij blijken van het belang om de vernietiging te vorderen van een wet die ertoe strekt duidelijkheid te scheppen omtrent het tariefstelsel dat van toepassing is op de doorvoeractiviteit van gas alsook het statuut van de doorvoercontracten die werden gesloten tussen de leveranciers en de nv « Distrigas » of de nv « Fluxys » (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, DOC 52-1320/004, p. 4) op een wijze die naar haar oordeel afwijkt van het geldende recht van de Europese Unie.

B.4.2. De bestreden wet is evenwel opgeheven bij de wet van 29 april 2010 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen wat betreft de doorvoertarieven.

Die wet strekt ertoe de Belgische gaswetgeving te wijzigen om die in overeenstemming te brengen met het Europese recht inzake de tarifiering van aardgasdoorvoer van grens tot grens, teneinde de transparantie en de stabiliteit te verzekeren die noodzakelijk zijn voor de goede werking van de toegang tot het vervoersnet.

De wijzigingen betreffen de opheffing van twee recent gewijzigde artikelen van de Gaswet van 1965 die de organisatie van een bijzondere regeling inzake aardgasdoorvoer mogelijk maken, onder meer op basis van zogenaamde historische doorvoercontracten.

De parlementaire voorbereiding vermeldt :

« Voortaan wordt een zelfde tariefmethodologie toegepast op alle activiteiten met betrekking tot de toegang tot het vervoersnet, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht en, in het bijzonder, het principe van niet-discriminatie tussen de netgebruikers » (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, DOC 52-2282/001, p. 1).

Daar de nieuwe wet enkel de opheffing *ex nunc* van de bestreden artikelen tot gevolg heeft en niet de opheffing *ex tunc*, dient te worden vastgesteld dat de CREG te dezen nog steeds over het rechtens vereiste belang beschikt.

B.4.3. Ook de vaststelling dat op 18 december 2009 door de nv « Fluxys », op grond van artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 juni 2007 « betreffende de methodologie voor het vaststellen van het totale inkomen dat de billijke marge bevat, betreffende de algemene tariefstructuur, de basisprincipes en procedures inzake tarieven, de procedures, de bekendmaking van de tarieven, de jaarverslagen, de boekhouding, de kostenbeheersing, betreffende de inkomensverschillen van de beheerders en de objectieve indexeringsformule bedoeld in de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen » (hierna : Algemeen Tariefbesluit), een tariefvoorstel werd ingediend bij de CREG dat in eenvormige tarieven voor vervoer en doorvoer van aardgas voorzag en dat door de CREG op 22 december 2009 werd goedgekeurd en toepasselijk is vanaf 1 januari 2010, doet aan het voorgaande geen afbreuk.

B.4.4. De CREG heeft voor de eerste regulatoire periode, te weten van 1 januari 2008 tot 31 december 2011, op 15 mei 2008 en 6 juni 2008 beslissingen genomen aangaande de voorlopige tarieven die van toepassing zijn op de doorvoeractiviteiten van de nv « Fluxys ».

Tegen die beslissingen is door de nv « Fluxys » een schorsings- en annulatieberoep ingediend bij het Hof van Beroep te Brussel. Met een tussenarrest van 10 november 2008 heeft het Hof van Beroep de beslissingen van de CREG geschorst en heeft het zijn beslissing aan de Europese Commissie overgezonden, met het verzoek alle nuttige informatie ter zake aan het Hof te verstrekken. In zijn arrest van 29 juni 2009, voortgaande op zijn arrest van 10 november 2008, heeft het Hof van Beroep te Brussel beslist de afzonderlijke vervoerstarieven te schorsen en daaromtrent een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Zelfs rekening houdend met de ingebrekestelling door de Europese Commissie nr. 2009/2129 en met het antwoord van de Commissie op de vraag van het Hof van Beroep te Brussel aangaande de nuttige informatie, blijkt niet dat de CREG voor de periode van 10 april 2009 tot 31 december 2009 niet over het rechtens vereiste belang zou beschikken om een beroep tot vernietiging van artikel 2 in te dienen.

B.4.5. Wat het bestreden artikel 3 betreft, dient te worden vastgesteld dat voormeld artikel de bedoeling heeft artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn te interpreteren. Een nationale interpretatiebepaling kan evenwel slechts in overeenstemming zijn met het Europese regelgevingskader als die bepaling in overeenstemming is met de richtlijn zelf.

Weliswaar wordt die bepaling *ex nunc* opgeheven door de wet van 29 april 2010 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen wat betreft de doorvoertarieven, doch niet voor het verleden, zodat zij gevolgen kan hebben voor het eerder vermelde voor het Hof van Beroep hangende rechtsgeding tussen de nv « Fluxys » en de CREG.

De CREG beschikt derhalve nog over het rechtens vereiste belang.

Wat de bevoegdheid van het Hof betreft

B.5. Volgens de Ministerraad zou het Hof niet bevoegd zijn om zich uit te spreken over het beroep tot vernietiging van de wet van 10 maart 2009 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen. Noch de Grondwet, noch de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof zouden het Hof de bevoegdheid verlenen om wetskrachtige normen rechtstreeks te toetsen aan internationale rechtsregels, zoals te dezen de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn.

Volgens de Ministerraad is een gecombineerde toetsing aan een grondwettelijke en een verdragsrechtelijke omschrijving van eenzelfde grondrecht enkel mogelijk wanneer die verdragsbepaling België bindt, zonder dat die rechtstreekse werking dient te hebben, en wanneer de draagwijdte van de verdragsbepaling analoog is aan die van een grondwetsbepaling die tot de referentienormen van het Hof behoort. Evenwel zouden de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn geen rechten en vrijheden bevatten die analoog zijn aan grondwetsbepalingen waaraan het Hof vermag te toetsen.

B.6. Krachtens artikel 142, tweede lid, van de Grondwet en artikel 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof is het Hof bevoegd om uitspraak te doen op de beroepen tot vernietiging van een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel, wegens schending van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten en wegens schending van de artikelen van titel II « De Belgen en hun rechten » en van de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet.

B.7. Het Hof is niet bevoegd om wettelijke normen rechtstreeks te toetsen aan verdragsbepalingen. Het kan ermee rekening houden bij de grondwettigheidstoets die het binnen de hiervoor gepreciseerde perken uitvoert, doch enkel wanneer tevens bepalingen worden aangevoerd waaraan het Hof wel rechtstreeks vermag te toetsen, hetzij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, hetzij, wanneer een verdragsbepaling wordt aangevoerd, een grondwetsbepaling die analoge rechten of vrijheden waarborgt.

Alle middelen zijn afgeleid uit de schending van ofwel de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten, ofwel uit de schending van de artikelen van titel II « De Belgen en hun rechten » en van de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet, in samenhang gelezen met bepalingen van het primaire of secundaire unierecht, dan wel met bepalingen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de algemene rechtsbeginselen.

B.8. Het Hof is bijgevolg bevoegd kennis te nemen van het beroep tot vernietiging.

Wat de ontvankelijkheid van de tussenkomst betreft

B.9. De verzoekende partij betwist de ontvankelijkheid van de tussenkomst van de nv « Distrigas », omdat de nv « Distrigas », door te verwijzen naar de beweerde impact van de bestreden wet op de toestand van een ander rechtssubject, namelijk de cva « Distrigas & Co », niet zou beschikken over een persoonlijk belang.

B.10.1. Luidens artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof kan ieder die van een belang doet blijken aan het Hof zijn opmerkingen richten in een memorie in verband met elk beroep tot vernietiging waarover het Hof uitspraak moet doen.

Doet blijken van een dergelijk belang de persoon die aantoont dat zijn situatie rechtstreeks kan worden geraakt door het arrest dat het Hof in verband met dat beroep zal wijzen.

B.10.2. Uit de stukken die door de tussenkomende partij bij haar memorie van tussenkomst zijn gevoegd, blijkt dat de nv « Distrigas » de eisende partij is in de zaak 2008/AR/1614 die aanhangig is voor het Hof van Beroep te Brussel, waarbij een beroep tot schorsing en vernietiging is ingesteld tegen de beslissingen van 15 mei 2008 en 6 juni 2008 van de CREG. Een onderdeel van het geschil wordt gevormd door de vraag naar de draagwijdte van artikel 15/19 van de Gaswet en meer bepaald of bepaalde doorvoercontracten het beginsel van de *sanctity of contracts* kunnen genieten. Door het bestreden artikel 3 vallen een aantal doorvoercontracten die door de voormalige dochteronderneming van de

nv « Distrigas », de cva « Distrigas & Co » werden gesloten, onbetwistbaar onder het principe van de *sanctity of contracts*.

B.10.3. De omstandigheid dat de nv « Distrigas » thans geen aandeelhouder meer is van de cva « Distrigas & Co » heeft niet tot gevolg dat de nv « Distrigas » geen actueel belang meer zou hebben om tussen te komen in de onderhavige vernietigingsprocedure. Immers, in de overeenkomst inzake de aandelenoverdracht van de cva « Distrigas & Co » aan de nv « Fluxys » is voorzien in een prijsherzieningsclausule ten voordele van de nv « Distrigas » die zal worden toegepast indien de aangevochten beslissingen van de CREG van 15 mei 2008 en 6 juni 2008 zouden worden vernietigd en hieruit een vermeerdering van de minimumwaarde van de verkochte transitactiviteit zou voortvloeien.

B.11. De tussenkomst is ontvankelijk.

Ten gronde

Wat het eerste middel betreft

B.12. Het eerste middel wordt door de CREG afgeleid uit de schending van de artikelen 39 en 134 van de Grondwet en artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, doordat over de bestreden artikelen 2 en 3 van de wet van 10 maart 2009 geen overleg zou zijn gepleegd tussen de federale overheid en de betrokken Gewestregeringen, terwijl zulks zou worden vereist door de voormelde grondwetsartikelen en door artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

B.13. Artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen voorziet in een verplicht overleg tussen de betrokken Gewestregeringen en de federale overheid over de grote lijnen van het nationale energiebeleid.

B.14. Het bij artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen voorgeschreven overleg dient te worden beschouwd als een bevoegdheidverdelende regel in de zin van artikel 30*bis* van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

B.15.1. Het overleg heeft tot doel de overheid die de beslissingsmacht heeft, te verplichten rekening te houden met de opvatting van de andere overheid, zonder dat evenwel de beslissende overheid haar vrijheid van handelen verliest. Het overleg heeft enkel zin indien het plaatsvindt vóór het nemen van de beslissing.

B.15.2. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet van 10 maart 2009 (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, DOC 52-1320) blijkt niet dat zulk een overleg heeft plaatsgevonden over het ontwerp. Een dergelijk overleg zou evenwel noodzakelijk zijn wanneer het ontwerp zou raken aan « de grote lijnen van het nationaal energiebeleid ».

B.15.3. De wet van 10 maart 2009 strekt ertoe twee belangrijke elementen te verduidelijken in verband met de doorvoer van gas :

« het statuut van de doorvoercontracten die werden gesloten tussen de leveranciers en Distrigas of Fluxys, naar gelang van de periode waarop dat gebeurde, alsook het tariefstelsel dat van toepassing is op de doorvoeractiviteit » (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, DOC 52-1320/004, p. 4).

B.15.4. Zoals duidelijk blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet van 10 maart 2009, kan niet worden aangenomen dat de bestreden wet aan « de grote lijnen van het nationaal energiebeleid » raakt. De bestreden wet wijzigt de reeds uiteengezette grote lijnen van het nationale energiebeleid niet en voert geen nieuwe beleidskeuzes door, zoals dit wel het geval was onder meer bij de wet van 1 juni 2005 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen. Voormelde wet van 1 juni 2005 beoogde immers de omzetting van de Tweede Gasrichtlijn en bevatte belangrijke bepalingen omtrent het beheer van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de lng-installatie en de tarieven voor het aardgasvervoer, de aardgasopslag en het gebruik van de lng-installatie.

Door de bestreden wet van 10 maart 2009 worden enkel twee verduidelijkingen aangebracht in de Gaswet, enerzijds, wat betreft het toepassingsgebied van de zogenaamde historische contracten en, anderzijds, wat betreft de op doorvoeractiviteiten van toepassing zijnde tarieven, een aangelegenheid die overigens luidens artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de bevoegdheid van de federale wetgever behoort.

Derhalve diende niet te worden voldaan aan de bij artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen ingestelde overlegverplichting.

B.15.5. Het eerste middel is niet gegrond.

Wat het tweede middel betreft

B.16. Het tweede middel wordt door de CREG afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn, doordat het bestreden artikel 2 van de wet van 10 maart 2009 het zou mogelijk maken een verschillende methodologie voor de bepaling van tarieven te gebruiken, al naargelang het tarieven voor doorvoer, dan wel vervoer zou betreffen, en zou voorzien in afwijkingsmogelijkheden bij het bepalen van doorvoertarieven.

B.17.1. Ingevolge de wijziging door de wet van 1 juni 2005 bepaalde artikel 15/5*quinquies* :

« De beheerder van het aardgasvervoersnet die een doorvoeractiviteit uitoefent, dient bij de Commissie een specifieke aanvraag in tot goedkeuring, voor de doorvoer, overeenkomstig dit hoofdstuk met uitzondering van de artikelen 15/5*ter* 2°, 4°, 5°, 8° en 15/5*quater*, § 3, zonder afbreuk te doen aan artikel 15/19 ».

B.17.2. Volgens de wetgever was het noodzakelijk voormeld artikel aan te passen aan de Gasverordening

« om de tarifaire principes te preciseren die van toepassing zijn op tarieven voor de doorvoer van aardgas want, in tegenstelling tot de bepalingen van toepassing op de vervoerstarieven, bestemd voor de Belgische markt, die in detail zijn uiteengezet in de Gaswet, preciseert artikel 15/5*quinquies* die punten niet voor de doorvoertarieven ».

« Verder dient de mogelijkheid om tarieven vast te leggen volgens de modaliteiten van een marktconsultatie, voorafgaand goedgekeurd door de Commissie, [te] worden toegestaan rekening houdend met het feit dat doorvoer van aardgas een concurrentiële activiteit is die zich ontwikkelt binnen een markt van Europese omvang » (*Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, DOC 52-1320/001, p. 3).

B.18.1. In de Tweede Gasrichtlijn en de Gasverordening wordt evenwel geen onderscheid meer gemaakt tussen de doorvoer en het vervoer van aardgas.

Artikel 2 van de Tweede Gasrichtlijn bepaalt :

« Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder :

[...]

3. ‘ transmissie ’ : transport van aardgas door een hogedrukpijpleidingnet anders dan een upstreampijpleidingnet, met het oog op de beleving van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen;

[...]

5. ‘ distributie ’ : transport van aardgas langs lokale of regionale pijpleidingnetten met het oog op de beleving van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen;

[...] ».

Artikel 2 van de Gasverordening bepaalt :

« 1. Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities :

1. ‘ transmissie ’ : het transport van aardgas door een net dat vooral bestaat uit hogedrukpijpleidingen, met uitzondering van een upstreampijpleidingnet en van het gedeelte van de hogedrukpijpleidingen dat in de eerste plaats voor lokale aardgasdistributie wordt gebruikt, met het oog op de beleving van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen;

2. ‘ transportcontract ’ : een contract tussen een transmissiesysteembeheerder en een netgebruiker voor de uitvoering van transmissie;

[...] ».

B.18.2. In artikel 3, lid 1, van de Gasverordening wordt bepaald dat « de tarieven of de voor de berekening daarvan gebruikte methoden [...] niet discriminerend [zijn] ».

In overweging 8 bij de Tweede Gasrichtlijn wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat

« voor de voltooiing van de interne gasmarkt, [...] niet-discriminerende toegang tot het netwerk van de transmissie en de distributiesysteembeheerder van het grootste belang [is] ».

B.18.3. Het in de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn vervatte non-discriminatiebeginsel houdt aldus het verbod in om de toegang tot het aardgasvervoersnet afhankelijk te maken van discriminerende modaliteiten.

Derhalve laten noch de Gasverordening, noch de Tweede Gasrichtlijn toe dat speciale tariefregelingen worden gebruikt voor de doorvoeractiviteiten, omdat dit een mogelijke discriminatie ten aanzien van de gebruikers en een gebrek aan transparantie in de hand zou kunnen werken. Er mag derhalve geen onderscheid worden gemaakt tussen gebruikers die gas transporteren naar een binnenlandse bestemming, en transitgebruikers.

Uit het voorgaande dient te worden afgeleid dat een nationale wettelijke regeling waarbij een onderscheiden tariefregeling voor de doorvoer en het vervoer van aardgas wordt behouden, niet verantwoord is.

B.19.1. Die vaststelling wordt eveneens bevestigd door de ingebrekestelling door de Europese Commissie (inbreuk nr. 2009/2129), door het antwoord van de Europese Commissaris voor Energie op een schriftelijke vraag (E-6014/07), door het schorsingsarrest van het Hof van Beroep te Brussel van 10 november 2008 en door de parlementaire voorbereiding van de wet van 29 april 2010 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen wat betreft de doorvoertarieven.

B.19.2. Het invoeren van een onderscheiden regeling voor vervoers- en doorvoertarieven, hetgeen in strijd is met het recht van de Europese Unie, is onbestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn.

B.19.3. Het tweede middel is gegrond.

Wat het derde middel betreft

B.20. Het derde middel wordt door de CREG afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 43, 47, lid 2, 49, 55, 95 en 234 van het EG-Verdrag (thans de artikelen 49, 53, 56, 62, 114 en 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie), met het algemeen rechtsbeginsel inzake non-discriminatie, met de Gasverordening en de Tweede Gasrichtlijn, doordat het bestreden artikel 3 van de wet van 10 maart 2009 de op artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn gebaseerde uitzonderingsregeling inzake *sanctity of contracts* zou « uitbreiden » tot de contracten gesloten door de in het bestreden artikel 3 bedoelde partijen.

B.21.1. Het principe van de *sanctity of contracts* gaat terug op artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn.

Artikel 32, lid 1, bepaalt :

« Richtlijn 91/296/EEG wordt hierbij met ingang van 1 juli 2004 ingetrokken, onverminderd contracten die zijn gesloten overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Richtlijn 91/296/EEG, en die blijven gelden en geïmplementeerd blijven overeenkomstig die richtlijn ».

B.21.2. De doorvoeractiviteit van aardgas wordt sinds 1 juli 2004 geregeld krachtens de Tweede Gasrichtlijn. Tegelijk bepaalt artikel 32 van die Tweede Gasrichtlijn dat de contracten die werden afgesloten vóór 1 juli 2004 met toepassing van de overeengekomen toegangsregeling als bedoeld bij de richtlijn 91/296/EEG van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de doorvoer van aardgas via de hoofdnetten (hierna : « Transitrichtlijn ») van toepassing blijven tot de termijn van die contracten is verstreken; hetzelfde geldt bijgevolg voor de in die contracten overeengekomen tarieven.

Derhalve dient, opdat een contract valt onder het principe van de zogenaamde *sanctity of contracts*, te zijn voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden :

- 1) het contract is gesloten vóór 1 juli 2004;
- 2) het contract is conform aan artikel 3, lid 1, van de Transitrichtlijn;
- 3) het contract heeft betrekking op doorvoer in de zin van artikel 2, lid 1, van de Transitrichtlijn.

B.21.3. Krachtens artikel 2, lid 2, van de richtlijn 91/296/EEG is de voormelde richtlijn van toepassing op « de in de Lid-Staten bestaande grote hogedrukgasleidingnetten en op de daarvoor verantwoordelijke lichamen, waarvan de lijst in de bijlage is opgenomen. Deze lijst zal, na overleg met de betrokken Lid-Staat, steeds wanneer zulks noodzakelijk is, door de Commissie worden bijgewerkt in de context van de doelstellingen van deze richtlijn, waarbij met name rekening wordt gehouden met het bepaalde in lid 1, onder a) ».

B.21.4. Overeenkomstig artikel 15/19, tweede lid, van de Gaswet, zoals ingevoegd bij het bestreden artikel 3 van de wet van 10 maart 2009, dient artikel 15/19, eerste lid, zo te worden geïnterpreteerd dat de nv « Fluxys », de nv « Distrigas », of een dochtervennootschap van de nv « Distrigas » en de nv « Fluxys » « die gespecialiseerd was in de commercialisering van doorvoercapaciteit en de uitvoering van de hieraan verbonden vervoerdiensten » automatisch worden beschouwd hetzij als een entiteit die verantwoordelijk is voor een groot hogedrukgasleidingnet, hetzij als een entiteit die verantwoordelijk is voor de in- of uitvoer.

Wat België betreft, wordt in de bijlage bij de Transitrichtlijn enkel melding gemaakt van « Distrigaz NV » en niet van dochtervennootschappen van die vennootschap.

B.21.5. Voormelde lijst in de bijlage dient evenwel als uitputtend te worden beschouwd en bevat alle lichamen die bedoeld zijn in artikel 3, lid 1, van de Transitrichtlijn, de lichamen die verantwoordelijk zijn voor de in- of uitvoer daarbij inbegrepen.

De nieuwe nv « Distrigas », noch de dochtervennootschappen nv « Segeo » en cva « Distrigas & Co », komen voor op die lijst.

Geen van die entiteiten, geïdëent door het bestreden artikel 3, is, krachtens het Belgische vennootschapsrecht, de rechtsopvolger van de nv « Distrigas ». Enkel de nv « Fluxys » (als opvolger, ingevolge een naamsverandering van de nv « Distrigas ») komt in aanmerking als de Belgische onderneming die, in de zin van de Transitrichtlijn, voor een hogedrukgasleidingnet verantwoordelijk is of die verantwoordelijk is voor de in- en uitvoer van aardgas in België.

B.21.6. Artikel 3 van de bestreden wet van 10 maart 2009 verleent derhalve aan artikel 15/19 van de Gaswet een draagwijdte die niet verenigbaar is met artikel 32, lid 1, van de Tweede Gasrichtlijn. Artikel 15/19, tweede lid, van de Gaswet heeft immers voor gevolg dat de hoedanigheid van een entiteit verantwoordelijk voor een hoofdnet, of zelfs van een entiteit verantwoordelijk voor de in- en uitvoer van aardgas wordt toegemeten aan entiteiten die niet voldoen aan de voorwaarden van de Transitrichtlijn.

B.22.1. Die vaststelling wordt eveneens bevestigd door de ingebrekestelling door de Europese Commissie (inbreuk nr. 2009/2129), door het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State met betrekking tot de bestreden wet en door de parlementaire voorbereiding van de wet van 29 april 2010 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen wat de doorvoertarieven betreft.

B.22.2. Het in strijd met het recht van de Europese Unie interpreteren van een wettelijke bepaling is niet in redelijkheid te verantwoorden en het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling is bijgevolg onbestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de Gasverordening en met de Tweede Gasrichtlijn.

B.22.3. Het derde middel is gegrond.

B.23. De overige door de CREG aangevoerde middelen dienen niet te worden onderzocht, daar die niet tot een ruimere vernietiging kunnen leiden.

Om die redenen,

het Hof

vernietigt de wet van 10 maart 2009 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen.

Aldus uitgesproken in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 8 juli 2010.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt