



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 74.437/1
van 4 december 2023

over

een voorontwerp van decreet ‘over het vervoer van
koolstofdioxide via pijpleidingen in het Vlaamse Gewest’

Op 7 september 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘over het vervoer van koolstofdioxide via pijpleidingen in het Vlaamse Gewest’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 16 november 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 december 2023.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe een nieuwe regeling vast te stellen inzake het vervoer van koolstofdioxide via pijpleidingen in het Vlaamse Gewest. Als gevolg daarvan worden de tot op heden geldende bepalingen met betrekking tot de betrokken aangelegenheid die zijn vervat in het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de diepe ondergrond’ opgeheven (artikelen 85 tot 88 van het voorontwerp).

In hoofdstuk 1 (‘Algemene bepalingen’) wordt verduidelijkt dat het voorontwerp strekt tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2009/31/EG en richtlijn (EU) 2023/959 van het Europees Parlement en de Raad van respectievelijk 23 april 2009² en 10 mei 2023³ (artikel 2). Tevens worden een aantal definities opgenomen (artikel 3).

Hoofdstuk 2 van het voorontwerp omvat regels inzake de regulator voor de markt voor het vervoer van koolstofdioxide via pijpleidingen (artikelen 5 tot 8). Hoofdstuk 3 stelt regels vast inzake de lokale clusters (artikelen 9 tot 28), hoofdstuk 4 heeft betrekking op het vervoersnetwerk in het Vlaamse Gewest (artikelen 29 tot 48), hoofdstuk 5 betreft de terminals voor vloeibaarmaking (artikelen 49 tot 55) en hoofdstuk 6 regelt de gesloten industriële netten voor het vervoer van koolstofdioxide (artikelen 56 tot 62). Hoofdstuk 7 stelt nadere regels vast inzake de toegang van derden tot onder meer de lokale clusters en het vervoersnetwerk (artikelen 63 tot 70).

De mogelijkheden inzake de aanleg van een directe leiding zijn opgenomen in artikel 71 (hoofdstuk 8) terwijl de regels inzake veiligheid, monitoring en inspecties worden bepaald in de artikelen 72 tot 74 (hoofdstuk 9). Hoofdstuk 10 vermeldt de regels inzake controle, geschillenbeslechting en administratieve sancties (artikelen 75 tot 80). Hoofdstuk 11 omvat de verplichtingen inzake de broeikasgasvergunning en de rapportering (artikelen 81 tot 83) en in hoofdstuk 12 zijn een aantal wijzigingsbepalingen opgenomen (artikelen 84 tot 88).

In hoofdstuk 13 (slotbepalingen) wordt een rapporteringsverplichting opgelegd aan de Vlaamse Regering (artikel 89) en wordt bepaald dat de ontworpen regeling in werking treedt op

¹ Aangezien het gaat om een voorontwerp van decreet wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Richtlijn 2009/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ‘betreffende de geologische opslag van kooldioxide en tot wijziging van Richtlijn 85/337/EEG van de Raad, de Richtlijnen 2000/60/EG, 2001/80/EG, 2004/35/EG, 2006/12/EG en 2008/1/EG en Verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad’.

³ Richtlijn (EU) 2023/959 van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 2023 ‘tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG tot vaststelling van een systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Unie en Besluit (EU) 2015/1814 betreffende de instelling en de werking van een marktstabiliteitsreserve voor de EU-regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten’.

30 juni 2025. De Vlaamse Regering kan voor iedere bepaling van het decreet een datum van inwerkingtreding bepalen die voorafgaat aan die datum (artikel 90).

BEVOEGDHEID

3.1. In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt op een vrij omstandige wijze uitgebreid over de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest om de ontworpen regeling tot stand te brengen. De afdeling Wetgeving acht het nuttig om wat dat betreft te herinneren aan de hierna aangehaalde opmerkingen in advies 50.590/3 van 6 december 2011 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 2 februari 2012 ‘betreffende de afvang en het vervoer van kooldioxide voor geologische opslag’:

“3.2. Op grond van artikel 6, § 1, II, eerste lid, 1° en 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gewesten bevoegd, respectievelijk, inzake ‘de bescherming van het leefmilieu, onder meer die van de bodem, de ondergrond, (...) en de lucht tegen verontreiniging en aantasting’ en inzake ‘de politie van de gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven onder voorbehoud van de maatregelen van interne politie die betrekking hebben op de arbeidsbescherming’. Krachtens artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen is die bepaling van toepassing op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

In de voornoemde bepalingen vindt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering de algemene bevoegdheid om met betrekking tot de afvang en het transport van kooldioxide (CO₂) regelend op te treden.

3.3. Hoewel de in het ontworpen besluit geregelde aangelegenheid aldus behoort tot de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, wenst de Raad van State de stellers van het ontwerp toch te wijzen op het volgende.

De ontworpen regeling met betrekking tot het transport naar een opslaglocatie van in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest afgevangen CO₂ kan enkel betrekking hebben op het transport dat plaatsvindt op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Vermits evenwel dat transport, gelet op het gegeven dat de opslag in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wordt verboden, mede zal doorgaan op het grondgebied van het Vlaamse of het Waalse Gewest, gaat het om een gewestgrensoverschrijdende activiteit. De ontworpen regeling zou dan ook een weerslag kunnen hebben op de uitoefening door de laatste twee gewesten van hun bevoegdheden.

Ook het milieuvergunningsplichtig maken van de doorvoer via pijpleidingen gelegen op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van buiten het Brussels Hoofdstedelijk Gewest afgevangen CO₂ naar een ander gewest, kan mogelijk repercussies hebben voor de andere gewesten. Een concreet probleem kan rijzen als de toepassing van de ontworpen regeling ertoe zou leiden dat ofwel geen milieuvergunning wordt verleend, waardoor het transport via deze pijpleidingen wordt verhinderd, ofwel zodanige strenge eisen worden opgelegd dat dit transport sterk wordt bemoeilijkt. Niettegenstaande dat met de ontworpen regeling de bescherming van het leefmilieu wordt beoogd en een doelmatig milieubeleid noodzakelijkerwijze impliceert dat activiteiten die milieuhinder veroorzaken, kunnen worden gecontroleerd en gereguleerd, mag de toepassing ervan er niet toe leiden dat het voor de andere gewesten niet langer mogelijk zou zijn om een doeltreffend beleid te voeren in deze aangelegenheid. Om hieraan te verhelpen, geeft de Raad van State ter overweging om voor de gewestgrensoverschrijdende aspecten en gevolgen van de ontworpen regeling, een samenwerkingsakkoord met de andere gewesten tot stand te brengen.”

3.2. Ook met betrekking tot de ontworpen regeling moet worden vastgesteld dat deze een weerslag kan hebben op de uitoefening door de federale overheid en de andere gewesten van hun eigen bevoegdheden.⁴ In sommige bepalingen van het voorontwerp wordt trouwens uitdrukkelijk gerefereerd aan het grensoverschrijdend karakter van de regeling.⁵

De in het voorontwerp opgenomen regeling zal moeten voldoen aan het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel, dat samenhangt met de in artikel 143, § 1, van de Grondwet, voorgeschreven federale loyauteit,⁶ houdt in dat elke wetgever erover moet waken dat de uitoefening van zijn eigen bevoegdheid de uitoefening, door de andere wetgevers, van hun bevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt.⁷

Met betrekking tot diverse aspecten van de ontworpen regeling lijkt het daarom aangewezen dat het Vlaamse Gewest vooraf overleg zou plegen met, al naargelang het geval, de andere gewesten of de federale overheid of dat, indien zulks nodig zou worden geacht, een samenwerkingsakkoord wordt gesloten met de federale overheid en de andere gewesten om de gewestgrensoverschrijdende aspecten en de gevolgen van de ontworpen regeling te regelen.

Hieromtrent om nadere toelichting verzocht, deelde de gemachtigde het volgende mee:

“Wegens de aard van zijn taken is deze vraag enkel relevant voor het vervoersnetwerk (hoofdstuk 4). Voor de overige bepalingen is geen sprake van enige nood of nut om hierover voorafgaand een samenwerkingsakkoord te sluiten.

Niet voor alle aangelegenheden behandeld in het ontwerpdecreet rond het vervoersnetwerk zal het nuttig of nodig zijn een samenwerkingsakkoord te sluiten. Het leeuwendeel van bepalingen in het decreet vormen geen enkele beperking op de mogelijkheid van andere gewesten om doeltreffend beleid te voeren in deze aangelegenheid. Zo hebben de regels rond de aanwijzing van de beheerder (afdeling 1), de taken die geen betrekking hebben op gewestgrensoverschrijdende stromen (grootste deel van afdeling 2), de onafhankelijkheid, vertrouwelijkheid en non-discriminatie (afdeling 3), het grootste deel van de bepalingen inzake het ontwikkelingsplan (afdeling 4), de prerogatieven van de beheerder van het vervoersnetwerk (afdeling 5), het gebruik van het openbaar domein (afdeling 6) en de maatregelen in geval van lekkages (afdeling 7) geen enkele impact op de andere gewesten. Andere gewesten blijven vrij om in deze materies regels aan te nemen die ten volle zullen gelden op hun grondgebied.

Er zijn evenwel bepaalde aangelegenheden waarin de Raad kan worden gevolgd in zijn vaststelling dat een Samenwerkingsakkoord nuttig kan zijn om een zo gestroomlijnd mogelijke regeling uit te werken. Het gaat met name over de kwaliteitsnormen die gelden voor het grensoverschrijdende transport van koolstofdioxide. Eventueel kan in de Memorie van Toelichting worden verduidelijkt dat zolang zulke samenwerking niet werd opgezet, de

⁴ Zo heeft bv. één van de taken van de beheerder van het vervoersnetwerk betrekking op het verbinden van lokale clusters met een pijpleiding of een netwerk van pijpleidingen in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, het Waalse Gewest en pijpleidingen in de territoriale wateren van België (artikel 33, eerste lid, 11°, van het voorontwerp).

⁵ Zie artikel 76, § 2, tweede lid, van het voorontwerp, wat bepaalde grensoverschrijdende geschillen betreft.

⁶ Het beginsel van de federale loyauteit houdt voor elke overheid de verplichting in om bij het uitoefenen van de eigen bevoegdheden het evenwicht van de federale constructie in haar geheel niet te verstoren en de belangen van de andere entiteiten niet te schaden. De federale loyauteit betreft meer dan de loutere uitoefening van bevoegdheden: zij geeft aan in welke geest dat moet geschieden. (GwH 18 maart 2021, nr. 47/2021, B.11).

⁷ GwH 18 maart 2021, nr. 47/2021, B.15.

Vlaamse overheid er bij de uitwerking en toepassing van de regelgeving in concreto over zal moeten waken dit niet op zulke wijze te doen dat het voor de andere gewesten niet langer mogelijk zou zijn om een doeltreffend beleid te voeren in deze aangelegenheid. In voorkomend geval zal voor die gewestgrensoverschrijdende aspecten op passende wijze afgestemd moeten worden met de betrokken andere gewesten, teneinde die impact in te schatten en hiermee rekening te kunnen houden.”

3.3. Met de door de gemachtigde voorgestelde werkwijze kan worden ingestemd, met dien verstande dat het in voorkomend geval met betrekking tot bepaalde aspecten van de ontworpen regeling op zich al nuttig zal zijn om de andere entiteiten vooraf te raadplegen of er overleg mee te plegen, al was het maar om een voldoende nauwkeurig inzicht te verwerven met betrekking tot de praktische gevolgen die een met toepassing van de ontworpen regeling genomen maatregel voor andere entiteiten kan hebben.

Tevens zal er moeten worden op toegezien dat, mede naar aanleiding van de uitvoering van de ontworpen regeling, niet op het bevoegdheidssterrein van een andere entiteit wordt getreden. Zo wordt in artikel 30, tweede lid, 1^o, van het voorontwerp, aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid verleend om, bij de aanwijzing van de beheerder van het vervoersnetwerk, voorwaarden op te leggen die betrekking hebben op “de kwaliteitsnormen voor de koolstofdioxidestroom die wordt vervoerd door het vervoersnetwerk”. Voor zover dergelijke bevoegdheid neerkomt op de mogelijkheid voor de Vlaamse Regering om bijvoorbeeld de beheerder van het vervoersnetwerk bepaalde verplichtingen op te leggen op het vlak van de veiligheid of de reinheid van pijpleidingen, wordt binnen de gewestbevoegdheid gebleven. Indien aan de betrokken bepaling evenwel de bedoeling ten grondslag zou liggen om het de Vlaamse Regering mogelijk te maken om een aantal kwaliteitsnormen voor gasachtige producten vast te stellen, dreigt daarmee het federale bevoegdheidsdomein inzake de vaststelling van productnormen te worden betreden zoals dat voortvloeit uit artikel 6, § 1, II, tweede lid, 1^o, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.⁸ De Vlaamse Regering zal bij het uitvoeren van artikel 30, tweede lid, 1^o, van het voorontwerp, hiermee rekening dienen te houden.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Omzetting van richtlijnen

4. In bijlage bij de memorie van toelichting is een “vereenvoudigde omzettingstabel” gevoegd waarin wordt aangegeven welke artikelen van het voorontwerp neerkomen op de omzetting van bepalingen van richtlijn 2009/31/EG en richtlijn (EU) 2023/959.

⁸ Productnormen refereren aan voorschriften waaraan producten, onder meer vanuit het oogpunt van het milieu, moeten beantwoorden bij het op de markt brengen van een product (*Parl. St.*, Senaat, 1992-1993, nr. 558/1, 20; *Parl. St.* Kamer 1992-93, nr. 1063/7, 37, 38, 39, 42, 43 en 44). Het voorbehouden van de bevoegdheid inzake productnormen aan de federale overheid wordt verantwoord door de noodzaak om de Belgische economische en monetaire unie te vrijwaren (*Parl. St.* Senaat 1992-93, nr. 558/1, 20; *Parl. St.* Kamer 1992-93, nr. 1063/7, p. 37) en om obstakels voor het vrije verkeer van goederen tussen de gewesten uit de weg te ruimen (*Parl. St.* Senaat 1992-93, nr. 558/5, p. 67). Zie o.m. ook GwH 17 december 2020, nr. 165/2020, B.17.1 en B.17.2; GwH 10 november 2022, nr. 147/2022, B.8.2 en B.8.3.

Vastgesteld moet worden dat de betrokken omzettingstabel onvolledig en daardoor enigszins misleidend is.⁹ Zo strekt bijvoorbeeld artikel 80, derde lid, van het voorontwerp, tot het omzetten van artikel 1, 23), a), van richtlijn (EU) 2023/959, dat richtlijn 2003/87/EG ‘tot vaststelling van een systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Unie’ heeft gewijzigd.¹⁰ Voor een goed begrip van het Europeesrechtelijke kader dient de omzettingstabel die gevoegd is bij de memorie van toelichting te worden vervolledigd.

Daarnaast moet er uiteraard worden op toegezien dat de betrokken richtlijnbevestigingen op een correcte wijze worden omgezet.¹¹ Minstens mag er geen onduidelijkheid bestaan over de bedoeling van de stellers van het voorontwerp om ofwel bij een richtlijnbevestiging aan te sluiten, dan wel om bijvoorbeeld in een strengere regeling te voorzien dan die welke uit de richtlijnbevestiging voortvloeit. Zo maakt bijvoorbeeld artikel 80, derde lid, van het voorontwerp, een publicatieverplichting mogelijk die ruimer is dan die welke voortvloeit uit artikel 1, 23), a), van richtlijn (EU) 2023/959, aangezien er blijkbaar ook vervoersondernemingen mee worden beoogd die zich houden aan bepaalde voorschriften inzake het inleveren van voldoende emissierechten. Vraag is of dergelijke ruimere draagwijdte wel degelijk bedoeld is. Indien dat niet het geval is, wordt in artikel 80, derde lid, van het voorontwerp, beter nauwer aangesloten bij de redactie van de voornoemde richtlijnbevestiging. In het andere geval zou de betrokken bedoeling duidelijker tot uiting moeten worden gebracht in de tekst van het voorontwerp.

B. Dienstenrichtlijn¹²

5. Het voorontwerp omvat in essentie een regeling die als een vergunningensysteem kan worden omschreven, waarbij beperkingen worden opgelegd inzake de dienstverlening voor het transport van koolstofdioxide via pijpleidingen. Daarbij wordt zowel voorzien in de toekenning van een beperkt aantal vergunningen met exclusieve rechten inzake de exploitatie van bepaalde pijpleidingen¹³ als in een regeling waarbij een onbepaald aantal vergunningen kunnen worden verleend.¹⁴

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

⁹ Hieraan wordt niet verholpen door er vooraf in de memorie van toelichting op te wijzen dat met het voorontwerp “relatief beperkte gedeeltelijke omzettingen van Europese regelgeving [worden] doorgevoerd” en dat er daarom “voor een vereenvoudigde (verkorte) omzettingstabel” werd geopteerd.

¹⁰ In de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 80 van het voorontwerp wordt gegeven, wordt enkel op een wat vage wijze verwezen naar “een verplichting onder de ETS-richtlijn”.

¹¹ “Bepalingen van een richtlijn moeten worden uitgevoerd met een onbetwistbare dwingende kracht en met de specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid die nodig zijn om te voldoen aan het vereiste van rechtszekerheid” (HvJ 30 juni 2016, C-648/13, *Commissie t. Polen*, punt 78).

¹² Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’

¹³ Met name één vergunning voor het vervoersnetwerk in het Vlaamse Gewest en een beperkt aantal vergunningen voor “lokale clusters”, met één vergunning per lokale cluster in een aaneensluitend geografisch gebied (zie de artikelen 9, 10, 29 en 30 van het voorontwerp).

¹⁴ Toelatingsprocedure voor de aanleg en het beheer van gesloten industriële netten voor het vervoer van koolstofdioxide (zie artikel 56 van het voorontwerp).

“Het voorontwerp van decreet lijkt inderdaad onder h. et toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn te vallen.

Op grond van artikel 4 van de dienstenrichtlijn wordt een dienst gedefinieerd als ‘elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag’. Het transporteren van koolstofdioxide lijkt daarbij een economische activiteit die plaatsvindt tegen een vergoeding (zie artikel 66 en artikel 67 van het voorontwerp).

De activiteit waarnaar gekeken moet worden om de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn te bepalen is de hoofdactiviteit, nl. ‘het ontwikkelen en onderhouden onder economische voorwaarden en met inachtneming van het milieu van een veilige, betrouwbare en efficiënte lokale cluster en de nodige ondersteunende diensten daarvoor verlenen’ (zie artikel 13 en artikel 33 van het voorontwerp). De in de vraag van de Auditeur vermelde activiteiten, zoals het verhelpen van onderbrekingen en storing en het plaatsen van meetapparatuur, zijn naast de andere taken van de beheerders van een lokale cluster en de beheerder van het vervoersnetwerk wellicht eerder te kwalificeren als bijkomstige activiteiten. Deze maken geen diensten uit in de zin van de Dienstenrichtlijn.¹⁵”

Er kan worden ingestemd met de analyse van de gemachtigde. Wel wordt in de dienstenrichtlijn geen onderscheid gemaakt tussen “hoofdzakelijke” en “bijkomstige” activiteiten¹⁶ en doet de omstandigheid dat er nieuwe, voorheen onbestaande exclusieve rechten worden toegewezen aan ondernemingen en dat de betrokken dienstverlening misschien zou kunnen worden gekwalificeerd als een dienst van algemeen economisch belang, geen afbreuk aan de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn.¹⁷

6. De in het voorontwerp opgenomen regeling is daarnaast niet geconcipeerd als een “concessie voor diensten” in de zin van artikel 5, 1, b), van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten’, zijnde een “schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken als bedoeld onder a) laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling”.¹⁸ Uit de

¹⁵ Voetnoot 1 van het antwoord van de gemachtigde: De taak om meetapparatuur te plaatsen is geen dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn, aangezien de meetapparatuur moet worden geplaatst op de eigen lokale cluster of het eigen vervoersnetwerk. In de praktijk zullen emittenten zelf meetapparatuur plaatsen op de eigen pijpleidingen naar een lokale cluster of het vervoersnetwerk, nu zij die gegevens zelf nodig hebben voor rapportage onder het EU ETS. Ook de taak om onderbrekingen en storingen te verhelpen gaat uiteraard over de eigen infrastructuur en is dus strikt gezien geen dienstverlening aan derden.

¹⁶ Zie ook EUROPESE COMMISSIE, *Handbook on the implementation of the Services Directive*, 2022, (<https://op.europa.eu/nl/publication-detail/-/publication/60e2d020-6c6f-11ed-9887-01aa75ed71a1/language1>), 8, waar als voorbeeld van diensten die onder de dienstenrichtlijn vallen onder meer “services related to the production and distribution of energy” (diensten die verband houden met de productie en distributie van energie) en “the installation and maintenance of equipment” (de installatie en het onderhoud van uitrusting) worden vermeld.

¹⁷ Zie ook HvJ 7 november 2018, C-171/17, *Commissie t. Hongarije*, punten 41 tot 45 (inzake de toekenning van een exclusief recht voor een nationaal systeem voor mobiel betalen).

¹⁸ Zie ook artikel 2, 7°, b), van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de dienstenrichtlijn niet van toepassing kan zijn op concessies voor diensten die onder richtlijn 2014/23/EU vallen.¹⁹

In welke mate de ondernemingen zullen worden blootgesteld aan risico's van de exploitatie, is op basis van de tekst van het voorontwerp evenwel niet duidelijk. Eveneens zal nog moeten worden afgewacht op welke wijze en in welke mate van detail de Vlaamse Regering bepaalde taken die in de artikelen 13 en 33 van het voorontwerp omschreven zijn, zal verduidelijken. Aangezien het onderscheid tussen “concessies” in de zin van richtlijn 2014/23/EU en “vergunningen” in de zin van de dienstenrichtlijn voortvloeit uit de EU-wetgeving en niet uit wetgeving van de lidstaten,²⁰ verdient het aanbeveling dat de stellers van het voorontwerp in de memorie van toelichting nader toelichten waarom er *in casu* geen sprake is of kan zijn van een concessie voor diensten.²¹

7.1. Voor zover de ontworpen regeling niet het bestaan van een “concessie voor diensten”, zoals omschreven onder randnummer 6, impliceert en het voorontwerp wel degelijk onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn valt, moeten met betrekking tot hoofdstuk 4 van het voorontwerp, “Het vervoersnetwerk in het Vlaamse Gewest”, en in het bijzonder wat de aanduiding van de beheerder van het vervoersnetwerk betreft, nog wel de volgende opmerkingen worden gemaakt.

7.2. In de ontworpen regeling staat het bij voorbaat vast dat slechts één onderneming in aanmerking komt voor de aanwijzing als beheerder van het vervoersnetwerk in het Vlaamse Gewest. Er kunnen ernstige twijfels rijzen of dit wel in overeenstemming is met de dienstenrichtlijn.²² In de memorie van toelichting bij het voorontwerp, wordt er weliswaar op gewezen dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, weliswaar al meermaals opmerkte dat, in zijn lezing, het Europeesrechtelijke kader voor elektriciteit en gas vereist dat er daadwerkelijk meerdere transmissienetbeheerders en beheerders van het vervoersnetwerk moeten kunnen zijn voor aardgas en elektriciteit, maar dat er geen Europeesrechtelijk kader is dat het vervoer van koolstofdioxide in dergelijk detail regelt.²³ Het ontbreken van de mogelijkheid om meer dan één dienstverlener aan te duiden lijkt evenwel niet verenigbaar met het discriminatieverbod van artikel 10, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn, en kan ook vragen oproepen op het vlak van de verenigbaarheid ervan met de vrijheid van vestiging en diensten, zoals vervat in respectievelijk de artikelen 49 en 56 van het

¹⁹ HvJ 14 juli 2016, C-458/14 en C-67/15, *Promoimpresa Srl t. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e.a.*, punten 44 tot 48.

²⁰ Zie in dit verband: EUROPESE COMMISSIE, *Handbook on the implementation of the Services Directive*, 2022, (<https://op.europa.eu/nl/publication-detail/-/publication/60e2d020-6c6f-11ed-9887-01aa75ed71a1/language1>), 26.

²¹ Daarbij eventueel ook rekening houdend met de uitsluitingen die vermeld zijn in artikel 10 van richtlijn 2014/23/EU.

²² Ook de andere vergunningensystemen dan die van het vervoersnetwerk, zoals de regelingen inzake het vergunningensysteem voor “lokale clusters” en “gesloten industriële netten voor het vervoer van koolstofdioxide”, zullen moeten kunnen worden verantwoord op basis van de dienstenrichtlijn.

²³ Zie in dit verband evenwel adv.RvS 71.998/VR/3 van 12 oktober 2022 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 11 juli 2023 ‘betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’, opmerking 12, waarbij de aanduiding van een enige waterstofvervoersnetbeheerder voor het gehele Belgische grondgebied werd bekritiseerd in het licht van de uitgangspunten zoals die in het Europees recht gelden voor gas en elektriciteit.

Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (hierna: VWEU).²⁴ Tevens valt te wijzen op artikel 12, lid 1, van dezelfde richtlijn, dat de mogelijkheid om het aantal verleende vergunningen te beperken slechts mogelijk maakt in twee situaties, namelijk bij schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of van de bruikbare technische mogelijkheden.²⁵

De stellers van het voorontwerp zullen moeten kunnen aantonen dat de taak waarmee de beheerder is belast enkel kan worden vervuld middels het opzetten van een monopolie waarbij exclusieve rechten worden verleend aan deze beheerder en dat er bij het vervullen van die taak geen minder beperkende maatregelen dan het instellen van een monopolie mogelijk zijn.²⁶ De argumenten die in dat verband in de memorie van toelichting bij het voorontwerp worden aangehaald bij wege van antwoord op het advies van de VREG van 28 april 2023 zijn immers ofwel niet pertinent²⁷ ofwel onvoldoende onderbouwd²⁸. De verantwoording die op dat punt in de memorie van toelichting bij het voorontwerp is opgenomen, wordt dan ook het best herzien, nader uitgewerkt en aangevuld.

7.3. De aanpassing van de memorie van toelichting op het voornoemde punt kan dan tevens worden te baat genomen om te verduidelijken op welke wijze er een voldoende transparantie inzake de procedure van aanwijzing van de betrokken beheerders zal zijn gewaarborgd. Er kan voor die verduidelijking inspiratie worden geput uit de hierna volgende uitleg van de gemachtigde:

“Het is inderdaad de bedoeling dat er, voor zowel de beheerder van het vervoersnetwerk als de beheerders van de lokale clusters, wordt voorzien in een transparante aanwijzingsprocedure waarbij alle geïnteresseerde commerciële partijen zich kandidaat kunnen stellen. Concreet zal er, voor zowel de lokale clusters als voor het vervoersnetwerk, een oproep worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Geïnteresseerde partijen zullen zich dan binnen een nog te bepalen termijn kenbaar kunnen maken als kandidaat. Deze procedure en eventuele aanvullende criteria (bovenop deze reeds

²⁴ Vgl. adv.RvS 71.998/VR/3 van 12 oktober 2022 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 11 juli 2023 ‘betreffende het vervoer van waterstof door middel van leidingen’, opmerking 12.

²⁵ Zie ook EUROPESE COMMISSIE, *Handbook on the implementation of the Services Directive*, 2022, 45.

²⁶ HvJ 7 november 2018, C-171/17, *Europese Commissie t. Hongarije*, punten 76 tot 87. Er bestaan in andere gewesten trouwens momenteel al minder vergaande regelingen. Zo kan worden gewezen op het decreet van 10 juli 2013 ‘relatif au stockage géologique du dioxyde de carbone’ (Waalse Gewest) en het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 2 februari 2012 ‘betreffende de afvang en het vervoer van kooldioxide voor geologische opslag’ (Brusselse Hoofdstedelijke Gewest) waarin geenszins in een regeling wordt voorzien waarbij op verschillende niveaus monopolies worden toegekend aan private ondernemingen. Integendeel berusten deze regelingen op het uitgangspunt dat er meerdere exploitanten van transportnetwerken kunnen zijn. Tevens valt te wijzen op de huidige, minder verregaande regeling in het Vlaamse Gewest die is opgenomen in het bij artikel 87 van het voorontwerp te wijzigen artikel 59 van het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de diepe ondergrond’. Ook bepaalde recente projecten, zoals bijvoorbeeld het “*Project Ghent Carbon Hub*” lijken te bevestigen dat zou kunnen worden volstaan met minder verregaande maatregelen dan die inzake het toekennen van een monopolie.

²⁷ Dit is het geval voor de verwijzing naar het spontane ontstaan van natuurlijke monopolies in welk verband precies door middel van regulering op dat vlak beperkingen en voorwaarden kunnen worden opgelegd en er in dat verband overigens ook rekening moet worden gehouden met het bestaan van alternatieve vervoerswijzen van koolstofdioxide zoals bijvoorbeeld door middel van schepen i.p.v. door middel van pijpleidingen.

²⁸ Zo wordt met de verwijzing naar de noodzaak van aanvoer- en doorvoerinfrastructuur om andere Europese landen aan te sluiten niet aangetoond waarom een monopolie zich zou opdringen. Waar bovendien wordt gewezen op het risico op inefficiëntie op systeemniveau en het mislopen van schaalvoordelen, en daartoe wordt uitgegaan van de premisse dat het zonder monopolie van één beheerder niet mogelijk zou zijn om op middellange termijn een geïntegreerd vervoersnetwerk op te richten dat zoveel mogelijk puntbronnen in het buitenland aansluit op Vlaamse terminals en lokale clusters, wordt dat argument eveneens onvoldoende onderbouwd.

vermeld in paragraaf 5) zullen op niveau van het uitvoeringsbesluit worden ingevoerd. Ook voor elektriciteit en aardgas wordt de aanwijzingsprocedure op niveau van Besluit van de Vlaamse Regering geregeld (artikel 4.1.4., §1., 3° Energiedecreet)”.

C. Mededingingsrecht

8. Ook vanuit het oogpunt van overeenstemming met het primair recht van de Europese Unie kunnen vragen worden gesteld bij de ontworpen regeling.

Zo rijst de vraag of een mogelijke combinatie van, enerzijds, deelname aan de markt, zoals bij het afvangen en opslaan van koolstofdioxide en, anderzijds, de controle van de vervoersbehoeften op die markt, zoals het onder goedkeuringstoezicht van de VREG opstellen van technische reglementen inzake de toegang tot de eigen netwerken,²⁹ verenigbaar is met de Europese regels inzake mededinging. Artikel 102 VWEU verbiedt het misbruik door een of meer ondernemingen van een machtspositie op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan. Artikel 106 VWEU schrijft in dit verband voor dat lidstaten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen,³⁰ geen enkele maatregel nemen of handhaven welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.

Een onderneming kan in een machtspositie terecht komen indien haar bijzondere of uitsluitende rechten worden verleend waardoor zij kan bepalen of en, in voorkomend geval, onder welke voorwaarden andere ondernemingen toegang tot de betrokken markt kunnen krijgen en er hun activiteiten kunnen uitoefenen. De ontvlechtingseisen die zijn voorgeschreven in het voorontwerp zijn beperkt tot een juridische ontvlechting en zijn dus minder verregaand dan de eigendomsontvlechting.³¹ Het is op basis van de huidige tekst van het voorontwerp aldus geenszins uitgesloten dat een beheerder zelf ook andere activiteiten ontplooit die bijvoorbeeld verband houden met het afvangen en opslaan van koolstofdioxide. In de memorie van toelichting wordt er in de volgende bewoordingen op gewezen dat zulks aannemelijk is:

“Juridische ontvlechting is minder verregaand dan de eigendomsontvlechting die vandaag wettelijk vereist is voor bijvoorbeeld het vervoersnet voor aardgas. Deze ‘mildere’ vorm van ontvlechting is gerechtvaardigd omdat de situatie wezenlijk verschilt van het vervoers- of distributienet voor aardgas. De ontvlechtingseisen voor aardgas werden, in het proces van de liberalisering van de Europese energiemarkt, gradueel strenger geformuleerd voor de (bestaande en reeds sterk uitgebouwde) netten. Er zijn daarentegen vandaag nog geen uitgebreide netten voor het vervoer van koolstofdioxide. Ab initio strenge ontvlechtingseisen opleggen zou daarbij de ontwikkeling van lokale clusters kunnen afremmen of geplande projecten kunnen vertragen. Bovendien lijkt het aannemelijk dat het afvangen van koolstofdioxide een activiteit zal zijn die slechts voor een relatief beperkt

²⁹ Zie artikel 63 van het voorontwerp.

³⁰ In dit verband moet ook worden opgemerkt dat de stellers van het voorontwerp, gelet op artikel 106 van het VWEU, een bijzondere verantwoording moeten kunnen geven voor het belasten van een enkele onderneming met bijzondere of zelfs exclusieve rechten (HvJ 19 mei 1993, C-320/91, *Corbeau*).

³¹ Zie o.m. de artikelen 14 en 34 van het voorontwerp.

aantal (grote) ondernemingen een kosten-efficiënte oplossing zal zijn om hun uitstoot terug te dringen. (...)”.

Aangezien het voorontwerp daarnaast ook aan beheerders bijzondere rechten toekent waarover andere marktspelers niet beschikken – er worden door het voorontwerp immers ook “prerogatieven” toegekend³² die verband houden met de inmenging in eigendomsrechten van derden en de mogelijkheden tot gebruik van het openbaar domein³³ – vergroot dit het risico dat de decreetgever bijdraagt aan een situatie waar misbruik van machtspositie mogelijk is, in strijd met artikel 102 VWEU *juncto* artikel 4, lid 3, van het Verdrag ‘betreffende de Europese Unie’.³⁴

Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting ook aandacht te besteden aan het voorafgaande aspect van de ontworpen regeling.

D. Vrijheid van ondernemen

9.1. De ontworpen regeling zal voorts moeten kunnen worden verantwoord in het licht van de vrijheid van ondernemen, die onder meer is verankerd in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en in artikel II.3 van het Wetboek van economisch recht. Het Grondwettelijk Hof wees er reeds op dat de vrijheid van ondernemen niet als een absolute vrijheid kan worden opgevat en dat zij niet belet dat de wetgever de economische bedrijvigheid van personen en ondernemingen regelt. De bevoegde wetgever zou volgens het Hof pas onredelijk optreden indien hij de vrijheid van ondernemen zou beperken zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien die beperking onevenredig zou zijn met het nagestreefde doel.³⁵

Het voorontwerp heeft echter tot gevolg dat bepaalde economische activiteiten decennialang niet zullen kunnen worden uitgeoefend door derden die niet zijn aangewezen als beheerder van het gewestelijk vervoersnetwerk of van de lokale clusters, en de markt dus wordt afgesloten.³⁶

Daarnaast wordt voorzien in een zeer stringent kader voor kleinschaligere leidingnetwerken. In dit verband valt bijvoorbeeld te wijzen op artikel 71, eerste lid, van het voorontwerp, dat bepaalt dat de aanleg van een “directe leiding”³⁷ die de eigen site overschrijdt, alleen is toegelaten na voorafgaande toelating van de VREG, waarbij de VREG een marktanalyse dient uit te voeren en daarbij dient na te gaan of er sprake is van een gebrek aan aanbod tot

³² Het opschrift van afdeling 5 van hoofdstuk 4 van het voorontwerp, luidt niet voor niets “Prerogatieven van de beheerder van het vervoersnetwerk”.

³³ Zie bv. de artikelen 42, § 3, en 45 van het voorontwerp.

³⁴ Vgl. adv.RvS 49.071/3 van 25 januari 2011 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de ordonnantie van 7 maart 1991 ‘tot wijziging van de ordonnantie van 7 maart 1991 betreffende de preventie en het beheer van afvalstoffen en van de ordonnantie van 25 maart 1999 betreffende de opsporing, de vaststelling, de vervolging en de bestrafing van misdrijven inzake leefmilieu’, opmerking 11.

³⁵ GwH 16 december 2021, nr. 183/2021, B.7.1-B.7.3.

³⁶ Zo geldt de aanwijzing van de beheerder van het vervoersnetwerk en van lokale clusters bijvoorbeeld voor een hernieuwbare termijn van 20 jaar (zie de artikelen 11 en 31 van het voorontwerp).

³⁷ Zoals omschreven in artikel 3, 8°, van het voorontwerp.

aansluiting of toegang op een lokale cluster of het vervoersnetwerk tegen redelijke economische en technische voorwaarden.

9.2. Aan de gemachtigde werd gevraagd hoe de ontworpen regeling zich verhoudt tot het beginsel van de vrijheid van ondernemen. De gemachtigde deelde wat dat betreft het volgende mee:

“Voor zover de beperkingen opgelegd aan de aanleg van directe leidingen een beperking van de vrijheid van ondernemen uitmaakt, moet worden opgemerkt dat dit recht niet absoluut is. Inperkingen van de vrijheid van ondernemen zijn toelaatbaar wanneer ze bij wet worden ingevoerd, een rechtvaardiging vinden in een dwingende reden van openbaar belang, geschikt zijn en niet verder gaan dan nodig.³⁸ De wetgever treedt pas onredelijk op wanneer deze vrijheid wordt beperkt zonder dat daar een noodzaak toe bestaat of als die beperking onevenredig is met het nagestreefde doel.³⁹”

De beperking is gerechtvaardigd

Ten geleide: beperkingen voor directe lijnen en leidingen in de elektriciteits- en aardgassector

In de elektriciteits- en aardgascontext worden directe lijnen en directe leidingen aan beperkingen onderworpen, onder meer omwille van het risico op inefficiëntie en free rider-gedrag.⁴⁰ Met betrekking tot inefficiëntie kan de aanleg van directe leidingen immers leiden tot de uitbouw van parallelle infrastructuur, waardoor de systeemkost van distributie van elektriciteit en aardgas verhoogt voor de andere netgebruikers. Onder andere omwille van deze risico's voorzien de Elektriciteits⁴¹- en Gasrichtlijn⁴² in een regime dat directe lijnen en directe leidingen weliswaar zijn toegestaan, maar door Lidstaten onderworpen kunnen worden aan een toelating. Lidstaten mogen deze toelating afhankelijk maken van een weigering tot toegang door een netbeheerder.

Ook vandaag zijn directe lijnen en directe leidingen die de eigen site overschrijden onderworpen aan een toelatingsprocedure voor de VREG.⁴³ Tot 31 december 2018 was de VREG daarbij verplicht om, bij zijn beslissing, rekening te houden met onder meer de risico's inzake inefficiëntie, de eventuele weigering van een aansluiting op het net of een gebrek aan aanbod tegen economische of technische voorwaarden.⁴⁴

Directe leidingen voor het vervoer van koolstofdioxide

(...) Het doel van de beperkingen voor de aanleg van directe leidingen is het reduceren van industriële emissies door de uitbouw van een robuuste en liquide koolstofdioxidemarkt. Collectieve infrastructuur genereert grote volumes, waardoor de prijs

³⁸ Voetnoot 1 van het antwoord van de gemachtigde: HvJ (Grote Kamer) 13 november 2018, C-33/17.

³⁹ Voetnoot 2 van het antwoord van de gemachtigde: GwH 16 december 2021, 183/2021.

⁴⁰ Voetnoot 3 van het antwoord van de gemachtigde: Voor een uitgebreide bespreking van de verschillende risico's (waaronder efficiëntie en het free rider-risico) van directe leidingen en andere 'private' infrastructuur op het elektriciteits- en aardgasdistributienet, zie Memorie van Toelichting bij Ontwerp van decreet houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG, Parl. St. Vlaams Parlement 2010-2011, p. 15-21.

⁴¹ Voetnoot 4 van het antwoord van de gemachtigde: Artikel 7 Richtlijn 2019/944/EU.

⁴² Voetnoot 5 van het antwoord van de gemachtigde: Artikel 38 Richtlijn 2009/73/EG.

⁴³ Voetnoot 6 van het antwoord van de gemachtigde: Artikel 4.5.1. Energiedecreet.

⁴⁴ Voetnoot 7 van het antwoord van de gemachtigde: Deze regeling werd in 2019 versoepeld omwille van de stringente toepassing van de toelatingscriteria door de VREG. Zie Memorie van Toelichting bij het ontwerp van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft directe lijnen en directe leidingen, Parl. St. Vlaams Parlement 2017 – 2018, p. 3-4. 108.

per vervoerde ton koolstofdioxide gevoelig daalt. Daalt de prijs per ton vervoerde koolstofdioxide, zal voor meer ondernemingen het afvangen van koolstofdioxide een economisch rendabele klimaatmaatregel worden, waardoor zij hun uitstoot zullen reduceren.

Net als in de elektriciteits- en gasector zijn er voor het vervoer van koolstofdioxide via pijpleidingen in specifieke gevallen risico's op inefficiëntie en ontwijkingsgedrag. Grote emittenten die zich heel dicht bij een terminal voor vloeibaarmaking bevinden⁴⁵ kunnen immers door middel van een directe leiding een aansluiting op een lokale cluster of het vervoersnetwerk vermijden, waardoor de onderneming een lagere transportkost geniet maar de kosten op systeemniveau gevoelig stijgen. Een beslissing van een grote emittent die zich dicht bij een terminal voor vloeibaarmaking bevindt om geen gebruik te maken van een lokale cluster of het vervoersnetwerk kan immers significante impact hebben.

De beperking is geschikt

Door het bouwen van een directe leiding afhankelijk te maken van een toelating moet er worden nagegaan of de emittent niet kan aansluiten op een lokale cluster of het vervoersnetwerk. Het mechanisme is dus geschikt om het doel te bereiken.

De beperking is proportioneel

De beperking is daarnaast proportioneel en gaat niet verder dan nodig. Vooreerst moet worden opgemerkt dat het niet gaat om een algeheel verbod, maar een toelatingsprocedure. Bovendien bepaalt de ontworpen bepaling dat de toelating verleend wanneer de emittent in kwestie de toegang geweigerd wordt tot een lokale cluster of het vervoersnetwerk. Een emittent zal dus niet in een situatie terechtkomen waar hij geen enkele mogelijkheid heeft om zijn koolstofdioxide af te vangen en te transporteren: wordt toegang geweigerd, is de decretale voorwaarde voor de toelating voor een directe leiding vervuld. Daarnaast krijgt een emittent ook een toelating wanneer het aanbod van de lokale cluster of het vervoersnetwerk niet onder redelijke economische en technische voorwaarden gebeurt. De economische en technische voorwaarden voor aansluiting op een lokale cluster en het vervoersnetwerk worden geregeld in de goedgekeurde tarieven en het goedgekeurde technische reglement. Zijn deze onredelijk voor de emittent in kwestie, is de decretale voorwaarde voor een directe leiding vervuld.”

In dit verband verder ondervraagd hoe zal worden beoordeeld of er sprake is van “het ontbreken van een aanbod tot gebruik van de lokale cluster of het vervoersnetwerk onder redelijke economische en technische voorwaarden” (zie artikel 71, tweede lid, van het voorontwerp), antwoordde de gemachtigde:

“Dit is een feitenkwestie, die zal worden beoordeeld door de VREG. De VREG heeft overigens uit het verleden veel ervaring met het beoordelen van dit criterium in de elektriciteit- en aardgassector.⁴⁶ Dienaangaande vaardigde de VREG in 2020 ook een

⁴⁵ Voetnoot 8 van het antwoord van de gemachtigde: Dit scenario is enkel waarschijnlijk bij grote emittenten, nl. emittenten met significante volumes uitgestoten koolstofdioxide. Daarnaast moet de emittent in kwestie zich dicht bij een terminal voor vloeibaarmaking bevinden. Lage volumes en/of een grote afstand tot een terminal voor vloeibaarmaking doet de *business case* voor een directe leiding drastisch verkleinen (door de hoge investeringskosten en schaaleffecten van pijpleidingen).

⁴⁶ Voetnoot 1 van het antwoord van de gemachtigde: Zie o.a. volgende beslissingen van de VREG: BESL-2019-01; BESL-2018-100; BESL-2018-74; BESL-2018-22; BESL-2017-14; BESL-2017-13; BESL-2017-04; BESL-2017-02; ...

Mededeling uit waarin het aangeeft op welke manier de beoordelingscriteria, waaronder ‘redelijke economische en technische voorwaarden’, zullen worden beoordeeld.⁴⁷”

9.3. Ook in het licht van de toelichting van de gemachtigde blijven er vragen over het gerechtvaardigd en proportioneel karakter van de ontworpen regeling.

Zelfs als zou kunnen worden aangenomen dat de situatie van netten voor de afvoer van koolstofdioxide gelijkaardig is aan die van netten voor gas en elektriciteit, is er de vaststelling dat – zoals de gemachtigde in het antwoord zelf ook aangeeft – de decreetgever enkele jaren geleden de voorwaarde van het gebrek aan aanbod tot aansluiting op of toegang tot het net tegen redelijke economische of technische voorwaarden heeft weggelaten uit artikel 4.5.1 van het Energiedecreet,⁴⁸ waardoor in het voorontwerp in een strengere regeling wordt voorzien dan in de gas- en elektriciteitssector. In dit verband valt er ook rekening mee te houden dat de destijds bestaande (economische) criteria door de regulator streng werden toegepast en de meeste aanvragen werden geweigerd. Zo wordt in de memorie van toelichting bij het decreet dat artikel 4.5.1 van het Energiedecreet heeft gewijzigd het volgende vermeld:⁴⁹

“In een mededeling (MEDE-2017-1) somt de VREG de regels op die relevant zijn bij de aanleg en exploitatie van directe lijnen, en geeft de regulator meer uitleg bij de praktische betekenis ervan. Uit de praktijk blijkt echter dat de voormelde criteria door de VREG heel stringent worden toegepast en de meeste aanvragen – vaak om een windturbine met één enkele afnemer te verbinden – worden geweigerd. Sinds 2012 werden dan ook slechts zes aanvraagdossiers voor directe lijnen goedgekeurd⁵⁰. Er werden nog geen aanvragen voor directe leidingen goedgekeurd. Er wordt dan ook voorgesteld om die decretaal vastgestelde criteria enigszins te versoepelen.”

Het voorontwerp, en in het bijzonder artikel 71 ervan, dient in het licht van het voorgaande aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen.

E. Toegang tot lokale cluster of vervoersnetwerk

10.1. Artikel 3, 22, van richtlijn 2009/31/EG definieert het begrip “transportnetwerk” als het netwerk van pijpleidingen, met inbegrip van de daarvoor benodigde pompstations, voor het transport van CO₂ naar de opslaglocatie. De betrokken richtlijn omvat slechts een beperkt aantal regels inzake transportnetwerken. Zo luidt artikel 21 van de richtlijn:

⁴⁷ Voetnoot 2 van het antwoord van de gemachtigde: Mededeling van de VREG van 3 maart 2020 (MEDE-2020-01) inzake gesloten distributienetten, privé-distributienetten, directe lijnen en directe leidingen, 14.

⁴⁸ Zie artikel 2 van het decreet van 16 november 2018 ‘houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft directe lijnen en directe leidingen’.

⁴⁹ Parl.St. VI.Parl. 2017-18, nr. 1664/1, 3.

⁵⁰ Voetnoot 1 van de aangehaalde parlementaire voorbereiding: Uit de op de website van de VREG opgelijste beslissingen blijkt dat er in de periode 2012 tot en met 2017 twee lijnen werden goedgekeurd voor de verbinding van windturbines in het jaar 2017, drie lijnen voor de verbinding van windturbines en één voor een WKK-installatie in het jaar 2014, en één lijn voor de verbinding van een windturbine in het jaar 2013, en één lijn voor de verbinding van een biomassa-installatie in het jaar in 2012. In totaal geeft dat zes positieve beslissingen en 15 negatieve beslissingen. Uit de door de VREG aangeleverde cijfers blijkt dat er momenteel vijf toegelaten directe lijnen zijn die de eigen site overschrijden en die aangesloten zijn op middenspanning, en drie toegelaten directe lijnen die de eigen site overschrijden en die aangesloten zijn op hoogspanning (max. 70 kilovolt).

“1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat potentiële gebruikers overeenkomstig het bepaalde in de leden 2, 3 en 4 toegang krijgen tot de transportnetwerken en tot opslaglocaties met het oog op de geologische opslag van geproduceerd en afgevangen CO₂.

2. De in lid 1 bedoelde toegang wordt op een transparante en niet-discriminerende manier verleend onder door de lidstaat vastgestelde voorwaarden. De lidstaat neemt de doelstellingen van eerlijke en open toegang in acht, rekening houdend met:

a) de opslagcapaciteit die beschikbaar is of redelijkerwijs beschikbaar kan worden gesteld binnen de overeenkomstig artikel 4 vastgestelde gebieden, alsmede de transportcapaciteit die beschikbaar is of redelijkerwijs beschikbaar kan worden gesteld;

b) het door hem beoogde aandeel van de afvang en geologische opslag van CO₂ in het geheel van zijn CO₂-reductieverplichtingen krachtens internationale juridische instrumenten en de communautaire wetgeving;

c) de noodzaak toegang te weigeren wanneer er sprake is van onverenigbaarheid van technische specificaties die redelijkerwijs niet kan worden overwonnen;

d) de noodzaak van inachtneming van de gegronde en redelijke behoeften van de eigenaar of exploitant van de opslaglocatie of het transportnetwerk evenals van de belangen van alle andere gebruikers van de opslaglocatie of het transportnetwerk of de relevante behandelingsfaciliteiten.

3. Exploitanten van transportnetwerken en exploitanten van opslaglocaties kunnen toegang weigeren op grond van een gebrek aan capaciteit. Dergelijke weigeringen worden steeds naar behoren gemotiveerd.

4. De lidstaten nemen alle nodige maatregelen om te waarborgen dat een exploitant die toegang weigert op grond van een gebrek aan capaciteit of verbindingsmogelijkheden de nodige capaciteitverhogende werkzaamheden uitvoert voor zover dit economisch verantwoord is of wanneer de potentiële klant bereid is daarvoor te betalen, op voorwaarde dat dit geen negatief effect heeft op de milieuveiligheid van het transport en de geologische opslag van CO₂.”

10.2. De regeling inzake de toegang door derden opgenomen in artikel 63 van het voorontwerp wordt in de memorie van toelichting als volgt samengevat:

“Het voorontwerp van decreet voert een verplichting in voor een beheerder van een lokale cluster of het vervoersnetwerk om een technisch reglement op te stellen. Dit technisch reglement regelt de toegang tot de lokale cluster of het vervoersnetwerk. De VREG kan daarbij de minimale elementen van het technisch reglement bepalen, maar het decreet somt ook een aantal zaken op waar het reglement verplicht rekening mee moet houden. Het technisch reglement wordt goedgekeurd door de VREG.”

Aldus wordt door middel van artikel 63 van het voorontwerp een regeling beoogd waarbij er, wat betreft de toegang tot lokale clusters, potentieel tal van verschillende technische reglementen zijn die regels inzake de toegang vaststellen. Gevraagd hoe de regeling, waarbij onder meer beheerders van lokale clusters zelf de voorwaarden kunnen voorstellen en de VREG deze vervolgens kan goedkeuren – en waarbij er dus een kluwen van verschillende toegangsregels kan bestaan in het Vlaamse Gewest, in functie van de locatie van de betrokken lokale cluster – verenigbaar is met artikel 21 van richtlijn 2009/31/EG, stelde de gemachtigde:

“1. Algemeen: artikel 21 van de CCS-richtlijn

Het regime voor toegang van derden voor transportinfrastructuur in Artikel 21 van de CCS-Richtlijn is bijzonder beperkt.⁵¹ De Commissie oordeelde dat een gedetailleerd toegangsregime op Europees niveau disproportioneel zou zijn.⁵² De Commissie ging er immers van uit dat de emittent en de beheerder van de vervoersinfrastructuur altijd door onderscheiden marktspelers zouden worden uitgevoerd. De Richtlijn geeft Lidstaten dan ook veel ruimte om invulling te geven aan het regime van ‘eerlijke en open toegang’.⁵³ Dit wordt ook bevestigd in considerans 38 van de Richtlijn:

‘Access to CO₂ transport networks and storage sites, irrespective of the geographical location of potential users within the Union, could become a condition for entry into or competitive operation within the internal electricity and heat market, depending on the relative prices of carbon and CCS. It is therefore appropriate to make arrangements for potential users to obtain such access. This should be done in a manner to be determined by each Member State, applying the objectives of fair, open and non-discriminatory access and taking into account, inter alia, the transport and storage capacity which is available or can reasonably be made available as well as the proportion of its CO₂ reduction obligations pursuant to international legal instruments and to Community legislation intended to be met through CCS.’

In de praktijk zijn er twee regimes mogelijk onder Artikel 21: onderhandelde nettoegang (negotiated access) en gereguleerde nettoegang (regulated access).⁵⁴ Sommige auteurs hebben geargumenteed dat Artikel 21 van de Richtlijn dichter aanleunt bij het systeem van onderhandelde nettoegang⁵⁵, maar het feit blijft dat de Richtlijn ook gereguleerde toegang toelaat.⁵⁶ Lidstaten moeten dus de keuze maken of zij een regime van onderhandelde nettoegang invoeren of een regime van gereguleerde nettoegang.⁵⁷

Daarnaast valt op te merken dat de CCS-Richtlijn gebaseerd is op art. 192 VWEU. Maatregelen die uit hoofde van artikel 192 VWEU worden genomen, worden doorgaans beschouwd als een streven naar minimale harmonisatie, wat impliceert dat lidstaten in strengere normering kunnen voorzien.⁵⁸

⁵¹ Voetnoot 1 van het antwoord van de gemachtigde: E. WOERDMAN, M. ROGGENKAMP, M. HOLWERDA, *Essential EU Climate Law 2015*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 197.

⁵² Voetnoot 2 van het antwoord van de gemachtigde: Commission staff working document accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the geological storage of carbon dioxide, SEC(2008) 54, § 180.

⁵³ Voetnoot 3 van het antwoord van de gemachtigde: E. WOERDMAN, M. ROGGENKAMP, M. HOLWERDA, *Essential EU Climate Law 2015*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 197.

⁵⁴ Voetnoot 4 van het antwoord van de gemachtigde: M. HOLWERDA, ‘Refusing Third-party Access to CO₂ Transport and Storage Infrastructure on Technical Grounds’, 2011, p. 3.

⁵⁵ Voetnoot 5 van het antwoord van de gemachtigde: BROCKETT, S., ‘The EU enabling legal framework for carbon capture and geological storage’, *Energy Procedia* 2009, (4433) 4439.

⁵⁶ Voetnoot 6 van het antwoord van de gemachtigde: HAAN-KAMMINGA., A. e.a., “Legal Uncertainties of Carbon Capture and Storage in the EU: The Netherlands as an Example”, *CCLR* 2010, nr. 3, 247.

⁵⁷ Voetnoot 7 van het antwoord van de gemachtigde: E. WOERDMAN, M. ROGGENKAMP, M. HOLWERDA, *Essential EU Climate Law 2015*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 197.

⁵⁸ Voetnoot 8 van het antwoord van de gemachtigde: L. LAVRYSEN, *Handboek milieurecht 2020*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2020, 82.

Artikel 21 van de CCS-richtlijn is tot slot van toepassing op opslaglocaties en transportnetwerken.⁵⁹ Een transportnetwerk wordt gedefinieerd als ‘the network of pipelines, including associated booster stations, for the transport of CO₂ to the storage site’.⁶⁰ Artikel 21 is dus enkel van toepassing op pijpleidingen of netwerken van pijpleidingen.

Onderhandelde nettoegang: toegelaten door de CCS-richtlijn

Vooreerst moet worden opgemerkt dat terminals voor vloeibaarmaking niet onder het toepassingsgebied van artikel 21 van de CCS-Richtlijn vallen. Een terminal voor vloeibaarmaking is een installatie voor de vloeibaarmaking van koolstofdioxide en is geen netwerk van pijpleidingen in de zin van de CCS-Richtlijn (zie hierboven). Bijgevolg is artikel 21 van de CCS-richtlijn niet van toepassing op terminals voor vloeibaarmaking.

Zowel het Vlaams Gewest⁶¹, Waals Gewest⁶² als het Brussels Hoofdstedelijk Gewest⁶³ hebben de CCS-Richtlijn initieel omgezet door middel van een systeem van onderhandelde nettoegang. De Raad heeft, in zijn adviezen bij de Vlaamse omzettingwetgeving, nooit aangegeven dat dergelijke omzetting niet conform de CCS-Richtlijn is.⁶⁴ Dergelijke interpretatie zou overigens manifest niet stroken met zowel de letter als de geest van de CCS-Richtlijn (zie punt 1.). De Commissie heeft tot slot verschillende keren bevestigd dat alle Lidstaten, waaronder België, de CCS-richtlijn correct hebben omgezet en correct implementeren.⁶⁵

Meer algemeen is de onderhandelde toegang voor de beheerder van een gesloten industrieel net voor koolstofdioxide en de beheerder van een terminal voor vloeibaarmaking voorzien omwille van het feit dat zij speciale situaties betreffen. Het lijkt om die reden beter om aangepaste (‘tailormade’) voorwaarden te onderhandelen dan te voorzien in standaardcontracten of algemene voorwaarden. Het gelijkheidsbeginsel vereist immers om ongelijke situaties ook ongelijk te behandelen.

Een systeem van onderhandelde nettoegang voor gesloten industriële netten voor koolstofdioxide is bijgevolg toegelaten onder de CCS-richtlijn en beleidsmatig wenselijk.

Gereguleerde nettoegang voor lokale clusters en het vervoersnetwerk: toegelaten door de CCS-richtlijn

Zoals hierboven aangegeven laat de CCS-richtlijn toe dat een systeem van gereguleerde nettoegang wordt ingevoerd. Voor emittenten in een lokale cluster zal er dan

⁵⁹ Voetnoot 9 van het antwoord van de gemachtigde: Artikel 21, lid 1 CCS-Richtlijn.

⁶⁰ Voetnoot 10 van het antwoord van de gemachtigde: Artikel 3 (22) CCS-Richtlijn.

⁶¹ Voetnoot 11 van het antwoord van de gemachtigde: Artikel 59 Decreet Diepe Ondergrond *io.* Artikel 14/24 Besluit Diepe Ondergrond.

⁶² Voetnoot 12 van het antwoord van de gemachtigde: Artikel 32 van het decreet van 10 juli 2013 ‘*relatif au stockage géologique du dioxyde de carbone*’.

⁶³ Voetnoot 13 van het antwoord van de gemachtigde: Artikel 8 van het Besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 2 februari 2012 betreffende de afvang en het vervoer van kooldioxide voor geologische opslag.

⁶⁴ Voetnoot 14 van het antwoord van de gemachtigde: Zie Adv. 45.922/3 van 17 februari 2009; Adv. RvS 56.017/1 van 9 mei 2014.

⁶⁵ Voetnoot 15 van het antwoord van de gemachtigde: Zie 2017 Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Implementation of Directive 2009/31/EC on the Geological Storage of Carbon Dioxide, COM(2017) 37, p. 4: ‘The provisions of the CCS Directive have been consistently applied across the reporting period in the EU Member States.’. Zie ook 2019 Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Implementation of Directive 2009/31/EC on the Geological Storage of Carbon Dioxide, COM(2019) 566: ‘The provisions of the CCS Directive have been correctly applied across the reporting period in the EU Member States, which have submitted reports to the Commission by 30 June 2019.’

per definitie objectieve en niet-discriminerende toegang zijn: zij zullen immers toegang krijgen tot de lokale cluster onder dezelfde goedgekeurde tarieven en onder dezelfde voorwaarden (via het technisch reglement) als de andere emittenten in de lokale cluster. Bedrijven die zich in twee verschillende lokale clusters bevinden zullen zich bovendien in een niet in een gelijke situatie bevinden. De situatie in lokale clusters kan immers wezenlijk van elkaar verschillen; zo zal bv. een lokale cluster in de haven van Gent duidelijk zich duidelijk niet in dezelfde situatie bevinden als een lokale cluster in Genk (geografische afstand van de Noordzee; aanwezige industrie en kenmerken van koolstofdioxidestroom; technische specificaties van de aanwezige industrie; etc.).

In de praktijk zal er overigens geen ‘kluwen van lokale clusters’ ontstaan: dit staat immers haaks op de nood aan het genereren van schaaleffecten voor het vervoer van koolstofdioxide.”

10.3. De argumentatie van de gemachtigde inzake de conformiteit met het Europees recht lijkt aannemelijk.

De regeling in artikel 63 van het voorontwerp impliceert wel dat bepaalde regelgevende bevoegdheden worden gedelegeerd aan private actoren.

Dergelijke delegatie kan moeilijk in overeenstemming worden geacht met de algemene beginselen van publiek recht, omdat er mee wordt geraakt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht, iedere rechtstreekse parlementaire controle op het aanwenden van die bevoegdheid ontbreekt en verordeningen die worden uitgevaardigd door instellingen, organen of actoren, de waarborgen ontberen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die met betrekking tot de bekendmaking en de preventieve controle van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

10.4. Met betrekking tot de rol van de VREG inzake de goedkeuring van het technisch reglement met betrekking tot de toegang tot een lokale cluster of het vervoersnetwerk (artikel 63, § 1, eerste lid, van het voorontwerp) en inzake het bepalen van de “minimale elementen” die worden behandeld in het technisch reglement (artikel 63, § 1, tweede lid, van het voorontwerp), kan nog het volgende worden opgemerkt.⁶⁶

De VREG heeft een specifieke structuur, met een bijzondere graad van onafhankelijkheid ten aanzien van de uitvoerende en de wetgevende macht. Luidens artikel 9, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, kunnen de gemeenschappen en de gewesten, in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten of kapitaalsparticipaties nemen. Luidens artikel 9, tweede lid, van dezelfde bijzondere wet, kan het decreet hun rechtspersoonlijkheid toekennen en hun toelaten kapitaalparticipaties te nemen, en regelt het decreet hun oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht.

⁶⁶ De beheerder van een lokale cluster of de beheerder van het vervoersnetwerk legt tevens een voorstel van technisch reglement voor aan de VREG voor goedkeuring volgens een door deze laatste te bepalen procedure (artikel 63, § 2, van het voorontwerp).

De rol die aan de VREG wordt toebedeeld op het vlak van de toegangsregeling die is vervat in artikel 63 van het voorontwerp, zal derhalve in overeenstemming moeten zijn met het in artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgenomen legaliteitsbeginsel, op grond waarvan de basisregels inzake de erin opgesomde elementen, waaronder het toezicht, bij decreet dienen te worden geregeld.⁶⁷

Enkel indien voor de lidstaten uit de meermaals genoemde richtlijn 2009/31/EG voldoende duidelijk de verplichting zou voortvloeien om de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te waarborgen, zou de ontworpen regeling op dat punt te verenigen zijn met het bepaalde in artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.⁶⁸ In het andere geval lijkt het voorontwerp, overeenkomstig het bepaalde in artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, te moeten worden aangevuld met bepalingen die inzonderheid op het vlak van het toezicht, waaronder dat van de Vlaamse Regering of het Vlaams Parlement, in een nadere regeling voorzien. Hierbij moet er echter over worden gewaakt dat dat toezicht de door het Unierecht voorgeschreven onafhankelijkheid van de VREG met betrekking tot de – enigszins verwante – elektriciteit- en gasmarkten niet ondergraaft.

De stellers van het voorontwerp doen er goed aan om in de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 63 van het voorontwerp wordt gegeven, het antwoord van de gemachtigde en diens bespreking van richtlijn 2009/31/EG te integreren en daarbij tevens – in het licht van de opmerking onder dit randnummer – aandacht te besteden aan de rol en positie van de VREG in dat verband.

Wat dat laatste betreft, zou in voorkomend geval ter wille van de overeenstemming met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kunnen worden overwogen om het technisch reglement voor de toegang tot een lokale cluster of het vervoersnetwerk te laten goedkeuren door de bevoegde minister nadat daaromtrent het advies van de VREG werd ingewonnen, en om de vaststelling van de minimale elementen van het technisch reglement door de VREG eveneens te laten goedkeuren door de minister.

F. Toepassingsgebied en begrippenkader

11.1. In het voorontwerp wordt een onderscheid gemaakt tussen “lokale clusters” (zie hoofdstuk 3) en “gesloten industriële netten voor het vervoer van koolstofdioxide” (zie hoofdstuk 6).

⁶⁷ GwH nr. 75/2001, 31 mei 2001, B.11.

⁶⁸ In dat geval gaat het immers om supranationale verplichtingen die, in overeenstemming met artikel 34 van de Grondwet, voorrang hebben op de bepalingen van de bijzondere wet (zie o.m. adv.RvS 49.336/3 van 22 maart 2011 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Vlaamse Gewest van 8 juli 2011 ‘houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de electriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de Richtlijn 2009/72/EG en de Richtlijn 2009/73/EG’, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1147/1, 134-136; adv.RvS 60.294/3 van 30 november 2016 over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot regeling van de rol van de lokale adviescommissie in het kader van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water en van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de invoering van een regulerend kader voor warmte- of koudenetten’, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 1056/1, opmerking 4).

Een “lokale cluster” wordt omschreven in artikel 3, 17°, van het voorontwerp. De Vlaamse Regering bepaalt het aaneensluitend geografisch afgebakend gebied waarvoor de beheerder van een lokale cluster wordt aangewezen (artikel 10, tweede lid, van het voorontwerp).

Een “gesloten industrieel net voor koolstofdioxide” wordt omschreven in artikel 3, 13°, van het voorontwerp. De aanleg en het beheer van een gesloten industrieel net voor koolstofdioxide is alleen toegelaten nadat een voorafgaande toelating van de VREG is verkregen (artikel 56, § 1, eerste lid, van het voorontwerp). De VREG bepaalt de geografisch afgebakende industriële locatie in de toelatingsbeslissing en die afbakening is “niet groter dan wat strikt noodzakelijk is” (artikel 56, § 2, van het voorontwerp).

Wat betreft de invulling van de definitie van een “gesloten industrieel net voor koolstofdioxide” moet rekening worden gehouden met andere bepalingen. Met uitzondering van de artikelen 80 tot en met 83, inzake emissierechten, broeikasgasvergunning en rapporteringsverplichtingen, is het voorontwerp niet van toepassing op het vervoer van koolstofdioxide via pijpleidingen die de eigen site niet overschrijden (artikel 4, eerste lid, van het voorontwerp). Een “eigen site” is het kadastrale perceel of de aansluitende kadastrale percelen van dezelfde natuurlijke private of publieke persoon of rechtspersoon als eigenaar, erfpachter, opstalhouder of concessiehouder (artikel 3, 9°, van het voorontwerp).⁶⁹

11.2. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de stellers van het voorontwerp zich ervan bewust zijn dat de afbakening tussen de rechtsfiguren van de “lokale cluster” en het “gesloten industrieel net voor koolstofdioxide” vaag kan zijn. Zo wordt erin gewezen op de mogelijkheid van het “ontwijken” van de regulering van een lokale cluster.

Rekening houdend met de hoger aangehaalde bepalingen van het voorontwerp lijkt er echter onvoldoende duidelijkheid te bestaan over het onderscheid tussen lokale clusters en gesloten industriële netten voor koolstofdioxide. Zo maakt de definitie van “lokale cluster” melding van de voorwaarde dat er minstens twee producenten in die cluster moeten gevestigd zijn, maar niets lijkt uit te sluiten dat binnen een gesloten industrieel net voor koolstofdioxide evenzeer twee producenten gevestigd zijn, waarbij het evenzeer mogelijk lijkt dat omwille van specifieke technische eisen of veiligheidseisen is voorzien in een geïntegreerde exploitatie of een geïntegreerd productieproces, in het bijzonder nu het voorontwerp niet van toepassing is op het vervoer van koolstofdioxide via pijpleidingen die de “eigen site” niet overschrijden.

De stellers van het voorontwerp dienen in het licht van het voorgaande de afbakening tussen beide begrippen en de verantwoording voor de verschillende regulering ervan aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.

11.3. Inzake het begrip “eigen site”, dat cruciaal is voor de afbakening van het toepassingsgebied van het voorontwerp, kan voorts nog het volgende worden opgemerkt.

⁶⁹ I.v.m. de invulling van het begrip “eigen site”, zie ook randnummer 11.3.

De VREG levert in haar advies bij het voorontwerp van decreet kritiek op de definitie van het begrip “eigen site”.⁷⁰ De VREG wijst onder meer op het volgende:

“Er is geen link tussen het zakenrechtelijk statuut van de betrokken kadastrale percelen, enerzijds, en de feitelijke gebruiker van deze percelen anderzijds, terwijl dit ongetwijfeld wel de invalshoek is van de definitie ‘eigen site’: ‘zijn eigen site’. Als voorbeeld: het havengebied is in zijn geheel, conform de definitie van ‘eigen site’, aan te merken als ‘eigen site’ doordat de eigenaar dezelfde persoon is (nl. het havenbedrijf). Dit terwijl daarop tal van bedrijven actief zijn (concessionarissen). Elke vorm van vervoer van CO₂ via pijpleidingen in bijvoorbeeld (een groot deel van) het havengebied valt dus buiten het toepassingsgebied van het Ontwerpdecreet. Dit terwijl dit vervoer evengoed plaatsvindt tussen verschillende bedrijventerreinen. Een bedrijf buiten havengebied wordt op die manier anders behandeld dan een bedrijf in havengebied, terwijl dit vanuit de regulering van vervoer via pijpleidingen van CO₂ geen verantwoord onderscheid betreft.

- Een bedrijf kan een kleine beek op zijn terrein hebben, dat, bij aanleg van een pijpleiding voor CO₂, gekruist moet worden naar de rest van de bedrijfssite. Als deze beek tot het openbaar domein behoort en bijgevolg geen kadastraal nummer heeft, is dat geen ‘kadastraal perceel’. Dit vervoer vindt dan ook plaats buiten de ‘eigen site’. Een bedrijf dat een dergelijke beek op zijn site heeft, wordt op die manier anders behandeld dan een bedrijf dat dergelijke beek niet moet kruisen, terwijl dit vanuit de regulering van vervoer van CO₂ via pijpleidingen geen verantwoord onderscheid betreft.

- Het vervoer van CO₂ via pijpleidingen gesitueerd op 2 aaneensluitende kadastrale percelen, in handen van eenzelfde eigenaar, op eigen site, valt buiten het toepassingsgebied van het Ontwerpdecreet. Dezelfde pijpleiding, op dezelfde 2 aaneensluitende kadastrale percelen, is evenwel buiten ‘eigen site’ gesitueerd als het 2de perceel in eigendom is van bijvoorbeeld een vennootschap van de eigenaar van het 1ste perceel, en dit impliceert de toepassing van het Ontwerpdecreet. Een fiscaal legale constructie leidt er dus toe dat de eigen site niet meer eigen is, terwijl dit vanuit de regulering van vervoer van CO₂ via pijpleidingen geen verantwoord onderscheid betreft.”

In de nota aan de Vlaamse Regering (VR 2023 3108 DOC.1103/1) wordt als volgt gereageerd op de kritiek van de VREG:

“Het klopt dat het precieze reikwijdte van het begrip ‘eigen site’ doorheen de jaren al voor heel wat casuïstiek heeft gezorgd. Het lijkt echter niet wenselijk om het begrip ‘eigen site’ enkel in het kader van dit voorontwerp te wijzigen. Het begrip wordt immers ook gebruikt in het kader van de elektriciteits- en gasregelgeving, maar bijvoorbeeld ook in het kader van het nieuwe voorontwerp van decreet rond waterstofnetwerken. Zonder transversale aanpak zullen er incoherenties ontstaan tussen de verschillende regimes, wat de rechtszekerheid ondermijnt. Er dient dan ook een transversaal evaluatietraject worden opgestart rond het begrip; blijkt uit deze administratieve oefening dat het begrip inderdaad niet (meer) fit for purpose is, dan zullen de nodige wijzigingen worden doorgevoerd op een transversale en coherente wijze.”

De afdeling Wetgeving kan de noodzaak van een snelle opstart van een transversaal onderzoek enkel bijtreden. Daarenboven dient erop te worden gewezen dat de beoogde uitsluiting van “eigen sites” op een afdoende wijze zal moeten kunnen worden verantwoord in het licht van het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel, rekening houdend met de hoger aangehaalde

⁷⁰ Advies van de VREG van 28 april 2023 met betrekking tot het decreet over het vervoer van koolstofdioxide via pijpleidingen in het Vlaamse Gewest, ADV-2023-03, 6-8.

kritiek van de VREG. Een verwijzing naar andere bestaande regelgeving volstaat in dit verband geenszins.⁷¹

Er kan ook nog worden opgemerkt dat de definitie van het begrip “eigen site” overeenstemt met de reeds meermaals gewijzigde definitie van hetzelfde begrip in artikel 1.1.3, 30°/1, van het Energiedecreet, in welk verband de afdeling Wetgeving er in het verleden al op wees dat een afdoende verklaring in het licht van het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel zal moeten kunnen worden geboden voor het uitsluiten van het vruchtgebruik. Ook het vruchtgebruik is immers een zakelijk recht dat toelaat om een bepaalde site economisch te exploiteren.⁷²

De definitie van de “eigen site” die is opgenomen in artikel 3, 9°, van het voorontwerp dient in het licht van het voorgaande aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

12. In de omschrijving van het begrip “ETS-activiteit”, in artikel 3, 10°, van het voorontwerp, vervange men de woorden “de Richtlijnen 200/60/EG,” door de woorden “de Richtlijnen 2000/60/EG,”.

Artikel 4

13. Aan het einde van artikel 4, derde lid, van het voorontwerp, schrijve men op een juridisch meer geëigende wijze “... voor de datum van de bekendmaking van dit decreet” (niet: “... voor de datum van de publicatie van dit decreet”).

Artikel 11

14. In artikel 11 van het voorontwerp wordt bepaald dat de aanwijzing van een beheerder van een lokale cluster geldig is voor een hernieuwbare termijn van twintig jaar. Deze regeling zal moeten worden uitgevoerd conform de artikelen 11 en 12 van de dienstenrichtlijn en conform de recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, waaruit de verplichting kan worden afgeleid om ook bij het aflopen van in het verleden verleende schaarse vergunningen, te waarborgen dat er opnieuw een transparante en onpartijdige selectieprocedure

⁷¹ In dat verband valt overigens op te merken dat in het Energiedecreet het begrip “eigen site” niet wordt gehanteerd om bepaalde leidingen uit te sluiten van het toepassingsgebied van de desbetreffende regelgeving. Vgl. bijvoorbeeld ook de kennisgevingsverplichting vermeld in artikel 4.5.1, § 1, van het Energiedecreet.

⁷² Adv.RvS 63.643/3 van 13 juli 2018 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Vlaamse Gewest van 16 november 2018 ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, opmerking 14.

bestaat voor het opnieuw verlenen of het verlengen van de verlopen vergunningen.⁷³ Een aandachtspunt daarbij is ook dat een dergelijke selectieprocedure concreet zal moeten waarborgen dat de toekomstige selectieprocedure in de feiten niet enkel kan leiden tot de toewijzing van de verlenging van het exploitatierecht van de bestaande beheerder van het vervoersnetwerk.

Eenzelfde opmerking valt te maken bij artikel 31 van het voorontwerp dat betrekking heeft op de aanwijzing van een beheerder van het vervoersnetwerk.

Artikel 12

15. Aan de criteria inzake de aanwijzing van een beheerder van een lokale cluster zal door de Vlaamse Regering ter uitvoering van artikel 12, § 5, van het voorontwerp, nog concreet invulling worden gegeven. De afdeling Wetgeving kan zich om die reden er nog geen oordeel over vormen of met die criteria voldoende wordt tegemoetgekomen aan het vereiste dat voortvloeit uit artikel 10, lid 2, d), van de dienstenrichtlijn, volgens hetwelk vergunningsstelsels moeten zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen en die onder meer “duidelijk en ondubbelzinnig” moeten zijn.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het bepaalde in artikel 32, § 4, van het voorontwerp, wat de aanwijzing van een beheerder van het vervoersnetwerk betreft.

Artikel 13

16. Het beheer van een lokale cluster omvat overeenkomstig artikel 13, eerste lid, 11°, van het voorontwerp, “potentiële netgebruikers toegang geven tot de lokale cluster onder de voorwaarden, vermeld in artikel 62”. De verwijzing naar artikel 62 van het voorontwerp is evenwel niet duidelijk, ermee rekening houdend dat deze laatste bepaling het geval beoogt van lekkages of significante onregelmatigheden en voor de betrokken beheerder voorziet in een kennisgevingsverplichting aan de minister en in het nemen van de nodige corrigerende maatregelen.

Ofwel is het de bedoeling om te verwijzen naar een andere bepaling dan artikel 62 van het voorontwerp, in welk geval de verwijzing moet worden gecorrigeerd in artikel 13, eerste lid, 11°, ofwel zou de draagwijdte van de verwijzing naar artikel 62 ter wille van de duidelijkheid het best nader worden uitgewerkt of geëxpliciteerd in artikel 13, eerste lid, 11°, van het voorontwerp, door middel van een vermelding van het soort voorwaarden dat wordt beoogt.

Artikel 20

17. In artikel 20, § 3, eerste lid, van het voorontwerp, wordt bepaald dat de Vlaamse Regering binnen negentig dagen na de dag waarop ze het ontwikkelingsplan heeft ontvangen “over

⁷³ HvJ 20 april 2023, C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato t. Comune di Ginosa*, punten 69 tot 72. Zie al eerder HvJ 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, *Trijber en Harmsen*, punten 60 tot 66.

de goedkeuring, vermeld in paragraaf 1” beslist. In artikel 20, § 1, van het voorontwerp, wordt evenwel geen melding gemaakt van een “goedkeuring” van het ontwikkelingsplan door de Vlaamse Regering. Opdat de verwijzing naar de goedkeuring, “vermeld in paragraaf 1” zou kunnen worden behouden in artikel 20, § 3, eerste lid, zou artikel 20, § 1, moeten worden aangevuld met een bepaling waarin wordt geëxpliciteerd dat het betrokken ontwikkelingsplan door de Vlaamse Regering moet worden goedgekeurd. Als gevolg van dergelijke aanvulling zal de regeling bovendien duidelijker worden aangezien nu uitsluitend uit artikel 20, § 3, derde lid, van het voorontwerp, valt af te leiden dat het ontwikkelingsplan moet worden goedgekeurd door de Vlaamse Regering.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van artikel 40, § 3, eerste lid, van het voorontwerp, waarin eveneens wordt verwezen naar “de goedkeuring, vermeld in paragraaf 1”.

Artikel 23

18. In artikel 23, derde lid, van het voorontwerp, wordt bepaald dat, als partijen niet tot een minnelijke overeenkomst komen, het geschil wordt voorgelegd aan de vrederechter. Deze bepaling stemt overeen met hetgeen wordt vermeld in artikel 4/1.1.8, § 3, van het Energiedecreet. Het kan nuttig zijn om in de memorie van toelichting beknopt uiteen te zetten dat, zoals is aangenomen met betrekking tot de voornoemde bepaling van het Energiedecreet,⁷⁴ is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bedoelde impliciete bevoegdheden van de decreetgever om de federale materie inzake het vaststellen van de bevoegdheden van de vrederechter te regelen.⁷⁵

De voorgaande suggestie kan ook worden geformuleerd met betrekking tot het bepaalde in artikel 43, derde lid, van het voorontwerp.

Artikel 56

19. In artikel 56, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, wordt bepaald dat de aanleg en het beheer van een gesloten industrieel net voor koolstofdioxide alleen toegelaten is mits een voorafgaande toelating van de VREG. Vraag is of niet tevens moet worden bepaald of tegen de betrokken beslissing van de VREG een beroep openstaat bij een rechter in volle rechtsmacht. Hieromtrent om nadere toelichting verzocht, deelde de gemachtigde het volgende mee:

⁷⁴ Zie adv.RvS 60.294/3 van 30 november 2016 over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot regeling van de rol van de lokale adviescommissie in het kader van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water en van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de invoering van een regulerend kader voor warmte- of koudnetten’, (*Parl.St.* VI.Parl., 2016-17, nr. 1056/1, 105, voetnoot 2).

⁷⁵ Volgens vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (zie bv. GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11) kan op grond van de impliciete bevoegdheden de bevoegdheid van een andere overheid worden betreden voor zover zulks noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid, de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.

“Mocht de Raad hierover een opmerking formuleren in zijn advies, kan in het ontwerp van decreet een bepaling worden ingevoerd die bepaalt bij welke rechtbank beroep kan worden ingesteld tegen beslissingen van de VREG. Een soortgelijke bepaling bestaat bijvoorbeeld voor de tariefbeslissingen inzake elektriciteit en aardgas (artikel 4.1.34 Energiedecreet).”

De afdeling Wetgeving wenst in dit verband in herinnering te brengen dat de voornoemde toelatingsbeslissing van de VREG mogelijk betrekking heeft op een burgerlijk recht in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Naar luid van die grondwetsbepaling behoren geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken. Hieruit volgt dat tegen de beslissing van de VREG inzake de toelating tot de aanleg en het beheer van een gesloten industrieel net voor koolstofdioxide een beroep in volle rechtsmacht mogelijk moet zijn bij een rechtbank van de rechterlijke orde.

De stellers van het voorontwerp kunnen ervoor opteren om zich te beperken tot een verduidelijking van de beroepsmogelijkheden tegen de betrokken toelatingsbeslissingen van de VREG met verwijzing naar de bevoegdheidsregeling waarin het Gerechtelijk Wetboek voorziet. Een meer rechtszekere handelwijze zou er evenwel kunnen in bestaan om de tekst van het voorontwerp aan te vullen met een bepaling waarin de beroepsmogelijkheid uitdrukkelijk wordt aangegeven en in voorkomend geval nader wordt geregeld naar analogie van wat in het door de gemachtigde in zijn antwoord vermelde artikel 4.1.34 van het Energiedecreet het geval is.⁷⁶

Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot de beslissing van de VREG die met toepassing van artikel 60, eerste lid, van het voorontwerp, is vereist voor de aansluiting van een gesloten industrieel net voor koolstofdioxide op een terminal voor vloeibaarmaking gelegen buiten de geografisch afgebakende industriële locatie.⁷⁷

Artikel 67

20. Gelet op het autonomiebeginsel kan de decreetgever de beheerders van vervoersnetwerken die gelegen zijn in andere gewesten niet eenzijdig verplichten om opmerkingen te geven over tariefvoorstellen. Indien de in artikel 67, § 2, eerste lid, van het voorontwerp, vermelde consultatie geïnterpreteerd wordt in de zin dat het gaat om een loutere mogelijkheid om opmerkingen te geven, rijst geen bezwaar tegen deze bepaling.

21. In de mate het in artikel 67, § 3, eerste lid, van het voorontwerp, vermelde overleg geïnterpreteerd wordt in de zin dat het gaat om een loutere mogelijkheid om overleg te plegen, rijst evenmin een bevoegdheidsrechtelijk bezwaar tegen die bepaling. Wel dient opgemerkt te worden dat in die bepaling enkel melding wordt gemaakt van de “bevoegde autoriteit van het relevante gewest”. Er lijkt echter ook de hypothese mogelijk te zijn dat er twee andere gewesten betrokken

⁷⁶ De decreetgever zou zulke bepaling kunnen aannemen op grond van het reeds genoemde artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁷⁷ Wat betreft de goedkeurings- en toelatingsbeslissingen van de VREG, bedoeld in respectievelijk de artikelen 67 en 71 van het voorontwerp, en de geschillenbeslechting daaromtrent, wordt verwezen naar de opmerking bij artikel 76 van het voorontwerp.

partij zijn. De gemachtigde bevestigde dat de tekst op dit punt moet worden aangepast en er melding moet worden gemaakt van overleg met de relevante autoriteiten (lees: regulatoren) van de twee andere gewesten.

Artikel 69

22. Ter wille van de leesbaarheid late men artikel 69, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, aanvangen als volgt: “De beheerder van een lokale cluster stelt, rekening houdend met hetgeen bepaald wordt in artikel 68, normen vast ...”.

De redactie van artikel 70, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, moet op gelijkaardige wijze worden aangepast.

Artikel 70

23. In artikel 70, § 2, van het voorontwerp, moet de verwijzing naar “de normen, vermeld in het eerste lid” worden gecorrigeerd. Er moet allicht worden verwezen naar “de normen, vermeld in paragraaf 1, eerste lid”.

Artikel 71

24. In artikel 71, zevende lid, 1^o, van het voorontwerp, wordt melding gemaakt van “de gevallen, vermeld in het derde lid”. Zoals door de gemachtigde werd bevestigd is de verwijzing naar “het derde lid” van artikel 71 evenwel niet correct. De betrokken verwijzing zal derhalve moeten worden aangepast.

Artikel 72

25. In artikel 72, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de veiligheidsvoorschriften te bepalen in het kader van het ontwerp, de bouw, de exploitatie en de buitengebruikstelling van een lokale cluster, het vervoersnetwerk, een terminal voor vloeibaarmaking, een gesloten industrieel net voor koolstofdioxide en een directe leiding.

Voor zover er geen Europese normen zijn die de veiligheidsvoorschriften in dit verband bepalen, kan het vaststellen van die normen aan de Vlaamse Regering worden toevertrouwd. De Vlaamse Regering zal die bevoegdheden niettemin moeten uitoefenen op een wijze die verenigbaar is met onder meer richtlijn 2009/31/EG en zal daarbij het vrij verkeer van goederen en diensten in acht moeten nemen. Dat betekent onder meer dat bij afwezigheid van

geharmoniseerde normen de toekomstige veiligheidsvoorschriften zullen moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig de richtlijn technische voorschriften.⁷⁸

Artikel 75

26. De VREG kan aan een beheerder van een lokale cluster, de beheerder van het vervoersnetwerk, een beheerder van een terminal voor vloeibaarmaking, een beheerder van een gesloten industrieel net voor koolstofdioxide, producenten, verbruikers, bestuurders, managers en personeelsleden de gegevens en inlichtingen vragen die nodig zijn voor de uitvoering van zijn taken en bevoegdheden (artikel 75, § 1, eerste lid, van het voorontwerp). De voormelde categorieën van personen zijn ertoe gehouden om die gegevens en inlichtingen accuraat, volledig en consistent mee te delen aan de VREG (artikel 75, § 1, tweede lid, van het voorontwerp).

Aan de gemachtigde werd gevraagd of artikel 75 van het voorontwerp een verwerking van persoonsgegevens kan inhouden. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Artikel 75 is geen grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Het gaat immers niet over gegevens van natuurlijk[e] personen. Beheerders van lokale clusters, het vervoersnetwerk, terminals voor vloeibaarmaking en gesloten industriële netten zullen immers ondernemingen zijn die onder het Europees Emissiehandelsysteem voor vaste installaties (EU ETS) vallen, aangezien deze infrastructuur BKG-installaties uitmaken.⁷⁹ Ook emittenten vallen per definitie onder het EU ETS.⁸⁰

In Vlaanderen worden de ongeveer 200 BKG-installaties die vandaag geëxploiteerd worden allemaal beheerd door rechtspersonen. De lijst van BKG-installaties (en hun beheerder) in het Vlaamse Gewest is te raadplegen op de website van het VEKA. De inlichtingen en gegevens die de VREG opvraagt zullen dus niet van die aard zijn dat zij het mogelijk maken om natuurlijke personen te identificeren, waardoor zij geen persoonsgegevens zijn in de zin van de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Bijgevolg is het advies van de GBA niet vereist.”

De gemachtigde wijst er weliswaar op dat verwacht kan worden dat beheerders steeds rechtspersonen zullen zijn, maar zelfs als dit kan worden aangenomen moet worden vastgesteld dat in artikel 75, § 1, van het voorontwerp, aan de VREG onder meer ook de bevoegdheid wordt verleend om rechtstreeks bij bestuurders, managers en personeelsleden gegevens op te vragen. Er valt moeilijk in te zien hoe de ontworpen regeling, waarbij de VREG

⁷⁸ Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 ‘betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij’. Aangezien artikel 72 van het voorontwerp slechts de rechtsgrond creëert voor dergelijke voorschriften, maar die als dusdanig niet invoert, is er geen reden om het voorliggende voorontwerp zelf aan te melden (vgl. adv.RvS nr. 69.159/3 van 6 mei 2021 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet 21 juli 2021 ‘tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’, opmerking 4).

⁷⁹ Voetnoot 1 van het antwoord van de gemachtigde: Het vervoer van koolstofdioxide voor geologische opslag is immers een ETS-activiteit, zie Bijlage I van Richtlijn 2003/87/EG.

⁸⁰ Voetnoot 2 van het antwoord van de gemachtigde: Het afvangen van koolstofdioxide voor geologische opslag is immers een ETS-activiteit, zie Bijlage I van Richtlijn 2003/87/EG.

gegevens kan opvragen bij natuurlijke personen, werkbaar kan zijn zonder dat daartoe tot een verwerking van persoonsgegevens van de betrokken natuurlijke personen wordt gekomen.

Indien het de bedoeling zou zijn dat nooit persoonsgegevens worden overgemaakt aan de VREG met het oog op het uitoefenen van haar taken, zou die bedoeling op een duidelijke en meer expliciete wijze tot uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van artikel 75, § 1, van het voorontwerp.

Indien de tekst van artikel 75, § 1, van het voorontwerp, niet wordt verduidelijkt in de aangegeven zin en er bijgevolg niet valt uit te sluiten dat de toepassing ervan gepaard kan gaan met een verwerking van persoonsgegevens, zal de ontworpen regeling nog om advies moeten worden voorgelegd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit vooraleer de ontworpen regeling doorgang kan vinden.⁸¹

Artikel 76

27. In artikel 76, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, wordt de VREG belast met het beslechten van alle geschillen over de bepalingen van hoofdstuk 7 (“Toegang van derden”) van het voorontwerp. Hiermee wordt blijkbaar beoogd artikel 22, lid 1, van richtlijn 2009/31/EG om te zetten in het interne recht. Naar luid van die richtlijnbevestiging stellen de lidstaten geschillenbeslechtsprocedures vast, met inbegrip van een onafhankelijk van de partijen staande autoriteit met toegang tot alle relevante informatie, teneinde geschillen met betrekking tot de toegang tot transportnetwerken en opslaglocaties op een doeltreffende wijze te beslechten, rekening houdend met de in artikel 21, lid 2, van dezelfde richtlijn bedoelde criteria en het aantal partijen dat bij onderhandelingen over dergelijke toegang betrokken is.

Het is zeer de vraag of het bepaalde in artikel 76, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, wel een correcte omzetting inhoudt van de voornoemde richtlijnbevestiging, ermee rekening houdend dat de VREG, benevens zijn toezichtsactiviteiten, diverse andere taken vervult en onder andere het technisch reglement goedkeurt (artikel 63), de tarieven goedkeurt (artikel 66, § 1) en voorafgaand adviseert over de kwaliteitsnormen (artikel 69, § 1, eerste lid). Bij die beslissingen is de VREG dus betrokken partij, hetgeen hem ongeschikt maakt om, op een algemene wijze, als geschillenbeslechtsinstantie op te treden in de zin zoals voorgeschreven in artikel 76, § 1, eerste lid, van het voorontwerp. De VREG kan op die wijze niet worden gelijkgesteld met “een onafhankelijk van de partijen staande autoriteit” in de zin van artikel 22, lid 1, van

⁸¹ Indien de toepassing van artikel 75, § 1, van het voorontwerp, wel degelijk een verwerking van persoonsgegevens kan inhouden, zullen daarenboven de vereiste “essentiële elementen” van die verwerking bij decreet moeten worden vastgesteld; zie daarover adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119, opmerking 101; GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2; GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.74.1; GwH 17 mei 2023, nr. 75/2023, B.55.2.1.

richtlijn 2009/31/EG.⁸² Met die vaststelling geconfronteerd, deelde de gemachtigde het volgende mee:

“Mocht de Raad hierover een opmerking formuleren in zijn advies, kan de ontworpen bepaling worden aangepast om duidelijker te stellen dat de VREG kennis neemt van geschillen over toegang tussen partijen. Voor de overige beslissingen, genomen door de VREG, kan dan beroep worden ingesteld bij de bevoegde burgerlijke rechtbank.”

Een dergelijke aanpassing van de in artikel 76, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, vermelde omschrijving van de bevoegdheid van de VREG op het vlak van de geschillenbeslechting is noodzakelijk.

28. Aan de gemachtigde werd gevraagd of de algemene bevoegdheidsomschrijving van de VREG als geschillenbeslechtende instantie in artikel 76, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, impliceert dat elk geschil over hoofdstuk 7 aan de rechterlijke macht wordt onttrokken, ook als dit betrekking zou hebben op burgerlijke rechten,⁸³ antwoordde de gemachtigde:

“Geschillen over subjectieve rechten worden door dit artikel geenszins onttrokken van de rechterlijke macht. Als een producent bijvoorbeeld van oordeel is dat een beheerder van een terminal voor vloeibaarmaking niet te goeder trouw heeft onderhandeld (artikel 65, §1.), dan wordt het geschil voorgelegd aan de VREG. De VREG beslecht het geschil dan, rekening houdend met onder andere de criteria in artikel 76, §1 lid 1. Is een van de partijen van oordeel dat de uitspraak van de VREG zijn subjectieve rechten schendt, kan deze een beroep aanhangig maken bij de bevoegde burgerlijke rechtbank. Een relatief gelijklopend mechanisme staat bijvoorbeeld in de recent goedgekeurde Waterstofwet, zij het dat daar toegangswegeringen proactief worden voorgelegd aan de CREG en de wet zelf de burgerlijke rechtbank aanduidt die rechtsmacht heeft om kennis te nemen van beroepen tegen alle beslissingen van de CREG (zie artikel 15 io artikel 26 Waterstofwet).”

Er zou, ter wille van de rechtszekerheid, inderdaad het best worden verduidelijkt welke rechter met volle rechtsmacht bevoegd is om kennis te nemen van een eventueel beroep (zie in dit verband ook de opmerking onder randnummer 19).

29. In artikel 76, § 2, tweede lid, van het voorontwerp, wordt bepaald dat er “overleg” wordt gepleegd “om het geschil op een samenhangende wijze te beslechten”. Er zou moeten worden gepreciseerd waaruit dat overleg bestaat en met wie dat overleg gebeurt. Indien het bijvoorbeeld de bedoeling zou zijn dat de VREG een inhoudelijk overleg gaat voeren met andere

⁸² Nog afgezien van de overeenstemming van de ontworpen regeling op dat punt met andere Europeesrechtelijke principes zoals dat inzake het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht dat voortvloeit uit artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

⁸³ Overeenkomstig artikel 144 van de Grondwet behoren geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken (zie ook randnummer 19). In dit verband merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, over een vergelijkbare bepaling in het voorontwerp van decreet dat geleid heeft tot het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de diepe ondergrond’ op dat, zo de geschillen over de toegang tot transportnetwerken en opslaglocaties, geschillen betreffen over het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van dat artikel 6, lid 1, van het EVRM, en wordt beoogd die geschillen aan de rechter te onttrekken, die ontworpen bepaling strijdt met artikel 6, lid 1, van het EVRM dat het recht op toegang tot een rechter waarborgt (adv.RvS 45.922/3 van 17 februari 2009 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de diepe ondergrond’, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2164/1, 203-204).

overheden of regulatoren wordt zulks het best met zoveel woorden in artikel 76, § 2, van het voorontwerp, vermeld.

Artikel 77

30. In artikel 77, § 4, van het voorontwerp, wordt bepaald dat de beslissing van de VREG tot oplegging van een administratieve geldboete binnen een vervaltermijn van zestig dagen vanaf de kennisgeving van de beslissing kan worden aangevochten bij de Raad van State.

De decreetgever is in beginsel niet bevoegd om de beroepstermijnen voor de Raad van State te regelen, ook al beperkt hij zich ertoe te hernemen wat reeds in artikel 4, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ wordt bepaald op het vlak van de beroepen bedoeld in artikel 14, §§ 1 en 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Enkel indien is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van het reeds genoemde artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en de eruit voortvloeiende impliciete bevoegdheden kan de decreetgever bevoegd worden geacht om deze regel aan te nemen. Het verdient dan wel aanbeveling om in de memorie van toelichting bij het voorontwerp aan te geven op welke wijze aan de desbetreffende voorwaarden is voldaan, hieronder mede begrepen de voorwaarde inzake de noodzakelijkheid, hetgeen problematisch kan zijn indien, zoals *in casu*, louter een federale verordeningsbepaling wordt hernomen of geparafraseerd.

Artikel 78

31. Het onderscheid tussen de administratieve boete in artikel 78, eerste lid, van het voorontwerp, en de dwangsom in artikel 78, tweede lid, is niet geheel duidelijk, nu beide per kalenderdag kunnen worden opgelegd. Gevraagd om nadere toelichting, deelde de gemachtigde het volgende mee:

“De boetes per kalenderdag zijn voor inbreuken uit het verleden. Dit kan worden verduidelijkt in de tekst van het decreet en/of de memorie van toelichting indien nodig.”

De tekst van het voorontwerp zou er in ieder geval duidelijker blijk van moeten geven dat het gaat om inbreuken uit het verleden. Aangezien de bedragen volgens artikel 78, eerste lid, van het voorontwerp, tot 50.000 euro per kalenderdag kunnen oplopen, kan dit tot extreem hoge boetes leiden. Om te vermijden dat boetes zouden kunnen worden opgelegd die jarenlang in de tijd teruggaan, wordt ter overweging gegeven om te verduidelijken dat het gaat om inbreuken die teruggaan tot een bepaalde termijn in het verleden, waarvan de betrokkene kennis had en die blijvende gevolgen hebben.

Artikel 84

32. Er zal voor de ontworpen uitbreiding van de bevoegdheden van de vrederechter een beroep moeten kunnen worden gedaan op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en de eruit voortvloeiende impliciete bevoegdheden.⁸⁴

33. In een wijzigingsbepaling moet melding worden gemaakt van alle nog geldende teksten die in het verleden wijzigingen hebben aangebracht in de te wijzigen bepaling.⁸⁵ Indien er een groot aantal van dergelijke wijzigende teksten bestaan, kan worden gebillijkt dat uitsluitend melding wordt gemaakt van de meest recente wijzigende tekst. Toegepast op de wijzigingsbepaling van artikel 84 van het voorontwerp, komt dit erop neer dat in de inleidende zin wordt geschreven “Aan artikel 591 van het Gerechtelijk Wetboek, het laatst gewijzigd bij de wet van 4 februari 2020, worden ...”.⁸⁶

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

⁸⁴ Zie ook de opmerking onder randnummer 19.

⁸⁵ Omzendbrief VR 2019/4 ‘betreffende de Wetgevingstechniek’, aanwijzing 177.

⁸⁶ Artikel 85 van het voorontwerp late men dan aanvangen als volgt: “In artikel 2 van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond, het laatst gewijzigd bij het decreet van 2 maart 2018, wordt ...”.