

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 127.031 van 12 januari 2004
in de zaak A. 136.349/IX-3792.**

In zake : de NV WATTPLUS,
die woonplaats kiest bij
advocaten G. BLOCK en D. HAVERBEKE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51

tegen :

het Vlaams Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
die woonplaats kiest bij
advocaten S. VERNAILLEN en B. GOOSSENS,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 33.

DE RAAD VAN STATE, IXe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV WATTPLUS op 6 mei 2003 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit van 4 april 2003 van de Vlaamse regering tot wijziging van het besluit van 28 september 2003 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur W. WEYMEERSCH;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 15 oktober 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 november 2003;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaten G. BLOCK en D. HAVERBEKE, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaten S. VERNAILLEN en B. GOOSSENS, die verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. HAESBROUCK;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Gelet op het bij artikel 90, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vereiste advies van de auditeur-generaal;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt:

1.1. De verzoekende partij is een onderneming die, overeenkomstig het decreet van 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (het elektriciteitsdecreet), een vergunning bezit voor de levering van elektriciteit langs het distributienet in Vlaanderen. Volgens de bewoordingen van het verzoekschrift onderscheidt zij zich van de andere leveranciers door zich toe te leggen op de levering van groene stroom, dit is elektrische stroom die opgewekt is door gebruik te maken van hernieuwbare energiebronnen.

1.2. Het elektriciteitsdecreet bepaalt in artikel 15 :

“De netbeheerder voert alle taken die noodzakelijk zijn voor de distributie van groene stroom, met uitsluiting van de aansluiting op het distributienet, kosteloos uit.

De Vlaamse regering kan de regeling in het eerste lid beperken.”

Het elektriciteitsdecreet bevat ook een hoofdstuk VII - “Bevordering van milieuvriendelijke elektriciteitsopwekking”, waarin bepalingen zijn opgenomen aangaande het groenestroomcertificaat, dit is een certificaat dat wordt uitgereikt voor elke 1000 kWh groene stroom, waarvan aangetoond wordt dat hij geproduceerd is in het Vlaams Gewest en dat door de leveranciers van stroom jaarlijks in een bepaald aantal aan de overheid moet voorgelegd worden (artikel 23). Krachtens artikel 24 stelt de Vlaamse regering de toepassingsregels en procedures

vast voor het toekennen van groenestroomcertificaten en bepaalt zij welke certificaten in aanmerking komen voor het voldoen aan de verplichting vervat in artikel 23. Volgens artikel 25 van het decreet kan de Vlaamse regering wel bepalen dat certificaten ook worden aanvaard voor groene stroom die niet geproduceerd is in het Vlaams Gewest.

1.3. Het besluit van 28 september 2001 van de Vlaamse regering inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen heeft de artikelen 12, 15, 24 en 25 verder uitgewerkt. Hoofdstuk VII (artikel 12) regelt de “verkoop van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen”, hoofdstuk VIII (artikel 13) regelt de “verkoop van groene stroom” en hoofdstuk IX (artikel 14) regelt de “distributie van groene stroom”. Laatstgenoemde artikelen luiden als volgt :

"- artikel 13:

De verkoop in het Vlaamse Gewest van een hoeveelheid elektriciteit aan eindafnemers onder de benaming "groene stroom" of onder soortgelijke benamingen is enkel toegestaan overeenkomstig de extra groenestroomcertificaten die de betrokken leverancier heeft ingeleverd, bovenop de certificaten die hij heeft ingeleverd volgens artikel 8, § 1, om geheel of gedeeltelijk te voldoen aan de verplichting van artikel 23 van het Elektriciteitsdecreet.

De extra certificaten moeten voldoen aan de voorwaarden, genoemd in hoofdstuk IV.

Deze certificaten mogen echter toegekend zijn voor elektriciteit, opgewekt buiten het Vlaamse Gewest of buiten de gebieden, genoemd in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, op voorwaarde dat in het land of de regio waarin de certificaten werden toegekend, eveneens een minimum aantal certificaten ingeleverd moet worden."

- artikel 14:

"Elke leverancier meldt maandelijks per afnemer en per nettatariefperiode aan de betrokken netbeheerders de via hun distributienet vervoerde hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen die voorkomen op de lijst vastgelegd in artikel 8, § 1.

De netbeheerder voert de taken, genoemd in artikel 15 van het Elektriciteitsdecreet , kosteloos uit op basis van de krachtens het vorige lid opgelegde melding.

Voor elektriciteit die niet opgewekt wordt in het Vlaamse Gewest levert de instantie, bevoegd voor het afleveren van groenestroomcertificaten voor de betrokken productieplaats, aan de reguleringsinstantie een attest af dat garandeert dat deze elektriciteit werd opgewekt uit een hernieuwbare energiebron die voorkomt op de lijst, vastgelegd in artikel 8, § 1, en bestemd is voor een eindafnemer in Vlaanderen.

De netbeheerder rapporteert maandelijks aan de reguleringsinstantie per leverancier en per nettatariefperiode over de leveringen van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen aan het net, voor zover deze elektriciteit voldoet aan de voorwaarden, vastgelegd in artikel 8, § 1. Hij rapporteert tevens over de hiertoe afgesloten overeenkomsten en over de totale afname van deze elektriciteit.

De reguleringsinstantie controleert op grond van de in het vorige lid genoemde gegevens of de distributie van groene stroom gebeurt in overeenstemming met artikel 15 van het Elektriciteitsdecreet en of de melding, genoemd in het eerste lid, correct gebeurt."

1.4. Met het bestreden besluit van 4 april 2003, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 30 april 2003 en dezelfde dag in werking getreden, wordt het besluit van 28 september 2001 gewijzigd. Artikel 1 heft artikel 13 van het besluit van 28 september 2001 op en artikel 2 vervangt artikel 14 van hetzelfde besluit door de volgende bepaling :

"§ 1. Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, van het Elektriciteitsdecreet, wordt de kosteloze distributie, bedoeld in artikel 15, eerste lid, van hetzelfde decreet, beperkt tot de injectie van elektriciteit opgewekt door de productie-installaties aangesloten op de distributienetten gelegen in het Vlaamse Gewest.

§ 2. Een leverancier van elektriciteit die is opgewekt uit een hernieuwbare energiebron, vermeld in artikel 8, rekent voor de distributie ervan, bedoeld in artikel 15, eerste lid, van het Elektriciteitsdecreet, geen kosten door aan de eindafnemer van deze elektriciteit op diens tussentijdse factuur en eindafrekening.

§ 3. Elke leverancier meldt maandelijks aan iedere netbeheerder welke afnemers, aangesloten op zijn distributienet, hij geheel of gedeeltelijk van elektriciteit zal voorzien die is opgewekt uit een hernieuwbare energiebron, vermeld in artikel 8.

§ 4. De netbeheerder meldt maandelijks, aan de reguleringsinstantie en de betrokken leverancier:

1° de geaggregeerde verbruiksgegevens, per betrokken leverancier, van de op zijn net aangesloten eindafnemers van elektriciteit die is opgewekt uit een hernieuwbare energiebron, vermeld in artikel 8;

2° de geaggregeerde injectiegegevens van de productie-installaties van elektriciteit uit een hernieuwbare energiebron, vermeld in artikel 8, aangesloten op zijn distributienet, waarvoor de betrokken leverancier geregistreerd staat in het toegangsregister van de netbeheerder.

§ 5. De reguleringsinstantie berekent, per leverancier, op basis van de gegevens, bedoeld in § 4, de verhouding van de som van diens injecties op de distributienetten gelegen in het Vlaamse Gewest ten opzichte van de som van diens leveringen aan eindafnemers aangesloten op de distributienetten gelegen in het Vlaamse Gewest. De VREG deelt deze verhouding mee aan de betrokken netbeheerders.

Indien de verhouding, bedoeld in het eerste lid, gelijk is aan of hoger is dan 1, rekent de betrokken netbeheerder, voor het verbruik, bedoeld in § 4, 1°, de tarieven, bedoeld in de artikelen 5 tot en met 7 van het koninklijk besluit van 11 juli 2002 betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven voor de aansluiting op de distributienetten en het gebruik ervan, de ondersteunende diensten geleverd door de beheerders van deze netten en inzake de boekhouding van de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit, niet door aan de leverancier.

Indien de verhouding, bedoeld in het eerste lid, hoger is dan 1, wordt het verschil tussen de som van de injecties en de som van de leveringen, bedoeld in het eerste lid, overgedragen naar de volgende maand.

Indien de verhouding, bedoeld in het eerste lid, lager is dan 1, rekent de betrokken netbeheerder, voor het verbruik, bedoeld in § 4, 1°, de tarieven, bedoeld in de artikelen 5 tot en met 7 van het koninklijk besluit van 11 juli 2002 betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven voor de aansluiting op de distributienetten en het gebruik ervan, de ondersteunende diensten geleverd door de beheerders van deze netten en inzake de boekhouding van de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit, niet door aan de leverancier pro rata de verhouding, bedoeld in het eerste lid.

§ 6. De netbeheerders verrekenen vanaf 1 januari 2003 jaarlijks tussen elkaar de bedragen, bedoeld in § 5, pro rata de op hun distributienet geleverde elektriciteit.

§ 7. De reguleringsinstantie kan nadere technische regels vaststellen met betrekking tot de procedure die moet worden gevolgd in uitvoering van § 2 tot en met § 6."

1.5. Als gevolg van de wijziging gebracht aan artikel 14 kan de verzoekende partij sinds 30 april 2003 de kosteloze distributie van de groene stroom die zij invoert uit het buitenland niet meer genieten;

2.1. Overwegende dat de verwerende partij een ontvankelijkheids-exceptie *ratione personae* aanvoert in die zin dat verzoekster zich ten onrechte op het standpunt plaatst dat de kosteloze verdeling van groene stroom een bevorderingsmaatregel is om "de verkoop van groene stroom in een concurrentiële positie te brengen met de verkoop van klassieke grijze stroom", terwijl uit de parlementaire voorbereiding van het elektriciteitsdecreet blijkt dat de kosteloze distributie van groene stroom niet ingegeven is door de gedachte om de verkoop te bevorderen, maar om de productie ervan in Vlaanderen te optimaliseren, zodat de handelwijze van verzoekster -invoer van groene stroom uit Nederland- met dat standpunt niet te verzoenen is;

2.2. Overwegende dat de exceptie betrekking heeft op artikel 2 van het bestreden besluit, de bepaling waarbij de kosteloze distributie van groene stroom wordt beperkt; dat die beperking verzoekster rechtstreeks treft, aangezien zij groene stroom invoert uit het buitenland; dat, in geval van schorsing van de bestreden bepaling, het voorheen bestaande regime opnieuw in werking treedt en verzoekster dan, voor de ingevoerde groene stroom, opnieuw kan genieten van de kosteloze distributie, zoals in artikel 15 van het elektriciteitsdecreet bepaald is; dat de exceptie, zoals ze wordt geformuleerd door de verwerende partij, verworpen wordt;

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

4.1. Overwegende dat verzoekster in het eerste middel aanvoert dat artikel 2 van het bestreden besluit de kosteloze distributie van stroom uit hernieuwbare energiebronnen, die niet in het Vlaams Gewest is geproduceerd, afschaft terwijl, eerste onderdeel, artikel 28 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap kwantitatieve invoerbeperkingen tussen de lidstaten en maatregelen van gelijke werking verbiedt en terwijl, tweede onderdeel, artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet tot hervorming der Instellingen, bepaalt dat de gewesten “in economische aangelegenheden hun bevoegdheden uitoefenen met inachtneming van het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met het algemeen normatief kader van de economische en monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens een wet en door of krachtens de internationale verdragen”;

Overwegende dat de verzoekende partij bij het eerste onderdeel van het middel de volgende toelichting geeft : volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie zijn de regels inzake het vrij verkeer van goederen toepasselijk op elektriciteit en is elke maatregel die de intracommunautaire handel kan belemmeren -wat het geval is voor maatregelen die een verschillende behandeling van nationale en geïmporteerde producten instellen- te aanzien als een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 28 van het EG-verdrag; artikel 2 van het bestreden besluit beperkt de kosteloosheid van de distributie van groene stroom op basis van de oorsprong van die stroom en aldus wordt Vlaamse groene stroom bevoordeeld ten opzichte van stroom geïmporteerd uit andere gewesten of uit andere lidstaten, hetgeen het handelsverkeer op de Europese markt belemmert;

Overwegende dat de verzoekende partij bij het tweede onderdeel van het middel de volgende toelichting geeft : uit artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet tot hervorming der Instellingen blijkt dat het Belgisch Staatsbestel “berust op een economische en monetaire unie”, die alle bevoegdheden van de gewesten begrenst; in die zin mag de uitoefening van de autonome bevoegdheden

geen afbreuk doen aan de begrenzing die inherent is aan de globale staatshervorming, zoals het verbod om het vrij verkeer van goederen tussen de deelgebieden te belemmeren; die stelling is door het Arbitragehof als vaste rechtspraak aanvaard (nr. 128/2001 van 18 oktober 2001, nr. 35/95 van 25 april 1995, nr. 32/91 van 14 november 1991 en nr. 47/88 van 25 februari 1988) en ook de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft die stelling aangenomen; waar de bestreden bepaling in een verschillende behandeling voorziet van Vlaamse groene stroom en stroom geproduceerd in andere gebieden uit België, belemmert zij onmiskenbaar het handelsverkeer en bevordert zij onrechtmatig de afzet van groene stroom van Vlaamse herkomst ten nadele van stroom ingevoerd uit andere gewesten;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij op het eerste onderdeel van het middel antwoordt dat het bestreden besluit geen maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 28 van het EG-verdrag bevat, of minstens dat deze maatregel gerechtvaardigd is op grond van artikel 30 van het EG-verdrag; dat zij daarbij de volgende toelichting geeft: de toepassing van artikel 28 wordt beperkt door “dwingende vereisten die een hoger belang nastreven” -zoals de bescherming van het milieu- en dus moet rekening gehouden worden met het doel van de betrokken maatregel en met de bijzonderheden van de elektriciteitsmarkt; aldus heeft het Hof van Justitie in zijn arrest C-379/98 van 13 maart 2001 -de zaak PREUSSEN-ELEKTRA AG t/ Schleswig AG- geoordeeld dat een maatregel waarbij particuliere elektriciteitsbedrijven verplicht worden om elektriciteit af te nemen die in hun distributiegebied uit hernieuwbare bronnen geproduceerd is, niet onverenigbaar is met artikel 28 van het EG-verdrag; zoals blijkt uit de preambule -meer bepaald uit de zinsnede: “de voordelen van de lokale, decentrale productie en injectie op het distributienet (van groene stroom) duidelijk te maken”- strekt de bestreden maatregel ertoe de productie van groene stroom te bevorderen om het aldus mogelijk te maken dat “Vlaanderen zijn federale en België zijn Europese en internationale verplichtingen inzake quota broeikasemissie zouden kunnen nakomen”; de maatregel bevoordeligt bovendien alleen de stroom die in het distributienet -dit is dicht bij de afnemers-geïnjecteerd wordt, waardoor de “decentrale productie van groene electriciteit” bevorderd wordt en dat is voordelig voor de capaciteitsvereisten van de netinfrastructuur en leidt tot lagere verliezen bij het transport van elektriciteit; de eerstgenoemde doelstelling kadert in de inspanningen die de Europese Gemeenschap op het vlak van de bevordering van groene stroom doet om te kunnen voldoen aan de verplichtingen opgenomen in het Kyoto-verdrag; wat de specifieke kenmerken van de elektriciteitsmarkt betreft, heeft het Hof overwogen dat er ook na de inwerkingtreding van de

elektriciteitsrichtlijn nog belemmeringen zullen bestaan en dat, wegens de kenmerken van elektriciteit, het na de opname in het transmissie- of distributienet nog moeilijk is om de oorsprong ervan te achterhalen; het arrest PREUSSENELEKTRA laat toe dat de leveranciers van elektriciteit verplicht worden om groene stroom, geproduceerd in hun distributiegebied, aan te kopen, die maatregel gaat verder dan de onderhavige en toch heeft het Hof daar geen beperking van de vrije markt in gezien;

Overwegende dat de verwerende partij op het tweede onderdeel van het middel antwoordt wat volgt: het bestreden besluit strekt ertoe lokaal geproduceerde stroom die rechtstreeks wordt geïnjecteerd op het distributienet kosteloos te laten verspreiden binnen dat distributienet; het is er niet op gericht de afzet van Vlaamse groene elektriciteit te bevoordeligen, want elke in Vlaanderen opgewekte groene stroom die op het transmissienet wordt geïnjecteerd wordt niet kosteloos vervoerd, ook niet wanneer hij daarna over een distributienet wordt verspreid; in die zin is het bestreden besluit niet in strijd met het algemeen beginsel van de economische en monetaire unie en inzonderheid met het vrije verkeer van goederen tussen de gewesten, maar kadert het in de “internationale en supranationale verplichtingen” die de Vlaamse overheid heeft aangegaan op het vlak van de reductie van de emissie van broeikasgassen; bovendien past het bestreden besluit in de exclusieve bevoegdheid van het Vlaams Gewest om -wat het energiebeleid betreft- een beleid tot stand te brengen op het vlak van de nieuwe energiebronnen en -wat het leefmilieu betreft- de luchtverontreiniging tegen te gaan; het Arbitragehof heeft in zijn arrest nr. 32/91 van 14 november 1991 aangenomen dat een heffing op het ophalen van afval in Vlaanderen om het naar een ander gewest over te brengen kadert in de bedoeling om een coherent afvalbeleid te kunnen voeren en dat zulks niet strijdig is met de voorwaarden van het vrij verkeer van goederen, waarop de Unie steunt;

4.3. Overwegende dat het middel specifiek gericht is tegen artikel 2 van het bestreden besluit, waarbij artikel 14 van het besluit van 28 september 2001 wordt vervangen;

4.4.1. Overwegende dat elektriciteit een goed is in de zin van Deel III, titel I van het EG-verdrag, waarin een regeling is opgenomen over het vrij verkeer van goederen binnen de Europese Unie; dat artikel 28 van het EG-verdrag kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen met dezelfde werking tussen lidstaten verbiedt, maar dat artikel 30 dat verbod nuanceert voor het geval de beperking gerechtvaardigd is “uit hoofde van bescherming van de openbare

zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten (...)”, zonder dat deze beperking “een middel tot willekeurige discriminatie (mag zijn) noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten”;

Overwegende dat het beperken van de kosteloosheid van de distributie van elektriciteit tot de groene elektriciteit die geproduceerd is in het Vlaams Gewest, de leveranciers die hun groene stroom betrekken uit een andere lidstaat dan België en die dus in Vlaanderen distributiekosten moeten betalen aan de netbeheerder, in een nadeliger positie plaatst dan de leveranciers die zich in Vlaamse productie-eenheden bevoorraden; dat in die zin de bestreden maatregel dezelfde werking lijkt te hebben als een kwantitatieve beperking van de invoer; dat dan de vraag rijst of de bestreden maatregel ingepast kan worden in artikel 30 van het EG-verdrag;

4.4.2. Overwegende dat het Hof van Justitie in zijn arrest nr C-379/98 van 13 maart 2001, gewezen met betrekking tot de Duitse regeling waarbij de verdelers van elektriciteit verplicht werden de elektriciteit af te nemen die in hun distributiegebied uit hernieuwbare bronnen wordt geproduceerd en deze te betalen overeenkomstig een reglementair ingestelde regeling, gesteld heeft wat volgt :

“72. Bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een dergelijke afnameverplichting met artikel 30 van het Verdrag, moet evenwel rekening gehouden worden met enerzijds het doel van de betrokken regeling, en anderzijds de bijzonderheden van de elektriciteitsmarkt.

73. In dit verband zij erop gewezen, dat het gebruik van hernieuwbare energiebronnen voor de elektriciteitsproductie, die door een regeling als de gewijzigde Stromeinspeisungsgezet wordt aangemoedigd, de milieubescherming ten goede komt, omdat aldus wordt bijgedragen tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, die één van de belangrijkste oorzaken van klimaatverandering is, en waartegen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten besloten hebben maatregelen te nemen.

74. De ontwikkeling van dit gebruik maakt immers deel uit van de hoofddoelstellingen van de Gemeenschap en haar lidstaten bij de uitvoering van de verbintenissen die zij zijn aangegaan in het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit nr. 84/69/EG van de Raad van 15 december 1993 (...) en in het Protocol van de Derde conferentie van de partijen bij dit verdrag, opgesteld te Kyoto op 11 december 1997, ondertekend door de Europese Gemeenschap en haar lidstaten op 29 april 1988 (...).

75. Opgemerkt moet worden, dat dit beleid ook de bescherming van de gezondheid en van het leven van personen en dieren beoogt, evenals het behoud van de plantensoorten.

76. Bovendien blijkt uit artikel 130 R, lid 2, eerste alinea, derde zin, EG-verdrag (thans, na wijziging, artikel 174, lid 2, eerste alinea, EG), dat de eisen ter zake van milieubescherming in het bepalen en uitvoeren van gemeenschaps-

beleid op andere gebieden moet worden geïntegreerd. Het Verdrag van Amsterdam heeft deze bepaling in een licht gewijzigde vorm opgenomen in artikel 6 EG, in het eerste deel, De Beginselen.

77. Daarenboven volgt uit de achtentwintigste overweging van de considerans van richtlijn nr. 96/92, dat krachtens de artikelen 8, lid 3, en 11, lid 3, ervan, de lidstaten uit milieubeschermingsoverwegingen voorrang mogen geven aan de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen.

78. Van belang is ook, dat deze richtlijn blijkens de negenendertigste overweging van de considerans ervan, slechts een nieuwe fase van de liberalisatie van de elektriciteitsmarkt vormt, en dat er na haar inwerkingtreding toch nog bepaalde belemmeringen met betrekking tot de handel in elektriciteit tussen de lidstaten zullen blijven bestaan.

79. Bovendien moet worden vastgesteld, dat het, wegens de kenmerken van elektriciteit, zodra zij in het transmissie- of distributienetwerk is opgenomen, moeilijk is om de oorsprong ervan en met name de energiebron waaruit zij is geproduceerd, vast te stellen.

80. In haar op 31 mei 2000 ingediende voorstel voor een richtlijn (2000/C 311 E/22) van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bevordering van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt (PB 2000, C 311 E, blz. 320) achtte de Commissie in dit verband de invoering in elke lidstaat van een systeem voor certificatie van de oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, waarbij de certificaten wederzijds kunnen worden erkend, noodzakelijk om de handel in dit soort elektriciteit in de praktijk mogelijk en betrouwbaar te maken.

81. Gelet op een en ander, moet op de derde prejudiciële vraag worden geantwoord, dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht inzake de elektriciteitsmarkt een regeling als het gewijzigde Stromeinspeisungsgesetz niet onverenigbaar is met artikel 30 van het Verdrag.”

4.4.3. Overwegende dat, met die rechtspraak voor ogen, de Raad van State de verenigbaarheid van de bestreden regeling met de artikelen 28 en 30 van het EG-verdrag moet onderzoeken met inachtneming van enerzijds het doel van de regeling en anderzijds de bijzondere situatie van de elektriciteitsmarkt, zoals hij op dit ogenblik in de Gemeenschap bestaat;

4.4.3.1. Overwegende dat uit de uiteenzetting van de verzoekende partij niet opgemaakt kan worden dat de situatie op de elektriciteitsmarkt, zoals uiteengezet in de hierboven geciteerde paragrafen 77 tot 80 van het arrest nr. C 379/98, zou gewijzigd zijn;

4.4.3.2. Overwegende dat, in acht genomen de stukken waarop de Raad van State in het kader van de onderhavige kort gedingprocedure acht kan slaan, het bestreden besluit beantwoordt aan de bekommernis om in Vlaanderen “de decentrale, lokale productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, geïnjecteerd op het distributienet, te bevorderen”; dat die doelstelling verwoord is in de nota van 3 april 2003 van de Vlaams minister van Energie aan de Vlaamse regering, dat zij ook

opgenomen is in de preambule van het bestreden besluit en dat zij ook blijkt uit de brief die de VREG op 21 januari 2003 aan verzoekster heeft gestuurd met daarin de volgende verantwoording :

“ (...).

Eerst en vooral leidt de kosteloze distributie van stroom uit hernieuwbare energiebronnen in de praktijk vooral tot marktstrategieën die gebaseerd zijn op grootschalig import van goedkope, buitenlandse stroom uit hernieuwbare energiebronnen. Deze wordt opgewekt in installaties die zonder productiesteun reeds rendabel zijn. Daardoor dreigt deze import de handel in kleinschalige, plaatselijk opgewekte stroom uit hernieuwbare energiebronnen te versmachten.

Op het vlak van het beheer van het distributienet krijgen we bovendien het volgende perverse effect. De leverancier van stroom uit hernieuwbare energiebronnen zal in de eerste plaats zoeken naar afnemers met een hoge distributiekost omdat hij daar het meeste voordeel kan uit halen. In de praktijk is er immers nergens een verplichting opgelegd voor de leverancier (die in de eerste instantie de factuur voor het netgebruik van de distributienetbeheerder krijgt) om dit voordeel aan de eindafnemer door te rekenen. Daardoor zal de netbeheerder met de hoogste netkosten een groot aantal eindafnemers van stroom uit hernieuwbare energiebronnen tellen, en dus zijn kost over een kleiner aantal eindafnemers kunnen uitsmeren. Het nettatarief van de betrokken netbeheerder zal dus nog verder oplopen. Tenslotte verwijzen wij ook naar de memorie van toelichting bij het Elektriciteitsdecreet, waarin expliciet werd gesteld dat de bedoeling van dit principe was de aankoopprijs van een kWh stroom uit hernieuwbare energiebronnen te drukken en deze concurrentieel te maken met andere stroom. Gezien de afwezigheid van een verplichting voor de leverancier om dit voordeel aan de eindafnemer door te rekenen, wordt in tegenstelling tot de bedoeling van het artikel, geen concurrentieel voordeel bereikt voor stroom uit hernieuwbare energiebronnen en dus evenmin een stimulans aan de vraagzijde. (...);

Overwegende dat verzoekster die uiteenzetting niet tegenspreekt;

4.4.3.3. Overwegende dat de wet van 26 september 2001 het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering in de Belgische rechtsorde geïntegreerd heeft; dat België daarmee verbintenissen heeft aangegaan op het vlak van het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen;

4.4.3.4. Overwegende dat, met die gegevens voor ogen, in de huidige stand van de rechtspleging aangenomen wordt dat, aangezien het Hof van Justitie aanvaardt dat het bevoordelen van de plaatselijke productie van groene elektriciteit de milieubescherming ten goede komt omdat daarmee “wordt bijgedragen tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen”, die verantwoording toelaat de bestreden regeling te bestempelen als een door artikel 30 van het Verdrag toegelaten afwijking op het verbod van artikel 28 van het EG-verdrag; dat het eerste onderdeel van het middel niet ernstig is;

4.5. Overwegende dat, in de huidige stand van de rechtspleging, diezelfde vaststelling niet wordt gemaakt ten aanzien van het vrije goederenverkeer binnen België; dat gewis, de Vlaamse overheid bij decreet van 22 februari 2002 ingestemd heeft met het Protocol bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en zijn bijlagen A en B; dat evenwel, aangezien die verbintenis ingebed is in de verbintenis die de Belgische Staat -die als verdragsluitende partij op het internationaal rechtelijk vlak als enige verbonden is- door zijn goedkeuring van het Protocol heeft aangegaan en aangezien er, binnen België, tussen de gewesten nog geen bindende regeling blijkt te bestaan over het aandeel in het Belgisch quotum dat elk Gewest voor zijn rekening zal nemen, de Vlaamse overheid zich tegenover de andere gewesten niet kan beroepen op eigen verplichtingen om elektrische stroom, geproduceerd in het Waalse of het Brusselse Gewest, uit te sluiten van kosteloze distributie in Vlaanderen; dat de verwijzing naar de Vlaamse bevoegdheid inzake het energiebeleid en inzake het leefmilieu de bestreden maatregel niet kan rechtvaardigen, aangezien de gewesten bij de uitoefening van hun bevoegdheden zich steeds moeten houden aan de dwingende regels die verband houden met de economische en monetaire unie waarin de gewesten zich bevinden; dat het tweede onderdeel van het middel ernstig is;

5.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij uiteenzet dat de vrije keuze van een elektriciteitsleverancier in Vlaanderen mogelijk is sinds 1 juli 2003, dat die vrijmaking van de markt voor nieuwkomers als zij een unieke kans vormt om de concurrentiestrijd aan te gaan met de “historische marktspeler”, die meer dan 90% van de productie en de levering van elektriciteit in handen heeft en dat zij met het oog op die concurrentiestrijd een ondernemingsplan heeft ontwikkeld dat rekening hield met de kosteloze distributie van groene stroom waarin de toenmalige reglementering voorzag en een publiciteitscampagne opgestart heeft waarin het groen imago centraal stond; dat zij betoogt dat die publiciteitscampagne reeds effect heeft gesorteerd, maar dat koerswijziging die de Vlaamse regering met het bestreden besluit -dat getroffen wordt op het ogenblik dat de energiemarkt zich in een cruciale fase bevindt en dat de nieuwe marktspelers zich behoorlijk vertrouwd hebben gemaakt met het systeem van de kosteloze distributie van elektriciteit- neemt, haar strategie om op de markt een plaats te verwerven in het gedrang brengt, aangezien zij geen aanspraak meer kan maken op de kosteloze distributie van groene stroom die zij voornamelijk uit Nederland invoert, waardoor haar product te duur wordt in vergelijking met de groene stroom die in Vlaanderen geproduceerd is; dat volgens haar dat nadeel ernstig is omdat, nu zij niet

meer concurrentieel groene stroom kan blijven aanbieden, het groen imago waarmee zij zich bij de klant aanbiedt en waardoor zij zich onderscheidt van de andere marktspelers, ernstig geschaad wordt en haar concurrentiepositie verloren gaat, aangezien de markt in Vlaanderen bezet wordt door één concurrent die bovendien het overgrote deel van de groene stroom produceert, terwijl precies de kosteloze distributie haar toeliet concurrentieel groene elektriciteit op de Vlaamse markt aan te bieden en die elektriciteit te betrekken uit Nederland; dat zij dat nadeel moeilijk te herstellen acht doordat het verlies van haar concurrentiepositie meer dan alleen maar financiële gevolgen heeft en doordat zij het nadeel moet ondergaan op het ogenblik dat de vrijmaking van de markt zich in een cruciale fase bevindt -vanaf 1 juli 2003 kunnen alle eindverbruikers hun leverancier kiezen- en zich dus voor haar een enige gelegenheid aandient om klanten te werven en een rol te gaan spelen op een markt die gemonopoliseerd is door één concurrent wiens structurele positie door het bestreden besluit nog wordt versterkt; dat zij besluit dat een schorsing van het bestreden reglement geen leemte in de regelgeving doet ontstaan aangezien in dat geval het besluit van de Vlaamse regering van 28 september 2001 herleeft en dat het bestreden besluit geen enkel voordeel oplevert voor de Vlaamse elektriciteitsmarkt maar enkel nadelen aangezien het alleen maar de positie van één leverancier versterkt;

5.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar nota met opmerkingen betoogt wat volgt: de verzoekende partij heeft een marktstrategie ontwikkeld op basis van een verkeerde lezing van het elektriciteitsdecreet; immers de Vlaamse regering heeft, naar blijkt uit het elektriciteitsdecreet, de kosteloze distributie van groene stroom geplaatst in het kader van de promotie van groene stroom die geïnjecteerd wordt in het distributienet en niet in het kader van het concurrentieel maken van groene stroom ten overstaan van grijze stroom; in die zin dient het nadeel zelfs gezien te worden als een gevolg van dat elektriciteitsdecreet en niet van de hier bestreden regeling; voorts heeft verzoekster geen eigen productie-eenheid voor groene stroom in het Vlaams Gewest opgestart hoewel zij goed wist dat zij diende te concurreren met een belangrijke verdeler en de Vlaamse regering ervan uitging dat de lokale productie van groene stroom bevorderd moest worden; zij toont niet aan dat zij een groen imago bezit en zeker niet dat zij groener zou zijn dan de leveranciers, die wel productie-eenheden oprichten in het Vlaams Gewest; het nadeel vloeit voort uit de positie waarin de verzoekende partij zichzelf geplaatst heeft bij de vrijmaking van de markt; het nadeel is ook niet moeilijk te herstellen, want verzoekster kan zelf productie-installaties in Vlaanderen oprichten -wat haar naambekendheid aanzienlijk kan doen toenemen-, zij kan ook groene stroom

aankopen bij bestaande producenten en in ieder geval is het niet juist dat verzoekster enkel vóór 1 juli 2003 nieuwe klanten zou kunnen aantrekken;

5.3. Overwegende, vooraf, dat verzoekster het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat zij ondergaat volledig toespitst op de beperkingen die zij ondergaat door de afschaffing van de volledige kosteloosheid van distributie van groene stroom in artikel 2 van het bestreden besluit; dat verzoekster niet duidelijk maakt hoe die uiteenzetting getransponeerd kan worden naar de tenuitvoerlegging van artikel 1 van het bestreden besluit waarbij artikel 13 van het besluit van 28 september 2001 wordt opgeheven en waardoor het -zoals de Mina-raad in zijn advies heeft aangeduid- mogelijk wordt gemaakt dat leveranciers de benaming ‘groene stroom’ gebruiken zonder dat daarvoor groenestroomcertificaten ingeleverd moeten worden; dat, bij gebrek aan uiteenzetting betreffende het nadeel dat artikel 1 van het bestreden besluit aan verzoekster berokkent, de Raad van State geen onderzoek wijdt aan het middel -het eerste onderdeel van het vijfde middel- waarin de onwettigheid van die bepaling wordt aangevoerd;

5.4. Overwegende dat de verzoekende partij verwijst naar de strategie die zij in 2002 met inachtneming van de toenmalige reglementering ontwikkeld heeft om een plaats te krijgen op de Vlaamse elektriciteitsmarkt, naar de promotie-campagne die zij in dat kader heeft opgezet -wat de verwerende partij niet betwist- en naar de naambekendheid die zij aldus heeft verworven als leverancier van groene stroom om dan vast te stellen dat die strategie door het bestreden besluit onderuit gehaald wordt hetgeen haar concurrentiepositie in het gedrang brengt en zulks precies op het ogenblik dat de markt voor de levering van elektriciteit in Vlaanderen vrijkomt;

Overwegende dat niet betwist kan worden dat, door de vrijmaking van de elektriciteitsmarkt, verzoekster nu de mogelijkheid heeft om een deel van de gebruikersmarkt te verwerven; dat aan verzoekster niet kan verweten worden dat zij, met verwijzing naar artikel 15 van het elektriciteitsdecreet en artikel 14 van het besluit van 28 september 2001, een strategie ontwikkeld heeft die gebaseerd was op de kosteloosheid van de distributie van groene stroom; dat met het bestreden besluit, de verwerende partij die strategie volledig overhoop haalt en zulks precies in de periode waarin de markt -vanaf 1 juli 2003- opengesteld wordt voor de private eindgebruikers, het cliënteel waarop verzoekster aast; dat zulks voor verzoekster een moeilijk te herstellen ernstig nadeel vormt; dat een schorsing verzoekster opnieuw

in de mogelijkheid stelt zich overeenkomstig haar originele planning aan de Vlaamse verbruiker aan te bieden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van het besluit van 4 april 2003 van de Vlaamse regering tot wijziging van het besluit van 28 september 2003 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten wordt uitgesteld.

Artikel 3.

Dit arrest zal bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het geschorste besluit.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
twaalf januari 2000 en vier, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN,	staatsraad,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	V. WAUTERS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

V. WAUTERS.

J. DE BRABANDERE.