

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 138.837 van 23 december 2004
in de zaak A. 150.409/IX-4480.**

In zake : de NV WATTPLUS,
die woonplaats kiest bij
advocaten G. BLOCK, D. HAVERBEKE en G. WALRAVENS,
kantoor houdende te SINT-STEVENSWOLUWE,
Woluwedael 20

tegen :

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

DE RAAD VAN STATE, IXe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV WATTPLUS op 5 april 2004
heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit
van 5 maart 2004 van de Vlaamse Regering inzake de bevordering van elektriciteits-
opwekking 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 eerste auditeur
E. HAESBROUCK;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 30 augustus 2004 waarbij de terecht-
zitting bepaald wordt op 20 september 2004;

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. Zij betreft haar groene stroom “voornamelijk uit Nederland”.

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. Met een besluit van 28 september 2001 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen heeft de Vlaamse regering de artikelen 12, 15, 24 en 25 van het elektriciteitsdecreet nader uitgewerkt. Artikel 13 tot 15 van dat besluit heeft betrekking op de “verkoop van groene stroom”; de artikelen 14 en 15 betreffen “de distributie van groene stroom”.

Bij besluit van 4 april 2003 wijzigt de Vlaamse regering de regeling inzake de verkoop van groene stroom. Aldus wordt, onder meer, “de kosteloze distributie bedoeld in artikel 15, eerste lid, van (het elektriciteitsdecreet) beperkt tot de injectie van elektriciteit opgewekt door de productie-installaties aangesloten op de distributienetten gelegen in het Vlaamse Gewest” (artikel 2).

Bij arrest nr. 127.031 van 12 januari 2004 schorst de Raad van State artikel 2 van het besluit van 4 april 2003.

1.4. Met een besluit van 5 maart 2004 heft de Vlaamse regering haar besluit van 28 september 2001, zoals gewijzigd door het besluit van 4 april 2003, op en stelt zij een nieuwe regeling in voor de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen.

Dit besluit vormt het voorwerp van de onderhavige vordering tot schorsing. Verzoekster voert evenwel enkel middelen aan tegen de artikelen 15 en 18, waarvan de strekking de volgende is :

- Op het vlak van de voorlegging en de aanvaarding van groenestroomcertificaten, neemt het nieuwe artikel 15, § 1, het artikel 8, § 1, van het besluit van 28 september 2001 grosso modo over. Die bepaling luidt nu als volgt :

“Voor het voldoen aan de certificatenverplichting aanvaardt de VREG enkel de groenestroomcertificaten die worden toegekend voor elektriciteit, opgewekt in het Vlaamse Gewest of in gebieden zoals bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt [met name de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal recht] door middel van: 1° (...).”

- Het nieuwe artikel 15, § 2, luidt als volgt :

“De groenestroomcertificaten die naar het buitenland werden uitgevoerd, worden niet aanvaard voor het voldoen aan de certificatenverplichting.”

- De regeling betreffende de distributie van groene stroom -uitvoering van artikel 15 van het elektriciteitsdecreet- is nu opgenomen in artikel 18 van het besluit van 5 maart 2004, behorend tot “hoofdstuk III - De gratis distributie van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen”. De §§ 1 en 2 van dat artikel luiden als volgt :

“§ 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 elektriciteit die geleverd wordt aan eindafnemers aangesloten op een distributienet gelegen in het Vlaamse Gewest en die opgewekt is uit een hernieuwbare energiebron, bedoeld in artikel 15, in een productie-installatie die haar elektriciteit rechtstreeks injecteert in een in België gelegen distributienet.

§ 2. Een leverancier van elektriciteit, zoals bedoeld in § 1, rekent voor de distributie ervan, bedoeld in artikel 15, eerste lid, van het Elektriciteitsdecreet, geen kosten door aan de eindafnemer van deze elektriciteit op dienst eindafrekening.”

2.1. Overwegende, wat het belang betreft, dat verzoekster betoogt dat zij als titularis van een leveringsvergunning voor elektriciteit die zich toelegt op de distributie van groene stroom die grotendeels geïmporteerd wordt uit Nederland, in haar belangen getroffen wordt door (1) het feit dat de kosteloze distributie beperkt wordt tot de groene stroom, opgewekt in installaties die aangesloten zijn op distributienetten die in België gelegen zijn -terwijl de door haar geleverde stroom niet rechtstreeks geïnjecteerd wordt in dergelijk distributienet- en (2) het feit dat van de stroomleveranciers geen groene stroomcertificaten worden aanvaard die betrekking hebben op elektriciteit die niet opgewekt is in het Vlaams Gewest.

2.2. Overwegende dat de verwerende partij vooreerst aanvoert dat de grieven van verzoekster enkel gericht zijn tegen de artikelen 15 en 18 van het bestreden besluit zodat haar belang beperkt is tot de schorsing van die bepalingen; dat zij vervolgens betoogt dat verzoekster haar belang blijkbaar ziet in het feit dat de kosteloze distributie ertoe strekt de verkoop van groene stroom in een concurrentiële positie te brengen met de klassieke grijze stroom, maar dat zij zich daarmee buiten de doelstelling van het bestreden besluit plaatst, aangezien het elektriciteitsdecreet met de kosteloze distributie van groene stroom niet beoogt de distributeurs van groene stroom te bevoordelen, maar wel de lokale -kleinschalige- productie van

rechtstreeks in het distributienet gepompte stroom uit hernieuwbare grondstoffen aan te moedigen, terwijl verzoekster over geen productie-installaties blijkt te beschikken, zij ook geen stroom aankoopt bij dergelijke producenten maar integendeel groene stroom in Vlaanderen invoert langs het transmissienet; dat zij om die reden besluit dat verzoekster geen belang heeft bij het bestrijden van bepalingen die haar situatie niet beogen, die haar activiteit niet belemmeren en die haar ook niet achteruitstelt ten overstaan van de andere leveranciers op de Vlaamse elektriciteitsmarkt;

2.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij ter terechtzitting niet betwist heeft dat zij in feite enkel de schorsing wenst van de artikelen 15 en 18 van het bestreden besluit; dat ook niet blijkt dat die bepalingen een onafsplitsbaar geheel vormen met de overige bepalingen van het besluit; dat het voorwerp van de vordering dienvolgens beperkt wordt tot de artikelen 15 en 18 van het besluit van 5 maart 2004;

2.3.2. Overwegende dat, zoals ook reeds in het arrest nr. 127.031 van 12 januari 2004 gesteld, artikel 15 van het elektriciteitsdecreet voorziet in de kosteloosheid van de taken die noodzakelijk zijn voor de distributie van groene stroom; dat artikel 18, § 1, van het bestreden besluit dat voordeel beperkt; dat de schorsing van die bepaling verzoekster opnieuw onder het algemeen regime van artikel 15, eerste lid, van het elektriciteitsdecreet brengt, op grond waarvan zij de kosteloosheid van de distributie van de door haar geleverde stroom geniet;

Overwegende dat artikel 15, § 1, van het bestreden besluit bepaalt met welke groenestroomcertificaten de leveranciers van elektriciteit kunnen bewijzen dat zij voldoen aan de door artikel 23 van het elektriciteitsdecreet opgelegde verplichting; dat overeenkomstig die bepaling verzoekster, aangezien zij stroom invoert die opgewekt is in Nederland, dienaangaande geen certificaten mag aanbieden; dat zij belang heeft bij de vernietiging van die bepaling;

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. Overwegende dat verzoekster in het eerste middel de schending aanvoert, door de artikelen 15 en 18 van het bestreden besluit, van het beginsel van het vrij verkeer van goederen doordat, eerste onderdeel, artikel 6, § 1, VI van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (hierna: BWHI) de bevoegdheden van de Gewesten begrenst door het instellen van een economische en monetaire unie waarin vrij verkeer van goederen bestaat en doordat, tweede onderdeel, artikel 28 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG-verdrag) in het kader van het vrij verkeer van goederen tussen de lidstaten, kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking verbiedt;

4.1. Overwegende dat verzoekster het eerste onderdeel van het middel als volgt toelicht: de BWHI verplicht de Gewesten ertoe in economische aangelegenheden hun bevoegdheden uit te oefenen met inachtneming van de beginselen van het vrij verkeer van personen, goederen en diensten; artikel 18 beperkt de kosteloze distributie van groene stroom tot de stroom opgewekt in een installatie die haar elektriciteit “rechtstreeks injecteert in een (...) distributienet” maar zij sluit daarmee de kosteloze distributie uit van groene elektriciteit die -vanuit installaties buiten het Vlaams Gewest- rechtstreeks op het transmissienet wordt geïnjecteerd; het betreft de elektriciteit geproduceerd door grote installaties buiten het Vlaams Gewest -zoals de waterkrachtcentrales langs de Maas of de biomassa-installatie van Burgo Ardenne of de installaties in de Noordzee- maar ook de elektriciteit geproduceerd door kleine installaties buiten Vlaanderen die aangesloten zijn op het distributienet maar die, omdat zij technisch niet in staat zijn om hun stroom naar klanten in een ander gewest te brengen, feitelijk uitgesloten zijn van leveringen aan klanten in Vlaanderen; zulks betekent dat de bestreden bepaling nog altijd tot gevolg heeft -nu wel op een subtielere wijze geformuleerd- dat het vrij verkeer van goederen tussen de Gewesten gehinderd wordt; artikel 15 van het bestreden besluit laat niet toe dat leveranciers van elektriciteit de nakoming van hun decretale verplichtingen bewijzen met groenestroomcertificaten toegekend voor elektriciteit opgewekt buiten het Vlaamse Gewest of de zeegebieden waarover België een bevoegdheid heeft; de groenestroomcertificaten die verzoekster in andere Gewesten aankoopt om aan haar verplichtingen te voldoen worden niet aanvaard en dat betekent een belemmering van het handelsverkeer in groenestroomcertificaten;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij het eerste onderdeel van het middel als volgt beantwoordt: artikel 18 vormt geen hinderpaal voor het vrij

verkeer van goederen binnen België, aangezien die bepaling, ten aanzien van de productie en de verkoop van groene stroom, geen onderscheid maakt “volgens het gewest waarin de groene stroom wordt geproduceerd”: er is geen kosteloze distributie voor stroom die -waar dan ook- rechtstreeks op het transmissienet geïnjecteerd wordt; er is wel kosteloze distributie voor stroom geproduceerd buiten het Vlaams Gewest wanneer hij daar geïnjecteerd wordt op het distributienet en er zijn wel degelijk Waalse elektriciteitsproducenten die aldus stroom in Vlaanderen kunnen leveren; ook artikel 15 vormt geen handelsbelemmering aangezien de aankoop van groene stroom uit andere gewesten niet verhinderd wordt, maar de leverancier er enkel door verplicht wordt om ieder jaar een bepaald minimum groene stroom aan te kopen in het Vlaams Gewest;

4.3.1. Overwegende dat artikel 18 van het bestreden besluit nog altijd de kosteloze distributie van groene stroom beperkt, nu niet meer tot de elektriciteit opgewekt in een installatie die aangesloten is op een distributienet gelegen in het Vlaams Gewest, maar wel tot de elektriciteit opgewekt in een productie-installatie die haar elektriciteit rechtstreeks injecteert in een in België gelegen distributienet; dat uit de door de verwerende partij overgelegde bewijsgegevens niet opgemaakt kan worden dat, in de nieuwe regeling, producenten uit het Waalse en het Brusselse Gewest die stroom injecteren op het distributienet binnen hun Gewest het voordeel van de nieuwe regeling kunnen genieten, aangezien zij geen tegenbewijs levert van het door verzoekster uiteengezette standpunt dat er feitelijke belemmeringen bestaan om stroom die in Wallonië of Brussel op het distributienet geplaatst is uiteindelijk langs het Vlaams distributienet bij de eindgebruiker te brengen; dat met andere woorden, verzoekster terecht stelt dat de nieuwe regeling in feite geen verandering brengt in de situatie die door de Raad van State strijdig bevonden is met de bijzonder wet tot hervorming der instellingen; dat voorts de partijen ook geen bijkomende gegevens voorleggen die de Raad van State er zouden toe nopen het in het arrest nr. 127.031 van 12 januari 2004 uiteengezette standpunt aangaande de invloed van het engagement dat het Vlaams Gewest heeft aangegaan inzake de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, te heroverwegen; dat, om de redenen uiteengezet in de overwegingen 4.5. van het arrest nr. 127.031, het eerste onderdeel van het middel om die reden ernstig wordt bevonden;

4.3.2. Overwegende dat, binnen hetzelfde reglementair kader, de verplichting die door artikel 15, § 1, van het bestreden besluit aan de leveranciers van elektriciteit wordt opgelegd om het voldoen aan hun decretale verplichtingen te

bewijzen met certificaten toegekend voor elektriciteit opgewekt in het Vlaams Gewest of in het zeegebied waarover België jurisdictie heeft, op dezelfde wijze het artikel 6, § 1, VI, BWHI miskent in de mate dat de certificaten voor stroom opgewekt in het Brusselse of het Waalse Gewest door de Vlaamse overheid worden geweigerd; dat in de huidige stand van het geding het eerste onderdeel van het middel ook te dien aanzien ernstig is;

5.1. Overwegende, wat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, dat verzoekster, in het verlengde van haar vordering tot schorsing van het besluit van 4 april 2003, ook nu erop wijst dat zij zich in de geliberaliseerde elektriciteitsmarkt profileert als leverancier van groene stroom, dat zij een ondernemingsplan ontwikkeld had dat rekening houdt met de kosteloze distributie van de groene stroom en dat zij van daaruit publiciteit gevoerd heeft terwijl zij nu, doordat zij elektriciteit invoert uit Nederland, van die kosteloze distributie uitgesloten wordt, hetgeen haar strategie opnieuw doorkruist en het behoud van haar klantenbestand -milieubewuste gebruikers- in het gedrang brengt; dat zij het ernstig karakter van het nadeel ziet, vooreerst in het feit dat haar groene naam bekendheid teloorgaat -zij kan niet meer op concurrentiële wijze groene stroom aanbieden en moest noodgedwongen in de periode dat het besluit van 4 april 2003 van kracht was reeds grijze stroom aanbieden, zij heeft na het arrest van 12 januari 2004 nieuwe campagnes opgestart om haar groen imago weer in de schijnwerpers te plaatsen, maar het bestreden besluit ontnemt haar opnieuw de mogelijkheid om zich op de markt te profileren- en vervolgens in het teloorgaan van haar concurrentiepositie -bij gebrek aan afdoende productie van groene stroom in Vlaanderen en de monopoliepositie van één marktspeler voert zij stroom in uit Nederland en dat kan zij slechts concurrentieel doen op voorwaarde dat de kosteloze distributie blijft bestaan; zo haar klantenbestand in februari en maart 2004 gevoelig vermeerderd is, dan vreest zij voor de volgende maanden het ergste; het nadeel is ook moeilijk te herstellen, aangezien zij nu ten tweede male geconfronteerd wordt met de problematiek, zulks op het ogenblik dat de vrijmaking van de markt zich aan het voltrekken is, terwijl het zware investeringen -niet alleen financieel- zal vergen om het imago dat zij voor het besluit van 4 april 2003 had opgebouwd, weer te herstellen, aangezien de klanten die zij in 2003 geworven heeft, op 1 juli 2004 hun contract moeten hernieuwen en het zeer de vraag is of die vernieuwing zal gebeuren en aangezien een vernietiging het nadeel niet zal goedmaken omdat de plaats op de markt, die zij heeft veroverd door de systeem dat de Vlaamse regering zelf had ingesteld, dan verloren zal zijn ten voordele van de marktspeler die nog altijd de markt beheerst;

5.2. Overwegende dat de verwerende partij op haar beurt het standpunt herhaalt dat zij in de vroegere schorsingszaak had ingenomen; dat zij bijkomend wel aandacht vraagt voor het feit dat verzoekster niet de eerste was om groene stroom te promoten, dat de groene stroom overigens voor haar in de beginne geen prioriteit was en dat de overige marktspelers die de groene elektriciteit promoten er blijkbaar wel in geslaagd zijn een marktstrategie te ontwikkelen die niet integraal steunt op de kosteloze bedeling van groene stroom, dat verzoekster in redelijkheid kon verwachten dat de regering, na de schorsing van het besluit van 4 april 2003, de regelgeving aan het arrest, waarin niet is gesteld dat de ingevoerde stroom kosteloos moest gedistribueerd worden, zou aanpassen, dat zij altijd zeer optimistische verwachtingen heeft gekoesterd waar het commercieel succes niet heeft aan beantwoord en dat zij zich, ondanks het nadeel dat zij aanvoerde in de vorige schorsingszaak, toch heeft weten te handhaven op de Vlaamse elektriciteitsmarkt;

5.3. Overwegende dat uit de uiteenzetting van de partijen opgemaakt kan worden dat de huidige situatie van verzoekster niet noemenswaardig verschilt van de situatie waarover in het arrest nr. 127.031 uitspraak gedaan is en waarin het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel aangenomen is; dat de beoordeling gemaakt in dat arrest voor de onderhavige zaak wordt overgenomen; dat, bijkomend, verzoekster er terecht op wijst dat, aangezien de decreetgever met artikel 15 van het elektriciteitsdecreet het principe had gevestigd van de kosteloosheid van de distributie van groene stroom in het algemeen, haar niet kan verweten worden dat zij met de invoer van groene elektriciteit uit Nederland een eigen strategie heeft uitgedacht die haar een plaats op de Vlaamse markt kon bezorgen, terwijl het nu de tweede keer is dat zij haar inspanningen ziet teloorgaan; dat de omstandigheid dat andere leveranciers van groene elektriciteit wegens een betere marktstrategie mogelijk minder hinder ondervinden van de bestreden maatregel niet belet dat verzoekster de mogelijkheid moet hebben om aannemelijk te maken dat zij wel een moeilijk te herstellen ernstig nadeel lijdt; dat tenslotte de omstandigheid dat verzoekster zich ondanks het besluit van 4 april 2003 toch heeft weten te handhaven op de Vlaamse markt, op zich niet uitsluit dat om dezelfde reden, ook nu het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt aangenomen;

Overwegende dat het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt aangenomen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de artikelen 15 en 18 van het besluit van 5 maart 2004 van de Vlaamse Regering inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen.

Artikel 2.

De vordering wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

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

Artikel 4.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drieëntwintig december 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.