

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.374 van 13 november 2012

in de zaak A. 150.409/VII-38.174.

In zake : de NV WATTPLUS, thans de NV ESSENT BELGIUM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten David Haverbeke, Jens Debièvre en Wouter
 Vandorpe
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Havenlaan 86C, bus 113
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
 regering
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Sven Vernailen en Bart Goossens
 kantoor houdend te 2018 Antwerpen
 Mechelsesteenweg 27
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 april 2004, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 2004 inzake
de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 138.837 van 23 december 2004 is de vordering tot
schorsing van de tenuitvoerlegging van de artikelen 15 en 18 van het bestreden
besluit ingewilligd en is de vordering tot schorsing voor het overige verworpen.

Bij arrest nr. 204.108 van 19 mei 2010 zijn de debatten heropend en is het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat gelast met een aanvullend onderzoek.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 oktober 2011.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaten David Haverbeke en Wouter Vandorpe, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Sven Vernailen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. De gegevens van de zaak werden reeds samengevat in het arrest nr. 204.108 van 19 mei 2010.

IV. Onderzoek van de middelen

4. Het eerste onderdeel van het eerste middel werd ongegrond bevonden in het voormelde arrest van 19 mei 2010.

A. Eerste middel (tweede onderdeel)

Standpunt van de partijen

5. In het tweede onderdeel van het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 28 van het EG-verdrag, doordat de artikelen 15 en 18 van het bestreden besluit maatregelen bevatten die beschouwd moeten worden als kwantitatieve invoerbeperkingen of maatregelen van gelijke werking.

In het verzoekschrift wordt het middelonderdeel als volgt toegelicht :

"Overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zijn de regels inzake het vrije verkeer van goederen van toepassing op elektriciteit.

'Het staat in de communautaire rechtsorde, evenals overigens in de nationale rechtsorden, vast, dat elektriciteit een goed in de zin van artikel 30 van het Verdrag is. Zo wordt elektriciteit in het kader van de tariefnomenclatuur van de Gemeenschap als een goed aangemerkt (GN-code 27.16)' (H.v.J. 27 april 1994, nr. C-393/92, Jur. H.v.J. 1994, I, 1477).

Artikel 28 van het EG-Verdrag bepaalt dat kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de Lidstaten verboden zijn.

Sinds het Dassonville-arrest van het Hof van Justitie van de Europese

Gemeenschappen van 11 juli 1974 geldt als vaste rechtspraak van het Hof dat iedere maatregel 'die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen te beschouwen is' in de zin van artikel 28 van het EG-Verdrag (H.v.J. 11 juli 1974, nr. 8/74, Jur. H.v.J. 1974, 837). Blijkens het Dassonville-arrest bestaat het doel van artikel 28 van het EG-Verdrag erin om alle maatregelen van de Lidstaten af te schaffen die de invoer in het handelsverkeer tussen de Lidstaten belemmeren, ongeacht of die maatregelen rechtstreeks betrekking hebben op het verkeer van ingevoerde goederen dan wel tot gevolg hebben dat het in de handel brengen van goederen uit de Lidstaten onrechtstreeks wordt belemmerd. Voor zover het gaat om maatregelen die een verschillende behandeling van nationale en geïmporteerde producten instellen, is het zonder meer duidelijk, overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, dat zulke maatregelen de invoer belemmeren en hierdoor onverenigbaar zijn met het artikel 28 van het EG-Verdrag.

De in dit tweede onderdeel aangehaalde rechtsbepalingen zijn, zoals nu zal blijken, geschonden door zowel artikel 15 als artikel 18 van het bestreden besluit.

Overeenkomstig artikel 18 van het bestreden besluit ('... die haar elektriciteit rechtstreeks injecteert in een in België gelegen distributienet') wordt de kosteloze distributie op basis van de oorsprong van de groene stroom beperkt tot de injectie van elektriciteit opgewekt door de productie-installaties aangesloten op een gewestelijk Belgisch distributienet. Zo voert het bestreden besluit op uitdrukkelijke wijze een verschil in tussen, enerzijds, groene stroom geïnjecteerd in een Belgisch distributienet en, anderzijds, groene stroom ingevoerd uit een andere Lidstaat van de Europese Unie. Het bestreden besluit bevordert op deze wijze onrechtmatig de afzet van rechtstreeks op een gewestelijk distributienet geïnjecteerde groene stroom ten nadele van groene stroom die afkomstig is uit andere Lidstaten. Daardoor verstoort het bestreden besluit de mededinging en belemmert het bestreden besluit het handelsverkeer binnen de interne markt en zijn verwezenlijking. Zulke protectionistische of discriminerende maatregelen staan onbetwistbaar op gespannen voet met artikel 28 van het EG-Verdrag en de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Artikel 18 van het bestreden besluit is aldus een maatregel van gelijke werking aan een invoerbeperking verboden door artikel 28 van het EG-Verdrag. Op 1 april 2004 heeft de Europese Commissie de verwerende partij nogmaals ook in gebreke gesteld het systeem van kosteloze distributie, zoals gewijzigd door het bestreden besluit, in overeenstemming te brengen met de vereisten inzake vrij verkeer (...):

'Vrij verkeer van goederen: de Commissie treedt op tegen (...) België (...)

(...) België wordt verzocht (...) de discriminerende regeling van het Vlaamse Gewest aan te passen op grond waarvan distributiekosten in rekening worden gebracht voor 'groene' stroom die in andere lidstaten uit hernieuwbare bronnen is geproduceerd, terwijl dergelijke kosten niet worden gerekend voor in eigen land geproduceerde 'groene' stroom.

Het vrije verkeer van goederen is een van de basisbeginselen van de interne markt. Op grond van het EG-Verdrag (artikelen 28-30) en de jurisprudentie van het Hof van Justitie is het aan de lidstaten verboden de in- en of uitvoer naar en uit andere lidstaten te beperken, tenzij om objectieve redenen van algemeen belang (bijvoorbeeld om de volksgezondheid of de veiligheid te beschermen). Maar ook dan moeten de beperkingen in verhouding staan tot de doelstelling. Uit de regels van het EG-Verdrag en de jurisprudentie van het Hof volgt dat legaal in een andere lidstaat geproduceerde en/of in de handel gebrachte goederen in alle andere lidstaten legaal in de handel mogen worden gebracht, tenzij zulks niet is toegestaan om objectieve en evenredige redenen van algemeen belang. Als nationale voorschriften het vrije verkeer van goederen in de Europese Unie belemmeren, wordt bedrijven het recht ontnomen om een product te verkopen, neemt de concurrentie op de nationale markten af, hebben de consumenten minder keuzemogelijkheden en dreigen ze meer te moeten betalen. (...) België - belemmeringen voor de verkoop van 'groene' stroom

De Commissie heeft tevens besloten België een met redenen omkleed advies te sturen omdat de autoriteiten van het Vlaamse Gewest distributiekosten in rekening brengen voor 'groene' (uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde) stroom afkomstig uit een andere lidstaat. Dergelijke kosten worden niet gerekend voor in het Vlaamse Gewest geproduceerde 'groene' stroom die rechtstreeks het distributienet bereikt. Deze discriminatie maakt in andere lidstaten geproduceerde 'groene' stroom veel duurder dan de in eigen land geproduceerde stroom. De Commissie acht dit een ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer van goederen.'

Artikel 15 van het bestreden besluit bepaalt dat enkel de groenestroomcertificaten die worden toegekend voor elektriciteit, opgewekt in het Vlaamse Gewest of de gebieden bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 in aanmerking kunnen komen om te worden aanvaard door de VREG voor het voldoen aan de certificatenverplichting. Ingevolge deze bepaling worden groenestroomcertificaten toegekend aan groene stroom die zou beantwoorden aan dezelfde kenmerken als deze die in Vlaanderen wordt geproduceerd maar die wordt opgewekt in een andere Lidstaat, door de tekst zelf van het bestreden besluit uitgesloten voor het voldoen aan de certificatenverplichting die aan leveranciers wordt opgelegd overeenkomstig artikel 23 van het elektriciteitsdecreet. Artikel 15 van het bestreden besluit vormt aldus een beperking verboden door artikel 28 van het EG-Verdrag.

Overeenkomstig artikel 30 van het EG-Verdrag kan een beperking in de zin van artikel 28 van het EG-Verdrag worden verantwoord of gerechtvaardigd uit hoofde van welbepaalde redenen zoals de bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van industriële en commerciële eigendom. Het staat echter vast dat deze verboden of beperkingen geen middel mogen geven tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen lidstaten vormt.

Uit het arrest PreussenElektra AG van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 13 maart 2001 (zaak C-379/98, Jur. 2001, I-2153), blijkt dat bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een beperkende maatregel met artikel 30 van het EG-Verdrag, rekening moet worden gehouden met enerzijds het doel van de betrokken regeling, en anderzijds de bijzonderheden van de elektriciteitsmarkt. In dit arrest bevond het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de Duitse reglementering, waarbij de verdelers van elektriciteit verplicht worden de elektriciteit af te nemen die in hun distributiegebied uit hernieuwbare bronnen wordt geproduceerd en deze te betalen overeenkomstig een reglementair ingestelde regeling, verenigbaar met artikel 30 van het EG-Verdrag daar Lidstaten uit milieubeschermingsoverwegingen voorrang mogen geven aan de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en daar de oorsprong van elektriciteit, eenmaal in het transmissie- of distributienetwerk opgenomen, moeilijk is vast te stellen. In zijn arrest kondigde het Hof van Justitie evenwel reeds aan dat een voorstel voor een richtlijn werd ingediend dat voorziet in een systeem voor certificatie van oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen. Zoals reeds eerder aangehaald is dit voorstel van richtlijn omgezet in Europese richtlijn 2001/77/EG betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt.

Uw Raad stelde in het arrest nr. 127.031 met betrekking tot het arrest PreussenElektra AG dat 'uit de uiteenzetting van 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. C379/98, zou zijn gewijzigd'. Dit nodigt vandaag uit tot volgende bemerkingen.

Vooreerst, betrof de maatregel waarover het Hof zich in de zaak PreussenElektra heeft gebogen een maatregel waarbij de verdelers van elektriciteit verplicht werden de elektriciteit af te nemen die in hun distributiegebied uit hernieuwbare bronnen wordt geproduceerd. Dit is intrinsiek verschillend met de maatregel vervat in het bestreden besluit dat, louter op basis van de oorsprong, groene stroom afkomstig uit andere Lidstaten van de kosteloze distributie uitsluit. Het arrest PreussenElektra kan dus niet als een precedent gelden voor verwerende partij om alsnog trachten de mededingingsverstoring vervat in het bestreden besluit te verantwoorden. In dit verband wordt ook verwezen naar de eigen verklaringen van de verwerende partij voor de Europese Commissie volgens dewelke: 'Om een inbreuk tegen de regels betreffende de interne markt te vermijden, hebben de Vlaamse autoriteiten zich ertoe verbonden om invoerders van elektriciteit de mogelijkheid te geven aan te tonen dat zij groene stroom hebben ingevoerd. Voor de in aanmerking komende verdelers die kunnen bewijzen dat zij ingevoerde groene stroom hebben gekocht, zal bij de berekening van het aantal verplicht te kopen Vlaamse groenestroomcertificaten, rekening worden gehouden met dit feit. (...) (Europese Commissie, Steunmaatregel nr. 550/2000 - Groenestroomcertificaten, Brussel, 25 juli 2001 p. 10 - (...)).

Vervolgens is, zoals uw Raad het in voormeld arrest het reeds leek te vermoeden, de situatie op de elektriciteitsmarkt intussen gewijzigd. Immers, het

voorstel van richtlijn waarvan sprake in het arrest PreussenElektra is inmiddels uitgemond in de reeds aangehaalde richtlijn hernieuwbare energiebronnen. Artikel 5 van deze richtlijn bepaalt dat uiterlijk op 27 oktober 2003 de Lidstaten er zorg voor dragen dat de oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen als zodanig kan worden gegarandeerd volgens objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria die door iedere lidstaat worden vastgesteld. De garanties van oorsprong dienen onder meer te vermelden uit welke energiebronnen de elektriciteit is geproduceerd en dienen de betrokken producenten in staat te stellen aan te tonen dat de elektriciteit die zij verkopen elektriciteit is uit hernieuwbare energiebronnen. Ondanks voormelde omzettingstermijn, is verwerende partij tot nog toe niet overgegaan tot het nemen van voornoemde regeling.

Tenslotte, en zelfs indien verwerende partij zou trachten de bescherming van het leefmilieu of het nakomen van de Europese en internationale verplichtingen inzake broeikasgasemissies als rechtvaardigingsgrond naar voren te schuiven, ziet men niet in hoe en/of waarom uitsluitend groene stroom die rechtstreeks wordt geïnjecteerd op gewestelijke distributienetten een gunstiger effect op het internationaal of Europees leefmilieu zou hebben dan geïmporteerde groene stroom. Zoals ook Advocaat-generaal Jacobs vaststelt in zijn conclusie van 26 oktober 2000 in de zaak PreussenElektra, waar de groene stroom ook vandaan komt, steeds zal ze bijdragen tot vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, die één van de belangrijkste oorzaken van klimaatverandering is (Zaak C-379/98, conclusie advocaat-generaal van 26 oktober 2000):

'211. Hieruit volgt dat een maatregel het StrEG 1998, die binnenlandse elektriciteit bevoordeelt ten koste van geïmporteerde elektriciteit van dezelfde soort, niet op grond van deze bepalingen (lees bepalingen in het Verdrag inzake de bescherming van het milieu) gerechtvaardigd is. (...)

236. Wat betreft het eerste argument van de Commissie, kan ik niet inzien waarom in een andere lidstaat geproduceerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen niet in dezelfde mate zou bijdragen aan vermindering van de gasuitstoot in Duitsland dan in Duitsland geproduceerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen. In beide gevallen zal de nationale elektriciteitsproductie uit conventionele energiebronnen, en de bijbehorende vervuiling, in dezelfde mate worden verminderd. In dit opzicht lijkt de beperking van de afnameplicht tot in Duitsland geproduceerde elektriciteit niet proportioneel.'

Artikel 18 en artikel 15 van het bestreden besluit dienen bijgevolg als maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 28 van het EG-Verdrag te worden beschouwd waarvoor geen afdoende verantwoording of rechtvaardiging in de zin van artikel 30 EG-Verdrag voorhanden is. Het bestreden besluit werd dus genomen met schending van artikel 28 van het EG-Verdrag".

6. De verwerende partij antwoordt, met betrekking tot het systeem van de kosteloze distributie van groene stroom, dat artikel 28 van het EG-verdrag kan worden beperkt door dwingende vereisten die een hoger belang nastreven, dat uit rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de bescherming van het leefmilieu een dergelijke dwingende vereiste vormt, dat het Hof van Justitie in zijn arrest PreussenElektra AG (HvJ C-379/98, PreussenElektra AG, Jur. 2001, I-2153) ten aanzien van een Duitse maatregel, waarbij particuliere elektriciteitsbedrijven verplicht worden om in hun distributiegebied uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit af te nemen, geoordeeld heeft dat deze niet onverenigbaar is met artikel 28 van het EG-verdrag, dat de Europese Commissie in haar advies van 1 april 2004 voorbijgaat aan voormelde rechtspraak, dat vanuit het oogpunt van het vrij verkeer van goederen deze zaak niet wezenlijk verschilt met de Duitse regeling die het voorwerp was van de zaak PreussenElektra AG, dat de situatie op de elektriciteitsmarkt sindsdien niet is gewijzigd, dat lokaal geproduceerde stroom in het raam van de aangegane Europese verplichtingen een gunstiger effect heeft dan geïmporteerde groene stroom, dat maatregelen die erop gericht zijn om de lokale productie van groene stroom te stimuleren, bij uitstek geschikt zijn om de in het raam van artikel 30 van het EG-verdrag aanvaarde rechtvaardigingsgrond te bereiken, dat het niet-stimuleren van lokale productie bovendien inhoudt dat de lokale opportuniteiten niet worden benut, dat het in ruime mate beroep doen op ingevoerde elektriciteit ook ernstige risico's zou inhouden op het vlak van bevoorradingszekerheid met alle mogelijke negatieve economische en maatschappelijke gevolgen van dien en dat de decentrale productie van groene stroom meebrengt dat distributieverliezen worden vermeden.

Met betrekking tot de aanvaardingsregeling van de groenestroomcertificaten wijst de verwerende partij er in de eerste plaats op dat in de huidige stand van het gemeenschapsrecht de voorwaarden voor het verkrijgen van dergelijke certificaten niet geharmoniseerd zijn. Voorts stelt zij dat artikel 15 van het bestreden besluit geen maatregel van gelijke werking is omdat het geen belemmering inhoudt met betrekking tot de invoer uit andere lidstaten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, zoals gedefinieerd in artikel 2, a) en

c), van richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt (hierna : richtlijn 2001/77/EG), dat met deze elektriciteit immers rekening wordt gehouden wanneer wordt nagegaan of de verdelers van elektriciteit voldaan hebben aan hun verplichtingen uit hoofde van artikel 23 van het decreet van 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna : elektriciteitsdecreet), dat zolang geen harmonisatie op communautair niveau heeft plaatsgevonden de lidstaten bilaterale overeenkomsten dienen te sluiten voor de wederzijdse erkenning van certificaten, dat Vlaamse groenestroomcertificaten derhalve niet kunnen worden gelijkgesteld met gelijkaardige documenten uit andere lidstaten, dat de Vlaamse certificaten enkel betrekking hebben op elektriciteit die opgewekt is uit hernieuwbare energiebronnen op het grondgebied van het Vlaamse Gewest en de zeegebieden en die bestemd is voor verbruik - en dus niet voor de uitvoer - binnen het Vlaamse Gewest en dat dergelijke regeling volgens de Europese Commissie niet strijdt met artikel 28 van het EG-verdrag aangezien de ingevoerde stroom, waarvan de betrokken verdeler aantoont dat zij afkomstig is uit hernieuwbare energiebronnen overeenkomstig voornoemde richtlijn 2001/77/EG, in rekening wordt gebracht in het raam van de verplichtingen die artikel 23 van het elektriciteitsdecreet oplegt. Zelfs indien aangenomen zou worden dat artikel 15 van het bestreden besluit neerkomt op een maatregel van gelijke werking, zo besluit de verwerende partij, is deze maatregel gerechtvaardigd omdat hij strekt tot het bevorderen van de productie van groene stroom in Vlaanderen en past in de beleidsdoelstelling om de emissie van broeikasgassen te verminderen.

7. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat het Hof van Justitie zich in de zaak PreussenElektra AG heeft uitgesproken over een maatregel waarbij de verdelers van elektriciteit verplicht werden de elektriciteit af te nemen die in hun distributiegebied uit hernieuwbare bronnen wordt geproduceerd en dat dergelijke regeling intrinsiek verschilt van de bestreden maatregel van de Vlaamse regering, waarbij, louter op basis van oorsprong, groene stroom afkomstig uit andere lidstaten van de kosteloze distributie wordt

uitgesloten. Voorts merkt zij opnieuw op dat de situatie op de elektriciteitsmarkt intussen is gewijzigd omdat het voorstel van richtlijn waarvan sprake is in het arrest PreussenElektra AG inmiddels heeft geleid tot richtlijn 2001/77/EG waarvan artikel 5 bepaalt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen als zodanig kan worden gegarandeerd volgens objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria die door iedere lidstaat worden vastgesteld. Met betrekking tot de regeling voor kosteloze distributie, stelt de verzoekende partij dat niet kan worden ingezien hoe en/of waarom uitsluitend groene stroom die wordt geïnjecteerd op de gewestelijke distributienetten een gunstiger effect op het internationaal of Europees leefmilieu zou hebben dan geïmporteerde groene stroom.

Tegenover het verweer omtrent artikel 15 van het bestreden besluit, stelt de verzoekende partij dat voor de omzetting van richtlijn 2001/77/EG rekening moet worden gehouden met de ingevoerde groene stroom die afkomstig is uit hernieuwbare energiebronnen en dat luidens de uitdrukkelijke tekst van de bestreden bepaling groenestroomcertificaten voor groene stroom die beantwoordt aan dezelfde kenmerken als deze die in Vlaanderen wordt geproduceerd maar die wordt opgewekt in een andere lidstaat, worden uitgesloten van het voldoen aan de certificatenverplichting die aan leveranciers wordt opgelegd met toepassing van artikel 23 van het elektriciteitsdecreet.

8. De verzoekende partij benadrukt in haar laatste memorie dat het bestreden artikel 18 een onderscheid maakt op basis van de plaats van opwekking van de elektriciteit, dat de rechtvaardigingsgrond met betrekking tot de bescherming van het leefmilieu veel te ruim wordt geïnterpreteerd, dat niet wordt aangetoond dat de invoerbeperking die er in bestaat de kosteloze distributie van groene stroom te beperken op basis van de oorsprong van de groene stroom, beter het "leven van personen, dieren of planten" beschermt dan het systeem van kosteloze distributie zonder de beperking op basis van oorsprong, dat de bescherming van het leefmilieu bij uitstek een grensoverschrijdende materie is, dat het PreussenElektra-arrest te dezen niet toepasselijk is en dat "in de discussie of de

kosteloze distributie een maatregel van gelijke werking betreft, en of deze gerechtvaardigd is, bij voorkeur een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gesteld dient te worden teneinde de (in)compatibiliteit van de maatregel met artikel 28 van het EG-verdrag vast te laten stellen".

Beoordeling

9. Luidens artikel 28 van het EG-verdrag, thans artikel 34 van het verdrag van 25 maart 1957 betreffende de werking van de Europese Unie (hierna : VWEU), zijn kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten verboden.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, dient als een maatregel met een werking die gelijk is aan de kwantitatieve invoerbeperkingen te worden beschouwd iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren (zie o.a. : HvJ 11 juli 1974, Dassonville, 8/74).

10. In bepaalde gevallen kunnen handelsbelemmerende maatregelen evenwel gerechtvaardigd worden. Artikel 36 VWEU (oud artikel 30 van het EG-verdrag) bepaalt immers :

"De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen".

Het Hof van Justitie heeft aanvaard dat de bescherming van het milieu een dwingende vereiste vormt voor het beperken van het vrije goederenverkeer (zie o.a. : HvJ 20 september 1988, Commissie v. Denemarken, 302/86).

11. Anders dan het vernietigde artikel 2 van besluit van de Vlaamse regering van 4 april 2003 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 28 september 2001 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen, sluit het in de bestreden bepaling gehanteerde onderscheidingscriterium waarbij de opgewekte groene stroom rechtstreeks in een in België gelegen distributienet moet worden geïnjecteerd voldoende nauw aan bij de milieudoelstelling die erin bestaat het gebruik van hernieuwbare energiebronnen op lokaal vlak te stimuleren, met inbegrip van de voordelen op het vlak van de capaciteitsvereisten van de netinfrastructuur en de lagere transportverliezen van elektriciteit.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat een wettelijke regeling waarbij aan elektriciteitsbedrijven de verplichting wordt opgelegd om elektriciteit af te nemen die "in hun distributiegebied" uit hernieuwbare energiebronnen is geproduceerd, hoewel het intracommunautaire handelsverkeer erdoor minstens potentieel wordt belemmerd, niet onverenigbaar is met artikel 34 VWEU omdat het aanmoedigen van het gebruik van hernieuwbare energiebronnen voor de elektriciteitsproductie, de milieubescherming ten goede komt (HvJ 13 maart 2001, PreussenElektra AG, C-379/98). Op grond van die rechtspraak neemt de Raad van State aan dat het Europees rechtskader ruimte biedt voor een maatregel die strekt tot het bevorderen van de plaatselijke productie van groene stroom.

Ten aanzien van de doelstelling van de aangevochten maatregel ondergaat de verzoekende partij geen onevenredig nadeel doordat de groene stroom die zij levert niet langer de kosteloze distributie kan genieten, zonder dat haar evenwel wordt verhinderd toegang te hebben tot de betrokken elektriciteitsmarkt.

12. Artikel 15, § 1, van het bestreden besluit bepaalt dat, "voor het voldoen aan de certificatenverplichting", de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna : VREG) enkel de groenestroomcertificaten aanvaardt 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".

Zoals reeds werd gesteld in het tussenarrest nr. 204.108 van 19 mei 2010 is de bedoelde certificatenverplichting opgelegd bij artikel 23 van het elektriciteitsdecreet. Ze houdt in dat iedere leverancier die elektriciteit levert aan eindafnemers aangesloten op het distributienet of het transmissienet verplicht is om jaarlijks aan de VREG een bepaald aantal groenestroomcertificaten voor te leggen. Die certificaten worden door de VREG toegekend aan de producenten van elektriciteit opgewekt in installaties die gebruik maken van hernieuwbare energiebronnen. De toekenning van de certificaten is afhankelijk van een aantal voorwaarden die de Vlaamse regering, met toepassing van artikel 24, eerste lid, van het elektriciteitsdecreet, in de artikelen 3 tot 6 van het bestreden besluit van 5 maart 2004 bepaalt; de berekening van het aantal toe te kennen groenestroomcertificaten gebeurt overeenkomstig de regels bepaald in de artikelen 7 tot 12 van het genoemde besluit.

Bij artikel 25 van het elektriciteitsdecreet wordt de Vlaamse regering gemachtigd om, na advies van de reguleringsinstantie, "rekening houdende met het bestaan van gelijke of gelijkwaardige garanties inzake de aflevering van dergelijke certificaten", certificaten te aanvaarden voor groene stroom die niet is geproduceerd in het Vlaamse Gewest. Het gaat dan om certificaten die zijn afgegeven door andere instanties dan de VREG, binnen of buiten België. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot het elektriciteitsdecreet wordt in dit verband uiteengezet "dat de Vlaamse regering de beslissing kan nemen ook niet in het Vlaamse Gewest geproduceerde groenestroomcertificaten te aanvaarden, rekening houdende met de garanties die gegeven worden op dergelijke certificaten (o.a. betrouwbaarheid, manier van

opwekking, enzoverder) en met nieuwe Europese richtlijnen" (Parl. St., VI. Parl., 1999-2000, nr. 285-1, p. 27).

Naar luid van artikel 2, 17°, van het elektriciteitsdecreet, zijn groenestroomcertificaten overdraagbare immateriële goederen. Artikel 16, § 1, van het bestreden besluit bepaalt dat ze "vrij verhandelbaar" zijn. In de mate dat de bestreden bepaling de gebruiksmogelijkheden van dergelijke certificaten binnen het Vlaamse Gewest beperkt, moet worden aangenomen dat artikel 15, § 1, van het bestreden besluit de handel in groenestroomcertificaten kan belemmeren en dus een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking inhoudt.

Zoals gesteld ten aanzien van het bestreden artikel 18, kan een dergelijke beperking van het vrij verkeer van goederen worden toegestaan indien ze wordt verantwoord door dwingende vereisten van algemeen belang en voor zover de maatregel niet onevenredig is ten aanzien van de nagestreefde doelstellingen.

Het stelsel van de groenestroomcertificaten heeft in het algemeen tot doel de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen aan te moedigen. Als zodanig strekt dat stelsel tot de bescherming van het leefmilieu. In de context van de Europese economische unie is de bescherming van het leefmilieu een dwingende vereiste van algemeen belang.

Het elektriciteitsdecreet voorziet principieel in de mogelijkheid om certificaten afgegeven door andere overheden dan die van het Vlaamse Gewest in aanmerking te nemen. Artikel 25 van het elektriciteitsdecreet machtigt de Vlaamse regering immers om "certificaten te aanvaarden voor groene stroom die niet is geproduceerd in het Vlaamse Gewest", "rekening houdende met het bestaan van gelijke of gelijkwaardige garanties inzake de aflevering van dergelijke certificaten". Een dergelijke regeling, die de geldigheid erkent van certificaten die zijn toegekend door de bevoegde overheid van een andere lidstaat, op voorwaarde dat de in die lidstaat geldende voorwaarden voor afgifte gelijkwaardig zijn aan die

welke gelden in het Vlaamse Gewest, kan evenredig worden geacht met het beoogde doel. De verzoekende partij toont niet aan dat de bestreden bepaling er toe strekt in een andere lidstaat verleende certificaten in alle gevallen uit te sluiten.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

13. In een tweede middel roept de verzoekende partij de schending in van het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in "artikel 12 (ex artikel 6) van het EG-Verdrag, artikelen 3 en 14 van Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 1996 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (...), artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 9 van het decreet van 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt", doordat artikel 18 van het bestreden besluit bepaalt dat het principe van kosteloze distributie van stroom uit hernieuwbare energiebronnen die niet rechtstreeks geïnjecteerd wordt op een Belgisch distributienet, wordt afgeschaft, terwijl krachtens artikel 12 van het EG-verdrag, binnen de werkingssfeer van het verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen daarin gesteld, elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is en dat, overeenkomstig de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, personen in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moeten worden behandeld en er overeenkomstig de aangehaalde bepalingen van de tweede elektriciteitsrichtlijn en het elektriciteitsdecreet geen discriminaties mogen bestaan op de elektriciteitsmarkt.

Het middel wordt als volgt toegelicht :

"De bepalingen waarbij een discriminatieverbod wordt opgelegd in het EG-Verdrag vormen één van de belangrijkste beginselen van het gemeenschapsrecht. De beweegreden hiervoor ligt in het verwezenlijken van een interne markt, waarin goederen vrij en zonder belemmeringen moeten kunnen circuleren. De grootste hindernis bij het verwezenlijken van deze doelstelling is het bestaan van discriminerende regelingen en praktijken, waarmee de regeringen van de Lidstaten van de Europese Unie hun eigen producenten tegenover de buitenlandse mededinging beschermen. De afschaffing van deze discriminerende regelingen en praktijken maakt dan ook onmiskenbaar een noodzakelijke voorwaarde uit tot de naleving van het gemeenschapsrecht en de verwezenlijking van de interne markt.

Door het nemen van het bestreden besluit schept de Vlaamse regering een duidelijke schending van het discriminatieverbod. De Vlaamse regering bevoordeelt met het bestreden besluit stroom uit hernieuwbare energiebronnen die rechtstreeks op een gewestelijk distributienet wordt geïnjecteerd ten koste van groene stroom die aan dezelfde eisen beantwoordt als Vlaamse groene stroom, maar die rechtstreeks op het transmissienet wordt geïnjecteerd of geproduceerd werd in andere Lidstaten van de Europese Unie.

Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft het eerste lid van artikel 12 rechtstreekse werking voor zover het elke discriminatie binnen de werkingssfeer van het Verdrag verbiedt:

'Dat derhalve op de eerste vraag moet worden geantwoord dat, binnen het toepassingsgebied van verordening nr. 1408/71, artikel 7, lid 1, van het Verdrag, zoals uitgewerkt in artikel 48 van het Verdrag en artikel 3, lid 1, deze verordening, rechtstreeks van toepassing is in de lidstaten' (H.v.J. 28 juni 1978, nr. 1/78, Jur. H.v.J., 1978, 1489);

'Het recht op gelijke behandeling volgt bovendien rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht en kan dus niet afhankelijk worden gesteld van de afgifte van een vergunning van die strekking door de instanties van de betrokken Lidstaat (zie in dit verband het arrest van 3 juli 1980, zaak 157/79, Pieck, Jurispr. 1980, blz. 2171)' (H.v.J. 2 februari 1989, nr. 186/87, Jur. H.v.J., 1989, 195).

Bovendien zijn eveneens, overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, de rechterlijke instanties van de Lidstaten gehouden om de nationale bepalingen die in strijd zijn met de in dit middel aangehaalde bepalingen niet toe te passen:

'Een wettelijke bepaling als die welke voor de nationale rechter in geding is, krachtens welke slechts voor terugbetaling in aanmerking komen degenen die voor de uitspraak van het arrest van 13 februari 1985 een vordering tot terugbetaling hebben ingesteld, onzegt al wie niet aan deze voorwaarde voldoet, zonder meer het recht op terugbetaling van de onverschuldigd betaalde bedragen en maakt daardoor de uitoefening van de bij artikel 7 EEG-verdrag verleende rechten onmogelijk. Derhalve dient de nationale rechter, die gehouden is het gemeenschapsrecht volledig toe te passen en de daardoor aan

particulieren verleende rechten te beschermen, een dergelijke bepaling van de nationale wet buiten toepassing te laten.' (H.v.J. 2 februari 1988, nr. 309/85, Jur. H.v.J., 1988, 355);

'Volgens vaste rechtspraak van het Hof vloeit het in artikel 7, eerste alinea, van het Verdrag neergelegde recht op gelijke behandeling rechtstreeks voort uit het gemeenschapsrecht (arrest Cowan, reeds aangehaald, r.o. 11). Derhalve kan voor de nationale rechter een beroep op dit recht worden gedaan teneinde discriminerende nationale bepalingen die de aan eigen onderdanen toegekende bescherming onthouden aan onderdanen van andere Lidstaten, buiten toepassing te doen verklaren' (H.v.J. 20 oktober 1993, nr. C-92/92 en C-326/92, Jur. H.v.J., 1993, 5145).

Ook overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van de tweede elektriciteitsrichtlijn bestaat er in hoofde van de Lidstaten de verplichting om bij de institutionele organisatie van de elektriciteitsmarkt zich te onthouden van discriminatie:

'De lidstaten waarborgen op basis van hun institutionele organisatie en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel dat de elektriciteitsbedrijven, onverminderd lid 2, volgens de beginselen van deze richtlijn worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een concurrerende, zekere en ecologisch duurzame elektriciteitsmarkt; wat de rechten en plichten betreft, mogen zij deze bedrijven niet verschillend behandelen.'

Bovendien, krachtens artikel 14, eerste en tweede lid, van de tweede elektriciteitsrichtlijn, heeft de distributienetbeheerder de verplichting niet te discrimineren tussen de gebruikers of categorieën van netgebruikers:

'1. De distributienetbeheerder draagt in zijn gebied, met inachtneming van het milieu, zorg voor een veilig, betrouwbaar en efficiënt elektriciteitsdistributienet.

2. Hij discrimineert in geen geval tussen gebruikers of categorieën gebruikers van het net, met name niet ten gunste van verwante bedrijven'.

Deze verplichting, opgenomen in artikel 9 van het elektriciteitsdecreet ('De netbeheerder onthoudt zich van elke vorm tussen afnemers of categorieën van afnemers'), zullen de Vlaamse distributienetbeheerders echter niet kunnen naleven, aangezien de Vlaamse regering in het bestreden besluit de kosteloze distributie heeft afgeschaft voor de groene stroom die rechtstreeks werd geïnjecteerd op het transmissienet of die geproduceerd werd in een andere lidstaat en hierdoor een verschillende behandeling heeft geschept tussen de elektriciteitsbedrijven die hun groene stroom rechtstreeks laten injecteren op het Belgische transmissienet of uit andere Lidstaten en zij die hun groene stroom halen uit productie-installaties die rechtstreeks op de gewestelijke distributienetten injecteren. Blijkens artikel 18 van het bestreden besluit wordt de verplichting om niet te discrimineren, opgelegd krachtens voormelde bepalingen van de tweede elektriciteitsrichtlijn, dus geschonden.

Krachtens artikelen 10 en 11 van de Grondwet moeten personen die zich in gelijke omstandigheden bevinden op gelijke wijze worden behandeld op straffe van schending van het gelijkheidsbeginsel. Volgens de vaste rechtspraak van het

Arbitragehof en de Raad van State, sluiten de grondwettelijke regels van gelijkheid van de Belgen voor de wet en van niet-discriminatie niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën zou worden ingesteld, tenminste voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet volgens dezelfde rechtspraak worden beoordeeld ten opzichte van het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en de aard van de ter zake geldende beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is dan ook geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen niet evenredig zijn met het gestelde doel (Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989; R.v.St., Ikea Belgium, nr. 69.905, 1 december 1997; R.v.St., Martiny, nr. 79.309, 17 mars 1999; J. Velaers, De Grondwet en de Raad van State afdeling Wetgeving, Maklu, 1999, p. 64). Aldus is het gelijkheidsbeginsel geschonden wanneer een rechtsonderhorige in gelijke omstandigheden op een ongelijke wijze worden behandeld ten aanzien van andere rechtsonderhorigen of in ongelijke omstandigheden op een gelijke wijze worden behandeld.

Aangezien artikel 18 van het bestreden besluit de kosteloze distributie van groene stroom die niet rechtstreeks op een gewestelijk distributienet wordt geïnjecteerd, afschaft - louter op basis van de oorsprong (gelegen op het transmissienet of afkomstig uit andere lidstaten) van de geproduceerde groene stroom - houdt het een schending van het gelijkheidsbeginsel in. Door de enkele reden dat verzoekende partij haar groene stroom haalt uit installaties die niet rechtstreeks injecteren op een gewestelijk distributienet, geniet verzoekende partij niet meer dezelfde voordelen dan andere elektriciteitsleveranciers die hun groene stroom zouden halen uit installaties die wel rechtstreeks de groene stroom injecteren op een gewestelijk distributienet.

Als verantwoording van artikel 18 van het bestreden besluit stelt de nota aan de leden van de Vlaamse regering (...) dat de genomen maatregel tot doel heeft dat Vlaanderen en België aan hun verplichtingen inzake broeikasgasemissies kunnen voldoen. De aard van het onderscheid dat gemaakt wordt tussen groene stroom rechtstreeks geïnjecteerd op een gewestelijk distributienet en groene stroom geïnjecteerd op het transmissienet is echter niet objectief noch redelijk. Er bestaat immers geen enkel verschil tussen stroom die rechtstreeks op het transmissienet wordt geïnjecteerd en die aan dezelfde voorwaarden voldoet als groene stroom die rechtstreeks op het gewestelijk distributienet wordt geïnjecteerd. Verzoekende partij ziet dus niet in hoe het criterium van de aansluiting op het gewestelijk distributienet redelijk kan worden geacht om een onderscheid te maken met groene stroom, beantwoordend aan dezelfde voorwaarden als de groene stroom die volgens de bezwaarlijke tekst van het bestreden besluit wel in aanmerking komt voor de kosteloze distributie.

Deze zienswijze werd trouwens reeds kracht bijgezet door de MiNa-raad die in haar advies van 6 maart 2003 (...) reeds stelde:

'De Raad dringt er dan ook op aan om de verplichting om gratis groene stroom te distribueren te behouden, met de reeds vermelde randvoorwaarde: zolang de leverancier aan de VREG niet kan aantonen dat de te distribueren groene stroom voldoet aan de Vlaamse voorwaarden (en zolang hij van de VREG geen erkenning heeft gekregen), dan kan de leverancier ook geen aanspraak maken op de

gratis distributie.'

Zelfs al mocht het door het bestreden besluit gemaakte onderscheid objectief en redelijk worden geacht - quod non - dan nog is de verantwoording die aan artikel 18 van het bestreden besluit wordt gegeven niet pertinent. Zoals reeds eerder gesteld ziet verzoekende partij niet in waarom binnenlandse groene stroom geïnjecteerd op gewestelijke distributienetten een gunstiger effect op het leefmilieu zou hebben dan geïmporteerde groene stroom of groene stroom die rechtstreeks wordt geïnjecteerd op transmissienetten. Waar de groene stroom ook vandaan zou mogen komen, steeds zal ze bijdragen tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, die één van de belangrijkste oorzaken van klimaatverandering is. Daarom is de maatregel vervat in artikel 18 van het bestreden besluit dat een onderscheid maakt tussen groene stroom die rechtstreeks wordt geïnjecteerd op het gewestelijk distributienet en groene stroom die wordt geïnjecteerd op het transmissienet niet dienend.

En zelfs indien de gegeven verantwoording pertinent zou worden geacht - quod non - dan nog is artikel 18 van het bestreden besluit niet proportioneel met de vooropgestelde verantwoording om groene stroom te stimuleren. Dit blijkt onder meer uit een advies van de SERV van 12 maart 2003 gegeven naar aanleiding van de eerste wijziging van het besluit hernieuwbare energiebronnen dat stelt (...):

'Ook vervalt de stimulans om groene stroom uit het buitenland te importeren, terwijl deze import wellicht nodig is voor Vlaanderen en België om de doelstelling inzake het aandeel hernieuwbare energiebronnen in de energievoorziening die België heeft aangegaan in Europees verband, te halen. De raad stelt daarom voor om de gratis distributie van groene stroom te beperken op basis van objectieve, kwalitatieve criteria die afgeleid worden van de doelstellingen die Vlaanderen zich stelt ten aanzien van de bevordering van de opwekking en het gebruik van groene stroom.'

Dit blijkt eveneens uit het verslag van 15 maart 2002 van het Beheerscomité der Elektriciteitsondernemingen in verband met de financiële weerslag van groene stroomcertificaten in Vlaanderen dat stelt (...).

'(...) Men kan dus besluiten dat in de komende jaren enkel een Europese markt van groenestroomcertificaten, waarin landen begrepen zijn die beschikken over een surplus t.o.v. hun eigen quota, het deficit van groene stroomcertificaten in Vlaanderen zou kunnen verminderen'.

Artikel 18 van het bestreden besluit voert aldus een ongelijke behandeling waarvoor er geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat".

14. De verwerende partij antwoordt dat het bestreden besluit nergens een onderscheid maakt op grond van nationaliteit, dat elke verkoper van groene stroom, welke nationaliteit ook, immers de kosteloze distributie kan genieten van groene stroom over een Vlaams distributienet naar een eindafnemer, dat de verzoekende partij dat eveneens kan genieten wanneer zij in België groene stroom

aankoopt die lokaal wordt opgewekt en in een lokaal distributienet wordt geïnjecteerd, dat de artikelen 3 en 14 van de "Tweede elektriciteitsrichtlijn" een herhaling zijn van de desbetreffende artikelen van de "Eerste elektriciteitsrichtlijn", dat de omzetting van deze richtlijn in het nationale recht meebrengt dat het bestreden besluit enkel nog aan het elektriciteitsdecreet kan worden getoetst, dat met de bestreden regeling een wettig doel wordt nagestreefd, met name het stimuleren van de lokale, gedecentraliseerde productie van groene stroom met het oog op het behalen van de klimaatdoelstellingen, dat het onderscheid tussen producenten die groene stroom injecteren in het transmissienet en producenten die rechtstreeks groene stroom injecteren in een distributienet een objectief karakter vertoont en dat het onderscheid tussen transmissie en distributie ook pertinent is in het licht van het nagestreefte doel. Met betrekking tot de evenredigheid van de maatregel wijst de verwerende partij op netverliezen bij centrale productie en het feit dat ingevoerde groene stroom niet automatisch leidt tot de afbouw van lokaal productievermogen met een reductie van de broeikasgasemissies tot gevolg en de noodzaak om de bevoorradingszekerheid te waarborgen door de lokale opportuniteiten maximaal aan te wenden.

15. In de memorie van wederantwoord zet de verzoekende partij uiteen dat onder het mom van een regel die op het eerste gezicht objectief lijkt een ongelijke behandeling wordt ingevoerd aangezien in feite de kosteloze distributie van groene stroom wordt uitgesloten voor een deel van de Belgische productie-installaties van groene stroom en productie-installaties gelegen in de lidstaten van de Europese Unie, dat door de enkele reden dat zij haar groene stroom haalt uit installaties die niet rechtstreeks injecteren op een gewestelijk distributienet zij niet meer dezelfde voordelen geniet in vergelijking met de leveranciers die hun groene stroom wel rechtstreeks injecteren op een gewestelijk distributienet, dat deze ongelijkheid niet gerechtvaardigd kan worden op grond van ecologische doelstellingen omdat niet valt in te zien waarom groene stroom die rechtstreeks in een in België gelegen distributienet wordt geïnjecteerd meer zou bijdragen tot de bescherming van het milieu dan groene stroom die opgewekt wordt in installaties die in een andere Europese lidstaat gelegen zijn.

16. In haar laatste memorie argumenteert de verzoekende partij dat artikel 18 van het bestreden besluit de plaats van opwekking van de elektriciteit gebruikt als onderscheidingscriterium, dat een injectie tussen een productie-installatie in het buitenland en een in België gelegen distributienet niet rechtstreeks kan zijn, dat zodoende een onderscheid op grond van nationaliteit wordt ingevoerd, dat de nationaliteit van de verkoper/leverancier van groene stroom niet relevant is, dat het onderscheid op grond van nationaliteit in artikel 18 van het bestreden besluit minstens een indirecte discriminatie is, dat volgens het Hof van Justitie van indirecte discriminatie sprake is wanneer een bepaling niet als dusdanig een onwettig onderscheid hanteert, maar de uitwerking van de maatregel gelijkaardige effecten genereert als diegene voortvloeiend uit een maatregel die onwettige onderscheidingscriteria hanteert, dat te dezen door de technische realiteit dat een in het buitenland gelegen productie-installatie niet rechtstreeks kan injecteren in een Belgisch distributienet, de maatregel van artikel 18 van het bestreden besluit in feite hetzelfde effect heeft als een expliciet onderscheid op grond van nationaliteit, dat uit het jaarverslag 2004 van de VREG blijkt dat in de periode waarin artikel 18 van het bestreden besluit uitwerking had, namelijk van 1 april 2004 tot 31 december 2004, er nagenoeg geen buitenlandse groene stroom gratis werd gedistribueerd, dat de gelaakte discriminatie niet wordt gerechtvaardigd door "wettigheid en evenredigheid", dat de bewijslast hiervan berust bij de verwerende partij, dat de PreussenElektra-rechtspraak niet kan worden aangegrepen ter staving van de stelling dat de lokale productie van groene stroom de milieubescherming ten goede komt, dat voormelde rechtspraak zich immers niet uitspreekt over de noodzaak tot lokale productie van groene stroom, dat het systeem waarover de zaak PreussenElektra handelde niet vergelijkbaar is met de kosteloze distributie die door de bestreden beslissing wordt georganiseerd, dat het arrest van het Hof van Justitie van 2 april 1998 (inzake Outokumpu Oy, C-213/96) daarentegen wel relevant is omdat het Hof zich in die zaak heeft uitgesproken over een gedifferentieerd belastingstelsel op ingevoerde elektriciteit die via het nationale net wordt gedistribueerd en, ten slotte, dat de Europese Commissie middels haar formele ingebrekestelling van 1 april 2004 het systeem waarbij distributiekosten in rekening worden gebracht voor groene stroom

afkomstig uit een andere lidstaat, heeft aangemerkt als een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer van goederen.

Beoordeling

17. Artikel 18 VWEU, vroeger artikel 12 van het EG-verdrag, verbiedt elke discriminatie op grond van nationaliteit "binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld".

De gelaakte ongelijke behandeling is het gevolg van de vereiste dat om in aanmerking te komen voor kosteloze distributie de groene stroom, krachtens artikel 18 van het bestreden besluit, opgewekt moet zijn in een productie-installatie "die haar elektriciteit rechtstreeks injecteert in een in België gelegen distributienet". Artikel 18 van het bestreden besluit bevat geen onderscheidingscriterium op grond van nationaliteit, noch van de leverancier van de elektriciteit noch van de herkomst van de uit hernieuwbare bronnen opgewekte elektriciteit. Voorwaarde is immers dat de opgewekte elektriciteit rechtstreeks geïnjecteerd moet worden in een in België gelegen distributienet.

Voor het eerst in haar laatste memorie maakt de verzoekende partij concreet gewag van een aantal feitelijke omstandigheden en technische belemmeringen die de facto meebrengen dat productie-installaties die in een andere lidstaat gelegen zijn geen rechtstreekse toegang hebben tot een Belgisch distributienet. In de ogen van de verzoekende partij is er minstens sprake van indirecte discriminatie, dit wil zeggen discriminatie die ontstaat doordat de uitwerking van een maatregel, die als dusdanig niet gestoeld is op een ontoelaatbaar onderscheidingscriterium, gelijkaardige effecten sorteert als deze die voortvloeien uit een onwettig onderscheidingscriterium. In het verzoekschrift tot nietigverklaring is bij de toelichting van het middel nergens sprake van een vorm van indirecte discriminatie die voortvloeit uit de geschetste feitelijke en technische beperkingen. Daargelaten de vraag of die beperkingen aan de bestreden bepaling kunnen worden toegeschreven, komt het betoog in de laatste memorie waarin

indirecte discriminatie wordt aangeklaagd neer op een niet-ontvankelijke uitbreiding van het middel. De verzoekende partij had immers dergelijke kritiek reeds kunnen formuleren in het verzoekschrift tot nietigverklaring.

18. Wat betreft de schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel - de door de verzoekende partij aangehaalde bepalingen van het elektriciteitsdecreet en de tweede elektriciteitsrichtlijn voegen aan dat grondrecht niets toe - vormt de vereiste waarbij de opgewekte elektriciteit rechtstreeks moet zijn geïnjecteerd in een in België gelegen distributienet een objectief criterium. Het is pertinent in het licht van de door de verwerende partij aangehaalde doelstelling om de gedecentraliseerde productie van groene stroom te stimuleren en energieverliezen door het transport van stroom te beperken. Door erop te wijzen dat de beperking van de kosteloze distributie niet bijdraagt tot de verhoging van het aandeel hernieuwbare energie en de effectieve invulling van de engagementen die daaromtrent in Europees verband zijn aangegaan, toont de verzoekende partij niet aan dat de bestreden maatregel onevenredig is met de doelstelling die eraan ten grondslag ligt. Er kan immers in redelijkheid worden aangenomen dat de toenemende inzet van hernieuwbare energiebronnen niet enkel afhangt van de omvang van de kosteloze distributie van groene stroom, maar van tal van andere onzekere factoren en ontwikkelingen.

De kritiek van de verzoekende partij over de beperking van de kosteloze distributie kan niet verder reiken dan artikel 15 van het elektriciteitsdecreet waarin het bestreden besluit zijn rechtsgrond vindt. Het decreet zelf beperkte de kosteloosheid tot alle taken van de netbeheerder die noodzakelijk zijn voor de "distributie" van groene stroom, met uitzondering van de aansluiting op het distributienet. De ongelijke behandeling die zou bestaan ten aanzien van gebruikers van het transmissienet is derhalve niet relevant.

Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

19. De verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in "artikel 12 (ex artikel 6) van het EG-Verdrag, artikel 3 van Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 1996 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (...), artikel 5 van de Europese richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt (...), artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 25 van het decreet van 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt", doordat artikel 15 van het bestreden besluit groenestroomcertificaten die worden toegekend aan groene stroom, opgewekt in andere gebieden dan het Vlaamse Gewest of de gebieden bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, uitsluit om te worden aanvaard door de VREG voor het voldoen aan de certificatenverplichting, terwijl op grond van de geschonden geachte bepalingen elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is, personen in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moeten worden behandeld, de oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen gegarandeerd moet worden volgens objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria en groenestroomcertificaten uitgereikt door andere gewesten of lidstaten niet zonder meer kunnen worden uitgesloten van erkenning voor de quota inzake de verplichting om groenestroomcertificaten voor te leggen.

Het middel wordt als volgt toegelicht :

"Zoals omstandig uiteengezet in het tweede middel, is het discriminatieverbod neergelegd in artikel 12 van het EG-Verdrag één van de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht en heeft het directe werking voor zover het elke discriminatie binnen de werkingssfeer van het verdrag verbiedt.

Bovendien verplicht artikel 3, eerste lid, van de tweede elektriciteitsrichtlijn de Lidstaten zich te onthouden van discriminatie bij de institutionele organisatie van de elektriciteitsmarkt.

Artikel 5 van de richtlijn hernieuwbare energiebronnen schrijft voor dat:

'(...) de lidstaten zorgen er voor dat de oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de zin van deze richtlijn als zodanig kan worden gegarandeerd volgens objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria die door iedere lidstaat worden vastgesteld. Zij zien erop toe dat daartoe op aanvraag een garantie van oorsprong wordt afgegeven.'

Op grond van deze bepaling bestaat er dus in hoofde van de Lidstaten de verplichting om een systeem van garanties uit te werken en de garanties van andere Lidstaten enkel te weigeren op grond van objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria.

Krachtens artikelen 10 en 11 van de Grondwet moeten personen die zich in gelijke omstandigheden bevinden op gelijke wijze worden behandeld op straffe van schending van het gelijkheidsbeginsel. Volgens de vaste rechtspraak van het Arbitragehof en de Raad van State, sluiten de grondwettelijke regels van gelijkheid van de Belgen voor de wet en van niet-discriminatie niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën zou worden ingesteld, tenminste voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet volgens dezelfde rechtspraak worden beoordeeld ten opzichte van het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en de aard van de ter zake geldende beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is dan ook geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen niet evenredig zijn met het gestelde doel (Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989; R.v.St., Ikea Belgium, nr. 69.905, 1 december 1997; R.v.St., Martiny, nr. 79.309, 17 mars 1999; J. Velaers, De Grondwet en de Raad van State afdeling Wetgeving, Maklu, 1999, p. 64). Aldus is het gelijkheidsbeginsel geschonden wanneer een rechtsonderhorige in gelijke omstandigheden op een ongelijke wijze worden behandeld ten aanzien van andere rechtsonderhorigen of in ongelijke omstandigheden op een gelijke wijze worden behandeld.

Krachtens artikel 25 van het elektriciteitsdecreet wordt de Vlaamse regering, 'gemachtigd om, na advies van de reguleringsinstantie, rekening houdende met het bestaan van gelijke of gelijkwaardige garanties inzake de aflevering van dergelijke certificaten, certificaten te aanvaarden voor groene stroom die niet is geproduceerd in het Vlaamse Gewest of in de gebieden, bedoeld in artikel 6 van de federale Elektriciteitswet'.

Artikel 15 van het bestreden besluit bepaalt dat enkel de groenestroomcertificaten die worden toegekend voor elektriciteit, opgewekt in het Vlaamse Gewest of de gebieden bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in aanmerking komen om te worden aanvaard door de VREG voor het voldoen aan de certificatenverplichting.

Hierdoor worden groenestroomcertificaten toegekend aan groene stroom die opgewekt wordt in de andere gewesten of het buitenland en die aan dezelfde voorwaarden zouden voldoen als de groenestroomcertificaten toegekend voor

groene stroom geproduceerd in het Vlaamse Gewest zonder meer uitgesloten van het systeem voor groenestroomcertificaten waarbij elke leverancier, overeenkomstig artikel 23 van het elektriciteitsdecreet, verplicht is jaarlijks een minimum aantal groenestroomcertificaten voor te leggen. Bijgevolg worden gelijke gevallen op een ongelijke wijze (...) behandeld.

Wat de precieze verantwoording is om groenestroomcertificaten afkomstig uit andere gewesten dan het Vlaamse Gewest of uit andere lidstaten niet te erkennen voor de quotaverplichting opgelegd aan leveranciers, is niet duidelijk. Dit terwijl blijkt uit het verslag van 15 maart 2002 van het Beheerscomité der Elektriciteitsondernemingen in verband met de financiële weerslag van groene stroomcertificaten in Vlaanderen dat 'enkel een Europese markt van groene stroomcertificaten, waarin landen begrepen zijn die beschikken over een surplus t.o.v. hun eigen quota, het deficit van groene stroomcertificaten in Vlaanderen zou kunnen verminderen' (...).

Artikel 15, § 1, van het bestreden besluit, dat andere groene stroomcertificaten dan deze toegekend voor elektriciteit opgewekt in het Vlaamse Gewest of in de gebieden bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 april 1999 uitsluit, houdt dus een schending in van het discriminatieverbod vervat in de in dit middel aangehaalde rechtsbepalingen".

20. De verwerende partij antwoordt dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de leveranciers op grond van nationaliteit, dat door de omzetting van de "Eerste elektriciteitsrichtlijn" in het nationale recht de bestreden beslissing enkel nog kan worden getoetst aan het elektriciteitsdecreet, dat artikel 5 van de reeds eerder genoemde richtlijn 2001/77/EG enkel betrekking heeft op de garanties van oorsprong en niet op groenestroomcertificaten, dat de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet wordt uitgewerkt en bijgevolg als middel niet ontvankelijk is en dat artikel 25 van het elektriciteitsdecreet geen uitstaans heeft met het gelijkheidsbeginsel omdat het enkel een machtiging bevat om in voorkomend geval rekening te houden met andere groenestroomcertificaten, voor zover er gelijke of gelijkwaardige garanties bestaan inzake de aflevering van dergelijke certificaten.

21. In de memorie van wederantwoord haalt de verzoekende partij opnieuw artikel 25 van het elektriciteitsdecreet aan. Zij herhaalt ook dat de bestreden bepaling gelijke gevallen op een ongelijke wijze behandelt.

22. In haar laatste memorie vult de verzoekende partij nog aan dat niet alleen vormen van directe discriminatie verboden zijn maar ook indirecte, dat immers ook al zou uit een maatregel niet expliciet kunnen worden afgelezen dat een onderscheid wordt gemaakt op grond van nationaliteit, indirect toch hetzelfde effect kan worden bewerkstelligd en dat het onderzoek in die richting verder dient te worden gevoerd.

23. De verwerende partij zet in een laatste memorie uiteen dat zij gelet op de verschillende finaliteiten van de diverse binnenlandse en buitenlandse certificaten systemen heeft besloten dat het niet mogelijk was om andere certificaten, behoudens deze afgeleverd door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG), als gelijkwaardig te beschouwen, dat de evenredigheid van dergelijke maatregel werd aanvaard in het tussenarrest nr. 204.108 van 19 mei 2010, dat dezelfde overwegingen ook toepassing moeten vinden in relatie tot de gebeurlijke certificaten afkomstig van andere lidstaten, dat in artikel 15 van het bestreden besluit hoe dan ook geen onderscheid wordt gemaakt of een verschil in behandeling wordt gecreëerd tussen leveranciers op basis van nationaliteit, dat de verzoekende partij niet aantoont dat op het ogenblik dat het bestreden besluit werd genomen in een andere lidstaat een stelsel van groenestroomcertificaten met gelijke of gelijkwaardige waarborgen zou bestaan hebben, dat daarvoor trouwens een duidelijke harmonisatie in Europees verband noodzakelijk zou zijn, dat het ingevoerde groenestroomcertificatensysteem staat of valt met de gelijkheid of gelijkwaardigheid van de door de leveranciers jaarlijks in te dienen groenestroomcertificaten, dat uit een mededeling van de Europese Commissie blijkt dat er slechts op middellange termijn een harmonisatie zou kunnen komen tussen de diverse steunmaatregelen van de onderscheiden lidstaten, dat uit de mogelijkheid van een harmonisatie op middellange termijn bezwaarlijk kan worden afgeleid dat in hoofde van de Vlaamse regering de verplichting zou bestaan om certificaten afkomstig uit andere lidstaten te aanvaarden zonder dat er garanties voorliggen omtrent de gelijkwaardigheid ervan, dat een regeling waarbij de geldigheid principieel wordt erkend van certificaten die zijn toegekend in een andere lidstaat, op voorwaarde dat de in die lidstaat geldende voorwaarden voor

afgifte gelijkwaardig zijn aan die welke gelden in het Vlaamse Gewest, evenredig is met het beoogde doel, dat artikel 25 van het elektriciteitsdecreet destijds in de mogelijkheid voorzag om door andere overheden of regulatoren afgegeven certificaten in aanmerking te nemen, dat omtrent de verenigbaarheid van het betwiste certificatenstelsel met het VWEU en de uitlegging van handelingen van de Europese instellingen desgevallend een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie moet worden voorgelegd, dat artikel 5 van voornoemde richtlijn 2001/77/EG enkel betrekking heeft op de garanties van oorsprong, dat voormeld concept totaal geen uitstaans heeft met een systeem van groenestroomcertificaten, dat garanties van oorsprong er immers toe strekken de handel in elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te bevorderen en de transparantie voor de gebruiker in zijn keuze tussen elektriciteit uit niet-hernieuwbare energiebronnen en elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te vergroten, terwijl groenestroomcertificaten immateriële overdraagbare goederen zijn die aantonen dat een producent in het aangegeven jaar een aangegeven hoeveelheid groene stroom heeft opgewekt en, ten slotte, dat het toentertijd geldende artikel 25 van het elektriciteitsdecreet geen verband houdt met het gelijkheidsbeginsel.

Beoordeling

24. Artikel 18 VWEU sluit niet uit dat een verschil in behandeling zijn rechtvaardiging kan vinden in objectieve overwegingen die los staan van de nationaliteit van de betrokkene en evenredig zijn aan een door het nationale recht nagestreefd legitiem doel.

25. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de non-discriminatie sluiten evenmin uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen

redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangevoerde middelen en het beoogde doel.

26. Zoals werd uiteengezet bij de beoordeling van het tweede onderdeel van het eerste middel, wordt met het stelsel van de groenestroomcertificaten een legitiem doel nagestreefd. Bij de beoordeling van dat middel is de Raad van State eveneens tot de vaststelling gekomen dat de voorwaarden die opgelegd worden voor de aanvaarding van certificaten die afgeleverd zijn door de bevoegde overheid van een andere lidstaat, niet onevenredig zijn met de nagestreefde doelstelling.

De verzoekende partij toont niet aan dat artikel 5 van voornoemde richtlijn 2001/77/EG dat betrekking heeft op de garanties van oorsprong van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te dezen relevant is.

Het derde middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Standpunt van de partijen

27. In een vierde middel roept de verzoekende partij de schending in van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, van artikel 55 van het elektriciteitsdecreet en van het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat artikel 18 van het bestreden besluit in de beginfase van de volledige vrijmaking van de Vlaamse elektriciteitsmarkt de kosteloze distributie van groene stroom aantast door het uitsluiten van groene stroom die niet rechtstreeks op een gewestelijk distributienet wordt geïnjecteerd, terwijl, eerste onderdeel, het ontwerpbesluit voor advies moet worden voorgelegd aan de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (hierna : SERV), de Milieu- en Natuurraad van Vlaanderen (hierna : Mina-raad) en de afdeling wetgeving van de Raad van State, en terwijl, tweede onderdeel, het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat het bestuur zijn

beslissingen op een zorgvuldige wijze voorbereidt.

De beide middelonderdelen worden in het verzoekschrift vervolgens als volgt toegelicht :

"A. Toelichting bij het eerste onderdeel van het vierde middel

Artikel 3, § 1, van de Gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat :

'Buiten het met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid en de ontwerpen betreffende begrotingen, rekeningen, leningen, domeinverrichtingen en het legercontingent uitgezonderd, onderwerpen de Ministers, de leden van de gemeenschaps- of gewestregeringen, de leden van het College van de Franse Gemeenschapscommissie en de leden van het Verenigd College respectievelijk bedoeld in het derde en het vierde lid van artikel 60 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, ieder wat hem betreft, aan het met redenen omkleed advies van de afdeling wetgeving de tekst van alle voorontwerpen van wet, decreet, ordonnantie of van ontwerpen van reglementaire besluiten. Het advies en het voorontwerp worden gehecht aan de memorie van toelichting van de ontwerpen van wet, decreet of ordonnantie. De adviesaanvraag vermeldt de naam van de gemachtigde of van de ambtenaar die de minister aanwijst om de afdeling wetgeving de dienstige toelichtingen te verstrekken. Het advies wordt gehecht aan de verslagen aan de Koning, aan de Regering, aan het College van de Franse Gemeenschapscommissie en aan het Verenigd College.'

Reglementaire besluiten welke, behoudens het geval van hoogdringendheid, niet aan het voorafgaand advies van de afdeling wetgeving werden onderworpen, schenden een op straffe van nietigheid voorgeschreven substantiële formaliteit.

De adviesverplichting houdt in dat, nadat het advies is uitgebracht, enkel nog wijzigingen aan de ontwerp tekst mogen worden aangebracht die uit de opmerkingen van de afdeling wetgeving voortvloeien en dat de overheid bijgevolg geen andere, substantiële wijzigingen meer aan die tekst mag aanbrengen, tenzij over die wijzigingen opnieuw het advies van de afdeling wetgeving wordt gevraagd of met betrekking tot die wijzigingen de hoogdringendheid werd ingeroepen (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, Overzicht van het Belgisch administratief Recht, Antwerpen, Kluwer, 2002, 897-898, zie inzonderheid voetnoot 45 met aldaar aangehaalde referenties).

Dit blijkt ook uit het recente arrest nr. 126.817 van 5 januari 2004 waarin uw Raad heeft gesteld dat:

'Overwegende dat buiten betwisting staat dat de tekst van het bestreden besluit overeenkomstig artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, aan het advies van de afdeling Wetgeving

onderworpen diende te worden; dat de afdeling ook een advies gegeven heeft; dat te dezen de vraag aan de orde staat of, gelet op de wijzigingen die de regering nadien nog aan het besluit heeft aangebracht buiten de aanpassing van de tekst aan het advies van de afdeling Wetgeving, een nieuw advies van de afdeling Wetgeving vereist was.'

Met betrekking tot de kosteloze distributie heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies 36.380/1, gegeven op 29 januari 2003, gesteld dat :

'Artikel 20, § 1, van het ontwerp beperkt de kosteloze distributie van stroom uit hernieuwbare energiebronnen 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 16 en in een productie-installatie, aangesloten op een distributienet gelegen in het Vlaamse Gewest.

De aandacht van de stellers van het ontwerp wordt erop gevestigd dat de tenuitvoerlegging van een bepaling uit het besluit van de Vlaamse regering van 28 september 2001, waarin de kosteloze distributie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen ook werd beperkt tot de elektriciteit opgewekt door productie-installaties gelegen in het Vlaamse Gewest, werd geschorst, bij arrest van 12 januari 2004, door de Raad van State, afdeling administratie'.

Het bestreden besluit voorziet in artikel 18 dat:

'§ 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. (...)'

Uit het voorgaande volgt dat de aan de afdeling wetgeving voorgelegde tekst inhoudelijk verschillend is van de in artikel 18 van het bestreden besluit aangenomen bepaling. Inderdaad, de aangenomen bepaling reikt, zoals uiteengezet in de vorige middelen, verder dan een loutere aanpassing van de tekst aan het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving.

Door het niet opnieuw voorleggen van de gewijzigde versie aan de afdeling wetgeving van de Raad van State - het bestreden besluit vermeld enkel 'Gelet op het advies 36.380/1 van de Raad van State, gegeven op 29 januari 2003 (...)'-, zonder dat met betrekking tot de wijzigingen de hoogdringendheid werd ingeroepen, heeft verwerende partij aldus tevens artikel 3, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State geschonden.

Daarnaast bepaalt artikel 55 van het elektriciteitsdecreet dat elk ontwerp van uitvoeringsbesluit van voormeld decreet door de Vlaamse regering voor advies wordt voorgelegd aan de SERV en de MiNa-Raad.

De overheid moet aan het orgaan dat wordt geconsulteerd wel de nodige inlichtingen verschaffen opdat dit zich met kennis van zaken over de regeling

zou kunnen uitspreken (cf. R.v.St. nr. 18.581 van 24 november 1977, o.c., 427 en M. VAN DAMME, Raad van State. Afdeling wetgeving, Brugge, Die Keure, 1998, 197).

Verzoekende partij merkt op dat de aan de MiNa-Raad en aan de SERV - hun adviezen dateren van respectievelijk 3 juli 2003 en 9 juli 2003 - voorgelegde tekst met betrekking tot artikel 18 inhoudelijk grondig verschilt van artikel 18 van het bestreden besluit. Inderdaad, de tekst die aan de SERV werd voorgelegd voor advies (artikel 19 van het ontwerp) luidt :

'Art. 19. § 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. '(...)

Het betreft hier met andere woorden dezelfde tekst als deze aangenomen in artikel 2 van het besluit van 4 april 2003, bepaling die door uw Raad werd geschorst in zijn arrest van 12 januari 2004.

De Vlaamse regering wijzigde na het uitbrengen van de adviezen door de MiNa-Raad en de SERV op respectievelijk 3 juli 2003 en 9 juli 2003, de voormelde bepaling, evenwel zonder deze opnieuw voor advies voor te leggen aan de SERV en de MiNa-Raad. Door het aannemen van deze nieuwe bepaling die de kosteloze distributie een andere invulling geeft dan deze in de voor advies voorgelegde bepaling, miskent verwerende partij derhalve artikel 55 van het elektriciteitsdecreet.

(...)

B. Toelichting bij het tweede onderdeel van het vierde middel

Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat het bestuur zijn beslissingen op een zorgvuldige wijze voorbereidt (A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, overzicht van het Belgisch administratief Recht, Antwerpen, Kluwer, 2002, 53-54, W. LAMBRECHTS, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel', in I. OPDEBEEK, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Antwerpen, Kluwer, 1993, 35).

Zelfs indien voorgeschreven pleegvormen, zoals het inwinnen van adviezen, werden nageleefd, moeten deze een voldoende actueel karakter hebben, d.w.z. dat de tijdsperiode tussen het ogenblik waarop de pleegvormen werden nageleefd en de definitieve totstandkoming van de norm waarop de pleegvormen betrekking hebben niet te lang mag zijn. De feitelijke en juridische omstandigheden mogen sinds het ogenblik waarop de pleegvormen werden nagekomen niet zodanig gewijzigd zijn dat die pleegvormen niet langer als relevant kunnen worden beschouwd (M. VAN DAMME, Raad van State. Afdeling wetgeving, Brugge, Die Keure, 1998, 196-197; J. SALMON, Le Conseil d'Etat, I. Bruxelles, Bruylant, 1994, 430; M.-A. FLAMME, Droit administratif, T.I, Bruxelles, Bruylant, 1989, 414). Daarenboven blijkt uit de rechtspraak van uw Raad (R.v.St. nr. 18.581 van 24 november 1977, o.c., 427) dat de overheid aan het orgaan dat wordt geconsulteerd wel de nodige inlichtingen moet verschaffen opdat dit zich met kennis van zaken over de regeling zou kunnen uitspreken (M. VAN DAMME, o.c. , 197).

Zoals uiteengezet in het eerste onderdeel van het middel is de voor advies aan de SERV en de MiNa-Raad voorgelegde bepaling inhoudelijk wezenlijk

verschillend van het in het bestreden besluit aangenomen artikel 18. De SERV en de MiNa-Raad hebben aldus niet met kennis van zaken hun advies kunnen verstrekken. Voorgenoemde adviesorganen hadden immers verwerende partij erop kunnen wijzen dat de thans aangenomen bepaling nog steeds de Europese regels schendt en niet conform is met de dwingende regels die verband houden met de E.M.U. daar groene stroom rechtstreeks geïnjecteerd op het transmissienet, waaronder groene stroom afkomstig uit de zeegebieden of uit installaties in andere Gewesten (bijvoorbeeld de biomassa-installaties van Burgo Ardennes in het Waals Gewest), nog steeds wordt uitgesloten van de kosteloze distributie.

Daarnaast stelt verzoekende partij vast dat hoewel de MiNa-Raad en de SERV verplicht waren hun advies in sneltempo te geven, verwerende partij er uiteindelijk acht maanden heeft over gedaan om het bestreden besluit aan te nemen, een besluit dat daarenboven nog een andere inhoud heeft dan de bepalingen die aan voorgenoemde adviesorganen werden voorgelegd.

Voorts valt het ten eerste te betwijfelen of verwerende partij de uitgebrachte raadgevingen van de adviesorganen ernstig heeft overwogen. Immers, er moet worden vastgesteld dat zowel de SERV als de MiNa-Raad zich in al hun adviezen bijzonder negatief hebben uitgelaten omtrent de beperkingen van de kosteloze distributie van groene stroom zoals voorzien door de Vlaamse regering in haar besluit van 4 april 2003 en in het bestreden besluit.

Wat de MiNa-Raad betreft stelde deze in haar advies van 6 maart 2003 (...) betreffende het ontwerpbesluit dat geleid heeft tot het besluit van 4 april 2003 reeds dat :

'Betreft het echter groene stroom die in andere regio's of landen is opgewekt, dan meent de Raad dat de betreffende leveranciers verplicht dienen te worden aan de VREG aan te tonen dat vermeende groene stroom aan de voorwaarden van het Vlaamse Gewest voldoet. Indien dit niet zou gebeuren, riskeert de Vlaamse regering de geloofwaardigheid van groene stroom te ondermijnen (...)

De erkenning van 'buitenlandse groene stroom' onder deze voorwaarden zou voor de Raad ook moeten betekenen dat de distributie ervan binnen Vlaanderen gratis moet verlopen. (...)

De Raad dringt er dan ook op aan om de verplichting om gratis groene stroom te distribueren te behouden, met de reeds vermelde randvoorwaarde: zolang de leverancier aan de VREG niet kan aantonen dat de te distribueren groene stroom voldoet aan de Vlaamse voorwaarden (en zolang hij van de VREG geen erkenning heeft gekregen), dan kan de leverancier ook geen aanspraak maken op de gratis distributie.'

In haar advies van 3 juli 2003 bij het bestreden besluit stelde de MiNa-Raad (...):

'Gratis distributie van groene stroom (art. 19). De Raad verwijst hiervoor naar zijn advies over het ontwerp van uitvoeringsbesluit tot wijziging van het uitvoeringsbesluit inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen (zie het reeds aangehaald advies van 6 maart 2003). Hij herhaalt zijn opmerkingen m.b.t. de discriminatie t.a.v. geïmporteerde elektriciteit

uit hernieuwbare energiebronnen (...).'

De MiNa-Raad gaf met andere woorden twee zeer negatieve adviezen. Wat de SERV betreft, heeft deze in zijn advies van 12 maart 2003 gesteld dat (...):

'Ten eerste vraagt de raad of de voorgestelde beperking verenigbaar is met de wettelijke en Europese regels. Gezien de gratis distributie wordt beperkt tot de groene stroom die vanuit productie-installaties gelegen in het Vlaamse Gewest, bestaat de kans dat deze beperking in strijd wordt geacht met de Europese regels inzake staatssteun en de vrijwaring van de interne markt. Er wordt immers een onderscheid gemaakt, louter op basis van de oorsprong van de groene stroom.

(...) Ook vervalt de stimulans om groene stroom uit het buitenland te importeren, terwijl deze import wellicht nodig is voor Vlaanderen en België om de doelstelling inzake het aandeel van hernieuwbare energiebronnen in de energievoorziening die België heeft aangegaan in Europees verband, te halen.'

In zijn advies van 9 juli 2003 stelde de SERV:

'6.3. Zoek een structurele oplossing voor de noodzaak tot beperking van de gratis distributie

De raad heeft in zijn advies van 12 maart 2003 gepleit voor een structurele oplossing die de beperking van de kosteloze distributie van groene stroom tot de injectie van elektriciteit opgewekt door productie-installaties aangesloten op de distributienetten gelegen in het Vlaamse Gewest, zou kunnen vervangen. Naar aanleiding van voorliggende adviesvraag, vraagt de raad dat hier snel werk van wordt gemaakt.'

Ook de SERV gaf dus met betrekking tot de beperking van de kosteloze distributie twee negatieve adviezen.

Verwerende partij kreeg aldus van de adviesorganen SERV en MiNa-raad, alsook van de afdeling wetgeving van de Raad van State, zes negatieve adviezen betreffende de beperking van de kosteloze distributie van groene stroom. Verwerende partij heeft, goed wetend dat een beperking van de kosteloze distributie van groene stroom bij deze adviesorganen wederom een negatief advies zou opleveren, wellicht om deze redenen geen nieuwe adviesaanvraag gericht tot de SERV en de MiNa-Raad vooraleer het bestreden besluit aan te nemen.

Verder hebben voormelde adviesorganen bepleit om de besluitvorming beter voor te bereiden ten einde op een structurele manier de Europese richtlijnen om te zetten. De herhaalde wijzigingen in de regelgeving zorgen voor rechtsonzekerheid en verstoren de goede werking van de elektriciteitsmarkt. Zo werd de onwenselijkheid van herhaalde wijzigingen van de reglementering in het advies van de SERV op volgende wijze gesteld (...):

'Na het eerder uitstel van de inwerkingtreding van het systeem van groene stroomcertificaten en de wijzigingen via het programmadecreet 2003, wordt de reglementering inzake groene stroom opnieuw aangepast. De spelregels werden meermaals grondig gewijzigd terwijl het spel wordt gespeeld.

De raad wenst te benadrukken dat deze gang van zaken negatieve gevolgen heeft voor de rechtszekerheid en de goede werking van de

elektriciteitsmarkt, en voor de investeringen in groene stroom in het bijzonder. (...)'

Deze onwenselijkheid werd nog herhaald in het advies van de SERV van 9 juli 2003 (...):

'Een betere voorbereiding van en besluitvorming over de totstandkoming van het energierecht kan volgens de raad veelvuldige wijzigingen vermijden. Het voorliggend ontwerp van besluit wijzigt bijvoorbeeld het bestaande besluit inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen om uitvoering te geven aan de Europese richtlijn 2001/77/EG betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt, die reeds dateert van 27 september 2001.'

Niettemin nam verwerende partij toch het bestreden besluit.

Tenslotte stelt verzoekende partij vast dat, ondanks de veelvuldige wijzigingen en de verwijzing in de overwegende bij het bestreden besluit, verwerende partij nog steeds in gebreke is gebleven de richtlijn hernieuwbare energiebronnen om te zetten, hoewel dit uiterlijk voor 27 oktober 2003 diende te gebeuren. Verzoekende partij stelt vast dat het bestreden besluit niets bepaalt omtrent de garanties van oorsprong zoals bepaald in artikel 5 van de richtlijn hernieuwbare energiebronnen.

Uit het voorgaande volgt dat verwerende partij bij het aannemen van het bestreden besluit niet de vereiste zorgvuldigheid aan de dag (heeft) gelegd en, zodoende, met miskennis van de in dit middel aangehaalde rechtsbepalingen is genomen".

28. De verwerende partij repliceert, met betrekking tot het eerste onderdeel, dat de afdeling wetgeving van de Raad van State in zijn advies van 29 januari 2004 heeft gewezen op de kritiek die de afdeling bestuursrechtspraak had geformuleerd in het arrest nr. 127.031, dat de Vlaamse regering daarop de ontworpen maatregel tot beperking van de kosteloze distributie heeft aangepast, dat aan de betrokken bepaling evenwel geen wijzigingen werden aangebracht die verder reiken dan hetgeen door de afdeling wetgeving werd opgemerkt, dat overeenkomstig artikel 55 van het elektriciteitsdecreet zowel het advies van de SERV als van de Mina-raad werd ingewonnen, dat door rekening te houden met het arrest nr. 127.031 ook werd tegemoet gekomen aan de kritiek die door de SERV en de Mina-raad was geformuleerd en dat er ook geen enkele reden was om de ontwerp tekst na tegemoetkoming aan de opmerkingen van de adviesorganen nogmaals aan deze adviesorganen voor te leggen.

Met betrekking tot het tweede onderdeel antwoordt de verwerende partij dat de adviezen van de SERV en de Mina-raad niet bindend zijn, dat de geformuleerde opmerkingen en bedenkingen op afdoende wijze werden beoordeeld en beantwoord vooraleer de definitieve tekst door de Vlaamse regering werd aangenomen, dat de beslissing om bedoelde adviezen niet of niet volledig te volgen door de Vlaamse regering niet moet worden verantwoord en dat zij niet in gebreke is gebleven om artikel 5 van richtlijn 2001/77/EG om te zetten.

29. In haar memorie van wederantwoord herhaalt de verzoekende partij dat de wijzigingen die aangebracht werden na het inwinnen van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State neerkomen op een volledig nieuw juridisch concept. Inzake het tweede onderdeel van het middel beklemtoont zij dat over de beperking van de gratis distributie van groene stroom maar liefst zes negatieve adviezen werden uitgebracht, dat in die omstandigheden elk normaal voorzichtig handelend bestuur zich grondig zou hebben laten voorlichten alvorens een nieuwe beperkende regeling voor advies voor te leggen aan de bevoegde instanties en dat de verwerende partij desalniettemin de gratis distributie van groene stroom heeft beperkt.

30. De verzoekende partij betoogt in haar laatste memorie dat het zorgvuldig ware geweest om opnieuw het advies in te winnen van de SERV en de Mina-raad, dat de Vlaamse regering er niet zonder meer kan van uitgaan dat door de wijziging van een ontwerp van besluit wordt tegemoetgekomen aan de bezorgdheden van de adviesverlenende instanties en dat de gewijzigde tekst minstens op het vlak van de volledige gelijkgeschakeling van de in het buitenland opgewekte groene stroom afwijkt van de uitgebrachte adviezen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

31. Overeenkomstig artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dienen de leden van de gemeenschaps- of gewestregeringen, buiten het met bijzondere redenen omklede geval van de dringende noodzakelijkheid, de ontwerpen van reglementaire besluiten aan het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State te onderwerpen.

De verplichting opgelegd bij het voornoemde artikel 3, § 1 houdt in dat de eindversie van het ontwerp aan de afdeling wetgeving wordt voorgelegd, niet een tekstversie waarin, desgevallend in het kader van bijkomende raadplegingen, nog wijzigingen kunnen worden aangebracht. Nadat de afdeling wetgeving zijn advies heeft gegeven, kunnen in de tekst van het ontwerp in beginsel enkel nog wezenlijke wijzigingen worden aangebracht als die veranderingen precies tot doel hebben het ontwerp aan te passen aan de opmerkingen in het advies.

In artikel 20, § 1, van het ontwerp van besluit van de Vlaamse regering "inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen", dat voor advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State is voorgelegd, was de kosteloze distributie van stroom uit hernieuwbare energiebronnen 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 16 en in een productie-installatie, aangesloten op een distributienet gelegen in het Vlaamse Gewest.

De afdeling wetgeving heeft in zijn advies nr. 36.380/1 van 29 januari 2004 de aandacht van de stellers van het ontwerp gevestigd op de overwegingen van het arrest nr. 127.031 van 12 januari 2004 waarbij de afdeling bestuursrechtspraak de schorsing van de tenuitvoerlegging heeft bevolen van een bepaling uit het besluit van de Vlaamse regering van 28 september 2001, waarin de kosteloze distributie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen werd beperkt tot de elektriciteit opgewekt door productie-installaties gelegen in het Vlaamse Gewest.

Precies om tegemoet te komen aan voornoemde opmerkingen heeft de Vlaamse regering haar ontwerp van besluit aangepast. Die wijzigingen moesten niet opnieuw aan het verplicht advies van de afdeling wetgeving worden onderworpen. De verzoekende partij duidt geen wetskrachtige bepaling noch beginsel aan op grond waarvan wijzigingen aan een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering die voortvloeien uit de opmerkingen van de afdeling wetgeving van de Raad van State opnieuw voor advies aan de SERV en de Mina-raad moeten worden voorgelegd. In het destijds geldende artikel 55 van het elektriciteitsdecreet dat bepaalde dat "elk ontwerp van uitvoeringsbesluit van dit decreet (...) door de Vlaamse regering voor advies aan de Sociaal Economische Raad van Vlaanderen en aan de Milieu- en Natuurraad van Vlaanderen (wordt) voorgelegd", kan dergelijk voorschrift alleszins niet worden aangetroffen.

Tweede onderdeel

32. Bij de uitoefening van haar normerende bevoegdheid komt het in principe aan de Vlaamse regering toe om al dan niet rekening te houden met de raadgevingen en opmerkingen van de organen die zijn ingesteld om haar in het kader van de beleidsvoorbereiding van advies te dienen.

De vraag of het gewijzigde ontwerpbesluit, dat later het bestreden besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 2004 is geworden, voldoet aan alle hiërarchisch hogere rechtsnormen komt aan bod bij de beoordeling van de

overige middelen.

Conclusie

Het vierde middel is ongegrond.

E. Vijfde middel

Standpunt van de partijen

33. De verzoekende partij voert in een vijfde middel de schending aan van artikel 15 van het elektriciteitsdecreet, doordat artikel 18 van het bestreden besluit de kosteloze distributie beperkt tot de elektriciteit die opgewekt is in een productie-installatie die haar elektriciteit rechtstreeks injecteert in een in België gelegen distributienet, terwijl dergelijke beperking geen rechtsgrond vindt in de geschonden geachte decretale bepaling.

Zij licht het middel als volgt toe :

"Krachtens artikel 15 van het elektriciteitsdecreet voert de netbeheerder 'alle taken die noodzakelijk zijn voor de distributie van groene stroom, met uitzondering van de aansluiting op het distributienet, kosteloos uit. De Vlaamse regering kan de regeling in het eerste lid beperken'.

De Vlaamse Minister van Mobiliteit, Openbare werken en Energie lijnde deze bepaling op volgende wijze af tijdens de parlementaire zitting inzake het elektriciteitsdecreet in ontwerp:

'De Vlaamse regering heeft de mogelijkheid om de kosteloze distributie van groene stroom te beperken om rekening te houden met nieuwe Europese richtlijnen of indien het aandeel van groene stroom zeer hoog zou worden' (Parl. St., Vlaamse Raad, 1999-2000, stuk 285, nr. 4, 30).

Artikel 18 van het bestreden besluit is evenwel geenszins in overeenstemming te brengen met deze toelichting en maakt aldus een rechtstreekse schending uit van het elektriciteitsdecreet. Immers zou de Vlaamse regering, op basis van de interpretatie die de bevoegde Minister er zelf heeft aan gegeven, de kosteloze distributie uitsluitend beperken om rekening te houden met nieuwe Europese richtlijnen of indien het aandeel van groene stroom zeer hoog zou worden.

Vooreerst bestaat er geen Europese richtlijn - of zelfs een richtlijn in

ontwerp - waarmee de Vlaamse regering rekening zou moeten houden, wel integendeel.

Daarnaast is het aandeel van groene stroom zeker niet 'te hoog', wel integendeel zal Vlaanderen op basis van zijn huidige aandeel in groene stroom nog grote inspanningen moeten leveren om zijn internationale en Europese verbintenissen na te leven".

34. De verwerende partij antwoordt dat uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van elektriciteitsdecreet blijkt dat de kosteloze distributie enkel van toepassing zal zijn op de lokale en decentrale productie van groene stroom in Vlaanderen die rechtstreeks op het distributienet geïnjecteerd wordt, dat de Raad van State in zijn arrest nr. 127.031 van 12 januari 2004 heeft geoordeeld dat de betrokken maatregel beantwoordt aan en ingegeven is vanuit de bekommernis om in Vlaanderen de decentrale lokale productie van groene stroom te bevorderen die geïnjecteerd wordt op het distributienet, dat de toelichting die de minister heeft verstrekt hiermee niet in tegenspraak is en dat een ministeriële verklaring alleszins geen afbreuk kan doen aan de duidelijke wil van de decreetgever.

35. In haar memorie van wederantwoord citeert de verzoekende partij uit het verslag namens de Commissie voor Openbare Werken, Mobiliteit en Energie (Parl. St., Vl. Parl. 1999-2000, nr. 285/4, 7) het volgende : "Om groene stroom bijkomend te stimuleren, moeten de netbeheerders instaan voor het kosteloos uitvoeren van alle taken noodzakelijk voor de distributie van groene stroom. Alleen voor de aansluiting op het distributienet moet betaald worden. De kostprijs van de aankoop van een kilowattuur groene stroom wordt aldus gedrukt en concurrentiëler gemaakt". Zij besluit dat de stelling van de verwerende partij indruist tegen de parlementaire voorbereiding van het elektriciteitsdecreet.

36. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat op grond van de verklaring in het verslag namens de Commissie voor Openbare Werken, Mobiliteit en Energie slechts twee limitatieve rechtvaardigingsgronden voor de beperking van de kosteloze distributie gelden, met name "om rekening te houden met nieuwe Europese richtlijnen" ofwel "indien het aandeel van groene

stroom zeer hoog zou worden".

Beoordeling

37. Artikel 15 van het elektriciteitsdecreet bepaalde ten tijde van de totstandkoming van het bestreden besluit dat de netbeheerder alle taken die noodzakelijk zijn voor de distributie van groene stroom, met uitzondering van de aansluiting op het distributienet, kosteloos uitvoert. Luidens het tweede lid van dezelfde bepaling kon de Vlaamse regering die kosteloze regeling beperken.

Uit de destijds geldende tekst van het decreet blijkt niet dat de Vlaamse regering slechts in een welbepaald aantal limitatieve gevallen gemachtigd was om de gunstregeling voor de distributie van groene stroom te beperken. De verklaringen tijdens de parlementaire ontstaansgeschiedenis die de verzoekende partij aanhaalt, kunnen geen afbreuk doen aan de algemene draagwijdte van de door de decreetgever verleende machtiging.

Het vijfde middel is ongegrond.

F. Zesde middel

Standpunt van de partijen

38. De verzoekende partij roept de schending in van artikel 88, derde lid, van het EG-verdrag en van artikel 3, negende lid, van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG, doordat met het bestreden besluit het besluit van de Vlaamse regering van 28 september 2001 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen, dat door de Europese Commissie werd goedgekeurd, wordt opgeheven, terwijl het bestreden besluit zelf niet ter kennis werd gebracht aan de Commissie.

Het verzoekschrift bevat de volgende toelichting bij het middel :

"Naar luid van artikel 88, derde lid, van het EG-Verdrag hebben de Vlaamse autoriteiten de verplichting om de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte te brengen. Deze verplichting tot kennisgeving wordt ook uitdrukkelijk vermeld in de milieukaderregeling:

'De Commissie herinnert eraan dat deze kaderregeling, met uitzondering van de overeenkomstige Verordening (EG) nr. 69/2001 (42) als de minimis-steun aangemerkte maatregelen, geen afbreuk doet aan de aanmeldingsverplichting van de lidstaten op grond van artikel 88, lid 3, van het EG Verdrag die betrekking heeft op alle steunregelingen, alle wijzigingen die buiten de goedgekeurde regelingen alsook op elke individuele steunmaatregel die buiten de goedgekeurde regelingen aan ondernemingen wordt verleend. De Commissie is voornemens de goedkeuring van elke toekomstige regeling te toetsen aan de naleving van de bepalingen van deze kaderregeling' (Mededeling van de Commissie - Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, PB. C 37 3 februari 2001, punt 79 - 80).

Ook de tweede elektriciteitsrichtlijn herinnert aan de verplichting om de openbardienstverplichtingen ter kennis te brengen van de Europese Commissie. In haar artikel 3, negende lid, bepaalt de elektriciteitsrichtlijn dat:

'De lidstaten delen de Commissie in het verlengde van de uitvoering van deze richtlijn alle maatregelen mee die zijn vastgesteld om aan de verplichtingen inzake universele dienstverlening en openbare dienstverlening te voldoen, met inbegrip van consumentenbeschermings- en milieubeschermingsmaatregelen, alsmede de mogelijke gevolgen van die maatregelen voor de nationale en internationale mededinging, ongeacht of deze maatregelen een afwijking van deze richtlijn vereisen. Zij delen de Commissie vervolgens om de twee jaar alle wijzigingen van de maatregelen mede, ongeacht of deze maatregelen een afwijking van deze richtlijn vereisen (...)'.

Bovendien voorziet artikel 20, §3, van het elektriciteitsdecreet dat:

'De Vlaamse regering beschikt over de kredieten van het Energiefonds voor de financiering van de openbardienstverplichtingen bedoeld in artikel 19, de taken bedoeld in artikel 15, haar sociale energiebeleid en haar beleid inzake het rationeel energiegebruik.'

Het elektriciteitsdecreet richt aldus een Energiefonds op waarvan de kredieten door de Vlaamse regering worden aangewend voor de financiering van het systeem van de kosteloze distributie, hetgeen in wezen neerkomt op een subsidiëring van de distributiekosten door het Vlaamse Gewest (K. DE COCK, 'Milieu en energierecht', in K. DEKETELAERE (ed.), Handboek milieurecht, nr. 2413, pp. 1466-1467).

In dit verband stelde het advies van 6 maart 2003 van de MiNa-Raad dat (...):

'1. De gratis distributie van groene stroom, ongeacht de opwekkingsplaats, staat reeds in het elektriciteitsdecreet ingeschreven sinds 17 juli 2000. Daarop terugkomen kan juridisch worden aangevochten.

2. De Vlaamse regering wist op voorhand dat de kosten gepaard gaande met de gratis distributie van groene stroom de netbeheerders misschien in de problemen ging brengen. Daarom werd in het Elektriciteitsdecreet ook voorzien dat de middelen van het Energiefonds o.a. zouden worden besteed aan tussenkomsten in deze bijkomende kosten van de distributienetbeheerders'.

Terwijl het ontwerpbesluit hernieuwbare energiebronnen dat resulteerde in het besluit van 28 september 2001 wel werd meegedeeld aan de Europese Commissie, die het onder de reeds gestelde en voorwaarden en verklaringen van de Vlaamse regering inzake naleving van onder meer het vrij verkeer, goedkeurde (Europese Commissie, Steunmaatregel nr. 550/2000 - Groenestroomcertificaten, Brussel, 25 juli 2001 p. 10 - (...)), werd bij de totstandkoming van het bestreden besluit, zoals bij de totstandkoming van het besluit van 4 april 2003 waarvan door Uw Raad artikel 2 werd geschorst, deze meldingsplicht niet nageleefd zodat het de aangehaalde bepalingen schendt en, zodoende, met onwettelijkheid is aangetast".

39. De verwerende partij antwoordt dat het bestreden besluit geen steunmaatregelen bevat in de zin van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag, dat het bestreden besluit er immers niet toe strekt een rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen te organiseren, dat de mededeling van de Commissie betreffende de communautaire kaderrichtlijn inzake staatssteun ten behoeve van het milieu geen opmerkingen of richtlijnen bevat over welke maatregelen al dan niet staatssteun zijn in de zin van het EG-verdrag, dat het bestreden besluit geen bepalingen bevat die uitvoering geven aan artikel 20 van het elektriciteitsdecreet, dat de oprichting van het Energiefonds en de mogelijke financiële tussenkomsten door dit fonds geregeld worden door het elektriciteitsdecreet, dat de Europese Commissie ten aanzien van het initiële ontwerp van uitvoeringsbesluit, dat later het besluit van de Vlaamse regering van 28 september 2001 is geworden, heeft geoordeeld dat de regeling met betrekking tot de groenestroomcertificaten geen steunmaatregel is en dus niet moest worden aangemeld en dat de meldingsplicht a posteriori overeenkomstig artikel 3, negende lid, van de "Tweede elektriciteitsrichtlijn" niet kan worden gelijkgeschakeld met de voorafgaande meldingsplicht van artikel 88, derde lid, van het EG-verdrag.

40. In haar memorie van wederantwoord dupliceert de verzoekende partij dat door het elektriciteitsdecreet een Energiefonds wordt opgericht waarvan de kredieten door de Vlaamse regering worden aangewend voor de financiering van het systeem van de kosteloze distributie, hetgeen in wezen neerkomt op een subsidiëring van het systeem van de kosteloze distributie dat door het bestreden besluit werd gewijzigd, dat zodoende het systeem van kosteloze distributie van groene stroom wordt gefinancierd door staatsmiddelen en dat uit artikel 3, tweede lid, van de "Eerste elektriciteitsrichtlijn" en artikel 3, negende lid van de "Tweede elektriciteitsrichtlijn" duidelijk af te leiden valt dat het bestreden besluit onverwijld aan de Europese Commissie had moeten worden meegedeeld, temeer omdat het bestreden besluit openbare dienstverplichtingen inhoudt op het gebied van de bescherming van het leefmilieu.

41. In haar laatste memorie herinnert de verzoekende partij er aan dat de Europese Commissie ten tijde van de aanmelding van het Vlaamse groenestroomcertificatensysteem gesteld heeft dat het ondersteuningssysteem "in beginsel" geen staatssteun uitmaakt en dat, indien de maatregel staatssteun zou bevatten, hij verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, aangezien hij voldoet aan de voorwaarden van de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu. Voorst stelt de verzoekende partij nog dat de aanmelding van het groenestroomcertificatensysteem geheel los staat van het systeem van kosteloze distributie aangezien dit systeem wel degelijk een overdracht van staatsmiddelen met zich mee brengt en de beperking van kosteloze distributie niet gerechtvaardigd wordt door milieuoverwegingen.

Beoordeling

42. De maatregel, vervat in het besluit van de Vlaamse regering van 28 september 2001, werd overeenkomstig artikel 88, derde lid, van het EG-verdrag, thans artikel 108 VWEU, voorafgaandelijk aangemeld bij de Europese Commissie. Op 25 juli 2001 heeft de Commissie besloten dat "de aangemelde maatregel betreffende de groenestroomcertificaten in beginsel geen

steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag is" en dat "zelfs indien de maatregel in tegenstelling tot de hierboven gemaakte conclusie staatssteun zou bevatten, (...) hij verenigbaar (is) met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag en artikel 61, lid 3, onder c), van de EER-Overeenkomst aangezien hij voldoet aan de voorwaarden van de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu". Wat betreft het bestreden artikel 15, dat enkel handelt over de aanvaarding van de groenestroomcertificaten, bestaat er geen reden om de zaak anders te beoordelen. Voorts kan niet worden ingezien hoe artikel 18 van het bestreden besluit door de kosteloze distributie van groene stroom te beperken, anders dan voorheen een "voordeel" zou toekennen dat bestaat uit de rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen aan de producenten van dit soort elektriciteit.

Artikel 3, negende lid, van voornoemde richtlijn 2003/54/EG verplicht de lidstaten tot een meldingsplicht "in het verlengde van de uitvoering van deze richtlijn", wat niet gelijkstaat met een voorafgaande aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie.

Het zesde middel is ongegrond.

G. Zevende middel

Standpunt van de partijen

43. De verzoekende partij voert de schending aan van het rechtszekerheids-, gelijkheids- en consistentiebeginsel, doordat artikel 18 van het bestreden besluit het principe van de kosteloze distributie van groene stroom opnieuw beperkt nadat het besluit van de Vlaamse regering van 4 april 2003, dat ook reeds een beperking had ingesteld, door de Raad van State werd geschorst bij arrest nr. 127.031 van 12 januari 2004.

Het middel wordt als volgt toegelicht :

"Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat door het recht zekerheid moet worden gecreëerd. Dit betekent dat de burger erop dient te kunnen vertrouwen dat een ander - overheid of medeburger - volgens het recht handelt en dat hijzelf binnen de grenzen van de norm mag handelen. Op het vlak van de relatie bestuur-burger vloeit uit dit beginsel voort dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders kan worden gezien als een vaste gedragslijn van de overheid. Vervolgens impliceert het rechtszekerheidsbeginsel dat de burger er recht op heeft dat de overheid zijn rechtspositie duidelijk vaststelt en niet in het vage laat (A. VAN MENSEL, Het beginsel van behoorlijk bestuur, nr. 271, p. 107). Uit de rechtspraak van de Raad van State volgt hieruit voor de overheid in de uitoefening van zijn bevoegdheden een verplichting tot naleving van het geschepte vertrouwen ten aanzien van de burger (R.v.St. nr. 1550, 7 november 1950; R.v.St. nr. 4128, 4 maart 1955; R.v.St. nr. 14.801, 10 juni 1971; R.v.St. nr. 15800, 3 april 1973; R.v.St. nr. 15912, 13 juni 1973; R.v.St. Polfliet, nr. 46.004, 4 februari 1994).

Bovendien komen de beginselen van behoorlijk bestuur in het gedrang ingeval het bestuur op willekeurige wijze van de door hem uitgestippelde beleidsregels gaat afwijken (R.v.St. nr. 24.467, 20 juni 1984) (M. VAN DAMME, 'Het rechtszekerheid- en vertrouwensbeginsel', in I. OPDEBEEK (ed.), Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, p. 121).

De kosteloze distributie van groene stroom is in werking sinds 1 januari 2002, datum van inwerkingtreding van het besluit hernieuwbare energiebronnen van 28 september 2001. De voorbereidende werken van het elektriciteitsdecreet bepalen tevens dat:

'De Vlaamse regering heeft de mogelijkheid om de kosteloze distributie van groene stroom te beperken om rekening te houden met nieuwe Europese richtlijnen of indien het aandeel van groene stroom zeer hoog zou worden.' (Parl. St., VI. Parl., Stuk 285 1999-2000 - Nr. 4, p. 30)

De beperking van de kosteloze distributie van groene stroom zoals bepaald in het bestreden besluit kan onmogelijk verantwoord worden op basis van hetgeen in de voorbereidende werken werd gesteld betreffende een eventuele beperking van het systeem van kosteloze distributie van groene stroom. Immers, zoals reeds is vermeld, bestaat er noch een Europese richtlijn - of zelfs een ontwerp-richtlijn - waarmee rekening zou dienen te worden gehouden, noch is het aandeel van groene stroom in Vlaanderen 'zeer hoog' doch vandaag waarschijnlijk zelfs onvoldoende om de Vlaamse internationale en Europese verplichtingen te kunnen naleven.

Op grond van de in het elektriciteitsdecreet en het oorspronkelijk besluit hernieuwbare energiebronnen van 28 september 2001 opgenomen bepalingen, werkte verzoekende partij een sluitende marktstrategie uit, zoals onder meer blijkt uit haar ondernemingsplan (...) en de gevoerde publiciteitscampagnes (...), om op concurrentiele wijze de Belgische markt te voorzien van groene

stroom. Deze strategie werd een eerste maal ernstig verstoord door artikel 2 van het besluit van 4 april 2003 dat de kosteloze distributie van groene stroom die niet in het Vlaamse Gewest werd geproduceerd, afschafte. Op 12 januari 2004 bekwam verzoekende partij evenwel dat voormelde bepaling door uw Raad werd geschorst.

Rekening houdend met voormeld arrest zette verzoekende partij vanaf die datum haar strategie bepaald in haar ondernemingsplan opnieuw verder, te weten het leveren van groene stroom aan milieubewuste gezinnen. Met het bestreden besluit voert verwerende partij, met miskenning van het voormeld arrest van uw Raad van 12 januari 2004, evenwel geheel onverwacht opnieuw een quasi identieke beperking in van de kosteloze distributie van groene stroom als deze ingevoerd bij het besluit van 4 april 2003.

Het bestreden besluit tast aldus de beginselen van rechtszekerheid en consistentie aan waarop de 'burger' zich vermag te berusten, ingrijpend aan. De herhaaldelijke en ontijdige wijzigingen van het rechtsbestel dat sinds de inwerkingtreding van het besluit hernieuwbare energiebronnen maken het zeer moeilijk voor nieuwe leveranciers om zich in deze reeds nieuwe omgeving aangepast op te stellen. Nadat het besluit van 4 april 2003 op ongewettigde wijze de kosteloze distributie van groene stroom had beperkt en dat het daarom ook door Uw Raad werd geschorst bij reeds eerder aangehaald arrest van 12 januari 2004, neemt verwerende partij het bestreden besluit dat opnieuw de beperking invoert van de kosteloze distributie van groene stroom en minstens zo betwistbaar is als het besluit van 4 april 2003. De onwenselijkheid van herhaalde wijzigingen van de reglementering werd in het advies van de SERV van 12 maart 2003 op volgende wijze gesteld (...):

'Na het eerder uitstel van de inwerkingtreding van het systeem van groene stroomcertificaten en de wijzigingen via het programmadecreet 2003, wordt de reglementering inzake groene stroom opnieuw aangepast. De spelregels werden meermaals grondig gewijzigd terwijl het spel wordt gespeeld.

De raad wenst te benadrukken dat deze gang van zaken negatieve gevolgen heeft voor de rechtszekerheid en de goede werking van de elektriciteitsmarkt, en voor de investeringen in groene stroom in het bijzonder. (...)'

Deze onwenselijkheid werd nog herhaald in het advies van de SERV van 9 juli 2003 (...):

'Een betere voorbereiding van en besluitvorming over de totstandkoming van het energierecht kan volgens de raad veelvuldige wijzigingen vermijden. Het voorliggend ontwerp van besluit wijzigt bijvoorbeeld het bestaande besluit inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen om uitvoering te geven aan de Europese richtlijn 2001/77/EG betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt, die reeds dateert van 27 september 2001'.

Het opnieuw ontnemen van het recht op kosteloze distributie aan

verzoekende partij nadat het besluit van 4 april 2003 door de Raad van State werd geschorst bij arrest van 12 januari 2004, houdt een totale en onverantwoorde - het conformeert zich niet naar de bezwaren van de Raad van State gesteld in haar arrest van 12 januari 2004 - koerswijziging in van verwerende partij en schendt hierdoor de in dit middel aangehaalde beginselen inzake behoorlijk bestuur, en meer bepaald het rechtszekerheidsbeginsel en het consistentiebeginsel".

44. De verwerende partij antwoordt dat de verzoekende partij voorbijgaat aan de doelstellingen van het elektriciteitsdecreet, dat uit de memorie van toelichting bij dat decreet blijkt dat de kosteloze distributie van groene stroom een maatregel is die strekt tot het bevorderen van de uitbouw van de productie van groene stroom in Vlaanderen, dat de Vlaamse overheid daarentegen nooit de intentie heeft geuit om in het buitenland geproduceerde stroom uit hernieuwbare energiebronnen te ondersteunen, dat eind 2002 is gebleken dat ook de kosteloze distributie werd aangevraagd voor groene stroom die werd aangevoerd via het transmissienet, dat zij, geconfronteerd met marktstrategieën die indruisten tegen haar beleidskeuzes, met het besluit van 4 april 2003 de nodige maatregelen heeft genomen, dat in het daaropvolgende arrest van 12 januari 2004 niet werd geoordeeld dat de verzoekende partij de kosteloze distributie zou moeten kunnen genieten van de door haar ingevoerde stroom, dat van een koerswijziging hoe dan ook geen sprake is en dat niemand er op kan vertrouwen dat een bepaalde regeling in de toekomst zal blijven bestaan, zeker niet wanneer in het decreet staat ingeschreven dat de Vlaamse regering beperkingen kan opleggen.

45. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat uit het elektriciteitsdecreet, noch uit de oorspronkelijke tekst van het besluit hernieuwbare energiebronnen kan worden afgeleid dat de groene stroom die geproduceerd wordt door productie-installaties aangesloten op het transmissienet of gelegen in het buitenland, uitgesloten zouden worden van de kosteloze distributie, dat de geïmporteerde stroom integendeel de kosteloze distributie kon genieten vóór de inwerkingtreding van het besluit van 4 april 2003, dat daarmee vaststaat dat de kosteloze distributie niet vanaf het begin uitsluitend bestemd was voor groene stroom die wordt geïnjecteerd in het Vlaamse

distributienet en dat het op grond van wat voorafgaat ongepast is haar te verwijten dat zij een marktstrategie heeft uitgewerkt om de Belgische markt op concurrentiële wijze te voorzien van groene stroom.

46. De verzoekende partij stipt in haar laatste memorie nog aan dat haar bezwaren specifiek betrekking hebben op de onrechtmatige beperking van de kosteloze distributie ten aanzien van bepaalde marktpartijen louter op basis van de oorsprong van de elektriciteit.

Beoordeling

47. De bestreden bepaling vindt haar rechtsgrond in artikel 15 van het elektriciteitsdecreet. Die bepaling machtigt de Vlaamse regering om de kosteloze distributie van groene stroom te beperken. Zoals bij de beoordeling van het vijfde middel werd vastgesteld, is de aan de Vlaamse regering verleende bevoegdheid om de kosteloze distributie te beperken niet afhankelijk van het bestaan van een Europese richtlijn die noopt tot een wijziging van de nationale rechtsorde, noch van de toename van het aandeel groene stroom op de elektriciteitsmarkt.

Het is inherent aan het overheidsoptreden dat rechtsregels worden uitgevaardigd, en, eens uitgevaardigd, dat ze desnoods worden gewijzigd. De in het middel aangehaalde beginselen van behoorlijk bestuur reiken niet zo ver dat de verzoekende partij erop mocht vertrouwen dat de overheid het gunstregime voor de distributie van groene stroom onbeperkt zou laten bestaan, temeer omdat het elektriciteitsdecreet de Vlaamse regering uitdrukkelijk machtigt om de regeling inzake kosteloze distributie van elektriciteit die op een bepaalde manier wordt opgewekt - die een uitzondering vormt op de regel dat de netbeheerder zijn net tegen betaling ter beschikking stelt - te herzien.

Bij de beoordeling van het vierde middel werd reeds aangegeven dat de nieuwe regeling met betrekking tot de gratis distributie van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, zoals vastgesteld in artikel 18 van het bestreden besluit, precies het gevolg is van de motieven die aan de basis liggen van het schorsingsarrest van de Raad van State nr. 127.031 van 12 januari 2004.

Het zevende middel is ongegrond.

H. Achtste middel

Standpunt van de partijen

48. In een achtste middel roept de verzoekende partij de schending in van het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en van richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt, doordat artikel 18 van het bestreden besluit de kosteloze distributie van groene stroom die niet rechtstreeks wordt geïnjecteerd op de Belgische distributienetten heeft afgeschaft, terwijl het Protocol van Kyoto alsook voornoemde richtlijn 2001/77/EG voorzien in een verplichting tot aanzienlijke reductie van de emissie van de broeikasgassen.

Het middel wordt als volgt toegelicht :

"Het Protocol van Kyoto, dat bij decreet van 22 februari 2002 houdende instemming met het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, en met de Bijlagen A en B, opgemaakt te Kyoto op 11 december 1997 (B.S., 23 maart 2002, hierna 'het Kyoto-decreet') door verwerende partij werd bekrachtigd, voorziet dat de Europese Unie de emissies van haar broeikasgassen met 8 % dient te verminderen in vergelijking met de geregistreerde cijfers in 1990 en dit tussen 2008 en 2012. Uit artikel 3 van de richtlijn hernieuwbare energiebronnen volgt dat Vlaanderen tegen 2010 over 6 % hernieuwbare energiebronnen dient te beschikken.

Overeenkomstig het Kyoto-decreet is België gehouden tot een

vermindering van de uitstoot van de broeikasgassen van 7,5 % ten opzichte van het niveau in 1990. Deze verplichting vloeit tevens voort uit de beschikking 2002/358/EG van de Raad van de Europese Unie van 25 april 2002 betreffende de goedkeuring, namens de Europese Gemeenschap, van het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en de gezamenlijke nakoming van de in dat kader aangegeven verplichtingen, meer bepaald artikel 2 dat stelt (Publicatieblad nr. L 130 van 15 mei 2002 p. 1-3):

'De Europese Gemeenschap en haar lidstaten komen hun verplichtingen uit hoofde van artikel 3, lid 1, van het protocol gezamenlijk na overeenkomstig artikel 4 van het protocol, onder inachtneming van artikel 10 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. De gekwantificeerde verplichtingen inzake emissiebeperking en -reductie die door de Europese Gemeenschap en haar lidstaten zijn overeengekomen voor de bepaling van de respectieve emissieniveaus die voor hen gelden in de eerste periode waarin een gekwantificeerde verplichting inzake emissiebeperking en -reductie van toepassing is, van 2008 tot en met 2012, zijn vermeld in bijlage II. De Europese Gemeenschap en haar lidstaten treffen de nodige maatregelen om de in bijlage II genoemde emissieniveaus, als bepaald overeenkomstig artikel 3 van deze beschikking, in acht te nemen.'

Voor wat het Vlaamse Gewest betreft, stelt artikel 2 van het Kyoto-decreet nog dat:

'Het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, en de Bijlagen A en B, opgemaakt te Kyoto op 11 december 1997, zullen volkomen gevolg hebben, voor wat het Vlaamse Gewest betreft.'

Om tegemoet te komen aan deze verplichtingen tot vermindering van de emissies van broeikasgassen, werd reeds meermaals gesteld dat een groter verbruik van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen een onontbeerlijk onderdeel is:

'In een recente mededeling (COM (97) 481 def. Van 1 oktober 1997, 'Klimaatverandering - De Europese benadering voor Kyoto') analyseerde de Commissie de gevolgen van een aanzienlijke vermindering van de CO₂-uitstoot, waaronder ook de implicaties voor de energiesector. Om een dergelijke vermindering te bereiken, zal de Unie belangrijke besluiten op het gebied van energiebeleid moeten nemen, die zich zullen toespitsen op het terugdringen van de energie- en koolstofintensiteit. Snellere penetratie van duurzame energiebronnen is van groot belang voor het terugdringen van de koolstofintensiteit en dus van de CO₂-uitstoot, ongeacht de precieze resultaten van de Conferentie van Kyoto' (COM (97) 599 Definitief, Mededeling van de Commissie, Energie voor strategie en een actieplan).

Tevens blijkt uit een advies van 6 juli 2000 van de MiNa-Raad over groene stroom in relatie tot het Vlaamse klimaatbeleid dat de voorgenomen 5 % aan hernieuwbare energiebronnen binnen het Vlaamse Gewest op zich al

onvoldoende is om Vlaanderen toe te laten om zijn Kyoto verbintenissen na te leven (...):

'Bijdrage van groene stroom tot reductiedoelstelling broeikasgassen en belang van REG. Ondanks het feit dat het streven naar een groter aandeel groene stroom een serieuze uitdaging betekent, en volledig ondersteund wordt door de Raad, blijkt dat de beoogde doelstelling (3 % tegen 2004, 5 % tegen 2010, zie punt (3) en (4)) op korte en middellange termijn ook drastisch onvoldoende is om de aangegane verbintenissen inzake de reductie van broeikasgassen te behalen 'en

'De Raad merkt op dat de aldus mogelijks te realiseren 1.310 kton CO₂-reductie (door gebruik te maken van 5 % hernieuwbare energiebronnen) drastisch tekort schiet in vergelijking met wat voortvloeit uit de Kyoto-engagementen (nl. 26.000 kton CO₂-reductie)'.
'

Uit hetgeen vooraf gaat, blijkt dat het Vlaamse Gewest gebonden is aan internationale, Europese en decretale bepalingen inzake de reductie van emissies van broeikasgassen en het behalen van een minimumnorm aan hernieuwbare energiebronnen. Aangezien artikel 18 van het bestreden besluit het principe van de kosteloze distributie van groene stroom beperkt tot de groene stroom die rechtstreeks geïnjecteerd wordt op een gewestelijk distributienet, wordt de stimulans ontnomen om groene stroom rechtstreeks in halen uit installaties die rechtstreeks injecteren op het Belgisch transmissienet of die in het buitenland zijn gelegen. Dit wordt bevestigd in het advies van de SERV van 12 maart 2003 dat stelt:

'ook vervalt de stimulans om groene stroom uit het buitenland te importeren, terwijl deze import wellicht nodig is voor Vlaanderen en België om de doelstelling inzake het aandeel hernieuwbare energiebronnen in de energievoorziening die België heeft aangegaan in Europees verband, te halen.'

Door artikel 18 van het bestreden besluit zal Vlaanderen zijn internationale en Europese verplichtingen niet meer kunnen naleven aangezien de huidige productie van groene stroom in België reeds vandaag onvoldoende kan zijn waardoor de invoer van groene stroom uit andere Lidstaten van de Unie noodzakelijk is.

Het bestreden besluit, waarin de kosteloze distributie van stroom die niet rechtstreeks wordt geïnjecteerd op Belgische distributienetten wordt afgeschaft en zodoende de groene stroom die rechtstreeks op het nationaal transmissienet wordt geïnjecteerd - onder meer de windmolenparken in de Noordzee - uitsluit van de kosteloze distributie, is dus met miskenning van de genoemde bepalingen tot stand gekomen en, zodoende, met onwettelijkheid aangetast".

49. De verwerende partij werpt in de eerste plaats op dat het middel niet ontvankelijk is omdat de geschonden geachte bepalingen niet concreet worden aangeduid, de schending wordt ingeroepen van verdragen die geen rechtstreekse werking hebben, die schending daarenboven slechts in de toekomst zou gelden

zodat het middel louter hypothetisch is en het verband tussen het bestreden besluit en de Kyotonormen niet wordt aangetoond. Voorts herhaalt zij dat de verzoekende partij vertrekt van de verkeerde premisse dat de Vlaamse overheid de import van groene stroom uit het buitenland zou wensen te stimuleren. De verwerende partij zet vervolgens uiteen dat het systeem van de kosteloze distributie heeft gezorgd voor een sterke groei in Vlaanderen van de groenestroomproductie, zodat de bestreden maatregel zal bijdragen om de engagementen in het kader van het Kyoto Protocol na te komen.

50. In de memorie van wederantwoord beklemtoont de verzoekende partij dat de naleving van de Kyotonormen bijdraagt tot de verwezenlijking van haar doelstellingen zoals vastgesteld in het ondernemingsplan.

Beoordeling

51. De verzoekende partij toont niet aan dat de beperking van de kosteloze distributie van groene stroom een verboden maatregel is in het geschetste rechtskader dat strekt tot de geleidelijke vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, temeer omdat de bestreden maatregel, in zoverre hij strekt tot het bevorderen van de lokale, decentrale productie van groene stroom, geen algemene belemmering vormt voor de productie van stroom uit hernieuwbare energiebronnen.

Het achtste middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De schorsing bevolen bij arrest nr. 138.837 van 23 december 2004 wordt opgeheven.

2. De Raad van State verwerpt het beroep.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertien november tweeduizend en twaalf, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin