KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.789/3
VAN 9 NOVEMBER 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 1 oktober 2010 door de Voorzitter van het Vlaams Parlement verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 22 november 2010, van advies te dienen over een voorstel van decreet "houdende wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het vermijden van injectietarieven voor elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 19 oktober 2010 en 9 november 2010, het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid, van de rechtsgrond [(1)], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING VAN HET VOORSTEL

2. Het voor advies voorgelegde voorstel van decreet strekt ertoe in het Elektriciteitsdecreet en het gecoördineerde Energiedecreet [(2)] telkens een bepaling in te voegen die de Vlaamse distributienetbeheerders voor elektriciteit verplicht om "alle taken die noodzakelijk zijn voor de injectie van elektriciteit, geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling, met uitzondering van de aansluiting op het distributienet, kosteloos uit [te voeren]".

Met het voorstel wordt aldus beoogd de praktijk tegen te gaan waarbij de elektriciteitsdistributienetbeheerders tarieven aanrekenen voor het injecteren van geproduceerde elektriciteit in het distributienet [(3)], meer bepaald in zoverre het gaat om elektriciteit geproduceerd via hernieuwbare energiebronnen of kwalitatieve warmte-krachtkoppeling. Volgens de indieners van het voorstel doorkruist het invoeren van dergelijke tarieven het Vlaamse beleid ter bevordering van de genoemde wijzen van productie van elektriciteit.

---

(1) Aangezien het gaat om een voorstel van decreet, wordt onder rechtsgrond verstaan, de overeenstemming met hogere rechtsnormen.

(2) Het Energiedecreet van 8 mei 2009 is nog niet in werking gesteld. Tot aan de inwerkingtreding ervan gelden de bepalingen van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000.

(3) Het voorstel heeft enkel betrekking op de tarieven voor de injectie van elektriciteit, niet op de tarieven voor de afname van elektriciteit.

Zoals uit de tekst zelf van het voorstel blijkt, heeft de voorgestelde regeling geen betrekking op de (eenmalige) kosten die voortvloeien uit de aansluiting van elektriciteit op het distributienet [(4)]. Het gaat integendeel om de (periodieke) kosten voor het gebruik van het distributienet.

BEVOEGDHEID VAN HET VLAAMSE GEWEST

a. De federale bevoegdheid inzake de energietarieven

3. Krachtens artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gewesten bevoegd voor de gewestelijke aspecten van de energie, maar blijft de federale overheid bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, waaronder de tarieven (artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van die wet).

De federale regels inzake de tarieven voor het gebruik van het distributienet zijn op dit ogenblik vastgesteld in artikel 11 van het koninklijk besluit van 2 september 2008 betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerders

---

(4) Voor de aansluitingskosten wordt op grond van andere regelingen van het Vlaamse Gewest al in bepaalde vrijstellingen voorzien. Zie, wat betreft de aansluiting op het distributienet van een installatie voor de productie van hernieuwbare energie, artikel 19, § 1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen; wat betreft de aansluiting op het distributienet van een installatie voor de productie van elektriciteit uit kwalitatieve warmte-krachtkoppeling, artikel 25*quinquies* van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en artikel 7.3.1 van het Energiedecreet van 8 mei 2009.

van distributienetten voor elektriciteit [5]. Volgens paragraaf 1, eerste lid, van dat artikel bevatten deze tarieven de volgende componenten: een basistarief voor het gebruik van het net, een tarief voor het systeembeheer, en een tarief ter vergoeding van het ter beschikking stellen van toestellen voor het meten, tellen en opnemen. Opmerkelijk is dat in paragraaf 1, zesde lid, van artikel 11 wordt voorzien in een voorwaardelijke vrijstelling van het basistarief voor het gebruik van het net (eerste component) voor productie-eenheden van elektriciteitsopwekking via hernieuwbare energiebronnen of via kwalitatieve warmte-krachtkoppeling.

4. Het verlenen van een vrijstelling, voor bepaalde productie-eenheden van elektriciteit, van injectietarieven voor het gebruik van het elektriciteitsdistributienet moet worden beschouwd als een element van een tariefregeling, waarvoor de federale overheid bevoegd is.

Er dient evenwel te worden onderzocht of de gewesten toch niet bevoegd kunnen worden geacht om de injectietarieven voor bepaalde vormen van elektriciteitsproductie af te schaffen op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Luidens dat artikel kunnen de decreten rechtsbepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor de parlementen niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid. Daartoe is vereist dat de regeling noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van een eigen bevoegdheid, dat de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op de federale bevoegdheid marginaal is.

---

[5] Het koninklijk besluit van 2 september 2008 is door het Hof van Beroep te Brussel bij arrest van 8 juni 2009 om formele redenen onwettig geacht (onterechte vraag aan de Raad van State om een spoedadvies binnen vijf dagen, en onregelmatige raadpleging van de gewesten). De wetgever heeft het koninklijk besluit vervolgens bekrachtigd, bij artikel 41 van de wet van 15 december 2009 houdende bekrachtiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen. Tegen die wet is een beroep tot nietigverklaring ingesteld, onder meer op grond van de onbevoegdheid van de federale overheid. Dat beroep is nog aanhangig bij het Grondwettelijk Hof (rolnr. 4969).

In de toelichting bij het voorliggende voorstel wordt in dit verband verwezen naar het precedent van de regeling waarbij een maximumprijs voor de aansluiting op het aardgasdistributienet werd vastgesteld. Over die regeling, vervat in het decreet van 22 december 2006 houdende wijziging van het Aardgasdecreet van 6 juli 2001, wat de uitbreiding van de dekkingsgraad van het aardgasdistributienetwerk betreft, heeft de Raad van State op 6 december 2006 advies 41.638/3 gegeven. Daarin kwam hij tot de conclusie dat de regeling noodzakelijk kon worden geacht voor de uitoefening van de bevoegdheid van het gewest om inzake distributie van gas openbaredienstverplichtingen op te leggen, en dat de aangelegenheid zich leende tot een gedifferentieerde regeling. Over de vraag of de weerslag op de federale bevoegdheid slechts marginaal was, kon de Raad zich niet uitspreken, bij gebrek aan inzicht in de nodige feitelijke gegevens [(6)].

In verband met de thans voorgestelde regeling blijkt uit de toelichting bij het voorstel dat de indieners de regeling noodzakelijk achten voor de uitoefening van de bevoegdheid van het gewest om het gebruik van hernieuwbare energiebronnen te bevorderen. Volgens de indieners werkt de aanrekening van injectietarieven aan producenten van deze elektriciteit contraproductief en is een meer gedifferentieerd beleid noodzakelijk. Het is de vraag of die toelichting volstaat. Bij gebreke van een inzicht in de nodige feitelijke gegevens kan de Raad van State zich hierover niet uitspreken. Wel moet hij vaststellen dat de Commissie voor de Regering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) de noodzakelijkheid van de maatregel betwist. In een advies van 8 juli 2010 is de CREG van oordeel dat vrijstellingen niet de enige techniek vormen om de ongewenste impact van de injectietarieven te milderen. De CREG wijst met name op de mogelijkheid voor de decreetgever om te voorzien in extra-tarifaire maatregelen zoals een fonds [(7)].

Wat betreft de tweede voorwaarde, kan aangenomen worden dat de betrokken aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling. De aangelegenheid behoeft immers niet uit haar aard zelf een uniforme regeling.

---

(6) R.v.St., afd. Wetg., advies 41.638/3 van 6 december 2006, *Parl. St.*, Vl. Parl., 2005-2006, nr. 477/7.

(7) CREG, Studie (F)100708-CDC-977 van 8 juli 2010 betreffende de aanrekening van injectietarieven voor decentrale producenten in geval van kostenreflectieve aansluitingstarieven en tarifering voor het gebruik van het net, nr. 11. De studie is te raadplegen op de website van de CREG (http://www.creg.info/pdf/Studies/F977NL.pdf).

Wat ten slotte het vereiste betreft dat de weerslag van de voorgestelde regeling op de federale bevoegdheid slechts marginaal mag zijn, ontbeert de Raad van State ook hier de nodige feitelijke gegevens om zich hierover een oordeel te kunnen vormen. De kosten die de distributienetbeheerders ten gevolge van het voorstel niet meer aan de desbetreffende producenten kunnen aanrekenen, zullen wellicht door de afnemers moeten worden gedragen. Het is echter niet duidelijk welke de weerslag zal zijn op het hele tariefbeleid. In dit verband merkt de Raad van State op dat de CREG van oordeel is dat een decretale regeling die voorziet in een gewestelijke vrijstelling van de injectietarieven "een grote en allicht buitenmatige impact [zou hebben] op het federale tariefbeleid". Volgens de CREG zou een dergelijke regeling "eigenlijk geen ander doel hebben dan het ongedaan maken van de gevolgen van een federale beslissing" [(8)].

Nu de Raad van State zich niet kan uitspreken over de vraag of aan alle voorwaarden is voldaan opdat de decreetgever de voorgestelde regeling zou kunnen aannemen, terwijl de CREG bepaalde argumenten inroept om die vraag ontkennend te beantwoorden, kan de Raad van State niets anders doen dan op dit punt een voorbehoud te maken. Indien het Vlaams Parlement de voorgestelde regeling wil aannemen, zal het een afdoende verantwoording moeten bieden voor het beroep op de impliciete bevoegdheden.

b. De Belgische economische unie

5. Bij het voorstel kunnen voorts vragen rijzen in verband met de verenigbaarheid ervan met het beginsel van de Belgische economische unie. Hierop zal verder worden ingegaan, naar aanleiding van de toetsing van het voorstel aan het beginsel van het vrij verkeer van goederen zoals dat geldt binnen de Europese Unie (zie verder, opmerking 7).

---

(8) Aangehaald advies, nr. 9.

VERENIGBAARHEID VAN HET VOORSTEL MET HET RECHT VAN DE EUROPESE UNIE

a. De sectorale regelgeving betreffende elektriciteit en hernieuwbare energie

6. De algemene principes die bij de bepaling van de tariefstructuur en de aan te rekenen tarieven inzake elektriciteit gelden, zijn op Europees niveau vastgesteld in 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. In overweging 18 van de aanhef van die richtlijn wordt onder meer overwogen dat "de nationale regelgevende instanties ervoor [dienen] te zorgen dat de transmissie- en distributietarieven niet discriminerend zijn en een weerspiegeling van de kosten vormen, en rekening [dienen] te houden met de lange termijn, marginale, vermeden netwerkkosten van decentrale productie en vraagsturingsmaatregelen". Daarmee wordt het beginsel geponeerd dat de distributietarieven de kosten moeten reflecteren. Er moet wel worden opgemerkt dat dit beginsel niet met zoveel woorden wordt herhaald in het dispositief van de richtlijn [(9)].

Hetzelfde kan worden gezegd van richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG, die de genoemde richtlijn vervangt en ten laatste op 3 maart 2011 moet zijn omgezet [(10)].

Wat meer specifiek de distributie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen betreft, bepaalt artikel 7, lid 6, 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 dat de lidstaten zo nodig een wettelijk kader vaststellen of van de transmissie- en distributienetbeheerders de garantie verlangen dat de transmissie- en distributietarieven voor elektriciteit uit installaties die gebruik maken van hernieuwbare energiebronnen

---

(9) In artikel 14, lid 2, van de richtlijn wordt enkel bepaald dat de distributiesysteembeheerder "[in geen geval] discrimineert [...] tussen gebruikers of categorieën gebruikers van het systeem, met name niet ten gunste van verwante bedrijven".

(10) Zie overweging 36 van de aanhef en artikel 25, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG.

overeenkomen met de kostenvoordelen die door de aansluiting op het netwerk mogelijk worden. Er wordt voorts gepreciseerd dat dergelijke kostenvoordelen kunnen voortvloeien uit het rechtstreekse gebruik van het laagspanningsnet. Ook deze bepaling gaat uit van het beginsel van de kostenreflectiviteit voor het gebruik van onder meer het distributienet.

Richtlijn 2001/77/EG wordt vervangen door richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG, die ten laatste op 5 december 2010 moet zijn omgezet. Artikel 16, lid 8, van richtlijn 2009/28/EG bepaalt dat de lidstaten erop toezien "dat de tarieven die door beheerders van transmissie- en distributiesystemen in aanmerking worden genomen voor de transmissie en distributie van elektriciteit uit installaties die gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen, een realistische weergave zijn van de kostenvoordelen die kunnen voortvloeien uit de aansluiting van die installaties op het net". Ook hier wordt gepreciseerd dat dergelijke kostenvoordelen kunnen voortvloeien uit het directe gebruik van het laagspanningsnet. Het beginsel van de kostenreflectiviteit wordt in deze bepaling uitdrukkelijk verwoord.

Uit al deze bepalingen lijkt te moeten worden afgeleid dat injectietarieven voor het gebruik van het distributienet een afspiegeling moeten zijn van de werkelijke kosten die gemaakt worden om dat gebruik mogelijk te maken. In die optiek lijkt een systeem waarbij voor bepaalde productie-installaties een volledige vrijstelling wordt verleend van de kosten die te maken hebben met de "taken die noodzakelijk zijn voor de injectie van elektriciteit", moeilijk te verenigen met het EU-recht.

Op dit punt moet dus een voorbehoud gemaakt worden.

b. Het algemeen beginsel van het vrij verkeer van goederen

7. De thans voorgestelde regeling gelijkt op een regeling die gedurende een aantal jaren van kracht was in het Vlaamse Gewest, en die erin bestond dat de netbeheerders verplicht waren om alle taken die noodzakelijk waren voor de distributie van groene stroom, met uitzondering van de aansluiting op het distributienet, kosteloos

uit te voeren [11]. Later werd die vrijstelling beperkt tot de injectie van elektriciteit opgewekt door de productie-installaties aangesloten op de distributienetten gelegen in het Vlaamse Gewest [12], en nog later opnieuw verruimd tot de injectie van elektriciteit opgewekt door productie-installaties die hun elektriciteit rechtstreeks injecteren in een in België gelegen distributienet [13].

De indieners van het voorstel zijn zich bewust van de analogie van de door hen voorgestelde regeling en die vroeger bestaande regeling. Zij zijn zich ook bewust van het feit dat de Raad van State de regeling waarbij de vrijstelling beperkt bleef tot de injectie van elektriciteit opgewekt door de productie-installaties aangesloten op de distributienetten gelegen in het Vlaamse Gewest strijdig achtte met het beginsel van de Belgische economische unie [14], en van het feit dat de Europese Commissie kritiek had op de regeling waarbij de vrijstelling beperkt bleef tot de injectie van elektriciteit

---

(11) Artikel 15 van het Elektriciteitsdecreet, tot aan de opheffing ervan bij het decreet van 24 december 2004.

(12) Artikel 14 van het besluit van de Vlaamse Regering van 28 september 2001 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen, zoals vervangen bij het besluit van de Vlaamse Regering van 4 april 2003.

(13) Artikel 18 van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen, tot aan de opheffing ervan bij het besluit van de Vlaamse Regering van 25 maart 2005.

(14) R.v.St., afd. Adm., nr. 127.031,12 januari 2004, NV Wattplus. Het genoemde arrest beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bepaling van het besluit van de Vlaamse Regering van 4 april 2003 waarbij artikel 14 van het besluit van de Vlaamse Regering van 28 september 2001 wordt vervangen. Inmiddels is de bedoelde bepaling vernietigd (R.v.St., afd. Best.rspr., nr. 204.108, 19 mei 2010, NV Wattplus).

opgewekt door productie-installaties die hun elektriciteit rechtstreeks injecteren in een in België gelegen distributienet [(15)].

De thans voorgestelde regeling heeft tot gevolg dat alleen elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en uit kwalitatieve warmte-krachtkoppeling in het distributienet geïnjecteerd kan worden zonder dat daarvoor een gebruikstarief verschuldigd is. De indieners van het voorstel erkennen dat dit voorstel alleen geldt voor elektriciteit afkomstig uit het Vlaamse Gewest.

Het komt de Raad van State voor dat de voorgestelde regeling daardoor dezelfde bezwaren oproept, althans in beginsel, als de destijds geldende regeling. Het enkele feit dat het gaat om elektriciteit die "van nature steeds afkomstig is uit het Vlaamse Gewest", zoals in de toelichting bij het voorstel wordt benadrukt, doet hieraan geen afbreuk. Het blijft immers een feit dat de voorgestelde regeling de consument ertoe zou kunnen aanzetten zich te bevoorraden bij productie-installaties van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen of kwalitatieve warmte-krachtkoppeling aangesloten op de distributienetten gelegen in het Vlaamse Gewest.

Indien het Vlaams Parlement de regeling wil aannemen, dan zal het zich ervan moeten vergewissen dat de regeling de toets aan het beginsel van het vrij verkeer van goederen, zowel in de context van de Belgische economische unie als in de context van de Europese Unie, kan doorstaan. Daartoe zou moeten worden aangetoond dat de regeling verantwoord is door dwingende vereisten van algemeen belang, en dat ze niet onevenredig is ten aanzien van de nagestreefde doelstellingen. Bij gebrek aan inzicht in de daartoe noodzakelijke feitelijke gegevens, kan de Raad van State zich niet uitspreken over de vraag of een dergelijke verantwoording voorhanden is.

---

(15) Uit de aan de Raad van State meegedeelde stukken blijkt dat de Europese Commissie op 30 maart 2004 een met redenen omkleed advies heeft gericht tot het Koninkrijk België, waarin zij van oordeel was dat het niet toekennen van de kosteloosheid aan de distributie van elektriciteit die in een andere lidstaat van de Europese Unie was opgewekt, strijdig was met het vrij verkeer van goederen binnen de Europese Unie. Dit advies heeft geen aanleiding gegeven tot verdere stappen vanwege de Europese Commissie, allicht omdat de decreetgever de hele regeling inzake de kosteloosheid van de distributie van groene stoom met ingang van 1 januari 2005 heeft opgeheven (artikel 61 van het decreet van 24 december 2004 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2005).

.../...

In de gegeven omstandigheden moet hij zich dus ertoe beperken ook op dit punt een voorbehoud te maken.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	staatsraden,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS P. LEMMENS