

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.267/3
VAN 8 MAART 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 14 februari 2011 door de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "houdende implementatie van de 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", heeft 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 toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt in de eerste plaats tot gedeeltelijke omzetting, wat betreft het Vlaamse Gewest, van 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. Daartoe worden in het Energiedecreet van 8 mei 2009 een aantal nieuwe definities ingevoerd (artikel 3) en wordt een aanpassing doorgevoerd met betrekking tot de garanties van oorsprong (artikel 4).

Daarnaast strekt het ontwerp tot het aanbrengen van een dubbele correctie in de regeling betreffende de warmtekrachtcertificaten (artikel 5).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

3. Artikel 3, 6°, van het ontwerp strekt ertoe aan de in artikel 1.1.3 van het Energiedecreet voorkomende definitie van het begrip "groenestroomcertificaat" de kwalificatie "elektronisch" toe te voegen. Op de vraag van de auditeur-verslaggever of eenzelfde toevoeging ook niet dient te gebeuren aan de definities van de begrippen "groenewarmtecertificaat" (artikel 1.1.3, 61°, van het Energiedecreet) en "warmtekrachtcertificaat" (artikel 1.1.3, 135°, van het Energiedecreet), heeft de gemachtigde bevestigend geantwoord. Men passe de definities van die laatste begrippen derhalve in die zin aan.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

Artikel 4

4. Luidens het te wijzigen (toekomstige eerste lid van) artikel 7.1.5, § 3, van het Energiedecreet kunnen groenestroomcertificaten of warmtekrachtcertificaten alleen maar als garantie van oorsprong worden voorgelegd als dit gebeurt binnen twaalf maanden na het einde van de productieperiode van de desbetreffende energie-eenheid. Het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, tweede en derde lid, van het Energiedecreet strekt tot het invoeren van twee uitzonderingen op deze regel.

4.1. In de eerste, in het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, tweede lid, van het Energiedecreet opgenomen uitzondering wordt bepaald dat, ingeval de garanties van oorsprong door een oorzaak die niet bij de certificaatgerechtigde ligt, later dan zes maanden na het einde van de productieperiode worden uitgereikt, zij als dusdanig mogen worden gebruikt tot zes maanden na de toekenning (lees: uitreiking) ervan. In de mate dat dit ertoe leidt dat de certificaten langer dan twaalf maanden na de productie ervan kunnen worden gebruikt als garantie van oorsprong, is de ontworpen bepaling in strijd met artikel 15, lid 3, van richtlijn 2009/28/EG, naar de letter genomen, naar luid waarvan een garantie van oorsprong dient te worden gebruikt binnen twaalf maanden na de productie van de desbetreffende energie-eenheid. Gelet op het beginsel van de rechtszekerheid, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het Europese Unierecht, en in acht genomen het gegeven dat het opnemen van een dergelijke regeling wordt aanbevolen op grond van overleg dat plaatsvond tussen de energieregulators van verschillende lidstaten ², valt het niet zonder meer uit te sluiten dat het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, tweede lid, van het Energiedecreet toch niet in strijd zal worden geacht met het Europese Unierecht. Het eindoordeel hieromtrent komt evenwel het Hof van Justitie toe.

4.2. Een tweede uitzondering op de regel dat groenestroomcertificaten als garanties van oorsprong slechts binnen twaalf maanden na het einde van de productieperiode van de desbetreffende energie-eenheid kunnen worden voorgelegd, is gelegen in het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, derde lid, van het Energiedecreet. Naar luid van die bepaling kunnen groenestroomcertificaten die zijn uitgereikt voor elektriciteit, geproduceerd vóór 1 januari 2011, als garantie van oorsprong worden voorgelegd tot vijf jaar na de toekenning (lees: uitreiking) ervan. Die uitzondering kan, luidens het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, derde lid, tweede en derde zin, van het Energiedecreet, in twee gevallen geen uitwerking hebben: de betrokken groenestroomcertificaten mogen na 1 januari 2012 niet langer worden uitgevoerd buiten het

² Zie het advies van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt, p. 3.

Vlaamse Gewest, en evenmin mogen na die datum nog garanties van oorsprong worden ingevoerd in het Vlaamse Gewest die uitgereikt zijn voor elektriciteit waarvan de productieperiode eindigde vóór 1 januari 2011. Wat de datum van 1 januari 2011 betreft, heeft de gemachtigde verklaard dat die telkens zal worden vervangen door de datum van inwerkingtreding van het decreet dat thans nog in ontwerpvorm voorligt³. De Raad van State gaat dan ook niet in op de problemen die zouden voortvloeien uit het hanteren van de datum van 1 januari 2011, met name in verband met het retroactieve effect ervan.

4.2.1. In de mate dat de ontworpen regeling een uitvoerverbod inhoudt, vormt ze, in zoverre garanties van oorsprong verbonden zijn aan verhandeling van elektriciteit, een beperking van de uitvoer van goederen in de zin van artikel 35 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), en bijgevolg een beperking van het vrij verkeer van goederen, en in zoverre het gaat om een verhandeling van garanties van oorsprong los van de verhandeling van elektriciteit, een beperking van het vrij verkeer van kapitaal, gewaarborgd bij artikel 63 van het VWEU. Voor die beperkingen dient een afdoende verantwoording voorhanden te zijn die de toets aan de relevante bepalingen van het VWEU kan doorstaan, met name aan de rechtvaardigingsgronden bedoeld in de artikelen 36 en 65, lid 1, b), ervan. Het is zeer de vraag of zulk een verantwoording wel voorhanden is.

4.2.2. Omgekeerd kunnen ook vragen worden gesteld bij de verantwoording van het verbod om buitenlandse groenestroomcertificaten in te voeren die betrekking hebben op stroom geproduceerd vóór de datum van inwerkingtreding van het decreet dat thans nog in ontwerpvorm voorligt (zie opmerking 4.2, *in fine*), en die als garantie van oorsprong worden voorgelegd. In de memorie van toelichting wordt daaromtrent vooropgesteld dat indien het verbod niet wordt ingesteld er "massaal garanties van oorsprong in Vlaanderen geïmporteerd kunnen worden die in andere landen al vervallen zijn". Dit uitgangspunt lijkt evenwel niet correct te zijn nu garanties van oorsprong die reeds vervallen zijn, niet lijken te herleven door het enkele feit van hun invoer in het Vlaamse Gewest. Wel is het mogelijk dat garanties van oorsprong van vóór de datum van inwerkingtreding van het decreet dat thans nog ontwerpvorm voorligt ook in hun land van oorsprong ten gevolge van een overgangsregeling gelijkaardig aan die bedoeld in het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, derde lid, eerste zin, van het Energiedecreet langer dan één jaar geldig zijn. Het lijkt niet te kunnen worden verantwoord ten aanzien van het Europese Unierecht, meer bepaald het beginsel van het vrij verkeer van goederen en kapitaal en de in artikel 15, lid 9, van richtlijn 2009/28/EG opgenomen verplichting in hoofde van de lidstaten tot wederzijdse erkenning van

³ Wellicht zal ook de in het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, derde lid, van het Energiedecreet voorkomende datum van 1 januari 2012 worden verschoven.

garanties van oorsprong, dat zulke certificaten van buitenlandse (EU- of EER-)oorsprong niet op de Vlaamse markt kunnen worden verhandeld, waar dit wel het geval is voor de eigen certificaten die een gelijkaardig overgangsregime genieten. Eenzelfde probleem kan overigens rijzen mocht in een regeling van een EU- of EER-land een gelijkaardige uitzondering zijn opgenomen als in het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, tweede lid, van het Energiedecreet ⁴.

4.2.3. In de mate dat het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, derde lid, van het Energiedecreet ook betrekking heeft op in- en uitvoer van groenestroomcertificaten van of naar het Brussels Hoofdstedelijk Gewest of het Waalse Gewest, gelden met betrekking tot de toetsing aan het beginsel van de economische unie, bedoeld in artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen *mutatis mutandis* opmerkingen 4.2.1 en 4.2.2. Ook lijkt de ontworpen regeling mede gelet op die opmerkingen op gespannen voet te staan met het beginsel van de gelijkheid en de niet discriminatie.

4.2.4. Conclusie is dat de *sub* het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, derde lid, van het Energiedecreet opgenomen regeling dient te worden heroverwogen. Mochten de erin opgenomen bepalingen niet worden weggelaten, maar wel aangepast, dan wordt best in de memorie van toelichting een omstandige verantwoording opgenomen aan de hand waarvan kan worden uitgemaakt waarom het ontwerp volgens de stellers ervan niet in strijd komt met de Europeesrechtelijke beginselen van vrij verkeer van kapitaal of van goederen, met het beginsel van de gelijkheid en de niet discriminatie en met het (internrechtelijk) beginsel van de economische unie.

5. In het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, tweede lid, en derde lid, eerste zin, van het Energiedecreet zou tot uiting moeten komen dat de erin opgenomen regel een afwijking vormt van het bepaalde in artikel 7.1.5, § 3, eerste lid, van dat decreet (zoals het zal luiden na zijn aanpassing bij artikel 4, 1°, van het aan te nemen decreet).

⁴ In de mate dat garanties van oorsprong verbonden zijn aan de verhandeling van elektriciteit, doet het in het ontworpen artikel 7.1.5, § 3, derde lid, van het Energiedecreet vervatte in- en uitvoerverbod bovendien afbreuk aan de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie inzake externe handelspolitiek in zoverre het betrekking heeft op niet EU- of EER-landen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN,	
	J. VAN NIEUWENHOVE,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. T. CORTHAUT, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS