KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.268/3
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 Economie, Wonen, Steden en Sociale Economie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot wijziging van het Energiebesluit wat betreft de invoering van duurzaamheidscriteria voor vloeibare biomassa en de garanties van oorsprong", 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, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe een aantal wijzigingen aan te brengen in het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 houdende algemene bepalingen over het energiebeleid (hierna: het Energiebesluit).

Met die wijzigingen wordt beoogd 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 gedeeltelijk om te zetten wat het Vlaamse Gewest betreft. Het betreffen meer bepaald die bepalingen van de richtlijn waarbij, enerzijds, een aantal wijzigingen worden aangebracht aan het concept en de vorm van de garantie van oorsprong, en, anderzijds, duurzaamheidscriteria worden opgelegd voor het in aanmerking nemen van vloeibare biomassa. Wat dit laatste betreft zal enkel biomassa die aan die criteria voldoet, nog in aanmerking komen voor het behalen van de nationale streefcijfers betreffende hernieuwbare energie en financieel ondersteund worden via de groenestroomcertificaten.

De wijzigingen die men beoogt aan te brengen in het Energiebesluit betreffen:

- het schrappen van een aantal definities (artikel 1);

- het invoeren van criteria voor productie-installaties die energie opwerken uit biomassa, met nadere regels voor een massabalanssysteem (artikel 2);

- het aanpassen van de verplichte vermeldingen bij de registratie van groenestroomcertificaten (artikel 3);

- het opleggen van de naleving van duurzaamheidscriteria op het gebied van biomassa voor het voldoen aan de certificatenverplichting (artikel 4, 1°);

- het vaststellen van de duurzaamheidscriteria betreffende biomassa (artikel 4, 2°);

- het wijzigen, op verschillende punten, van de verplichte vermeldingen voor garanties van oorsprong uit andere landen (artikel 5);

- het corrigeren van een fout in een formule in bijlage I (artikel 6) en,

- het invoeren van een bijlage XI bij het Energiebesluit houdende regels voor het berekenen van het effect van biobrandstoffen, vloeibare biomassa en hun fossiele alternatieven op de broeikasgasemissie (artikel 7).

3.1. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt geboden door artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen [1] en door de artikelen 7.1.3, 7.1.4 en 7.1.5, § 4, eerste lid, van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (hierna: het Energiedecreet).

3.2. Hoewel voor het ontworpen besluit aldus voldoende rechtsgrond aanwezig is, dient de Raad van State toch een voorbehoud te maken.

Door artikel 1 van het ontworpen besluit worden namelijk de definities van de begrippen "biomassa", "datum van indienstneming" en "ingrijpende wijziging" in het Energiebesluit opgeheven. Die definities worden echter bij artikel 1 van het voorontwerp van decreet tot wijziging van het Energiedecreet (hierna: het wijzigende decreet), in artikel 1.1.3 van het Energiedecreet ingevoegd.

Het wijzigende decreet, dat ertoe strekt het Energiedecreet te wijzigen wat betreft de invoering van duurzaamheidscriteria voor vloeibare biomassa en de garanties van oorsprong, wordt gelijktijdig met het ontworpen besluit voor advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd [2].

Hoewel met het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, op die wijze wordt vooruitgelopen op een komende decreetswijziging en de Raad van State in die gevallen in de regel geen advies geeft, meent hij thans van deze regel te mogen afwijken. Met het wijzigende decreet wordt immers beoogd uitvoering te geven aan richtlijn 2009/28/EG. Die richtlijn laat in feite weinig reële keuzemogelijkheden over aan de lidstaten, zodat te dezen de decreetgever bij de omzetting in het interne recht in grote mate vrij getrouw de richtlijn dient te volgen.

[1] Wat betreft artikel 1 van het ontwerp.

[2] Over dat voorontwerp van decreet geeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, heden advies 49.267/3.

De Raad van State zal daarom het voorliggende ontwerp onderzoeken, in het licht van de toekomstige versie van het Energiedecreet, waarbij de stellers, eenmaal dat het wijzigende decreet is aangenomen, wel dienen na te gaan in hoeverre de thans ontworpen regeling hiermee in overeenstemming is. In voorkomend geval zullen zij in dat opzicht de nodige wijzigingen in het ontworpen besluit dienen aan te brengen en deze gewijzigde bepalingen dan opnieuw voor advies aan de Raad van State voor te leggen.

Ook wenst de Raad van State erop te wijzen dat de inwerkingtreding van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, de inwerkingtreding en de bekendmaking van het wijzigende decreet niet mag voorafgaan.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. Overeenkomstig hetgeen omtrent de rechtsgrond van het ontworpen besluit is opgemerkt, dient in de aanhef een (nieuw) eerste lid te worden ingevoegd, waarin wordt verwezen naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus.

5. In het huidige eerste lid van de aanhef kan nog meer specifiek worden verwezen naar artikel 7.1.5, § 4, eerste lid, van het Energiedecreet.

6. In het huidige tweede lid van de aanhef dient het Energiebesluit met zijn juiste datum (19 november 2010) te worden vermeld.

Artikel 4

7. Bij artikel 4 worden in artikel 6.1.16 van het Energiebesluit een aantal paragrafen ingevoegd die technische specificaties bevatten voor vloeibare biomassa. Daarbij worden technische voorschriften geïntegreerd die komen uit de artikelen 17 en 19, lid 1 en lid 3, van richtlijn 2009/28/EG. Bijlage V bij deze richtlijn, waarnaar in artikel 19 ervan wordt verwezen, wordt bij artikel 7 van het ontwerp als een bijlage XI ingevoegd in het Energiebesluit.

Het lijkt er niettemin op dat men bij de implementatie van artikel 17, lid 3, van richtlijn 2009/28/EG in het ontworpen artikel 6.1.16, § 1/3, 3°, van het Energiebesluit vergeten is

een verwijzing naar de lijst van criteria voor graslanden op te nemen die de Commissie nog dient vast te stellen op basis van artikel 17, lid 3, c), *juncto* artikel 25, lid 4, van richtlijn 2009/28/EG. Hierop gewezen, heeft de gemachtigde voorgesteld om *in fine* van het ontworpen artikel 6.1.16, § 1/3, 3°, het volgende lid toe te voegen:

> "De graslanden met grote biodiversiteit moeten bovendien ook aan de criteria en geografische grenzen voldoen die de Europese Commissie in voorkomend geval vaststelt met toepassing van artikel 17, lid 3, c) *juncto* artikel 25, lid 4 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 ven intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG."

Hiermee kan worden ingestemd.

8. Bij artikel 4, 2°, van het ontwerp worden na de huidige paragraaf 1 van artikel 6.1.16 van het Energiebesluit, de paragrafen 1/1 tot 1/6 ingevoegd.

In de ontworpen paragraaf 1/1 wordt evenwel verkeerdelijk verwezen naar "paragraaf 1*ter* tot en met paragraaf 1*septies"* in plaats van naar "§§ 1/2 tot 1/6" en naar "paragraaf 1*ter*" in plaats van naar "§ 1/2".

Artikel 5

9. Luidens het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, van het Energiebesluit mogen garanties van oorsprong eveneens worden geweigerd indien zij afkomstig zijn uit landen waar geen vrije keuze van elektriciteitsleverancier bestaat, of geen verplichting voor de elektriciteitsleveranciers om de afkomst van de geleverde stroom te bewijzen.

9.1. Hoewel het bepaalde in het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, van het Energiebesluit niet wordt voorgeschreven in richtlijn 2009/28/EG, lijkt dit *prima facie* aanvaardbaar, om te vermijden dat niet enkel het erkennen van garanties van oorsprong die afkomstig zijn uit landen van de Europese Economische Ruimte (EER-landen), maar ook deze uit derde landen, mogelijks ertoe kan leiden dat buitenlandse garanties van oorsprong die formeel aan de gestelde eisen voldoen, bij gebruik ervan marktverstorend kunnen werken.

De vraag rijst echter of die regeling de toets aan het recht van de Europese Unie kan doorstaan.

9.1.1. In de mate dat garanties van oorsprong moeten worden geacht verband te houden met goederen, namelijk dat ze als een accessorium dienen te worden beschouwd van eenheden elektriciteit die onder het vrij verkeer van goederen vallen [3], wordt met de ontworpen regeling een terrein betreden dat is voorbehouden aan de Europese Unie. Het voorschrift van het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, van het Energiebesluit dient immers te worden beschouwd als een beperkende maatregel op het vlak van de externe handel. Nu de externe handelspolitiek op het gebied van goederen en diensten een exclusieve bevoegdheid van de Unie (artikel 207 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie - hierna: VWEU) is, kan, gelet op de definitie van exclusieve bevoegdheden in artikel 2, lid 1, VWEU, sterk worden betwijfeld of de Vlaamse Regering deze beperking nog zelf kan invoeren zonder daartoe te zijn gemachtigd door de Unie. Het feit dat er eventueel een lacune zou bestaan in de regelgeving ten aanzien van derde landen, is op zich geen reden om een Lidstaat alsnog interne regelgeving te laten aannemen in een domein waar de Unie exclusieve bevoegdheden heeft.

9.1.2. De vraag rijst evenwel of garanties van oorsprong ook niet kunnen worden verhandeld los van de verhandeling van elektriciteit.

Hierover om nadere toelichting gevraagd door de auditeur-verslaggever, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

> "Garanties van oorsprong worden inderdaad verhandeld los van een betrokken hoeveelheid elektriciteit. Via de inlevering van een garantie van oorsprong bij de VREG wordt een hoeveelheid elektriciteit die geleverd wordt aan een eindafnemer in het Vlaams Gewest "groen" gekleurd. Hetzelfde geldt ook voor ingevoerde garanties van oorsprong. Die moeten niet gelinkt zijn aan de aankoop van elektriciteit uit hetzelfde land. Er is dus zeker een autonome economische betekenis.
>
> Er is ook een echte handel in garanties van oorsprong. Vb. een leverancier produceert in Vlaanderen enkel grijze stroom. Door garanties van oorsprong aan te kopen in Frankrijk (bv van grootschalige waterkrachtcentrales in de Alpen) kan de leverancier zijn geleverde elektriciteit "groen" kleuren. Elektriciteit die ze groen kunnen kleuren, geeft bovendien ook recht op een verminderde federale heffing,..."

In de mate dat mag worden aangenomen dat garanties van oorsprong ook kunnen worden verhandeld los van het verhandelen van elektriciteit, en in dat geval die garanties als zelfstandig verhandelbaar effecten kunnen worden beschouwd, valt de handel ervan onder het vrij verkeer van kapitaal.

Nu krachtens artikel 63 VWEU het vrij verkeer niet enkel geldt tussen de lidstaten, maar ook ten aanzien van derde landen, dient de ontworpen regeling ook te worden getoetst aan de regels betreffende het vrij verkeer van kapitaal.

---

[3] HvJ 13 maart 2001, *PreussenElektra*, C-379/98.

De in het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, van het Energiebesluit vervatte regeling vormt ontegensprekelijk een beperking van het vrij verkeer. Beperkingen aan het kapitaalverkeer kunnen evenwel worden gerechtvaardigd op grond van vereisten van algemeen belang, waaronder de uitzonderingsgronden neergelegd in artikel 65 VWEU en andere dwingende vereisten van algemeen belang [4]. De beperkingen die het in het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, aan het vrij kapitaalverkeer worden gesteld, kan mogelijks worden gerechtvaardigd door de doelstelling om fraude en marktverstoring tegen te gaan [5]. Maar om met het beginsel van het vrij verkeer van kapitaal verenigbaar te zijn, en gelet op de afgeleide effecten op de markt van die producten, moet die regeling dan wel uniform worden toegepast voor alle landen waar geen vrije keuze van energieleverancier bestaat of geen verplichting is voor elektriciteitsleveranciers om de afkomst van de geleverde stroom te bewijzen.

9.1.3. Uit het voorgaande volgt dat gezien vanuit het oogpunt van het vrij verkeer van goederen, het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, niet kan worden aangenomen zonder de exclusieve bevoegdheden van de Europese Unie te schenden. Om dit te verhelpen, zou een mogelijks alternatief erin kunnen bestaan, dat bovendien beter zou aansluiten bij de doelstellingen van richtlijn 2009/28/EG in de mate dat het de effectieve creatie van productiecapaciteit voor energie uit hernieuwbare energiebronnen binnen de Europese Unie (of minstens de Europese Economische Ruimte) wordt vereist, om de erkenning van garanties van oorsprong zonder meer te beperken tot de landen van de EER.

In het licht van het vrij verkeer van kapitaal kan de ontworpen beperking daarentegen in beginsel wel worden aanvaard. In dat geval moet dan het voorschrift van artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, wel op uniforme wijze worden toegepast, waarbij de keuzemogelijkheid die thans aan de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna: de VREG) wordt gelaten, dient te worden beperkt door criteria te bepalen waardoor de VREG zich bij het uitoefenen van de hem gedelegeerde bevoegdheid moet laten leiden.

9.2. De vraag rijst echter of het bepaalde in het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, van het Energiebesluit, ook naar Belgisch recht is toegelaten.

Zoals het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, is geredigeerd, "mogen" door de VREG garanties van oorsprong worden geweigerd, indien zij afkomstig zijn uit landen waar geen vrije keuze van elektriciteitsleverancier bestaat, of geen verplichting voor de elektriciteitsleveranciers om de afkomst van de geleverde stroom te bewijzen. Het wordt aldus

[4] K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Cambridge, 2011, nrs. 267-271.

[5] Het eindoordeel hieromtrent komt evenwel het Hof van Justitie toe.

aan de VREG overgelaten om te oordelen of garanties van oorsprong uit bepaalde landen al dan niet worden toegelaten en/of garanties die niet aan de voorschriften van richtlijn 2009/28/EG voldoen eventueel toch kunnen worden aanvaard. Daarbij wordt er geen enkel criterium bepaald aan de hand waarvan de VREG haar discretionaire bevoegdheid kan uitoefenen. Nochtans lijkt het hier te gaan om een complexe economische afweging, met zwaarwichtige politieke consequenties.

Het is de Vlaamse Regering niet verboden om bepaalde van de aan haar toegekende bevoegdheden verder te delegeren. Zo kan met toepassing van artikel 22 van het bijzonder decreet over de Vlaamse instellingen beslissingsbevoegdheid worden toegekend aan een lid van de Vlaamse Regering. Ook wordt aanvaard dat voor het nemen van bepaalde individuele beslissingen de Vlaamse Regering deze bevoegdheid aan de administratie of een openbare instelling [6] kan toevertrouwen, mits de grenzen van deze bevoegdheidsopdracht duidelijk worden aangegeven, bij voorkeur door concreet aan te geven in welke omstandigheden van de opgedragen bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt, door de nodige criteria te bepalen waardoor de administratie of de openbare instelling zich bij het uitoefenen van de gedelegeerde bevoegdheid zal moeten laten leiden, en door de doeleinden te bepalen waarvoor die bevoegdheid mag worden gebruikt.

Nu ook in artikel 7.1.5, § 4, eerste lid, van het Energiedecreet wordt bepaald dat de Vlaamse Regering onder meer de nadere criteria dient vast te leggen voor het aanvaarden van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten, dient daarom de Vlaamse Regering te dezen ook criteria vast te leggen waardoor de VREG zich moet laten leiden bij het uitoefenen van de haar opgedragen bevoegdheid.

9.3. De conclusie is dan ook dat het ontworpen artikel 6.1.19, § 1, 3°, derde lid, van het Energiebesluit, zoals het is geconcipieerd, niet verzoenbaar is met het recht van de Europese Unie en evenmin met de beginselen inzake delegatie van beslissingsbevoegdheid zoals opgevat in het Belgisch recht en met het Energiedecreet. De ontworpen bepaling dient bijgevolg grondig te worden herwerkt.

Artikel 6

10. Artikel 6 strekt ertoe een fout in de formule in bijlage I bij het Energiebesluit te corrigeren. Het verdient aanbeveling om naar aanleiding hiervan, deze formule in een meer

[6] Onder voorbehoud dat hiervoor rechtsgrond aanwezig is.

gebruikelijke wetenschappelijke schrijfwijze, zoals eerder al door de VREG is gesuggereerd in advies 2010-4b van 1 september 2010 [7], en die hierna wordt vermeld, in het Energiebesluit op te nemen:

$$BPE = \left(1 - \frac{1}{\left(\frac{W_\eta}{Ref\ W_\eta} + \frac{E_\eta}{Ref\ E_\eta}\right)}\right) \times 100\%$$

Slotopmerking

11. In artikel 4 van het wijzigende decreet wordt de geldigheidsduur van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten aangepast aan de geldigheidsduur die in artikel 15, lid 3, van richtlijn 2009/28/EG wordt bepaald ten aanzien van garanties van oorsprong. De daarin bepaalde beperking tot twaalf maanden vanaf de productie van de desbetreffende energie-eenheid geldt echter enkel wat betreft hun functie als garantie van oorsprong in de zin van artikel 7.1.5, § 1, 1°, van het Energiedecreet. Voor hun bewijsfunctie blijft de oude geldigheidsduur evenwel gelden. Het is niet duidelijk of die beperking in de tijd bedoeld is om ook betrekking te hebben op warmtekrachtcertificaten, hoewel dat logischerwijze voortvloeit uit artikel 4, 1°, van het wijzigende decreet.

Hierover om nadere toelichting gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

> "Dit is ook een terechte opmerking. Sowieso is er in het huidige Energiedecreet een ongewilde discrepantie met het artikel 6.2.12 § 2 van het Energiebesluit dat de geldigheidsduur van warmtekrachtcertificaten regelt [8]. Best zal het ontwerpbesluit in die zin aangevuld worden zodat artikel 6.2.12 § 2 van het Energiebesluit geschrapt wordt?"

[7] http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2010-4b.pdf, p. 11.

[8] Artikel 6.2.12, § 2, van het Energiebesluit luidt:
"Warmtekrachtcertificaten die uitgereikt zijn in het productiejaar n dat op het certificaat vermeld staat, kunnen voor de certificatenverplichting slechts voorgelegd worden tot en met 31 maart van het kalenderjaar n+6. Als een warmtekrachtcertificaat na afloop van de termijn nog niet werd gebruikt voor de certificatenverplichting, wordt de vermelding, vermeld in artikel 6.2.11, § 2, 13°, door de VREG gewijzigd in " niet aanvaardbaar ", en wordt de vermelding, als vermeld in artikel 6.2.11, § 2, 14°, door de VREG gewijzigd in " niet van toepassing "."

Het komt aan de decreetgever toe om te kiezen of de geldigheidsduur van warmtekrachtcertificaten anders moet worden behandeld of niet, en aan de Vlaamse Regering om desgevallend haar besluit aan te passen.

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	G. VERBERCKMOES,	griffier.

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

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES J. SMETS