

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.272/3
VAN 15 MAART 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 15 februari 2011 door de Vlaamse minister van Innovatie, Overheidsinvesteringen, Media en Armoedebestrijding verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet “houdende machtiging tot oprichting van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap NV Vlaams Energiebedrijf”, 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 tot het verlenen van een machtiging aan de Vlaamse Regering om namens het Vlaamse Gewest het privaatrechtelijk extern verzelfstandigd agentschap “Vlaams Energiebedrijf” (hierna: Vlaams Energiebedrijf) op te richten, dat de rechtsvorm van een naamloze vennootschap zal aannemen. In het ontwerp wordt het algemene kader bepaald waarbinnen het Vlaams Energiebedrijf dient te worden opgericht. Daartoe worden de missie, de taken en de bevoegdheden van het Vlaams Energiebedrijf omschreven, bevat het ontwerp bepalingen betreffende de werking en de werkingsmiddelen ervan en ten slotte een bepaling betreffende het aandeelhouderschap van het Vlaams Energiebedrijf.

VORMVEREISTEN

3. Op haar vergadering van 17 december 2010 hechtte de Vlaamse Regering haar principiële goedkeuring aan het ontwerp en gelastte zij de Vlaamse minister, bevoegd voor het economisch overheidsinstrumentarium (hierna: de minister), om binnen een termijn van dertig dagen het advies in te winnen van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV) en, ook binnen een termijn van dertig dagen, van de Raad van State, afdeling Wetgeving, “op voorwaarde dat het in punt 2.1 vermelde advies [zijnde het advies van de SERV] geen aanleiding geeft tot inhoudelijke wijzigingen van de heden door de Vlaamse Regering principieel goedgekeurde tekst”.

Te dezen werd het ontwerp na het verlenen van het advies van de SERV niet meer opnieuw voorgelegd aan de Vlaamse Regering vóór de indiening van de adviesaanvraag bij de Raad van State omdat de minister van oordeel was dat dit advies geen aanleiding gaf tot een inhoudelijke wijziging van het ontwerp.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

Zoals de Raad van State reeds eerder heeft opgemerkt, is de in de beslissing van de Vlaamse Regering voorkomende voorwaarde dat “de adviezen [van de betrokken adviesorganen] geen aanleiding [mogen] geven tot inhoudelijke² wijziging van de heden door de Vlaamse Regering principieel goedgekeurde tekst” opdat de bevoegde minister de Raad van State zou kunnen raadplegen zonder de tekst opnieuw aan de Vlaamse Regering te moeten voorleggen, niet vrij van dubbelzinnigheid. Enerzijds kan die voorwaarde zo worden geïnterpreteerd dat de betrokken minister de Raad van State slechts kan raadplegen zonder het ontwerp opnieuw aan de Vlaamse Regering te moeten voorleggen wanneer de adviezen geen elementen bevatten die kunnen leiden tot een inhoudelijke aanpassing van de tekst. Anderzijds kan die voorwaarde in die zin worden geïnterpreteerd dat aan de betrokken minister ook de bevoegdheid wordt toegekend om de opmerkingen of voorstellen van de adviesorganen waaruit inhoudelijke wijzigingen aan de ontwerptekst voortvloeien te beoordelen, in welk geval de ontworpen tekst slechts opnieuw aan de Vlaamse Regering zou dienen te worden voorgelegd wanneer die minister van oordeel is dat de inhoud van de adviezen noopt tot het aanbrengen van inhoudelijke wijzigingen erin.

Te dezen is de minister klaarblijkelijk uitgegaan van de laatste opvatting: hoewel in het advies van de SERV inhoudelijke aanpassingen worden gesuggereerd, werd het ontwerp niet opnieuw aan de Vlaamse Regering voorgelegd. Ervan uitgaande dat zulks effectief overeenkomt met de gedragslijn die de Vlaamse Regering wenst te volgen (wat in de notificaties beter tot uiting zou kunnen komen), dient te worden opgemerkt dat het gevolgde procédé niet vrij is van kritiek. Aangezien de Vlaamse Regering op grond van artikel 83, § 1, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen dient te beraadslagen over elk ontwerp van decreet of besluit van de Vlaamse Regering, dienen de leden ervan in ieder geval kennis te krijgen van de ingewonnen adviezen en dienen ze in de gelegenheid te zijn om aanpassingen aan die ontwerpen voor te stellen in het licht van die adviezen. Wanneer het betrokken ontwerp inmiddels reeds om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is voorgelegd, en naderhand nog, ten gevolge van het initiatief van andere regeringsleden dan de minister die het ontwerp voorstelt, wijzigingen ondergaat, zullen die wijzigingen in het raam van een nieuwe adviesaanvraag dienen te worden voorgelegd aan de Raad van State. Dat brengt niet alleen praktische moeilijkheden met zich mee, maar druist ook in tegen de regel dat de teksten die aan de Raad van State om advies worden voorgelegd, een definitief karakter dienen te hebben³.

Het verdient derhalve aanbeveling dat de Vlaamse Regering de haar voorgelegde ontwerpteksten nadat de te vervullen vormvereisten zijn vervuld, vóór het advies van de Raad

² Soms komt het woord “inhoudelijke” niet voor.

³ Advies 41.417/AV tot 41.420/AV van de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, DOC 51 2720/001.

van State in te winnen, opnieuw zou onderzoeken in het licht van die adviezen wanneer eruit inhoudelijke aanpassingen kunnen voortvloeien.

BEVOEGDHEID

4. Luidens artikel 9, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen kunnen de gemeenschappen en de gewesten, in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten. Luidens artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kan het decreet ze rechtspersoonlijkheid toekennen en ze toelaten kapitaalparticipaties te nemen, en regelt het decreet, onverminderd artikel 87, § 4, van die wet de oprichting, samenstelling, bevoegdheid en werking ervan en het toezicht erop.

Het is op dit artikel dat de oprichting van het Vlaams Energiebedrijf wordt gesteund. Er dient derhalve te worden onderzocht of is voldaan aan de erin vervatte voorwaarden.

4.1. Vooreerst dienen de taken en de opdrachten van de op te richten dienst, instelling of onderneming te kaderen binnen de bevoegdheid van, naargelang het geval, de gemeenschappen of de gewesten.

In dit verband verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“De taken en bevoegdheden die aan het Vlaams Energiebedrijf worden toevertrouwd, zullen allen kaderen binnen de gewestbevoegdheden. Meer specifiek kaderen de taken van het Vlaams Energiebedrijf in de eerste plaats en hoofdzakelijk binnen het economisch beleid, waartoe onder meer de steun aan ondernemingen, overheidsinvesteringen, enz. ... behoren (cf. artikel 6, § 1, VI, eerste lid, 1° van de BWHI). Daarom ook is het, binnen de Vlaamse Regering, de Vlaamse minister van innovatie en overheidsinvesteringen die de voor advies voorgelegde bepalingen heeft ontworpen en die ermee zal worden belast het ontwerp van decreet bij het Vlaamse Parlement in te dienen. Daarnaast is ook het energiebeleid in de regel gewestmaterie (artikel 6, § 1, VII, eerste lid van de BWHI) en is het niet de bedoeling van de steller van het ontwerp de op dat vlak nog aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheden, die limitatief zijn omschreven (artikel 6, § 1, VII, tweede lid, van de BWHI), te betreden. Ook het wetenschappelijk onderzoek (artikel 6bis, § 1 van de BWHI) in de voormelde en desgevallend andere gewestmateries maakt een gewestbevoegdheid uit. De taken van het Vlaams Energiebedrijf kunnen daarin worden ondergebracht. Het is geenszins de bedoeling van de steller van het ontwerp, behoudens in de mate artikel 10 BWHI daartoe zou nopen en met inachtneming van de daaraan verbonden beperkingen, om op het bevoegdheidsterrein van de federale wetgever te komen.”

Globaal genomen kunnen de taken en de bevoegdheden van het Vlaams Energiebedrijf effectief worden ingepast in de bevoegdheden van de gewesten inzake economisch beleid ⁴, energiebeleid ⁵ en wetenschappelijk onderzoek. Enkele aspecten verdienen evenwel een nader onderzoek.

4.1.1. Luidens artikel 4, § 1, van het ontwerp heeft het Vlaams Energiebedrijf onder meer als missie de milieuvriendelijke en/of de “decentrale” energieproductie te bevorderen. In dat verband dient te worden opgemerkt dat de productie van energie krachtens artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. Op die principiële bevoegdheid van de federale overheid kan slechts uitzondering worden gemaakt wanneer de productie van energie inherent is aan één van de aangelegenheden die aan de gewesten uitdrukkelijk zijn toegewezen bij artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a) tot h), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, zoals het geval is met de aangelegenheid van de nieuwe energiebronnen, met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980), met de aangelegenheid van de aanwending van mijn gas of van gas afkomstig van hoogovens (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980) en ook met de aangelegenheid van de terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, g), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980) ⁶. Buiten die aangelegenheden is de federale overheid bevoegd voor de productie van energie, zonder dat, anders dan de gemachtigde vooropstelt, moet worden nagegaan of de betrokken productie van energie een technische en economische ondeelbaarheid vertoont dan wel kan worden geacht een “gewestelijk aspect” van het energiebeleid te vormen: het is immers slechts wanneer een aangelegenheid noch onder de opsomming opgenomen in het eerste lid van artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kan worden begrepen, noch onder de opsomming opgenomen in het tweede lid van die bepaling, dat moet worden uitgemaakt of het nationale dan

⁴ In de mate dat het Vlaams Energiebedrijf als investeringsbedrijf zal optreden, moet worden opgemerkt dat het gegeven dat het zich slechts richt tot een deelaspect van het economische leven, geen beletsel vormt voor de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest.

⁵ In de mate dat ook energiebevoegdheden van het Vlaamse Gewest die niet uitdrukkelijk zijn opgesomd in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn betrokken, wat de Raad van State evenwel niet ziet, zou het ontwerp het voorwerp van overleg met de federale overheid moeten uitmaken.

⁶ In die zin ook L. DERIDDER, Het energiebeleid, in *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, G. VAN HAEGENDOREN, en B. SEUTIN (ed.), Brugge, 2000, 49-50.

wel het gewestelijke aspect primeert⁷. Het is bijgevolg te ruim om gewag te maken van “milieuvriendelijke en/of decentrale” energieproductie. Het Vlaamse Gewest kan enkel bevoegd zijn ten aanzien van zulke productie wanneer die productie kan worden gekoppeld aan één van de aangelegenheden die bij artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a) tot h), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 uitdrukkelijk aan de gewesten zijn toegewezen. Het ontwerp moet in die zin worden aangepast⁸.

4.1.2. Bij artikel 4, § 2, tweede lid, 2° en 4°, van het ontwerp wordt aan het Vlaams Energiebedrijf de taak toegekend om ter bevordering van milieuvriendelijke en/of decentrale energieproductie en energielevering zelf of samen met anderen op te treden als “speler of facilitator” op de groothandelsmarkten en de leveranciersmarkten van elektriciteit of gas. Waar met betrekking tot de groothandelsmarkten nog wordt gespecificeerd dat het, wat elektriciteit betreft, gaat om groene en/of decentraal geproduceerde stroom of, wat gas betreft, om warmtekoppeling, ontbreekt zulke vermelding met betrekking tot de leveranciersmarkten.

In de memorie van toelichting wordt gepreciseerd dat met de genoemde taak niet alleen wordt beoogd milieuvriendelijke en/of decentrale energieproductie en -levering te stimuleren, wat mits een betere afstemming op de gewestelijke energiebevoegdheden⁹ effectief tot de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest behoort, maar ook te komen tot “een betere marktwerking [...] zodat de concurrentie maximaal zijn rol kan spelen en competitievere energieprijzen voor de consument gevormd worden”.

In zoverre de in artikel 4, § 2, tweede lid, 2° en 4°, van het ontwerp bedoelde taken kunnen worden gekoppeld aan de gewestelijke bevoegdheden inzake energie en economisch

⁷ Zie verslag ANTOINE-UYTTENDAELE, *Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, p. 144 (“Deze [nationale] aangelegenheden zijn in ieder geval”, w.b.t. de uitzonderingen t.v.v. de federale overheid); verslag CEREXHE-ERDMAN, *Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 405-2, p. 111 (verklaring van de Minister voor Institutionele Hervormingen (N.), die evenwel niet volledig ondubbelzinnig is); zie ook m.b.t. de uitzondering inzake het vervoer van energie, die eveneens is opgenomen *sub* artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, Grondwettelijk Hof, nr. 21/2005, 26 januari 2005, B.4 en B.5.1, waar er wordt op gewezen dat de grootte van de infrastructuur voor vervoer irrelevant is ten aanzien van de federale bevoegdheid. Weliswaar wordt die bevoegdheid vergeleken met de bevoegdheid inzake “de grote infrastructuur voor de stockering”, maar het zou geheel haaks staan op de leer van dat arrest ertoe te besluiten dat er toch nog gewestelijke aspecten van het vervoer zouden bestaan, nu dat net tot de conclusie zou leiden dat wel een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de grootte van de bedoelde vervoersinfrastructuur.

⁸ Het begrip “milieuvriendelijke energieproductie” slaat immers niet noodzakelijk op de productie van elektriciteit die kan worden begrepen onder de aangelegenheden opgesomd in artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, maar kan ook slaan op milieuvriendelijke productietechnieken bij klassieke productieprocessen, terwijl ook het begrip “decentrale energieproductie”, dat betrekking heeft op de schaal waarop de productie plaatsvindt, meestal wel, maar niet noodzakelijk, slaat op de genoemde aangelegenheden.

⁹ Zie hierover opmerking 4.1.1.

beleid, rijst er vanuit bevoegdheidsrechtelijk oogpunt geen bezwaar tegen de genoemde bepalingen. Er moet evenwel worden vastgesteld dat zeker artikel 4, § 2, tweede lid, 4°, van het ontwerp, gelezen in samenhang met de memorie van toelichting, niet vrij is van elke dubbelzinnigheid aangezien daarin geen band meer wordt gelegd met de gewestelijke energiebevoegdheden, in tegenstelling tot artikel 4, § 2, tweede lid, 2°, van het ontwerp waar dit, zij het op een onvolkomen wijze, wel het geval is. Als men daaruit zou moeten afleiden dat wordt beoogd het Vlaams Energiebedrijf effectief taken te laten vervullen om in het algemeen en als hoofddoel de marktwerking¹⁰, inzonderheid de mededinging en het prijsniveau, te beïnvloeden, moet erop worden gewezen dat aldus de federale bevoegdheden inzake mededinging (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980)¹¹ en energietarieven (artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van die wet)¹² worden betreden.

Ook gelet hierop dient artikel 4, § 2, tweede lid, van het ontwerp te worden herbekeken.

4.2. Luidens artikel 9, tweede lid, tweede zin, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 regelt het decreet, onverminderd artikel 87, § 4, van die wet de oprichting, de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van en het toezicht op de erin bedoelde diensten, instellingen of ondernemingen. Door aldus sommige bevoegdheden aan de wetgevende overheden van de gemeenschappen en de gewesten voor te behouden, heeft de bijzondere wetgever een eis tot uitdrukking gebracht die moet worden beschouwd als een bevoegdheidverdelende regel in de zin van artikel 1, 1°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof¹³.

Te dezen dient inzonderheid te worden onderzocht of het toezicht van de hogere overheid op het Vlaams Energiebedrijf, dat reëel dient te zijn, wel afdoende door de decreetgever geregeld is. In dat opzicht dient te worden vastgesteld dat, buiten de algemene

¹⁰ Op het eerste gezicht zou men uit de inleidende zin van artikel 4, § 2, tweede lid, van het ontwerp kunnen afleiden dat dit niet het geval kan zijn, maar bij nader toezien is ook deze zin dubbelzinnig nu, daargelaten de te ruime begripsinhoud van de woorden “milieuvriendelijke en/of decentrale energieproductie”, het niet duidelijk is of die woorden ook slaan op het woord “energielevering” (zo ja, is het overigens de vraag wat “milieuvriendelijke en/of decentrale energielevering” juist inhoudt).

¹¹ Een maatregel om de werkzame concurrentie tussen de marktdeelnemers te bevorderen, vindt zijn bevoegdheidsrechtelijke grondslag immers in deze bepaling (Grondwettelijk Hof, nr. 21/2005, 26 januari 2005, B.5.2).

¹² Gelet op de verbondenheid van de uitzondering met het vrijwaren van de economische unie kan worden aangenomen dat geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen “prijzen” en “tarieven” en die eerste term bijgevolg onder de laatste is begrepen.

¹³ Grondwettelijk Hof, nr. 24/98, 10 maart 1998, B.5.1; Grondwettelijk Hof, nr. 75/2001, 31 mei 2001, B.10.

vennootschapsrechtelijke regels inzake controle (die evenwel niet de controle door de hogere overheid betreffen) die door de keuze van de rechtsvorm van de naamloze vennootschap van toepassing zijn, en de artikelen 33 en 36, § 2, tweede lid, van het op het Vlaams Energiebedrijf van toepassing zijnde kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (die evenwel slechts respectievelijk de interne controle en een rapportageverplichting aan het Vlaams Parlement inhouden), het toezicht bij geen enkele andere bepaling door de decreetgever zal worden geregeld. Integendeel dienen “nadere” bepalingen inzake het toezicht te worden opgenomen in de samenwerkingsovereenkomst die tussen de Vlaamse Regering en het Vlaams Energiebedrijf dient te worden gesloten (artikel 6, tweede lid, van het ontwerp). Zulks strijdt met het in artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgenomen legaliteitsbeginsel, op grond waarvan de basisregels inzake de erin opgesomde elementen, waaronder het toezicht, bij decreet dienen te worden geregeld¹⁴. Het ontwerp dient bijgevolg te worden aangevuld met bepalingen waardoor een daadwerkelijk toezicht op het Vlaams Energiebedrijf wordt gegarandeerd¹⁵.

Het in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vervatte legaliteitsbeginsel staat eraan overigens eveneens in de weg dat de andere opgesomde elementen die in de samenwerkingsovereenkomst tussen de Vlaamse Regering en het Vlaams Energiebedrijf dienen te worden geregeld, betrekking zouden hebben op essentiële regels betreffende de samenstelling en de werking (in ruime zin) van het Vlaams Energiebedrijf; in het samenwerkingsakkoord kan slechts de concrete uitwerking van de decretaal vastgelegde basisregels worden gepreciseerd.

CONFORMITEIT MET HET EU-RECHT

5. De ontworpen regeling roept *prima facie* enkele vragen op vanuit het mededingingsrecht en de regels op het gebied van staatssteun. Het gegeven dat het ontwerp enkel een machtiging inhoudt tot oprichting van het Vlaams Energiebedrijf en dat pas na de oprichting ervan volledig uitsluitel zal kunnen worden gegeven omtrent de verenigbaarheid met het EU-recht, neemt niet weg dat de Raad van State meent nu reeds te moeten wijzen op een aantal knelpunten.

¹⁴ Grondwettelijk Hof, nr. 75/2001, 31 mei 2001, B.11.

¹⁵ Zo nodig kan hierbij overigens worden afgeweken van het vennootschapsrecht (Grondwettelijk Hof, nr. 105/2000, 25 oktober 2000, B.31 tot B.38. Zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 116/2008, 31 juli 2008, B.5.1 tot B.6 waar hetzelfde wordt aangenomen ten aanzien van opgerichte verenigingen zonder winstoogmerk, en advies 30.511/4 van 13 november 2000 bij een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Waalse Gewest van 7 maart 2001 “portant réforme de la Société wallonne des Distributions d’Eau, *Doc. Parl.*, W. Parl., 2000-2001, nr. 171/1).

Ook al is het Vlaams Energiebedrijf geconcipieerd als een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap en is het als commerciële onderneming ten volle onderworpen aan de regels op het gebied van vrije mededinging en staatssteun, toch dient het onder het toezicht van het Vlaamse Gewest te staan (zie opmerking 4.2) en dient het Vlaamse Gewest rechtstreeks of onrechtstreeks over een meerderheid van de aandelen te beschikken (zie artikel 7 van het ontwerp). Bovendien wordt het Vlaams Energiebedrijf belast met de uitvoering van een aantal beleidsdoelstellingen van het Vlaamse Gewest, waarbij het de uitdrukkelijke bedoeling is activiteiten te ontplooiën en te ondersteunen die in de huidige marktomstandigheden blijkbaar niet ten volle door louter particuliere initiatieven kunnen worden gerealiseerd. Ten slotte moet ook aandacht worden besteed aan de Europese regels betreffende de gas- en elektriciteitsmarkt.

5.1. In de eerste plaats rijst de vraag of de machtiging in artikel 4, § 2, tweede lid, 2° en 4°, van het ontwerp, waarbij het Vlaams Energiebedrijf ermee wordt belast om zelf of samen met anderen op te treden als speler of facilitator in de groothandels- en leveranciersmarkten van elektriciteit en/of gas, in het bijzonder door de rol van aggregator op zich te nemen, niet kan leiden tot feitelijke gedragingen die als kartelvorming beschouwd moeten worden, hetgeen zou indruisen tegen artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

De gemachtigde verklaarde hieromtrent het volgende:

“Met betrekking tot de artikelen 4, § 2, 2° en 4° van het ontwerp van machtigingsdecreet wordt opgemerkt dat het optreden van het VEB als speler of facilitator op de groothandelsmarkten of de leveranciersmarkten voor elektriciteit en/of gas geenszins kan worden beschouwd als ‘kartelvorming’ in de zin van de Belgische en/of Europese mededingingsregels. De doelstelling van de steller van het ontwerp bestaat erin, enerzijds, te voorzien in de mogelijkheid dat groene en/of decentraal geproduceerde energie die afkomstig is van kleine onafhankelijke producenten aan een betere prijs naar de markt wordt gebracht en, anderzijds, de levering van milieuvriendelijke en/of decentraal geproduceerde energie te bevorderen (bv. door middel van een groepsaankoop van elektriciteit en/of gas). Dergelijke onrechtstreekse - meer bepaald via het VEB - samenwerking tussen producenten of afnemers van energie moet - voor zover de mededingingsregels al van toepassing zouden zijn - worden geanalyseerd overeenkomstig de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (‘VWEU’) op horizontale samenwerkingsovereenkomsten [...]. Deze richtsnoeren bepalen dat dergelijke samenwerking mededingingsbevorderende effecten kan teweegbrengen (bv. lagere inkooprijzen of transactiekosten) en dat deze effecten moeten worden afgewogen tegen de eventuele mededingingsbeperkende gevolgen van de samenwerking, in het licht van de concrete economische context waarin de partijen zullen opereren. Zo erkent de Europese Commissie in haar richtsnoeren (punt 221) dat een collectieve inkoop door kleine ondernemingen met een bescheiden gezamenlijk marktaandeel normaal geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1 VWEU.

Bijgevolg kan de vraag of het optreden van het VEB als speler of facilitator op de groothandels- of leveranciersmarkten verenigbaar is met de Europese en/of Belgische mededingingsregels pas worden beantwoord op het moment dat het VEB operationeel is. Bovendien hangt de mededingingsrechtelijke analyse in grote mate af van een veelheid aan factoren die thans nog onbekend zijn (draagwijdte en concrete invulling van de taak van het VEB, marktstructuur, aantal en marktaandeel van de bij de samenwerking betrokken partijen enz.).

[...]

De gemachtigde van de Vlaamse Regering wenst te verduidelijken dat enige activiteit die het VEB zou ontplooiën op de voornoemde markten uiteraard zal worden uitgeoefend met inachtneming van de mededingingsregels (met inbegrip van de Europese staatssteunregels)."

Uit dit antwoord blijkt alleszins dat de activiteiten die het Vlaams Energiebedrijf zal ontplooiën, problematisch kunnen zijn vanuit het oogpunt van de regels betreffende de mededinging. Het gegeven dat bepaalde gedragingen in bepaalde gevallen gerechtvaardigd kunnen worden, doet geen afbreuk aan de noodzaak om ter zake de nodige waakzaamheid aan de dag te leggen, gegeven de beleidskeuze van de stellers van het ontwerp om het Vlaams Energiebedrijf als marktdeelnemer eveneens een taak als "facilitator" toe te bedelen. Ook al kan er in deze stand van zaken geen nader, laat staan een definitief oordeel worden geveld omtrent de verenigbaarheid van deze situatie met de regels betreffende de mededinging, toch meent de Raad van State erop te moeten wijzen dat, hoewel de artikelen 101 en 102 VWEU in beginsel enkel betrekking hebben op ondernemingen, overheden wel degelijk deze bepalingen, alsook artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) schenden wanneer ze "maatregelen, zelfs [...] van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, nemen of handhaven die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken"¹⁶. Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat een strijdigheid met artikel 4, lid 3, VEU en artikel 101 VWEU voorligt "wanneer een lidstaat het tot stand komen van met [artikel 101 VWEU] strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt, of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen"¹⁷. Naast de ontworpen regeling op zich beschouwd, kan bijgevolg ook het aanmoedigen van het sluiten van mededingingsbeperkende akkoorden als het in de hand werken van bepaalde feitelijke gedragingen aldus leiden tot een schending van de aangehaalde bepalingen, waarvoor zowel het Vlaams Energiebedrijf¹⁸ als de

¹⁶ H.v.J., 5 december 2006, Cipolla en Maccinoca, C-94/04 en C-202/04, *Jur.* 2006, I-11.421, § 46.

¹⁷ *Ibid.*, § 47.

¹⁸ H.v.J., 20 september 2001, Courage, C-453/99, *Jur.* 2001, I-6297; H.v.J., 13 juli 2006, Manfredi, C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, I-6619.

Vlaamse overheid ¹⁹ juridisch aansprakelijk kunnen worden gesteld. Ten aanzien van de Vlaamse overheid zou evenwel slechts tot een dergelijke aansprakelijkheid kunnen worden besloten indien zij de werking van bestaande afspraken versterkt doordat “zij de elementen van tussen ondernemingen gesloten akkoorden geheel of gedeeltelijk overneemt en die ondernemingen tot naleving ervan verplicht of aanzet” ²⁰. Uit de ontworpen regeling in haar huidige versie kan dit laatste vooralsnog niet worden opgemaakt.

Niettemin moet tevens rekening worden gehouden met artikel 106, lid 1, VWEU, dat voorschrijft dat de lidstaten “met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel [nemen of handhaven] welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109 [VWEU]”. Dit impliceert dat de Vlaamse overheid erover moet waken dat het Vlaams Energiebedrijf haar taken ten volle in overeenstemming met de mededingingsregels uitvoert en dat het niet kan worden beschouwd als een instrument van de Vlaamse overheid om de organisatie van gas- en elektriciteitsmarkten te herordenen. De vermelding in de memorie van toelichting dat het de bedoeling is dat “competitievere energieprijzen voor de consument gevormd worden” is in dat verband wellicht veeleer ongelukkig.

Uit de ontworpen regeling kan niet met zekerheid worden opgemaakt of de Vlaamse overheid bepaalde diensten van algemeen economisch belang wil toevertrouwen aan het Vlaams Energiebedrijf, al lijken er toch bepaalde activiteiten in het algemeen belang te worden ontplooid. Indien dit daadwerkelijk het geval is, moet eveneens rekening worden gehouden met artikel 106, lid 2, VWEU, dat weliswaar bepaalde afwijkingen van het mededingingsrecht (en de regels op het gebied van staatssteun) toelaat, maar onder zeer strikte voorwaarden. Vooralsnog kan uit de ontworpen regeling niet worden afgeleid dat er op dit punt een strijdigheid met de aangehaalde bepaling zou voorliggen.

5.2. Het ontwerp omvat ook verscheidene bepalingen die vragen oproepen op het vlak van de regels op het gebied van staatssteun (artikel 107 VWEU).

Artikel 4, § 2, tweede lid, 1°, van het ontwerp biedt de mogelijkheid om participaties te nemen in vennootschappen, verenigingen, samenwerkingsverbanden en andere juridische entiteiten, met het oog op bepaalde milieuvriendelijke energieprojecten. In de memorie van toelichting wordt dienaangaande uiteengezet dat participaties worden beoogd in

¹⁹ H.v.J., 5 maart 1996, Brasserie du Pêcheur en Factortame, C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, I-1029.

²⁰ H.v.J., 21 september 1988, Van Eycke, 267/86, *Jur.* 1988, 4769.

“beloftevolle, duurzame energieprojecten die zich nog in de beginfase van ontwikkeling bevinden (*pre-seed, early stage and growth*) en in de markt geen of moeilijk investeerders vinden omwille van hun hoog risicoprofiel”. Artikel 5, § 1, van het ontwerp voorziet in de mogelijkheid om gebouwen en infrastructuur ter beschikking te stellen van het Vlaams Energiebedrijf en haar dochterondernemingen. Naar luid van artikel 5, § 2, van het ontwerp kunnen, naast de Vlaamse Regering, ook het Vlaams Energiebedrijf of haar dochterondernemingen zakelijke rechten vestigen op onroerende goederen die behoren tot het openbaar domein, in het kader van de missie en de doelstellingen van het Vlaams Energiebedrijf.

De gemachtigde verklaarde in dit verband dat “de terbeschikkingstelling van personeel, gebouwen of infrastructuur aan marktvoorwaarden, het toekennen van zakelijke rechten aan een marktconforme vergoeding of het nemen van participaties aan marktvoorwaarden, op zichzelf geen steunmaatregelen zijn ten behoeve van het [Vlaams Energiebedrijf] die zouden moeten worden aangemeld [bij] en goedgekeurd door de Europese Commissie”. Hij verklaarde tevens nog het volgende:

“Of er eventueel sprake kan zijn van staatssteun, kan in dit stadium niet worden uitgemaakt. Deze vraag hangt immers af van de vraag of en wanneer bepaalde maatregelen die in het ontwerp van machtigingsdecreet worden voorzien, daadwerkelijk worden uitgevoerd en van de concrete voorwaarden waaronder dit gebeurt. Zo zullen de voorwaarden en modaliteiten waaronder de Vlaamse regering personeel, gebouwen en infrastructuur ter beschikking kan stellen, indien en voor zover dergelijke terbeschikkingstelling plaatsvindt, worden geregeld in de samenwerkingsovereenkomst die moet worden onderhandeld nadat het VEB effectief werd opgericht. Ook de voorwaarden waaronder ten gunste van het VEB en, desgevallend, haar dochterondernemingen zakelijke rechten kunnen worden gevestigd op onroerende goederen die behoren tot het openbaar domein, zullen het voorwerp uitmaken van een overeenkomst met het Vlaamse Gewest. Tenslotte kan het nemen van participaties in duurzame energieprojecten niet op zich als een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU worden beschouwd. Dergelijke kwalificatie hangt af van de concrete voorwaarden waaronder deze participatie plaatsvindt. Zelfs indien een bepaalde participatie in een project een steunmaatregel zou zijn in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, moet eraan worden herinnerd dat steun in de vorm van risicokapitaal onder bepaalde voorwaarden door de Europese Commissie uitdrukkelijk is vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting²¹.

De gemachtigde van de Vlaamse regering bevestigt opnieuw dat, indien bij latere beslissingen of bij de ontwikkeling van de economische activiteiten van het VEB zou blijken dat deze een element van staatssteun zouden inhouden, de Vlaamse regering alle noodzakelijke aanmeldingen of kennisgevingen zal verrichten ten aanzien van de Europese Commissie.

²¹ Voetnoot bij het citaat van de gemachtigde: Artikelen 28 en 29 van Verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard, PB. 2008, L 214/3.

Tenslotte, is het zo dat, los van de kwalificatie als steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, de hierboven vermelde mogelijke maatregelen niet kunnen worden beschouwd als rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie van private bedrijven. Ten eerste worden op grond van het ontwerp van machtigingsdecreet geen voordelen verleend aan het VEB of haar dochterondernemingen. Ten tweede voeren de maatregelen die eventueel in een latere fase zouden worden uitgevoerd (terbeschikkingstelling van personeel of gebouwen of vestigen van zakelijke rechten aan nog nader te bepalen voorwaarden) geen verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen in dat niet op een objectief criterium berust en niet redelijk verantwoord is. De eventuele maatregelen zullen immers worden genomen ter uitvoering van de missie van het VEB zoals die is omschreven in het ontwerp van machtigingsdecreet en die kadert binnen de legitieme doelstellingen die de steller van het ontwerp voor ogen heeft (zie onder meer punt 1 van de memorie van toelichting waarin wordt verwezen naar de ‘trias energetica’ als basisprincipe van het Vlaamse energiebeleid). Bijgevolg is geen sprake van een miskenning van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.”

Met deze zienswijze kan worden ingestemd, maar het verdient alleszins aanbeveling om in de aangehaalde bepalingen te preciseren dat marktvoorwaarden dienen te worden gehanteerd voor de erin vermelde maatregelen. Voor wat betreft de mogelijkheid inzake participatie, bedoeld in artikel 4, § 2, tweede lid, 1°, van het ontwerp, zijn steunmaatregelen weliswaar denkbaar, indien ze met de interne markt verenigbaar zijn of indien ze onder een vrijstelling vallen, in welk geval voldaan moet zijn aan de vereisten voor een specifieke groepsvrijstelling, bedoeld in verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 87 en 88 van het [EG]Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard.

Ten slotte rijst de vraag of de in artikel 5 van het ontwerp gebruikte term “dochterondernemingen” van het Vlaams Energiebedrijf zo moet worden geïnterpreteerd dat de voordelen die door deze bepaling aan het Vlaams Energiebedrijf worden gegeven, zonder meer zouden worden toegekend aan de verscheidene ondernemingen waarin het Vlaams Energiebedrijf een participatie neemt en die daardoor een concurrentieel voordeel krijgen over gelijkaardige louter private initiatieven.

De gemachtigde verklaarde in dat verband:

“Met ‘dochterondernemingen’ is [...] geenszins bedoeld om het even welke rechtspersoon waarin het VEB in voorkomend geval participeert. Integendeel worden beoogd ondernemingen - onder welke rechtsvorm ook - die door het VEB zouden worden betrokken bij de uitoefening van haar beleidsuitvoerende taken in de zin van artikel 12 van het Kaderdecreet bestuurlijk beleid. Naast het feit dat hiervoor een voorafgaande machtiging van de Vlaamse regering nodig is, betekent dit, conform de memorie van toelichting bij het Kaderdecreet, dat de dochteronderneming door het VEB wordt aangestuurd²².”

²² Voetnoot bij het citaat van de gemachtigde: Parl. St. Vl. Parl., zitting 2002-2003, Stuk nr. 1612/1, p. 35.

De Raad van State geeft de stellers van het ontwerp dan ook ter overweging om de door de gemachtigde geschetste bedoeling tot uiting te laten komen in het ontwerp, door de aanvulling van artikel 2 van het ontwerp met een bepaling onder 4°, die luidt als volgt:

“4° dochteronderneming: onderneming, ongeacht de rechtsvorm, die door het Vlaams Energiebedrijf betrokken wordt bij de uitoefening van haar beleidsuitvoerende taken, overeenkomstig artikel 12 van het Kaderdecreet.”

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

6. In artikel 2 van het ontwerp is tweemaal een onderdeel 2° opgenomen. Het tweede “2°” dient uiteraard te worden vervangen door “3°”.

Artikel 4

7. De redactie van artikel 4 van het ontwerp dient te worden aangepast gelet op hetgeen werd opgemerkt betreffende de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest.

8. In artikel 4, § 1, van het ontwerp verwijze men naar artikel 3, § 1 (lees: eerste lid²³), ervan.

Artikelen 5 en 6

9. Luidens artikel 5, § 1 (lees: eerste lid), derde zin, van het ontwerp worden de voorwaarden en “modaliteiten” (lees: nadere regels) van de erin bedoelde terbeschikkingstelling van personeel, gebouwen en infrastructuur, bepaald in de samenwerkingsovereenkomst tussen de Vlaamse Regering en het Vlaams Energiebedrijf, wat nog eens wordt herhaald in artikel 6, tweede lid, van het ontwerp.

²³ Een indeling van een artikel in paragrafen is immers niet raadzaam in het geval dat, zoals te dezen, elke paragraaf slechts uit een lid bestaat en die indeling niet kan bijdragen tot een meer duidelijke voorstelling van het ingedeelde artikel.

Zulk een samenwerkingsovereenkomst dient evenwel beperkt te blijven tot de concretisering van het decretale en reglementaire kader, maar mag er niet in de plaats van komen ²⁴, zodat het niet mogelijk is erin dergelijke bepalingen op te nemen. De voorwaarden waaronder de terbeschikkingstelling kan plaatsvinden, dienen derhalve in het ontwerp zelf te worden bepaald.

²⁴ Overigens dient geheel artikel 6 van het ontwerp in het licht van dit beginsel te worden geïnterpreteerd.

De kamer was samengesteld uit

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

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS