



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 52.361/3
van 27 november 2012

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de groenestroomcertificaten, de warmtekrachtcertificaten en de garanties van oorsprong’

Op 12 november 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 13 december 2012, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de groenestroomcertificaten, de warmtekrachtcertificaten en de garanties van oorsprong’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 november 2012. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 november 2012.

*

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 VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe een reeks uitvoeringsmaatregelen vast te stellen in het kader van de hervorming van de steunregeling voor groene stroom en groene warmte.¹

De hervorming van die steunregeling impliceert dat een nieuwe regeling moet worden ingevoerd voor de garanties van oorsprong. De implementatie van de hervorming vereist een hele reeks specifieke aanpassingen aan het Energiebesluit van 19 november 2010, die in het ontwerp zijn opgenomen.

3. Het ontwerp bevat echter ook een aantal aanpassingen aan het Energiebesluit die los lijken te staan van de hervorming van de steunregeling.

Artikel 2 van het ontwerp voert een aanpassing door met betrekking tot de organieke structuur van werkmaatschappijen met enkel onafhankelijke bestuurders. Artikel 25 van het ontwerp heeft betrekking op de openbaredienstverplichtingen in verband met de aansluiting op het distributienet van windenergieprojecten. Ook de rapporteringverplichtingen worden aangepast (artikelen 27 tot 30 van het ontwerp).

RECHTSGROND

4. De rechtsgrond voor het te nemen besluit wordt luidens de aanhef gezocht in de artikelen 7.1.1, 7.1.2, 7.1.3, 7.1.4/1, 7.1.5, 7.1.10, § 3, 7.1/1.1, 7.1/1.3 en 12.2.1 van het Energiedecreet van 8 mei 2009, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Die bepalingen bieden inderdaad rechtsgrond voor het overgrote deel van de bepalingen van het ontwerp, doch niet voor allemaal.

5. Voor de volgende artikelen van het te nemen besluit zijn andere bepalingen aan te wijzen als rechtsgrond:

- voor artikel 2 van het ontwerp kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 4.1.5, derde lid, van het Energiedecreet;

¹ Die hervorming van het steunmechanisme voor groene stroom en warmtekrachtkoppeling is doorgevoerd met het decreet van 13 juli 2012 ‘houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie’.

- voor de artikelen 20 en 22 van het ontwerp biedt artikel 3.1.3, tweede lid, van het Energiedecreet de rechtsgrond;
- artikel 25 van het ontwerp kan worden aangenomen op grond van, wat de informatieplicht in het nieuwe artikel 6.4.13, § 1, vierde lid, van het Energiebesluit betreft, artikel 4.1.20, eerste lid, van het Energiedecreet en, wat de financiële last betreft die aan de orde is in het ontworpen artikel 6.4.13, §1, derde lid, van het Energiebesluit, artikel 7.5.1 van het Energiedecreet.

De aanhef zal dienovereenkomstig moeten worden aangepast.²

ALGEMENE OPMERKINGEN

Gelijkheidsbeginsel

6. Een verschil in behandeling is slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer 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 betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. Voor de verschillende behandeling die uit de ontworpen regeling voortvloeit dient dan ook een verantwoording in voornoemde zin voorhanden te zijn. Het gelijkheidsbeginsel vereist niet enkel dat gelijke situaties gelijk worden behandeld, maar ook dat niet-gelijke situaties verschillend worden behandeld.

7. De Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt niet over de nodige technische kennis om ten volle de impact van de ontworpen regelgeving op de verschillende modi van energieopwekking te kunnen beoordelen. Niettemin moet worden vastgesteld dat in het gezamenlijk advies van de SERV en de Minaraad belangrijke kanttekeningen worden geplaatst bij de keuze van de representatieve projectcategorieën in het ontworpen artikel 6.2/1.3 van het Energiebesluit. Zo wordt opgemerkt dat een significant deel van de zonne-energie-installaties bij particulieren een maximaal AC-vermogen hebben tussen 10 en 50 kW. Die installaties zullen worden meegenomen in een bredere categorie met een maximaal AC-vermogen tussen 10 en 250 kW, hoewel er blijkbaar aanwijzingen zijn dat de onrendabele toppen voor installaties aan de lage kant van dat spectrum significant verschillen van die van grotere installaties, zodat het vaststellen van één enkele waarde voor het hele spectrum tot een ongelijke behandeling aanleiding zou kunnen geven. Ook met betrekking tot windturbines en biomassa worden opmerkingen gemaakt over het gebrek aan differentiëring.

² Zie opmerking 11.

Bijgevolg moet op dit punt een voorbehoud worden gemaakt bij de ontworpen regeling. De stellers van het ontwerp dienen zich ervan te vergewissen dat de gekozen representatieve projectcategorieën ook werkelijk representatief zijn.

8. Het feit dat het mogelijk zal zijn om een aanvraag in te dienen voor bijkomende representatieve projectcategorieën (artikel 21 van het ontwerp; ontworpen artikel 6.2/1.2, derde lid), kan niet verhinderen dat in het voorliggende ontwerp mogelijk een te ongenueanceerde basisbenadering wordt gehanteerd. Bovendien is het de vraag of het “[toevoegen van] bijkomende representatieve projectcategorieën” de mogelijkheid inhoudt om de bestaande categorieën op te splitsen.

Overigens moet worden opgemerkt dat het ontworpen artikel 6.2/1.2, derde lid, van het Energiebesluit enkel de opdracht geeft aan het Vlaams Energieagentschap (hierna: VEA) om een model van aanvraagformulier op te stellen, maar verder niets bepaalt over de te volgen procedure. Het lijkt niet de bedoeling dat het VEA zelf een beslissing op dit punt kan nemen – het gaat immers om de wijziging van het Energiebesluit, wat enkel aan de Vlaamse Regering kan toekomen –, maar dat neemt niet weg dat moet worden verduidelijkt hoe die aanvragen uiteindelijk behandeld zullen worden.

Actualisering van de bandingfactoren

9. Uit het gezamenlijk advies van de SERV en Minaraad blijkt dat de actualisering van de berekening van de onrendabele toppen en bandingfactoren, zoals aan de orde in het ontworpen artikel 6.2/1.3 van het Energiebesluit, niet evident is. Hoewel de keuze van de methode en de parameters voor de herberekening in essentie een beleidskeuze is, kunnen er toch vragen worden gesteld vanuit het verbod van discriminatie en het marktrecht.

10. In het geval van projecten zonder brandstofkost wordt de actualisering enkel doorgevoerd in functie van de wijzigende elektriciteitskosten. Dit impliceert dat een reeks andere factoren die de terugverdientijd aanzienlijk zouden kunnen beïnvloeden, zoals de invoering of significante aanpassing van capaciteit- of injectietarieven, niet worden meegenomen in de actualisering. Op die manier dreigt de effectief toegekende steun niet afgestemd te zijn op de eigenheid van de investeringen in kwestie, zodat het normdoel van het decreet niet gehaald wordt.

Over projecten die wel brandstofkosten hebben, wordt niets gezegd. Toch kan daaruit niet worden geconcludeerd dat voor die projecten een actualisering plaatsvindt van alle parameters. Projecten die wel brandstofkosten hebben, worden immers niet geactualiseerd, gelet op artikel 7.1.4/1, § 4, derde lid, van het Energiedecreet.

Die regeling komt echter voort uit het Energiedecreet, en het ontwerp is daarop geënt. Maar het is nu pas dat de volle impact van de regeling begrijpbaar wordt, gelet op de complexe verhouding tussen de regels in het ontwerp en het decretale kader.

De reden waarom projecten op brandstof niet worden geactualiseerd, is dat de verwachte stijging van de brandstofprijs luidens de ontworpen regels al is opgenomen in de originele bandingfactor.³ Dat heeft echter twee ongelukkige gevolgen.

In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat een dergelijke schatting over een periode van tien jaar een moeilijke zaak is, zodat het systeem vatbaar lijkt voor zowel over- als ondercompensatie afhankelijk van de werkelijke brandstofkost, wat dan weer aanleiding geeft tot een mogelijke ongerechtvaardigde ongelijke behandeling.

In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat er, in de mate de parameters voor de verwachte stijging van de brandstofkost inderdaad terecht uitgaan van een stijging van de brandstofkost, een verstoring van de markt voor biomassa dreigt te ontstaan, omdat er in een compensatie wordt voorzien voor het gebruik van biomassa als brandstof via de bandingfactor en de daarmee bepaalde groenestroomcertificaten, maar andere gebruikers van biomassa in de kou blijven staan. Dat kan er toe leiden dat steeds meer biomassa gebruikt wordt als brandstof, terwijl het gebruik van biomassa te duur wordt voor andere toepassingen waarvoor er geen tegemoetkoming geldt. Die evolutie kan vanuit twee hoeken juridisch worden bekritiseerd.

Enerzijds maken de SERV en de Minaraad bezwaar vanuit een bezorgdheid over de gevolgen voor de naleving van de hiërarchie van biomassatoepassingen. Die zorg is weliswaar beleidsmatig, maar laat zich bij nader inzien ook gedeeltelijk juridisch vertalen. Er moet immers worden gewezen op de verplichtingen die het Vlaamse Gewest heeft in het kader van het biodiversiteitsverdrag⁴, dat dwingt om zoveel mogelijk het duurzaam gebruik van grondstoffen met een impact op de biodiversiteit in rekening te brengen in alle beleidsdomeinen (zie de artikelen 1, 6 en 10 van het verdrag). Bovendien heeft de Conferentie van de Partijen met betrekking tot het gebruik als biobrandstof intussen twee besluiten aangenomen (IX/2⁵ en X/37⁶) waarbij wordt opgeroepen om erg omzichtig tewerk te gaan om de mogelijke negatieve effecten op de biodiversiteit van het gebruik van de biobrandstoffen te beperken. Er dient te worden vastgesteld dat het voorliggende kader voor de actualisering van de steun niet in waarborgen lijkt te voorzien op dit punt.

Anderzijds moet rekening worden gehouden met de impact van de ontworpen regeling op specifiek de houtmarkt. Ook op dit vlak is er een Europeesrechtelijke component.

De situatie van de houtverwerkende nijverheid en die van de energieproducenten lijkt voldoende verschillend om te verantwoorden dat hun verschillende behandeling wordt gehandhaafd met betrekking tot eventuele steunniveaus.

De ultieme juridische grondslag voor het opleggen aan de netbeheerders van een verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten is te vinden in

³ Zie bijlage III/1, punten 1.5.2 (parameter i_{PBW}), 1.5.3 (parameter i_{TVB}) en 1.5.6 (parameter i_B), en de analoge bepalingen in bijlagen III/2 en III/3.

⁴ Verdrag 'inzake biologische diversiteit', en bijlagen I en II, gedaan te Rio de Janeiro op 5 juni 1992.

⁵ Zie: <http://www.cbd.int/decision/cop/?id=11645>.

⁶ Zie: <http://www.cbd.int/decision/cop/?id=12303>.

artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG⁷, dat het mogelijk maakt om aan netbeheerders openbaredienstverplichtingen op te leggen ter ondersteuning van het gebruik van hernieuwbare energiebronnen. Voorwaarde voor die openbaredienstverplichtingen is echter dat artikel 106 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (VWEU) wordt gerespecteerd en dat meer algemeen een verstoring van de marktwerking wordt vermeden.

Om die reden heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, in de voorbije jaren herhaaldelijk vragen gesteld bij de mogelijke negatieve effecten van de openbaredienstverplichtingen, niet enkel ten aanzien van de netbeheerders zelf, maar ook op andere markten. Zo heeft de Raad van State zich bezorgd getoond over het risico op een verstoring van het evenwicht tussen de gasmarkt, de stookoliemarkt en de elektriciteitsmarkt, nu steeds meer premies die erop gericht zijn het warmtegebruik te beperken ten laste komen van de elektriciteitsnetbeheerders.⁸ Ook heeft de Raad zich omwille van artikel 106 van het VWEU negatief uitgesproken over een regeling waarmee de netbeheerders met bepaalde Vlaamse aannemers een samenwerkingsakkoord konden sluiten met het oog op het uitvoeren van bepaalde isolatiewerkzaamheden.⁹

Gelet op die achtergrond rijst de vraag of een steunregeling ter bevordering van het gebruik van hernieuwbare energiebronnen die in essentie is uitgewerkt als een openbaredienstverplichting voor de netbeheerders, verenigbaar is met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 106 van het VWEU, indien zou blijken – wat de Raad van State, afdeling Wetgeving vooraf moeilijk definitief kan beoordelen, maar wat minstens aannemelijk lijkt – dat er een verdringing ontstaat op de houtmarkt van de klassieke industriële houtgebruikers, doordat de stijgende houtprijzen enkel ten aanzien van de energiesector worden gecompenseerd.

Gelet op wat voorafgaat moet worden vastgesteld dat pas nu ten volle blijkt dat de manier waarop de bandingfactoren worden berekend of geactualiseerd, mogelijk ongelukkige gevolgen kan hebben voor de marktwerking en het milieu. Die gevolgen zijn het resultaat van een samenspel tussen dit ontwerp en het decreet, en kunnen dus niet enkel door het voorliggende ontwerp worden opgevangen. Dat neemt niet weg dat moet worden gewezen op de consequenties van de gemaakte keuzes.

⁷ 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’.

⁸ Adv.RvS 50.046/1/V van 24 augustus 2011 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 1992 houdende instelling van een aanpassingspremie en een verbeteringspremie voor woningen en van het Energiebesluit van 19 november 2010’, punt 7. Zie ook nog Adv.RvS 50.544/3 van 22 november 2011 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 houdende algemene bepalingen over het energiebeleid, wat betreft de invoering van een steunregeling voor nuttige groene warmte’, punt 8, en Adv.RvS 51.896/1/V van 23 augustus 2012 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de sociale openbaredienstverplichtingen en de energiescans, en het besluit van de Vlaamse Regering van 23 september 2011 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 1992 houdende instelling van een aanpassingspremie en een verbeteringspremie voor woningen en van het Energiebesluit van 19 november 2010’, punt 6.

⁹ Adv.RvS 50.459/3 van 8 november 2011 over een ontwerp van ministerieel besluit ‘houdende de uitvoering, vergoeding en gefaseerde aanpak van dak- of zoldervloerisolatie in woningen of wooneenheden die gehuurd worden door de categorieën van afnemers, vermeld in artikel 6.4.1/9 van het Energiebesluit van 19 november 2010’.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

AANHEF

11. In het licht van wat over de rechtsgrond is opgemerkt, dient het tweede lid van de aanhef te worden geredigeerd als volgt:

“Gelet op het Energiedecreet van 8 mei 2009, artikel 3.1.3, tweede lid, 4.1.5, derde lid, 4.1.20, 7.1.1, 7.1.2, §§ 1 en 4, 7.1.3, 7.1.4/1, 7.1.5, § 4, 7.1.10, § 3, eerste lid, 5°, 7.1/1.1, § 2, 7.1/1.3, 7.5.1 en 12.2.1;”.

12. Aangezien het ontwerp strekt tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2009/28/EG – in het bijzonder artikel 15 ervan –, moet daarvan melding worden gemaakt in de aanhef.

13. Aangezien het advies niet langer gevraagd wordt met gebruik van de spoedprocedure, moet de voorlaatste overweging van de aanhef worden geschrapt, en moet de laatste overweging als volgt worden geherformuleerd:

“Gelet op advies 52.361/3 van de Raad van State, gegeven op 27 november 2012, met toepassing van artikel 84, §1, eerste lid, 1°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973”.

DISPOSITIEF

Artikel 7

14. Het nieuwe in te voegen lid in artikel 6.1.12 van het Energiebesluit bevat een onderscheiden behandeling naargelang het dierlijk afval dan wel ander afval betreft. Dit onderscheid kan maar worden gehanteerd voor zover daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.

Artikel 8

15. De delegatie aan de Vlaamse Regulator voor Elektriciteit en Gas (VREG) in artikel 6.1.14, § 8, tweede lid (artikel 8, 5°, van het ontwerp) is aanvaardbaar voor zover ze betrekking heeft op de administratieve verwerking van een overdracht of inlevering van een groenestroomcertificaat. Die delegatie kan niet de bevoegdheid inhouden om bijkomende materiële voorwaarden op te leggen. Vanuit dit oogpunt zou de bepaling duidelijker dienen te worden geredigeerd.

Artikel 11

16. Artikel 11 van het ontwerp strekt tot de opheffing van de artikelen 6.1.17 tot 6.1.22 van het Energiebesluit op, doch niet van onderafdeling II (“Het gebruik van

groenestroomcertificaten als garanties van oorsprong”), dat uitsluitend de voormelde artikelen bevat. Aangezien groenestroomcertificaten niet meer als garanties van oorsprong zullen kunnen dienen, verdient het aanbeveling om de betrokken onderafdeling volledig op te heffen, het opschrift inbegrepen.

Artikel 17

17. Twee onderdelen van artikel 17 zijn als “2°” genummerd. De nummering van de verschillende onderdelen moet derhalve worden bijgesteld.

Artikel 19

18. Artikel 19 van het ontwerp strekt tot de opheffing van de artikelen 6.2.13 tot 6.2.17 van het Energiebesluit op, doch niet van onderafdeling III (“Het gebruik van warmtekrachtcertificaten als garantie van oorsprong”), dat uitsluitend de voormelde artikelen bevat. Aangezien warmtekrachtcertificaten niet meer als garanties van oorsprong zullen kunnen dienen, verdient het aanbeveling om de betrokken onderafdeling volledig op te heffen.

Artikel 25

19. Het ontworpen artikel 6.4.13, § 1, derde lid, van het Energiebesluit bevat de zinsnede “beperkt tot een maximum van X €/ MVA”. Uiteraard zal “X” moeten worden vervangen door een concreet bedrag.

Bijlage III/3

20. In punt 1.9, eerste alinea, moeten de woorden “Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.” worden geschrapt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT