



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 52.980/3
van 8 april 2013

over

een voorontwerp van decreet 'houdende diverse bepalingen
inzake energie'

Op 1 maart 2013 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 een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet 'houdende diverse bepalingen inzake energie'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 19 maart 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Lieven DENYS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 8 april 2013.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt er in de eerste plaats toe een aantal wijzigingen aan te brengen in het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: Energiedecreet), die een antwoord moeten bieden op het arrest nr. 135/2012 van 30 oktober 2012 van het Grondwettelijk Hof. In dat arrest oordeelde het Hof dat het ontbreken van een regeling voor minimumsteun voor groene stroom die rechtstreeks wordt geïnjecteerd in het transmissienet, een met het gelijkheidsbeginsel strijdige lacune in het decreet is.

Voorts bevat het ontwerp een reeks aanpassingen aan het Energiedecreet teneinde een aantal onvolkomenheden van de hervorming van de steun voor de productie van groene energie, zoals doorgevoerd bij het decreet van 13 juli 2012 ‘houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009’, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie, op te vangen.

VORMVEREISTEN

3. De ontworpen regeling heeft onbetwistbaar een budgettaire impact in de zin als bedoeld bij het besluit van de Vlaamse Regering van 19 januari 2001 ‘houdende regeling van de begrotingscontrole en -opmaak’ (zie bijvoorbeeld artikel 12 van het ontwerp), zodat op grond van dat besluit een advies van de inspectie van Financiën en een begrotingsakkoord vereist zijn.

In dat verband merkte de gemachtigde het volgende op:

“Als bijlage gaat het advies van Inspectie van Financiën, dat bevestigt dat het ontwerpdecreet geen budgettaire weerslag heeft en dus geen begrotingsakkoord vereist is. In tweede lezing zijn sanctiebepalingen toegevoegd als stok achter de deur om te vermijden dat steunaanvragers foutieve gegevens zouden doorgeven. We gaan er echter van uit dat aanvragers (onder andere omwille van de sancties) geen foutieve gegevens zullen doorgeven, en dat er dus geen boete-inkomsten op basis van de sancties zullen zijn. In de hypothese dat toch boetes zouden moeten opgelegd worden, zou dit in elk geval een positieve impact hebben op de begroting.”

De aanpassingen die bij de tweede lezing zijn aangebracht met betrekking tot de boetes, zullen nog wel het voorwerp moeten uitmaken van een advies van de inspectie van Financiën. Ook het begrotingsakkoord zal moeten worden gevraagd. Ook bij een positief effect op de begroting is dit akkoord immers vereist, zoals blijkt uit de artikelen 6, § 1, en 15, § 1, van

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

het besluit van de Vlaamse Regering van 19 januari 2001. Ingeval het voorliggende ontwerp naar aanleiding hiervan nog mocht worden gewijzigd, zouden de gewijzigde of nieuwe bepalingen van het ontwerp alsnog om advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In arrest nr. 135/2012 van 30 oktober 2012 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat de producenten van groene elektriciteit die hun elektriciteit rechtstreeks in het transmissienet injecteren, ten onrechte worden uitgesloten van een systeem van gegarandeerde minimumsteun.²

Bij dat arrest zijn daarom de artikelen 5, 6 en 7 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 6 mei 2011 ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009’ en de artikelen 38 en 39 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 8 juli 2011 ‘houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de Richtlijn 2009/72/EG en de Richtlijn 2009/73/EG’ vernietigd, “in zoverre de daarin opgenomen verplichtingen niet van overeenkomstige toepassing zijn op de transmissienetbeheerder”. Al deze bepalingen betroffen wijzigingen aan de artikelen 7.1.6, § 1, of 7.1.7, § 1, van het Energiedecreet. Het Hof heeft de gevolgen van de vernietigde bepalingen gehandhaafd “tot op het ogenblik waarop de decreetgever een nieuwe regeling van deze aangelegenheid in werking heeft doen treden en uiterlijk tot 1 juli 2013”.

Het ontwerp voorziet in de volledige vervanging van de ten dele geëvalueerde artikelen 7.1.6 en 7.1.7 van het Energiedecreet (zie de artikelen 6 en 7 van het ontwerp).

5. Uit een vergelijking van de geldende versie van artikel 7.1.6 van het Energiedecreet en de versie zoals die zal luiden na de wijziging ervan bij het voorliggende ontwerp, blijkt dat de overgangsregeling die voorkomt in artikel 7.1.6, § 1, tweede lid, van het Energiedecreet (“Voor iedere installatie voor zonne-energie waar uit het verslag van het gelijkvormigheidsonderzoek of de controle van de technische installaties zoals beschreven in het Algemeen Reglement op de Elektrische Installaties, blijkt dat deze grotendeels geïnstalleerd was in 2009, maar nog niet operationeel, en uit een tweede keuring voor 1 maart 2010 blijkt dat ze volledig is geïnstalleerd, en niet is vergroot in vermogen ten opzichte van de eerste keuring, wordt de datum van deze eerste keuring beschouwd als datum van indiening.”), in de nieuwe regeling niet is overgenomen. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of die bepaling niet verder nodig is om de duur van de steunperiode voor die installaties correct te bepalen.

6. De regeling voor de minimumsteun verschilt naargelang het de aankoop van groenestroomcertificaten (GSC) of warmtekrachtcertificaten (WKC) betreft.

² GwH 30 oktober 2012, nr. 135/2012, B.3 tot B.5.3.

6.1. Het huidige artikel 7.1.6, § 2/1, van het Energiedecreet³ voorziet reeds voor installaties met startdatum vanaf 1 januari 2013 in een aankoopverplichting aan minimumprijs in hoofde van de transmissienetbeheerders van *groenestroomcertificaten* voor injecties in het transmissienet, onder dezelfde voorwaarden die gelden ten aanzien van de distributienetbeheerders voor injecties in hun netten. Volgens de nieuwe bepalingen wordt die regeling uitgebreid.

Enerzijds wordt vanaf 1 juli 2013 - de dag waarop de gevolgen van de oude regeling niet meer gehandhaafd zijn - de minimumsteunregeling verruimd tot installaties die in gebruik genomen zijn vóór 1 januari 2013.

Anderzijds wordt het meteen mogelijk om ook voor installaties in eilandwerking - een probleem dat niet aan de orde was in het arrest nr. 135/2012, maar waarvoor een gelijkaardige lacune in het decreet is - minimumsteun toe te kennen. Voor installaties die in gebruik werden genomen vóór 1 januari 2013 geldt deze steun vanaf 1 juli 2013, parallel met de regeling voor het wegwerken van de lacune voor installaties die injecteren in het transmissienet; voor de installaties die in gebruik werden genomen na 1 januari 2013 geldt de minimumsteun impliciet vanaf die datum. Het onderscheid kan worden verantwoord doordat in het eerste geval de lacune uit het decreet in de versie van vóór het decreet van 13 juli 2012 wordt opgevangen, terwijl in het tweede geval een lacune ten gevolge van het decreet van 13 juli 2012 wordt weggewerkt. Dat heeft ook gevolgen voor de toepasselijke steunregeling: de oude installaties worden ondersteund volgens de oude regels (artikel 7.1.1, § 1, van het Energiedecreet, met minimumsteun volgens het ontworpen artikel 7.1.6, § 1, eerste tot vijfde lid, van hetzelfde decreet); de nieuwe installaties krijgen steun volgens het ontworpen artikel 7.1.1, § 2, van het Energiedecreet met minimumsteun volgens het ontworpen 7.1.6, § 1, zesde lid, van hetzelfde decreet).

6.2. Uit de memorie van toelichting blijkt dat voor *warmtekrachtcertificaten* in een gedifferentieerde invulling wordt voorzien. Er blijken echter fouten te zijn geslopen in het ontworpen artikel 7.1.7, § 3, van het Energiedecreet (artikel 7 van het ontwerp), zodat die intentie niet helemaal duidelijk uit de tekst van de ontworpen bepaling blijkt. Het ontworpen artikel 7.1.7, § 3, tweede lid, van het Energiedecreet moet eigenlijk worden gelezen als volgt en zou dan ook in die zin geredigeerd moeten worden:⁴

“De netbeheerder die overeenkomstig de federale Elektriciteitswet ook als transmissienetbeheerder is aangewezen, kent voor kwalitatieve warmtekrachtinstallaties die aangesloten zijn op het transmissienet, of voor installaties in eilandwerking, en die een startdatum

³ Die bepaling is ingevoegd bij het decreet van 13 juli 2012, dus na de indiening van het beroep dat tot de vernietiging geleid heeft, maar vóór het arrest van het Grondwettelijk Hof. Ze is dus niet getroffen door de vernietiging.

⁴ Op dit punt verduidelijkte de gemachtigde:

“Er is geen 100% parallellisme tussen de regeling voor minimumsteun voor GSC (art. 7.1.6) en WKC (art. 7.1.7). Wat GSC betreft is er immers meer variatie in de steunhoogte. Het ontworpen artikel 7.1.7, § 3, tweede lid verwijst echter expliciet naar certificaten die op grond van artikel 7.1.2, § 1 van het Energiedecreet werden toegekend. Die bepaling (§ 1) is louter van toepassing op installaties met startdatum voor 1 januari 2013. Dit betekent dus dat voor installaties met een startdatum voor 1 januari 2013 die aangesloten zijn op het transmissienet er voor certificaten afgeleverd vanaf 1 juli 2013 (de termijn die door het Gr. Hof in haar arrest werd vastgelegd) een minimumsteun van 18 euro/certificaat is.”

hebben van vóór 1 januari 2013, een minimumsteun toe van 18 euro per overgedragen warmtekrachtcertificaat dat vanaf 1 juli 2013 werd toegekend met toepassing van artikel 7.1.2, § 1.”

6.2.1. Voor de nieuwe installaties in eilandwerking wordt zo voorzien in een regeling die overeenstemt met de regeling voor injecties in het distributienet sinds 1 januari 2013, namelijk een bedrag van 31 euro, ten laste van de transmissienetbeheerder. Hetzelfde geldt voor nieuwe installaties die op het transmissienet worden aangesloten.

6.2.2. Voor de bestaande installaties die op het transmissienet worden aangesloten, wordt dus echter pas vanaf 1 juli 2013 - de dag waarop de gevolgen van de oude regeling niet meer gehandhaafd zijn - voorzien in een minimumsteun die slechts 18 euro bedraagt, en daarmee niet enkel lager ligt dan het huidige steunbedrag, maar ook lager dan het bedrag van 27 euro dat volgens artikel 7.1.7, § 1, derde lid, van het Energiedecreet geldt voor warmtekrachtcertificaten van installaties met een startdatum vóór 1 januari 2013 die op het distributienet zijn aangesloten.

Ter verantwoording van dat verschil wordt in de memorie van toelichting een beroep gedaan op een studie van de Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek (VITO) van 2006 waarin, afhankelijk van de injectie in het transmissienet of in het distributienet, een steunbedrag naar voor werd geschoven van 18, respectievelijk 27 euro.

Uit onderdeel B.5.2 van het reeds vermelde arrest nr. 135/2012 van het Grondwettelijk Hof blijkt dat het steunbedrag op objectieve gronden - bijvoorbeeld omwille van de verschillende impact van het cascade-effect - kan worden gemoduleerd naargelang de energie in het transmissie- of in het distributienet wordt geïnjecteerd. Er moet echter worden vastgesteld dat de stellers van het ontwerp onvoldoende uitleggen waarom dit niet speelt ten aanzien van de groenestroomcertificaten, waarvoor geen gedifferentieerde regeling wordt ingevoerd, noch waarom dat onderscheid niet langer relevant zou zijn voor warmtekrachtinstallaties met een startdatum na 1 januari 2013. Het feit dat beide installaties onder de toepassing vallen van de toekenning op basis van bandingfactoren, zoals wordt betoogd in de memorie van toelichting, lijkt op het eerste zicht geen afdoende verantwoording, nu er geen aanwijzingen zijn dat de bandingfactoren verschillen naargelang de injectie gebeurt in het transmissie- of in het distributienet.⁵

De gemachtigde geeft echter enkele belangrijke tegenargumenten:⁶

“2b) Er moet ook worden gewezen op een verdere complicatie. Het ontworpen artikel 7.1.7, § 1, derde lid, tweede zin, Energie[decreet] voorziet dat installaties in gebruik genomen vanaf 1 januari 2012, en met een startdatum voor 1 januari 2013 ook al recht hebben op minimumsteun ter waarde van 31 euro in plaats van 27 euro per warmtekrachtcertificaat bij injectie in het distributienet. Er moet bijgevolg worden verantwoord waarom geen gelijkaardige regeling wordt ingevoerd ten aanzien van installaties die in hetzelfde geval zijn, maar zijn aangesloten op het transmissienet of die

⁵ Zie in dat verband artikel 2 van het ministerieel besluit van 22 maart 2013 ‘houdende vastlegging van de bandingfactoren van groenestroomcertificaten en warmte-krachtcertificaten voor 2013 II’.

⁶ De aan de gemachtigde gestelde vragen zijn cursief weergegeven.

functioneren in eilandwerking. Moet daar bijgevolg geen bijkomende nuance voor worden aangebracht?

3) Kunt u verduidelijken waarom enkel bij warmtekrachtcertificaten en niet bij groenestroomcertificaten gekozen wordt voor een bedrag van de minimumsteun dat lager ligt dan het destijds geldende bedrag bij injectie in het distributienet? De memorie van toelichting wijst onder meer op een VITO-studie en op cascade-effecten, maar het is niet duidelijk waarom die cascade-effecten enkel bij WKK zou[den] spelen.

Vraag 2b+3: Wat het onderscheid betreft voor installaties op distributieniveau:

De in artikel 7.1.7, § 1, derde lid vervatte regeling voor installaties met ingebruikname vanaf 1 januari 2012 (minimumsteun 31 euro, argumentatie hieromtrent voor installaties op distributieniveau was dat men voor op dat moment nieuwere installaties de minimumsteun beter wou laten aansluiten bij de berekende onrendabele toppen voor dergelijke nieuwe distributienet-installaties) werd in het verleden reeds doorgevoerd via decreet van 6 mei 2011 en gewijzigd via decreet van 13 juli 2012 zodat dit beperkt werd tot installaties die certificaten krijgen conform de oude regeling (m.a.w. voor installaties met startdatum voor 1 januari 2013). Het is dan ook in het kader van rechtszekerheid dat voor die installaties de iets hogere steun behouden blijft.

Wat de warmte-krachtinstallaties betreft met startdatum vanaf 1 januari 2013 en die aangesloten zijn op het transmissienet wordt voorzien in dezelfde steun als die een gelijkaardige op dezelfde dag op het distributienet aangesloten WKK-installatie zou ontvangen, met name 31 euro. Dit omdat beide installaties onder toepassing vallen van de toekenning van certificaten op basis van bandingfactoren.

Warmte-krachtinstallaties met startdatum voor 1 januari 2013 en die aangesloten zijn op het transmissienet, ontvangen hun certificaten echter volgens artikel 7.1.2, § 1 en niet § 2 (banding). Voor deze installaties wordt thans voorzien in een steun van 18 euro per certificaat, terwijl een op hetzelfde moment op het distributienet aangesloten installatie, afhankelijk van de datum van indienstneming, 27 of 31 euro minimumsteun ontvangt. Op basis van de berekeningen uit de OT-studie 2006 hebben WKK-installaties aangesloten op het distributienet (gemiddelde van netto-producent enerzijds en een netto-verbruiker anderzijds) immers een gemiddelde steun nodig van ongeveer 27 euro, terwijl uit een gelijkaardige berekening voor een WKK-installatie aangesloten op het transmissienet een steunhoogte van ongeveer 18 euro naar voren komt. Er is dus een objectieve reden voor dit onderscheid.

Relevant voor de vergelijking en de vraag of daarbij meer nuancering nodig is, is ook dat in de praktijk alle WKK-installaties aangesloten op het transmissienet gebouwd of ingrijpend gewijzigd zijn voor 2012.

Het is ons onduidelijk welke cascade-effecten bedoeld worden, is het aub mogelijk dit verder te verduidelijken?

4) In het verlengde daarvan rijst de vraag waarom het onderscheid tussen injectie in het distributienet en injectie in het transmissienet na 1 januari 2013 niet meer relevant zou zijn voor het steunniveau (...). Het feit dat 'beide installaties onder toepassing vallen van de toekenning op basis van bandingfactoren' zoals wordt betoogd op p. 6 van de memorie van toelichting lijkt in dat verband niet afdoende, nu er geen aanwijzingen zijn dat de bandingfactoren verschillen naar gelang de injectie gebeurt in het transmissie- of distributienet.

Vraag 4: Installaties met startdatum vanaf 2013 worden gelijkgeschakeld doordat zij niet langer 1 certificaat per megawatt (of per megawatt primaire energiebesparing) krijgen, wat in se ook een soort ongelijke behandeling inhield, daar het aantal certificaten

dat een installatie kreeg losstond van de onrendabele top maar louter aan het aantal geproduceerde stroom/bespaarde warmte was gelinkt. Dit betekende dat rendabelere technologieën een hogere winstmarge konden realiseren dan een minder rendabele technologie, en dit vormde dan weer de reden waarom de decreetgever in het verleden de minimumsteunhoogte op grond van de onrendabele top gediversifieerd had naar gelang de technologie. Door het nieuwe systeem wordt echter niet langer gediversifieerd in de steunhoogte maar in het aantal certificaten dat een installatie ontvangt (gebaseerd op een objectieve berekening van de onrendabele top en bandingfactoren). Een certificaat wordt op deze manier gelijkgeschakeld en het steunverschil zal zitten in het aantal certificaten die de installatie op grond van de op haar van toepassing zijnde bandingfactor ontvangt.

In de hervormde steunmechanismes wordt daarbij voor de berekening van het correcte steunniveau in de eerste plaats vertrokken van zgn. ‘representatieve projectcategorieën’ (afgebakende projecttypes). Er wordt voor de berekening van de bandingfactoren steeds een theoretische ‘referentie-installatie’ afgebakend, op basis waarvan de relevante kosten- en opbrengstenparameters kunnen bepaald worden. Per definitie zal deze berekening van het benodigde steunniveau voor de referentie-installatie niet alle varianten binnen de projectcategorie kunnen dekken, doch wordt ze zo gekozen dat een gemiddeld genomen, zo efficiënt mogelijk steunniveau voor alle installaties binnen de categorie berekend kan worden. In dit kader is het onderscheid tussen injectie in het distributienet en injectie in het transmissienet dan ook minder relevant geworden, aangezien de steun wordt afgestemd op de (kosten-effectieve) representativiteit van een gekozen referentie binnen de categorie.

Binnen de projectcategorieën en berekening van de nodige steunhoogte wordt er wel rekening gehouden met het typisch aansluitniveau (distributie- of transmissienet) voor de betrokken schaalgrootte, en met het verschil in waarde dat de geproduceerde elektriciteit heeft bij dit typisch aansluitniveau/schaalgrootte.

De installaties aangesloten op het transmissienet zullen normaal ook een vermogen hebben van meer dan 20 MW, zodat een specifieke onrendabele top zal berekend worden, en alle specifieke karakteristieken van dergelijk grootschalig project in rekening zullen gebracht worden.

Bijvoorbeeld: een groenestroominstallatie met een bandingfactor 1 ontvangt 1 certificaat per megawatt. Daarentegen dient een installatie die een bandingfactor 0,25 heeft 4 megawattuur te produceren om 1 certificaat te ontvangen. De minimumsteunwaarde zal echter voor beide certificaten dezelfde zijn.”

De gemachtigde wijst terecht op enkele cruciale verschillen tussen de installaties die in gebruik genomen worden na 1 januari 2013, en de installaties die eerder in gebruik zijn genomen. Sinds 1 januari 2013 worden de certificaten niet meer toegekend voor een vaste hoeveelheid van 1 megawattuur (MWh) groene energie, maar wordt voor elke technologie een bandingfactor berekend die afhangt van de onrendabele top. Het gevolg is concreet dat nieuwe installaties met een bandingfactor kleiner dan 1 weliswaar een hoger bedrag zullen ontvangen als minimumsteun per certificaat, maar ook minder certificaten. Een centrale die 20 MWh produceert en in gebruik genomen werd vóór 1 januari 2013, krijgt 20 certificaten aan 18 euro (d.i. 360 euro steun), terwijl diezelfde installatie met bandingfactor 0,5 na 1 januari 2013 slechts 10 certificaten aan 31 euro (d.i. 310 euro steun) krijgt. Bovendien moet worden opgemerkt dat de warmtekrachtkoppelinginstallaties (hierna: WWK-installaties) die verbonden zijn met het transmissienet *de facto* erg grote installaties zijn (meer dan 20 MWe geïnstalleerd vermogen), zodat er voor nieuwe installaties telkens een projectspecifieke bandingfactor zal worden vastgesteld. Voor de installaties van vóór 1 januari 2013 wordt echter gewerkt met een

one-size-fits-all-aanpak, die evenwel aansluit bij het vóór 1 januari 2013 geldende regime, ook voor injectie in het distributienet, waarbij voor WKK-installaties - in tegenstelling tot de heel gedifferentieerde regels voor de verschillende soorten productie van groene stroom - nauwelijks onderscheid werd gemaakt tussen de verschillende installaties, maar waarvoor men zich wel kan beroepen op de VITO-studie uit 2006 om de stelling te verdedigen dat men zelfs in dat systeem, gelet op de fundamenteel verschillende rendabele top tussen de (grote) WKK-installaties die zijn aangesloten op het transmissienet en de (kleinere) WKK-installaties die zijn aangesloten op het distributienet, tot verschillende steunniveaus zou zijn gekomen als men destijds al in steun had moeten voorzien.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met het grondwettelijke beginsel 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.⁷ Voor de verschillende behandeling die uit de ontworpen regeling voortvloeit dient dan ook een verantwoording in voornoemde zin voorhanden te zijn. De stellers van het ontwerp doen er dan ook goed aan om de memorie van toelichting op dit punt te expliciteren, zodat duidelijk wordt dat het nominaal lagere bedrag van de minimumsteun niet hoeft te betekenen dat er in werkelijkheid voor bestaande installaties minder steun zou worden ontvangen.

6.2.3. Voor bestaande installaties in eilandwerking wordt eveneens slechts in een vergoeding van 18 euro voorzien met ingang van 1 juli 2013, en geldt hetzelfde voorbehoud.

7. Met het ontworpen artikel 7.1.6, § 2, eerste lid, laatste zin, van het Energiedecreet (artikel 6 van het ontwerp) wordt beoogd een specifieke rechtsgrond in te voeren voor de banking van groenestroomcertificaten. Daarmee wordt ingegaan op wat is opgemerkt in advies 52.710/3 van 7 februari 2013.⁸

Met de ontworpen toevoeging wordt de verplichting van het thans geldende artikel 7.1.6, § 2, eerste lid, eerste zin, van het Energiedecreet, om op regelmatige tijdstippen certificaten op de markt te brengen, ingebed in een ruimer kader dat de Vlaamse Regering toelaat om eventueel ook een tijdelijke banking van groenestroomcertificaten op te leggen.

Niettemin moet worden vastgesteld dat het ontwerp geen antwoord biedt op de twee belangrijkste rechtsgrondbezwaren die in advies 52.710/3 werden geformuleerd. Enerzijds werd opgemerkt dat het ontwerpbesluit voorzag in een compensatie van de netbeheerders voor de met de banking verbonden kosten ten laste van de begroting. In de mate de kosten van een openbardienstverplichting niet langer ten laste worden gelegd van de nettarieven, maar ten laste worden genomen door de Vlaamse Regering, gaat het immers om een belangrijke

⁷ Zie bv. GwH 28 februari 2013, nr. 24/2013, B.3.2.

⁸ Adv. RvS 52.710/3 van 7 februari 2013 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerder’, opmerking 3.1 en volgende.

beleidswijziging met mogelijk belangrijke begrotingsconsequenties, die niet impliciet kan worden genomen door de Vlaamse Regering zonder specifieke decretale basis. Anderzijds werd opgemerkt dat het ontwerp ook voorzag in de toekenning van een gewestwaarborg om een eventueel waardeverlies van de gebankte groenestroomcertificaten op te vangen. In advies 52.710/3 is expliciet gesteld dat een dergelijke waarborg een specifieke rechtsgrond vereist, gelet op de mogelijk belangrijke begrotingsconsequenties.

Indien de stellers van het ontwerp met deze wijziging een voldoende rechtsgrond willen creëren voor het ontwerp waarover advies 52.710/3 is gegeven, moeten ze bijgevolg de delegatie aan de Vlaamse Regering op dit punt aanpassen in de volgende zin:

“De Vlaamse Regering kan nadere regels bepalen betreffende de manier waarop, de voorwaarden waaronder, en het tijdsbestek waarbinnen de netbeheerder de certificaten terug op de markt brengt. De Vlaamse Regering kan bepalen dat bepaalde kosten verbonden aan die verplichting ten laste komen van de Vlaamse Regering, en kan maatregelen nemen, zoals een gewestwaarborg, om de netbeheerders te beschermen tegen een eventueel waardeverlies van de aan hen overgedragen certificaten waarvan het op de markt brengen zou worden uitgesteld.”

Dezelfde opmerking geldt *mutatis mutandis* met betrekking tot het ontworpen artikel 7.1.7, § 2, eerste lid, laatste zin, van het Energiedecreet, wat de warmtekrachtcertificaten betreft.

De gemachtigde werpt echter tegen dat er voor is geopteerd

“om via het programmadecreet 2013 in de benodigde gedetailleerde rechtsgrond te voorzien voor het verlenen van een waarborg. Deze bepaling zal apart in het kader van die wetgevingsprocedure ter advies aan de Raad van State worden voorgelegd, vooraleer het besluit inzake banking opnieuw voor advies zal voorgelegd worden”.

Met een dergelijke benadering, waarbij de oplossing voor een specifiek juridisch probleem gefaseerd wordt gerealiseerd, is het zowel voor de Raad van State als voor de rechtsonderhorige erg moeilijk om de volledige draagwijdte van de voorgestelde wijzigingen in te schatten. Om redenen van transparantie van de regelgeving en dus van rechtszekerheid, moet een dergelijke werkwijze principieel worden afgeraden. Teneinde toch enige klaarheid te scheppen, zal, op zijn minst in de memorie van toelichting bij dit ontwerp - en bij voorkeur ook in de memorie van toelichting bij het programmadecreet 2013 -, de samenhang moeten worden verduidelijkt tussen advies 52.710/3, het huidige ontwerp, het huidige advies en de regeling die in het programmadecreet zal worden opgenomen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

8. Artikel 3, 1°, van het ontwerp, dat strekt tot wijziging van artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet, wordt voorgesteld als een loutere verduidelijking van de wil van de decreetgever. Niettemin moet erop worden gewezen dat die bepaling retroactieve uitwerking

krijgt (artikel 15, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat artikel 3, 1°, in werking treedt op 1 januari 2013).

Op basis van de geldende versie van het artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet konden investeerders ervan uitgaan dat de in aanmerking te nemen investeringen moesten worden uitgevoerd voor het einde van “de periode, vermeld in het tweede of derde lid” (tien jaar na de startdatum, of langer indien de minimumsteun langer wordt toegekend overeenkomstig artikel 7.1.6), maar uit de tekst kon niet worden afgeleid dat die investeringen ook effectief moesten zijn gebeurd en in gebruik genomen vóór 1 januari 2013. Precies omdat dit niet duidelijk was, zou het vooruitzicht van de aanvullende groenestroomcertificaten investeerders zelfs kunnen hebben aangezet om alsnog te investeren in centrales met startdatum vóór 1 januari 2013, waarvan “de periode, vermeld in het tweede of derde lid” nog niet was afgelopen, om nu vast te stellen dat die investeringen in kwestie helemaal niet in aanmerking worden genomen. Bijgevolg heeft deze regeling retroactief negatieve patrimoniale gevolgen voor de investeerders, zodat de regeling moeilijk verenigbaar is met de gewekte legitieme verwachtingen en het rechtszekerheidsbeginsel.

Op dit punt werpt de gemachtigde echter in essentie de andersluidende memorie van toelichting bij het decreet van 13 juli 2012 tegen:

“De bedoeling van de decreetgever wordt hier verduidelijkt. Volgens de memorie bij het voorstel van decreet dat leidde tot het decreet van 13 juli 2012 (Parl. St. Vlaams Parlement 2011-2012, nr. 1639/1, p 7) komen de bijkomende investeringen in bestaande installaties met startdatum voor 1 januari 2013 enkel in aanmerking, voor zover die uitgaven betrekking hebben op werkzaamheden die worden gerealiseerd voor 1 januari 2013. Als motivatie hiervoor werd aangegeven:

‘Op die wijze wordt enerzijds vermeden dat er na de aankondiging van de in dit decreet vervatte maatregelen nog een rush van aanpassingen wordt gedaan met de bedoeling het moment van de eindigheid nog uit te stellen, en anderzijds worden al aangegane engagementen gevalideerd.’

In de decreettekst zelf wordt hierbij gesproken over ‘installaties die in gebruik genomen worden voor 1 januari 2013’. In de overige tekstgedeelten is steeds sprake van installaties met startdatum... of over productie-installatie, waarmee volgens de context telkens de hele installatie voor de productie van groene stroom bedoeld wordt. Hier is het woord installaties (niet gelinkt aan een startdatum of productie-eenheid) gebruikt in de gangbare betekenis verwijzend naar een technisch toestel of een aantal onderdelen van de volledige productie-installatie die vervangen worden of bijkomend geplaatst worden (vb. een bijkomende opslagtank, een pomp die vervangen wordt).”

De bezorgdheid geuit in de bedoelde memorie van toelichting is terecht, maar dat maakt het ontbreken van een temporele beperking voor de ontworpen bepaling dan ook bijzonder problematisch. De bedoeling van de decreetgever was inderdaad om een plotse late investeringsgolf te vermijden, maar de tekst van het decreet zette precies daartoe aan.

Zie verder wat hierover wordt uiteengezet onder opmerking 15.

9. Artikel 3, 2°, van het ontwerp strekt ertoe om aan artikel 7.1.1, § 2, van het Energiedecreet een vijfde lid toe te voegen, waarin aan de Vlaamse Regering de mogelijkheid

wordt geboden om een alternatieve methode voor het toekennen van groenestroomcertificaten vast te leggen op basis van het aantal “vollasturen”⁹ gehanteerd in de berekeningsmethodiek van de onrendabele top voor die hernieuwbare energietechnologie.¹⁰ Door toepassing te maken van deze delegatie, zal een verschillende behandeling in het leven worden geroepen tussen zij die onder het reguliere stelsel vallen en zij die het alternatieve stelsel genieten. Een dergelijk verschil in behandeling kan slechts worden aanvaard in de mate die verschillende behandeling kan worden verantwoord door objectieve verschillen die pertinent zijn in het licht van het met de bepaling beoogde doel.

In de memorie van toelichting wordt in dit verband volgende uitleg gegeven:

“Artikel 3, 2° en artikel 4

De huidige steunregeling voor installaties met een startdatum vanaf 1 januari 2013 beperkt de steun tot de afschrijvingsperiode, zowel voor productie van groene stroom als voor warmtekrachtkoppeling. De exploitanten worden daardoor aangemoedigd hun installatie gedurende zoveel mogelijk uren te laten draaien. Op sommige momenten kan dit ongewenst zijn, bijvoorbeeld wanneer het net overbelast wordt door de hoge productie van minder stuurbare installaties, bv. op basis van kernenergie, wind- of zonne-energie. Op dergelijke ogenblikken zou het kostenefficiënter zijn wanneer sommige stuurbare installaties worden teruggeregeld, en in bepaalde gevallen eventueel ook minder stuurbare installaties. Daarom is het aangewezen de steunperiode niet alleen te laten lopen gedurende de afschrijvingsperiode, maar ook een andere toekenningsmethode mogelijk te maken.”

De gemachtigde heeft daar nog het volgende aan toegevoegd:

“De mogelijkheid om een alternatieve steuntoekenningsmethode uit te werken is noodzakelijk om ongewenste effecten van de exploitatiesteun tijdens de afschrijvingsperiode te vermijden. De exploitatiesteun tijdens een beperkte periode heeft immers als gevolg dat de productie (bijna) op alle momenten rendabel zal zijn en zal gemaximaliseerd worden, om de ontvangen steun ook te maximaliseren. Op sommige momenten is dit echter niet gewenst. Een voorbeeld hiervan deed zich voor tijdens een weekend met veel wind en zon in het voorjaar van 2012, waarbij ook de biomassa- en biogascentrales en andere fossiele en nucleaire centrales bleven produceren en zo grote kosten veroorzaakt werden voor het evacueren van het overaanbod aan stroom. Er zal dus een set maatregelen moeten uitgewerkt worden (aanvullend aan de reeds bestaande mechanismen) om de productie beter af te stemmen op de vraag. Daarbij kunnen maatregelen uitgewerkt worden inzake sturing van de vraag, sturing van de fossiele en nucleaire productie, maar ook van de hernieuwbare productie (in de eerste plaats de stuurbare productie, maar in sommige gevallen kan ook ingrijpen op niet-regelbare bronnen nodig zijn), waarin het steunmechanisme een rol kan spelen.

Aangezien de grote belangen die op het spel staan bij de goede werking van de elektriciteitsvoorziening, is een zo beperkt mogelijke extra complexiteit (als die er al zou

⁹ Een definitie van die term zal dienen te worden toegevoegd aan artikel 1.1.3 van het Energiedecreet. Weliswaar komt de term ‘vollasturen’ reeds voor in artikel 7.1.1, § 1, derde lid, van het Energiedecreet, doch zonder omschrijving ervan. Die bepaling is ingevoerd bij artikel 4 van het decreet van 13 juli 2012, en in de toelichting bij het voorstel van decreet dat tot dat decreet heeft geleid, is verduidelijkt dat het gaat om het aantal draaiuren per jaar, zoals vastgesteld voor de betrokken projectcategorie in de VITO-studies van 2005 of 2009 (*Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1639/1, 6).

¹⁰ Zie ook artikel 4, 3°, van het ontwerp, waarvoor dezelfde opmerkingen gelden.

komen) bij de dossierbehandeling aanvaardbaar. Zoals de VREG ook aangeeft, zullen ook andere instrumenten ingeschakeld worden om het netbeheer te faciliteren, maar de impact van de ondersteuningsmethode speelt daarbij ook een belangrijke rol, waarbij een goede afstemming met het netbeheer noodzakelijk is.”

Die verantwoording lijkt relevant, en wordt dus best opgenomen in de memorie van toelichting.

Indien van die delegatie gebruikt wordt gemaakt, zal de Raad van State, afdeling Wetgeving, de concrete ontwerpbesluiten die hem worden voorgelegd dan uiteraard ook moeten onderzoeken vanuit het oogpunt van de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel. Op dit ogenblik kan de afdeling Wetgeving daarover nog geen uitspraak doen.

Artikel 6

10. In het ontworpen artikel 7.1.6, § 4, van het Energiedecreet wordt bepaald dat “de Vlaamse Regering” de geleden schade dient te vergoeden. De woorden “de Vlaamse Regering” kunnen in die bepaling beter worden vervangen door de woorden “het Vlaamse Gewest”.

Deze opmerking geldt evenzeer voor het ontworpen artikel 7.1.7, § 4, van het Energiedecreet (artikel 7 van het ontwerp).

Artikel 8/1

11. Dit artikel van het ontwerp is als artikel “8/1” genummerd. Aangezien het een nieuwe regeling betreft, en geen bepaling die wordt ingevoegd in een bestaande regeling, dient deze wijze van nummering achterwege te worden gelaten en dient in een doorlopende nummering van het ontwerp te worden voorzien.

12. In het genoemde artikel dient te worden aangegeven dat de te wijzigen woorden “telkens” moeten worden vervangen. In artikel 7.1.11, § 2/1, komen die woorden immers meerdere keren voor.

Artikel 9

13. De bedragen in het ontworpen artikel 7.1.15, derde lid, van het Energiedecreet stemmen overeen met de bandingdeler (zie artikel 1.1.3, 13°/1, van hetzelfde decreet). Om de coherentie met latere wijzigingen van die bandingdeler te garanderen, zouden de woorden “97 euro/groenestroomcertificaat voor de kosten om te voldoen aan de verplichting, vermeld in artikel 7.1.10 en 35 euro/warmtekrachtcertificaat voor de kosten om te voldoen aan de verplichting, vermeld in artikel 7.1.11” beter vervangen worden door de woorden “de bandingdeler”.

Artikel 15

14. Op grond van artikel 15, 1°, van het ontwerp zal nagenoeg het gehele aan te nemen decreet onmiddellijk in werking treden op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. Er wordt geen reden gegeven waarom wordt afgeweken van de normale regel inzake de inwerkingtreding van decreten (tien dagen na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad: artikel 56 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’). Die termijn van tien dagen is immers bedoeld om de rechtsonderhorigen een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe regels en om er zich naar te schikken.

De gemachtigde voert ter verantwoording van de onmiddellijke inwerkingtreding het volgende aan:

“De wijzigingen dienen zo spoedig mogelijk van toepassing te worden daar het Vlaams Energieagentschap enerzijds met deze randvoorwaarden rekening moet houden bij het berekenen van onrendabele toppen en bandingfactoren. Deze bandingfactoren zijn door de inwerkingtreding van de hervorming van de steunmechanismen sinds 1 januari 2013 op alle te bouwen installaties van toepassing, en op de talrijke verlengingsaanvragen voor bestaande installaties met een startdatum van voor 1 januari 2013 die het VEA reeds dient te verwerken. Anderzijds heeft het Grondwettelijk Hof maar tot 1 juli 2013 de tijd geboden om de ongelijke behandeling tussen installaties aangesloten op het distributienet en het transmissienet, wat betreft minimumsteun, weg te werken.”

Die verantwoording is aanvaardbaar voor zover kan worden aangetoond dat aan het genoemde arrest niet kan worden tegemoet gekomen zonder het aan te nemen het decreet vervroegd in werking te laten treden.

15. Artikel 15, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat artikel 3, 1°, van het aan te nemen decreet uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2013. Die retroactiviteit wordt verantwoord vanuit de stelling dat artikel 3, 1°, in essentie de draagwijdte van het huidige artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet verduidelijkt, en eigenlijk veeleer als een soort van interpretatieve bepaling te beschouwen is.

Zoals reeds uit opmerking 8 blijkt, is die lezing echter niet evident. Slechts indien aanvaard kan worden dat artikel 3, 1°, geen wijziging van de steunregeling invoert, is ook de terugwerkende kracht, die de effecten van de door artikel 3, 1°, doorgevoerde wijziging nog versterkt, verdedigbaar.

De stellers van het ontwerp lijken daarbij op twee gedachten te hinken. Enerzijds lijken ze van oordeel te zijn dat artikel 3, 1°, een interpretatieve bepaling is, doch tegelijkertijd erkennen ze dat het in werkelijkheid gaat om het amenderen - en dus niet om het uitleggen - van artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet. Het onderscheid tussen beide is nochtans cruciaal.

Luidens artikel 133 van de Grondwet kan alleen het decreet een authentieke uitlegging van de decreten geven. Een wetsbepaling is interpretatief wanneer ze aan een bepaling een betekenis geeft die de betrokken wetgever bij de aanneming ervan heeft willen geven en die

zij redelijkerwijze kan krijgen.¹¹ Het is eigen aan een interpretatieve bepaling dat zij gevolg heeft op de datum van de inwerkingtreding van de geïnterpreteerde bepaling;¹² de waarborg van de niet-retroactiviteit van de wetten, waarvan slechts onder bepaalde voorwaarden kan worden afgeweken,¹³ kan evenwel niet worden omzeild door een wetsbepaling met terugwerkende kracht als een interpretatieve bepaling voor te stellen.¹⁴

Zo het effectief gaat om een interpretatieve bepaling, ligt de verantwoording van het retroactieve effect dat ze heeft¹⁵ (doordat het geïnterpreteerde decreet moet worden geacht steeds de draagwijdte te hebben gehad zoals omschreven in het interpretatieve decreet), in het interpretatieve karakter zelf van de betrokken decretale bepaling.¹⁶ Zo niet, dient aan de voorwaarden te zijn voldaan op grond waarvan kan worden afgeweken van het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten.¹⁷

Een interpretatief decreet vindt uiteraard haar bestaansreden in het opheffen van de rechtsonzekerheid die is ontstaan door het onzekere of het betwiste karakter van een decretale bepaling. De betekenis die de decreetgever in de interpretatieve wet aan de betrokken decretale bepaling heeft gegeven, moet eraan door de rechter ook zonder tussenkomst van de decreetgever kunnen worden gegeven.¹⁸

Bij de bespreking van artikel 3, 1°, van het ontwerp is opgemerkt dat investeerders uit artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet niet konden afleiden dat de investeringen vóór 1 januari 2013 moesten zijn gebeurd en in gebruik genomen. Dat gegeven doet ernstig betwijfelen of deze aangelegenheid vatbaar is voor uitlegging. De stellers van het ontwerp bevestigen dit impliciet door in het ontwerp uitdrukkelijk te bepalen dat de nieuwe tekst van artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, tweede zin, van het Energiedecreet terugwerkt tot 1 januari 2013.

Voor zover artikel 3, 1°, van het ontwerp niet als interpretatieve bepaling kan worden gekwalificeerd, dient te worden herinnerd aan de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in dit verband. Volgens het Hof is de niet-retroactiviteit van wetten een waarborg ter voorkoming van rechtsonzekerheid en vereist die waarborg dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht. De

¹¹ GwH 21 juni 2006, nr. 102/2006, B.5.2; GwH 1 september 2008, nr. 128/2008, B.8.1; GwH 12 november 2009, nr. 180/2009, B.5; GwH 26 november 2009, nr. 192/2009, B.7; GwH 15 december 2011, nr. 188/2011, B.4. In de arresten nrs. 189/2002 en 160/2003 heeft het Grondwettelijk Hof een striktere inhoud gegeven aan het begrip “interpretatieve wet” (GwH 19 december 2002, nr. 189/2002, B.12.3; GwH 10 december 2003, nr. 160/2003, B.8.7.2), maar die rechtspraak lijkt intussen te zijn verlaten.

¹² GwH 12 november 2009, nr. 180/2009, B.5.

¹³ Zie bijvoorbeeld GwH 15 december 2011, nr. 188/2011, B.8.

¹⁴ GwH 19 december 2002, nr. 189/2002, B.12.2; GwH 21 juni 2006, nr. 102/2006, B.5.2; GwH 15 december 2011, nr. 188/2011, B.4.

¹⁵ GwH 19 december 2002, nr. 189/2002, B.12.1; GwH 21 juni 2006, nr. 102/2006, B.5.2; GwH 1 september 2008, nr. 128/2008, B.8.4; GwH 15 december 2011, nr. 188/2011, B.4.

¹⁶ GwH 1 september 2008, nr. 128/2008, B.8.6; GwH 12 november 2009, nr. 180/2009, B.9.

¹⁷ GwH 1 september 2008, nr. 128/2008, B.8.6; GwH 15 december 2011, nr. 188/2011, B.7.

¹⁸ Cass. 17 januari 2008, F.07.0057.N; Cass. 24 april 2008, F.07.0014.N.

terugwerkende kracht kan enkel worden verantwoord wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang. Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot doel heeft de afloop van een gerechtelijke procedure in een welbepaalde zin te beïnvloeden of de rechtscolleges te verhinderen zich uit te spreken over een welbepaalde rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang een verantwoording bieden voor het optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers afbreuk doet aan de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden.¹⁹

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

¹⁹ Zie bv. GwH 13 januari 2011, nr. 3/2011, B.7.