



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 56.282/3
van 28 mei 2014

avis 56.282/3
du 28 mai 2014

over

sur

een ontwerp van besluit van de
Brusselse Hoofdstedelijke
Regering 'betreffende de
promotie van groene
elektriciteit en van
hoogrenderende
warmtekrachtkoppeling'

un projet d'arrêté du
Gouvernement de la Région de
Bruxelles-Capitale 'relatif à la
promotion de l'électricité verte
et de la cogénération à haut
rendement'

Op 30 april 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Leefmilieu, Energie, Waterbeleid, Stadsvernieuwing, Brandbestrijding en Dringende Medische Hulp en Huisvesting, verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering 'betreffende de promotie van groene elektriciteit en van hoogrenderende warmtekrachtkoppeling'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 20 mei 2014. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Kaat LEUS, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 mei 2014.

*

Le 30 avril 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargée de l'Environnement, de l'Énergie, de la Politique de l'Eau, de la Rénovation urbaine, de la Lutte contre l'Incendie et l'Aide médicale urgente et du Logement, à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'relatif à la promotion de l'électricité verte et de la cogénération à haut rendement'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 20 mai 2014. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d'État, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Kaat LEUS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 mai 2014.

*

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.

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de regering op het feit dat de verkiezingen van 25 mei 2014 tot gevolg hebben dat de regering sedert die datum en totdat een nieuwe regering is verkozen, niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot het invoeren van een nieuwe regeling voor de promotie van de opwekking van groene energie in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest. Zo worden de regels inzake de procedure voor de toekenning van groenestroomcertificaten en de controle op de installaties vernieuwd, worden duurzaamheidscriteria voor zowel vaste als vloeibare biomassa vastgesteld, worden de regels voor de toekenning van garanties van oorsprong aangepast en wordt een bijzondere compensatieregeling voor kleine verbruikers-producenten van fotovoltäische energie ingevoerd.

Met het ontworpen besluit wordt ten dele de omzetting beoogd van richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ‘ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG’.

4.1. In de aanhef van het ontworpen besluit wordt de rechtsgrond ervoor gezocht in artikel 28, §§ 1 en 2, van de ordonnantie van 19 juli 2001 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ (hierna: elektriciteitsordonnantie).

4.1.1. Artikel 28, § 1, eerste lid, van de elektriciteitsordonnantie, naar luid waarvan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering de criteria, de voorwaarden, de procedure voor toekenning van groenestroomcertificaten en het systeem van de overeenkomst tot aankoop door de gewestelijke transmissienetbeheerder bepaalt, alsook de procedure voor de certificering van de installaties van groene elektriciteit en warmtekrachtkoppeling, biedt effectief rechtsgrond voor de meeste onderdelen van het ontworpen besluit. Wel moet worden opgemerkt dat waar in het ontwerp gewag wordt gemaakt van “hoogrenderende warmtekrachtkoppeling”, een terminologie wordt gehanteerd die wordt ingevoerd bij de ordonnantie ‘tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk

Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest', die op 25 april 2014 is aangenomen door het Brussels Hoofdstedelijk Parlement,¹ en die volgens de gemachtigde "in de komende weken" zal worden bekrachtigd, afgekondigd en bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad. Daarmee zal derhalve rekening dienen te worden gehouden bij het nemen en het bekendmaken van het tot stand te komen besluit.

Daarenboven vormt artikel 28, § 2, van de elektriciteitsordonnantie effectief de rechtsgrond voor hoofdstuk V van het ontworpen besluit met betrekking tot de voorwaarden en de nadere regels (niet: modaliteiten) voor de erkenning van de groenestroomcertificaten die worden toegekend door andere overheden.

4.1.2. Met artikel 29, § 2, van het ontwerp, dat weliswaar is opgenomen in het hoofdstuk over de groenestroomcertificaten, maar waar een quotum van garanties van oorsprong wordt vastgesteld die moeten worden ingeleverd door de leveranciers, wordt uitvoering gegeven aan het nieuwe artikel 27, § 2bis, derde lid, van de elektriciteitsordonnantie, dat eveneens wordt ingevoegd bij de reeds genoemde wijzigende ordonnantie.

4.1.3. Hoofdstuk III van het ontwerp, met betrekking tot de garanties van oorsprong, vindt bovendien rechtsgrond in artikel 27, § 2, van de elektriciteitsordonnantie,² en artikel 38 van het ontwerp, dat een strafbepaling bevat, in artikel 31, § 2, van de elektriciteitsordonnantie.

4.2. Een afzonderlijk onderzoek dient te worden gewijd aan artikel 32 van het ontwerp. Dat artikel heeft ook betrekking op financiële steun voor de producent van groene stroom, maar niet door middel van een systeem van groenestroomcertificaten.³ Bijgevolg kan dat artikel geen rechtsgrond vinden in artikel 28 van de elektriciteitsordonnantie. Ook een beroep op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering lijkt niet mogelijk nu er in de elektriciteitsordonnantie moeilijk een aanknopingspunt lijkt te kunnen worden gevonden voor een regeling als opgevat in artikel 32 van het ontwerp.⁴

¹ *Parl.St.* Br.H.Parl. 2013-14, nr. A-534/1.

² Thans nog het eerste lid van die bepaling. Het huidige tweede en het huidige derde lid van die bepaling worden evenwel opgeheven bij artikel 16, 2°, van de al eerder vermelde ordonnantie 'tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest'.

³ De gemachtigde verklaarde dat het verlenen van de compensatie het toekennen van groenestroomcertificaten niet in de weg staat, wat betekent dat aan de betrokkenen een dubbel voordeel wordt toegekend (verlaagde energiefactuur en inkomsten uit de verkoop van groenestroomcertificaten)..

⁴ De gemachtigde wijst evenwel op het bestaande artikel 26bis van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 2004 'betreffende de promotie van groene elektriciteit en van kwaliteitswarmtekoppeling', waarin evenwel een koppeling wordt gemaakt met het niet-toekennen van labels van garantie van oorsprong en het gevolg naar bepaalde tarieven toe niet wordt geregeld. Nu meer duidelijkheid bestaat over de juiste draagwijdte van het mechanisme, meent de Raad van State desalniettemin opmerkingen te moeten formuleren over de rechtsgrond, evenals over andere aspecten van de regeling.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 37 van het ontwerp, dat een overgangsregeling bevat die aansluit op artikel 32 van het ontwerp.

BEVOEGDHEID VAN HET BRUSSELSE HOOFDSTEDELIJKE GEWEST

5.1. Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest is krachtens artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ bevoegd inzake “de nieuwe energiebronnen met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie” en krachtens artikel 6, § 1, VII, eerste lid, g), van die wet inzake “de terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers”. Op basis daarvan is het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest bevoegd om een steunregeling in de vorm van groenestroomcertificaten uit te werken voor groene energieproductie.

5.2. Zelfs al mocht men, ondanks opmerking 4.2, artikel 32 van het ontwerp opvatten als een accessorium van de regeling inzake groenestroomcertificaten en garanties van oorsprong en de Brusselse Hoofdstedelijke Regering bijgevolg bevoegd achten het artikel uit te vaardigen op grond van de algemene bevoegdheid tot uitvoering van ordonnanties waarover ze beschikt, dan nog dient op bevoegdheidsrechtelijk vlak een voorbehoud te worden gemaakt bij dat artikel.

In het advies van de Reguleringscommissie voor energie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (hierna: Brugel) wordt het artikel als volgt toegelicht:

“Artikel 28 van het ontwerp van besluit bevat een compensatiemechanisme per berekening, equivalent aan een meter die terugdraait wanneer elektriciteit op het net wordt geïnjecteerd.

Zonder de financiële steun van dit systeem te ontkennen, vestigt BRUGEL de aandacht op de belasting die deze niet-gefactureerde afnames op de andere gebruikers inhoudt, ongeacht de componenten van de factuur: de energie zelf, het netwerktarief, taken en btw.

Dit principe houdt in dat het injectietarief wordt verlegd op het inverse van het afnametarief. Praktisch betekent dit dat indien 3000 kWh wordt geïnjecteerd en 4.000 kWh wordt afgenomen, slechts 1.000 kWh wordt gefactureerd aan het afnametarief, de resterende drieduizend worden gefactureerd aan X voor de afname en min X voor de injectie, waardoor het totaal nul is.

Wat betreft het netwerktarief begrijpt men dat de verbruikers-producenten steeds minder bijdragen aan de financiering van het netwerk, terwijl ze het twee keer zoveel gebruiken. Zodus moeten de andere gebruikers deze winstderving voor de netbeheerder compenseren.

Naast deze overwegingen betreffende de financiering, is BRUGEL van oordeel dat alleen de regulator de tarieven voor het gebruik van het netwerk kan bepalen. Zodus zou het compensatieprincipe minstens moeten beperkt worden tot de andere onderdelen van de energiefactuur.”

De gemachtigde verklaarde daarenboven dat de maatregel is ingegeven door het gegeven dat het voor kleine verbruikers-producenten erg moeilijk zou zijn om hun productie werkelijk te verkopen, omdat dit zou gebeuren in de vorm van zeer kleine hoeveelheden elektriciteit, waarvan de transactiekost niet opweegt tegen de opbrengsten.

Uit wat voorafgaat vloeit voort dat, al gaat het om een mechanisme om het mislopen van verkoopsofbrengsten te compenseren, die compensatie ook als gevolg heeft dat de betrokkenen niet of nauwelijks bijdragen in allerlei federaal bepaalde heffingen, waaronder de transmissietarieven, de federale toeslag, de federale bijdrage en de belasting over de toegevoegde waarde (BTW), terwijl ze dubbel gebruik maken van de netinfrastructuur, als producent en gebruiker. Op die manier wordt zowel de federale bevoegdheid inzake energie als op fiscaal vlak betreden.

5.2.1. Naar aanleiding van een opmerking uit het advies van Brugel werden de distributietarieven uitgezonderd van de compensatie, maar dat is niet het geval voor de transmissietarieven. Brugel had aangegeven dat enkel de regulator een vrijstelling van de distributietarieven kan verlenen, maar hetzelfde geldt *mutatis mutandis* ook voor de vrijstelling van de transmissietarieven, wat, gelet op de bevoegdheidverdelende regels (die op dit punt ook na 1 juli 2014 blijven gelden), enkel kan gebeuren door de federale regulator. Door geen uitzondering te maken voor de transmissietarieven schendt de ontworpen bepaling de bevoegdheidverdelende regels.

5.2.2. De compensatie heeft ook tot gevolg dat de begunstigden worden vrijgesteld van de federale bijdrage en de federale toeslag. Op die manier wordt opnieuw geïnterfereerd met de federale energiebevoegdheden. De gewesten mogen weliswaar steun verlenen aan de productie van groene elektriciteit, maar de bevoegdheidverdelende regels impliceren dat ze die maatregel financieren uit hun eigen middelen en haar niet gedeeltelijk ten laste leggen van de federale overheid. Een begeleidende maatregel in het raam van het systeem van groenestroomcertificaten kan slechts doorgang vinden in die mate dat hij de federale bevoegdheden onverlet laat.⁵

5.2.3. Tot slot betreft het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest de federale bevoegdheid inzake BTW doordat de belastbare grondslag voor de heffing van deze belasting wordt gewijzigd, terwijl de gewesten ter zake geen enkele bevoegdheid bezitten.

5.2.4. Met betrekking tot de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest ten aanzien van artikel 32 van het ontwerp verklaarde de gemachtigde evenwel:

“Nous tenons à souligner que la compensation n’est pas une mesure qui fixe un quelconque tarif de l’électricité. C’est un dispositif qui relève de l’encadrement des pratiques du GRD lorsqu’il établit les relevés de compteurs. Ceci est bien du champ de compétences dévolu au Régions”.

Er kan mee worden ingestemd dat in het ontwerp niet de hoogte van de nettarieven wordt vastgesteld, maar desalniettemin moet worden vastgesteld dat het effect van de maatregel is dat de begunstigden ervan over een gedeelte van de door hen afgenomen stroom de overeenkomstig de federale wetgeving opgelegde tarieven niet zullen betalen. Het invoeren van een dergelijke vrijstelling is een schending van de bevoegdheidverdelende regels, ook als het de

⁵ GwH 13 november 2013, nr. 154/2013, met verwijzing naar adv.RvS 51.535/3 van 18 juni 2012 over een voorstel van decreet ‘houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie’ (*Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1639/2, p. 9, opmerking 7). Overigens geldt ook omgekeerd dat de federale overheid de gewestelijke steunregelingen niet mag ondergraven, zie adv.RvS 51.167/1 van 19 april 2012 over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 2321/001, p. 33, opmerking 10.

bedoeling is om op die manier de productie van hernieuwbare energiebronnen te stimuleren. Bovendien wordt met de maatregel geïntereferd met federale bevoegdheden op fiscaal vlak.

OVEREENSTEMMING MET HET EUROPESE UNIERECHT

6.1. Verschillende bepalingen van het ontwerp strekken tot uitvoering van richtlijn 2009/28/EG.

6.1.1. Wat de duurzaamheidcriteria betreft, moet worden vastgesteld dat bij artikel 17 van het ontwerp en bijlage 2 erbij de corresponderende bepalingen van richtlijn 2009/28/EG *grosso modo* correct worden omgezet, maar dat er nog ruimte moet worden gelaten, gelet op de uitvoeringshandelingen die de Europese Commissie later kan nemen. Zo is er in hoofdstuk 1 van bijlage 2 geen equivalent van artikel 17, lid 3, van de richtlijn.

6.1.2. Wat de regeling voor de toekenning van groenestroomcertificaten betreft, dient te worden gewezen op de conclusie van de advocaat-generaal in de voor het Hof van Justitie van de Europese Unie hangende zaak *Ålands Vindkraft*⁶. Daarin nodigt de advocaat-generaal het Hof uit om de ongeldigheid van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2009/28/EG vast te stellen “voor zover de lidstaten op grond van deze bepaling producenten van wie de installaties voor elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen zich in een andere lidstaat bevinden, de toegang tot hun steunregelingen kunnen ontzeggen of beperken”. Indien het Hof van Justitie deze positie zou overnemen, moet niet enkel het voorliggende ontwerp worden aangepast, maar zal ook artikel 28 van de elektriciteitsordonnantie moeten worden herzien.

6.2. Luidens de tweede zin van artikel 10, § 2, van het ontwerp worden de kosten verbonden aan het beheer van de toegang tot de metinggegevens en van het beheer van de meters van de installaties voor de productie van groene elektriciteit die achter het punt van netafname liggen, en die, in voorkomend geval, worden toevertrouwd aan Brugel, geïntegreerd in de distributienettarieven. Na 1 juli 2014 zijn de gewesten weliswaar bevoegd voor de vaststelling van de distributienettarieven, maar dat dient te gebeuren in overeenstemming met richtlijn 2009/72/EG. Het bepalen van welke kosten een distributienetbeheerder ten laste mag leggen van de distributienettarieven, komt krachtens artikel 37, lid 1, a), en lid 6, a), van die richtlijn toe aan de gewestelijke regulator, die met inachtneming van de richtlijnen voor de tariefmethodologie bedoeld in het toekomstige artikel 9^{quinquies} van de elektriciteitsordonnantie, voldoende aanknopingspunten heeft om desgevallend een gelijkaardige regeling uit te werken. De genoemde zin dient derhalve te vervallen.

6.3. De in artikel 32 van het ontwerp vervatte compensatiemaatregel heeft ook als gevolg dat de belastbare grondslag voor de heffing van de BTW drastisch wordt verkleind. Daargelaten de bezwaren op het vlak van de rechtsgrond en op bevoegdheidsrechtelijk vlak die deze maatregel doet rijzen, dient erop te worden gewezen dat het Hof van Justitie in de zaak *Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*⁷ heeft geoordeeld dat ook de producent van fotovoltaïsche

⁶ Conclusie van advocaat-generaal Bot van 28 januari 2014 in de hangende zaak C-573/12 *Ålands Vindkraft*.

⁷ HvJ 20 juni 2013, zaak C-219/12 *Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*.

energie voor eigen gebruik die minder produceert dan hij zelf verbruikt, beschouwd moet worden als de beoefenaar van een economische activiteit in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn (77/388/EG) van de Raad van 17 mei 1977 'betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lidstaten inzake omzetbelastingen – Gemeenschappelijk stelsel van de belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag'.⁸ Die producent kan bijgevolg bijvoorbeeld teruggave krijgen van de BTW die hij betaald heeft voor zijn installatie, maar omgekeerd dient hij ook de BTW over de geleverde elektriciteit aan te rekenen aan zijn medecontractanten. Dit mechanisme wordt doorbroken indien, zoals in het voorliggende ontwerp, leveringen van het net aan de begunstigde en leveringen van de begunstigde aan het net worden gecompenseerd en er enkel BTW wordt betaald door de begunstigde over de netto afgenomen elektriciteit, terwijl de levering van elektriciteit bij richtlijn 2006/112/EG gelijkgesteld wordt met de levering van goederen,⁹ en derhalve is onderworpen aan de BTW.¹⁰ De lidstaten kunnen weliswaar beslissen om voor de levering van elektriciteit een verlaagd tarief toe te passen,¹¹ maar ze kunnen de levering ervan niet gedeeltelijk uitsluiten van het toepassingsgebied van die belasting.

6.4. Luidens artikel 33, § 3, van het ontwerp mogen de leveranciers, om te voldoen aan de verplichting om de in artikel 30 van het ontwerp bedoelde groenestroomcertificaten bij Brugel in te dienen, slechts een beperkt aantal groenestroomcertificaten neerleggen die werden uitgegeven door andere nationale of door buitenlandse overheden. In dat verband dient te worden gewezen op de reeds genoemde conclusie van de advocaat-generaal in de voor het Hof van Justitie van de Europese Unie hangende zaak *Ålands Vindkraft*, waarin het volgende wordt vooropgesteld:

“Artikel 34 VWEU verzet zich tegen een nationale regeling die aan producenten van uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte elektriciteit groenestroomcertificaten toekent waarvan elektriciteitsleveranciers en bepaalde verbruikers een bepaald quotum moeten kopen naargelang van de totale hoeveelheid elektriciteit die zij leveren of verbruiken, voor zover deze regeling producenten van wie de installaties zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevinden, van de steunregeling uitsluit.”

In dit verband verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“2. En ce qui concerne les évolutions de la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice que nous suivons avec grand intérêt, nous sommes d’avis que :

a. La décision de la Cour n’étant pas rendue, nous ne sommes pas en mesure d’anticiper quoi que ce soit ;

b. L’ouverture chère à M. Bot trouve en RBC (ce qui n’est pas le cas partout) déjà une réponse de principe à l’article 33 § 1er. L’article 33 § 3 est une modalité pratique du retour quota suggérée par BRUGEL pour garder une certaine équité entre les fournisseurs.”

⁸ Zie thans artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 'betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde'.

⁹ Artikel 15, lid 1, en overweging 19 van richtlijn 2006/112/EG. Zie ook de artikelen 38 en 39 van richtlijn 2006/112/EG.

¹⁰ Artikel 2, lid 1, a), van richtlijn 2006/112/EG. Zie ook artikel 9 van het BTW-Wetboek.

¹¹ Artikel 102 van richtlijn 2006/112/EG.

Uiteraard kan niet worden vooruitgelopen op het oordeel van het Hof van Justitie in de genoemde zaak. Al is het zo dat het Brusselse systeem alvast meer ruimte laat voor het indienen van groenestroomcertificaten die afkomstig zijn van buiten het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest dan het systeem dat aan de orde is in die zaak, zal aan de hand van het te wijzen arrest dienen te worden geoordeeld of artikel 33, § 3, van het te nemen besluit conform het Unierecht is en bijgevolg gehandhaafd kan blijven.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

AANHEF

7. Gelet op hetgeen is opgemerkt omtrent de rechtsgrond voor het ontworpen besluit, dient het eerste lid van de aanhef te worden aangevuld met een verwijzing naar artikel 27, § 2, van de erin vermelde elektriciteitsordonnantie, gewijzigd bij de ordonnantie ‘tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’, alsmede met een verwijzing naar de artikelen 27, § 2bis, en 31, § 2, van de elektriciteitsordonnantie.

8. Gelet op de wijziging van artikel 84, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State bij de wet van 20 januari 2014 ‘houdende de hervorming, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’, dient in het achtste lid van de aanhef te worden verwezen naar 2° van die bepaling in plaats van naar 1° ervan.

9. De gemachtigde is het ermee eens dat de in het negende lid van de aanhef opgenomen considerans dient te worden weggelaten.

DISPOSITIEF

Algemene opmerking

10. Als de hoofdstukken met Romeinse cijfers worden genummerd, worden het best Arabische cijfers gebruikt voor de afdelingen.¹²

Nieuw in te voegen artikel 1

11. Er moet een nieuw artikel 1 aan het ontwerp worden toegevoegd waarin wordt vermeld dat het te nemen besluit strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ‘ter bevordering van het gebruik van

¹² Overigens wordt in de Nederlandse tekst van het opschrift van de eerste ondervervdeling van hoofdstuk III van het ontwerp ten onrechte het woord “Deel” gehanteerd in plaats van “Afdeling”.

energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG’.

Artikel 3

12. In artikel 3, § 3, van het ontwerp wordt aan de minister bevoegd voor Energie¹³ een delegatie verleend om de opdrachten van de organen voor de certificering van de installaties voor de productie van groene elektriciteit en warmtekracht te bepalen, alsmede de voorwaarden en de procedure voor de erkenning van deze organen. Aangezien delegaties aan een minister beperkt dienen te blijven tot aangelegenheden van detailmatige of bijkomstige aard, dient deze delegatie te worden ingeperkt.

Artikel 10

13. In de Nederlandse tekst van artikel 10, § 1, van het ontwerp moet het woord “betekend” worden vervangen door “gemeld”.

Artikel 17

14. In artikel 17, §§ 5 en 6, van het ontwerp wordt verwezen naar de norm EN 16214-4, die een niet-vertaalde technische norm is die niet in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt. Te dien aanzien kan worden verwezen naar opmerking 3 van advies 53.618/1/V,¹⁴ luidend:

“3. In artikel 4, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat om te worden erkend, de keuringsinstellingen moeten geaccrediteerd zijn op basis van de norm NBN EN ISO/IEC 17020 als keuringsinstelling type ‘A’, ‘B’ of ‘C’.

De betrokken normen zijn enkel beschikbaar op de website van het NBN (het Bureau voor Normalisatie) in het Frans, het Engels en het Duits, en tegen betaling. Hieromtrent om nadere toelichting gevraagd, wees de gemachtigde erop dat er op de website van BELAC (<http://belac.fgov.be>) verschillende documenten vrij beschikbaar zijn in het Nederlands in de vorm van bijvoorbeeld “algemene criteria en leidraden” voor de toepassing van de betrokken normen en van “checklists” voor de evaluatie van de conformiteit van de betrokken norm, die een goed begrip zouden moeten opleveren van de inhoud van de betrokken normen. Deze vormen van publicatie beantwoorden evenwel niet aan de wettelijke voorgeschreven wijzen van officiële bekendmaking van verordenende bepalingen zoals voorgeschreven door de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen’.

Op die wijze wordt in het ontwerp gerefereerd aan normen die niet overeenkomstig artikel 190 van de Grondwet zijn bekendgemaakt en die derhalve niet

¹³ En niet “de Minister die Energie tot zijn/haar bevoegdheden mag rekenen”, zoals thans in artikel 1, 13°, van het ontwerp is bepaald.

¹⁴ Adv.RvS 53.618/1/V van 25 juli 2013 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 26 september 2013 ‘betreffende de herijk van meetinstallaties voor andere vloeistoffen dan water’, opmerking 3.

tegenwerpbaar zijn aan iedereen. Indien de verwijzing naar de voormelde normen wordt behouden, dienen de stellers van het ontwerp erop toe te zien dat de betrokken normen toegankelijk en kenbaar zijn, te meer daar deze enerzijds voor de keuringsinstellingen verplichtingen bevat waaraan deze moeten voldoen opdat ze zouden kunnen worden geaccrediteerd en erkend, en anderzijds verplichtingen bevat om als laboratorium over te kunnen gaan tot kalibratie van de betrokken meetstandaarden.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, reeds heeft opgemerkt, zou het knelpunt van de ontbrekende bekendmaking van technische normen waarnaar in Belgische rechtsregels wordt verwezen, waaronder verschillende NBN-normen, op een horizontale manier moeten worden onderzocht en opgelost. Mochten er voor het oplossen hiervan bijzondere redenen zijn om bij wet af te wijken van de gebruikelijke bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, dan zal erop moeten worden toegezien deze bekendmaking beantwoordt aan de essentiële randvoorwaarden inzake toegankelijkheid en kenbaarheid van een officiële bekendmaking. Essentieel hierbij is de beschikbaarheid van een Nederlandse versie van de betrokken normen. Daarnaast mag, indien voor het consulteren van de voornoemde normen een vergoeding wordt gevraagd, het bedrag ervan de toegankelijkheid van die normen niet op onevenredige wijze belemmeren.”

Indien de verwijzing naar de genoemde norm desondanks wordt behouden, dienen de stellers van het ontwerp erop toe te zien dat de betrokken norm toegankelijk en kenbaar is.

15. Luidens artikel 17, § 6, tweede en derde lid, van het ontwerp bepaalt de minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering bevoegd voor Energie “de inhoud van en de erkenningsprocedure voor een certificeringssysteem” (betreffende het naleven van de duurzaamheidscriteria van de biomassa), alsook de nadere regels (niet: “modaliteiten”) voor de opschorting en de intrekking van deze erkenning, alsmede de voorwaarden voor erkenning van het controleorgaan dat belast is met (niet: dat zich bekommert om) het certificeren van de inachtneming van de duurzaamheidscriteria.

Ook deze delegatie houdt meer in dan het regelen van een aangelegenheid van detailmatige of bijkomstige aard, en dient derhalve te worden ingeperkt.

Artikel 31

16. In de Nederlandse tekst van artikel 31, § 2, van het ontwerp moeten de woorden “Elk “garantie van oorsprong” dat wordt ingediend” worden vervangen door de woorden “Elke garantie van oorsprong die wordt ingediend”. In de Franse tekst van hetzelfde artikel vervangen men het woord “remis” door het woord “remise”.

Artikel 32

17. Zoals uit opmerkingen 4.2, 5.2 en 6.3 blijkt, stuit artikel 32 van het ontwerp op fundamentele bezwaren wat betreft zijn rechtsgrond en op bevoegdheidsrechtelijk en Europeesrechtelijk vlak. Om de doelstelling die met het artikel wordt beoogd te bereiken, kan ter overweging worden gegeven om voor de erin bedoelde installaties een aangepaste vermenigvuldigingscoëfficiënt vast te stellen zoals bedoeld in artikel 20, § 2, tweede lid, eerste onderdeel,¹⁵ van het ontwerp. Een dergelijke oplossing valt volledig binnen de rechtsgrond en binnen de gewestelijke bevoegdheden inzake hernieuwbare energie, en biedt toch voldoende ruimte om de bijzondere situatie van de kleine verbruikers-producenten in acht te nemen.

Artikelen 35 en 36

18. De Nederlandse versie van de artikelen 35 en 36 van het ontwerp ontbreekt, terwijl de Franse versie tweemaal is weergegeven, wat dient te worden verholpen.

Artikel 38

19. Luidens artikel 38 van het ontwerp worden de inbreuken op artikel 7, § 1, van het te nemen besluit bestraft met een geldboete van 1,24 tot 495 euro. Bij het bepalen van deze bedragen, die ook reeds voorkomen in het (op te heffen) besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 2004, zijn de stellers van het ontwerp wellicht artikel 5ter van de ordonnantie van 11 maart 1999 ‘betreffende de Euro’ uit het oog verloren, waarbij de omzetting van bedragen die voorheen in frank waren uitgedrukt, wordt gerealiseerd door een verlaging van de opdecimen, en niet door een deling van de voorheen in frank uitgedrukte bedragen.¹⁶ De in artikel 38 van het ontwerp opgenomen bedragen dienen dan wellicht ook te worden aangepast.

Bijlage 2

20. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van bijlage 2 bij het ontwerp dienen de woorden “dit besluit” te worden vervangen door de woorden “deze bijlage”.

21. In de Franse tekst van hoofdstuk 2 ontbreekt de vermelding “§ 1”.

22. In de Nederlandse tekst van hoofdstuk 4 van bijlage 2 bij het ontwerp dient de vermelding “§ 16.b” te worden vervangen door de vermelding “§ 15.b”.

*

¹⁵ De in artikel 20, § 2, tweede lid, van het ontwerp gehanteerde bolletjes dienen te worden vervangen door de vermeldingen “1°”, “2°” en “3°”. Eenzelfde opmerking geldt overigens ten aanzien van artikel 20, § 1, tweede lid, van het ontwerp.

¹⁶ Zie ook reeds voetnoot 4 van adv.RvS 36.920/3 van 14 april 2004, dat is gegeven bij het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 6 mei 2004.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention du gouvernement sur le fait que les élections du 25 mai 2014 ont eu pour conséquence que, depuis cette date et jusqu'à la formation d'un nouveau gouvernement, le gouvernement ne dispose pas de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet d'instaurer une nouvelle réglementation pour la promotion de la production d'énergie verte dans la Région de Bruxelles-Capitale. Ainsi, les règles relatives à la procédure d'octroi de certificats verts et au contrôle des installations sont renouvelées, des critères de durabilité sont fixés tant pour les biosolides que pour les bioliquides, les règles concernant l'octroi de garanties d'origine sont adaptées et un régime compensatoire particulier est instauré pour les petits consommateurs-producteurs d'énergie photovoltaïque.

L'arrêté en projet vise à transposer partiellement la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE'.

4.1. Selon le préambule de l'arrêté en projet, son fondement juridique est recherché dans l'article 28, §§ 1^{er} et 2, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 'relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale' (ci-après : ordonnance sur l'électricité).

4.1.1. L'article 28, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance sur l'électricité, aux termes duquel le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale arrête les critères, les conditions, la procédure d'octroi de certificats verts et le système de convention de rachat par le gestionnaire du réseau de transport régional, ainsi que la procédure de certification des installations de production d'électricité verte et des unités de cogénération, procure effectivement un fondement juridique à la plupart des dispositions de l'arrêté en projet. Toutefois, il y a lieu d'observer que là où le projet fait état de « cogénération à haut rendement », il utilise une terminologie qui est instaurée par l'ordonnance 'modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à

l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale', qui a été adoptée le 25 avril 2014 par le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale¹, et qui, selon le délégué, sera sanctionnée, promulguée et publiée au Moniteur belge dans les semaines à venir. Par conséquent, il faudra en tenir compte lorsqu'il s'agira de prendre et de publier l'arrêté qui doit intervenir.

En outre, l'article 28, § 2, de l'ordonnance sur l'électricité constitue effectivement le fondement juridique du chapitre V de l'arrêté en projet en ce qui concerne les conditions et les modalités de reconnaissance des certificats verts octroyés par d'autres autorités.

4.1.2. L'article 29, § 2, du projet qui, tout en étant intégré dans le chapitre relatif aux certificats verts, n'en fixe pas moins un quota de garanties d'origine que les fournisseurs doivent remettre, donne exécution au nouvel article 27, § 2bis, alinéa 3, de l'ordonnance sur l'électricité, qui est également inséré dans l'ordonnance modificative précitée.

4.1.3. En outre, le chapitre III du projet, relatif aux garanties d'origine, trouve un fondement juridique dans l'article 27, § 2, de l'ordonnance sur l'électricité², et l'article 38 du projet, qui contient une disposition pénale, dans l'article 31, § 2, de l'ordonnance sur l'électricité.

4.2. L'article 32 du projet doit faire l'objet d'un examen distinct. Cet article concerne également l'aide financière accordée au producteur d'électricité verte, mais pas par le biais d'un système de certificats verts³. Par conséquent, cet article ne peut pas trouver de fondement juridique dans l'article 28 de l'ordonnance sur l'électricité. Un recours au pouvoir général d'exécution du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ne paraît pas non plus possible, dès lors qu'aucun point de rattachement ne semble pouvoir être trouvé dans l'ordonnance sur l'électricité pour un dispositif tel qu'il est conçu à l'article 32 du projet⁴.

Une même observation s'applique à l'égard de l'article 37 du projet, qui comporte un régime transitoire qui se rattache à l'article 32 du projet.

¹ *Doc. Parl.*, Parl. Brux.-Cap., 2013-14, n° A-534/1.

² Présentement encore l'alinéa 1^{er} de cette disposition. Les alinéas 2 et 3 actuels de cette disposition sont toutefois abrogés par l'article 16, 2°, de l'ordonnance déjà précitée 'modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale'.

³ Le délégué a déclaré que l'attribution de la compensation ne s'oppose pas à l'octroi de certificats verts, ce qui signifie qu'un double avantage est accordé aux intéressés (réduction de la facture énergétique et revenus générés par la vente de certificats verts).

⁴ Le délégué attire toutefois l'attention sur l'article 26bis actuel de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 2004 'relatif à la promotion de l'électricité verte et de la cogénération de qualité', qui établit cependant un lien avec l'absence d'octroi de labels de garantie d'origine et ne règle pas les conséquences à l'égard de certains tarifs. Dès lors que la portée exacte du mécanisme apparaît plus clairement, le Conseil d'État estime néanmoins devoir formuler certaines observations à propos du fondement juridique et d'autres aspects de la réglementation.

COMPÉTENCE DE LA RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE

5.1. En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', la Région de Bruxelles-Capitale est compétente en ce qui concerne « les sources nouvelles d'énergie à l'exception de celles liées à l'énergie nucléaire » et, en vertu de l'article 6, § 1, VII, alinéa 1^{er}, g), de cette loi, en ce qui concerne « la récupération d'énergie par les industries et autres utilisateurs ». Sur cette base, la Région de Bruxelles-Capitale est compétente pour élaborer un régime d'aide sous la forme de certificats verts pour la production d'énergie verte.

5.2. Même si on pourrait, onobstant l'observation formulée au point 4.2, concevoir l'article 32 du projet comme un accessoire de la réglementation en matière de certificats verts et de garanties d'origine et, partant, reconnaître au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale le pouvoir d'édicter l'article sur la base du pouvoir général d'exécution d'ordonnances dont il dispose, il n'en demeure pas moins qu'il s'impose d'émettre à propos de cet article une réserve sur le plan de la répartition des compétences.

Dans l'avis de la Commission de régulation de l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale (ci-après : Brugel), l'article est commenté comme suit :

« L'article 28 de projet d'arrêté prévoit un mécanisme de compensation par calcul, équivalent à un compteur tournant à l'envers lorsque l'on injecte de l'électricité sur le réseau.

Sans contester l'aide financière que représente ce système, BRUGEL attire l'attention sur le report de charge de ces prélèvements non facturés sur les autres utilisateurs, quels que soient les composants de la facture : l'énergie elle-même, le tarif réseau, les taxes et la TVA.

En effet, ce principe équivaut à fixer le tarif d'injection à l'inverse du tarif de prélèvement. Pratiquement, si 300 kWh sont injectés et 4000 kWh sont prélevés, seuls 1000 kWh seront facturés au tarif de prélèvement, les trois autres mille sont facturés à X en prélèvement et à moins X en injection, donnant un total nul.

Pour ce qui concerne le tarif de réseau, on comprendra que les consommateurs-producteurs contribuent de moins en moins au financement du réseau alors même que ceux-ci l'utilisent par deux fois. Dès lors, les autres utilisateurs doivent compenser ce manque à gagner du gestionnaire de réseau.

Outre ces considérations liées au mode de financement, BRUGEL considère que seul le régulateur est compétent pour fixer les tarifs d'utilisation du réseau. Dès lors, le principe de compensation devrait, pour le moins, être limité aux composantes de la facture d'énergie ».

En outre, le délégué a déclaré que la mesure est dictée par le fait qu'il serait très difficile pour les petits consommateurs-producteurs de vendre effectivement leur production, étant donné qu'ils devraient le faire sous la forme de quantités d'électricité très minimes, dont le coût de transaction ne compense pas les recettes.

Il résulte de ce qui précède que, même s'il s'agit d'un mécanisme destiné à compenser le manque de recettes générées par la vente, cette compensation a également pour conséquence que les intéressés ne contribuent pas ou peu à toute une série de prélèvements fixés

au niveau fédéral, dont les tarifs de transport, la surcharge fédérale, la cotisation fédérale et la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.), alors qu'ils font un double usage des infrastructures de réseau, comme producteur et comme consommateur. Le projet empiète ainsi sur la compétence fédérale tant en matière d'énergie que sur le plan fiscal.

5.2.1. À la suite d'une observation formulée dans l'avis de Brugel, les tarifs de distribution ont été exclus de la compensation, mais ce n'est pas le cas des tarifs du réseau de transport. Brugel avait indiqué que seul le régulateur peut accorder une exonération des tarifs du réseau de distribution, mais il en va de même *mutatis mutandis* pour l'exonération des tarifs de transport qui, eu égard aux règles répartitrices de compétences (qui resteront d'application sur ce point également après le 1^{er} juillet 2014), ne peut être accordée que par le régulateur fédéral. La disposition en projet viole les règles répartitrices de compétences en ce qu'elle ne prévoit pas d'exclusion pour les tarifs de transport.

5.2.2. La compensation a également pour effet que les bénéficiaires sont exonérés de la cotisation fédérale et de la surcharge fédérale. De cette façon, le projet interfère de nouveau avec les compétences fédérales en matière d'énergie. S'il est vrai que les régions peuvent octroyer une aide à la production d'électricité verte, il n'en demeure pas moins que les règles répartitrices de compétences impliquent qu'elles financent cette mesure avec leurs propres ressources et ne la mettent pas partiellement à la charge de l'autorité fédérale. Dans le cadre du système des certificats verts, une mesure d'accompagnement ne peut se concrétiser que dans la mesure où elle ne porte pas atteinte aux compétences fédérales⁵.

5.2.3. Enfin, la Région de Bruxelles-Capitale empiète sur la compétence fédérale en matière de T.V.A. en ce que la base d'imposition pour la perception de cette taxe est modifiée, alors que les régions ne possèdent aucune compétence en la matière.

5.2.4. Toutefois, en ce qui concerne la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale à l'égard de l'article 32 du projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Nous tenons à souligner que la compensation n'est pas une mesure qui fixe un quelconque tarif de l'électricité. C'est un dispositif qui relève de l'encadrement des pratiques du GRD lorsqu'il établit les relevés de compteurs. Ceci est bien du champ de compétences dévolu aux Régions ».

Si l'on peut admettre que le projet ne fixe pas le niveau des tarifs des réseaux, force est néanmoins de constater que la mesure a pour effet que les bénéficiaires de celle-ci ne paieront pas, sur une partie de l'électricité qu'ils ont prélevée, les tarifs imposés en application de la législation fédérale. L'instauration d'une telle exonération viole les règles répartitrices de compétences, même si l'intention est de stimuler de la sorte la production de sources d'énergie renouvelables. En outre, la mesure interfère avec les compétences fédérales en matière fiscale.

⁵ C.C., 13 novembre 2013, n° 154/2013, avec référence à l'avis C.E. 51.535/3 du 18 juin 2012 sur une proposition de décret 'modifiant le décret sur l'énergie du 8 mai 2009, en ce qui concerne la production écologique d'énergie' (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2011-12, n° 1639/2, p. 9, observation 7). Au demeurant, l'inverse est également vrai: l'autorité fédérale ne peut pas porter atteinte aux dispositifs d'aide régionaux, voir l'avis C.E. 51.167/1 du 19 avril 2012 sur un avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière d'énergie', *Doc. parl.*, Chambre, 2011-12, n° 2321/001, p. 33, observation 10.

CONFORMITÉ AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

6.1. Plusieurs dispositions du projet visent à exécuter la directive 2009/28/CE.

6.1.1. En ce qui concerne les critères de durabilité, il faut constater que l'article 17 du projet et son annexe 2 transposent correctement, de manière globale, les dispositions correspondantes de la directive 2009/28/CE, mais qu'il faut encore laisser une certaine marge, compte tenu des actes d'exécution que la Commission européenne peut prendre ultérieurement. Ainsi, l'article 17, paragraphe 3, de la directive, n'a pas d'équivalent dans le chapitre 1^{er} de l'annexe 2.

6.1.2. S'agissant du régime d'octroi de certificats verts, il convient de rappeler les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Ålands Vindkraft*⁶ pendant devant la Cour de Justice de l'Union européenne. L'avocat général y invite la Cour à constater l'invalidité de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/28/CE « en ce qu'il confère aux États membres le pouvoir d'interdire ou de restreindre l'accès à leurs régimes d'aide aux producteurs dont les installations de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables sont situées dans un autre État membre ». Si la Cour de Justice faisait sienne cette position, non seulement le projet à l'examen devrait être adapté, mais l'article 28 de l'ordonnance sur l'électricité devrait également être révisé.

6.2. Selon la deuxième phrase de l'article 10, § 2, du projet, les coûts liés à la gestion de l'accès aux données de comptage et à la gestion des compteurs liés aux installations de production d'électricité verte situées en aval du point d'accès au réseau et qui, le cas échéant, sont confiés à Brugel, sont intégrés dans le tarif du réseau de distribution. Certes, après le 1^{er} juillet 2014, les régions seront compétentes pour fixer les tarifs du réseau de distribution, mais elles devront le faire en conformité avec la directive 2009/72/CE. Selon l'article 37, paragraphe 1, a), et paragraphe 6, a), de cette directive, la fixation des coûts qu'un gestionnaire de réseau de distribution peut imputer sur les tarifs du réseau de distribution incombe au régulateur régional qui, dans le respect des lignes directrices de la méthodologie tarifaire visée dans le futur article 9^{quinquies} de l'ordonnance sur l'électricité, a suffisamment de points de référence pour élaborer, le cas échéant, un régime similaire. La phrase précitée doit dès lors être supprimée.

6.3. La mesure compensatoire inscrite à l'article 32 du projet a également pour conséquence une diminution radicale de la base d'imposition pour la perception de la T.V.A. Abstraction faite des objections que cette mesure soulève au niveau du fondement juridique et de la répartition des compétences, il convient de relever que la Cour de Justice, dans l'affaire *Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*⁷, a jugé que le producteur d'énergie photovoltaïque pour ses besoins propres, dont la production est inférieure à la consommation, doit être considéré comme exerçant une activité économique au sens de l'article 4, paragraphes 1 et 2, de la sixième directive (77/388/CE) du Conseil du 17 mai 1977 'en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de taxe sur la

⁶ Conclusions de l'avocat général Bot du 28 janvier 2014 dans l'affaire pendante C-573/12 *Ålands Vindkraft*.

⁷ C.J.U.E., 20 juin 2013, affaire C-219/12 *Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*.

valeur ajoutée: assiette uniforme'⁸. Par conséquent, ce producteur peut par exemple obtenir la restitution de la T.V.A. qu'il a payée pour son installation, mais, à l'inverse, il doit également porter en compte à ses cocontractants la T.V.A. grevant l'électricité fournie. Ce mécanisme est rompu si, comme dans le projet à l'examen, des fournitures du réseau au bénéficiaire et des fournitures du bénéficiaire au réseau sont compensées et que la T.V.A. est uniquement payée par le bénéficiaire sur l'électricité nette prélevée, alors que la directive 2006/112/EG assimile la fourniture d'électricité à la livraison de biens⁹ de sorte qu'elle est soumise à la T.V.A.¹⁰. Si les États membres peuvent décider d'appliquer un taux réduit pour la fourniture d'électricité¹¹, ils ne peuvent cependant pas exclure partiellement la fourniture de celle-ci du champ d'application de cette taxe.

6.4. Selon l'article 33, § 3, du projet, les fournisseurs, pour satisfaire à l'obligation de remise à Brugel des certificats verts visés à l'article 30 du projet, ne peuvent remettre qu'un nombre limité de certificats verts qui ont été émis par d'autres autorités nationales ou étrangères. Il convient de rappeler à cet égard les conclusions précitées de l'avocat général dans l'affaire *Ålands Vindkraft* pendante devant la Cour de Justice de l'Union européenne, qui relevaient ce qui suit :

« L'article 34 TFUE s'oppose à une réglementation nationale qui octroie aux producteurs d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables des certificats verts dont les fournisseurs d'électricité et certains utilisateurs doivent obligatoirement acheter un certain quota en fonction de la quantité totale d'électricité qu'ils livrent ou consomment, pour autant que cette réglementation exclut du régime d'aide les producteurs dont les installations sont situées sur le territoire d'un autre État membre ».

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« 2. En ce qui concerne les évolutions de la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice que nous suivons avec grand intérêt, nous sommes d'avis que :

a. La décision de la Cour n'étant pas rendue, nous ne sommes pas en mesure d'anticiper quoi que ce soit ;

b. L'ouverture chère à M. Bot trouve en RBC (ce qui n'est pas le cas partout) déjà une réponse de principe à l'article 33 § 1er. L'article 33 § 3 est une modalité pratique du retour quota suggérée par BRUGEL pour garder une certaine équité entre les fournisseurs ».

On ne peut évidemment pas anticiper le jugement de la Cour de Justice dans l'affaire précitée. Si le système bruxellois laisse effectivement une plus grande latitude pour la remise de certificats verts provenant de l'extérieur de la Région de Bruxelles-Capitale que le système dont il est question dans cette affaire, il faudra néanmoins apprécier en fonction de l'arrêt

⁸ Voir actuellement l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 'relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée'.

⁹ L'article 15, paragraphe 1, et le considérant 19 de la directive 2006/112/CE. Voir également les articles 38 et 39 de la directive 2006/112/CE.

¹⁰ L'article 2, paragraphe 1, a), de la directive 2006/112/CE. Voir également l'article 9 du Code de la T.V.A.

¹¹ L'article 102 de la directive 2006/112/CE.

à intervenir si l'article 33, § 3, de l'arrêté envisagé est conforme au droit de l'Union et peut, par conséquent, être maintenu.

EXAMEN DU TEXTE

PRÉAMBULE

7. Eu égard aux observations formulées à propos du fondement juridique de l'arrêté en projet, le premier alinéa du préambule doit être complété par une référence à l'article 27, § 2, de l'ordonnance sur l'électricité qui y est mentionnée, modifié par l'ordonnance 'modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale' ainsi que par une référence aux articles 27, § 2bis, et 31, § 2, de l'ordonnance sur l'électricité.

8. Compte tenu de la modification de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État par la loi du 20 janvier 2014 'portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État', le huitième alinéa du préambule doit viser le 2^o et non le 1^o de cette disposition.

9. De l'accord du délégué, le considérant figurant dans le neuvième alinéa du préambule doit être omis.

DISPOSITIF

Observation générale

10. Si les chapitres sont numérotés en chiffres romains, mieux vaudrait utiliser des chiffres arabes pour les sections ¹².

Nouvel article 1^{er} à insérer

11. Il faut ajouter au projet un nouvel article 1^{er} qui mentionne que l'arrêté envisagé vise à transposer partiellement la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE'.

¹² Au demeurant, le texte néerlandais de l'intitulé de la première subdivision du chapitre III du projet utilise à tort le mot « Deel » au lieu de « Afdeling ».

Article 3

12. L'article 3, § 3, du projet confère au ministre qui a l'Énergie dans ses attributions¹³ le pouvoir de fixer les missions des organismes de certification des installations de production d'électricité verte et de cogénération, ainsi que les conditions et la procédure d'agrément de ces organismes. Étant donné que les délégations à un ministre doivent être limitées à des mesures de détail ou de nature accessoire, cette délégation devra être restreinte.

Article 10

13. Dans le texte néerlandais de l'article 10, § 1^{er}, du projet, le mot « betekend » doit être remplacé par le mot « gemeld ».

Article 17

14. L'article 17, §§ 5 et 6, du projet vise la norme EN 16214-4, qui est une norme technique non traduite qui n'a pas été publiée au Moniteur belge. À cet égard, on peut se référer à l'observation 3 de l'avis 53.618/1/V¹⁴, qui est rédigée comme suit :

« 3. L'article 4, alinéa 1^{er}, du projet, prévoit que pour être agréés, les organismes d'inspection doivent être accrédités sur base de la norme NBN EN ISO/IEC 17020 comme organisme d'inspection de type « A », « B » ou « C ».

Les normes concernées sont uniquement disponibles sur le site web du NBN (le Bureau de normalisation) en français, en anglais et en allemand, et contre paiement. Invité à apporter des éclaircissements à ce sujet, le délégué a indiqué que différents documents sont disponibles gratuitement en néerlandais sur le site web de BELAC (<http://belac.fgov.be>) par exemple sous forme de 'critères généraux et lignes directrices' pour la mise en œuvre des normes concernées et de 'checklist' en ce qui concerne l'évaluation de la conformité de la norme concernée. Ces documents devraient donner une idée assez précise du contenu des normes concernées. Ces formes de publication ne répondent cependant pas aux modes légalement prescrits de publication officielle de dispositions réglementaires prévues par la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires'.

Le projet fait ainsi référence à des normes qui n'ont pas été publiées conformément à l'article 190 de la Constitution et qui ne sont dès lors pas opposables à tous. Si la référence aux normes précitées est maintenue, les auteurs du projet devront veiller à ce qu'elles soient accessibles et identifiables, d'autant qu'elles comprennent, d'une part, pour les organismes d'inspection des obligations auxquelles ces derniers doivent satisfaire pour être accrédités et agréés et qu'elles énoncent, d'autre part, des obligations pour pouvoir procéder en tant que laboratoire à l'étalonnage des étalons de mesure concernés.

¹³ Dans le texte néerlandais, il y a lieu de lire « de minister bevoegd voor energie » au lieu de « de Minister die Energie tot zijn/haar bevoegdheden mag rekenen », comme le prévoit actuellement l'article 1^{er}, 13^o, du projet.

¹⁴ Avis C.E. 53.618/1/V du 25 juillet 2013 sur un projet devenu l'arrêté royal du 26 septembre 2013 'relatif à la vérification périodique des ensembles de mesurage de liquides autres que l'eau', observation 3.

Comme le Conseil d'État, section de législation, l'a déjà observé, il conviendrait d'examiner et de résoudre de manière horizontale le problème de la publication manquante de normes technique auxquelles il est fait référence dans des règles normatives belges, parmi lesquelles différentes normes NBN. Si pour résoudre ce problème, il existait des motifs spécifiques pour déroger, dans une loi, à la publication habituelle au Moniteur belge, il faudrait veiller, dans ce cas, à ce que cette publication réponde aux conditions essentielles d'accessibilité et d'identification d'une publication officielle. Il est fondamental à cet égard, de pouvoir disposer d'une version néerlandaise des normes concernées. En outre, si une rémunération est demandée pour la consultation des normes précitées, son montant ne peut entraver de manière disproportionnée l'accessibilité de ces normes ».

Si la référence à la norme précitée est néanmoins maintenue, les auteurs du projet devront veiller à ce que la norme concernée soit accessible et identifiable.

15. L'article 17, § 6, alinéas 2 et 3, du projet dispose que le ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, qui a l'Énergie dans ses attributions, détermine « le contenu et la procédure de reconnaissance d'un système de certification » (concernant le respect des critères de durabilité de cette biomasse) et les modalités de suspension et de retrait de cette reconnaissance, ainsi que les conditions d'agrément de l'organisme de contrôle chargé de certifier le respect des critères de durabilité.

Cette délégation va également plus loin que le règlement d'une mesure de détail ou de nature accessoire et doit dès lors être restreinte.

Article 31

16. Dans le texte français de l'article 31, § 2, du projet, il y a lieu de remplacer le mot « remis » par le mot « remise ». Dans le texte néerlandais du même article, on remplacera les mots « Elk "garantie van oorsprong" dat wordt ingediend » par les mots « Elke garantie van oorsprong die wordt ingediend ».

Article 32

17. Il ressort des observations formulées aux points 4.2, 5.2 et 6.3 que l'article 32 du projet se heurte à des objections fondamentales en ce qui concerne son fondement juridique ainsi que du point de vue de la répartition des compétences et du droit européen. Afin d'atteindre l'objectif poursuivi par cet article, il peut être suggéré de fixer un coefficient multiplicateur adapté pour les installations qui y sont visées, comme le prévoit l'article 20, § 2, alinéa 2, phrase introductive¹⁵, du projet. Une telle solution s'inscrit pleinement dans le cadre du fondement juridique et des compétences régionales en matière d'énergie renouvelable et offre malgré tout une marge suffisante pour prendre en considération la situation particulière des petits consommateurs-producteurs.

¹⁵ Les puces utilisées à l'article 20, § 2, alinéa 2, du projet, doivent être remplacées par les mentions « 1° », « 2° » et « 3° ». La même observation s'applique du reste à l'égard de l'article 20, § 1^{er}, alinéa 2, du projet.

Articles 35 et 36

18. La version néerlandaise des articles 35 et 36 fait défaut, alors que la version française est reproduite à deux reprises; il convient d'y remédier.

Article 38

19. Selon l'article 38 du projet, les infractions aux dispositions de l'article 7, § 1^{er}, de l'arrêté envisagé sont punies d'une amende de 1,24 à 495 euros. Lors de la fixation de ces montants, qui figurent également dans l'arrêté (à abroger) du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 2004, les auteurs du projet ont sans doute perdu de vue l'article 5^{ter} de l'ordonnance du 11 mars 1999 'relative à l'euro', qui réalise la conversion de montants libellés auparavant en francs par une réduction des décimes additionnels et non par une division des montants libellés auparavant en francs¹⁶. Par conséquent, les montants inscrits à l'article 38 du projet doivent probablement aussi être adaptés.

Annexe 2

20. Dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'annexe 2 du projet, il convient de remplacer les mots « dit besluit » par les mots « deze bijlage ».

21. Dans le texte français du chapitre 2 de cette même annexe, la mention « § 1 » fait défaut.

22. Dans le texte néerlandais du chapitre 4 de l'annexe 2 du projet, la mention « § 16.b » doit être remplacée par la mention « § 15.b ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jan SMETS

¹⁶ Voir également la note 4 de l'avis C.E. 36.920/3 du 14 avril 2004, donné sur le projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mai 2004.