



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 58.210/1
van 22 oktober 2015

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest 'tot wijziging van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van oppervlaktewateren tegen verontreiniging en het decreet van 24 mei 2002 betreffende water bestemd voor menselijke aanwending, wat betreft de aanpassing van de aanrekening van de kosten voor publieke drinkwatervoorziening en de kosten voor gemeentelijke en bovengemeentelijke sanering'

Op 22 september 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van oppervlaktewateren tegen verontreiniging en het decreet van 24 mei 2002 betreffende water bestemd voor menselijke aanwending, wat betreft de aanpassing van de aanrekening van de kosten voor publieke drinkwatervoorziening en de kosten voor gemeentelijke en bovengemeentelijke sanering’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 15 oktober 2015. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 oktober 2015.

*

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 in hoofdzaak tot het wijzigen van het decreet van 24 mei 2002 ‘betreffende water bestemd voor menselijke aanwending’ (artikelen 3 tot 21 van het ontwerp). Tevens wordt artikel 35^{ter} van de wet van 26 maart 1971 ‘op de bescherming van oppervlaktewateren tegen verontreiniging’ aangepast, rekening houdend met de wijzigingen die de ontworpen regeling beoogt aan te brengen in het decreet van 24 mei 2002 (artikel 2).

De verplichting inzake het saneren van water bestemd voor menselijke aanwending vormt een openbare dienstverplichting en het begrip “wooneenheid” wordt omschreven (artikel 3). De regeling van de sociale tarieven en de vrijstellingen wordt gewijzigd (artikelen 4 en 19 tot 21). Er wordt een einde gesteld aan de openbare dienstverplichting inzake het leveren van een gratis hoeveelheid water bestemd voor menselijke consumptie (artikel 5). De regeling van de bijdragen voor water dat geleverd wordt door de exploitant van een openbaar waterdistributienetwerk (artikelen 6 tot 10) en voor water dat niet door dergelijke exploitant wordt geleverd (artikelen 11, 12 en 18) wordt gewijzigd. Hetzelfde geldt voor de bepalingen die op het berekenen van de bijdrage en de vergoeding voor grootverbruikers betrekking hebben (artikelen 13 tot 15). In de artikelen 16 en 17 wordt de wijze van aanrekening van de kosten voor de productie en levering van water bestemd voor menselijke consumptie geregeld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

3. In artikel 3, 1°, van het ontwerp wordt de omschrijving van het begrip “openbare dienstverplichting”, in artikel 2, 10°, van het decreet van 24 mei 2002, ook van toepassing gemaakt “in het kader van de sanering van het geleverde drinkwater”.² De vraag rijst of hieruit voor de drinkwatermaatschappijen voortvloeit dat zij vallen te bestempelen als “ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie” in de zin van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, waardoor zij overeenkomstig die verdragsbepaling “onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels [vallen], voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak

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

² Zie de commentaar bij artikel 3 in de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet.

niet verhindert”. Hierover om nadere toelichting verzocht, deelde de gemachtigde het volgende mee:

“Wat betreft de sanering of zuivering gaat het om een dienst van algemeen belang die niet economisch is. Het betreft immers een kerntaak van de overheid. Onder ‘economische activiteit’ wordt begrepen: het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Er is wel een markt voor waterzuivering mogelijk maar het is echter niet steeds mogelijk om tegen marktprincipes te werken. Bv. betalen particulieren niet de marktprijs.

Wat betreft het definiëren van een dienst van algemeen economisch belang, heeft de lidstaat een ruime vorm van beleidsvrijheid. Het is immers in eerste instantie de lidstaat die bepaalt of diensten al dan niet economische diensten van algemeen belang zijn. De Europese Commissie kan dan enkel nagaan of er geen kennelijke fout is bij het definiëren door de lidstaat. Enkel indien volgens een gegeven interpretatie van de Commissie en/of van het Hof van Justitie vaststaat dat een bepaalde dienst wel of geen dienst van algemeen economisch belang is, dan is er geen twijfel mogelijk.

Art. 106, 2, van het Verdrag is bijgevolg niet van toepassing.

Voor zover de Europese Commissie voorsnog zou oordelen dat bedoelde regelgeving toch van toepassing is, kan er voorgehouden worden dat er geen verstoring of ongunstige beïnvloeding is van het handelsverkeer (...) door de saneringsverplichting van het drinkwater.”

Afgezien van de naleving van de mededingingsregels door de drinkwatermaatschappijen, kan ook de vraag worden gesteld naar de toepasselijkheid van de staatssteunregels van de Europese Unie ingeval compensaties worden verleend voor prestaties die in het kader van de waterzuivering worden verricht.³ Met name rijst de vraag omtrent de toepasselijkheid van artikel 106, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dat de lidstaten verbiedt om met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, maatregelen te nemen of te handhaven “welke in strijd [zijn] met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18⁴ en 101 tot en met 109⁵”. De gemachtigde beantwoordde deze laatste vraag als volgt:

“Voor zover deze bepaling van toepassing is, is er geen verstoring van de mededinging door de nieuw ingevoerde regelgeving. Er werden geen prijsafspraken gemaakt met andere ondernemingen, er is geen misbruik van machtspositie en er werd geen staatssteun toegekend.”

De door de gemachtigde verstrekte toelichting doet geen afbreuk aan de vaststelling dat het onderscheid tussen economische en niet-economische diensten afhangt van politieke en economische specifieke kenmerken in een bepaalde lidstaat en dat er geen uitputtende lijst kan worden opgesteld van activiteiten die *a priori* nooit economische activiteiten zouden zijn. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie reikt evenwel diverse criteria aan ten behoeve van de toepassing van de regels voor de interne markt en de toepassing

³ In artikel 2, 3°, van het decreet van 24 mei 2002 worden als “exploitant van een openbaar waterdistributienetwerk” omschreven “de gemeente, de gemeentelijke regie, de intercommunale, de Vlaamse openbare instelling en alle andere exploitanten die een openbaar waterdistributienetwerk via leidingen beheren”.

⁴ Verbod van discriminatie op grond van nationaliteit.

⁵ Mededingingsregels voor ondernemingen (artikelen 101 tot 106 van het verdrag) en steunmaatregelen van de staten (artikelen 107 tot 109 van het verdrag).

van het mededingingsrecht.⁶ Het staat aan de stellers van het ontwerp om erover te oordelen of, rekening houdend met de complexiteit van de problematiek waarop de gestelde vragen betrekking hebben, in de memorie van toelichting niet het best enige verduidelijking wordt gegeven omtrent de toepasselijkheid van de regels voor de interne markt, het mededingingsrecht en de staatssteunregeling op de in het ontwerp geregelde aangelegenheid.

Artikel 8

4. In het ontworpen artikel 16*bis*, § 1, eerste lid, van het decreet van 24 mei 2002, wordt melding gemaakt van “een klant als vermeld in artikel 35*quater*, § 1, 1° en 3°, van de wet van 26 maart 1971”. In de laatstgenoemde wetsbepaling wordt evenwel het begrip “klant” niet gehanteerd. Ter wille van de coherentie in de regelgeving verdient het aanbeveling om bij de verwijzing aan te sluiten op de terminologie die wordt gebruikt in de bepalingen waarnaar wordt verwezen.

Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt bij het ontworpen artikel 16*quater*/1, § 1, eerste lid (artikel 12 van het ontwerp), en het ontworpen artikel 16*quater*/2, § 1, eerste lid (artikel 14 van het ontwerp), van het decreet van 24 mei 2002.

5. Het ontworpen artikel 16*bis*, § 1, tweede lid, van het decreet van 24 mei 2002 luidt:

“De exploitanten van een openbaar waterdistributienetwerk kunnen een bijdrage in de kostprijs van de opgelegde saneringsverplichting aanrekenen aan hun abonnees.”

Zoals de ontworpen bepaling is geredigeerd, zijn de exploitanten niet verplicht om een bijdrage aan te rekenen. Vraag is of de ontworpen bepaling inderdaad zo moet worden begrepen en of de abonnees waarvan geen dergelijke bijdrage wordt gevraagd, dan onderworpen worden aan een heffing voor waterverontreiniging in de zin van de wet van 26 maart 1971. Vraag is bovendien of er zich situaties kunnen voordoen waarin zowel een bijdrage als een heffing zijn verschuldigd door eenzelfde persoon. De gemachtigde verstrekke in dat verband de volgende uitleg:

“De watermaatschappijen dragen de kosten verbonden aan hun saneringsplicht. Ze kunnen inderdaad zelf beslissen of ze al dan niet een bijdrage aanrekenen. Indien niet moeten ze de kosten zelf dragen. Op bovengemeentelijk vlak is de aanrekening geregeld via een protocol tussen de Economische toezichthouder en de watermaatschappijen. Op gemeentelijk vlak wordt dit in de contracten tussen de rioolbeheerder en de watermaatschappij geregeld.

Kleinverbruikers, gezinnen zeg maar, zijn vrijgesteld van heffing als er een bijdrage aangerekend wordt. Voor grootverbruikers, vnl. bedrijven en landbouwers, wordt de heffing verminderd met de bijdrage. Er zijn geen situaties waarbij twee keer betaald dient te worden voor eenzelfde dienst.”

⁶ Mededeling van de Commissie (2012/C8/02) ‘betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie’, randnummers 14 en 15, en de in voetnoot 3 vermelde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (*Pb.C.* 11 januari 2012, C8/6).

De ontworpen regeling inzake de aanrekening van de bijdrage en de verhouding tot de heffingsplicht met toepassing van de wet van 26 maart 1971 dient blijkbaar, om goed te kunnen worden begrepen, te worden gelezen met inachtneming van het gegeven dat protocollen⁷ en contracten worden gesloten en dat op een bepaalde wijze toepassing wordt gemaakt van de heffingsplicht, bedoeld in de voornoemde wet. Ter wille van de transparantie van de regelgeving verdient het aanbeveling om in de memorie van toelichting te verduidelijken op welke wijze de betrokken bijdrage in de praktijk gebeurt en hoe de aanrekening ervan zich verhoudt tot de heffingsplicht in de zin van de wet van 26 maart 1971.⁸ Op die manier kan dan tevens een gemakkelijker inzicht worden verworven in de ontworpen compensatieregeling met het oog op de situering ervan ten opzichte van de Europese regelgeving, zoals gesuggereerd *sub* 3.

Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt bij het ontworpen artikel 16*ter*, § 1, vijfde lid (artikel 9 van het ontwerp), het ontworpen artikel 16*quater*/1, § 1, tweede lid (artikel 12 van het ontwerp), en het ontworpen artikel 16*quater*/2, § 1, tweede lid (artikel 14 van het ontwerp), van het decreet van 24 mei 2002.

6. In het ontworpen artikel 16*bis*, § 3, tweede lid, 2°, van het decreet van 24 mei 2002 wordt melding gemaakt van “de collectieve respectievelijk individuele saneringskosten per m³ water”. Aan de gemachtigde werd gevraagd welke de precieze draagwijdte is van de beoogde “saneringskosten”. Deze antwoordde:

“Dit zijn de kosten die de nv Aquafin en de gemeentelijke rioolbeheerder voor de sanering van het afvalwater aan de exploitanten van een openbaar waterdistributienetwerk factureren.

Zoals ook al voorzien in het huidige decreet kunnen de watermaatschappijen de kosten die gepaard gaan met hun hun saneringsverplichting doorrekenen aan hun klanten rekening houdend met onder andere de financiële tussenkomst vanuit de gemeente respectievelijk het gewest. De term kosten wordt niet verder gedefinieerd wat inhoudt dat alle (redelijke) kosten, dus ook belastingen, kunnen doorgerekend worden. Dat belastingen inbegrepen zijn in deze kosten blijkt ook uit de beheersovereenkomst tussen de nv Aquafin en het Vlaams Gewest (...).

De Economisch Toezichthouder kan in uitvoering van zijn functie facturen controleren, maar hij kan ook efficiëntievergelijkingen uitvoeren, de redelijkheid van kosten beoordelen, toezicht uitoefenen op welke kosten opgenomen worden, enz.

Aan de nv Aquafin wordt geen staatssteun of een andere subsidie voorzien vanuit het Vlaams Gewest. De watermaatschappijen hebben in [het] kader van hun saneringsverplichting de betalingsverplichting van het Vlaams Gewest overgenomen. Hierdoor zijn alle effectieve financiële stromen tussen het Vlaams Gewest en de nv Aquafin gestopt. Hetzelfde geldt op gemeentelijk vlak.”

⁷ Aan dergelijk protocol wordt gerefereerd in het ontworpen artikel 16*ter*, § 3, vierde lid, van het decreet van 24 mei 2002 (artikel 9 van het ontwerp) en in het ontworpen artikel 16*quater*/2, § 3, vierde lid, van hetzelfde decreet (artikel 14 van het ontwerp). Zie in dat verband de opmerkingen 9 en 12 in dit advies.

⁸ Dergelijke verduidelijking kan dan bovenop de (beknpte) commentaar komen die in de memorie van toelichting wordt gegeven bij onder meer het ontworpen artikel 16*septies* van het decreet van 24 mei 2002 (artikel 21 van het ontwerp).

Ook wat het begrip “saneringskosten”, in het ontworpen artikel 16*bis*, § 3, tweede lid, 2°, van het decreet van 24 mei 2002, betreft, zou het de transparantie van de ontworpen regeling ten goede komen indien enige verduidelijking van dat begrip in de memorie van toelichting zou worden opgenomen.

Artikel 9

7. Uit het ontworpen artikel 16*ter*, § 1, van het decreet van 24 mei 2002 volgt dat het bedrag van de vermindering van het (boven)gemeentelijke tarief van het vastrecht per wooneenheid afhangt van het aantal gedomicilieerden.⁹ Het gebruik van dergelijk criterium dient te kunnen worden verantwoord in het licht van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel.

8. In het ontworpen artikel 16*ter*, § 2, derde lid, van het decreet van 24 mei 2002 wordt bepaald dat de Vlaamse Regering “hiertoe de verdere modaliteiten [kan] bepalen”. In de commentaar die in dat verband wordt gegeven in de memorie van toelichting wordt vermeld:

“De Vlaamse Regering kan de verdere regels vastleggen over het aantal schijven, de schijfgrenzen, de modaliteiten om de klant in de ene dan wel in de andere groep in te delen, (...)”.

Deze verduidelijking ten spijt moet worden opgemerkt dat de delegatie aan de Vlaamse Regering te vergaand en te algemeen is om toelaatbaar te zijn. Zo wordt aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid verleend om van de indeling, beschreven in het ontworpen artikel 16*ter*, § 2, tweede lid, van het decreet van 24 mei 2002, af te wijken, maar wordt niet bepaald op basis van welke criteria of in welke gevallen dergelijke afwijking kan gebeuren. De delegatie van bevoegdheden aan de Vlaamse Regering zou op dat punt nader moeten worden afgebakend.

9. In het ontworpen artikel 16*ter*, § 3, vierde lid, van het decreet van 24 mei 2002 wordt bepaald dat de economische toezichthouder de “verdere voorwaarden met betrekking tot de aanrekening van de gemeentelijke en bovengemeentelijke bijdrage” vastlegt in een protocol met de exploitanten van een openbaar waterdistributienetwerk. De decreetgever zou meer precies moeten aangegeven welke “voorwaarden” het voorwerp kunnen uitmaken van het te sluiten protocol tussen de economische toezichthouder en de exploitanten van een openbaar waterdistributienetwerk. De betrokken voorwaarden kunnen in beginsel enkel betrekking hebben op aangelegenheden van veeleer technische aard die niet neerkomen op een afwijking of een aanvulling van wezenlijke onderdelen van de decretaal te bepalen bijdrageregeling. Zoals ze nu is geredigeerd is de ontworpen delegatiebepaling te algemeen en te weinig afgebakend om toelaatbaar te zijn.

⁹ Ook in het ontworpen artikel 16*quater*/4, derde lid, van het decreet van 24 mei 2002 (artikel 17 van het ontwerp), wordt in een tariefvermindering voorzien per gedomicilieerde.

Artikel 12

10. In het ontworpen artikel 16*quater*/1, § 1, zesde lid, van het decreet van 24 mei 2002 wordt bepaald dat de bepalingen van artikel 16*bis*, §§ 3 en 4, en artikel 16*ter* van overeenkomstige toepassing zijn op de vergoeding, vermeld in het ontworpen artikel 16*quater*/1, § 1, tweede lid, van hetzelfde decreet. In de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 12 van het ontwerp wordt gegeven, wordt in dat verband het volgende vermeld:

“De aanpassingen die in artikelen 16*bis* en 16*ter* doorgevoerd werden m.b.t. de bijdrage werden overeenkomstig bij de vergoeding vermeld. Voor de toelichting hiervan wordt naar de toelichting van deze artikels verwezen.”

Het gebruik van het procedé van de regeling bij verwijzing, zoals in het ontworpen artikel 16*quater*/1, § 1, zesde lid, van het decreet van 24 mei 2002, dient te gebeuren met inachtneming van de vereisten van de rechtszekerheid. Vraag is of een algemene verwijzing naar bijvoorbeeld het ontworpen artikel 16*ter* van het decreet van 24 mei 2002 van aard is om alle onderdelen van dat artikel zonder meer “in overeenkomstige zin” te kunnen toepassen op de vergoedingen, bedoeld in het ontworpen artikel 16*quater*/1, § 1, tweede lid, van het voornoemde decreet. Indien dat niet het geval zou zijn of dergelijke toepassing niet op een voldoende rechtszekere wijze zou kunnen gebeuren, wordt het best geopteerd voor het hernemen van de relevante onderdelen van de ontworpen artikelen 16*bis*, § 3 en § 4, en 16*ter*, wat de betrokken vergoedingen betreft in het ontworpen artikel 16*quater*/1, § 1, in plaats van te kiezen voor een regeling door middel van een loutere verwijzing naar de ontworpen artikelen 16*bis*, § 3 en § 4, en 16*ter*.

Artikel 14

11. In het ontworpen artikel 16*quater*/2, § 3, derde lid, van het decreet van 24 mei 2002 wordt bepaald dat de Vlaamse Regering “daartoe de verdere modaliteiten [kan] bepalen”. In de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 14 van het ontwerp wordt gegeven, wordt verduidelijkt dat het om de “verdere modaliteiten” met betrekking tot de aanrekening gaat. Teneinde elke speculatie omtrent de toelaatbaarheid van de aldus aan de Vlaamse Regering gedelegeerde bevoegdheid te voorkomen, verdient het aanbeveling om die bevoegdheid op een meer nauwkeurige wijze te omschrijven.

12. In het ontworpen artikel 16*quater*/2, § 3, vierde lid, van het decreet van 24 mei 2002 wordt bepaald dat de economische toezichthouder de “verdere voorwaarden met betrekking tot de aanrekening van de bovengemeentelijke bijdrage” vastlegt in een protocol met de exploitanten van een openbaar waterdistributienetwerk.

In de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 14 van het ontwerp wordt gegeven, wordt in verband met het te sluiten protocol het volgende verduidelijkt:

“Daarnaast zal de praktische werkwijze van deze aanrekening, die in meerdere tussentijdse facturen met een eindafrekening kan gebeuren, de gedetailleerde berekeningsmethode, de gegevensuitwisseling tussen de watermaatschappijen en de

VMM, etc. vastgelegd worden in een protocol tussen de Economisch toezichthouder en de watermaatschappijen.”¹⁰

Het verdient aanbeveling om de algemene omschrijving van de bevoegdheid van de economische toezichthouder in het ontworpen artikel 16^{quater}/2, § 3, vierde lid, van het decreet van 24 mei 2002 (het vaststellen van “de verdere voorwaarden met betrekking tot de aanrekening”) nauwkeuriger af te bakenen in het licht van de aangelegenheden die volgens de commentaar in de memorie van toelichting in het protocol kunnen worden vastgelegd.

13. In het laatste lid van het ontworpen artikel 16^{quater}/4 van het decreet van 24 mei 2002 wordt aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid verleend om nadere regels te bepalen “voor de berekening en aanrekening van het vastrecht, de capaciteitsvergoeding, de variabele prijs, de tariefstructuur van de variabele prijs, het afwijken van de indeling van de klanten en de vaststelling van het aantal gedomicilieerden”. De commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 17 van het ontwerp wordt gegeven doet ervan blijken dat aan de ontworpen delegatiebepaling de bedoeling ten grondslag ligt om het mogelijk te maken dat een progressieve tariefstructuur wordt opgelegd “als stimulans voor een duurzaam watergebruik door de abonnees”. Dit oogmerk kan evenwel geen afbreuk doen aan de vaststelling dat de bevoegdheid die in het ontworpen artikel 16^{quater}/4, laatste lid, van het decreet van 24 mei 2002 aan de Vlaamse Regering wordt verleend, zeer ruim is en dat de decreetgever geen criteria of elementen heeft aangegeven die de Vlaamse Regering bij het uitoefenen van die bevoegdheid dient in acht te nemen. Om die redenen is de ontworpen delegatiebepaling niet in overeenstemming te brengen met de beginselen die in ons publiek recht de verhouding tussen de decretale en de uitvoerende macht beheersen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

¹⁰ Een gelijkaardige verduidelijking ontbreekt ten aanzien van het ontworpen artikel 16^{ter}, § 3, vierde lid, van het decreet van 24 mei 2002 (artikel 9 van het ontwerp).