



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 60.294/3
van 30 november 2016

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest
‘houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot
regeling van de rol van de lokale adviescommissie in het kader
van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water
en van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de
invoering van een regulerend kader voor warmte- of
koudenetten’

Op 21 oktober 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot regeling van de rol van de lokale adviescommissie in het kader van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water en van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de invoering van een regulerend kader voor warmte- of koudenetten’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 november 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 november 2016.

*

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.

Gelet op de aanhoudende overbevraging van de afdeling Wetgeving en de opgelegde termijn, heeft de Raad van State geen diepgaand onderzoek over elk van de bepalingen van het voorontwerp kunnen verrichten, zelfs niet met betrekking tot de genoemde punten. Het advies dient met dit voorbehoud te worden gelezen.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest strekt in hoofdzaak tot het invoeren van een regulerend kader voor warmte- en koudenetten. Daartoe worden zowel in het decreet van 20 december 1996 ‘tot regeling van de rol van de lokale adviescommissie in het kader van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water’ als in het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: Energiedecreet) de nodige aanpassingen doorgevoerd teneinde de beheerders van dergelijke netten en de leveranciers van warmte of koude te onderwerpen aan een regime dat grotendeels parallel is aan het regime dat geldt voor de netbeheerders van het gas- en elektriciteitsnet, en voor de leveranciers van gas en elektriciteit (hoofdstukken 2 en 3 van het ontwerp, met uitzondering van de artikelen 20 en 30).

Bovendien worden met betrekking tot de warmte- en koudenetten ook wijzigingen aangebracht in artikel 591 van het Gerechtelijk Wetboek, inzake de bevoegdheid van de vrederechter voor geschillen betreffende de erfdienstbaarheden en voor vorderingen (hoofdstuk 4 van het ontwerp).²

2.2. De artikelen 20 en 30 van het ontwerp regelen aparte kwesties.

Artikel 20 van het ontwerp strekt tot de opheffing van artikel 7.1.5, § 4, derde lid, van het Energiedecreet, dat een beperking inhoudt van de gevallen waarin uitbreidingen aan fotovoltatische installaties in aanmerking komen voor het toekennen van groenestroomcertificaten die kunnen worden aanvaard in het kader van de certificatenverplichting.

Artikel 30 van het ontwerp strekt tot het invoegen van een nieuw artikel 15.3.5/10 in het Energiedecreet. De ontworpen bepaling houdt de verplichting in voor de historische elektriciteits- en aardgasleveranciers om ervoor te zorgen dat tegen 1 juli 2018 alle huishoudelijke afnemers gebruik hebben gemaakt van hun recht om vrijelijk een leverancier te

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

² Het gaat om een toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (impliciete bevoegdheden).

kiezen en ermee een leveringscontract te sluiten. De historische huishoudelijke klanten die dat tegen op 1 juli 2018 niet hebben gedaan, zullen worden beleverd door de distributienetbeheerder.

BEVOEGDHEID

3. De “netten voor warmtevoorziening op afstand” behoren krachtens artikel 6, § 1, VII, eerste lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de bevoegdheid van de gewesten. Alhoewel netten voor koudevoorziening op afstand niet expliciet worden vermeld, kunnen deze koudenetten worden beschouwd als deel uitmakend van de aangelegenheid van het rationeel energiegebruik of in ieder geval worden gerekend tot “[d]e gewestelijke aspecten van de energie” (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).

4. De Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna: VREG) heeft een specifieke structuur, met een bijzondere graad van onafhankelijkheid ten aanzien van de uitvoerende en wetgevende macht. Die structuur staat op gespannen voet met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, maar is niettemin verantwoord gelet op de supranationale verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijnen 2009/72/EG³ en 2009/73/EG⁴ (derde energiepakket) die, in overeenstemming met artikel 34 van de Grondwet, voorrang hebben op de bepalingen van de bijzondere wet.⁵

Die verantwoording kan echter alleen gelden voor taken die effectief verband houden met die Europeesrechtelijke verplichtingen. Warmte- en koudenetten vallen niet onder de liberaliseringsrichtlijnen van het derde energiepakket, zodat het toezicht door de VREG op die netten geen Europeesrechtelijke verplichting is.

Alhoewel er duidelijke parallellen te trekken zijn tussen elektriciteits- en gasdistributie en het verdelen van warmte en koude via warmte- en koudenetten, wat het begrijpelijk maakt dat de decreetgever die netten aan een gelijkaardig toezicht wenst te onderwerpen, moet worden vastgesteld dat zo ook een aangelegenheid die buiten het toepassingsgebied van de liberaliseringsrichtlijnen van het derde energiepakket valt, wordt onttrokken aan de toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Dat er duidelijke parallellen zijn, neemt echter niet weg dat er ook belangrijke verschillen bestaan tussen de organisatie van de Vlaamse gas- en elektriciteitsmarkt als deel van een geïntegreerde Europese energiemarkt, en de uit hun aard lokale warmte- en koudenetten, waarop de ontvlechtingvereisten niet van toepassing zijn. Er lijkt derhalve ook geen Europeesrechtelijke regel te bestaan waarbij wordt opgelegd om die taken aan een onafhankelijke regulator zoals de VREG toe te wijzen.

³ Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’.

⁴ Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG’.

⁵ Zie o.m. adv.RvS 49.336/3 van 22 maart 2011 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Vlaamse Gewest van 8 juli 2011 ‘houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de electriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de Richtlijn 2009/72/EG en de Richtlijn 2009/73/EG’, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1147/1, 134-136.

De conclusie is derhalve dat de taken in verband met de warmte- en koudenetten moeten worden toegekend aan een orgaan dat wel volledig aan de voorwaarden van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 voldoet, bijvoorbeeld het Vlaams Energieagentschap (VEA).

5. Vraag is ten slotte of het Vlaamse Gewest bevoegd is om het ontworpen artikel 15.3.5/10 van het Energiedecreet (artikel 30 van het ontwerp) aan te nemen. Die bepaling heeft tot doel om de mededinging te stimuleren, door elke huishoudelijke klant die nog steeds beleverd wordt door de historische leverancier zonder dat die historische klant sinds de invoering van de vrije leverancierskeuze een leveringscontract heeft gesloten, daartoe aan te zetten. Het gaat om een mechanisme ter bevordering van het effectief benutten van het recht van vrije leverancierskeuze.

Het mededingingsrecht⁶ en het recht inzake de handelspraktijken zijn in principe federale aangelegenheden (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980). Bovendien is de federale overheid bevoegd om met toepassing van artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 de algemene regels inzake de bescherming van de verbruiker vast te stellen.

In het verleden is aangenomen dat de decreetgever zijn bevoegdheid op het vlak van de distributie van elektriciteit en gas (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a) en b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980) kon aanwenden om artikel 4.4.1 van het Energiedecreet aan te nemen, waarin het recht op de vrije keuze van leverancier is opgenomen ter omzetting van richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG. Dat artikel luidt:

“Iedere afnemer heeft de volgende rechten:

1° het recht om van elektriciteit of aardgas, naargelang het geval, te kunnen worden voorzien door een leverancier naar keuze;

2° het recht om kosteloos van leverancier te veranderen.

Als een afnemer wil veranderen van leverancier, met inachtneming van de contractuele voorwaarden van het leveringscontract met zijn leverancier, wordt dat binnen een termijn van drie weken na de ontvangst van dat bericht geregeld door de betrokken netbeheerder.”

De ontworpen bepaling gaat echter verder dan het recht op vrije leverancierskeuze (artikel 4.4.1, eerste lid) en het opleggen aan de netbeheerders van de verplichting om een eventuele wissel snel uit te voeren (*idem*, tweede lid). De energieconsumenten die van dit recht nog geen gebruik hebben gemaakt, worden immers verplicht – zij het indirect – om daar effectief gebruik van te maken. De historische elektriciteit- en aardgasleveranciers moeten ervoor zorgen dat hun historische huishoudelijke klanten tegen uiterlijk 1 juli 2018 een nieuw leveringscontract sluiten, zo niet dient het lopende leveringscontract met de energieconsument te worden opgezegd, zodat die consument na afloop van de opzeggingstermijn door de distributienetbeheerder wordt

⁶ Hier lijkt het echter niet zozeer te gaan om de algemene marktwerking, maar om de contractuele relatie tussen de historische leverancier en zijn historische huishoudelijke klanten.

beleverd. Die belevering gebeurt dan onder allesbehalve aantrekkelijke voorwaarden, vermits het beleveringstarief dan veelal hoog uitvalt en afsluiting dreigt.⁷

Het is de afdeling Wetgeving dan ook niet duidelijk op welke bevoegdheidsrechtelijke grond de stellers van het ontwerp steunen voor de ontworpen maatregel. De memorie van toelichting bevat slechts een zeer laconieke toelichting bij de ontworpen bepaling, zonder een concrete bevoegdheidsrechtelijke grondslag aan te wijzen.

Het verdient aanbeveling de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen door de bevoegdheidsrechtelijke grond voor de regeling aan te wijzen. Indien het gaat om een aangelegenheid waarvoor de federale overheid bevoegd is, dan zal de regeling alleen kunnen worden genomen mits een beroep te doen op de in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bedoelde impliciete bevoegdheden. Op grond van die impliciete bevoegdheden kan de bevoegdheid van een andere overheid worden betreden voor zover zulks noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid, de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.⁸ In dat geval zou in de memorie van toelichting moeten worden uiteengezet waarom aan die voorwaarden is voldaan.

VORMVEREISTEN

6. Het ontwerp strekt tot de uitbreiding van het toepassingsgebied van de maatregelen inzake de bestrijding van energiefraude, die het voorwerp zijn van het voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het voorkomen, opsporen, vaststellen en bestraffen van energiefraude’ waarover recent is geadviseerd, uit tot de warmte- en koudenetten.

Bij de analyse van het zo-even vermelde voorontwerp is gebleken dat die maatregelen bijzonder privacygevoelig zijn.⁹ Er kan niet zonder meer worden aangenomen dat de analyse die de Privacycommissie heeft gemaakt over het voorontwerp, onverkort kan worden uitgebreid tot de beheerders van warmte- en koudenetten. Weliswaar zou de beperktere schaal van die netten kunnen doen vermoeden dat de impact kleiner is, maar daar staat tegenover dat, gelet op het kleinschaligere karakter, de gegevensverwerking kan gebeuren door kleinere en meer gedecentraliseerde entiteiten dan de huidige elektriciteits- en gasdistributienetbeheerders, met een meer beperkte expertise ter zake.

⁷ Op grond van artikel 6.1.2, § 1, eerste lid, 4° en 8°, van het Energiedecreet kan de netbeheerder de energietoevoer afsluiten “als de huishoudelijke afnemer geen wanbetaler is en weigert om een leveringscontract te sluiten, na het volgen van een procedure die door de Vlaamse Regering wordt bepaald” of “als het leveringscontract van de huishoudelijke afnemer werd opgezegd om een andere reden dan wanbetaling en als de huishoudelijke afnemer binnen een periode die door de Vlaamse Regering wordt vastgelegd, geen leveringscontract heeft gesloten, tenzij de betreffende afnemer kan aantonen dat hij geen leveringscontract heeft kunnen sluiten”.

⁸ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie bv. GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11.

⁹ Adv.RvS 60.257/3 van 21 november 2016 over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het voorkomen, opsporen, vaststellen en bestraffen van energiefraude’.

Het verdient aanbeveling om over die bepalingen, met toepassing van artikel 29, § 1, van de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levens[s]feer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens’, het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in te winnen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

7. Het ontwerp strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 ‘betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG’. Daarvan moet melding worden gemaakt in het ontwerp.¹⁰

Artikel 5

8. De wijzigingen bedoeld in punt 3° blijken doelloos. Artikel 1.1.3, 55°, van het Energiedecreet bevat niet de woorden “uitvoeren op” en “het distributienet”, ook niet als rekening wordt gehouden met de aanpassingen ervan die het voorwerp uitmaken van het voormelde voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het voorkomen, opsporen, vaststellen en bestraffen van energiefraude’.

Ook elders in artikel 1.1.3 komen die woorden niet voor.

De aanpassing is allicht bedoeld voor het ontworpen artikel 1.1.3, 40/1°, a), van het Energiedecreet, zoals dat is in te voegen door het voormelde voorontwerp van decreet.

Artikel 9

9. In tegenstelling tot het ontworpen artikel 3.1.3, 1°, i), van het Energiedecreet (artikel 8, 1°, van het ontwerp), waarin gewag wordt gemaakt van “een eventueel technisch reglement”, en het ontworpen artikel 4/1.2.1, § 1, van het Energiedecreet (artikel 14 van het ontwerp), waarin is bepaald dat de VREG een ontwerp van technisch reglement “kan” opstellen, lijkt het ontworpen artikel 3.1.4, § 2, 13°, van het Energiedecreet “het opstellen van een technisch reglement – warmte- of koudenetten” niet als optioneel te beschouwen. Die discrepantie moet worden weggewerkt.

Artikel 14

10. De prerogatieven van de beheerders van de warmte- of koudenetten die door artikel 14 van het aan te nemen decreet zouden worden ingevoerd en veelal belangrijke gevolgen

¹⁰ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 94, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

hebben voor de fundamentele rechten (eigendom, privacy) van de netgebruikers of van derden, lijken grotendeels overeen te stemmen met de geldende bepalingen inzake de rechten van de gas- en elektriciteitsdistributienetbeheerders (zie de artikelen 4.1.23 en volgende van het Energiedecreet). Er kan dan ook beter worden gewerkt met een algemene verwijzing naar de regeling inzake de rechten van de gas- en elektriciteitsdistributienetbeheerders, mede teneinde te waarborgen dat geen afwijkende regelingen worden ingevoerd.

Artikel 23

11. Het opheffen van artikel 7.8.1 van het Energiedecreet kan gevolgen hebben voor het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft warmtemetingen’, waarover de Raad Van State, afdeling Wetgeving, onlangs heeft geadviseerd,¹¹ en dat die bepaling als rechtsgrond heeft.

Het voorliggende ontwerp voorziet echter in een gelijkaardige bepaling in het ontworpen artikel 4/1.2.2 van het Energiedecreet (artikel 14 van het ontwerp), zodat het wegvallen van die bepaling geen gevolgen hoeft te hebben voor dat besluit. Indien het decreet het besluit zou voorafgaan, moet uiteraard de nieuwe rechtsgrond worden vermeld.

Artikel 30

12. Los van de vraag naar de bevoegdheidsrechtelijke grondslag van het ontworpen artikel 15.3.5/10 van het Energiedecreet (zie opmerking 5), doet de bepaling ook andere vragen rijzen.

Het is niet duidelijk hoe een historische elektriciteits- en aardgasleverancier ervoor kan zorgen dat zijn historische huishoudelijke klanten tegen 1 juli 2018 effectief gebruik maken van de vrije leverancierskeuze door een leveringscontract te sluiten met een energieleverancier. Het lijkt louter om een inspanningsverbintenis te gaan. De historische leverancier kan weliswaar een concreet commercieel voorstel doen voor een nieuw leveringscontract bij hem, maar hij kan zich onmogelijk engageren voor een leveringscontract bij een andere leverancier.

Of daardoor het effectueren van de vrije leverancierskeuze werkelijk zal worden bevorderd, valt daarom te betwijfelen. Tenzij indien wordt bepaald dat de huishoudelijke afnemers in kwestie op objectieve wijze geïnformeerd moeten worden over de verschillende contracten van alle leveranciers, en gewezen moeten worden op de kostprijs en de gevolgen van het alternatief, namelijk de belevering door de netbeheerder. Een dergelijke bepaling ontbreekt echter.

¹¹ Adv.RvS 60.212/3 van 7 november 2016.

Gelet op wat hiervoor is opgemerkt, zullen de stellers van het ontwerp de ontworpen bepaling aan een nieuw onderzoek moeten onderwerpen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT