



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 63.025/3
van 26 maart 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Begroting,
Financiën en Energie ‘houdende het aantonen van
biomassakenmerken’

Op 22 februari 2018 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 ontwerp van ministerieel besluit ‘houdende het aantonen van biomassakenmerken’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 13 maart 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 maart 2018.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie strekt tot het vaststellen van de wijze waarop biomassakenmerken kunnen worden aangetoond met het oog op het verkrijgen van groenestroomcertificaten.

3. Het ontwerp omvat dertien hoofdstukken en twee bijlagen.

3.1. In hoofdstuk I worden definities van het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: Energiedecreet) en van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 ‘houdende algemene bepalingen over het energiebeleid’ (hierna: Energiebesluit) van toepassing gemaakt (artikel 1), en worden de termen ‘biomassamarktpartij’, ‘certificatie-instantie’ en ‘certificatieschema’ omschreven (artikel 2).

3.2. In hoofdstuk II wordt bepaald welke informatie moet worden opgenomen in het biomassarapport, dat overeenkomstig hoofdstuk IX moet worden opgesteld door de certificatie-instantie en worden bezorgd aan het Vlaams Energieagentschap (hierna: VEA) (artikelen 3 tot 6).

3.3. In hoofdstuk III worden de voorwaarden vastgesteld voor de erkenning van een certificatie-instantie (artikelen 7 en 8). Hoofdstuk IV strekt tot vaststelling van de criteria voor de erkenning van certificatieschema’s (artikelen 9 tot 11). In hoofdstuk V wordt verduidelijkt op welke wijze de certificatie-instanties bepaalde controles moeten uitvoeren en rapporteren over eventuele non-conformiteiten (artikel 12). In hoofdstuk VI wordt bepaald in welke gevallen een beroep kan worden gedaan op een gedeeltelijke certificatie (artikel 13).

3.4. In hoofdstuk VII worden de gevallen bepaald waarin basissenmerken moeten worden aangetoond door een groepsaudit (artikel 14). In hoofdstuk VIII worden de gevallen vastgesteld waarin voor het bepalen van de biomassakenmerken gebruik mag worden gemaakt van de methode gebaseerd op regionale risicoschatting (artikelen 15 tot 17).

3.5. Hoofdstuk IX omvat nadere instructies voor het opstellen van het biomassarapport (artikelen 18 tot 20).

3.6. Hoofdstuk X strekt tot het instellen van een periodieke beoordeling van de erkende certificatieschema's door het VEA (artikelen 21 en 22). Het VEA moet volgens het bepaalde in hoofdstuk XI overigens zelf een certificatieschema beheren voor vereenvoudigde rapportering zoals voorzien bij artikel 6.1.12/1, § 3, van het Energiebesluit (artikel 24). In hoofdstuk XII wordt de controle geregeld door het VEA van een productie-installatie met het oog op de beoordeling van de juistheid van de gerapporteerde gegevens (artikelen 25 tot 27).

3.7. Hoofdstuk XIII bevat de overgangsbepaling. Het te nemen besluit treedt in werking op 1 april 2018 (artikel 28, § 1), maar er wordt in een overgangsregeling voorzien voor biomassa die werd gecontracteerd vóór de inwerkingtreding van het te nemen besluit (artikel 28, §§ 2 en 3). Bovendien treedt het vereenvoudigd certificatiemechanisme pas in werking zes maanden na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

3.8. Bij het ontwerp zijn ook twee bijlagen gevoegd. Bijlage I stelt een beoordelingskader voor biomassakenmerken in. Bijlage II is een modelformulier voor het opstellen van een biomassarapport.

RECHTSGROND

4. De directe rechtsgrond wordt gezocht in de artikelen 6.1.12/1, § 2, eerste lid, en 6.1.16 van het Energiebesluit, zoals die bepalingen luiden na te zijn gewijzigd bij de artikelen 6 en 7 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 'houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft technische wijzigingen van de certificantentoekenning en de invoering van biomassacertificatie, van duurzaamheidscriteria voor vaste en gasvormige biomassa en van ILUC-voorwaarden'.

4.1. De wijzigingen die bij artikel 7 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 werden aangebracht in artikel 6.1.16 van het Energiebesluit zijn evenwel nog niet in werking gesteld. Daartoe is krachtens artikel 32 van dat besluit van 12 mei 2017 een ministerieel besluit nodig.

De gemachtigde stelt daarom voor om aan het ontwerp een nieuwe bepaling toe te voegen, die luidt:

“Artikel 1, 7, 18, 1° en 27 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft technische wijzigingen van de certificantentoekenning en de invoering van biomassacertificatie, van duurzaamheidscriteria voor vaste en gasvormige biomassa en van ILUC-voorwaarden treden in werking.”

Daarmee kan worden ingestemd.

In de aanhef zal dan echter ook melding moeten worden gemaakt van artikel 32 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017, dat immers als rechtsgrond fungeert voor de door de gemachtigde voorgestelde ontworpen bepaling.

4.2. De ontworpen regeling is weliswaar inhoudelijk vlot in te passen in de aangehaalde rechtsgrondbepalingen, maar het is blijkbaar heel wat moeilijker om voor de verschillende onderdelen ervan telkens de precieze rechtsgrondbepaling aan te wijzen. In zijn antwoord op de vraag naar een rechtsgrondtabel is de gemachtigde niet verder gekomen dan het oplijsten van de onderdelen van de artikelen 6.1.12/1, § 2, en 6.1.16 van het Energiebesluit die delegaties aan de minister bevatten, zonder die telkens met specifieke bepalingen van het ontworpen besluit te verbinden.

De Raad van State wijst erop dat het onderzoek van de rechtsgrond niet toevallig een van de drie punten is die hij volgens de wet steeds moet onderzoeken, zelfs voor spoedadviesaanvragen. Het toezicht op de wettigheid van het te nemen besluit wordt door de Raad van State niet uitgevoerd omdat hij daar toevallig veel belang aan hecht, maar omdat het bij de wet is voorgeschreven in het belang van de adviesaanvrager zelf.

De adviesaanvrager moet zelf ook meewerken aan dat wettigheidstoezicht door ontwerpbesluiten voor te leggen waarbij alle noodzakelijke rechtsgrondbepalingen – en enkel die – in de aanhef worden vermeld. In complexe gevallen is het overigens raadzaam om uit eigen beweging een rechtsgrondtabel in het dossier op te nemen.¹

Bij het opstellen van reglementaire teksten moet dus steeds zorgvuldig worden nagegaan of er voor elk van de ontworpen bepalingen een afdoende rechtsgrond voorhanden is, zodat de stellers van dergelijke teksten ook in staat moeten zijn een rechtsgrondtabel voor te leggen als daarom wordt gevraagd.

4.2.1. Een minister beschikt enkel over de hem uitdrukkelijk toegewezen bevoegdheden, en niet over een algemene uitvoeringsbevoegdheid zoals de Vlaamse Regering die wel heeft op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Bijgevolg kan ernstig worden betwijfeld of de nadere regels voor de manier waarop bij gebruik van biomassa op onafhankelijke wijze de in artikel 6.1.12/1, § 2, van het Energiebesluit vermelde informatie moet worden aangetoond en onderzocht via een audit, zo ruim kunnen worden uitgelegd dat ze ook betrekking hebben op de erkenning van de certificatieinstanties (hoofdstuk III), de erkenning van de certificatieschema’s (hoofdstuk IV), de periodieke beoordeling van certificatieschema’s (hoofdstuk X) en het invoeren van certificatieschema’s door het VEA (hoofdstuk XI). In het verleden is al bij herhaling geoordeeld dat voor het instellen van vormen van private certificatie, en *a fortiori* voor het reguleren van die certificatieinstanties en hun activiteiten, een specifieke rechtsgrond noodzakelijk is.²

¹ Zie *Vademecum adviesprocedure voor de afdeling wetgeving*, 2017, I.E.2.a, blz. 17 (raadpleegbaar op www.raadvanstate.be > Procedure > Wetgeving).

² Zie o.m.: adv.RvS 59.690/3 van 29 juli 2016 over een ontwerp van ministerieel besluit ‘betreffende het opleggen van eisen aan de organisatoren van kwaliteitskaders in het kader van de energieprestatieregelgeving’; adv.RvS 61.581/3 van 22 juni 2017 over een ontwerp van ministerieel besluit ‘betreffende het opleggen van eisen aan de organisatoren van kwaliteitskaders in het kader van de energieprestatieregelgeving’. Deze ontwerpen hebben uiteindelijk geen doorgang gevonden, maar zijn vervangen door een gelijkaardige regeling die bij het besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 2017 ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft aanpassingen aan diverse bepalingen over de energieprestatieregelgeving’ is ingevoegd in het Energiebesluit

4.2.2. Bovendien moet voorbehoud worden gemaakt bij hoofdstuk XIII inzake de controle door het VEA, waarmee men uitvoering wil geven aan artikel 6.1.4, § 2, van het Energiebesluit, terwijl dat artikel geen delegatie daartoe bevat.

4.2.3. Belangrijke onderdelen van het voorliggende ontwerp kunnen bijgevolg geen doorgang vinden zonder dat eerst een deugdelijke rechtsgrond wordt gecreëerd in het Energiebesluit.

Eventueel zou ervoor kunnen worden geopteerd om de ontworpen regeling te herwerken tot een wijziging van het Energiebesluit zelf.³

4.2.4. Als onderliggende rechtsgrond worden de artikelen 7.1.3 (tweede lid), 7.1.4 (eerste lid) en 7.1.5, § 4, eerste lid, van het Energiedecreet aangewezen, wat terecht is.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Naar analogie van wat de Raad van State in advies 61.581/3⁴ heeft opgemerkt, moeten de stellers van het ontwerp zich ervan vergewissen of voor de invoering van het vergunningsstelsel waarin door hoofdstuk III van het ontwerp wordt voorzien, is voldaan aan de voorwaarden bepaald in artikel 9 van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: dienstenrichtlijn), of de gehanteerde criteria voldoen aan de eisen vermeld in artikel 10 van die richtlijn en of in de NBN-normen waaraan moet worden voldaan, geen verboden of aan evaluatie onderworpen eisen in de zin van de artikelen 14 en 15 van de dienstenrichtlijn voorkomen.

6. Ook de vereisten die worden gesteld aan de certificatieschema's (hoofdstuk IV) of aan groepsaudits (hoofdstuk VII) zijn kwaliteitseisen voor diensten, en moeten bijgevolg kunnen worden verantwoord in het licht van het vrij verkeer van diensten. Daarbij moet in het bijzonder worden aangetoond dat de gekozen private standaarden (NBN EN ISO/IEC 17067:2013, ISO 19011 en ISAE 3000) er niet toe leiden dat buitenlandse ondernemingen die gelijkwaardige diensten aanbieden zouden worden benadeeld.⁵

7. Een meer algemeen voorbehoud moet worden gemaakt bij het veelvuldig gebruik van private standaarden en *soft law*-instrumenten als deel van een reglementair besluit.

7.1. In de eerste plaats moet de vaste adviespraktijk in verband met de bekendmaking van technische normen in herinnering worden gebracht.

zelf, op basis van specifieke delegaties ter zake in het Energiedecreet (zie adv.RvS 62.229/3 van 30 oktober 2017 over het ontwerp dat tot het besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 2017 heeft geleid).

³ In dat geval zal in de aanhef van dat besluit van de Vlaamse Regering naar dit advies moeten worden verwezen.

⁴ Adv.RvS 61.581/3 van 22 juni 2017, punten 4 en 5.

⁵ Vermits die standaarden niet aan de Raad van State zijn voorgelegd en hem dus niet bekend zijn, kan hij dit aspect niet beoordelen.

Het knelpunt van de ontbrekende bekendmaking van technische normen waarnaar in Europese en Belgische rechtsregels wordt verwezen, zou op een horizontale manier moeten worden onderzocht en opgelost. Mochten er voor het oplossen hiervan bijzondere redenen zijn om bij bijzondere wet af te wijken van de gebruikelijke bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, dan zal erop moeten worden toegezien dat deze bekendmaking beantwoordt aan de essentiële randvoorwaarden op het gebied van 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.

Zolang er geen dergelijke wettelijke regeling is tot stand gekomen, wordt in de ontworpen regeling gerefereerd aan normen die niet overeenkomstig artikel 190 van de Grondwet zijn bekendgemaakt en die bijgevolg niet tegenwerpbaar zijn aan iedereen. Onder die omstandigheden lijkt het onverenigbaar met artikel 190 van de Grondwet de betrokken norm niet ter beschikking te stellen van alle burgers in de Nederlandse taal op de daartoe geëigende manier, namelijk via bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.

In het voorliggende ontwerp klemmt deze problematiek des te meer, nu niet enkel een beroep wordt gedaan op NBN-normen en ISO-normen, waarvan nog kan worden aangenomen dat ze een relatief brede verspreiding hebben en die online kunnen worden aangeschaft, maar ook op meer exotische private standaarden zoals de norm “ISEAL 2008 - Norm P035”, waarvan de toegankelijkheid veeleer beperkt is.⁶

Bijkomend dient overigens te worden opgemerkt dat voor de meeste van de technische normen die in het ontwerp worden vermeld, geen melding wordt gemaakt van een bepaalde versie. Doordat niet wordt vermeld welke versie wordt bedoeld, kan daarover rechtsonzekerheid ontstaan. Indien het daarentegen de bedoeling is te verwijzen naar de meest recente versie, gaat het om een ongeoorloofde delegatie van regelgevende bevoegdheid aan private organisaties, aangezien de toekomstige inhoud van die technische normen door die private organisaties worden bepaald en automatisch zouden doorwerken naar de aan te nemen regeling.

7.2. In de tweede plaats moet ook voorbehoud worden gemaakt bij het verwijzen naar niet-normatieve instrumenten met het oog op het formuleren van juridische verplichtingen. Zo kan in het bijzonder worden gewezen op artikel 19, 16°, van het ontwerp, waar voor de berekening van broeikasgasemissies van vaste en gasvormige biomassa voor de productie van elektriciteit en warmte een methodologie wordt opgelegd die de rechtsonderhorige blijkbaar zelf moet bijeenpuzzelen aan de hand van een rapport van de Europese Commissie,⁷ een

⁶ De ISEAL Alliance (<https://www.isealalliance.org/>) behoudt de meeste informatie voor voor haar leden, van wie vrij hoge abonnementskosten worden gevraagd (<https://www.isealalliance.org/get-involved/join-iseal-community/become-subscriber>).

⁷ Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de duurzaamheidseisen voor het gebruik van vaste en gasvormige biomassa bij elektriciteitsproductie, verwarming en koeling COM(2010) 11 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0011&qid=1520442216127&from=NL>).

werkdokument van de diensten van de Europese Commissie,⁸ en ten slotte de “fossil fuel comparator van het Europese Joint Research Center”.⁹

Het gebruik van niet-normatieve teksten waaruit de rechtsonderhorige zelf een norm moet distilleren beantwoordt niet aan de minimale eisen op het vlak van rechtszekerheid, toegankelijkheid en transparantie die van een regelgevende tekst kunnen worden verwacht.

8. De timing van het te nemen besluit (inwerkingtreding op 1 april 2018) lijkt ambitieus en, gelet op de datum waarop de Raad van State dit advies geeft, weinig realistisch.

De overgangsregeling doet ervan blijken dat het problematisch zou zijn om de regeling met terugwerkende kracht in werking te laten treden indien die datum niet gehaald kan worden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

9. Aan de aanhef dient een lid te worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar artikel 32 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft technische wijzigingen van de certificatoekenning en de invoering van biomassacertificatie, van duurzaamheidscriteria voor vaste en gasvormige biomassa en van ILUC-voorwaarden’ (zie opmerking 4.1).

Artikel 1

10. Vermits uitvoering wordt gegeven aan het Energiedecreet en het Energiebesluit hebben de in het ontwerp gebruikte begrippen en definities dezelfde betekenis als in het decreet en in het besluit. Artikel 1 is derhalve overbodig.

⁸ Commission Staff Working Document SWD (2014)259, *State of play on the sustainability of solid and gaseous biomass used for electricity, heating and cooling in the EU*, (https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/2014_biomass_state_of_play.pdf). Een Nederlandse versie is niet meteen terug te vinden.

⁹ Die verder niet wordt omschreven, maar waarmee wellicht de volgende publicatie wordt bedoeld: R. EDWARDS, M. ADELLA, J. GIUNTOLI, R. KOEBLE, A.P. O'CONNELL, C. BULGHERONI en L. MARELLI, *Definition of input data to assess GHG default emissions from biofuels in EU legislation: Version 1c - July 2017*, JRC104483, <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC104483>.

Artikelen 5 en 6

11. Het is niet duidelijk wat wordt bedoeld met de term “toekenning”, onder meer in de artikelen 5 en 6 van het ontwerp. Uit bijlage I, kenmerken 3, 7-11 en 12-15, kan worden afgeleid dat het om de datum van “toekenning” van het biomassarapport gaat. Er zal moeten worden verduidelijkt wat met die term precies wordt bedoeld.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT