



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 63.544/3
van 21 juni 2018

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot
wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de
uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2,
7.1.5, en 13.2.1 van hetzelfde decreet’

Op 22 mei 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 voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2, 7.1.5, en 13.2.1 van hetzelfde decreet’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 12 juni 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 juni 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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest is een aangepaste versie van het voorontwerp van decreet met hetzelfde opschrift, waarover de Raad van State op 20 maart 2018 advies 62.977/3 heeft gegeven.²

Aan de eerder om advies voorgelegde tekst zijn in de eerste plaats enkele technische wijzigingen aangebracht. Op het inhoudelijke vlak is de belangrijkste wijziging de beperking van de aanwijzing van de databeheerder in de tijd, en de mogelijkheid om bij een negatieve tussentijdse evaluatie en in geval van gebrekkig remediëren, de voorwaarde te schrappen dat de databeheerder een werkmaatschappij moet zijn van de distributienetbeheerders (artikel 17 van het voorontwerp – ontworpen artikel 4.1.8/3, § 6, van het Energiedecreet³). Voorts voorziet het voorontwerp in de opheffing van de mogelijkheid voor leveranciers uit andere gewesten of EER⁴-lidstaten om louter op basis van hun externe erkenning, dat wil zeggen zonder leveringsvergunning vanwege het Vlaamse Gewest, gas of elektriciteit te leveren in het Vlaamse Gewest (artikel 64, 1°, van het voorontwerp).

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. Behoudens in geval van wijziging van de juridische context, verleent de Raad van State, afdeling Wetgeving, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die reeds eerder zijn onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen. Met betrekking tot dergelijke bepalingen in het voorontwerp wordt dan ook in de eerste plaats verwezen naar het advies 62.977/3.

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

² Adv.RvS 62.977/3 van 20 maart 2018 over een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2, 7.1.5 en 13.2.1 van hetzelfde decreet’.

³ Decreet van 8 mei 2009 van het Vlaamse Gewest ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’.

⁴ Europese Economische Ruimte.

In verband met opmerking 6 van advies 62.977/3 kan ook nog de aandacht worden gevestigd op arrest nr. 34/2018 van het Grondwettelijk Hof van 22 maart 2018. In dat arrest besliste het Hof tot een schending van de bevoegdheidsverdelende regels doordat de federale overheid bij het uitoefenen van haar materiële bevoegdheid, de belastbare materie van een gewestelijke belasting heeft verminderd en daardoor de mogelijkheid voor de gewesten om hun fiscale bevoegdheden uit te oefenen heeft beperkt.

BEVOEGDHEID

4. Het ontworpen artikel 4.1.11/6 van het Energiedecreet (artikel 31 van het voorontwerp) bevat in vergelijking met het voorontwerp waarover het advies 62.977/3 is uitgebracht, een nieuw derde lid waarin de bevoegde rechtbank en de termijnen waarbinnen de erin bedoelde vordering tot schadevergoeding dient te worden ingesteld, worden bepaald. Dat zijn aangelegenheden waarvoor de federale overheid in beginsel bevoegd is, en die de gewesten alleen zouden kunnen betreden door een beroep te doen op de impliciete bevoegdheden (artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’). Op grond van die impliciete bevoegdheden kan de bevoegdheid van een andere overheid echter slechts 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.⁵

In zoverre de algemene bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg wordt bevestigd, is dit onnodig, vermits die rechtbank reeds bevoegd is op grond van het gemeen recht (artikel 568, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek). In zoverre de bevoegdheid van de vrederechter, die op grond van artikel 590 van het Gerechtelijk Wetboek bevoegd is als het bedrag van de vordering 2500 euro niet te boven gaat en op grond van artikel 592 van het Gerechtelijk Wetboek bevoegd zou kunnen zijn ingeval de waarde van de vordering niet is bepaald, wordt uitgesloten, wordt niet aangetoond waarom het noodzakelijk geacht wordt af te wijken van het gemeen recht. Behalve indien daarvoor een verantwoording kan worden gegeven, moet het ontworpen artikel 4.1.11/6, derde lid, van het Energiedecreet worden weggelaten.

⁵ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bv.: GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11; GwH 21 april 2016, nr. 53/2016, B.92.4.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. In de memorie van toelichting bevestigen de stellers van het voorontwerp dat het toezicht door de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna: VREG of regulator) niet het toezicht omvat op “de rechtstreekse toepassing” van de verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna: AVG), zodat de VREG geen onafhankelijk toezichthouder voor het Vlaamse grondgebied is in de zin van de artikelen 51 en 52 van de AVG. Daaruit volgt dat niet in de onafhankelijkheidswaarborgen moet worden voorzien die gelden voor de gegevensbeschermingsautoriteiten.

Dat betekent dan wel dat, gegeven de specifieke structuur van de VREG, met een bijzondere graad van onafhankelijkheid ten aanzien van de uitvoerende en wetgevende macht die vanuit de Europese Unie wordt vereist van de energieregulators, het toezicht op de databeheerder niet aan de VREG kan worden toegewezen. In aangelegenheden die niet onderworpen zijn aan EU-harmonisatiemaatregelen kan immers niet worden verantwoord het toezicht toe te vertrouwen aan een instantie die de grenzen van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 te buiten gaat.⁶

6. In advies 62.977/3 is over de aanwijzing van de databeheerder onder meer het volgende opmerkt:

“Hoewel het bepaalde in de ontworpen artikelen 4.1.8/2 en 4.1.8/3, § 1, van het Energiedecreet (artikelen 15 en 16 van het voorontwerp) anders kan doen vermoeden, heeft de Vlaamse Regering feitelijk geen keuze tussen verschillende kandidaten bij de aanwijzing van de databeheerder.

Uit het ontworpen artikel 4.1.8/3, § 2, 6°, van het Energiedecreet blijkt immers dat de databeheerder door de distributienetbeheerders als werkmaatschappij moet zijn aangesteld. Gelet op artikel 4.1.5, tweede lid, van het Energiedecreet, dat ongewijzigd blijft, is een distributienetbeheerder niet verplicht om een beroep te doen op een werkmaatschappij, maar als hij dat doet is daarvoor de voorafgaande toestemming van de VREG vereist en kan hij op elk moment slechts een beroep doen op één werkmaatschappij gedurende de door de distributienetbeheerder bepaalde en door de VREG aanvaarde periode. Vermits er maar één databeheerder is, betekent dit dat enkel een door de netbeheerders gezamenlijk opgerichte werkmaatschappij als databeheerder kan worden aangesteld. Het betekent ook dat het voor elke distributienetbeheerder niet langer een mogelijkheid is om een beroep te doen op een werkmaatschappij, maar dat het een verplichting wordt, niettegenstaande de formulering van artikel 4.1.5, eerste lid.”

⁶ Zie bv. adv.RvS 60.294/3 van 30 november 2016 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 10 maart 2017 ‘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 koudnetten’.

Na de aanpassing van het voorontwerp garanderen de ontworpen regels met betrekking tot de aanwijzing van de databasebeheerder nog steeds geen volwaardige marktwerking. In een eerste fase, gedurende tien jaar, lijkt ook het aangepaste voorontwerp erin te voorzien dat zonder verdere marktbevraging de gezamenlijke werkmaatschappij van de netbeheerders als databasebeheerder zal worden aangewezen. Ook na die periode volgt er echter niet noodzakelijk een marktbevraging. Na de eerste tien jaar en vervolgens om de vijf jaar volgt een evaluatie van de prestaties van de databasebeheerder. Wanneer die evaluatie negatief is, vervalt de voorwaarde dat de databasebeheerder de gezamenlijke werkmaatschappij van de distributienetbeheerders moet zijn. Dat betekent dat zelfs als er zich een potentieel betere operator zou aandienen, voor de aanwijzing ervan in beginsel⁷ slechts ruimte is indien de evaluatie van de zittende databasebeheerder negatief is. Pas in 2038 zou het vereiste dat de databasebeheerder een werkmaatschappij moet zijn, worden geschrapt.

7. De uitrol van de digitale meters wordt met dit ontwerp feitelijk⁸ slechts georganiseerd voor de elektriciteitsmeters. Nochtans volgt uit punt 2 van bijlage I bij 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’ dat de lidstaten ook slimme meters moeten invoeren, weliswaar na een kosten-batenanalyse, voor de markt voor de levering van gas. Ofwel dient het ontbreken van een regeling voor de gasmarkt dus te worden verantwoord, ofwel zal het voorontwerp moeten worden aangevuld met specifieke regels voor het plaatsen en beheren van digitale meters bij aardgasaansluitingen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Voorafgaande opmerking

8. In de inleidende zinnen moeten de kruisverwijzingen worden nagezien. Doordat nieuwe artikelen zijn ingevoegd, kloppen de artikelnummers in de courante formule “ingevoegd bij artikel ...” in het merendeel van de gevallen niet meer. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar de inleidende zin van artikel 16 waar wordt gerefereerd aan “afdeling III/1, ingevoegd bij artikel 14”, terwijl die invoeging het voorwerp is van artikel 15 van het voorontwerp.

⁷ In het ontworpen artikel 4.1.8/3, § 4, van het Energiedecreet (artikel 17 van het voorontwerp) worden daarnaast ook enkele bijzondere gevallen van vroegtijdige beëindiging vermeld.

⁸ Het ontworpen artikel 4.1.8/6 van het Energiedecreet (artikel 22 van het voorontwerp) voorziet weliswaar in taken van databasebeheer inzake aardgas, en de definitie van digitale meter verwijst naar ‘energiestromen’, wat zowel elektriciteit als aardgas kan omvatten, maar de plaatsing van de digitale meter in het ontworpen artikel 4.1.22/2 van het Energiedecreet (artikel 34 van het voorontwerp) geldt enkel voor netgebruikers met laagspanningsaansluitingen <56kVA.

Artikel 58

9. De tariefmethodologie moet worden opgesteld op basis van een aantal erg gedetailleerde richtsnoeren, die de meer algemene richtsnoeren dreigen te doorkruisen, en waarvan de draagwijdte niet steeds duidelijk is. Zo is het niet erg duidelijk wat moet worden begrepen onder datatarieven die “het rationele gebruik van infrastructuur” bevorderen (ontworpen artikel 4.1.38, § 1, 12°, van het Energiedecreet).

Zo ook is het de vraag of het richtsnoer dat de tarieven forfaitair per gegevensopvraging en per toegangspunt worden bepaald (ontworpen artikel 4.1.38, § 1, 14°, van het Energiedecreet), er niet aan voorbijgaat dat data vaak in reeksen zullen worden opgevraagd, waarbij het doorsturen van gegevens van informatie over meer toegangspunten allerm minst tot evenredig meer kosten aanleiding geeft. In die gevallen kan het tarief daardoor discrimineren en buitensporig worden, wat niet spoort met richtsnoer 4°.

Artikel 79

10. De voorgestelde draconische sancties zijn volstrekt disproportioneel.

De inspiratie ervoor is blijkbaar gezocht in artikel 83, leden 5 en 6, van de AVG. Het startbedrag mag dan wel lager liggen (1000 euro tegen 10.000 euro), het maximumbedrag is hetzelfde (20 miljoen euro of 4% van de totale wereldwijde jaaromzet in het vorige boekjaar, als dat cijfer hoger is). Een belangrijk verschil is echter dat die bedragen volgens het ontworpen artikel 13.3.6 van het Energiedecreet *per kalenderdag* kunnen worden opgelegd, wat tot extreem hoge boetes kan leiden, zowel in vergelijking met de maxima voor andere inbreuken op het Energiedecreet,⁹ als in vergelijking met de AVG.¹⁰

Indien de keuze om per kalenderdag te beboeten behouden blijft,¹¹ zal in elk geval een algemeen maximumplafond moeten worden bepaald. Daarvoor kan inspiratie worden gevonden in artikel 13.3.2 van het Energiedecreet.

⁹ Het generieke maximum in artikel 13.3.2 van het Energiedecreet is 250 euro tot 250.000 euro per kalenderdag, maar met een totaal plafond van 2.000.000 euro of 3% van de omzet die de betrokken overtreder heeft gerealiseerd op de Vlaamse energiemarkt tijdens het afgelopen boekjaar, als dit bedrag lager is.

¹⁰ Vergelijk ook de bedragen van de strafrechtelijke boetes voor inbreuken die niet onder artikel 83 van de AVG vallen in titel 6 van het voorontwerp van wet ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, waarover de Raad van State op 19 april 2018 advies 63.192/2 heeft uitgebracht, die bijlange niet in de buurt komen van de bedragen in het voorliggende ontwerp.

¹¹ Overigens rijst de vraag of een bestraffing per kalenderdag, wat veeleer doet denken aan dwangsommen, in alle gevallen de geschikte manier is om inbreuken te bestraffen. Een werkelijke gegevensdiefstal lijkt een eenmalige gebeurtenis, maar met aantoonbare gevolgen. Daarentegen kan een “*vulnerability*” maanden in een systeem bestaan, zonder te worden gedetecteerd, maar ook zonder dat er ooit effectief misbruik van wordt gemaakt, zodat de feitelijke gevolgen kunnen meevallen. Toch lijkt in het tweede geval de boete veel hoger te kunnen oplopen dan in het eerste geval. De ontworpen regeling zal ook vanuit dit oogpunt moeten worden herbekeken.

Artikel 83

11. In het ontworpen artikel 15.3.5/16 van het Energiedecreet wordt verwezen naar “de dag van de inwerkingtreding van artikel 4.3.1, 1° van dit decreet”.

Artikel 4.3.1, 1°, van het Energiedecreet is echter al in werking getreden. Bedoeld wordt allicht de datum waarop de gewijzigde versie van die bepaling in werking zal treden. Indien dat de juiste lezing is, moeten na de woorden “op de dag van inwerkingtreding van artikel 4.3.1, 1°, van dit decreet” en voor het woord “nog” de woorden “, zoals gewijzigd bij het decreet van [datum] tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2, 7.1.5, en 13.2.1 van hetzelfde decreet”, worden ingevoegd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT