

## NOTA AAN DE LEDEN VAN DE VLAAMSE REGERING

**Betreft:**

- **Ontwerp van decreet 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**
- **Definitieve goedkeuring na adviesvraag aan de Raad van State.**

### 1. INLEIDING

De Vlaamse Regering hechtte op 3 juni 2016 haar eerste principiële goedkeuring<sup>1</sup> aan het ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot regeling 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, met het oog op adviesvraag aan de Mina-raad en de SERV.

Het gezamenlijk advies van de Mina-raad en de SERV werd afgeleverd op 12 juli 2016. Tevens bracht de VREG op 28 juni 2016 een advies uit over het vermelde ontwerp van decreet.

De Vlaamse Regering hechtte vervolgens op 14 oktober 2016 haar tweede principiële goedkeuring<sup>2</sup> aan het voormelde ontwerp van decreet. De Vlaamse Regering gelastte tevens de Vlaamse minister, bevoegd voor het energiebeleid, hierover het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State in te winnen met het verzoek het advies te verstrekken binnen een termijn van dertig dagen.

### 2. BESPREKING ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De afdeling Wetgeving van de Raad van State verstrekte betreffende het ontwerp van decreet haar advies nr. 60.294/3 op 30 november 2016. Het advies gaat als bijlage 2.

De Raad van State maakte in haar advies de volgende opmerkingen:

- Wetgevingstechnische opmerkingen waarmee bij de eindredactie van het ontwerpdecreet rekening werd gehouden.
- De Raad van State meent dat de VREG een specifieke structuur, met een bijzondere graad van onafhankelijkheid ten aanzien van de uitvoerende en wetgevende macht, heeft, die op gespannen voet staat met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Wat elektriciteit en aardgas betreft is dit niettemin verantwoord gelet op de supranationale verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG (derde energiepakket) die, in overeenstemming met artikel 34 van de Grondwet, voorrang hebben op de bepalingen van de bijzondere wet. Wat warmte betreft is volgens de Raad een dergelijke uitzonderingsgrond niet voorhanden. De Raad meent zodoende dat de VREG niet als warmtenetregulator mag worden aangesteld.

<sup>1</sup> VR 2016 0306 DOC.0568

<sup>2</sup> VR 2016 1410 DOC.1098

Dit standpunt kan niet worden gevolgd. Vooreerst behandelt de VREG ook nu reeds taken die niet exclusief door een Europeesrechtelijke regel aan de regulator zijn toevertrouwd (bijv. de handel in groenestroomcertificaten faciliteren, het handhaven van de quotumverplichtingen voor groenestroom en warmtekrachtkoppeling, enz.).

Er dient voorts te worden opgemerkt dat de Raad van State in haar recente advies nr. 59.559/3 m.b.t. de hervorming van de VREG weliswaar ook een analyse maakt van het feit dat een autonome regulator een Europeesrechtelijke noodzaak is waardoor afbreuk kan worden gedaan aan artikel 9 BWHI, maar dat ze tegelijk in haar advies juist expliciet stelt dat een toezicht door het Vlaamse Parlement en het Rekenhof op zich ook verenigbaar is met artikel 9, tweede lid BWHI. Er is geen reden om m.b.t. warmte/koude-netten anders aan te nemen.

Dit niettegenstaande zal hier ook een argumentatie a contrario worden opgenomen waarbij een beroep wordt gedaan op de theorie van de impliciete bevoegdheden om een inbreuk op artikel 9 BWHI te verantwoorden.

Door een beroep te doen op de impliciete bevoegdheden kunnen de Gewesten tot slot ingrijpen op federale bevoegdheden mits voldaan is aan drie cumulatieve voorwaarden: de federale aangelegenheid kan slechts betreden worden wanneer dat (1) noodzakelijk is om de eigen bevoegdheden uit te oefenen; (2) de toepassing van de impliciete bevoegdheden mag maar een marginale weerslag hebben op de federale bevoegdheid; (3) de materie moet zich lenen tot een gedifferentieerde regeling.

Gebruik maken van de impliciete bevoegdheden kan alleen in aangelegenheden die zich lenen tot een gedifferentieerde regeling. Als het integendeel om een aangelegenheid gaat die een uniforme aanpak vergt, is toepassing van artikel 10 van de Bijzondere Wet tot Hervorming der Instellingen uitgesloten. De aard van de zaak kan een eenvormige regeling noodzaken. Sedert 1988 heeft de Bijzondere Wetgever de energiebevoegdheden toegewezen aan de gewesten, behoudens de in de Bijzondere Wet tot Hervorming der Instellingen expliciet bepaalde uitzonderingen.

De netten van warmtevoorziening op afstand, de nieuwe energiebronnen met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie, de terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers en het rationeel energieverbruik worden echter als een exclusieve gewestbevoegdheid aangemerkt. De aard van de aan de Gewesten toegewezen bevoegdheden laat precies een regeling toe die *voor differentiatie vatbaar* is: het komt de gewestelijke decreetgever toe te bepalen welke verplichtingen er in casu gelden en ook wie toezichhoudende overheid is. Uit haar aard is de impact op federale bevoegdheden dan ook vanzelfsprekend *marginaal*: de onderliggende bevoegdheden zijn al gewestbevoegdheden.

Voorts is het wel degelijk *noodzakelijk* dat er voor zowel enerzijds elektriciteitsdistributie-, aardgasdistributie- en anderzijds warmte/koudenetten eenzelfde regulator wordt aangesteld, ten einde een uniform regulatorisch kader te creëren. Er zijn immers duidelijke parallellen te trekken tussen elektriciteits- en gasdistributie en het verdelen van warmte en koude via warmte- en koudenetten. Indien er meerdere regulatoren zijn, bestaat er immers steeds een risico op tegenstrijdige standpunten over gelijkaardige probleemstellingen. De VREG beschikt in deze ook over de noodzakelijke regulatoire expertise.

Er zal in dit kader wel over worden gewaakt dat niet verder wordt gegaan dan noodzakelijk. De Raad heeft immers inderdaad een punt dat er voor warmte/koude geen strikt Europeesrechtelijk kader bestaat, waardoor dit nog steeds tot de autonome bevoegdheid van de decreetgever, en bij delegatie de Regering, behoort. De bedoeling is om te voorzien in twee soorten activiteiten bij de VREG:

- Activiteiten rond de elektriciteits- en gasmarkt die de VREG in alle autonomie kan uitvoeren, conform de Europese elektriciteits- en gasrichtlijn. Dit werd geïmplementeerd via het recente decreet van 18 november 2016, waarbij de VREG wordt omgevormd tot een parlementaire instelling;
- Activiteiten rond de warmte- en koudenetten die de VREG uitvoert onder toezicht van de decreetgever en de Vlaamse Regering (o.a. VREG stelt technisch reglement op, maar Vlaamse Regering moet deze goedkeuren). Dit laatste is overigens niet incompatibel met het

voormelde decreet. Het betreft voornamelijk een beperking van de regelgevende bevoegdheid van de regulator. Dit laatste wordt bijkomend verantwoord door het principe van de "eenheid van de verordende macht". Het is immers vaste adviespraktijk van de Raad van State dat om aan het principe van de eenheid van de verordenende macht te voldoen, de delegatie aan een overheidsorgaan nader dient te worden gespecificeerd, zodat ze enkel betrekking kan hebben op de zuiver technische aspecten. Het toekennen van reglementaire bevoegdheid aan zelfstandige openbare instellingen of organen kan volgens de vaste adviespraktijk van de Raad moeilijk in overeenstemming worden gebracht met de algemene beginselen van publiek recht, daar het raakt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht, iedere rechtstreekse parlementaire controle op het aanwenden van die bevoegdheid ontbreekt en verordeningen uitgevaardigd door instellingen of organen de waarborgen ontberen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake bekendmaking en de preventieve controle van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

- De Raad van State stelt zich de vraag 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. Uit het advies blijkt echter dat de Raad geen definitieve uitspraak doet of dit onder het federale mededingingsrecht valt of onder het gewestelijke energierecht.

In het verleden is steeds 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. Dit artikel ligt in het rechtstreekse verlengde daarvan doordat het zowel de oude van voor de liberalisering daterende standaardleverancier, als diens standaardklanten dwingen om toe te treden tot de liberalisering. Op dit punt betreft het dan ook geen maatregel aangaande de mededinging, maar een maatregel die inherent verbonden is aan de goede werking van de distributie van elektriciteit en aardgas, en zodoende tot de exclusieve bevoegdheid van de decreetgever, en niet de wetgever behoort.

- De Raad van State meent voorts dat het haar niet duidelijk is 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 de Raad louter om een inspanningsverbintenis te gaan. De historische leverancier kan volgens de Raad 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.

Aangezien Febeg meldde dat er de facto geen dergelijke klanten meer zijn doordat alle historische contracten werden omgezet in contracten van bepaalde duur, kan er geen onderscheid meer worden gemaakt tussen deze klanten en de klanten die voordien op eigen initiatief van leverancier zijn gewisseld, en zijn ze niet meer apart identificeerbaar. Febeg meent dan ook dat deze bepaling thans zonder voorwerp is geworden. Om die reden wordt ze dan ook uit het ontwerp gehaald.

- 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', uit tot de warmte- en koudenetten. Er kan volgens de Raad niet zonder meer worden aangenomen dat de analyse die de Privacycommissie heeft gemaakt over dat ontwerp, onverkort kan worden uitgebreid tot de beheerders van warmte- en koudenetten. De Raad adviseert om ook over dit ontwerpdecreet het advies van de Privacycommissie in te winnen.

Op dit advies wordt niet ingegaan: de bepalingen met betrekking tot energiefraude zijn immers identiek voor elektriciteit, aardgas als warmte/koudenetten. Met het advies van de Privacycommissie werd bij de redactie het ontwerpdecreet energiefraude rekening gehouden, en die aanpassingen zijn ook onverkort van toepassing op dit decreet. Er is dan ook geen reden om dit ontwerpdecreet

aangaande warmte, met gelijkaardige bepalingen op het vlak van energiefraude, ook opnieuw aan deze instantie voor te leggen.

- De Raad van State stelt dat 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 volgens de Raad worden weggewerkt. Hieraan wordt gevolg gegeven door aan het einde van punt 13° de woorden “indien noodzakelijk” toe te voegen.
- De opmerking van de Raad van State aangaande artikel 7.8.1 van het Energiedecreet is thans zonder voorwerp geworden. De Vlaamse Regering heeft immers op 9 december 2016 haar definitieve goedkeuring gehecht aan het bewuste ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft warmtemetingen.
- De Raad van State meent dat aangaande de prerogatieven van de beheerders van een warmte of koudenet beter wordt 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.

Op dit advies wordt niet ingegaan. Elektriciteit en aardgas (titel IV) en warmte en koude (titel IV/1) maken deel uit van verschillende onderdelen van het Energiedecreet. Een interne verwijzing lijkt enerzijds dan ook niet praktisch, maar anderzijds is er geen garantie dat deze prerogatieven steeds gelijklopend zullen blijven. Er wordt dan ook verkozen om voor warmte/koude dit als een aparte afdeling te bewaren.

Tot slot wordt het ontwerpdecreet ook in lijn gebracht met de aanpassingen die na het advies van de Raad van State aan het “Ontwerp van decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het voorkomen, opsporen, vaststellen en bestraffen van energiefraude” werden doorgevoerd, en waarvan de aanpassingen ook consequenties hadden voor dit ontwerp.

### **3. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP DE BEGROTING VAN DE VLAAMSE OVERHEID**

Er worden aan het ontwerp van decreet geen wijzigingen aangebracht die een weerslag hebben op de begroting van de Vlaamse overheid.

### **4. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP DE LOKALE BESTUREN**

Er worden aan het ontwerp van decreet geen wijzigingen aangebracht die een weerslag op de lokale besturen hebben.

### **5. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP HET PERSONEELSBESTAND EN DE PERSONEELSBUDGETTEN**

Er worden aan het ontwerp van decreet en aan het ontwerpbesluit geen wijzigingen aangebracht die een impact op de lopende processen en activiteiten van de Vlaamse overheid hebben.

### **6. VOORSTEL VAN BESLISSING**

De Vlaamse Regering beslist:

1° haar definitieve goedkeuring te hechten aan het ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot regeling 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, met de bijhorende memorie van toelichting, zoals opgenomen als bijlage 1;

2° de Vlaamse minister, bevoegd voor het energiebeleid, te gelasten het ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot regeling 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, met de bijhorende memorie van toelichting, zoals opgenomen als bijlage 1, in naam van de Vlaamse Regering in te dienen bij het Vlaams Parlement.

Bart TOMMELEIN

Viceminister-president van de Vlaamse Regering  
Vlaams minister van Begroting, Financiën en Energie

Bijlagen:

- het ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot regeling 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, met bijhorende memorie van toelichting;
- het advies nr. 60.294/3 van de afdeling Wetgeving van de Raad van State