



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.117/3
van 7 april 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft technische wijzigingen van de certificaten-toekenning en de invoering van biomassacertificatie, van duurzaamheidscriteria voor vaste en gasvormige biomassa en van ILUC-voorwaarden’

Op 10 maart 2017 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 besluit van de Vlaamse Regering ‘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’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 4 april 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 april 2017.

*

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 Regering strekt tot het wijzigen van een aantal bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 ‘houdende algemene bepalingen over het energiebeleid’ (hierna: Energiebesluit).

RECHTSGROND

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt volgens de aanhef ervan gezocht in de artikelen 20 en 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en de artikelen 7.1.1, 7.1.3, 7.1.4, 7.1.5, § 4, 8.2.1, 8.3.1 en 8.4.1 van het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: Energiedecreet). Die bepalingen bieden inderdaad rechtsgrond, onder voorbehoud van wat volgt.

3.1. Een beroep op artikel 7.1.1 van het Energiedecreet is overbodig. De delegaties in artikel 7.1.1, § 2, laatste lid, en § 3, eerste en tweede lid, van het Energiedecreet betreffen specifieke afwijkingen, die in dit ontwerp niet aan de orde zijn.

Ook een beroep op artikel 7.1.4 van het Energiedecreet is niet nodig, aangezien geen van de ontworpen bepalingen betrekking hebben op de verplichte vermeldingen in de databank.

3.2. Een verwijzing naar artikel 7.1.4/1 van het Energiedecreet, dat rechtsgrond biedt voor de artikelen 11 tot 13, 16 en 17, ontbreekt dan weer.

3.3. Het is niet nodig een beroep te doen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, vermits de specifieke machtigingen aan de Vlaamse Regering in de verschillende rechtsgrondbepalingen volstaan. De vermelding van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 dient derhalve geschrapt te worden.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit bevat bepalingen die EU-regels omzetten.

4.1. Er moet worden vastgesteld dat artikel 18 van het ontwerp overeenkomt met punt 1) van bijlage II bij richtlijn (EU) 2015/1513.¹

De gemachtigde verduidelijkt als volgt de reikwijdte van de omzetting:

“Het voorgelegde ontwerpbesluit is niet opgesteld met het oogmerk de Richtlijn (EU) 2015/1513 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 tot wijziging van Richtlijn 98/70/EG betreffende de kwaliteit van benzine en dieselbrandstof en tot wijziging van Richtlijn 2009/28/EG ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen volledig om te zetten. Voorliggend besluit geeft enkel uitvoering aan de bepalingen inzake ILUC (Indirect Land Use Change) in artikel 2 van de RL. De RL 2015/1513 bevat volgens onze inschatting geen andere bepalingen die op niveau van Vlaamse regelgeving omgezet moeten worden.”

Gelet op het gegeven dat met het te nemen besluit een aspect van richtlijn 2015/1513 wordt omgezet, zal aan het begin van het beschikkend gedeelte van het ontwerp een nieuw artikel moeten worden toegevoegd waarin wordt aangegeven dat het ontwerp strekt tot gedeeltelijke omzetting van die richtlijn.²

Uit de oorspronkelijke nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat de andere bepalingen van de richtlijn niet door de Vlaamse overheid moeten worden omgezet:

“Op 30 juni 2015 en 2 oktober 2015 vond er overleg plaats tussen de verschillende overheden binnen België in functie van de implementatie van de ILUC-richtlijn. Op 28 augustus 2015 vond hiertoe een bijkomend overleg plaats binnen de Vlaamse Overheid. Deze bijeenkomsten hebben onder andere geleid tot de opstelling van een concordantietabel waarin voor elke overheid aangegeven is welke wetgevende aanpassingen vereist zijn voor de implementatie van de ILUC-richtlijn. Voor Vlaanderen hebben deze wijzigingen betrekking op artikel 1.1.1, § 2, artikel 6.1.16 § 1/2 en § 1/3, en bijlage XI van het energiebesluit:

In artikel 1.1.1, § 2 worden definities toegevoegd die noodzakelijk zijn voor de verdere uitwerking van de duurzaamheidscriteria in de HER.

In artikel 6.1.16 § 1/2 worden de aanpassingen opgenomen die de richtlijn 2015/1513 (ILUC-richtlijn) aanbracht in de vereisten inzake de broeikasgasreductie voor vloeibare biomassa;

In artikel 6.1.16 § 1/3 wordt de verwijzing naar de recente verordening (EU) nr. 1307/2015 van de Commissie van 8 december 2014 houdende vaststelling van de criteria en geografische grenzen van graslanden met grote biodiversiteit opgenomen.

In bijlage XI, deel C worden de aanpassingen opgenomen die de richtlijn 2015/1513 (ILUC-richtlijn) aanbracht in de vereisten betreffende de berekening van de broeikasgasreductie voor vloeibare biomassa.”³

¹ Richtlijn (EU) 2015/1513 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 ‘tot wijziging van Richtlijn 98/70/EG betreffende de kwaliteit van benzine en dieselbrandstof en tot wijziging van Richtlijn 2009/28/EG ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen’.

² *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 195, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

³ VR 2016 1706/634, p. 7.

De meeste van de bepalingen van de richtlijn hebben inderdaad betrekking op bevoegdheden van de Commissie, of op de wijze waarop de lidstaten moeten rapporteren. Die bepalingen hoeven niet te worden omgezet in het nationale recht, maar moeten uiteraard wel worden nageleefd in het kader van die rapportering. Het staat aan de stellers van het ontwerp om zich ervan te vergewissen dat er met het oog op die rapportering toch geen noodzaak bestaat tot het opleggen van bepaalde verplichtingen, bijvoorbeeld op het gebied van informatieverzameling, aan actoren buiten de Vlaamse overheid, in welk geval wel in bijkomende omzettingsmaatregelen moet worden voorzien.

4.2. De rendementsvoorwaarde voor warmtekrachtinstallaties met een vermogen hoger dan 25 MW tot invoeging waarvan artikel 6.2.12 van het Energiebesluit strekt, blijkt de omzetting te vormen van een bepaling uit punt c) van bijlage II bij richtlijn 2012/27/EU.⁴ Bijgevolg moet in het nieuwe artikel 1 ook worden geschreven dat het ontwerp strekt tot gedeeltelijke omzetting van die richtlijn.

5. Vermits de Europese Unie tot nu toe slechts duurzaamheidscriteria voor vloeibare biomassa heeft vastgesteld,⁵ is aan de gemachtigde gevraagd om de gekozen standaard voor de andere vormen van biomassa (zie artikel 6 van het ontwerp – wijziging van artikel 6.1.16 van het Energiebesluit) te verantwoorden, gelet op het feit dat die standaarden beperkingen kunnen inhouden op het vrij verkeer van goederen.

De gemachtigde verantwoordt die keuzes als volgt:

“De duurzaamheidscriteria die voorzien worden, zijn zoveel mogelijk afgestemd op de Europese aanbevelingen en op gelijkaardige duurzaamheidscriteria in andere lidstaten zoals NL en UK. Dit wordt verder toegelicht in de nota aan de VR bij de eerste principiële goedkeuring (zie bijlage). De criteria gelden onafhankelijk van de herkomst van de biomassa en leggen daardoor geen beperkingen op aan het vrij verkeer. De opgelegde voorwaarden zijn, naar analogie van de Europese aanbevelingen en duurzaamheidscriteria in andere lidstaten, noodzakelijk om nadelige effecten op het leefmilieu te vermijden. De inzet van biomassa voor energiedoeleinden zou zonder deze duurzaamheidsvoorwaarden schade toebrengen aan kwetsbare en/of beschermde gebieden, biodiversiteit en landgebruik (zie toelichting in de nota aan de VR).”

Anders dan wat de gemachtigde lijkt voor te houden, sluit het gegeven dat de criteria gelden onafhankelijk van het land van herkomst, niet uit dat ze toch een beperking van het vrij verkeer van goederen inhouden, nu biomassa die op de markt is in andere lidstaten waar dergelijke criteria niet worden opgelegd, feitelijk niet langer zal kunnen worden afgezet in het Vlaamse Gewest. Uit vaste rechtspraak van Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat “iedere handelsregeling der Lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren” als een maatregel van gelijke werking in de zin

⁴ 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’.

⁵ Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ‘ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG’, artikel 17.

van artikel 34 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) moet worden beschouwd.⁶

Wel kan worden aangenomen dat de maatregel van gelijke werking kan worden verantwoord onder de *rule of reason*, gelet op de doelstelling van algemeen belang die ermee wordt nagestreefd,⁷ en waarvoor de maatregel geschikt lijkt. De Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt niet over alle gegevens om de proportionaliteit van de maatregel te beoordelen, maar het aansluiten bij de criteria van andere lidstaten en bij Europese aanbevelingen beperkt alvast het risico op onevenredige handelsverstoringen.

6. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het verleden reeds meermaals heeft opgemerkt, kan het toekennen van een verordenende bevoegdheid door de Vlaamse Regering aan één van haar leden, enkel toelaatbaar worden geacht in zoverre die delegatie slechts regels van bijkomstige aard of van beperkt belang betreft.

In de ontworpen artikelen 6.2/1.2, tweede lid (artikel 11, tweede lid, van het ontwerp) en 6.2/1.4, tweede lid (artikel 12, 7°, van het ontwerp), en in artikel 22, tweede zin, van het ontwerp komen delegaties voor aan de Vlaamse minister bevoegd voor het energiebeleid die meer inhouden dan de bevoegdheid om regels van bijkomstige aard of van beperkt belang vast te stellen. Die delegaties kunnen dan ook niet worden aanvaard.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met wat hiervoor is opgemerkt over de rechtsgrond voor het ontworpen besluit (opmerkingen 3.1 tot 3.3).

Artikel 1

8. In artikel 1, 3°, van het ontwerp wordt een definitie van ‘houtplantage’ ingevoegd als een punt 47/1 in artikel 1.1.1, § 2, van het Energiebesluit. Er bestaat echter al een punt 47/1 (“herbouw”), zodat de nieuwe definitie als punt 47/2 moet worden ingevoegd.

Hetzelfde geldt voor artikel 1, 14°, van het ontwerp. In plaats van het toevoegen van een punt 105/2 – artikel 1.1.1, § 2, van het Energiebesluit bevat immers reeds een onderdeel “105/2°” (“warmtekostenverdelers”) –, moet de definitie van “waterrijke gebieden” worden ingevoegd als punt 105/3.

⁶ HvJ 11 juli 1974, 8/74, *Dassonville*, punt 7.

⁷ Milieuredenen zijn niet opgenomen in artikel 36 VWEU, maar kunnen wel worden aangevoerd als “een dwingend vereiste” voor het rechtvaardigen van niet-discriminerende beperkingen aan het vrij verkeer van goederen, zie bv. HvJ 20 september 1988, 302/86, *Commissie/Denemarken*, punten 7-9.

Artikel 6

9. De onderdelen van artikel 6 van het ontwerp moeten worden gerangschikt volgens de chronologische volgorde van de wijzigingen. De punten 5 en 6 moeten derhalve voor het huidige punt 4 komen. Punt 4 dat handelt over het schrappen van het woord “vloeibare” in een aantal paragrafen, kan beter in twee onderdelen worden opgesplitst: het eerste met betrekking tot paragraaf 1/3 dat voor het huidige punt 7 moet komen en het tweede met betrekking tot de overige paragrafen dat na punt 7 hoort te worden geplaatst.

Artikel 10

10. Aan de gemachtigde is gevraagd om te verduidelijken of het ontworpen artikel 6.2.12, tweede lid, van het Energiebesluit zo moet worden begrepen dat enkel nog warmtekrachtcertificaten worden toegekend aan warmtekrachtinstallaties met een elektrisch vermogen hoger dan 25 MW en een rendement hoger dan 70%, dan wel dat ook installaties met een lager vermogen nog steeds warmtekrachtcertificaten ontvangen (op voorwaarde dat er een economisch aantoonbare vraag is), en enkel de installaties met een vermogen boven 25 MW (bijkomend) ook aan het rendementsvereiste moeten voldoen.

De gemachtigde bevestigt dat de laatste lezing de juiste is:

“De bijkomende rendementsvoorwaarde is enkel van toepassing voor installaties boven 25 MW.”

Die interpretatie is verenigbaar met de grammaticale opbouw van de zin, maar omwille van de leesbaarheid wordt toch aanbevolen om de eerste zin van het ontworpen artikel 6.2.12, tweede lid, van het Energiebesluit als volgt in twee zinnen op te splitsen:

“Warmte-krachtcertificaten worden alleen aanvaard in het kader van de indiening voor de certificatenverplichting als de warmte, geproduceerd door de warmte-krachtinstallatie, benut wordt voor een economisch aantoonbare vraag. Indien de warmte-krachtinstallatie een elektrisch vermogen hoger dan 25 MW heeft, worden de warmte-krachtcertificaten alleen aanvaard als de warmte-krachtinstallatie bovendien een totaal rendement hoger dan 70% behaalt.”

Artikel 11

11. Artikel 11 van het ontwerp strekt tot het doorvoeren van twee wijzigingen. Enerzijds worden in artikel 6.2/1.2, eerste lid, van het Energiebesluit de punten 2 tot 8 (lees: “2° tot 7°”)⁸ vervangen; anderzijds wordt tussen het bestaande eerste en tweede lid een nieuw lid ingevoegd. Die twee wijzigingen moeten duidelijkheidshalve worden ondergebracht in twee afzonderlijke punten.

⁸ De nieuwe bepalingen vormen de punten 2 tot 7, terwijl punt 8 reeds vroeger is opgeheven, zodat het geen zin heeft er melding van te maken.

Artikel 16

12. In het ontworpen punt 3 van bijlage III/1 bij het Energiebesluit dienen de vermeldingen “[...]” (met de bijhorende aanduiding van de categorie) telkens geschrapt te worden. Het gaat om onderdelen die in het verleden zijn opgeheven of nu worden weggelaten. Het is echter niet gebruikelijk om in wetteksten aan te duiden welke gedeelten zijn weggefallen.

Artikelen 19 tot 21

13. De artikelen 19 tot 21 van het ontwerp bevatten overgangsbepalingen waarin wordt bepaald op welke types van installaties sommige van de nieuwe regels van toepassing zijn. Daarbij wordt ten onrechte verwezen naar bepalingen van het ontwerp. Dat zijn echter wijzigingsbepalingen die slechts één keer uitwerking kunnen hebben. Er moet daarom worden verwezen naar de overeenstemmende ontworpen bepalingen van het Energiebesluit, zoals gewijzigd of ingevoegd bij die wijzigingsbepalingen. Het zijn enkel die ontworpen bepalingen die kunnen worden toegepast vanaf een bepaalde datum.

14. Aan de gemachtigde is gevraagd om een verantwoording te geven voor de in de overgangregelingen opgenomen startdatums, gelet op de legitieme verwachtingen met betrekking tot eerder gemaakte investeringen.

De onmiddellijke werking van artikel 19 wordt door de gemachtigde als volgt verantwoord:

“Art. 19 bepaalt dat de voorwaarden uit artikel 10 enkel in werking treden voor installaties die nog geen startdatum hebben. Het betreft dus enkel “nieuwe” projecten die nog geen aanvraag hebben ingediend of nog geen vergunningen hebben. Projecten die een startdatum hebben, en die dus een aanvraag hebben ingediend en vergund zijn, krijgen geen bijkomende voorwaarden opgelegd.”

Wat de artikelen 20 en 21 betreft (toepassing op projecten met startdatum vanaf 1 januari 2018), argumenteert de gemachtigde als volgt:

“We gaan er steeds van uit dat projecten die reeds een startdatum hebben bekomen (de startdatum wordt bepaald als de datum waarop een aanvraag werd ingediend, of de datum van de omgevingsvergunning, als deze later valt), verder behandeld worden volgens de bestaande regels. Zij kunnen zich dus nog verder baseren op de bestaande, legitieme verwachtingen. Wijzigingen zijn enkel van toepassing op projecten die nog geen startdatum hebben bekomen, en die zich dus nog vroeg in het proces van hun ontwikkeling bevinden. In het Energiebesluit en in het Energiedecreet wordt de startdatum steeds als referentiepunt genomen voor steunmaatregelen en de overgang naar gewijzigde regelgeving.”

De term ‘startdatum’ wordt in artikel 1.1.3, 113°/2, van het Energiedecreet als volgt gedefinieerd:

“startdatum:

voor wat betreft projecten die niet over [een omgevingsvergunning] dienen te beschikken, de datum van indienstneming van de installatie;

voor wat betreft projecten die over een [omgevingsvergunning] dienen te beschikken: de datum waarop een aanvraag voor de toekenning van certificaten voor het project is ingediend, of de datum waarop het project beschikt over de vereiste [omgevingsvergunning], indien deze laatste datum een latere datum is. Deze startdatum blijft voor installaties op basis van zonne-energie geldig gedurende twaalf maanden en voor andere installaties gedurende 36 maanden na de aanvraag. [Voor biomassa-projecten of warmte-krachtprojecten uit de door de Vlaamse Regering conform artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, vastgelegde projectcategorieën waarvoor per project een specifieke bandingfactor wordt vastgelegd, kan deze termijn maximaal drie maal voor één jaar verlengd worden op basis van een grondig onderbouwde motivatie waarin de aanvrager aan het Vlaamse Energieagentschap aantoont dat de geldigheidsduur van de startdatum onvoldoende is om het project in gebruik te nemen.]

Een project kan maar een nieuwe startdatum krijgen voor zover aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de installatie is nog niet in gebruik genomen;
- b) zij beschikt nog steeds over [een omgevingsvergunning];
- c) er zijn voor installaties op basis van zonne-energie minstens twaalf maanden en voor andere installaties minstens 36 maanden verstreken sinds de vorige aanvraag voor de toekenning van certificaten werd ingediend”.

Behalve bij kleine projecten gaat het derhalve om een datum die de ingebruikname van de installatie 36 maanden voorafgaat.⁹ Gelet op de projecten die in de artikelen 19 tot 21 van het ontwerp aan de orde zijn, kan bijgevolg worden aangenomen dat enkel projecten die nog in een vroege planningsfase zitten, en waarvoor bijgevolg nog geen aanvraag is ingediend, door de nieuwe normen kunnen worden getroffen, zodat de legitieme verwachtingen niet, of in elk geval niet onevenredig, geschonden worden.

Artikel 22

15. In artikel 22 van het ontwerp zijn bepalingen inzake de inwerkingtreding, een uitvoeringsdelegatie en de overgang tussen de bestaande en de nieuwe regeling opgenomen. Volgens het wetgevingstechnische gebruik moeten die aspecten in onderscheiden artikelen worden geregeld.¹⁰

16. Artikel 22, eerste zin, van het ontwerp bevat een delegatie aan de Vlaamse minister bevoegd voor het energiebeleid om de inwerkingtreding van een aantal artikelen van het te nemen besluit te regelen.

Ook in dit verband moet worden nagegaan of die delegatie betrekking heeft op regels van bijkomstige aard of van beperkt belang (opmerking 6). Het vaststellen van de datum van inwerkingtreding van onderdelen van een besluit van de Vlaamse Regering kan immers slechts aan een minister worden gedelegeerd indien het gaat om onderdelen die betrekking

⁹ In het geval van biomassa-projecten of warmtekrachtprojecten uit de door de Vlaamse Regering conform artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, vastgelegde projectcategorieën waarvoor per project een specifieke bandingfactor wordt vastgelegd, kan die termijn bovendien nog maximaal drie keer met één jaar worden verlengd.

¹⁰ *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, nr. 48.

hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden. Dat lijkt hier niet het geval te zijn. Dergelijke delegatiebepaling maakt het de minister daarom mogelijk om de toepassing van de door de regering uitgevaardigde regeling voor onbepaalde tijd uit te stellen en zelfs uit te sluiten. Om de voornoemde reden dient de regeling van inwerkingtreding van het te nemen besluit zaak te blijven van de Vlaamse Regering.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT