

NOTA AAN DE VLAAMSE REGERING

Betreft: - **Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie**
- **Definitieve goedkeuring na advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State**

1. INLEIDING

1.1. Algemeen

Dit ontwerpdecreet betreft een verzameldecreet energie waarbij aan het Energiedecreet van 8 mei 2009 o.a. aanpassingen en correcties worden doorgevoerd op het vlak van de energieprestatieregelgeving, de energieprestatiecertificatenregelgeving en hernieuwbare energie. Meer fundamenteel zijn in dit ontwerpdecreet ook de wijzigingen opgenomen met betrekking tot de hervorming van de structuren van de distributienetbeheerders en hun werkmaatschappijen, het kader voor de heroriëntering van de energiehuizen, de invoering van de rechtsgrond voor het “renovatieadvies, en de invoering van een kader voor regelluwe zones voor energie. Tot slot zitten in het ontwerpdecreet een aantal juridisch-technische correcties.

1.2. Historiek regelgevende procedure

In vergadering van 30 maart 2018 hechtte de Vlaamse Regering haar eerste principiële goedkeuring¹ aan het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie. De Vlaamse Regering gelastte tevens de Vlaamse minister, bevoegd voor het energiebeleid, hierover het advies van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV) en van de Milieu- en Natuurraad van Vlaanderen (Minaraad) in te winnen met het verzoek hun advies te verstrekken binnen een termijn van dertig dagen. De Minaraad heeft op 26 april 2018 laten weten geen advies te geven over het ontwerpdecreet. De SERV verleende haar advies m.b.t. het verzameldecreet op 22 mei 2018.

In vergadering van 1 juni 2018 hechtte de Vlaamse Regering haar tweede principiële goedkeuring² aan het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie. 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 hun advies te verstrekken binnen een termijn van dertig dagen.

2. ADVIES VAN DE AFDELING WETGEVING VAN DE RAAD VAN STATE

Op 1 juni 2018 is de adviesaanvraag betreffende het ontwerp van decreet “houdende diverse bepalingen inzake energie”, in de rol van de afdeling wetgeving ingeschreven. De termijn waarbinnen het advies moet worden gegeven, verstreek op 3 juli 2018.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State verstreekte betreffende het voormelde ontwerp van decreet haar advies nr. 63.643/3 pas laattijdig op 13 juli 2018. Het advies gaat als bijlage 3.

¹ VR 2018 3003 DOC.0309/1BIS

² VR 2018 0106 DOC.0557/1TER

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

- De Raad meent dat bij de aanpassing van het begrip “eigen site” ook vruchtgebruik moet worden opgenomen omdat dit volgens haar een ongelijke behandeling uitmaakt.

De Raad gaat hierbij voorbij aan het feit dat er wezenlijke verschillen zijn tussen enerzijds vruchtgebruik en anderzijds erfpacht, opstalrecht of concessies. Het vruchtgebruik werd niet toegevoegd tot de oplijsting omdat deze rechtsfiguur in tegenstelling tot opstalrecht, erfpacht, e.d. een inherent onzekere toestand is. Vruchtgebruik is immers een persoonsgebonden en tijdelijk recht, dat verbonden is met een welbepaalde persoon. Het kan immers – bijv. door overlijden van de vruchtgebruiker – op elk moment worden teniet gedaan, waardoor de naakte eigendom en vruchtgebruik weer wordt verenigd, het vruchtgebruik wordt tenietgedaan en men in een situatie komt dat het perceel in kwestie niet langer kan worden beschouwd te behoren tot de “eigen site”. De andere rechtsfiguren hebben immers allen gemeenschappelijk dat het gaat om duidelijk in de tijd afgebakende overeenkomsten die niet door een onzeker extern feit, zoals een overlijden, op elk moment kunnen worden tenietgedaan. Een vruchtgebruiker bevindt zich dan ook niet in een gelijkaardige toestand als een opstalhouder, pachter,...

Het voorbeeld van de Raad aangaande een langstlevende echtgenoot die op het dak van de gezinswoning die zij erft een fotovoltaïsche installatie wil plaatsen klopt overigens niet. Vooreerst is een installatie op het dak van de gezinswoning geen directe lijn in de zin van artikel 4.5.1, §2, noch wordt hier bij de grenzen van de eigen site overschreden. Er zal immers maar een overschrijding zijn wanneer het gaat om meerderen percelen zodat zelfs een situatie waarbij de panelen zijn opgesteld op de achterliggende garage en verbonden zijn met de gezinswoning nog steeds onder toepassing van artikel 4.5.1, §1 van het Energiedecreet valt als dit één perceel is.

- De Raad meent dat het ontworpen artikel 2.1.1, tweede en derde lid werd geformuleerd alsof ermee wel concrete rechtsgevolgen worden beoogd, wat problematisch is voor de doelstellingen die bij het ontworpen tweede lid worden vastgelegd voor de uitvoering van het energiebeleid van het Vlaamse Gewest aangezien die dan conflicteren. Voorts zouden dergelijke rechtsgevolgen ook een aantal ongelijke behandelingen creëren tussen bepaalde types van ondernemingen.

Het is inderdaad niet de bedoeling van artikel 2.1 van het Energiedecreet, dat de algemene doelstellingen van het energiebeleid vastlegt, dat dit rechtstreeks rechtsgevolgen heeft, maar dat dit de algemene filosofie van de decreetgever weergeeft waarmee door de Regering rekening mee moet worden gehouden. Gelet op de kritiek van de Raad wordt voorgesteld om het tweede lid te herformuleren (“bewaakt” i.p.v. “zorgt er voor”).

- De Raad meent dat de bepalingen uit artikel 10 en 11 van het ontwerp, in het licht van het feit dat die volgens de Raad het vennootschapsrecht en arbeidsrecht kunnen betreden, moeten worden verantwoord in het licht van de impliciete bevoegdheden.

Een beroep op de impliciete bevoegdheden kan immers worden gedaan 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. In casu is aan deze voorwaarden voldaan.

De netbeheerders en hun werkmaatschappijen voeren taken uit van algemeen economisch belang en de aandeelhouders ervan zijn momenteel de Vlaamse gemeenten. In deze optiek moet dan ook steeds rekening worden gehouden met die bijzondere situatie: dat het eigenlijk publieke rechtspersonen zijn die een vennootschapsrechtelijke vorm hebben aangenomen. Het is dan ook noodzakelijk dat ten einde de goede uitvoering van zowel het energiebeleid als het algemeen bestuurlijk beleid te kunnen garanderen dat door het gewest aan deze rechtspersonen bijzondere voorwaarden worden opgelegd met betrekking tot de werking van de raad van bestuur van de werkmaatschappij en de verloning van het topkader (aangezien deze rechtspersonen eigenlijk tot de publieke sector behoren is het maatschappelijk onverantwoord om exorbitante verloningen te tolereren).

De invloed van de bepalingen is sowieso marginaal: enkel de minister-presidentnorm m.b.t. verloning wordt ingevoerd, maar de rechtspersoon blijft verder volledig vrij om binnen de grenzen van het

arbeidsrecht te contracteren. Wat de verloning betreft werd daarom ook expliciet voorzien in een overgangsbepaling voor personen die op datum van 1 januari 2019 reeds in dienst zijn.

Tot slot gaat het om een situatie die specifiek en eigen is aan het Vlaamse Gewest zodat de materie zich bij uitstek leent tot een gedifferentieerde regeling; er is immers geen noodzaak tot uniformiteit over het hele Belgische grondgebied.

- De Raad stelt in het licht van de vrijheid van vereniging, contracteervrijheid en vrijheid van ondernemen vragen bij het feit dat er voor de distributienetbeheerders nog slechts één werkmaatschappij in het Vlaamse Gewest mag optreden.

Gelet op de taken die de werkmaatschappij uitvoert, is het gerechtvaardigd om één rechtspersoon te belasten met de praktische uitvoering van de bijzondere en exclusieve rechten die voortvloeien uit het decreet.

Het algemene principe uit het Energiedecreet is immers dat de netbeheerders hun taken in de regel zelf uitvoeren. De distributienetbeheerders hebben indertijd de werkmaatschappijen Eandis en Infrac – overigens *contra legem* – opgericht om bepaalde taken gezamenlijk uit te voeren en daardoor schaalvoordelen te realiseren, wat later *ex post facto* door de decreetgever decretaal werd afgedekt via artikel 4.1.5 van het Energiedecreet. Zij zijn echter niet verplicht om gebruik te maken van een werkmaatschappij en kunnen in principe de taken ook steeds zelf uitvoeren. Dit principe verandert ook juridisch gezien naar de toekomst niet.

Het is echter de bedoeling van de Vlaamse Regering dat in het kader van het streven naar rationalisering en nog grotere efficiëntiewinsten bij de uitvoering van de netbeheertaken er naar de toekomst toe nog maar van één enkele werkmaatschappij gebruik mag worden gemaakt. Op die manier wordt versnippering tegengegaan maar wordt de lokale autonomie met betrekking tot de bestaande intergemeentelijke samenwerkingsverbanden gerespecteerd. De maatregel zelf laat de distributienetbeheerders vrij in de keuze voor wie de unieke werkmaatschappij is zodat de maatregel zelf niet verder gaat dan strikt noodzakelijk. Het maakt het ook nog mogelijk voor de regulator om in haar tariefmethodologie conform artikel 4.1.32, §1, 21^o rekening te houden met regionaal objectievebare verschillen, wat indien het de distributienetbeheerders i.p.v. de werkmaatschappijen zouden zijn die worden ééngemaakt omwille van artikel 4.1.32, §1, 4^o van het Energiedecreet tarifair echter moeilijk tot niet realiseerbaar is aangezien de tarieven per distributienetbeheerders en niet per werkmaatschappij worden bepaald.

Door het feit dat men beslist gebruik te maken van een werkmaatschappij doet men als distributienetbeheerder sowieso steeds een mate van afstand van een directe controle, als bedoeld in de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG. Indien een distributienetbeheerder echter niet tevreden is met de werking van die werkmaatschappij of de kwaliteit van de door die werkmaatschappij verstrekte dienstverlening, dan heeft zij drie mogelijkheden:

- i) zij kan trachten de werking van de werkmaatschappij, in samenspraak met de andere aandeelhouders/netbeheerders bij te sturen,
- ii) zij kan trachten in samenspraak met alle andere deelnemende distributienetbeheerders een andere unieke werkmaatschappij aanstellen conform de procedure uit artikel 4.1.5 Energiedecreet, of
- iii) zij kan zich uit de werkmaatschappij terug trekken en de taken terug zelf uitvoeren.

Ofschoon punt iii) eerder een theoretische mogelijkheid is dan een praktische realiteit, gaat de stelling van de Raad - dat deze verantwoording moeilijk te rijmen valt met de uitgangspunten van de hervorming, namelijk een streven naar efficiëntiewinsten - voorbij aan het feit dat dit gegeven overigens de facto ook vandaag al in de praktijk de enige situatie/keuze voor de verschillende distributienetbeheerders is die – voor de fusie tot Fluvius - deel uitmaken van respectievelijk de Eandis- of de Infrac-groep, wat betreft hun individuele positie binnen die groep. Niettegenstaande wat de Raad stelt wordt het efficiëntiestreven van de Regering door deze structuur nog steeds verwezenlijkt.

Ook de stelling van de Raad, dat als die unieke werkmaatschappij de verplichtingen van een bepaalde netbeheerder veronachtzaamt, die netbeheerder in dat model niet beschikt over de volledige controle over de werkmaatschappij om te kunnen waarborgen dat zijn verplichtingen worden vervuld, gaat voorbij aan de logica van het vennootschapsrecht en de rol en verhouding van de verschillende

aandeelhouders. De Raad stelt immers dat er een risico is dat als de werkmaatschappij, bij een meerderheid in haar bestuursorganen, beslist om investeringen prioritair uit te voeren in andere gebieden dan die waar de betrokken netbeheerder actief is. Vooreerst is dit eigenlijk een risico dat ook zonder de huidige hervorming bestaat en die noch uit deze ontwerpregeling, noch uit de bestaande regeling voortvloeit maar juist voortvloeit uit de basisregels van het vennootschapsrecht: namelijk de algemene vergadering beslist bij wege van meerderheid van de stemmen van de vertegenwoordigde aandelen. Ook in de tweeledige structuur Eandis-Infrac - waar de Raad geen bezwaren tegen heeft! – is er immers een dergelijk risico. Dit risico wordt overigens getemperd door de rol die de regulator speelt op het vlak van goedkeuring van het ondernemingsplan en investeringsplan.

Voorts komt het enigszins bevreemdend voor dat de Raad enerzijds “inbreuken” op het vlak van vrijheid van vereniging bekritiseert, maar anderzijds ook een bepaling die een mate van zelfbeschikkingsrecht en vrijheid van vereniging (de vrijheid om zich *niet* te verenigen) garandeert, evenzeer bekritiseert.

Tot slot kan ook worden verwezen naar de verantwoording die is opgenomen in het ontwerp van decreet met betrekking tot de digitale meters, en die van overeenkomstige toepassing is. Die verantwoording speelt des te meer aangezien – minstens voor de beginperiode – de werkmaatschappij ook de rol van databeheerder op zich neemt.

- De Raad meent dat een meer evenwichtige vertegenwoordiging van vrouwen en mannen een nobele doelstelling is, maar dat volgens haar de ontworpen bepaling op gespannen voet staat met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Vooreerst moet worden opgemerkt dat het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie toelaat dat de overheid maatregelen neemt om de gelijkheid van vrouwen en mannen te bevorderen. Artikel 10, derde lid, van de Grondwet bepaalt dat de gelijkheid van mannen en vrouwen is gewaarborgd. Krachtens artikel 11*b/s*, eerste lid, van de Grondwet waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel voor mannen en vrouwen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden.

Conform de rechtspraak³ van het Grondwettelijk Hof⁴ kan een maatregel van positieve actie slechts worden genomen wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (1) er moet een kennelijke ongelijkheid zijn;
- (2) het verdwijnen van die ongelijkheid moet als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen;
- (3) de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn en van die aard dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- (4) de maatregel van positieve actie mag de rechten van derden niet onnodig beperken.

Deze maatregel kadert dan ook in het streven naar gendergelijkheid. Al te vaak wordt immers vastgesteld dat in dergelijke bestuursorganen nog steeds één geslacht chronisch ondervertegenwoordigd is. Dit is des te meer dringend in een geval zoals deze alwaar het eigenlijk gaat om (pseudo)-publieke rechtspersonen, zelfs al hebben ze een vennootschapsrechtelijke vorm aangenomen, en waarvan men kan aannemen dat ze het goede maatschappelijke voorbeeld moeten geven. Uit de feiten blijkt dan ook dat er nog steeds een ongelijkheid is. Niemand zal in deze dan ook kunnen argumenteren dat het verdwijnen van die genderongelijkheid niet als een te bevorderen doelstelling wordt aangewezen. In die mate is de quotumregel in principe een regeling die niet alleen aanvaard kan worden in het licht van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie maar die eveneens dienstig is voor het doel dat de wetgever zich duidelijk gesteld heeft.

De effecten van de maatregel zijn per definitie van tijdelijke aard: eens het genderevenwicht is bereikt, is er geen verplichting om nog steeds personen van het ondervertegenwoordigde gender voor te dragen. De maatregel op zich verdwijnt uiteraard op dat moment niet uit het rechtsverkeer; anders zou er niets de rechtspersoon toe verplichten om eens het door het decreet nagestreefde evenwicht is bereikt daarvan opnieuw afbreuk te doen, en vervolgens opnieuw richting een grotere ongelijkheid te evolueren.

³ GwH, arrest 17/2009 van 12 februari 2009.

⁴ In deze moet worden opgemerkt dat de bijzondere wet van 4 april 2014 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof zelf ook voorziet in een gelijkaardige eenderde/tweederde verhouding en bij een vacant mandaat de verplichte voordracht van het ondervertegenwoordigde geslacht tot het vereiste evenwicht is bereikt.

In casu worden de rechten van derden evenmin onnodig beperkt: aangezien de rechtstreekse en onrechtstreekse aandeelhouders van respectievelijk de distributienetbeheerders en de werkmaatschappijen momenteel nog steeds de gemeenten zijn, is er voldoende potentieel om de geïsoleerde mandaten op gediversifieerde wijze in te vullen zonder dat daardoor de individuele aandeelhouders worden benadeeld. Uit de praktijk blijkt immers dat de raden van bestuur worden ingevuld door via de aandeelhouders (lees: de gemeenten) afgevaardigde lokale mandatarissen, zodat er een voldoende grote "pool" van capabele kandidaten voorradig is.

- De opmerking van de Raad met betrekking tot het feit dat indien de databeheerder een door de netbeheerders aangewezen werkmaatschappij is, hij over een binnen de werkmaatschappij opgericht apart bestuursorgaan moet beschikken en dat dit orgaan ontsnapt aan de in artikel 4.1.5/1 van het Energiedecreet opgenomen genderquota, is zonder voorwerp: dit werd immers reeds bij de definitieve goedkeuring van het decreet digitale meters al aangepast zodat dit in lijn is met dit ontwerpdecreet.
- De Raad vraagt om in de memorie de consequenties van de "uitwisseling van gebieden", ten einde tot eenvormige geografisch aaneengesloten netgebieden te komen, te verduidelijken. Aan dit advies wordt gevolg gegeven.
- De Raad meent dat het ontworpen artikel 35 dat voorziet in een delegatie aan de Vlaamse Regering voor het opleggen van de medewerking van gemeenten en de ocmw's voor taken die bij of krachtens het Energiedecreet aan de energiehuizen zijn opgedragen, alsook om de vorm te bepalen waarin die medewerking bestaat, mogelijks de gemeenschapsbevoegdheden raakt.

De bepaling uit artikel 35 van het ontwerp is, wat betreft de energiehuizen, qua strekking gelijkaardig aan wat momenteel aangaande de netbeheerders reeds is bepaald in artikel 4.1.22, tweede lid van het Energiedecreet van 8 mei 2009 (en voorheen in artikel 19, tweede lid van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000). Dit principe werd overigens in het gewestelijke energierecht voor het eerst al ingevoerd via het (voorstel van) decreet van 21 december 2001 houdende wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 wat betreft de medewerking van de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn aan de uitvoering van de openberedienstverplichtingen van netbeheerders en houders van een leveringsvergunning, maar dat voorstel van decreet werd toen niet aan de Raad voor advies voorgelegd zodat het advies nr. 45.765/3 - m.b.t. het ontwerp van decreet dat het Energiedecreet zou worden - de eerste maal was dat de Raad zich hierover kon uitspreken. De Raad maakte hierover in haar advies nr. 45.765/3 geen opmerkingen.

Het is overigens niet de bedoeling om de OCMW's in het kader van hun gemeenschapsbevoegdheden taken te geven, maar eerder om de OCMW's – als rechtspersoon – een aantal taken/verplichtingen in het kader van het energiebeleid (= gewestbevoegdheid) te kunnen opleggen om de concrete uitvoering van die gewestbevoegdheden te faciliteren en vergemakkelijken. Niets verbiedt immers het gewest om aan een rechtspersoon die taken van gemeenschapsaangelegenheden uitvoert ook taken van gewestaangelegenheden op te dragen. Mocht dergelijke bijstand toch worden beschouwd als zijnde een gemeenschapsbevoegdheid – *quod non* – dan is voldaan aan de voorwaarden die de impliciete bevoegdheden hieraan stellen:

Een beroep op de impliciete bevoegdheden kan immers worden gedaan mits voldaan is aan drie cumulatieve voorwaarden: de gemeenschapsaangelegenheid 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 andere bevoegdheid; (3) de materie moet zich lenen tot een gedifferentieerde regeling. In casu is hieraan voldaan. De betrokkenheid van de voormelde rechtspersonen is immers noodzakelijk om de goede werking van de energiehuizen te kunnen ondersteunen. Sowieso is het de bedoeling dat de gemeenten en OCMW's hierbij optreden om het energiebeleid en de werking van de energiehuizen te faciliteren waardoor het de facto steeds een marginale impact zal hebben. Een aangelegenheid als deze leent zich per definitie tot een gedifferentieerde regeling. Tot slot zal het steeds de Regering zijn die in concreto bij het vaststellen van die faciliterende taken rekening zal moeten houden dat aan deze randvoorwaarden is voldaan.

- De Raad stelt dat de ontworpen toevoeging aan de richtsnoer uit artikel 32, §1, 6° van het Energiedecreet een instructie is die de door de richtlijn 2009/72/EG gewaarborgde autonomie van de energieregulator aantast. Dit wordt verholpen door het invoegen van de woorden "onder andere" waardoor de regulator benevens dit criterium ook nog andere criteria kan hanteren.

- De Raad stelt dat ofschoon het procedé van de stilzwijgende beslissing, zoals opgenomen in het ontworpen artikel 4.6.1, §2 van het Energiedecreet, niet geheel kan worden afgekeurd wanneer de stilzwijgende beslissing in het voordeel van de betrokkene is, moet volgens de Raad toch worden opgemerkt dat aan een stilzwijgende besluitvorming een aantal nadelen zijn verbonden.

De Regering is zich van deze nadelen bewust maar meent dat het recht op een tijdige beslissing ten voordele van de aanvrager van een toelating voor een gesloten distributienet primeert. De Regering wil immers de situatie vermijden, zoals thans het geval is aangaande gesloten industriële netten op federale niveau, dat de aanvrager wegens stilzitten van de regulator jarenlang in het ongewisse blijft. De regering meent dan ook dat de in het ontwerp voorziene termijnen, inclusief de daarin voorziene mogelijkheid tot verlenging, de regulator voldoende zekerheid biedt om tijdig een gefundeerde beslissing te kunnen nemen en dat bij overschrijding van die termijnen het voordeel aan de rechtsonderhorige moet worden gegeven.

- De Raad stelt de vraag of het feit dat de nieuwe regeling aangaande de consequenties van het minimumaandeel hernieuwbare energie ten opzichte van het recht op groenestroomcertificaten geen ongelijke behandeling uitmaakt.

Het feit dat na een wijziging van regelgeving er steeds een situatie “voor” en een situatie “na” bestaat, vormt volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof geen ongelijke behandeling. De inwerkingtreding uit artikel 62, laatste lid is overigens bedoeld als een concretisering van het principe uit artikel 20 van het Burgerlijk Wetboek, dat regelgeving in de regel alleen van toepassing is op toestanden die ontstaan na de inwerkingtreding ervan. Het is immers de bedoeling dat deze maatregel enkel naar de toekomst toe rechtsgevolgen resorteert, maar dat definitief geworden dossiers hierdoor niet worden heropend of dat bestaande op grond van die dossiers vastgestelde rechten én plichten worden gewijzigd. Indien de EPB-aangifte evenwel al is ingediend dient het dossier immers te worden beschouwd als een “afgesloten toestand”. Conform het principe uit artikel 20 van het Burgerlijk Wetboek is zo een dossier immers geen “toestand ontstaan na de inwerkingtreding”, maar is de toestand ontstaan en definitief geworden voorafgaand aan die inwerkingtreding. Men kan m.a.w. die toestand vergelijken met een subsidiedossier alwaar de subsidie wordt gewijzigd en verhoogd: reeds goedgekeurde en afgesloten dossiers komen dan ook niet in aanmerking voor een hogere premie.

- De Raad vraagt om met betrekking tot het ontworpen artikel 9.1.2, eerste lid van het Energiedecreet in de memorie te verduidelijken wat met de term “aanvaard” wordt bedoeld. Aan dit advies wordt gevolgd gegeven.
- De Raad meent dat het ontworpen artikel 44, in zoverre het betrekking heeft op het bijhouden, doorsturen en opnemen in een databank van gegevens uit het renovatieadvies, een bepaling is die conform artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/67 aan de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, voor advies moet worden voorgelegd. Dit is niet gebeurd. Aangezien deze bepaling echter niet essentieel is, wordt zij dan ook uit het ontwerp geschrapt.
- De Raad herhaalt de inhoud van haar advies nr. 63.130/3 met betrekking tot regelluwe zones dat ze eerder gaf in het kader van het ontwerp van Bestuursdecreet. De Raad vraagt tevens om de toelichting die door de gemachtigde ambtenaar werd verstrekt in de memorie op te nemen. Op dit laatste wordt ingegaan.

In het ontwerp zal worden opgenomen dat, voor zover er niet van afgeweken wordt de bepalingen van titel III, hoofdstuk III van het Bestuursdecreet op het vlak van regelluwe zones voor energie een suppletief karakter hebben. De regels uit het energierecht gelden dan als een lex specialis die worden aangevuld door het Bestuursdecreet op de punten alwaar dit decreet stilzwijgend is.

- De Raad stelt dat het ontworpen artikel 14/1.1.1, § 2, en het ontworpen artikel 14/1.1.2 van het Energiedecreet de indruk wekken dat het bij die regelluwe zones gaat om initiatieven die uitgaan van burgers, aangezien gewag wordt gemaakt van “een project” dat “in aanmerking [moet] komen voor de erkenning als regelluwe zone”, waarbij “de houder van de erkenning als regelluwe zone rapporteert (...) over de voortgang en de resultaten van zijn project”, zonder dat de aard of de herkomst van een dergelijk project nader wordt geduid. Juist omdat de aard of herkomst niet wordt verduidelijkt moet

die bepaling breed worden gelezen. Dit betekent immers dat iedereen in sé in aanmerking komt (administraties, burgers, ondernemingen,...) om een project in te dienen.

Een proeftuinomgeving zal overigens vaak gepaard gaan met zowel specifieke afwijkende regels of nieuwe regels, als het tijdelijk 'uitschakelen' van de bestaande regels. De zin 'De Vlaamse Regering stelt de voorwaarden vast waaronder dan binnen een dergelijke regelluwe zone voor een bepaald doel wordt opgetreden' uit paragraaf 1, tweede lid is bedoeld om dat laatste mogelijk te maken, terwijl de daaropvolgende zinsnede 'en bepaalt van welke bepalingen mag worden afgeweken. [...]' de rechtsgrond vormt voor het eerste. De Raad vergist zich echter wat de draagwijdte van paragraaf 2 betreft. De zin 'De Vlaamse Regering legt de voorwaarden vast waaraan een project moet voldoen om in aanmerking te komen voor de erkenning als regelluwe zone.' is immers bedoeld om de Vlaamse Regering een decretale delegatie te geven m.b.t. het vaststellen van de voorwaarden waaraan een project – dat per definitie steeds zal gaan om een 'geografisch afgebakende zone' – moet voldoen om überhaupt in aanmerking te komen om een regelluwe zone aan te vragen. Het dient als het ware als een filtermogelijkheid om te vermijden dat de Regering met allerlei 'projectjes' en uitzonderingsaanvragen wordt overstelpt en dient tot de concretisering van het adagium 'de minimis non curat lex'."

- De Raad van State heeft vragen bij het artikel 50, dat voorziet in de opheffing van artikel 13.3.1, §4 van het Energiedecreet en dat tot doel heeft om beslissingen van de VREG aangaande administratieve geldboetes terug onder de jurisdictie van de Raad van State te brengen. De Raad treedt in haar advies de ratio legis voor de wijziging bij en stelt dat zij daar in het verleden ook reeds heeft op gewezen. De Raad stelt echter dat, gelet op het specifieke statuut van de VREG, het opheffen van de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg over beroepen tegen boetes opgelegd door de VREG, zonder dat de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State expliciet bevoegd wordt gemaakt voor die beroepen, mogelijk discussie kan opleveren.

Eenzijds volgt uit artikel 14, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten op de Raad van State dat, indien een geschil niet bij de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend, de afdeling Bestuursrechtspraak uitspraak doet bij wijze van arresten, over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwijking van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden. Anderzijds stelt de Raad zich de vraag of dat – gelet op de bijzondere plaats die de VREG als autonome dienst met rechtspersoonlijkheid die onder toezicht staat van het Vlaams Parlement inneemt – ook in zo een geval van toepassing is. Conform artikel 14, § 1, eerste lid, 2°, is de afdeling Bestuursrechtspraak weliswaar ook bevoegd voor beroepen tot nietigverklaring tegen akten en reglementen van wetgevende vergaderingen en hun organen, maar die bevoegdheid is beperkt tot beroepen "met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel, evenals de aanwerving, de aanwijzing, de benoeming in een openbaar ambt of de maatregelen die een tuchtkarakter vertonen".

De vraag is in hoeverre de energieregulator moet worden beschouwd als een 'orgaan' van het Vlaams Parlement. In tegenstelling tot echte organen zoals de (Vlaamse) ombudsdienst, dat overigens expliciet ook in dat artikel 14, §1, eerste lid, 2°, wordt vermeld, beschikt de VREG immers over eigen rechtspersoonlijkheid op grond van het Energiedecreet. Zij is dan ook geen orgaan maar een onafhankelijke instelling, die weliswaar onder het toezicht staat van het Parlement maar omwille van die rechtspersoonlijkheid en Europeesrechtelijk vereiste onafhankelijkheid er geen orgaan van is. Haar taakstelling en bevoegdheden leunen dan ook eerder aan bij die van een administratieve overheid met een *sui generis* statuut en een zeer hoge mate van onafhankelijkheid.

De Raad van State merkt op dat, ofschoon die stelling zeker verdedigbaar is, het haar in het belang van rechtszekerheid toch aangewezen lijkt om de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uitdrukkelijk aan te wijzen als het ter zake bevoegde rechtscollege. Aan dit advies wordt gevolg gegeven.

- De Raad meent dat de ontworpen aanpassing van artikel 13.1.2, §2, eerste lid van het Energiedecreet de keuze aan het management van de VREG ontzegt doordat het elk personeelslid van de VREG zonder meer alle in artikel 13.1.2, § 2, tweede lid, van het Energiedecreet vermelde toezichtsbevoegdheden geeft. Het lijkt de Raad dan ook raadzaam om aan de uitoefening van die individuele bevoegdheid bovendien kwalitatieve voorwaarden te koppelen, zoals het beperken ervan tot personeelsleden vanaf een bepaalde graad.

Vooreerst is het wel degelijk dienstig dat de VREG personeel van alle graden en kennis kan gebruiken als toezichthouders. In die zin is er immers parallellisme met de toezichtstaken die conform artikel 13.1.5 en 13.1.6 van het Energiedecreet rechtstreeks aan het personeel van het Vlaams Energieagentschap worden toegewezen. Een aantal toezichtstaken zullen immers in de praktijk gebeuren via deskaudits door personeel van niveau D en C. Tot slot lijkt net het koppelen van kwalitatieve voorwaarden aan dergelijke taken een onevenredige inmenging in de operationele werking van de regulator te zijn: door graden aan toezichtstaken te koppelen heeft een dergelijke bepaling een onevenredige invloed op het personeelsbeleid van de regulator en beperkt men daarmee juist de operationele vrijheid. Het is immers aan het management van de VREG om te bepalen wie van zijn personeelsleden het meest geschikt is voor welke toezichtstaak, wat louter een kwestie is van interne operationalisering. Aan dit advies wordt dan ook geen gevolg gegeven.

- Tot slot maakte de Raad een aantal wetgevingstechnische opmerkingen waarmee bij de eindredactie van het ontwerpdecreet rekening werd gehouden.

3. AANPASSINGEN AAN HET ONTWERPDECREET

3.1. Er werden naar aanleiding van het advies van de Raad een aantal wetgevingstechnische aanpassingen aan het ontwerpdecreet doorgevoerd.

3.2. Naar aanleiding van het advies van de raad van State wordt in de ontworpen toevoeging aan de richtsnoer uit artikel 32, §1, 6° van het Energiedecreet de woorden “onder andere” toegevoegd, waardoor de regulator benevens dit criterium ook nog andere benchmarkcriteria kan hanteren.

3.3. Er wordt in titel VII van het Energiedecreet, een nieuw hoofdstuk I/2 ingevoegd. Voor de bouw en de aanleg van bepaalde hernieuwbare energie-installaties dient de projectontwikkelaar om praktische redenen vaak te kunnen beschikken over bepaalde kadastrale gegevens. Uit de praktijk blijkt dat de verschillende regionale afdelingen van het kadaster er verschillende werkwijzen op nahouden. Sommigen geven de gegevens gratis vrij, andere afdelingen doen dat helemaal niet. Bovendien wordt soms nog een onderscheid gemaakt tussen de verschillende ontwikkelaars. Bijkomend stelt de privacycommissie hieromtrent dat er een aantal problemen zijn om een dergelijke toegang te verkrijgen, waaronder het feit dat nog niet voldoende is opgenomen in regelgeving dat de aanleg van dergelijke installaties van algemeen belang is. Deze bepaling heeft dan ook niet tot doel om rechtstreeks in te grijpen in de werking van het kadaster of om in dit kader regels te maken aangaande de verwerking van persoonsgegevens, maar heeft tot doel om - ten einde o.a. de voormelde problemen te vermijden en een “level playing field” te creëren - in het Energiedecreet op te nemen dat onverminderd enige andersluidende bepaling de bouw en de aanleg, met inbegrip van de bijbehorende infrastructuur, van productie-installaties voor warmte-krachtkoppeling en hernieuwbare energie, in ieder geval windturbines, principieel wordt beschouwd als zijnde van algemeen belang. Het feit dat dit van algemeen belang wordt geacht, zal vervolgens als een kapstok kunnen dienen om voor de toepassing in de sectorale regelgevingen te worden meegenomen.

De Vlaamse Regering kan echter nadere voorwaarden vastleggen waaraan het vermogen van een dergelijke productie-installatie moet voldoen om als van algemeen belang zijnde te worden beschouwd. Op die manier kan de Vlaamse Regering een afweging maken met betrekking tot de grootte van de installatie (bv. heel kleinschalige zonne-energie-installatie uitsluiten) in relatie tot het algemeen belang.

3.4. Naar aanleiding van het advies van de Raad wordt artikel 44 aangaande het oprichten van een databank van gegevens uit het renovatieadvies geschrapt.

3.5. Naar aanleiding van het advies van de Raad wordt in artikel 13.3.1 geëxpliciteerd dat het beroep tegen beslissingen van de VREG moeten worden ingediend bij de Raad van State.

3.6. Naar aanleiding van het advies van de raad wordt in het ontworpen artikel 14/.1.1 opgenomen dat de bepalingen aangaande regelluwe zones uit het Bestuursdecreet een suppletief karakter hebben.

3.7. De VREG maakte melding van een aantal problemen bij de implementatie van de Europese Netcode betreffende eisen voor de aansluiting van elektriciteitsproducenten op het net (Verordening 2016/631/EU van de Commissie van 14 april 2016 – ook gekend als Requirements for Generators of “RfG”) en vraagt om hieromtrent in de nodige rechtsgrond te voorzien zodat zij dit in hun technisch reglement kunnen ondervangen.

De NC RfG is een Europese verordening met technische vereisten waar alle nieuwe productie-installaties aan moeten voldoen. Artikel 4.2 van de netwerkcode RfG bepaalt dat elektriciteitsproductie-eenheden als bestaand moeten worden beschouwd als:

- de eenheid op de datum van inwerkingtreding van de verordening reeds op het net is aangesloten, of
- de eigenaar van de elektriciteitsproductie-installatie een definitief en bindend contract heeft gesloten voor de aankoop van het belangrijkste onderdeel van de productie-installatie binnen een tijdsbestek van twee jaar na de inwerkingtreding van deze verordening. De eigenaar van de elektriciteitsproductie-installatie stelt de relevante systeembeheerder en de relevante TSB binnen een termijn van 30 maanden na de inwerkingtreding van deze verordening in kennis van het afsluiten van dit contract.

Bijgevolg moeten alle elektriciteitsproductie-eenheden die geen contract, als vermeld in artikel 4.2., gesloten hadden voor 17 mei 2018, gekwalificeerd worden als 'nieuw' en bijgevolg voldoen aan de nieuwe technische vereisten. Het voorstel voor Eisen voor Algemene Toepassing werd echter slechts ingediend door de netbeheerders op 17 mei 2018. De bevoegde, regulerende instanties nemen een beslissing tegen ten laatste 6 maanden later, d.i. 17 november 2018. Gezien de kortere bestelperiode voor elektriciteitsproductie-eenheden van het type A (maximaal productievermogen < 1MW) en type B (max productievermogen < 25 MW), kan dit ervoor zorgen dat potentiële investeringen in nieuwe elektriciteitsproductie-eenheden uitgesteld worden.

Gezien het belang van de 2020-doelstellingen voor Vlaanderen en gezien elektriciteitsproductie-eenheden van het Type A of B vaak hernieuwbare energiebronnen of kwalitatieve WKK's zijn, stelt de VREG voor om een overgangsmaatregel in te voeren voor elektriciteitsproductie-eenheden aangesloten op het elektriciteitsdistributienet. De regulator wil namelijk in het technisch reglement als overgangsmaatregel opnemen dat alle kleine productie-installaties die aangesloten worden op het distributienet (vermogen < 25 MW) pas vanaf mei 2019 moeten voldoen aan deze nieuwe vereisten in plaats van mei 2018. Belanghebbenden zoals Elia en de distributienetbeheerders zijn hiermee akkoord. Zowel in Frankrijk, als in Groot-Brittannië werd een gelijkaardige overgangsmaatregel voorzien dat elektriciteitsproductie-eenheden pas als nieuw worden beschouwd, indien zij aangesloten worden vanaf 19 mei 2019.

Artikel 4.2. van de netwerkcode RfG maakt immers deze overgangsregeling mogelijk. Dit stelt immers "*Een lidstaat kan erin voorzien dat de regulerende instantie in gespecificeerde omstandigheden kan bepalen of de elektriciteitsproductie-eenheid als een bestaande productie-eenheid dan wel als een nieuwe productie-eenheid moet worden beschouwd*". Om dit te kunnen opnemen in het Technisch Reglement is er echter nog een machtiging nodig van de lidstaat (Vlaams Gewest) aan de regulerende instantie (VREG) om dit te doen.

Naast de "RfG" is er ook de Europese Netcode voor aansluiting van verbruikers (Verordening 2016/1388/EU van de Commissie van 17 augustus 2016 – ook gekend als Demand Connection Code of "DCC"). De netwerkcode DCC is een Europese verordening met technische vereisten waaraan welbepaalde nieuwe verbruikersinstallaties moeten voldoen. Het gaat om transmissiegekoppelde verbruiks- en distributie-installaties, distributienetten (met inbegrip van gesloten distributienetten), en verbruikseenheden die door een verbruiksinstallatie of een gesloten distributienet worden gebruikt om diensten voor vraagsturing aan relevante netbeheerders en relevante transmissienetbeheerders te leveren.

Artikel 4.2 van de netwerkcode DCC bepaalt dat een transmissiegekoppelde verbruiksinstallatie, een transmissiegekoppelde distributie-installatie, een distributiesysteem of een verbruikseenheid die door een verbruiksinstallatie of een gesloten distributiesysteem wordt gebruikt of kan worden gebruikt om diensten voor vraagsturing aan een relevante systeembeheerder of een relevante TSB te leveren, als bestaand moeten worden beschouwd als:

- deze voorziening op de datum van inwerkingtreding van deze verordening reeds met het net is gekoppeld; of
- de eigenaar van de verbruiksinstallatie, de DSB (=distributiesysteembeheerders) of de GDSB (=gesloten distributiesysteem) een definitief en bindend contract heeft gesloten voor de aankoop van de belangrijkste verbruiksapparaten of de verbruikseenheid binnen een tijdsbestek van twee jaar na de inwerkingtreding van deze verordening. De eigenaar van de verbruiksinstallatie, de DSB of de GDSB stelt de relevante systeembeheerder en de relevante TSB binnen een termijn van 30 maanden na de inwerkingtreding van deze verordening in kennis van de sluiting van dit contract

Bijgevolg moeten alle netten en installaties die onder het toepassingsgebied van de DCC vallen, en niet werden gekoppeld/aangesloten op het net op 7 september 2016, noch een contract, als vermeld in artikel 4.2, gesloten

hadden voor 18 augustus 2018, gekwalificeerd worden als 'nieuw' en bijgevolg voldoen aan de nieuwe technische vereisten.

Artikel 4.2. van de netwerkcode DCC maakt hieromtrent echter eveneens, net als de netwerkcode RfG, een overgangsregeling mogelijk. Dit stelt immers *“Een lidstaat kan erin voorzien dat de regulerende instantie in gespecificeerde omstandigheden kan bepalen of de transmissiegekoppelde verbruiksinstallatie, de transmissiegekoppelde distributie-installatie, het distributiesysteem of de verbruikseenheid als bestaand dan wel als nieuw moet worden beschouwd.”*

Naar analogie met wat voorzien wordt voor de productie-installaties, wordt ook hiervoor de rechtsgrond geïntroduceerd die het de energieregulator mogelijk maakt om, als er gespecificeerde omstandigheden rijzen, bepaalde netten of installaties als bestaand, dan wel als nieuw te beschouwen.

4. 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.

5. 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.

6. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP HET PERSONEELSBESTAND EN DE PERSONEELSBUDGETTEN VAN DE VLAAMSE OVERHEID

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

7. VOORSTEL VAN BESLISSING

De Vlaamse Regering beslist:

- 1° haar definitieve goedkeuring te hechten aan het bijgaande ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie (bijlage 1), en de bijhorende memorie van toelichting (bijlage 2);
- 2° de Vlaamse minister, bevoegd voor het energiebeleid, te gelasten het ontwerp van decreet “houdende diverse bepalingen inzake energie”, zoals opgenomen als bijlage 1 en 2, 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:

1. het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie;
2. de bij het ontwerpdecreet horende memorie van toelichting;
3. Advies van de Raad van State d.d. 13 juli 2018;