



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 73.661/3
van 20 juni 2023

over

een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het
Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft netbeheer, energie-
efficiëntie en milieuvriendelijke energieproductie’

Op 22 mei 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme 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 netbeheer, energie-efficiëntie en milieuvriendelijke energieproductie’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 13 juni 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Toon MOONEN, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Johan PAS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 juni 2023.

*

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.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voorliggende voorontwerp van decreet brengt een aantal wijzigingen aan in het Energiedecreet van 8 mei 2009. Die wijzigingen hebben onder meer betrekking op definities en terminologie (onder andere de artikelen 2 tot 6 van het voorontwerp), op de afschaffing van de begrenzing van de aansluitingskost bij nieuwe aardgasaansluitingen bij bestaande wooneenheden of gebouwen (artikelen 8 tot 11), op de regeling inzake de toelating tot het aanleggen van een directe lijn of een directe leiding die de grenzen van de eigen site overschrijdt (artikelen 16 en 17), op de regeling van de groenestroom- en warmte-krafcertificaten (artikelen 22 en 23) en op de sanctionering van een aantal verplichtingen (artikelen 37 tot 41).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

3. Uit de toelichting bij artikel 32 van het voorontwerp blijkt dat deze bepaling ten dele strekt tot de omzetting van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van richtlijn 2012/27/EU’.

Dat wordt het best tot uiting gebracht in een nieuw artikel 2 van het voorontwerp.

Artikel 2

4.1. Bij het huidige artikel 2, 5°, van het voorontwerp wordt de definitie van “ondernemingen” in artikel 1.1.3, 93°, van het Energiedecreet van 8 mei 2009 gewijzigd.

De vraag rijst of het niet aangewezen is om die definitie af te stemmen op de definitie in artikel 3, 1°, van het decreet van 16 maart 2012 ‘betreffende het economisch ondersteuningsbeleid’, waar een onderneming wordt omschreven als “iedere entiteit, ongeacht haar rechtsvorm, die een economische activiteit uitoefent”. De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“In het decreet van 16 maart 2012 betreffende het economisch ondersteuningsbeleid is de term ‘onderneming’ breed gedefinieerd als ‘iedere entiteit, ongeacht haar rechtsvorm, die een economische activiteit uitoefent’. Deze heel brede definitie lijkt wat betreft het beleidsveld energie een aantal ongewenste neveneffecten te

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

genereren en zou conflicteren met andere definities in het Energiedecreet, zoals die van ‘niet-commerciële instelling’, waardoor op zijn beurt het onderscheid tussen die termen zoals heden gehanteerd in het Energiedecreet (bijvoorbeeld titel VIII) en omwille van artikel 1.1.1, §1 van het Energiebesluit ook in dat besluit, problematisch wordt. Bijvoorbeeld een vzw zou dus tegelijkertijd onder twee verschillende (en soms elkaar uitsluitende) toepassingsgebieden vallen als zij ook economische activiteiten uitoefent.

Voorts doet dit de deur open voor discussies over wat al dan niet een ‘economische activiteit’ is, wat de duidelijkheid van de verschillende toepassingsgebieden van het Energiedecreet en Energiebesluit evenmin bevordert. Het zou immers bijvoorbeeld betekenen dat iedere natuurlijke persoon met zonnepanelen dan ineens ook een ‘onderneming’ zou worden aangezien het Hof van Justitie eerder al in het arrest *Fuchs* (C-219/12) oordeelde dat zelfs het terugleveren van minimale hoeveelheden elektriciteit door particuliere zonnepanelen een economische activiteit betreft. In die redenering zouden dergelijke particulieren dan ineens enkel nog in aanmerking komen voor premies uit het Energiebesluit als ‘kleine onderneming’ en niet langer als natuurlijke persoon, waardoor ze ineens zouden worden uitgesloten van bepaalde ondersteuning die voorbehouden is voor natuurlijke personen.”

De Raad van State wijst er niettemin op dat het door de gemachtigde aangehaalde arrest *Fuchs* van het Hof van Justitie² het probleem met het toepassingsgebied van de subsidieregelingen in het Energiedecreet van 8 mei 2009 net illustreert. Sommige natuurlijke personen kunnen immers wel degelijk als onderneming worden gekwalificeerd, zelfs in de definitie van het te wijzigen artikel 1.1.3, 93°, van het Energiedecreet van 8 mei 2009, dat ook “elke natuurlijke persoon die koopman is of een zelfstandig beroep uitoefent” zo aanmerkt. Volgens die definitie kan een zuiver onderscheid tussen natuurlijke personen en ondernemingen met andere woorden evenmin worden aangehouden (wat overigens eveneens geldt voor sommige rechtspersonen, zoals intercommunales, die vaak de vorm aannemen van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid en zo aan de ontworpen definitie van een onderneming voldoen).

4.2. De wet van 15 april 2018 ‘houdende hervorming van het ondernemingsrecht’ heeft met ingang van 1 november 2018 niet alleen een einde gemaakt aan het onderscheid tussen burgerlijke en handelsvennootschappen, maar ook aan het begrip “koopman” of “handelaar”. Luidens artikel 254 van die wet dienen in alle wetten, tenzij anders bepaald, de begrippen “handelaar” of “koopman” in de zin van artikel 1 van het (opgeheven) Wetboek van koophandel te worden verstaan als “onderneming” in de zin van artikel I.1 van het Wetboek van economisch recht.

De verwijzing naar het begrip “koopman” wordt dus het best weggelaten uit de definitie van “ondernemingen”.

² HvJ 20 juni 2013, C-219/12, *Fuchs*, ECLI:EU:C:2013:413.

Artikelen 22 en 23

5.1. De artikelen 7.1.10, § 1, en 7.1.11, § 1, van het Energiedecreet van 8 mei 2009 leggen aan iedere geregistreerde toegangshouder de verplichting op om in het jaar volgend op dat waarin hij geregistreerd is bij de VREG een aantal groenestroom- dan wel warmtekrachtcertificaten in te dienen. Dat aantal wordt telkens bepaald in de erop volgende paragrafen.

Bij de artikelen 22, 2^o en 3^{o3}, en 23, 2^o, van het voorontwerp worden die quota voor de volgende jaren verlaagd. Uit de memorie van toelichting blijkt dat die maatregel is ingegeven door de moeilijkheden die verschillende leveranciers zouden hebben om voldoende certificaten te verzamelen.

5.2. De voortdurende bijsturing van vraag en aanbod op de certificatenmarkt doet opnieuw⁴ de vraag rijzen of er de voorbije jaren ooit een daadwerkelijke certificatenmarkt heeft bestaan. In dat verband kan worden verwezen naar hetgeen de Raad van State, afdeling Wetgeving, reeds eerder heeft opgemerkt naar aanleiding van de verlenging van de *banking* van groenestroom- en warmtekrachtcertificaten:

“Het Vlaamse systeem van groenestroomcertificaten, inclusief de aan dat systeem inherente verplichting voor bepaalde marktdeelnemers om certificaten in te leveren, werd in het arrest *Essent Belgium*⁵ door het Hof van Justitie onderzocht op de verenigbaarheid ervan met het vrij verkeer. Het Hof van Justitie gaf daarbij slechts een voorwaardelijk positief oordeel:

‘2) De artikelen 28 EG en 30 EG en de artikelen 11 en 13 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale steunregeling als beschreven in punt 1 van het onderhavige dictum, voor zover:

- mechanismen zijn ingesteld die verzekeren dat een daadwerkelijke certificatenmarkt tot stand komt waar vraag en aanbod elkaar kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken, zodat de betrokken leveranciers daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om zich op die markt onder billijke voorwaarden certificaten aan te schaffen;

- de berekeningswijze en het bedrag van de administratieve geldboete die moet worden betaald door de leveranciers die niet aan de in punt 1 van het onderhavige dictum vermelde verplichting hebben voldaan, aldus zijn vastgesteld dat zij niet verder gaan dan nodig is om de producenten te stimuleren hun productie van stroom uit hernieuwbare energiebronnen daadwerkelijk te verhogen en de aan die verplichting onderworpen leveranciers ertoe aan te zetten zich daadwerkelijk de vereiste certificaten aan te schaffen en daarbij met name wordt vermeden dat deze leveranciers te zwaar worden bestraft.’

³ Zie opmerking 6.

⁴ Zie adv.RvS 62.377/3 van 1 december 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 22 december 2017 ‘houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de aanpassing van de groenestroomdoelstellingen, de WKK-doelstellingen en de energieheffing’, opmerking 5.

⁵ Voetnoot 9 van het aangehaalde advies: HvJ 11 september 2014, gevoegde zaken C-204/12 tot C-208/12, *Essent Belgium*, punt 2) van het dictum, zie ook in het bijzonder overwegingen 111 en 112 van het arrest.

Het is hoogst onzeker of het systeem van de (*banking* van de) groenestroomcertificaten, dat nog niet behoorde tot het rechtskader zoals dat aan het Hof van Justitie werd voorgelegd,⁶ verenigbaar kan worden geacht met die eerste voorwaarde. Uit het advies van de VREG⁷ dat aan het ontwerpbesluit voorafgaat, blijkt dat in het voorliggende bankingsysteem de certificatenmarkt niet functioneert, en dat het voorliggende ontwerp daarvoor geen structurele oplossing biedt, evenmin als voor het onderliggende probleem van het (significante) certificatenoverschot. De ‘billijke voorwaarden’ waaronder de betrokken leveranciers certificaten kunnen aanschaffen, blijken op dit ogenblik niet het resultaat te zijn van een daadwerkelijke certificatenmarkt waar vraag en aanbod elkaar kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken - althans niet zonder substantiële overheidsinterventie in de vorm van de *banking* en de daarbij uitgewerkte financiële steunmaatregelen.”⁸

De gemachtigde is gevraagd of de indieningsplicht na dit nieuwe ingrijpen op de certificatenmarkt nog verenigbaar is met de voorwaarden in het aangehaalde punt 2) van het dictum van het arrest *Essent Belgium* van het Hof van Justitie, zeker nu de marktprijs volgens de memorie van toelichting (weliswaar om fiscale redenen) soms zelfs boven de decretaal voorziene sanctie voor het niet-indienen van de certificaten uitstijgt. De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“In haar arrest *Essent Belgium* van 11 september 2014 vereiste het Hof van Justitie dat er ‘mechanismen zijn ingesteld die verzekeren dat een daadwerkelijke certificatenmarkt tot stand komt waar vraag en aanbod elkaar kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken, zodat de betrokken leveranciers daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om zich op die markt onder billijke voorwaarden certificaten aan te schaffen’. Het is net mede omwille van het garanderen van een dergelijke ‘daadwerkelijke certificatenmarkt’ dat artikel 7.1.10, §4 van het Energiedecreet evaluatieverplichtingen bevat en dat heden maatregelen worden voorgesteld met betrekking tot een aanpassing van de hoogte van de quota.

Het quotum aan groenestroomcertificaten dat conform artikel 7.1.10, §2 van het Energiedecreet op 30 april 2023 moest worden voldaan, bedroeg ongeveer 5,6 miljoen terwijl er ±7 miljoen groenestroomcertificaten op de markt zijn. Dit betekent dat er slechts een overschot is van ±1,4 miljoen groenestroomcertificaten, waarvan er een aantal ongetwijfeld door toegangshouders zullen worden ‘gebankt’ om in een volgende inleveringsronde te kunnen gebruiken. Om een goed werkende markt ook de volgende jaren nog te verzekeren, lijkt een grotere buffer evenwel noodzakelijk. Een

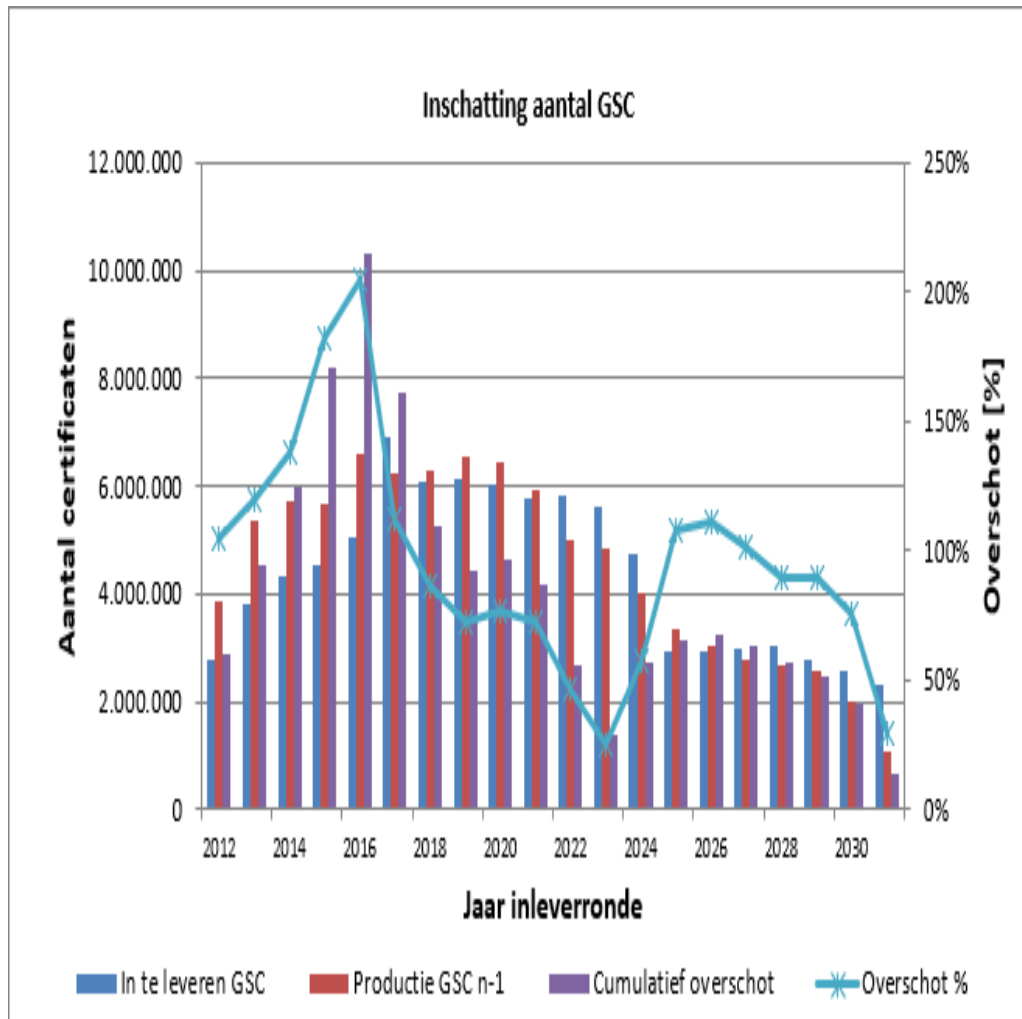
⁶ Voetnoot 10 van het aangehaalde advies: Het arrest heeft formeel betrekking op de regeling zoals die bestond vóór de opheffing van het oude Elektriciteitsdecreet door het Energiedecreet van 8 mei 2009, maar de redenering die het Hof heeft gevolgd lijkt evenzo te kunnen gelden voor de huidige bepalingen.

⁷ Voetnoot 11 van het aangehaalde advies: Advies 2014-03 van 21 oktober 2014 „Banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de elektriciteitsdistributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit”, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2014-03.pdf>, in het bijzonder p. 3-4; zie eveneens het advies van de SERV en de MINAraad nr. 2012-80 van 6 december 2012 „over banking van certificaten door netbeheerders in het licht van de actuele certificatenoverschotten”: http://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV_Mina_ADV_20121206_banking_certificaten.pdf.

⁸ Adv.RvS 56.867/3 van 15 december 2014 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2014 ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders’, opmerking 4.3. Zie ook adv.RvS 58.047/1-V van 25 augustus 2015 over vijf amendementen op het voorontwerp van decreet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, opmerking 6.

quotumaanpassing naar beneden voor de voorziene periode heeft immers als effect dat vraag en aanbod elkaar opnieuw kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken.

De vooropgestelde aanpassingen zouden zodoende aanleiding geven tot het hierna volgende traject:



5.3. Daargelaten de vraag of de onvolkomen werking van de certificatenmarkt het gevolg is van herhaald overheidsingrijpen⁹, dan wel of juist herhaald overheidsingrijpen nodig is om de werking van de certificatenmarkt te vrijwaren, lijkt de voorspelbaarheid van de indieningsplicht en de daarmee samenhangende sanctie aanhoudend onder druk te staan. Bovendien staat het overheidsingrijpen (met inbegrip van de voorgenomen wijziging van de indieningsplicht) haaks op de doelstelling om de groenestroom- en warmte-krachtproductie te stimuleren. Het verlagen van het jaarlijks aantal in te dienen certificaten moedigt geregistreerde toegangshouders immers niet aan om zelf daarin te investeren, vermits door het overheidsingrijpen minder productie-eenheden die een certificaat opleveren nodig zijn om aan de

⁹ Zowel rechtstreeks (door, zoals in dit geval, de vraagzijde op de certificatenmarkt te beïnvloeden) als onrechtstreeks (door de steunmechanismen op basis van certificaten af te bouwen, wat een effect heeft op de aanbodzijde op die markt).

vraag te voldoen. Overigens worden steeds vaker alternatieve steunmechanismen ontwikkeld die niet gebaseerd zijn op de toekenning van certificaten.¹⁰

Het door de Raad van State eerder reeds geformuleerde bezwaar over de verenigbaarheid van de indieningsplicht met het vrij verkeer blijft dus onverkort gelden.

6. In artikel 22 van het voorontwerp moet het laatste onderdeel worden vernummerd naar “3°” (in plaats van een tweede maal “2°”).

Artikel 24

7.1. Bij artikel 24 van het voorontwerp worden de gegevens bepaald die de netbeheerder of zijn werkmaatschappij in het kader van de uitvoering van de hun krachtens artikel 7.5.1, eerste lid, van het Energiedecreet, opgelegde openbardienstverplichtingen kunnen verstrekken aan personen die daarvoor door de Vlaamse Regering zijn aangewezen. Die gegevens omvatten “minstens” de identificatie- en contactgegevens van afnemers, de EAN-code en de categorie van afnemer.

Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke inmenging in het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd. Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.¹¹

Bijgevolg moeten de ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel ‘essentiële elementen’ uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.¹²

¹⁰ Zie in dat verband bijvoorbeeld de regeling van de subsidiëring van bepaalde warmte-krachtinstallaties (artikel 7.10.1 van het Energiebesluit van 19 november 2010) en van bepaalde installaties op basis van zonne-energie en windturbines (artikel 7.11.1 van het Energiebesluit van 19 november 2010), waarbij de gesubsidieerde installaties worden uitgesloten van de toekenning van groenestroom- en warmte-kraftcertificaten.

¹¹ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

¹² Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opmerking 101 (*Parl.St.*

Eerder dan de categorieën van persoonsgegevens op te nemen die “minstens” kunnen worden verstrekt in het kader van die openbaredienstverplichtingen, moeten de stellers van het voorontwerp zich er zelf van vergewissen dat geen bijkomende persoonsgegevens moeten worden verwerkt en die met zoveel woorden vermelden in de ontworpen bepaling.

7.2. De stellers van het voorontwerp gaan het best na of er geen andere openbaredienstverplichtingen bestaan die de verwerking van persoonsgegevens noodzaken en waarvoor desgevallend eveneens een regeling moet worden getroffen.

Artikel 28

8. In de inleidende zin van artikel 28 van het voorontwerp kan de wetsgeschiedenis worden samengevat als:

“In artikel 9.1.4 van hetzelfde decreet, vervangen bij decreet van 23 december 2022”.

Artikel 37

9. In de inleidende zin van artikel 37 van het voorontwerp moeten de woorden “18 maart 2022” worden vervangen door de woorden “23 december 2022”.

Artikel 39

10. In artikel 39 van het voorontwerp moeten de aanhalingstekens worden geplaatst na de ontworpen paragraaf 4 (in plaats van na de ontworpen paragraaf 3).

Artikel 41

11. In de inleidende zin van artikel 41 van het voorontwerp moeten de woorden “toegevoegd bij artikel 29” worden vervangen door de woorden “toegevoegd bij artikel 40”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Johan PAS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE