

Rolnummer 5183
Arrest nr. 89/2012 van 12 juli 2012

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van het decreet van het Vlaamse Gewest van 23 december 2010 «houdende wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het vermijden van injectietarieven voor elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling », ingesteld door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG).

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Bossuyt en R. Henneuse, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul en F. Daoût, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Bossuyt,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van het beroep en rechtspleging

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 7 juli 2011 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 8 juli 2011, heeft de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG), met zetel te 1040 Brussel, Nijverheidsstraat 26-38, beroep tot vernietiging ingesteld van het decreet van het Vlaamse Gewest van 23 december 2010 « houdende wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het vermijden van injectietarieven voor elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling » (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 20 januari 2011, tweede editie).

De Ministerraad en de Vlaamse Regering hebben memories ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de Ministerraad en de Vlaamse Regering hebben ook memories van wederantwoord ingediend.

Bij beschikking van 18 april 2012 heeft het Hof de zaak in gereedheid verklaard en de dag van de terechtzitting bepaald op 23 mei 2012. Na vastgesteld te hebben dat de Vlaamse Regering in haar memorie van antwoord het Hof in uiterst ondergeschikte orde verzocht de gevolgen van het decreet in het belang van de distributienetbeheerders te handhaven tot minstens de datum van publicatie van het arrest, indien het bestreden decreet alsnog zou worden vernietigd, heeft het Hof, in diezelfde beschikking, de andere partijen die zich op dit punt vooralsnog niet hadden kunnen uitspreken, uitgenodigd hieromtrent hun standpunt te bepalen in een uiterlijk op 16 mei 2012 in te dienen aanvullende memorie, waarvan zij binnen dezelfde termijn een kopie uitwisselen.

De verzoekende partij en de Ministerraad hebben aanvullende memories ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 23 mei 2012 :

- zijn verschenen :

. Mr. D. Verhoeven en Mr. M. Daelemans *loco* Mr. D. Lindemans, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partij;

. Mr. V. De Schepper *loco* Mr. J.-F. De Bock, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

. Mr. E. Maes *loco* Mr. P. Van Orshoven, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Vlaamse Regering;

- hebben de rechters-verslaggevers T. Merckx-Van Goey en J.-P. Moerman verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *In rechte*

– A –

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

Wat het belang van de verzoekende partij betreft

A.1.1. De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna : CREG) stelt dat het Hof reeds in andere zaken, meer bepaald in de arresten nrs. 84/2010 van 8 juli 2010 en 97/2011 van 31 mei 2011, heeft bevestigd dat de CREG, rekening houdend met op haar wettelijke taken, een belang heeft om op te treden in aangelegenheden met betrekking tot de elektriciteits- en aardgasmarkt.

De verzoekende partij stelt dat het bestreden decreet, dat volgt op twee studies waarin zij concludeerde dat de injectietarieven moeten worden behouden, haar feitelijk verbiedt een onderdeel van haar bevoegdheid inzake de injectietarieven voor elektriciteit uit te oefenen.

A.1.2. In haar memorie van antwoord doet de verzoekende partij opmerken dat haar belang niet wordt betwist door de Vlaamse Regering, noch door de Ministerraad.

Ten gronde

Wat het eerste middel betreft

A.2.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de bevoegdheidverdelende regels, inzonderheid artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), en § 3, en artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de federale loyauteitsplicht en het evenredigheidsbeginsel, doordat het decreet van het Vlaamse Gewest van 23 december 2010 « houdende wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het vermijden van injectietarieven voor elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling » (hierna : het decreet van 23 december 2010) een tariefmaatregel uitmaakt, terwijl het bepalen van de tarieven voor de distributie van elektriciteit (inclusief injectietarieven) – en derhalve tevens de vrijstelling van (injectie)tarieven – een exclusief federale aangelegenheid is en doordat, subsidiair, in elk geval voorafgaand overleg tussen de Vlaamse en de federale overheid moest zijn gepleegd, wat nooit heeft plaatsgehad.

A.2.2. De CREG stelt dat het Hof reeds bij zijn arrest nr. 97/2011 van 31 mei 2011 heeft geoordeeld dat de regeling van de injectietarieven, met inbegrip van de tarieven voor hernieuwbare energiebronnen of via warmtekrachtkoppeling, tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort.

Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft reeds met betrekking tot het ontwerp van het thans bestreden decreet geadviseerd dat het verlenen van een vrijstelling van injectietarieven een federale aangelegenheid is.

De verzoekende partij betoogt dat alleen de federale overheid krachtens artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bevoegd is voor het uitwerken van specifieke tariefregels of concrete prijzen en dat de gewesten niet in de tarieven kunnen ingrijpen, ook niet om het gebruik van hernieuwbare energie te stimuleren.

De injectietarieven zijn een onderdeel van de tarieven voor de distributie van elektriciteit. De bevoegdheid om injectietarieven te bepalen komt dus de federale overheid toe. Het verlenen van een vrijstelling van het injectietarief, wat wil zeggen de tarieven negatief bepalen, is derhalve eveneens een federale aangelegenheid.

A.2.3. Volgens de CREG kan de Vlaamse decreetgever zich te dezen niet beroepen op de impliciete bevoegdheden bedoeld bij artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, nu niet is voldaan aan de drie voorwaarden daartoe.

In de eerste plaats is de maatregel niet noodzakelijk. De decreetgever beschikt over andere mogelijkheden, zoals een fonds ter ondersteuning van hernieuwbare energie of een aanpassing van de prijs van groenestroomcertificaten.

In de tweede plaats leent de aangelegenheid zich niet tot een gedifferentieerde regeling. Het is niet mogelijk om de federaal bepaalde injectietarieven toe te passen en tegelijkertijd de injectie kosteloos te laten gebeuren. Het bestreden decreet beoogt precies een gedifferentieerde regeling onmogelijk te maken.

Ten slotte is de weerslag van de maatregel niet louter marginaal.

A.2.4. De verzoekende partij voert in ondergeschikte orde aan dat ook het evenredigheidsbeginsel is geschonden. Uit de parlementaire voorbereiding van het decreet van 23 december 2010 blijkt dat het de bedoeling was de federale beslissing inzake injectietarieven ongedaan te maken. De decreetgever heeft daarmee op een onevenredige wijze ingegrepen in de bevoegdheid die aan de federale overheid is toegewezen.

De federale loyaliteit en de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen laten niet toe dat een deelstaat die het niet eens is met de inhoud van de regeling van een andere overheid, een eigen norm uitvaardigt met als enig doel de gevolgen van die regeling teniet te doen.

A.2.5. In meer ondergeschikte orde voert de CREG aan dat de Vlaamse regelgever minstens verplicht was om met de federale overheid een samenwerkingsakkoord te sluiten of een andere vorm van overleg te hebben.

De verzoekende partij refereert aan de arresten van het Hof nrs. 33/2011 van 2 maart 2011 en 132/2004 van 14 juli 2004. Te dezen is de afschaffing van de injectietarieven zodanig verweven met de federale bevoegdheid inzake tarieven, dat een onderlinge samenwerking verplicht is.

A.3.1. De Ministerraad zet uiteen dat de gewesten krachtens artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen weliswaar bevoegd zijn voor de distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit via de laagspanningsnetten en, in principe, voor de hernieuwbare energie, maar dat de federale overheid krachtens artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bevoegd is voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, met inbegrip van het vervoer van elektriciteit via het transmissienet en de tarieven.

In het kader van die bevoegdheid inzake de tarieven heeft de federale overheid de distributienetbeheerders de mogelijkheid geboden om injectietarieven op te leggen.

De Ministerraad doet opmerken dat het Hof bij zijn arrest nr. 97/2011 van 31 mei 2011 heeft geoordeeld dat de injectietarieven behoren tot de federale bevoegdheid inzake tarieven.

Volgens de Ministerraad moet het bestreden decreet, dat een vrijstelling invoert op de federaal bepaalde injectietarieven, derhalve worden vernietigd wegens schending van de bevoegdheidsverdelende regels.

A.3.2. De Ministerraad is van mening dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een decretale maatregel op basis van de impliciete bevoegdheden bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Allereerst is de bestreden maatregel niet noodzakelijk voor de zinvolle uitoefening van de eigen bevoegdheden. Het Hof heeft in het voormelde arrest nr. 97/2011 reeds geoordeeld dat de injectietarieven een zinvolle uitoefening van de gewestelijke bevoegdheid inzake de nieuwe energiebronnen niet in de weg staan.

De Ministerraad wijst op de studies van de CREG waarin die vaststelt dat het Vlaamse Gewest de weerslag van de injectietarieven op de eigen bevoegdheid kan opvangen door andere mechanismen. De Ministerraad refereert ook aan het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State bij het ontwerp van het thans bestreden decreet.

De Ministerraad sluit zich aan bij de stelling van de CREG dat het federale beleid met betrekking tot de injectietarieven zich niet leent tot een gedifferentieerde aanpak.

Voorts is de weerslag van de bestreden maatregel niet marginaal, nu hij lijnrecht ingaat tegen het tariefbeleid van de federale overheid. Ook in dat verband verwijst de Ministerraad naar de studies van de CREG en naar het advies van de Raad van State.

A.3.3. Volgens de Ministerraad respecteert het bestreden decreet het evenredigheidsbeginsel niet. Het Vlaamse Gewest gaat lijnrecht in tegen het beleid van de federale overheid. De distributienetbeheerders worden geconfronteerd met tegenstrijdige regels en weten niet of ze al dan niet injectietarieven kunnen aanrekenen. Zodoende wordt het federale beleid inzake injectietarieven buitensporig moeilijk, zo niet onmogelijk gemaakt.

A.3.4. De Ministerraad sluit zich aan bij het tweede onderdeel van het eerste middel van de CREG volgens hetwelk het decreet van 23 december 2010 ook in strijd is met artikel 92*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Gesteld dat het Vlaamse Gewest bevoegd zou zijn om een vrijstelling van injectietarieven in te voeren, dan nog is die regeling dermate nauw verbonden met de tariefbevoegdheid van de federale overheid, dat een samenwerkingsakkoord diende te worden gesloten.

A.4.1. De Vlaamse Regering is van mening dat het bestreden decreet geen tariefmaatregel invoert, maar aan de distributienetbeheerders een openbardienstverplichting oplegt met het oog op het stimuleren van de productie van hernieuwbare energie, wat krachtens artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a) en f), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen behoort tot de gewestelijke bevoegdheidsfeer.

Dat met het decreet van 23 december 2010 een openbardienstverplichting wordt geregeld, blijkt zowel uit de tekst zelf als uit de parlementaire voorbereiding van het decreet.

De Vlaamse Regering doet opmerken dat de decreetgever reeds een vergelijkbare maatregel heeft genomen om de hernieuwbare energie te stimuleren, door in artikel 7.3.1 van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid te bepalen dat de kosten van aansluiting voor de eerste duizend meter op het openbaar domein een openbardienstverplichting zijn ten laste van de netbeheerder.

Volgens de Vlaamse Regering heeft het Hof in zijn arrest nr. 36/98 van 1 april 1998 reeds geoordeeld dat een openbardienstverplichting van de waterdistributiemaatschappijen, meer bepaald het kosteloos leveren van een minimumhoeveelheid water aan hun abonnees, geen tarief- of prijsmaatregel is.

A.4.2. De Vlaamse Regering voert in ondergeschikte orde aan dat het decreet van 23 december 2010 zijn grondslag vindt in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

De Vlaamse Regering citeert uit de parlementaire voorbereiding van dat decreet, waaruit volgens haar blijkt dat de bestreden maatregel noodzakelijk is (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2009-2010, nr. 624/1, p. 2, en *Hand.*, Vlaams Parlement, 23 december 2010, nr. 19, p. 12).

Volgens de Vlaamse Regering laten, enerzijds, de bescherming van de hernieuwbare energie en, anderzijds, de bevoegdheid inzake tarieven een gedifferentieerde regeling toe. De redenering van de CREG dat het onmogelijk zou zijn om tegelijkertijd injectietarieven toe te passen en niet toe te passen, gaat voorbij aan de draagwijdte van de federale regeling, die de distributienetbeheerders toelaat om injectietarieven toe te passen, maar hen daartoe niet verplicht.

Ten slotte is de weerslag van het bestreden decreet naar de mening van de Vlaamse Regering slechts marginaal. Zoals uiteengezet in de parlementaire voorbereiding, slaat het decreet slechts op enkele tariefposten en raakt het niet aan de rest van de tariefstructuur (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2009-2010, nr. 624/3, p. 6). De verzoekende partij geeft trouwens toe dat het bedrag van de injectietarieven relatief klein is in vergelijking met de totale distributietarieven.

A.4.3. De Vlaamse Regering betwist dat de decreetgever het evenredigheidsbeginsel zou hebben geschonden.

Het decreet van 23 december 2010 houdt in dat één bepaalde tariefpost niet meer kan worden aangerekend voor de enkele categorie van exploitanten van hernieuwbare energie, wat de federale bevoegdheid om de tarieven te bepalen niet buitenmatig moeilijk of onmogelijk maakt.

Volgens de Vlaamse Regering beweert de verzoekende partij ten onrechte dat de decreetgever een maatregel heeft genomen die beoogt de federale bevoegdheid te miskennen. Het doel van de maatregel is daarentegen het stimuleren van energie uit hernieuwbare energiebronnen.

A.4.4. De Vlaamse Regering betoogt nog dat er te dezen geen sprake is van enige verplichting om een samenwerkingsakkoord af te sluiten.

Bovendien is er geen overleg nodig op basis van artikel 6, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, omdat het bestreden decreet past in het kader van de gewestelijke bevoegdheid inzake de nieuwe energiebronnen, dus binnen de in artikel 6, § 1, VII, van die bijzondere wet bedoelde aangelegenheden.

Overigens heeft de Vlaamse Regering, na een resolutie van het Vlaams Parlement, in het Overlegcomité gevraagd om een advies van de CREG teneinde de injectietarieven te schrappen. De CREG heeft aan die vraag geen gevolg gegeven en heeft enkel onderzocht of de injectietarieven in overeenstemming zijn met het Europees recht.

A.5.1. In haar memorie van antwoord stelt de CREG dat de bestreden maatregel geen openbardienstverplichting is, maar een tarifaire maatregel.

Artikel 3, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG (hierna : de richtlijn 2009/72/EG) somt de openbardienstverplichtingen limitatief op, en die hebben alle betrekking op de leveringsprijzen, niet op de distributieprijzen. Binnen de gewestelijke bevoegdheden is er geen prestatie die onrechtstreeks gevolgen zou hebben voor de tarieven. Er is uitsluitend een maatregel op tarifair niveau, binnen de federale bevoegdheidssfeer.

Overigens werd de bestreden maatregel aanvankelijk voorgesteld als een puur tarifaire maatregel, die zes maanden later bij wege van amendement als een openbardienstverplichting is omschreven, met als bedoeling de controle van de CREG te omzeilen.

A.5.2. De CREG is van mening dat de precedents die de Vlaamse Regering aanhaalt, niet pertinent zijn.

Artikel 7.3.1 van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid is vergelijkbaar met het bestreden stelsel, maar het is eveneens in strijd met de bevoegdheidsverdelende regels. Het komt een gewest niet toe om bepaalde installaties vrij te stellen van de betaling van aansluitingskosten. Dat dit stelsel niet is aangevochten, betekent niet dat het grondwettig is.

In de andere voorbeelden is er geen rechtstreekse ingreep in de tarifaire bevoegdheid maar een prestatie (het leveren van 100 kW elektriciteit, de plaatsing van meters of de verlichting van openbare ruimtes) en, derhalve, een openbardienstverplichting die binnen de gewestelijke bevoegdheden valt. De CREG behoudt daarbij haar bevoegdheid om controle uit te oefenen op het doorrekenen van de kosten.

Ook de verwijzing naar het voormelde arrest nr. 36/98 is volgens de verzoekende partij niet pertinent. Bij de levering van een hoeveelheid water is er een tegenprestatie die valt binnen de gewestelijke bevoegdheid inzake waterdistributie. En anders dan bij water is er inzake elektriciteit in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen een uitdrukkelijke uitzondering op de gewestelijke bevoegdheid inzake de distributie, wat de tarieven betreft.

Voor de CREG dient veeleer het arrest nr. 97/2011 bij de zaak te worden betrokken dan het arrest nr. 36/98, dat in een fundamenteel verschillende context werd uitgesproken.

A.5.3. De verzoekende partij betoogt dat indien de stelling van de Vlaamse Regering wordt gevolgd dat het te dezen zou gaan om een openbardienstverplichting, hoe dan ook het Europees recht, gelezen in samenhang met het gelijkheidsbeginsel, wordt geschonden, aangezien de maatregel in strijd is met het vrij verkeer van goederen, met het verbod tot staatssteun en met de richtlijn 2009/72/EG.

A.5.4. De CREG betoogt ook dat indien de gewesten openbardienstverplichtingen zouden kunnen opleggen die rechtstreeks de bepaling van de distributienettarieven betreffen, haar bevoegdheden als regulator zouden worden uitgehold.

Bovendien zou het bepalen van de distributietarieven dan geen exclusief federale bevoegdheid meer zijn, maar een gedeelde bevoegdheid.

A.5.5. De verzoekende partij is voorts van mening dat zelfs indien er sprake zou zijn van een openbardienstverplichting, het ook dan nog gaat om een tarifaire maatregel, waarvoor enkel de federale overheid bevoegd is. De CREG refereert in dat verband opnieuw aan het arrest nr. 97/2011.

Zij refereert ook aan een gezamenlijk advies van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) en het Vlaams Energieagentschap (VEA) van 21 oktober 2011, waarin die instanties bevestigen dat de Vlaamse overheid de regeling inzake injectietarieven niet kan aanpassen zolang de bevoegdheid inzake distributietarieven niet is overgeheveld.

A.5.6. De CREG stelt dat de Vlaamse Regering zich, wat de impliciete bevoegdheden betreft, ertoe beperkt te verwijzen naar de parlementaire voorbereiding, zonder de elementen van het verzoekschrift te bespreken. De CREG verwijst dan ook naar dit laatste.

A.5.7. De CREG betwist het standpunt van de Vlaamse Regering dat de bestreden maatregel de uitoefening van de federale bevoegdheid niet onmogelijk of buitenmate moeilijk maakt.

Zelfs indien het de bedoeling is om de energiewinning uit hernieuwbare energiebronnen te stimuleren, dan nog heeft de maatregel minstens tot gevolg dat de federale regel wordt geneutraliseerd, wat blijkens de parlementaire voorbereiding werd beoogd, hetgeen kennelijk in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, des te meer daar er geen overleg is geweest.

A.5.8. Ook al is er geen bepaling die een samenwerkingsakkoord verplicht stelt, dan nog is een regeling met betrekking tot de vrijstelling van injectietarieven volgens de CREG dermate verweven met de bestaande wetgeving die deze tarieven vaststelt, dat op zijn minst een overleg nodig was.

Dat beide stelsels voor een gedifferentieerde regeling in aanmerking zouden komen, belet niet dat een vorm van overleg noodzakelijk is.

De modaliteiten van het overleg in het kader van de aanneming van de federale norm die de injectietarieven mogelijk heeft gemaakt, zijn naar de mening van de verzoekende partij niet ter zake dienend. Als de Vlaamse Regering daarover bezwaren had, moest zij die norm voor het Hof aanvechten in plaats van zonder overleg een tegenmaatregel te nemen.

Door aan te klagen dat er op federaal niveau onvoldoende overleg is geweest, erkent de Vlaamse Regering dat beide bevoegdheden nauw zijn verweven en dat ook voor het bestreden decreet een voorafgaand overleg moest plaatsvinden.

A.6.1. De Ministerraad benadrukt dat de Europese doelstelling om de energiewinning uit hernieuwbare energiebronnen te bevorderen, geen afbreuk doet aan de interne structuur van de lidstaten. Ook wanneer het Vlaamse Gewest optreedt in het kader van die doelstelling, dient het de bevoegdheidverdelende regels te respecteren.

De Ministerraad is het eens met de stelling van de CREG dat de verplichting tot het kosteloos injecteren van groene elektriciteit op het net niet kan worden beschouwd als een openbardienstverplichting. Er is immers geen sprake van een dienst van openbaar nut, maar enkel van een rechtstreekse ingreep in de tarieven.

Doordat het bestreden decreet ervoor zorgt dat een bepaalde tariefpost niet meer kan worden aangerekend aan een bepaalde categorie van exploitanten, bevat het decreet een discriminerende maatregel, wat evenmin wordt toegestaan door artikel 3, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG.

De Ministerraad benadrukt ook dat uit de parlementaire voorbereiding van het decreet van 23 december 2010 blijkt dat een openbardienstverplichting wordt opgelegd opdat de regulator de kosten niet kan weigeren, noch een negatieve correctie van de billijke winstmarge kan doorvoeren.

Volgens de Ministerraad moet de bestreden maatregel dan ook worden gekwalificeerd als een tariefmaatregel. Artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is derhalve geschonden.

A.6.2. Dat het bestreden decreet noodzakelijk zou zijn voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid is naar de mening van de Ministerraad reeds tegengesproken in het voormelde arrest nr. 97/2011, waarin het Hof van oordeel was dat de regeling inzake de injectietarieven, in zoverre die ook van toepassing is op de hernieuwbare energiebronnen, het evenredigheidsbeginsel in acht neemt en derhalve de uitoefening van de gewestbevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt.

De Ministerraad verzoekt het Hof voor recht te zeggen dat het Vlaamse Gewest evenmin op basis van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bevoegd was om het bestreden decreet aan te nemen.

A.6.3. Volgens de Ministerraad schendt het decreet van 23 december 2010 hoe dan ook het evenredigheidsbeginsel, nu de uitoefening van de federale bevoegdheid inzake de tarieven onmogelijk wordt gemaakt, zo niet buitenmatig wordt bemoeilijkt. Het decreet voorziet immers in een vrijstelling, terwijl de federale regelgeving voorziet in een mogelijkheid tot het aanrekenen van injectietarieven.

A.6.4. De Ministerraad blijft erbij dat de maatregel in ieder geval dermate nauw is verbonden met de tariefbevoegdheid van de federale overheid, dat een samenwerkingsakkoord nodig was.

In overweging 34 van de 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 (hierna : de richtlijn 2009/28/EG) staat dat, om een energiemodel te verkrijgen dat energie uit hernieuwbare bronnen bevordert, strategische samenwerking tussen de lidstaten moet worden aangemoedigd en dat daarbij waar nodig ook regionale en lokale overheden moeten worden betrokken. Volgens de Ministerraad volgt daaruit dat indien een samenwerking op communautair vlak wordt aangemoedigd, een samenwerking binnen de lidstaten onmogelijk kan worden uitgesloten.

A.7.1. In haar memorie van wederantwoord stelt de Vlaamse Regering dat de CREG, in zoverre ze aanvoert dat het bestreden decreet, mocht het een openbardienstverplichting invoeren, in strijd zou zijn met het Europees recht, een nieuw middel aanvoert, wat niet ontvankelijk is.

In ondergeschikte orde voert de Vlaamse Regering aan dat zij niet inziet waarom artikel 3 van de richtlijn 2009/72/EG niet toepasselijk zou zijn op distributienetbeheerders. Als de CREG zou bedoelen dat de distributienetbeheerder geen prestatie levert en die dus niet als een openbare dienst kan worden beschouwd, miskent de CREG de definitie van een openbardienstverplichting. De dienst die de distributienetbeheerder verleent, is het mogelijk maken van de injectie van elektriciteit uit hernieuwbare energie in het distributienetwerk en dus het ter beschikking stellen en onderhouden van de infrastructuur daarvoor.

Dat de bestreden maatregel niet van meet af aan als een openbardienstverplichting is gekwalificeerd, is niet relevant : het staat vast dat de decreetgever van meet af aan beoogde dat de kosten niet aan de kwetsbare groep van producenten van hernieuwbare energie mochten worden toegerekend, wat reeds het concept van een openbardienstverplichting inhield.

A.7.2. Volgens de Vlaamse Regering merkt het bestreden decreet de toegang tot het distributienet aan als een prestatie, net zoals de aanleg van elektrische leidingen bedoeld in artikel 7.3.1 van het voormelde decreet van 8 mei 2009. Indien de CREG bedoelt dat het moet gaan om een prestatie die een openbardienstverplichting uitmaakt die « binnen de gewestelijke bevoegdheden valt », valt niet in te zien waarin de schending van de bevoegdheidsverdelende regels ligt.

Volgens de Vlaamse Regering is artikel 7.3.1 van het voormelde decreet van 8 mei 2009 evenmin in strijd met de bevoegdheidsverdelende regels, want het is evenmin als het bestreden decreet een tariefmaatregel : het bepaalt slechts de verdeling van de kosten voor de aansluiting tussen de productie-eenheid en het distributienet tussen de eigenaar van die eenheid en de distributienetbeheerder.

A.7.3. De Vlaamse Regering is van mening dat het arrest nr. 36/98 van het Hof wel degelijk transponeerbaar is.

De distributienetbeheerder levert wel degelijk een prestatie, met name de toegang tot het distributienet, wat het ter beschikking stellen en het onderhoud van de infrastructuur impliceert. De organisatie van het distributienet valt binnen de bevoegdheid van de gewesten krachtens artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. In die bijzondere wet wordt wel een uitzondering gemaakt voor de tarieven, maar niet voor de openbaredienstverplichtingen, die tot de gewestelijke bevoegdheid behoren.

A.7.4. De bewering van de CREG dat de Europeesrechtelijke voorwaarden voor een openbaredienstverplichting zouden zijn geschonden, moet volgens de Vlaamse Regering worden beschouwd als een nieuw middel, dat niet ontvankelijk is.

In ondergeschikte orde, mocht de openbaredienstverplichting worden beschouwd als een steunmaatregel, dan nog is die niet in strijd met artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De openbaredienstverplichting heeft een zo marginaal lokaal effect dat de mededinging niet wordt vervalst. Bovendien is de steun marginaal.

Volgens de Vlaamse Regering is het decreet van 23 december 2010 evenmin in strijd met de richtlijn 2009/72/EG.

A.7.5. De Vlaamse Regering volhardt in haar standpunt dat de openbaredienstverplichting geen tarifaire maatregel is. De maatregel is alleen genomen met het oog op het stimuleren van de hernieuwbare energieproductie, wat tot de exclusieve bevoegdheid van de gewesten behoort. Bovendien behoren de distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit via laagspanningsnetten tot de gewestelijke bevoegdheid, zoals de Ministerraad erkent. Met het oog op het stimuleren van de hernieuwbare energiebronnen mag een gewest aldus verplichtingen – en dus ook openbaredienstverplichtingen – opleggen aan de distributienetbeheerders.

A.7.6. In ondergeschikte orde verwijst de Vlaamse Regering naar haar eerste memorie wat betreft de mogelijkheid om een beroep te doen op de impliciete bevoegdheden krachtens artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Op het argument van de Ministerraad dat het Hof in zijn voormelde arrest nr. 97/2011 van oordeel was dat de regeling inzake de injectietarieven het evenredigheidsbeginsel in acht neemt, antwoordt de Vlaamse Regering dat de niet-schending van het evenredigheidsbeginsel niet inhoudt dat niet kan zijn voldaan aan de noodzakelijkheidsvereiste.

A.7.7. Volgens de Vlaamse Regering miskennen de CREG en de Ministerraad de draagwijdte van de federale regelgeving waar zij betogen dat het Vlaamse Gewest die regelgeving buitensporig moeilijk of onmogelijk maakt.

De federale regelgeving maakt het voor de distributienetbeheerders mogelijk om injectietarieven aan te rekenen, maar verplicht hen hiertoe niet. Die regeling bepaalt dus niet rechtstreeks de tarieven, maar geeft aan welke tariefposten kunnen worden aangerekend. Het bestreden decreet heeft enkel tot gevolg dat één bepaalde tariefpost niet exclusief kan worden aangerekend aan één bepaalde categorie van exploitanten, namelijk de exploitanten van hernieuwbare energie. Bovendien blijkt uit een advies van de CREG dat het bestreden decreet slechts een invloed van 0,5 pct. op de factuur van de consument zou hebben.

Wat het tweede middel betreft

A.8. In het tweede middel voert de CREG in ondergeschikte orde de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 37, lid 6, en 35, lid 4, van de richtlijn 2009/72/EG.

De verzoekende partij is van oordeel dat bij het bestreden decreet, voor een welbepaalde categorie van producenten en niet voor de anderen, een tarifair onderdeel is bepaald, terwijl de regulerende instanties exclusief bevoegd zijn voor de vaststelling of goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de tarieven, inclusief injectietarieven.

Tevens wordt aan de CREG een tarifaire methode opgelegd, terwijl elke lidstaat de onafhankelijkheid van de regulerende instantie moet waarborgen en haar geen instructies mag geven over de uitoefening van haar taken.

Het bestreden decreet is naar de mening van de verzoekende partij derhalve strijdig met de Europese bepalingen over de taken van de regulatoren, omdat alleen een onafhankelijke regulator en niet de politieke overheid de bevoegdheid heeft om de tarieven te bepalen en/of goed te keuren.

Die schending van het Europees recht gaat gepaard met een schending van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, omdat een onderscheid wordt gemaakt tussen de producenten van hernieuwbare energiebronnen en andere producenten.

A.9.1. De Ministerraad betoogt dat twee vergelijkbare categorieën van elektriciteitsproducenten verschillend worden behandeld. Daarbij wordt evenwel een onwettig doel nagestreefd doordat het de federale overheid onmogelijk wordt gemaakt haar tariefbeleid te voeren.

Aangezien de decreetgever een ongeoorloofd doel nastreeft, is het niet nodig na te gaan of het criterium van onderscheid pertinent is en of de maatregel evenredig is. Dat laatste is volgens de Ministerraad hoe dan ook niet het geval.

A.9.2. De Ministerraad refereert aan het voormelde arrest nr. 97/2011, waarin het Hof oordeelde dat de richtlijn 2009/72/EG een ruime bevoegdheid aan de regulator toewijst, en wenst verder niet in te gaan op de argumenten van de CREG wat haar bevoegdheden betreft.

A.10.1. De Vlaamse Regering is van mening dat het middel feitelijke grondslag mist omdat, zoals bij het eerste middel reeds is uiteengezet, het bestreden decreet niet de tarieven bepaalt, maar een openbardienstverplichting oplegt aan de distributienetbeheerders.

A.10.2. In ondergeschikte orde, mocht het Hof toch van oordeel zijn dat het bestreden decreet een tariefmaatregel is, zou de bevoegdheid van de regulator niet zijn miskend door een verbod om injectietarieven aan te rekenen aan producenten van hernieuwbare energie, wat een algemene beleidsrichtlijn is die door de politieke overheid mag worden uitgevaardigd.

A.10.3. De Vlaamse Regering betoogt dat het decreet van 23 december 2010 niet in strijd is met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Het bestreden decreet behandelt de producenten van hernieuwbare energie op een andere wijze, maar dat verschil in behandeling is redelijk verantwoord daar het een legitiem doel beoogt, namelijk het stimuleren van energiewinning uit hernieuwbare energiebronnen.

Die maatregel is bovendien pertinent en evenredig. Het staat aan de decreetgever, en niet aan de CREG, te oordelen of de maatregel pertinent is om het doel te bereiken.

Volgens de Vlaamse Regering is de maatregel ten slotte ook evenredig met het doel, dat niet de miskennis van de federale bevoegdheid is, maar het waarborgen en stimuleren van energiewinning uit hernieuwbare energiebronnen, en dat ter bescherming van het leefmilieu.

A.11.1. In haar memorie van antwoord blijft de CREG erbij dat uit de tekst en de parlementaire voorbereiding van het bestreden decreet blijkt dat het rechtstreeks een tarifaire aangelegenheid betreft, nu het een vrijstelling voor bepaalde productiemiddelen instelt.

De vaststelling van de distributienettarieven is krachtens artikel 37, lid 6, van de richtlijn 2009/72/EG de bevoegdheid van de regulator. Het is niet langer mogelijk dat een politieke overheid in dat proces ingrijpt.

A.11.2. In ondergeschikte orde herhaalt de CREG dat een openbardienstverplichting hoe dan ook niet als gevolg kan hebben dat van de tarifaire bevoegdheden van de regulator wordt afgeweken.

Enkel van de bepalingen opgesomd in artikel 3, lid 14, van de richtlijn 2009/72/EG is een afwijking mogelijk. Daaronder vallen niet de artikelen 35 en 37 van die richtlijn.

A.11.3. De verzoekende partij betwist de stelling van de Vlaamse Regering dat het decreet van 23 december 2010 een toegelaten « algemene beleidsrichtlijn » zou instellen.

De richtlijn maakt geen uitzondering op de exclusieve bevoegdheid van de regulator inzake de tarieven en stelt in zijn artikel 35, lid 4, uitdrukkelijk dat algemene beleidsrichtlijnen geen betrekking mogen hebben op de gereserveerde bevoegdheden, waaronder de nettarieven.

Voorts is er hoe dan ook geen sprake van algemene beleidsrichtlijnen, maar van een concrete tarifaire modaliteit.

De CREG voert aan dat haar tarifaire bevoegdheid geen louter procedurele bevoegdheid is, maar een inhoudelijke. Zij moet nagaan of de kosten op basis waarvan de voorgestelde tarieven werden berekend, redelijk zijn en met de werkelijkheid overeenstemmen, maar ook of die kosten betrekking hebben op de aangerekende dienst en of het tarief derhalve die kosten correct weerspiegelt. Door in te grijpen in de aanrekenbaarheid van bepaalde kosten in het tarief ten aanzien van sommige gebruikers van het net, trekt de bestreden maatregel die evenwichtsoefening die de CREG moet maken - en waartoe zij exclusief bevoegd is - geheel scheef.

De CREG besluit dat het bestreden decreet in strijd is met de richtlijn 2009/72/EG.

A.12. In zijn memorie van wederantwoord bevestigt de Ministerraad zijn eerste memorie en gaat hij niet nader in op het tweede middel.

A.13.1. Volgens de Vlaamse Regering in haar memorie van wederantwoord miskent de CREG artikel 3, lid 14, van de richtlijn 2009/72/EG door te stellen dat de openbaredienstverplichtingen slechts afwijkingen op de artikelen 7, 8 en 32 tot 34 van die richtlijn mogen inhouden.

A.13.2. De Vlaamse Regering betwist dat het bestreden decreet geen algemene beleidsrichtlijn zou kunnen zijn en dat het de inhoudelijke en procedurele bevoegdheden van de CREG zou schenden.

De kosten van de openbaredienstverplichting kunnen nog steeds door de CREG worden weerspiegeld in de elektriciteitsprijs die de CREG goedkeurt. Het bestreden decreet leidt niet ertoe dat de kosten niet in rekening zouden worden gebracht : het bepaalt alleen wie de kosten betaalt, namelijk alle consumenten.

Wat de door de Ministerraad aangevoerde middelen betreft

A.14.1. De Ministerraad voert in zijn memorie als aanvulling bij het tweede middel van de CREG aan dat het decreet van 23 december 2010 in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het Europese principe van niet-discriminatoire en kostenreflecterende tarieven, zoals onder meer gewaarborgd in de artikelen 25, lid 2, en 32, lid 1, van de richtlijn 2009/72/EG en in artikel 16, lid 8, van de richtlijn 2009/28/EG.

Volgens de Ministerraad stelt de richtlijn 2009/72/EG, die de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit bepaalt, uitdrukkelijk dat de tarieven voor de nettoegang transparant en niet-discriminerend moeten zijn en een weerspiegeling van de kosten dienen te vormen. De richtlijn 2009/28/EG beoogt de bevordering van het gebruik uit hernieuwbare energiebronnen en stelt dat de tarieven voor distributie geen discriminatie mogen inhouden.

De Ministerraad is van oordeel dat het bestreden decreet niet enkel een discriminatoire regeling invoert, maar daarenboven indruist tegen de Europese verplichting dat de tarieven een weerspiegeling moeten zijn van de kosten.

A.14.2. De Ministerraad voert ook de schending aan van het Europese beginsel van vrij verkeer van goederen zoals gewaarborgd bij de artikelen 34 en 35 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en met het Belgische beginsel van de economische en monetaire unie dat is verankerd in artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

De Ministerraad doet opmerken dat de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies bij het ontwerp van het thans bestreden decreet vraagtekens plaatste bij de verenigbaarheid van de regeling met de voormelde beginselen (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2009-2010, nr. 624/2, p. 12).

A.15.1. In haar memorie van antwoord stelt de CREG dat de nieuwe middelen van de Ministerraad ontvankelijk zijn.

A.15.2. Ten gronde merkt de CREG op dat de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) en het Vlaams Energieagentschap (VEA) in hun gezamenlijk advies van 21 oktober 2011 het standpunt van de Ministerraad inzake kostenreflectiviteit lijken te delen, waar zij adviseren dat «het principe van aanrekening van kosten in de nettarieven [vraagt] dat deze ten laste komen van de (groep van) afnemers die er ook de veroorzakers van zijn. In dit geval zijn dat de producenten van milieuvriendelijke energie ».

Voor het overige gedraagt de CREG zich wat de nieuwe middelen betreft naar de wijsheid van het Hof.

A.16.1. In zijn memorie van wederantwoord benadrukt de Ministerraad dat het Hof de problematiek van de strijdigheid van het decreet van 23 december 2010 met de aangevoerde Europeesrechtelijke bepalingen dient te onderzoeken, rekening houdend met de voorrang van het Europese Unierecht.

De lidstaten dienen te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om de daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren in het rechtsgebied van de Europese Unie.

A.16.2. Voor de aanvullende onderdelen van het tweede middel van de CREG verwijst de Ministerraad naar zijn eerste memorie.

A.17.1. De Vlaamse Regering betoogt in haar memorie van wederantwoord dat het bestreden decreet geenszins het principe van transparante en kostenreflecterende tarieven schendt.

Het enige wat het decreet doet, is de kosten voor de injectie van hernieuwbare energiebronnen solidariseren over alle consumenten in plaats van die door de producenten te laten dragen. Het tarief dat de consument betaalt, wordt hierdoor niet minder transparant of minder kostenreflecterend.

Volgens de Vlaamse Regering heeft het principe van de transparante en kostenreflecterende tarieven geenszins de draagwijdte die de Ministerraad eraan geeft.

Mocht het Hof daaraan twijfelen, dan dient aan het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële vraag te worden gesteld die naar het oordeel van de Vlaamse Regering zou moeten luiden als volgt :

« Moeten de artikelen 25 (2) en 32 (1) van de Richtlijn 2009/72/EG en artikel 16 (8) van de Richtlijn 2009/28/EG en het in deze artikelen vervatte principe van transparante en kostenreflecterende tarieven worden geïnterpreteerd in de zin dat zij verhinderen dat aan een netbeheerder, met het oog op het stimuleren van de productie van hernieuwbare energie, de openbaredienstverplichting wordt opgelegd om alle taken die noodzakelijk zijn voor de injectie van elektriciteit, geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling, met uitzondering van de aansluiting op het distributienet of het plaatselijk vervoernet, kosteloos uit te voeren, en als dusdanig de kost van de injectietarieven wordt gesolidariseerd en gedragen door alle consumenten en niet door de groep van producenten van hernieuwbare energie ? ».

A.17.2. Naar de mening van de Vlaamse Regering is het tweede onderdeel van het middel evenmin gegrond in zoverre het de schending aanvoert van het Europese beginsel van het vrij verkeer en van het Belgische beginsel van de economische en monetaire unie, omdat de vrijstelling van de injectietarieven alleen zou gelden voor energie uit hernieuwbare energiebronnen die in het Vlaamse Gewest wordt gewonnen.

Het bestreden decreet maakt geen onderscheid of die hernieuwbare energie in Vlaanderen dan wel elders wordt opgewekt, al zal het eerste waarschijnlijker zijn dan het laatste. Daar het bestreden decreet op dat stuk geen onderscheid maakt en dus niet uitsluit dat de energie buiten het Vlaamse Gewest wordt opgewekt, is er geen schending van de principes van de Europese of van de Belgische economische unie.

In ondergeschikte orde, mocht het Hof oordelen dat het bestreden decreet alleen toepasselijk is op hernieuwbare energie die in het Vlaamse Gewest wordt opgewekt, *quod non*, leidt dat geenszins ertoe dat de principes van de Europese economische unie zouden zijn geschonden. De Europese economische unie verbiedt niet dat er een verschillende regelgeving met betrekking tot de injectietarieven bestaat.

Voorts kan er volgens de Vlaamse Regering geen schending zijn van de Belgische economische en monetaire unie, rekening houdend met de marginale weerslag van de maatregel op de tarieven voor de consument.

A.17.3. In uiterst ondergeschikte orde verzoekt de Vlaamse Regering het Hof, indien het bestreden decreet alsnog vernietigd zou worden, de gevolgen van het decreet in het belang van de distributienetbeheerders te handhaven tot minstens de datum van de publicatie van het arrest.

In het tegenovergestelde geval zouden immers onoverkomelijke facturatieproblemen rijzen, aangezien de distributienetbeheerders voor de periode vanaf de inwerkingtreding van het bestreden decreet (30 januari 2011) tot de datum van de publicatie van het arrest - voor zover dat materieel mogelijk zou zijn - de injectietarieven alsnog en dus retroactief zouden moeten doorrekenen aan de producenten van hernieuwbare energie en verrekenen voor de eindgebruikers aan wie die tarieven gedurende die periode reeds als openbare dienstverplichting werden doorgerekend.

A.18. Uitgenodigd om in een aanvullende memorie standpunt in te nemen over het verzoek van de Vlaamse Regering, in uiterst ondergeschikte orde, om in geval van een vernietiging de gevolgen van het decreet te handhaven, stelt de CREG dat er zowel formele als materiële motieven zijn om een gevolghandhaving af te wijzen.

Allereerst is de vraag te algemeen. De Vlaamse Regering preciseert niet of de niet gefactureerde bedragen ten laste van de distributienetbeheerders moeten blijven of daarentegen ten laste van de afnemers moeten worden gelegd.

Volgens de CREG is een eerste materieel motief om niet te handhaven het gedrag van de Vlaamse Regering. De decreetgever heeft bewust gekozen om het decreet aan te nemen ondanks het door de Raad van State opgeworpen bevoegdheidsprobleem. De Vlaamse Regering moet zich achteraf niet beklagen en vragen om alsnog de gevolgen te handhaven.

Een tweede motief is dat het belang van de distributienetbeheerders bij een handhaving, namelijk om facturatieproblemen te vermijden, niet geldig kan worden aangevoerd. De maatschappijen Infrax en Eandis, die samenwerken met de distributienetbeheerders waarbij 99 pct. van de Vlaamse elektriciteitsgebruikers zijn aangesloten, waren op de hoogte van het probleem van de schending van de bevoegdheidverdelende regels door het bestreden decreet. Zij hebben bij de facturatie uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt voor een eventuele vernietiging en hebben de mogelijke wijzigingen in de tarieven als gevolg daarvan aangekondigd. Er zijn dus geen legitieme verwachtingen gecreëerd.

Als derde motief tegen een handhaving van de gevolgen voert de CREG aan dat een aanpassing van de tarieven voor de elektriciteitsproducenten en eindgebruikers niet uitzonderlijk is. Enerzijds, worden de distributietarieven berekend op basis van een raming. Bij de eindafrekening worden de tarieven dan gecorrigeerd, rekening houdend met de werkelijke kosten en parameters. Het is een stelsel dat eigen is aan de doorrekening van tarieven, en dat jaarlijks wordt toegepast. Anderzijds, betalen de eindgebruikers de globale energiefacturen, inclusief de distributietarieven, op basis van maandelijks voorschotfacturen en wordt eenmaal per jaar een eindafrekening gemaakt op basis van de werkelijke parameters. Met andere woorden is het ook op het vlak van de globale energieprijzen eigen aan de facturatiemodaliteiten dat het definitieve bedrag niet meteen bekend is en achteraf wordt rechtgezet.

In die context ziet de CREG geen verantwoording om de gevolgen van het bestreden decreet te handhaven.

A.19. De Ministerraad verzet zich uitdrukkelijk tegen een handhaving van de gevolgen van het bestreden decreet wat de toekomst betreft. Het kan niet worden aanvaard dat na een eventuele vernietiging het Vlaamse Gewest de distributienetbeheerders zou verbieden injectietarieven aan te rekenen.

Wat betreft de handhaving van de gevolgen tot de datum van bekendmaking van het arrest, refereert de Ministerraad aan het arrest van het Hof nr. 97/2011 van 31 mei 2011.

In dat arrest vernietigde het Hof artikel 41 van de wet van 15 december 2009 « houdende bekrachtiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen », in zoverre het de artikelen 9 tot 14 van het koninklijk besluit van 2 september 2008 « betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en

procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit » bekrachtigt.

De Ministerraad doet opmerken dat die artikelen 9 en 14 de algemene tariefstructuur voor het gebruik en de aansluiting op het distributienet bepalen en dat het Hof het niet nodig achtte de gevolgen te handhaven.

De Ministerraad laat het aan het oordeel van het Hof over om te bepalen of er te dezen aanleiding is om de gevolgen van het bestreden decreet te handhaven, maar uiterlijk tot de datum van bekendmaking van het arrest.

– B –

B.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de bevoegdheidverdelende regels, inzonderheid artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), en § 3, en artikel 92*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de federale loyauteplicht en het evenredigheidsbeginsel, doordat het decreet van het Vlaamse Gewest van 23 december 2010 « houdende wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het vermijden van injectietarieven voor elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling » (hierna : het decreet van 23 december 2010) een tariefmaatregel uitmaakt, terwijl het bepalen van de tarieven voor de distributie van elektriciteit (inclusief injectietarieven) – en derhalve tevens de vrijstelling van (injectie)tarieven – een exclusief federale aangelegenheid is en doordat, subsidiair, in elk geval voorafgaand overleg tussen de Vlaamse en de federale overheid moest zijn gepleegd, wat niet heeft plaatsgehad.

B.2. De bepalingen van het decreet van 23 december 2010 luiden als volgt :

« Artikel 1. Dit decreet regelt een gewestaangelegenheid.

Art. 2. Aan titel IV, hoofdstuk I, afdeling VIII, van het Energiedecreet van 8 mei 2009 wordt een artikel 4.1.22/1 toegevoegd, dat luidt als volgt :

‘ Art. 4.1.22/1. De netbeheerder voert alle taken die noodzakelijk zijn voor de injectie van elektriciteit, geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling, met uitzondering van de aansluiting op het distributienet of het plaatselijk vervoernet, kosteloos uit. De kosten die hiervoor ten laste gelegd worden van de netbeheerder, worden beschouwd als kosten ten gevolge van de openbardienstverplichtingen van de netbeheerder als netbeheerder. ’ ».

B.3.1. Het voorstel van decreet werd door de indieners ervan toegelicht als volgt :

« Sinds enige tijd rekenen verschillende distributienetbeheerders injectietarieven aan aan elektriciteitsproducenten die hun elektriciteit injecteren op het distributienet. Zij doen dat na akkoord met de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) [...]. Bij de aanrekening van periodieke tarieven voor de bovenstaande componenten wordt volgens artikel 9 tot en met 13 van het KB Meerjarentarieven de mogelijkheid geboden aan de netbeheerder om die tarieven zowel aan te rekenen voor de afname als de injectie op hun net. De periodieke tarieven die door de netbeheerder voor de bovenstaande componenten worden aangerekend voor de injectie op hun net, worden aangeduid als injectietarieven.

De invoering van injectietarieven doorkruist het Vlaamse beleid ter bevordering van de productie van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen of uit kwalitatieve warmtekrachtkoppeling.

De Vlaamse overheid heeft ambitieuze doelstellingen vooropgesteld met betrekking tot de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling. [...] De initiatieven van het Vlaamse Gewest zijn erop gericht om de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling te stimuleren. De aanrekening van injectietarieven aan de producenten ervan werkt juist contraproductief.

[...]

Injectietarieven zijn echter geen goede oplossing om ervoor te zorgen dat decentrale productie-installaties op een meer kostenoptimale manier worden aangesloten op het distributienet. [...]

Voor de problematiek van in een aantal gevallen maatschappelijk moeilijk aanvaardbare kosten voor de aansluiting van decentrale elektriciteitsproductie zijn er meer gerichte maatregelen nodig. Zoals vastgelegd in het Vlaamse regeerakkoord [...] wil de Vlaamse Regering naar een oplossing werken voor die problematiek, bijvoorbeeld door een verfijning van de openbare dienstverplichting voor de distributienetbeheerders op het vlak van de aansluiting van decentrale productie-installaties.

De aanrekening van injectietarieven vormt tevens een discriminatie voor decentrale productie ten opzichte van de centrale productie, aangezien er geen injectietarieven worden aangerekend door de distributienetbeheerders voor geïnjecteerde elektriciteit, afkomstig van het transmissienet. [...]

Om die redenen heeft de Vlaamse Regering dat punt geagendeerd op het Overlegcomité tussen de Federale Regering en de gewestregeringen dat plaatsvond op 14 oktober 2009. Op het Overlegcomité werd beslist dat de federale minister van Energie een advies zou vragen aan de CREG over de mogelijkheid de injectietarieven die van toepassing zijn, af te schaffen en een voorstel tot wetsontwerp ervoor op te stellen tegen het einde van 2009. [...]

[...]

Ondertussen bracht de CREG haar advies uit [...] . De CREG pleit daarin ‘ voor het behoud van injectietarieven in de tarifaire wetgeving ’. [...]

Merkwaardig is dat de CREG wel stelt dat ‘ bij de berekening van de toe te kennen steun aan hernieuwbare energie (groenestroomcertificaten) rekening kan gehouden worden met injectietarieven. ’ [...] Uit de studie van de CREG kunnen we ook afleiden dat de impact van de afschaffing van de injectietarieven op de afnamekosten van de verschillende categorieën typeklanten zeer beperkt is (tot 0,5 % van het distributienettarief dat op zich maar ca. 30 % uitmaakt van het totale tarief). Dit terwijl de negatieve impact op de rentabiliteit van de individuele productie-installaties wel significant is (uit de studie van de CREG blijkt een 6 %-opbrengstdaling voor een type wkk van 1,2 MW en een 88 %-opbrengstdaling voor een PV-installatie van 30 kW; p. 98 van de studie).

Dit voorstel van decreet strekt ertoe in het Elektriciteitsdecreet en het gecoördineerde Energiedecreet een bepaling toe te voegen die de Vlaamse distributienetbeheerders voor elektriciteit verplicht alle taken die noodzakelijk zijn voor de injectie van groene stroom en elektriciteit, geproduceerd door middel van kwalitatieve warmte-krachtkoppeling, met uitzondering van de aansluiting op het distributienet, kosteloos uit te voeren » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2009-2010, nr. 624/1, pp. 2-4).

B.3.2. Wat meer bepaald de bevoegdheid voor die aangelegenheid betreft, vermeldt het verslag namens de Commissie voor Woonbeleid, Stedelijk Beleid en Energie van het Vlaams Parlement :

« De tarifiering voor het gebruik van het distributienet is in principe een federale aangelegenheid. Als het Vlaamse Gewest wil ingrijpen, moet het gebruikmaken van de zogenaamde impliciete bevoegdheden op basis van artikel 10 van de bijzondere wet op de hervorming van de instellingen. Dat artikel stelt dat gewesten zich mogen inlaten met federale bevoegdheden als aan een aantal voorwaarden is voldaan. Een eerste voorwaarde is dat de decreetgever zelf de impliciete bevoegdheden moet uitoefenen en dit dus [niet] mag [overlaten] aan de uitvoerende macht. Aangezien het voorliggende initiatief een voorstel van decreet is, is aan die voorwaarde voldaan. De Raad van State heeft op dat vlak dan ook geen opmerkingen.

Een tweede voorwaarde is dat het uitoefenen van de impliciete bevoegdheden noodzakelijk moet zijn voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden van het Vlaamse Gewest. In de toelichting tonen de indieners volgens [één van hen] voldoende aan dat de federale injectietarieven het Vlaamse beleid voor het stimuleren van hernieuwbare energie doorkruisen. De rentabiliteit van een aantal projecten voor hernieuwbare energie en kwalitatieve wkk komt in gevaar door de injectietarieven. De CREG werpt op dat het Vlaamse Gewest dat zou kunnen compenseren met extra subsidies. Maar dat zou leiden tot de absurde situatie dat het Vlaamse Gewest extra subsidieert wat de federale staat belast. De suggestie van de CREG om de gegarandeerde waarden van wkk-certificaten op te krikken, gaat ook voorbij aan het feit dat het leeuwendeel van de certificaten op de markt wordt verhandeld en niet door de distributienetbeheerders aan een bepaalde kostprijs wordt aangekocht. Voor die certificaten biedt de suggestie van de CREG geen oplossing. Om het Vlaamse beleid inzake hernieuwbare en duurzame energie veilig te stellen, is het Vlaams Parlement dus genoodzaakt om zijn impliciete bevoegdheden uit te oefenen.

Een derde voorwaarde is dat de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling moet lenen. De Raad van State betwist niet dat het voorstel van decreet hieraan voldoet. Het voorstel gaat enkel over kwalitatieve wkk en hernieuwbare energiebronnen. Het staat de andere gewesten vrij om wel injectietarieven toe te staan. Het is dus duidelijk een gedifferentieerde regeling.

Tot slot zegt artikel 10 dat impliciete bevoegdheden enkel mogelijk zijn als de weerslag op de federale bevoegdheden slechts marginaal is. De Raad van State stelt over onvoldoende informatie te beschikken om deze laatste voorwaarde te kunnen beoordelen en tekent een voorbehoud aan. [Een van de indieners] zal dus proberen aan te tonen dat dit effect wel degelijk marginaal is. Het voorstel van decreet slaat slechts op enkele tariefposten van het KB Tarieven, onder meer over systeembeheer, meten en tellen en ondersteunende diensten. Aan de rest van de tariefstructuur raakt het helemaal niet. In die zin is de impact op federale bevoegdheden marginaal. Het toepassingsgebied van het voorstel beperkt zich ook tot kwalitatieve wkk en HE-installaties. Ook in die zin is de impact op de federale bevoegdheden marginaal. De voorgestelde afwijking doet evenmin afbreuk aan essentiële federale bepalingen. De afwijking betreft immers een minder belangrijk aspect van de federale regelgeving. Dat kan worden afgeleid uit het feit dat niet alle distributienetbeheerders op dit moment injectietarieven toepassen » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2009-2010, nr. 624/3, pp. 5-6).

B.3.3. Artikel 2, van het bestreden decreet, inzonderheid de *in fine* ingevoegde zin (« De kosten die hiervoor ten laste gelegd worden van de netbeheerder, worden beschouwd als kosten ten gevolge van de openbaredienstverplichtingen van de netbeheerder als netbeheerder »), is het resultaat van een amendement op het voorstel, dat als volgt is verantwoord :

« De nodige rechtszekerheid moet geboden worden aan de netbeheerders op wie de verplichting van de kosteloze injectie wordt opgelegd. Wanneer een netbeheerder door deze verplichting een door de bevoegde regulator goedgekeurd tarief niet kan factureren, en er geen expliciete verwijzing is dat de verplichting een openbaredienstverplichting (ODV) betreft, ontstaat het risico dat de bevoegde regulator de kosten (of minderinkomsten) niet aanvaardt en er dus *de facto* een negatieve correctie is van de billijke winstmarge. Dit is de hoofdreden dat ook bij reeds bestaande verplichtingen die op de netbeheerders rusten (bijvoorbeeld inzake het beperken van aansluitkosten, plaatsing van dag- en nachtmeters, openbare verlichting) steeds een expliciete verwijzing naar de openbaredienstverplichtingen in het betreffende artikel werd ingeschreven (zie artikels 3.1.38, 3.1.41 en 6.4.13 van het Energiebesluit van 19 november 2010).

Daarom worden twee wijzigingen doorgevoerd :

1. Omdat dit artikel een ODV betreft, wordt het niet toegevoegd aan afdeling VI. Toegang tot een distributienet of plaatselijk vervoernet van elektriciteit van titel IV, hoofdstuk I, maar aan afdeling VIII. Openbaredienstverplichtingen opgelegd aan de netbeheerder van titel IV, hoofdstuk I.

2. Er wordt expliciet toegevoegd dat deze kosten moeten beschouwd worden als kosten ten gevolge van de openbaredienstverplichtingen van de netbeheerder als netbeheerder » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2009-2010, nr. 624/4, p. 2).

B.4.1. Krachtens artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gewesten bevoegd voor :

« Wat het energiebeleid betreft :

De gewestelijke aspecten van de energie, en in ieder geval :

- a) De distributie en het plaatselijke vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70 000 volt;
- b) De openbare gasdistributie;
- c) De aanwending van mijn gas en van gas afkomstig van hoogovens;
- d) De netten voor warmtevoorziening op afstand;
- e) De valorisatie van steenbergen;
- f) De nieuwe energiebronnen met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie;
- g) De terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers;
- h) Het rationeel energieverbruik.

De federale overheid is echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten :

- a) Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector;
- b) De kernbrandstofcyclus;
- c) De grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de produktie van energie;
- d) De tarieven ».

B.4.2. Aldus heeft de bijzondere wetgever het energiebeleid opgevat als een gedeeld exclusieve bevoegdheid, waarbij het bepalen van de tarieven tot de bevoegdheid van de federale wetgever is blijven behoren. Onder « tarieven » dienen te worden begrepen zowel de tarieven voor levering aan de gewone consument als die voor industriële levering van gas en elektriciteit (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, p. 145).

B.4.3. Ook de tarieven die door de distributienetbeheerders aan de producenten van elektriciteit kunnen worden aangerekend, behoren tot de bevoegdheid van de federale overheid. Die tarieven beïnvloeden immers de prijs die aan de klant wordt aangerekend.

Bijgevolg behoort de regeling betreffende de injectietarieven tot de bevoegdheid van de federale overheid, zowel om dergelijke tarieven in te voeren, of te voorzien in de mogelijkheid daartoe, als om daarvan op een of andere wijze vrij te stellen, en de modaliteiten met betrekking tot de tarieven te bepalen.

B.5. Het decreet van 23 december 2010 beoogt het injectietarief dat de distributienetbeheerders krachtens de federale regeling kunnen vragen, *de facto* te neutraliseren door voor te schrijven dat de injectie van elektriciteit, geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling kosteloos moet worden uitgevoerd.

Het gegeven dat die kosten door het bestreden decreet ten laste worden gelegd van de netbeheerder en als openbardienstverplichting worden aangemerkt, neemt niet weg dat het om een tariefmaatregel gaat die het de distributienetbeheerders verbiedt voor bepaalde energiebronnen injectietarieven aan te rekenen en die de prijs beïnvloedt die aan de consument wordt aangerekend. Het gaat derhalve, wat het energiebeleid betreft, om een aangelegenheid die door de bijzondere wetgever aan de federale overheid is voorbehouden.

B.6.1. De Vlaamse Regering betoogt dat de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest om het bestreden decreet van 23 december 2010 aan te nemen, kan worden gegrond op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat bepaalt :

« De decreten kunnen rechtsbepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor de Parlementen niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid ».

Opdat artikel 10 toepassing kan vinden, is het vereist dat de aangenomen regeling noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van het gewest, dat de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.

B.6.2. Zonder dat het nodig is uit te maken of de bestreden maatregel noodzakelijk is voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden en of de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling, moet worden vastgesteld dat de weerslag van het decreet van 23 december 2010 niet louter marginaal is.

De keuze van de federale overheid om het aanrekenen van injectietarieven mogelijk te maken, is een beleidsmaatregel in het raam van haar bevoegdheid inzake de elektriciteitstarieven.

Weliswaar zijn de distributienetbeheerders in de huidige stand van de regelgeving niet verplicht om injectietarieven aan te rekenen en zijn « in de regulatoire periode 2009-2012, de aan injectie toegerekende kosten » volgens een studie van de CREG « eerder beperkt », namelijk « tot 0,5 % van het totale budget » van de uitgaven voor elektriciteit van een aantal typeklanten (CREG, studie (F)100401-CDC-959 betreffende « de mogelijke schrapping of vrijstelling van injectietarieven voor productie-installaties op basis van hernieuwbare energie en kwalitatieve WKK », 1 april 2010, *www.creg.be*, pp. 45 en 51).

Niettemin raakt het bestreden decreet het wezen zelf van de bevoegdheid van de federale overheid inzake de injectietarieven op zich, doordat het beoogt de federale tariefmaatregel te neutraliseren ten aanzien van de elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling, productie die naarmate zij aan belang wint, leidt tot grotere inspanningen van de distributienetbeheerders om de aldus opgewekte energie op het net te injecteren, terwijl de energietarieven een zo getrouw mogelijke weergave dienen te zijn van de werkelijke kosten.

Het staat aan de federale overheid om te beoordelen of het in het raam van haar bevoegdheid mogelijk is het beleid van de gewesten tot stimulering van de opwekking van milieuvriendelijke energie tegemoet te komen op het stuk van de tarieven.

B.7. Het middel dat de schending van artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen aanvoert, is gegrond.

Het bestreden decreet van 23 december 2010 dient te worden vernietigd.

Er is geen aanleiding om in te gaan op de andere middelen, aangezien het onderzoek daarvan niet tot een ruimere vernietiging zou kunnen leiden.

B.8. Vermits de vernietiging met terugwerkende kracht geen onoverkomelijke administratieve en financiële moeilijkheden veroorzaakt, is er geen aanleiding om in te gaan op de subsidiaire vraag van de Vlaamse Regering om de gevolgen van het vernietigde decreet te handhaven.

Om die redenen,

het Hof

vernietigt het decreet van het Vlaamse Gewest van 23 december 2010 « houdende wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het vermijden van injectietarieven voor elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmte-krachtkoppeling ».

Aldus uitgesproken in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 12 juli 2012.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt