

RECHTSLEER DOCTRINE

ENERGIE/ÉNERGIE

Handel in schone en vuile lucht: groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten vanuit kikkvorsperspectief

Wouter Geldhof en Dries Hommez¹

I. Inleiding	824
<i>I.1. Het Protocol van Kyoto en de EU burden-sharing</i>	824
<i>I.2. Groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten: het marktmechanisme</i>	825
II. Publiekrechtelijk kader	826
<i>II.1. Typisch Belgisch: bevoegdheidsverdeling</i>	826
<i>II.2. Toekenning van groene stroom certificaten en verhandelbare emissierechten</i>	827
<i>II.2.1. Groenestroomcertificaten</i>	827
<i>II.2.2. Verhandelbare emissierechten</i>	828
<i>II.3. Plicht om groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten in te dienen – boete</i>	829
III. Privaatrechtelijk kader	830
<i>III.1. Privaatrechtelijk groenestroomcertificatene kwalificatie van groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten: onlichamelijke roerende zakelijke rechten</i>	830
III.2. Gevolgen	831
<i>III.2.1. Boekhoudkundige aspecten</i>	831
<i>III.2.2. Verhandeling: koop-verkoop</i>	832
<i>III.2.3. IPR-aspecten</i>	834
<i>III.2.4. Beslag</i>	835
<i>III.2.5. Pand</i>	836
<i>III.2.6. Faillissement titularis</i>	836
<i>III.2.7. Financieel instrument/effect?</i>	837
IV. Besluit: nood aan een consistent algemeen juridisch kader	837

SAMENVATTING

België en de Europese Unie hebben n.a.v. het Protocol van Kyoto van 11 december 1997 de verplichting opgenomen om een reductie van hun broeikasgasemissies te realiseren van respectievelijk 7,5 en 8 procent t.o.v. hun emissies in het jaar 1990. De recente systemen van groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten moeten niet alleen in belangrijke mate bijdragen tot het daadwerkelijk behalen van deze reductiedoelstellingen (effectiviteit), maar moeten ook toelaten dit op een kosten/baten verantwoorde wijze te doen (efficiëntie). Het samenspel van de verplichting om jaarlijks een aantal groenestroomcertificaten en/of verhandelbare emissierechten in te dienen bij de overheid en de verhandelbaarheid van deze instrumenten vormt daartoe de sleutel.

¹ Advocaten bij de balie van Brussel (Stibbe).

De aandacht van de verschillende regelgevers is voornamelijk uitgegaan naar de publiekrechtelijke aspecten: toekenning door de overheid, opname in en overdracht via een door de overheid gehouden register, de periodieke indiening bij de overheid en de controle door de overheid van deze groenestroomcertificaten en emissierechten.

Vragen die voor de aan de regelingen onderworpen marktoperatoren en de zekere en vlotte marktwerking essentieel zijn – zoals de boekhoudkundige aspecten, het al of niet verschuldigd zijn van de BTW op de overdracht, de gevolgen van het faillissement van de titularis, pand, beslag en financieel toezicht – werden niet of slechts stiefmoederlijk behandeld. Deze bijdrage beoogt de regelgevers uit te nodigen deze aspecten niet blijvend over het hoofd te zien. Ten einde verder te gaan dan het ‘klokken luiden’, tracht deze bijdrage, vertrekkend vanuit de privaatrechtelijke kwalificatie van groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten als onlichamelijke roerende zakelijke rechten, concrete oplossingen te suggereren waar mogelijk.

RÉSUMÉ

À l’occasion du protocole de Kyoto du 11 décembre 1997, la Belgique et l’Union européenne ont pris l’engagement de réaliser une réduction des émissions de gaz avec effet de serre de respectivement 7,5 et 8% par rapport à leurs émissions au cours de l’année 1990. Les systèmes récents de certificats d’électricité verte et les quotas d’émission transférables ne doivent pas seulement contribuer dans une mesure importante à atteindre effectivement ces objectifs de réduction (effectivité), mais ils doivent également permettre de le faire de manière justifiée par rapport à un coût ou un profit (efficience). En outre, l’obligation d’introduire chaque année un certain nombre de certificats d’électricité verte et/ou de quotas d’émission transférables auprès de l’autorité et le caractère transférable de ces instruments en constituent la clé.

L’attention des différents législateurs s’est surtout arrêtée aux aspects de droit public: attribution par les autorités, la reprise dans un registre tenu par les autorités et la cession par l’inscription dans ce registre, le dépôt périodique auprès des autorités et le contrôle par les autorités de ces certificats d’électricité verte et de ces quotas d’émission.

Des questions qui sont essentielles pour les opérateurs de marché soumis à ce régime et pour un fonctionnement certain et souple du marché – comme les aspects comptables, la déduction ou non de la TVA sur les cessions, les conséquences de la faillite du titulaire, le gage, la saisie et le contrôle financier – n’ont pas ou n’ont été que très partiellement abordés. Dans les lignes qui suivent, nous voulons inviter les législateurs à ne pas négliger ces aspects. Afin d’avoir une approche plus positive qu’une simple mise en garde, cette contribution essaie, en partant de la qualification de droit privé des certificats d’électricité verte et des quotas d’émission transférables en tant que droits réels mobiliers incorporels, de suggérer des solutions concrètes là où c’est possible.

I. INLEIDING

1. Het Belgische recht heeft er twee ‘aanwinsten’ (rechtsinstrumenten) bij: groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten. Beide instrumenten werden ingevoerd m.o.o. het halen van de zogenaamde Kyoto-doelstelling. Deze bijdrage focust op beide nieuwe instrumenten zelf en beoogt niet het hele Kyoto-kader (mondiaal en Europees) in kaart te brengen. Teneinde het overzicht te bewaren en voor een goed begrip van zaken volgt eerst een beknopte schets van het algemeen (institutioneel) kader.

1.1. Het Protocol van Kyoto en de EU burden-sharing

2. Het broeikaseffect is de globale opwarming van de aarde door de aanwezigheid in de dampkring van gasen – de zogenaamde broeikasgasen –, die de infrarode stralen, die zorgen voor de warmte op aarde, absorberen en weer uitsralen. Het Protocol van Kyoto² is het internationaal juridisch instrument waarmee de ondertekenende staten het broeikaseffect wensen terug te dringen – minstens te beperken – middels een reductie van de uitstoot van zes broeikasgasen³. In het Protocol van Kyoto verbonden de ondertekenende industrielanden, vermeld in bijlage I bij het

² Kyoto 11 december 1997 (www.unfccc.int).

³ Kooldioxide (CO₂), Methaan (CH₄), Distikstofoxide (N₂O), Onvolledig gehalogeneerde fluorkoolwaterstoffen (HKF’s), Perfluorkoolwaterstoffen (PFK’s), Zwavelhexafluoride (SF₆) (bijlage A bij het Protocol van Kyoto).

VN-Raamverdrag over klimaatverandering⁴, zich ertoe om in de eerste verbintenisperiode (2008-2012) hun gezamenlijke broeikasgasemissies terug te brengen tot 95 procent van hun emissies in het jaar 1990⁵.

3. Het Protocol voorziet in drie zogenaamde flexibele mechanismen: emissiehandel en de projectgebonden mechanismen (schone ontwikkeling en gemeenschappelijke uitvoering)⁶.

4. De toenmalige Lidstaten van de Europese Gemeenschap en de Europese Gemeenschap zelf hebben in dat kader de verplichting opgenomen om in de eerste verbintenisperiode hun broeikasgasemissies terug te brengen tot 92 procent van hun emissies in het referentiejaar 1990 (bijlage B bij het Protocol)^{7,8}. Op 16 juni 1998 bereikten de Lidstaten overeenstemming over hun individuele bijdragen voor het bereiken van de totale emissievermindering⁹ (burden sharing). België heeft zich daarbij verbonden tot een emissiereductie van 7,5 procent.

5. De Europese Unie heeft besloten om op internationaal vlak de leiding te nemen in de strijd tegen de klimaatverandering en voerde, zonder de internationale inwerkingtreding van het Protocol¹⁰ af te wachten, de Richtlijn tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61 van de Raad¹¹ in.

6. Tevens in het kader van het behalen van de Kyoto-doelstellingen, hebben de EU-Lidstaten de doelstelling geformuleerd om tegen 2010 in de Europese Unie 22 procent van de elektriciteit op te wekken uit hernieuwbare energiebronnen (groene stroom). Het nationaal indicatief streefcijfer voor België bedraagt 6 procent voor het jaar 2010¹².

I.2. Groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten: het marktmechanisme

7. Om deze doelstellingen en burden-sharing op de meest economische manier te behalen werden de systemen van de groenestroomcertificaten en de verhandelbare emissierechten uitgewerkt.

8. Een groene stroom certificaat is een immaterieel en overdraagbaar goed, dat verkregen wordt ingevolge de opwekking van een hoeveelheid elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen¹³. Deze certificaten worden afgeleverd door de overheid aan producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen per hoeveelheid geproduceerde 'groene stroom'. Het systeem van de groenestroomcertificaten legt aan de elektriciteitsleveranciers de verplichting op om jaarlijks een percentage van de door hen verkochte elektriciteit te 'dekken' met groenestroomcertificaten. Per ontbrekend certificaat wordt een boete opgelegd.

4. New York 9 mei 1992 (www.unfccc.int).

5. Op lange termijn dienen de broeikasgasemissies mondiaal met 70 procent verminderd te worden t.o.v. het niveau van 1990 (zesde milieuactieprogramma van de Europese Gemeenschap, beschikking 1600/2002, *P.B. L.* 242, 10 september 2002).

6. Clean development en joint implementation.

7. Bij de ondertekening van het Protocol op 29 april 1998 heeft de Europese Gemeenschap verklaard dat zij en de Lidstaten hun verplichtingen gezamenlijk zullen nakomen overeenkomstig art. 4 van het Protocol.

8. Dit is dus een emissiereductie van 8 procent t.o.v. het referentiejaar 1990.

9. Doc. 9702/98 van de Raad van de Europese Unie van 19 juni 1998 betreffende het resultaat van de besprekingen van de Raad (Milieu) van 16-17 juni 1998, bijlage 1. Deze burden sharing werd als bijlage III bij de Beschikking 358/2002 van de Raad van de Europese Unie houdende goedkeuring van het Protocol van Kyoto gevoegd.

10. Het Protocol treedt pas in werking wanneer 55 Lidstaten, waaronder de Lidstaten uit bijlage I die 55 procent van de emissies in 1990 vertegenwoordigden, het Protocol bekrachtigd hebben. Op dit ogenblik heerst nog onzekerheid over de vraag of de Europese burden-sharing de Lidstaten bindt, ongeacht de internationale inwerkingtreding van het Protocol (*pro*: M. PALLEMAERTS, 'La communauté européenne comme partie contractante au protocole de Kyoto', *Am-En.* 2003, 23; *contra* (genuanceerd): M. PÂQUES, 'Le système de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne', *Am-En.* 2003, 32. Aangezien deze discussie niet de kwalificatie of de regelen van toepassing op de emissierechten zelf raakt, wordt hierop niet verder ingegaan.

11. Richtlijn 87/2003 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 61/96 van de Raad, *P.B. L.* 275/32, 25 oktober 2003 (verder: 'Richtlijn Emissiehandel').

12. Zie de bijlage bij Richtlijn 77/2001 van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt, *P.B. L.* 283/33, 27 oktober 2001.

13. Zie art. 2, 4^o bis, Wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *B.S.* 11 mei 1999 (verder: 'Elektriciteitswet'); een immaterieel goed dat aantoonde dat een producent een aangegeven hoeveelheid groene stroom heeft opgewekt binnen een bepaalde tijdsduur; art. 2, 17^o, van het Vlaams Decreet van 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *B.S.* 22 september 2000 (verder: 'Vlaams Elektriciteitsdecreet'); een overdraagbaar immaterieel goed dat aantoonde dat een producent in een daarin aangegeven jaar een daarin aangegeven hoeveelheid groene stroom, uitgedrukt in kWh heeft opgewekt; art. 2, 6^o *juncto* art. 38, § 2, van het Waals Decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke energiemarkt, *B.S.* 1 mei 2001 (verder: 'Waals Elektriciteitsdecreet'); een overdraagbaar effect dat wordt toegekend voor een aantal geproduceerde kWh overeenstemmend met een MWh gedeeld door het percentage koolstofdioxidebesparing; art. 2, 8^o *juncto* 28, § 1 van de Brusselse Ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *B.S.* 17 november 2001 (verder: 'Brusselse Elektriciteitsordonnantie'); een overdraagbaar immaterieel goed dat wordt toegekend aan een elektriciteitsproducent volgens criteria die door de Brusselse regering moeten worden vastgelegd. Zie verder II.1 hieronder over de Belgische bevoegdheidsverdeling terzake.

9. Een verhandelbaar emissierecht is een overdraagbaar recht om, uitsluitend teneinde aan de eisen van de Richtlijn Emissiehandel te voldoen, gedurende een bepaalde periode één ton kooldioxide-equivalent uit te stoten¹⁴. Overeenkomstig de bepalingen van de Richtlijn Emissiehandel wordt aan de elektriciteitsproducenten¹⁵ en de broeikasgas-intensieve industrie jaarlijks een hoeveelheid emissierechten toegekend. Zij dienen na afloop van ieder jaar evenveel emissierechten voor te leggen als zij in de loop van dat jaar broeikasgassen geëmitteerd hebben. Per ontbrekend emissierecht wordt een boete opgelegd¹⁶.

10. Beide instrumenten hebben tot doel om de marktoperatoren er enerzijds toe te dwingen de streefcijfers inzake maximale broeikasgasuitstoot en minimale groene stroomproductie te behalen middels het opleggen van quota, maar laten anderzijds de marktoperatoren toe om via het marktmechanisme – de emissierechten en groenestroomcertificaten zijn overdraagbaar – de inspanningen voor broeikasgasbesparende investeringen¹⁷ daar te leggen, waar deze economisch het meest rendabel zijn.

11. Onder beide regelingen zijn er drie mogelijke situaties:

1. de elektriciteitsleverancier kan de hoeveelheid groene stroom produceren die hij nodig heeft voor het voldoen van zijn quotumverplichting; respectievelijk kan de broeikasgasemittent een effectieve uitstoot van broeikasgassen doen ten belope van de door de overheid toegewezen emissierechten;
2. de elektriciteitsleverancier kan meer groene stroom produceren dan hij nodig heeft voor het voldoen van zijn quotumverplichting, respectievelijk kan de broeikasgasemittent minder uitstoten dan gedekt wordt door de hem toegewezen emissierechten. Zij kunnen dan de

overtollige groenestroomcertificaten of emissierechten, hetzij te gelde maken via een overdracht, hetzij overdragen naar een volgend jaar;

3. de elektriciteitsleverancier kan minder groene stroom produceren dan hij nodig heeft voor het voldoen van zijn quotumverplichting, respectievelijk kan de broeikasgasemittent meer uitstoten dan gedekt wordt door de hem toegewezen emissierechten. Zij zullen dan, om een boete te vermijden, de aanvullende groenestroomcertificaten of emissierechten die zij nodig hebben, dienen te verwerven op de markt.

12. De elektriciteitsleveranciers en broeikasgasemittenten zouden verder, al dan niet om speculatieve redenen, ook kunnen overwegen om alle (of een deel) van hun groenestroomcertificaten of emissierechten te verkopen op het moment van of na de toekenning ervan om dan, op het moment dat de effectieve stroomverkoop, respectievelijk uitstoot, gekend is, in de markt, groenestroomcertificaten of emissierechten aan te kopen ten belope van hun quotum, respectievelijk hun emissies.

13. Dit systeem is in principe economisch efficiënt, vermits het toelaat de broeikasgasbesparende maatregelen daar te treffen, waar dat het goedkoopst is. Immers, zolang de kost voor een markoperator om één ton broeikasgassen minder uit te stoten lager blijft dan de prijs van een emissierecht, zal deze kiezen de maatregel uit te voeren. Indien hij door deze maatregel minder emissierechten moet indienen dan er hem initieel toegekend waren, dan zal hij deze met winst kunnen verkopen aan een markoperator voor wie de kost van een dergelijke maatregel hoger ligt dan de prijs van de overeenstemmende hoeveelheid emissierechten. Hetzelfde principe geldt voor de groenestroomcertificaten.

II. PUBLIEKRECHTELIJK KADER

II.1. Typisch Belgisch: bevoegdheidsverdeling

14. De bestrijding van het broeikaseffect is niet als dusdanig opgenomen in de bevoegdheidsverdeling in de opeenvolgende Belgische staatsvormingen. Aanknoping moet dus gezocht worden bij de verschillende bevoegdheden van de federale staat en de gemeenschappen en gewesten. Hieruit

blijkt dat de bestrijding van het broeikaseffect in grote mate een gewestelijke materie is. De gewesten zijn immers bevoegd voor de bescherming van het leefmilieu, waaronder de bestrijding van de luchtverontreiniging, alsook de polutie van gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven. Inzake energie zijn de gewesten bevoegd voor nieuwe energiebronnen, terugwinning van energie en rationeel energiegebruik¹⁸.

¹⁴ Art. 3, a van de Richtlijn Emissiehandel. Deze definitie werd overgenomen in art. 2, 14 van het Vlaams Decreet van 2 april 2004 tot vermindering van de uitstoot van broeikasgassen in het Vlaamse Gewest door het bevorderen van het rationeel energiegebruik, het gebruik van hernieuwbare energiebronnen en de toepassing van flexibiliteitsmechanismen uit het Protocol van Kyoto, *B.S.* 23 juni 2004 (verder: 'Vlaams REG-Decreet').

¹⁵ De elektriciteitssector wordt door beide regelingen geraakt. Investerings in groene stroom worden aldus 'dubbel' aangemoedigd: ze helpen de quotumverplichting inzake groenestroomcertificaten te halen en laten toe de broeikasgasemissie van het totale elektriciteitsproductiepark te beperken.

¹⁶ Hier bestaat een verschil met systeem van de groenestroomcertificaten: de betaling van de boete stelt de emittent niet vrij van zijn plicht om alsnog de ontbrekende emissierechten in te dienen.

¹⁷ Deze term moet hier in de breedste zin begrepen worden en omvat alle maatregelen die de emissie van broeikasgassen verminderen, waaronder ook de investeringen in groene stroom vallen.

¹⁸ Art. 6, § 1, II en VII van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Over de bevoegdheidsverdeling in de energiesector, zie L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 129-201.

In het kader van de bevoegdheidsverdeling kunnen de gewestelijke decreten middels de ‘impliciete bevoegdheden’ ook regelingen bevatten t.a.v. al dan niet voorbehouden federale bevoegdheden¹⁹, zodat mag aangenomen worden dat zij ook de eigendoms- en goederenrechten uit het B.W. kunnen raken (zie hierover III.1).

15. De federale overheid is evenwel bevoegd voor (nieuwe energie opgewekt in) de territoriale zee²⁰. Ook raken verschillende federale bevoegdheden zoals bijvoorbeeld de Belgische economische en monetaire unie, kernenergie, het handels- en vennootschapsrecht, het mededingingsrecht, de fiscaliteit, de productnormen en de aansprakelijkheid van de federale staat in internationaal- en Europeesrechtelijk verband, de materies inzake groenestroomcertificaten en emissierechten. Ten slotte moest een intra-Belgische burden-sharing afgesproken worden tussen de gewesten en de federale overheid²¹.

16. De gewesten hebben elk een eigen regeling inzake groenestroomcertificaten uitgewerkt in hun respectieve elektriciteitsdecreten en -ordonnantie en uitvoeringsbesluiten. Ze staan daarnaast ook in voor het grootste deel van de omzetting van de Richtlijn Emissiehandel. De federale overheid heeft federale groenestroomcertificaten ingevoerd voor elektriciteit opgewekt in de territoriale zee (offshore) en heeft een aankoopverplichting van groenestroomcertificaten (gewestelijke en federale) opgelegd aan de transmissienetbeheerder (Elia). Verder heeft de federale overheid een aantal taken m.b.t. de Richtlijn Emissiehandel, waaronder een beperkt aantal installaties die onder het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen en waarvoor de federale overheid bevoegd is, het bijhouden van het nationaal register en het bundelen en indienen bij de Europese Commissie van het nationaal allocatieplan (art. 9). Dit plan is dan ook samenge-

steld uit de drie gewestelijke allocatieplannen en één federaal plan²².

II.2. Toekenning van groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten

II.2.1. groenestroomcertificaten

17. De regulatoren van de gewestelijke energiemarkten (VREG, CWAPE en IBGE-BIM) kennen periodiek groenestroomcertificaten toe aan de producenten van ‘groene stroom’²³ die beschikken over een erkende installatie²⁴. ‘Groene stroom’ wordt verschillend gedefinieerd in de drie gewesten: groene stroom is elektriciteit die wordt opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen in Vlaanderen²⁵; elektriciteit die wordt opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen of middels kwalitatieve warmtekrachtkoppeling in Wallonië²⁶; elektriciteit uit hydraulische energie via installaties van minder dan 10 MW, windenergie, zonne-energie, geothermische energie, biogas, organisch afval en organische producten van landbouw en boomkwekerijen in Brussel²⁷. Hoewel deze drie verschillende definities hoofdzakelijk dezelfde lading dekken, komen deze verschillende benaderingen de duidelijkheid en intergewestelijke verhandelbaarheid niet ten goede.

18. Het grootste verschil tussen de Vlaamse en Waalse definities betreft de warmtekrachtkoppeling²⁸. In de Waalse regeling worden voor elektriciteit opgewekt middels kwalitatieve warmtekrachtkoppeling ook groenestroomcertificaten toegekend. Het Vlaams systeem voorziet in een afzonderlijk certificatenstelsel voor elektriciteit opgewekt mid-

¹⁹. Art. 19 van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Zie ook V. SEPULCHRE en R. WINZEN, *Quotas et commerce de CO₂, Aspects juridiques, fiscaux et comptables*, Luik, eco₂de, 2004, 51.

²⁰. Zie de Memorie van Toelichting bij het Decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2003 van 20 december 2002, Vlaams Parlement, 2002-03, Stuk 1438, p. 13-14, met verwijzing naar van het advies nr. 32.788/1 van de Raad van State bij het ontwerp-K.B. betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen. Zie tevens T. VERMEIR, ‘De groene schijn van de energieliberalisering’, in *Jaarboek energierecht 2002*, K. DEKETELAERE (ed.), Antwerpen, Intersentia, 2003, 163 en verwijzingen.

²¹. Deze doorkruising van bevoegdheden heeft de federale staat en de drie gewesten ertoe gebracht om op 14 november 2002 een samenwerkingsakkoord te sluiten betreffende het opstellen, het uitvoeren en het opvolgen van een Nationaal Klimaatplan, alsook het rapporteren, in het kader van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake Klimaatverandering en het Protocol van Kyoto. Het samenwerkingsakkoord behelst voornamelijk de oprichting van een klimaatcommissie en het opstellen en opvolgen van een nationaal klimaatplan en bevat geen integrale kaderregeling inzake groene stroom en emissierechten.

²². Zie het Belgisch Nationaal Toewijzingsplan van 23 juni 2004, www.klimaat.be.

²³. Art. 22 Vlaams Elektriciteitsdecreet, art. 28 Brusselse Elektriciteitsordonnantie, art. 38, § 3, Waals Elektriciteitsdecreet.

²⁴. Art. 3 van het Besluit van Vlaamse Regering van 5 maart 2004 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen, B.S. 23 maart 2004; art. 9 van het Besluit van Waalse Regering van 4 juli 2002 betreffende de bevordering van groene elektriciteit, B.S. 17 augustus 2002.

²⁵. Art. 2, 16° Vlaams Elektriciteitsdecreet.

²⁶. Art. 2, 5° Waals Elektriciteitsdecreet.

²⁷. Art. 2, 7° Brusselse Elektriciteitsordonnantie.

²⁸. Een andere vraag i.v.m. deze definities was of en, zo ja, in welke mate afvalverbranding als hernieuwbare energiebron kon gekwalificeerd worden. Zie hierover L. DERIDDER, o.c., 453-454 en T. VERMEIR, ‘De groene schijn van de energieliberalisering’, in *Jaarboek energierecht 2002*, K. DEKETELAERE (ed.), Antwerpen, Intersentia, 2003, 187-190. Uiteindelijk heeft de Vlaamse Regering ervoor gekozen om enkel groenestroomcertificaten toe te kennen aan elektriciteitsproductie-installaties op basis van afvalverbranding voor de fractie die de OVAM aanduidt als in aanmerking komend voor het verkrijgen van groenestroomcertificaten (art. 9 van het Besluit van Vlaamse Regering van 5 maart 2004, B.S. 23 maart 2004).

dels kwalitatieve warmtekrachtkoppeling (de warmtekracht-certificaten²⁹).

19. Deze verschillende benadering vertaalt zich ook in een verschillende berekeningswijze: in het Waals Gewest vertegenwoordigt een groenestroomcertificaat 1 MWh elektriciteit geproduceerd met een CO₂-besparing van 100 procent t.o.v. de CO₂-emissie van 1 MWh elektriciteit geproduceerd met de referentie-installatie³⁰. Aldus wordt een Waals groenestroomcertificaat toegekend voor een besparing van 456 kg CO₂ terwijl een Vlaams groenestroomcertificaat wordt toegekend voor 1 MWh groene elektriciteit.

20. Federale groenestroomcertificaten worden minstens één keer per kwartaal toegekend door de toezichthouder van de federale energiemarkt (CREG)³¹ voor een hoeveelheid geproduceerde groene stroom die overeenstemt met één MWh elektriciteit. 'Groene stroom' zoals gedefinieerd door het Groene Stroom-K.B., is 'electriciteit geproduceerd met aanwending van hernieuwbare energiebronnen'. Hernieuwbare energiebronnen zijn alle andere energiebronnen dan fossiele brandstoffen en kernsplijting, inzonderheid hydraulische energie, windenergie, zonne-energie, biogas, organische producten en afvalstoffen van de land- en bosbouw, en huishoudelijke afvalstoffen (art. 2, 4°, Elektriciteitswet).

II.2.2. *Verhandelbare emissierechten*

21. De toekenning van verhandelbare emissierechten aan individuele broeikasgasemittenten gebeurt op een heel andere wijze dan de toekenning van groenestroomcertificaten aan groenestroomproducenten. Verhandelbare emissierechten worden toegekend aan marktoperatoren uit de volgende 'broeikasgasintensieve' sectoren: energieactiviteiten (verbrandingsinstallaties, aardolieraffinaderijen, cokesfabrieken), productie en verwerking van ferrometalen, delfstoffenindustrie (productie van cement, glas, keramische producten), industriële installaties voor de vervaardiging van pulp uit hout en papier- en kartonproducenten met een

productiecapaciteit van meer dan 20 ton per dag³². Iedere installatie waar een van deze activiteiten wordt uitgeoefend moet over vergunning voor broeikasgasemissies beschikken³³. Het Vlaams REG-Decreet bepaalt in artikel 20, § 1 dat de Vlaamse Regering aan installaties die onder de Richtlijn Emissiehandel vallen als exploitatievoorwaarde oplegt dat ze over een *broeikasgasvergunning* moeten beschikken. De vergunning wordt toegekend indien de bevoegde overheid ervan overtuigd is dat de exploitant in staat is de emissies te bewaken en te rapporteren³⁴.

22. Voor de periode 2005-2008 en nadien voor de periode 2008-2012 stellen de Lidstaten telkens een nationaal allocatieplan (NAP) op. De NAP's worden opgesteld op basis van objectieve en transparante criteria, waaronder 11 criteria waaraan minimaal moet voldaan worden en die vermeld zijn in bijlage III bij de Richtlijn Emissiehandel³⁵. Er moet bovendien terdege rekening gehouden worden met de reacties van het publiek (art. 9 Richtlijn Emissiehandel). De NAP's moeten ter goedkeuring aan de Europese Commissie voorgelegd worden (art. 9 Richtlijn Emissiehandel)³⁶. Slechts na de aanvaarding van het NAP kan een Lidstaat een besluit nemen over de totale hoeveelheid emissierechten en de individuele toewijzing ervan aan iedere individuele installatie (art. 11.1 en 11.2 Richtlijn Emissiehandel). Vervolgens worden de emissierechten in jaarlijkse procentuele schijven, uiterlijk op 28 februari, aan de individuele installaties verleend.

23. Het Vlaams REG-Decreet³⁷ beoogt in de artikelen 20-21 de Richtlijn Emissiehandel om te zetten middels een quasi onvoorwaardelijke en volledige bevoegdheidsopdracht aan de Vlaamse Regering³⁸. Het REG-Decreet voorziet verder dat de Vlaamse regering de totale hoeveelheid emissierechten die per handelsperiode worden toegekend en de wijze waarop die emissierechten aan de installaties in kwestie worden toegewezen, bepaalt. Het Vlaams allocatieplan van 28 mei 2004³⁹ maakt een onderscheid tussen de installaties van de energiesector (lees: elektriciteitssector) en de andere industriële installaties. Voor de broeikasgasintensieve industrie gaat het allocatieplan uit van het benchmar-

²⁹. Art. 2, 27° en 25bis Vlaams Elektriciteitsdecreet.

³⁰. Een Stoom- en Gasturbine (STEG) met een rendement van 55 procent.

³¹. Art. 7 *juncto* art. 11 K.B. van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, *B.S.* 23 augustus 2002 (verder 'Groene Stroom-K.B.').

³². Bijlage I bij de Richtlijn Emissiehandel.

³³. Art. 4-6 Richtlijn Emissiehandel.

³⁴. Art. 6.1 Richtlijn Emissiehandel.

³⁵. Voor een bespreking van deze criteria, zie J. DE MULDER, 'Richtlijn 2003/87/EG tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG. Een toelichting.', *T.M.R.* 2004, 157-161.

³⁶. De NAP's voor de periode 2005-2008 dienden uiterlijk op 31 maart aan de Commissie voorgelegd te worden. België heeft deze termijn – naar slechte gewoonte – overschreden: het nationale toewijzingsplan dateert pas van 23 juni 2004.

³⁷. Vlaams Decreet van 2 april 2004 tot vermindering van de uitstoot van broeikasgassen in het Vlaams Gewest door het bevorderen van het rationeel energiegebruik, het gebruik van hernieuwbare energiebronnen en de toepassing van de flexibiliteitsmechanismen uit het Protocol van Kyoto, *B.S.* 23 juni 2004.

³⁸. Deze ruime bevoegdheidsopdracht wordt zwaar bekritiseerd door de Raad van State in zijn advies nr. 35.395/1 bij het decreet (Vlaams Parlement, stukken, 2003-04, nr. 2113, p. 121).

³⁹. P. 17-93 van het Belgisch NAP van 23 juni 2004.

kingconvenant van 29 november 2002 met deze sector⁴⁰. De regeling komt erop neer dat vestigingen die toetreden tot het benchmarkingconvenant en behoren tot de wereldtop inzake energie-efficiëntie alle emissierechten die zij nodig hebben, gratis krijgen⁴¹. Aan de energiesector worden emissierechten toegewezen op basis van CO₂-efficiëntiebenchmarking, d.i. op basis van de emissiefactor van de best beschikbare technologie om elektriciteit op te wekken (STEG-centrales).

24. Het Brussels Gewest heeft de Richtlijn Emissiehandel omgezet middels het Besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 3 juni 2004 tot vaststelling van een regeling voor handel in broeikasgasemissierechten en tot oplegging van bepaalde exploitatievoorwaarden aan de betrokken inrichtingen⁴².

II.3. Plicht om groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten in te dienen – boete

25. De toekenning van groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten gaat gepaard met de verplichting voor de elektriciteitsleveranciers en de broeikasgasemissie-intensieve bedrijven om periodiek een aantal groenestroomcertificaten en/of verhandelbare emissierechten in te dienen bij de overheid.

26. De quota voor het indienen van groenestroomcertificaten worden uitgedrukt als een percentage van de elektriciteit die een leverancier geleverd heeft aan zijn eindafnemers. In Vlaanderen is het quotum voor het jaar 2004 2 procent, om tot 6 procent op te lopen tegen het jaar 2010⁴³. De groenestroomcertificaten dienen ieder jaar voor 31 maart bij de VREG ingediend te worden. Voor leveringen aan in het Waals Gewest gevestigde eindafnemers bedraagt het quotum voor het jaar 2004 4 procent om tot 7 procent op te lopen in het jaar 2007⁴⁴. Voor deze leveringen dienen de certificaten driemaandelijks te worden ingediend bij de CWAPE⁴⁵. Per

ontbrekend certificaat moet een administratieve geldboete van €100 betaald worden⁴⁶. Voor de federale groenestroomcertificaten geldt geen afzonderlijke federale quotumverplichting. De federale groenestroomcertificaten kunnen aangewend worden om de Vlaamse en/of Waalse quota te behalen. De groenestroomcertificaten blijven vijf jaar geldig na afloop de periode waarin ze werden toegekend⁴⁷, respectievelijk na de datum van toekenning⁴⁸.

27. Voor het voldoen aan de Vlaamse quotumverplichting worden enkel groenestroomcertificaten voor groene stroom opgewekt in het Vlaamse Gewest of in de Belgische territoriale zee aanvaard⁴⁹. Voor de Waalse quotumverplichting worden ook slechts groenestroomcertificaten aanvaard voor groene stroom geproduceerd in het Waalse Gewest en in de territoriale zee. Groenestroomcertificaten uit een ander gewest worden enkel aanvaard voor zover de Waalse groenestroomcertificaten ook aanvaard worden voor de quotumverplichting in dat gewest⁵⁰. Bij gebrek aan reciprociteit in de Vlaamse quotumverplichting, gelden groenestroomcertificaten uit het Vlaamse Gewest dus niet voor het voldoen aan de quotumverplichting in het Waalse Gewest. In het licht van de intra-Belgische burden sharing is het begrijpbaar dat ieder gewest de eigen reductiedoelstellingen tracht te halen, o.m. door via de groenestroomquota een minimale groene stroom productie in het eigen gewest te ‘forceren’. In het kader van de bestrijding van het broeikaseffect, waarbij de plaats waar een CO₂-reductie gerealiseerd wordt van geen belang is, middels het systeem van de – per definitie verhandelbare – groenestroomcertificaten, is dit evenwel moeilijker te begrijpen. Een leverancier, die in beide gewesten levert aan eindafnemers, kan zelfs het overschot aan groenestroomcertificaten dat hij zou hebben – na het voldoen van zijn quotumverplichting in het ene gewest middels de certificaten voortkomend van zijn eigen groenestroomproductie installatie in dat gewest – niet gebruiken voor zijn quotumverplichting in het andere gewest! Hij draagt dus hoe dan ook de transactiekosten van de ruil en/of verkoop gevolgd door aankoop waartoe hij zo genoodzaakt wordt.

⁴⁰. www.benchmarking.be.

⁴¹. De basis hiervan is art. 12.1 van het benchmarkingconvenant, waarin het Vlaams Gewest zich ertoe verbindt geen verplichte CO₂-emissieplafonds of verplichting tot aankoop van emissierechten op te leggen indien een vestiging de in het energieplan afgesproken energie-efficiëntieverbetering realiseert (i.e. behoren tot de wereldtop). Voor een bespreking van het benchmarkingconvenant zie T. VERMEIR, ‘Van grijs naar groen, en weer terug: groene energie in 2003’, in *Jaarboek Energierecht 2003*, K. DEKETELARE (ed.), Antwerpen, Intersentia, 2004, 134-140.

⁴². B.S. 23 juni 2004. Bij het ter perse gaan van deze bijdrage was nog geen regeling van het Waals Gewest gepubliceerd.

⁴³. Art. 23, § 2 Vlaams Elektriciteitsdecreet. Het decreet tot wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 7 mei 2004 (B.S. 8 juni 2004) heeft een reductiecoëfficiënt ingevoerd voor leveringen aan grote afnemers: -25 procent voor de schijf leveringen tussen 25.000 en 100.000 MWh/j en -50 procent voor de schijf leveringen boven 100.000 MWh/j.

⁴⁴. Art. 21, § 3 Besluit van de Waalse Regering van 4 juli 2002 tot bevordering van de milieuvriendelijke elektriciteit, B.S. 17 augustus 2002 (verder ‘Waals Groene Stroom-Besluit’).

⁴⁵. Art. 21, § 1 Waals Groene Stroom-Besluit.

⁴⁶. Art. 37, § 2 Vlaams Elektriciteitsdecreet en art. 24 Waals Groene Stroom Besluit.

⁴⁷. Art. 23, § 2bis Vlaams Elektriciteitsdecreet en art. 17, § 3 Waals Groene Stroom Besluit.

⁴⁸. Art. 13, § 2 Groene Stroom-K.B.

⁴⁹. Art. 15, § 1 Besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen, B.S. 23 maart 2004.

⁵⁰. Art. 23, § 1 Waals Groene Stroom Besluit.

28. Broeikasgasemittenten die onder de Richtlijn Emissiehandel vallen, dienen ieder jaar op uiterlijk 30 april een hoeveelheid emissierechten in te dienen die gelijk is aan de totale emissies van hun installaties gedurende het voorgaande kalenderjaar⁵¹. De boete per ontbrekend emissierecht bedraagt € 40 voor de periode 2005-2008 en € 100 voor de periode vanaf 2008. Opvallend is dat de betaling van de

boete de emittent *niet* bevrijdt van diens verplichting om alsnog de nodige emissierechten in te dienen⁵². Emissierechten blijven geldig voor de periode waarin zij werden toegekend⁵³. Voor het voldoen van deze quotumverplichting kunnen emissierechten afkomstig van iedere Lidstaat aangevend worden⁵⁴.

III. PRIVAATRECHTELIJK KADER

III.1. Privaatrechtelijke kwalificatie van groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten: onlichamelijke roerende zakelijke rechten

29. De vraag stelt zich of en, zo ja, hoe deze nieuwe instrumenten in de bestaande categorieën van het Belgisch privaatrecht ingedeeld kunnen worden en meer in het bijzonder of men een eigendomsrecht kan hebben op groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten. Op het eerste zicht is het misschien niet vanzelfsprekend om eigendomsrechten te hebben op deze certificaten: ze worden toegekend door de overheid aan exploitanten van een gekeurde groenestroomproductie-installatie, respectievelijk aan de houders van een broeikasgasemissievergunning, en moeten naderhand ingevolge een publiekrechtelijke verplichting opnieuw ingeleverd worden bij de overheid⁵⁵.

30. Een negatieve benadering leert dat certificaten en emissierechten *geen vergunningen* zijn. Vooreerst zijn verhandelbare emissierechten en groenestroomcertificaten, hoewel ze initieel worden toegekend aan de exploitant van een installatie, geenszins verbonden aan deze installatie en zijn ze, in tegenstelling tot vergunningen, essentieel overdraagbaar, los van de (overdracht van de) installatie⁵⁶. Daarnaast zijn ze geen toelating van de overheid om een bepaalde activiteit uit te oefenen die zonder de toelating verboden zou

zijn. Deze rechten moeten weliswaar periodiek ingediend worden bij de overheid ter dekking van een door de overheid opgelegde verplichting⁵⁷, maar de activiteit op zich blijft toegelaten, ongeacht deze verplichting. Daarbij moeten in het bijzonder de emissierechten duidelijk onderscheiden worden van de broeikasgasemissievergunning van de installatie waarvoor ze worden toegekend. Vermelde vergunning is vereist voor het uitoefenen van een activiteit vermeld in bijlage I van de Richtlijn Emissiehandel. De emissierechten die aan de houder van een vergunning van een dergelijke installatie worden toegekend, staan immers los van de vergunning en de installatie. De houder kan zijn installatie exploiteren en broeikasgassen emitteren, ongeacht of hij meer of minder emissierechten gekregen heeft dan hij na afloop van het jaar zal moeten indienen ter dekking van zijn effectieve emissies. Intussen blijft de exploitatie van de installatie en emissie van broeikasgassen toegelaten⁵⁸.

31. Groenestroomcertificaten en emissierechten zijn daarnaast ook *geen intellectuele rechten*⁵⁹ en *geen vorderingsrechten*⁶⁰. Aldus blijft nog slechts de categorie der zakelijke rechten over. Het Belgisch zakenrecht deelt de goederen (economische waarden waarvan een rechtssubject titularis kan zijn) in, in onroerende en roerende goederen (art. 516 B.W.). Groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten zijn geen onroerende goederen: ze zijn niet met de grond of een gebouw verbonden en vallen evenmin onder de onroerende zakelijke rechten van artikel 526 B.W. Aange-

51. Art. 12.3 Richtlijn Emissiehandel. Zie ook art. 20, § 1 REG-Decreet: 'Op basis van die broeikasgasvergunning moet jaarlijks een bepaald aantal emissierechten bij de Vlaamse Regering ingeleverd worden in overeenstemming met de hoeveelheid broeikasgassen die in die periode werd uitgestoten.'

52. Art. 16.3 en 16.4 Richtlijn Emissiehandel.

53. Art. 13 Richtlijn Emissiehandel. In de periode 2005-2008 is dit dus drie jaar, nadien telkens vijf jaar.

54. Art. 12.2 Richtlijn Emissiehandel.

55. Zie hierover ook M. PÂQUES, 'Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne', *Am-En* 2003, n° spécial, 42-43.

56. V. SEPULCHRE en R. WINZEN, *Quotas et commerce de CO₂. Aspects juridiques, fiscaux et comptables*, Luik, eco₂de, 2004, 47-49.

57. Voor groenestroomcertificaten: het percentage van de totale elektriciteitsleveringen aan eindklanten in een bepaald gewest in een bepaald jaar. Voor verhandelbare emissierechten: evenveel emissierechten als broeikasgasemissies in een bepaald jaar.

58. Zie over dit onderscheid tussen de emissierechten en de broeikasgasvergunning J. DE MULDER, 'Richtlijn 2003/87/EG tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG. Een toelichting', *T.M.R.* 2004, 148-149.

59. Ze zijn niet het gevolg van een creatie van de menselijke geest.

60. Ze geven de titularis geen aanspraak op een doen, laten of geven door een ander rechtssubject. Het recht van een broeikasgasemittent, die emissierechten indient bij de overheid, om ten belope van de aldus gedekte emissies niet beboet te worden, zou men kunnen kwalificeren als een recht op een 'laten' – het niet-beboeten – door de overheid, en dus het emissierecht als een vorderingsrecht kwalificeren. Deze benadering hecht een bijzonder groot belang aan een onthoudingsplicht om het recht als een vorderingsrecht te kwalificeren, terwijl ieder recht, ongeacht de aard ervan, een zekere onthoudingsplicht voor derden meebrengt. Men kan daarnaast moeilijk aannemen dat iedere toegelaten handeling een vorderingsrecht t.a.v. de overheid doet ontstaan om niet beboet te worden.

zien ieder vermogensrecht (goed) dat niet onroerend is, per definitie roerend is⁶¹, zijn de groenestroomcertificaten en emissierechten roerende goederen, vatbaar voor private eigendom. Groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten worden in een elektronisch register ingeschreven en kennen geen materieel bestaan. In tegenstelling tot bijvoorbeeld het aandeel aan toonder, waar de titel geïncorporeerd is in het materiële toonderstuk en waar de overdracht van het papier voldoende is voor de overdracht van het recht, berust de eigendom van de groenestroomcertificaten en emissierechten in de inschrijving in het register, gehouden door de overheid, en dient een overdracht te worden ingeschreven in het desbetreffende register⁶². Het zijn dus *roerende onlichamelijke zakelijke rechten*.

32. Een positieve benadering leert dat het certificaat of emissierecht een goed is met economische waarde voor de titularis, die het naar eigen goeddunken kan verkopen of vernietigen. Het is een vermogensrecht, een ‘goed’ waarop men een eigendomsrecht kan hebben⁶³. De titularis heeft daarenboven het beschikkingsrecht ‘*ius abutendi*’, kenmerk van privaatrechtelijke eigendom⁶⁴.

33. Groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten lijken bovendien onder het (brede) eigendomsbegrip van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM te vallen⁶⁵. Dit brede eigendomsbegrip is niet zozeer relevant voor de internrechtelijke kwalificatie van groenestroomcertificaten en emissierechten als onlichamelijke roerende goederen waarop men een eigendomsrecht kan hebben, gezien het zo ruim is dat zelfs vergunningen eronder kunnen vallen⁶⁶. Wel relevant is de bescherming van de titularis van deze rechten t.o.v. het overheidsoptreden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft reeds geoordeeld dat visquota – rechten toegekend door de staat om in publieke wateren bepaalde visactiviteiten uit te oefenen – onder de toepassing van vermeld artikel 1 vallen⁶⁷. Naar analogie dient ook het recht om een hoeveelheid broeikasgassen te emitteren onder de bescherming van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM te vallen.

34. De negatieve en de positieve benadering leiden tot de conclusie dat zowel de groenestroomcertificaten als de ver-

handelbare emissierechten als onlichamelijke roerende zakelijke rechten moeten gekwalificeerd worden. De rechten van individuele titularissen vallen onder de bescherming van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM.

III.2. Gevolgen

III.2.1. Boekhoudkundige aspecten

35. In mei 2003 heeft het ‘International Financial Reporting Interpretations Committee’ (IFRIC) in haar ‘Draft Interpretation Emission Rights D1’⁶⁸ op een gedetailleerde wijze uiteengezet hoe verhandelbare emissierechten boekhoudkundig dienen verwerkt te worden op de balans van de vennootschap die ze ontvangt.

36. Deze interpretatie vertrekt van de idee dat de emissierechten vanaf het moment dat ze toegewezen worden door de overheid als een zelfstandig actiefbestanddeel dienen uitgedrukt te worden op de actiefzijde van de balans van de verkrijgende vennootschap. De vennootschap kan vanaf het moment van toewijzing dan ook vrij beschikken over dat actiefbestanddeel.

37. Volgens het IFRIC dient een verhandelbaar emissierecht vanaf de (gratis) toewijzing boekhoudkundig te worden uitgedrukt als een immaterieel actief (IAS 38 *Intangible Assets*), gewaardeerd aan ‘fair value’. Het IFRIC meent dat verhandelbare emissierechten vergelijkbaar zijn met buitenlandse valuta (*Currency*) in die zin dat hun waarde eigenlijk ligt in het feit dat ze kunnen aangewend worden om een verplichting (in het geval van de emissierechten, de indieningsplicht bij de overheid) te voldoen en gezien hun waarde bepaalbaar is door verwijzing naar een actieve markt. Daaruit wordt bovendien afgeleid dat ook de waardeschommelingen in de markt uitgedrukt dienen te worden in de ‘fair value’⁶⁹.

38. Wanneer emissierechten door de overheid worden toegewezen aan de bedrijven aan een lagere waarde dan de ‘fair

^{61.} J. HANSENNE, *Les biens Précis*, Luik, Éd. Collection Scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, 126.

^{62.} Deze rechten worden dus niet gematerialiseerd in een papieren titel, zodat ze niet als een lichamelijke roerende zaak kunnen gekwalificeerd worden.

^{63.} Zie J. DE MULDER, ‘Richtlijn 2003/87/EG tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG. Een toelichting’, *T.M.R.* 2004, 149.

^{64.} M. PÂQUES, ‘Le système d’échange de quotas d’émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne’, *Am-En* 2003, n° spécial, 43.

^{65.} Zie C. OVEY en R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, 303: ‘Clearly both real and personal property are within the notion of possessions, but the concept extends far beyond to all manner of things which have an economic value’.

^{66.} C. OVEY & R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, 303: de auteurs vermelden dat een licentie om alcoholhoudende dranken te verkopen ook onder bescherming van art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol valt.

^{67.} E.H.R.M. 3 september 2002, nr. 27824/95, *Posti and Rahko/Finland*, ro 76: ‘The Court finds that the applicant’s right to engage in certain types of fishing in State-owned waters on the basis of their lease constituted ‘possession’ for the purpose of Article 1 of Protocol No. 1’.

^{68.} Op deze draft kon tot 14 juli 2004 commentaar gegeven worden en een update van deze draft is verschenen op 18 december 2003. Deze draft kan gedownload worden op de site van de ‘International Accounting Standards Board’ (www.iasb.org).

^{69.} Daartoe heeft het IFRIC een amendement voorgesteld aan IAS 38 dat luidt als volgt: ‘Any intangible asset (i) that is like a currency (which means that it has value only because it is used to settle an obligation); and (ii) whose fair value is determinable by reference to an active market, is measured at fair value with changes in value recognised in profit or loss.’

value' (of gratis), dient het verschil tussen de 'fair value' en het aan de overheid betaalde bedrag, boekhoudkundig te worden uitgedrukt als een overheidssubsidie (IAS 20 *Accounting for Government Grants and Disclosure of Government Assistance*), gezien er geen verplichting ontstaat op het moment van de toewijzing, maar alleen in de mate en op het moment dat er effectieve uitstoot is⁷⁰.

39. In de mate dat er effectieve emissies plaatsvinden (en alleen dan), ontstaat er een overeenkomstige verplichting om emissierechten in te dienen bij de overheid ten belope van de effectieve emissie. Volgens het IFRIC dient deze verplichting boekhoudkundig te worden uitgedrukt als een provisie (IAS 37 *Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets*) aan een waarde die overeenkomt met de beste schatting van de kosten die gerelateerd zijn aan de verplichtingen naar de overheid toe. Deze schatting zal meestal neerkomen op de marktwaarde van het aantal emissierechten dat nodig zal zijn om de effectieve emissie te dekken (en/of eventueel het verwachte bedrag van geldboete indien de nodige emissierechten niet zouden kunnen worden geleverd).

40. Deze interpretatie van het IFRIC wijkt in belangrijke mate af van de idee waarbij de effectieve emissie dient te worden afgezet tegen de toegewezen emissierechten en waarbij alleen het saldo boekhoudkundig dient te worden uitgedrukt in de balans (als een actief in geval van een overschot aan emissierechten en als een passief in geval van een tekort aan emissierechten).

41. Gelet op de bovenstaande kwalificatie van emissierechten als onlichamelijke roerende goederen met een patrimoniale waarde die verhandelbaar zijn vanaf hun toewijzing, lijkt ons de interpretatie van het IFRIC echter dichter aan te sluiten bij de economische realiteit⁷¹.

42. Volgens het IFRIC dient een gelijkaardige analyse gemaakt te worden ten aanzien van de boekhoudkundige verwerking van de groenestroomcertificaten.

43. Op een louter Belgisch niveau heeft de Commissie voor Boekhoudkundige Normen zich, bij ons weten, tot op heden niet uitgesproken over de boekhoudkundige verwerking van verhandelbare emissierechten en groenestroomcertificaten.

44. Het bestaand reglementair kader, met onder meer het advies van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen

inzake de aanschaffingswaarde van activa verkregen onder bezwarende titel of om niet, lijkt echter niet afdoende om tot een eenduidige interpretatie te komen van de wijze waarop de verhandelbare emissierechten en groenestroomcertificaten boekhoudkundig verwerkt dienen te worden en het verdient dan ook aanbeveling dat hier, op Belgisch niveau, klaarheid in wordt geschept, bij voorkeur door invoering van een regeling die in de lijn ligt van de hierboven besproken IFRIC-regeling.

45. Dit geldt des te meer, gezien, in de praktijk, een niet onbelangrijk aantal van de Belgische ondernemingen die emissierechten zullen toegewezen krijgen, beursgenoteerd zijn en zich, in die hoedanigheid, op basis van de bepalingen van de Europese Verordening van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen⁷² in ieder geval vanaf het boekjaar dat begint op 1 januari 2005 zullen moeten schikken naar de IAS/IFRS-normen⁷³.

III.2.2. *Verhandeling: koop-verkoop*

46. Het essentiële kenmerk van verhandelbare emissierechten en groenestroomcertificaten is hun overdraagbaarheid. Verhandelbare emissierechten en groenestroomcertificaten kennen geen materieel bestaan, ze bestaan enkel als inschrijving in een elektronisch register⁷⁴. Voor groenestroomcertificaten zijn de VREG en de CWAPE-registerhouders.

47. Groenestroomcertificaten en emissierechten kunnen overgedragen worden ingevolge koop-verkoopcontracten. De algemene regelen inzake de koop uit het B.W. zijn van toepassing: de eigendom gaat over wanneer er een akkoord is over de zaak en de prijs (art. 1583 B.W.). De verkoper van groenestroomcertificaten dient de verkoop, nadat deze tot stand gekomen is tussen partijen, te melden aan de registerhouder, die vervolgens de groenestroomcertificaten afboekt van de rekening van de verkoper en bijboekt op de rekening van de koper⁷⁵. Men moet aannemen dat deze meldingsplicht voor de verkoper deel uitmaakt van zijn leveringsplicht, nu afgifte van een titel door het loutere immateriële bestaan van deze certificaten niet mogelijk is, en dat deze melding respectievelijk overboeking niet eigendomsoverdragend zijn⁷⁶. De boeking in het register is noodzakelijk voor het uitvoeren van de rechten ten aanzien van de overheid – zoals bij-

^{70.} Deze overheidssubsidie dient als 'uitgestelde opbrengsten' op de balans te worden opgenomen (die dan gradueel, tijdens de duur van de periode waarvoor de emissierechten werden toegekend, zal worden opgenomen in het resultaat van het relevante boekjaar).

^{71.} Deze bijdrage gaat niet nader in op de fiscaalrechtelijke gevolgen van de IFRIC-regeling.

^{72.} *P.B.* L 11 september 2002, afl. 242, 1.

^{73.} Voor groenestroomcertificaten is de feitelijke situatie evenwel verschillend: zij worden vaak toegekend aan exploitanten van kleinschalige productie-installaties. Daarnaast is er de Belgische marktsituatie met voornamelijk één grote – beursgenoteerde – elektriciteitsleverancier op wie de indieningsplicht rust.

^{74.} Art. 19 Richtlijn Emissiehandel, art. 13 Vlaams Groene Stroom Besluit, art. 17 Waals Groene Stroom Besluit.

^{75.} Art. 16 Vlaams Groene Stroom Besluit, art. 18 Waals Groene Stroom-Besluit.

^{76.} Aangezien deze regelingen werden ingevoerd middels besluiten van de respectieve gewestregeringen mag men aannemen dat zij niet afwijken van de koop- en eigendomsregeling van het B.W.

voorbeeld indiening en vernietiging – en maakt de overdracht dan tegenwerpelijk aan andere derden. De verkoper dient daarnaast de koper te vrijwaren (artt. 1625 e.v. B.W.). Meer in het bijzonder moet de verkoper van onlichamelijke rechten, zoals groenestroomcertificaten en emissierechten, instaan voor het bestaan ervan ten tijde van de overdracht (art. 1693 B.W.). Wat het bestaan van groenestroomcertificaten betreft, heeft de koper nog een aanspreekpunt naast de verkoper: de registerhouder. Zowel de VREG als de CWAPE waarborgen de echtheid van de certificaten door de opname in hun respectieve registers⁷⁷. De koper dient natuurlijk de prijs te betalen (art. 1650 B.W.).

48. Inzake de overdracht van groenestroomcertificaten en emissierechten bestaat nog onduidelijkheid over de vraag of BTW verschuldigd is op de prijs. Vast staat dat er geen bijzondere bepaling/vrijstelling voor groenestroomcertificaten en/of emissierechten is opgenomen in het BTW-Wetboek. De voorbereidende werkzaamheden van de wetgeving en besluiten inzake groenestroomcertificaten en emissierechten behandelen deze vraag evenmin. Dit is even verwonderlijk als betreurenswaardig, nu de handel in emissierechten en groenestroomcertificaten aanzienlijke proporties zal aannemen (de Europese markt voor emissierechten zou evolueren van een marktvolume van € 10 miljard in 2007 tot € 60 miljard in 2010⁷⁸).

49. Overeenkomstig artikel 18, § 1 BTW-Wetboek is de overdracht van onlichamelijke rechten een dienst, die in principe aan de BTW onderworpen is. De overdracht van groenestroomcertificaten en emissierechten zou aldus in principe aan de BTW onderworpen zijn⁷⁹.

50. De VREG stelt evenwel dat de handel in groenestroomcertificaten vrijgesteld is van BTW ingevolge artikel 44, § 3, 10°, BTW-Wetboek⁸⁰. Artikel 44, § 3, 10°, BTW-Wetboek betreft de vrijstelling voor ‘handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, uitgezonderd bewaring en beheer, inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren, met uitsluiting van documenten die goederen vertegenwoordigen’. Volgens de VREG is de verkoop van groenestroomcertificaten dus vrijgesteld van de BTW als handeling inzake ‘andere waardepapieren’. Hieronder onderzoeken wij of groenestroomcertificaten en/of emissierechten effectief geacht kunnen worden onder de door de VREG aangehaalde vrijstelling te vallen.

51. Daarom dient eerst nagegaan te worden of groenestroomcertificaten en emissierechten ‘waardepapieren’ in de gemeenrechtelijke betekenis zijn en vervolgens of het ‘waardepapieren’ in de zin van artikel 44, § 3, 10°, BTW-Wetboek zijn. Volgens Dirix is een waardepapier ‘een titel (document of inschrijving in een register) waarin een recht op zodanige wijze geïncorporeerd is, dat het door middel van het papier en de inschrijving alleen kan uitgeoefend en overgedragen worden’⁸¹. Groenestroomcertificaten en emissierechten bestaan slechts door de inschrijving in een register; de uitoefening van deze rechten (indiening, vernietiging) en overdracht geschiedt eveneens via het register⁸². Aldus kan men besluiten dat het waardepapieren in de gemeenrechtelijke zin van het woord zijn⁸³.

52. Zijn groenestroomcertificaten en emissierechten dan ‘waardepapieren’ in de zin van de BTW-vrijstelling⁸⁴? Sepulchre en Winzen stellen dat de vrijstelling van artikel

⁷⁷. Art. 13 Vlaams Groene Stroom Besluit, art. 17 Waals Groene Stroom-Besluit. Men mag aannemen dat de registerhouders van de emissierechtenregisters een vergelijkbare plicht zullen hebben. Art. 20 (lid 2 en 3) van de Richtlijn Emissiehandel bepaalt alleszins dat de centrale administrateur (benoemd door de Europese Commissie) een geautomatiseerde controle uitvoert op de transacties in de registers en dat deze in geval van onregelmatigheden de betrokken Lidsta(t)(en) in kennis stelt, die de betrokken en verdere transacties in verband met de betrokken emissierechten niet mogen registreren voordat de onregelmatigheden zijn opgelost.

⁷⁸. Zie de marktanalyses op www.emissierechten.nl.

⁷⁹. Sepulchre en Winzen verwijzen naar de beslissing van de fiscale administratie betreffende de overdracht van een melkquotum (Beslissing nr. E.T. 87178, 9 januari 1998, *B.T.W.-Revue*, nr. 133, 7-10, nr. 1043 en V. SEPULCHRE en R. WINZEN, *Quotas et commerce de CO₂ Aspects juridiques, fiscaux et comptables*, Luik, eco₂de, 2004, 96). In de beslissing kwalificeert de administratie de overdracht onder bezwarende titel van een melkquotum als een dienstenprestatie (overdracht van een onlichamelijk recht) waarop de BTW verschuldigd is. De administratie beschouwt het melkquotum daarbij als ‘een recht op toegang tot de markt dat verleend wordt door de publieke overheid aan de producent waarbij aan laatstgenoemde de zekerheid tot commercialisering zonder strafbaarheid wordt gegeven. Het gaat om een onlichamelijk recht dat toebehoort aan de producent en dat zowel gebonden is aan gronden als aan de persoon van genoemde producent’. Hoewel de vergelijking inzake de overdracht van melkquota en de overdracht van emissierechten niet geheel opgaat (de emissierechten zijn, in tegenstelling tot de melkquota, niet verbonden aan een grond/installatie en kunnen afzonderlijk overgedragen worden, los van de installatie waarvoor ze werden toegekend; de toelating om broeikasgassen te emitteren berust in de broeikasgasvergunning), doet dit geen afbreuk aan het principe dat de overdracht van een emissierecht (onlichamelijk recht) als een dienst in de zin van het BTW-Wetboek moet gekwalificeerd worden en dus in principe aan de BTW onderworpen is.

⁸⁰. Doordat de VREG zich beroept op een vrijstelling moet men aannemen dat zij ook aanvaardt dat de overdracht van groenestroomcertificaten in principe een aan de BTW onderworpen handeling is, die slechts middels de toepassing van de vrijstelling niet aan BTW onderhevig wordt.

⁸¹. E. DIRIX, ‘Waardepapieren’, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en Economisch Recht, deel 1 Ondernemingsrecht*, volume A, W. VAN GERVEN (ed.), Brussel, Story-Scientia, 1989, 385.

⁸². Dat de overdracht tussen partijen *solo consensu* gebeurt, zonder inschrijving in het register, is geen bezwaar, nu dit bijvoorbeeld ook geldt voor de overdracht van aandelen op naam.

⁸³. De incorporatie van zakelijke rechten (zie hierboven, III.1) in een waardepapier kan slechts bij wet gebeuren (*numerus clausus*). De invoering bij decreet door de gewestelijke wetgevers o.g.v. impliciete bevoegdheden lijkt voldoende tegemoet te komen aan die vereiste.

⁸⁴. Aangezien het begrip waardepapier geen positiefrechtelijke betekenis heeft, dient voor iedere regeling die ernaar verwijst, nagegaan te worden of deze uitgaat van een ‘autonome’ definitie van ‘waardepapier’. Indien dat niet zo is, kan men terugvallen op de gemeenrechtelijke definitie.

44, § 3, 4°-11° niet geldt voor emissierechten omdat deze geen investering vertegenwoordigen en geen afzonderlijke monetaire waarde (los van de overdracht) hebben. Aldus zou volgens hen wel BTW verschuldigd zijn op de verkoop van emissierechten (en groenestroomcertificaten). Men kan zich evenwel afvragen of de aspecten ‘investering’ en ‘monetaire waarde’ wel doorslaggevende criteria zijn voor de ‘andere waardepapieren’ in de zin van de BTW-vrijstelling.

53. De tekst van de vrijstelling lijkt erop te wijzen dat waardepapieren onder de vrijstelling vallen, voor zover ze geen lichamelijke goederen vertegenwoordigen. Men ziet immers niet in wat de toevoeging ‘met uitsluiting van documenten die goederen vertegenwoordigen’ anders zou betekenen. Indien ‘goederen’ als ‘vermogensrechten’, die ook onlichamelijke rechten omvatten⁸⁵, moeten begrepen worden, moet men besluiten dat geen enkel ander waardepapier nog onder de vrijstelling kan vallen. De toevoeging zou dan geen enkele zin hebben. De BTW-handleiding bij artikel 44, § 3, 10°, BTW-Wetboek lijkt deze stelling te bevestigen⁸⁶: ‘Onderhavige vrijstelling beoogt inzonderheid de verkoop, de aankoop, de ontlending of verbruiklening/ ook genaamd bondlening of stocklening/ van welke effecten ook die geen goederen vertegenwoordigen’. De handleiding onderlijnt verder dat de vrijstelling niet geldt voor handelingen m.b.t. documenten die goederen vertegenwoordigen omdat deze handelingen betrekking hebben op lichamelijke goederen ‘om reden dat het document geen andere waarde kan hebben dan die van de goederen die het vertegenwoordigt’. Aangezien groenestroomcertificaten en emissierechten geen lichamelijke goederen vertegenwoordigen⁸⁷ zouden zij wel onder de vrijstelling van ‘andere waardepapieren’ kunnen vallen. Hoewel men kan betwijfelen of de regelgever destijds deze ruime toepassing van de vrijstelling voor handelingen met betrekking tot ‘andere waardepapieren’ voor ogen had, lijken de tekst van artikel 44, § 3, 10° en de BTW-handleiding dit alvast niet uit te sluiten.

54. Ingevolge het bovenstaande lijkt de stelling van de VREG het voordeel van de twijfel te mogen genieten.

III.2.3. IPR-aspecten

55. Het recente Wetboek van Internationaal Privaatrecht⁸⁸ voorziet in Hoofdstuk VIII ‘Goederen’, artikel 91, § 1: ‘De rechten op een effect waarvoor de wet de inschrijving in register oplegt, worden beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het register zich bevindt waarin de inschrijving voorkomt op de individuele rekeningen van de titularissen van de rechten’. Hoewel de Memorie van Toelichting bij dit artikel zich voornamelijk toespitst op aandelenregisters en registers gehouden door financiële tussenpersonen⁸⁹ is de tekst van artikel 91, § 1 voldoende algemeen om ook van toepassing te zijn op de registers waarin groenestroomcertificaten en emissierechten worden genoteerd. Aldus wordt het *zakenrechtelijk statuut* van groenestroomcertificaten en verhandelbare emissierechten, ingeschreven in het register van een Belgische registerhouder, beheerst door het Belgisch recht.

56. De *internationale verkoop* van emissierechten⁹⁰ wordt niet beheerst door het Weens Koopverdrag (CISG), dat immers niet van toepassing is op de overdracht van effecten, waardepapieren en betaalmiddelen (art. 2 d). Het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op de verbintenissen uit overeenkomst gesloten te Rome op 19 juni 1980 (EVO), is krachtens artikel 1, lid 2, c niet uit zichzelf van toepassing op de internationale verkoop van emissierechten. Het EVO is immers niet van toepassing op ‘verbintenissen uit wissels, cheques, orderbriefjes, alsmede andere verhandelbare waardepapieren voor zover de verbintenissen uit deze andere papieren het gevolg zijn van hun overdraagbaarheid’. De verkoop van emissierechten valt bovendien niet onder de specifieke regelingen inzake wisselbrieven en cheques, zodat a.h.w. geen specifiek regelarsenaal van toepassing is bij wijze van uniform internationaal recht, noch via een uniforme verwijzingsregel. Partijen bij een internationale koop-verkoop van emissierechten doen er dus goed aan hun afspraken zorgvuldig vast te leggen in hun contract en alleszins het toepasselijke recht contractueel te bepalen. Bij afwezigheid van rechtskeuze zal de nationale rechter volgens zijn nationale IPR-regels het toepasselijke recht bepalen. Overeenkomstig het nieuwe Belgische IPR-Wetboek

⁸⁵. Waardepapieren zullen immers altijd vermogensrechten (hetzij vorderingsrechten of zakelijke rechten) bevatten.

⁸⁶. BTW-handleiding nummer 332/2 (www.fisconet.fgov.be).

⁸⁷. Hoewel ze verleend worden ingevolge de productie van groene stroom, ‘vertegenwoordigen’ ze de groene stroom waarvoor ze werden verkregen niet: de groene stroom wordt afzonderlijk verkocht door de producent aan een leverancier of afnemer en overdracht van het certificaat brengt geen overdracht van een hoeveelheid groene stroom mee. De koper van een groenestroomcertificaat koopt m.a.w. geen groene stroom die hij uit de stekker kan halen. Het recht om een hoeveelheid broeikasgassen te emitteren ‘vertegenwoordigt’ daarnaast geen hoeveelheid broeikasgassen. De koper van het recht koopt inderdaad geen hoeveelheid broeikasgassen. Omgekeerd kan ook niet gesteld worden dat het emissierecht een hoeveelheid ‘schone lucht’ vertegenwoordigt (zie ook V. SEPULCHRE en R. WINZEN, *Quotas et commerce de CO₂. Aspects juridiques, fiscaux et comptables*, Luik, eco.de, 2004, 47: ‘(...) les droits d’émission dont il est question dans le marché d’échange issu du Protocole de Kyoto, ne visent pas à l’appropriation de l’air mais bien au contrôle de l’émission de gaz à effet de serre’.

⁸⁸. Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, B.S. 27 juli 2004.

⁸⁹. Zie de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl. St.* Senaat 2002-03, 3-27/1, 116-118.

⁹⁰. Zolang buitenlandse groenestroomcertificaten niet aanvaard worden voor de binnenlandse (gewestelijke) indieningsplicht en *vice versa*, lijkt de internationale handel in groenestroomcertificaten geen betekenisvolle omvang te zullen aannemen.

wordt het EVO toch van toepassing op contracten die van het toepassingsgebied van het EVO uitgesloten zijn (art. 98, § 1). Aldus is het recht waarmee de overeenkomst de nauwste binding heeft, doorgaans het recht van de woonplaats van de meest kenmerkende prestant, van toepassing (artt. 4.1-4.2 EVO). Dit zal doorgaans het recht van het land van de verkoper zijn.

III.2.4. Beslag

57. Op basis van de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet is ‘ieder die persoonlijk verbonden is, gehouden zijn verbintenissen na te komen, onder verband van al zijn goederen, hetzij roerende, hetzij onroerende, zo tegenwoordige als toekomstige en ‘strekken de goederen van de schuldenaar tot gemeenschappelijke waarborg voor zijn schuldeisers’.

58. Daaruit wordt afgeleid dat, in beginsel, ieder vermogensbestanddeel van de schuldenaar vatbaar is voor beslag⁹¹. De onbeslagbaarheid van een bepaald goed kan slechts voortvloeien hetzij uit de wet, hetzij uit de aard van het goed of omdat het uitsluitend aan de persoon van de beslagene verbonden is⁹².

59. Gelet op de bovengaande juridische kwalificatie van zowel de verhandelbare emissierechten als de groenestroomcertificaten als overdraagbare, onlichamelijke roerende goederen met een patrimoniale waarde en bij gebrek aan een uitdrukkelijke wettelijke regeling, dient er ons inziens dan ook van uitgegaan te worden dat zowel verhandelbare emissierechten als groenestroomcertificaten vatbaar zijn voor beslag.

60. Uitgaande van de principiële beslagbaarheid van zowel de verhandelbare emissierechten als de groenestroomcertificaten, dient de vraag gesteld te worden welke van de door het Gerechtelijk Wetboek voorziene beslagprocedures toegepast dient te worden. Over het algemeen wordt aange-

nomen dat een beslag op roerend goed alleen mogelijk is ten aanzien van roerende lichamelijke goederen, daar waar beslag onder derden in principe alleen betrekking heeft op bedragen of zaken die de derde verschuldigd is aan de schuldenaar van de beslaglegger.

61. De verhandelbare emissierechten en de groenestroomcertificaten bevinden zich als het ware in een tussencategorie gezien zij niet kunnen gekwalificeerd worden als lichamelijke roerende goederen, noch als een schuldvordering die bestaat in handen van een derde⁹³.

62. Teneinde tot een bevredigend antwoord op deze vraag te komen, kan een parallel getrokken worden met het beslag op octrooien (die ook als onlichamelijke roerende goederen gekwalificeerd worden en waar de relatie tussen de registerhouder en de eigenaar van het octrooi ook niet gepast kan worden binnen het toepassingsgebied van het beslag onder derden). Inzake beslag op octrooien bepaalt artikel 47 van de Wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsbrevetten dat het beslag dient te geschieden volgens de ‘voorziene procedure inzake roerend beslag’, waarbij een gelijkvormig verklaard afschrift van het beslagexploot dient te worden bezorgd aan de dienst voor de industriële eigendom bij het Ministerie van Economische Zaken door de beslagleggende schuldeiser en waarbij het beslag dient te worden ingeschreven in het register der uitvindersoctrooien⁹⁴.

63. Een duidelijke wettelijke regeling inzake de toe te passen beslagprocedure⁹⁵ op de verhandelbare emissierechten en de groenestroomcertificaten zou in ieder geval de discussie inzake het al dan niet van toepassing zijn van de regels van beslag op roerende goederen of van de regels inzake beslag onder derden vermijden. Bij gebreke aan een dergelijke regeling, lijkt het ons verdedigbaar de procedure van het beslag op roerend goed toe te passen, met dien verstande dat het beslag dan waarschijnlijk moet gelegd worden waar het goed zich bevindt, zijnde bij de registerhoudende overheid (het zogenaamde ‘beslag bij derden’⁹⁶)⁹⁷.

^{91.} E. DIRIX en K. BROECKX, ‘Beslag’, in *A.P.R.*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 2001, 103.

^{92.} Cass. 27 januari 1983, *R.W.* 1983-84, 1637.

^{93.} Als zakelijke rechten verlenen ze de titularis ervan geen recht op een geven, doen of laten van een derde, het zijn geen ‘persoonlijke rechten’ (zie hierboven III.1).

^{94.} J. VAN HOOF, ‘Overdracht van intellectuele rechten en voorwerp van zekerheden’, in *Intellectuele Eigendomsrechten*, Kalmthout, Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 1995, 148-149.

^{95.} Waarin dan ook onder meer bepaald wordt hoe het beslag dient te worden ingeschreven in het register.

^{96.} Zie voor het onderscheid tussen beslag bij derden en beslag onder derden: H. JESPER, ‘Beslag onder derden of bij derden?’, in *Liber Amicorum Marcel Briers*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 207-230.

^{97.} Zie evenwel inzake de vraag naar de toe te passen beslagprocedure inzake een beslag op een merk: G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Faculté de droit de Liège, 1988, 80, die de mening is toegedaan dat bij gebreke van een wettelijke regeling inzake de toe te passen procedure inzake beslag op een merk, de regels van het beslag onder derden dienen toegepast te worden, gezien beslag op roerende goederen alleen van toepassing is op lichamelijke roerende goederen. Deze stelling wordt dan weer ontkracht door een uitspraak van het Hof van Beroep te Gent van 16 maart 1993 waarin wordt gesteld: ‘Hoewel geen dergelijke bepaling is opgenomen in de Benelux Merkenwet (*de bedoelde bepaling is artikel 47 van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsbrevetten*) zijn er voldoende redenen om aan te nemen dat ook een onlichamelijk roerend goed als een merk vatbaar is voor beslag en wel op dezelfde wijze’, Gent 16 maart 1993, *R.W.* 1994-95, 1378 (verkort).

III.2.5. *Pand*

64. Het pand kan betrekking hebben op alle (lichamelijke en onlichamelijke) roerende zaken, die in de handel zijn⁹⁸. Gelet op de bovengaande juridische kwalificatie lijkt het dan ook onmiskenbaar dat zowel verhandelbare emissierechten als groenestroomcertificaten het voorwerp kunnen uitmaken van een in pandgave.

65. Artikel 2075 B.W. betreft enkel de in pandgeving van schuldvorderingen. Op de in pandgeving van andere onlichamelijke roerende goederen, zullen de bepalingen van de artikelen 2074 en 2076 B.W. van toepassing zijn en dient de voorwaarde van de buitenbezitstelling te worden voldaan.

66. Ook hier kan de parallel getrokken worden met in pandgave van octrooien. Artikel 46 van de Wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsbrevetten voorziet enerzijds in een verplichte mededeling van de in pandname aan de dienst voor de industriële eigendom bij het Ministerie van Economische Zaken en regelt anderzijds ook de inschrijving van het pand in het register der uitvindersoctrooien.

67. Een analoge regeling voor groenestroomcertificaten en emissierechten waarbij de regelgever op duidelijke wijze de procedure bepaalt hoe en onder welke modaliteiten de buitenbezitstelling dient te gebeuren en hoe de inschrijving van het pand in de respectieve registers dient te gebeuren, is hier dan ook aangewezen. Bij gebrek aan een dergelijke regeling lijkt het erop dat de buitenbezitstelling zal dienen te gebeuren door kennisgeving van het pandrecht aan de registerhoudende overheid⁹⁹ waarbij deze laatste dan eveneens gevraagd kan worden de documenten waaruit de vestiging van het pand blijkt, bij het dossier te voegen en niet over te gaan tot de inschrijving van een overdracht, mocht haar dat gevraagd worden.

III.2.6. *Faillissement titularis*

(i) *Verhandelbare emissierechten*

68. De emissierechten worden toegewezen aan de relevante marktoperatoren in het begin van het jaar en dienen pas ingediend te worden bij de overheid in de loop van het daaropvolgende jaar. Indien in de tussentijd de titularis van de verhandelbare emissierechten failliet gaat of zijn activi-

teit stopzet, stelt zich de vraag wat het lot is van de reeds toegewezen emissierechten.

69. Het lijkt er in ieder geval op dat de verplichting naar de overheid toe om ten belope van de effectieve emissie, emissierechten in te dienen (en bij niet-naleving van dergelijke plicht de verplichting tot het betalen van een geldboete) blijft bestaan. Teneinde een situatie te vermijden waarbij de curator toch zou overgaan tot de overdracht van deze emissierechten en waarbij de overheid te dien gevolge slechts over een schuldvordering in de massa zou beschikken, lijkt het verdedigbaar dat de regelgever zou voorzien in een verbod voor de curator om die welbepaalde emissierechten te vervreemden (zodat die dan aangewend kunnen worden ter dekking van de effectieve emissie)¹⁰⁰.

70. De overtollige emissierechten (dit wil zeggen de emissierechten waartegenover geen effectieve emissie staat), kunnen door de curator/vereffenaar te gelde gemaakt worden in de markt, hoewel het eventueel ook verdedigbaar is dat de overheid zou voorzien in een (proportionele) plicht tot teruggave van de toegewezen emissierechten (of in een plicht tot betaling van een overeenstemmende vergoeding in geval de emissierechten al te gelde zouden zijn gemaakt) in geval van faillissement of stopzetting van de activiteit. Dit laatste zou dan verhinderen dat een onderneming er belang bij heeft om te wachten met het neerleggen van de boeken of de stopzetting van de activiteit tot na de toewijzing van de emissierechten, maar bemoeilijkt langs de andere kant de 'going concern' overname van de activiteit.

(ii) *Groenestroomcertificaten*

71. Hier stelt het probleem van het faillissement of de stopzetting van de activiteit van de titularis van de groenestroomcertificaten zich minder acuut gezien de certificaten slechts worden toegekend door de overheid in de mate er effectief groene stroom werd geproduceerd.

72. Dit neemt niet weg, dat op het eind van het jaar toch de mogelijkheid bestaat dat er meer certificaten dienen ingediend te worden, dan er werden toegekend en/of aangekocht (op straffe van een geldboete)¹⁰¹. Het risico bestaat dus dat een onderneming op het einde van jaar failliet gaat zonder groenestroomcertificaten te hebben (verkregen of aangekocht) en zonder de boete te kunnen betalen en op die manier dus een volledig jaar valse concurrentie heeft bezorgd aan de andere elektriciteitsproducenten.

⁹⁸. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 296.

⁹⁹. Deze kennisgeving dient bij voorkeur te gebeuren door een aangetekend schrijven of door een gerechtsdeurwaardersexploot.

¹⁰⁰. Bovendien is het verdedigbaar dat de overheid zich, via een bepaald zekerheidsmechanisme, indekt tegen het risico dat de failliete of stopgezette onderneming haar indieningsplicht niet zou nakomen doordat er een overdracht is geweest van alle emissierechten door de onderneming zelf voorafgaand aan het faillissement of de stopzetting van de activiteit, en niet in staat is de boete te betalen.

¹⁰¹. Ook hier stelt zich de vraag of de overheid zich niet dient te beschermen tegen een niet-nakoming van dergelijke plicht.

III.2.7. Financieel instrument/effect?

73. Zowel verhandelbare emissierechten als groenestroomcertificaten zijn overdraagbaar in de markt (die eveneens toegankelijk is voor derden¹⁰²) en lijken beide het voorwerp te kunnen uitmaken van transacties met een speculatief karakter (al dan niet rechtstreeks of via tussenkomst van een tussenpersoon die zich bezighoudt met de organisatie van dergelijke handel).

74. Het lijkt dan ook relevant de vraag te stellen hoe deze instrumenten vanuit een financieelrechtelijk oogpunt gekwalificeerd dienen te worden en wat daar de gevolgen van zijn.

75. Een inhoudelijke analyse van dergelijke vraag overschrijdt echter de draagwijdte van dit artikel en wij beperken er ons hier dan ook toe een aantal problemen te situeren.

76. Zo kan bijvoorbeeld de vraag gesteld worden of verhandelbare emissierechten en groenestroomcertificaten als een 'financieel instrument' in de zin van de Wet van

2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten¹⁰³ kunnen gekwalificeerd worden (hetgeen meer bepaald het noodzakelijke aanknopingspunt is om onder het toepassingsgebied van de regeling inzake de marktreglementering te vallen). Een andere relevante vraag is of de openbare aanbidding van emissierechten en groenestroomcertificaten als een openbare aanbidding van *effecten*¹⁰⁴ in de zin van de Wet van 22 april 2003 betreffende de openbare aanbidding van effecten zou kunnen gekwalificeerd worden, wat dan onder meer als gevolg heeft dat er in dat geval een verplichting kan zijn tot het opstellen van een prospectus.

77. Ons lijkt het in ieder geval zo te zijn dat de huidige regelgeving niet voldoende aangepast is om tot een onbetwistbare en eenduidige financieelrechtelijke kwalificatie te komen van deze nieuwe instrumenten en het lijkt dan ook aangewezen dat de regelgever en/of de Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen zo snel mogelijk initiatief neemt terzake, minstens een duidelijk standpunt inneemt.

IV. BESLUIT: NOOD AAN EEN CONSISTENT ALGEMEEN JURIDISCH KADER

78. De regelgeving inzake groenestroomcertificaten en emissierechten vormt een belangrijke uitdaging, in de eerste plaats voor de 'getroffen' sectoren. Zij staan voor belangrijke keuzes zoals investeren in broeikasgasbesparende maatregelen of aankopen van rechten. In dezelfde zin dringt zich ook de keuze op tussen investeren in onderzoek naar broeikasgasemissievriendelijke technologieën en delokalisatie naar regio's met voordeliger NAP's of naar landen die niet toetreden tot het Kyoto-Protocol.

79. Groenestroomcertificaten en emissierechten plaatsen daarnaast ook de jurist voor belangrijke uitdagingen: er zijn weinig domeinen in het recht die niet geraakt worden door deze regelingen en de klassieke begrippen en rechtscategorieën lenen zich niet altijd even gemakkelijk tot een zinvolle toepassing. De invoering van de regelingen inzake de groenestroomcertificaten en emissierechten via geïsoleerde wetgeving en besluiten door de Belgische regelgevers is daar wellicht niet vreemd aan; ze is op verschillende vlakken echter ook problematisch. De Belgische regelgevers hebben

¹⁰² Art. 19, 2, Richtlijn Emissiehandel bepaalt: 'Elke persoon kan emissierechten bezitten'. Zo heeft Fortis Bank al te kennen gegeven dat ze een aantal contracten heeft gesloten om een aantal Europese emissierechten op te kopen, die ze dan (eventueel aan een hogere prijs) aan haar cliënten zou kunnen overdragen op het moment dat die emissierechten moeten indienen bij de overheid.

¹⁰³ Art. 1 van de Wet van 2 augustus 2002 bevat een limitatieve lijst van de categorieën van waarden of rechten die als 'financiële instrumenten' gekwalificeerd worden (waar noch de emissierechten, noch de groenestroomcertificaten op het eerste zicht onder lijken te vallen). Wel dient opgemerkt te worden dat in art. 1 k) voorzien wordt dat ook andere waarden of rechten aangeduid door de Koning op advies van de Commissie voor het Bank-, Financier-, en Assurantiewezen voor de toepassing van bepaalde bepalingen als 'financieel instrument' kunnen aangemerkt worden. Ten informatieve titel kan nog opgemerkt worden dat in de ISD II Richtlijn (Richtlijn 2004/39 EG van het Europese Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, *PB*. L 001-0044, 30 april 2004) *opties, futures, swaps, termijncontracten en andere derivatencontracten met betrekking tot [...] emissievergunningen [...] uitdrukkelijk opgenomen zijn in de lijst van financiële instrumenten in Bijlage I van die richtlijn. De notie emissievergunningen is een letterlijke vertaling van het Engelse Emission Allowances en doelt dus eigenlijk op emissierechten.*

¹⁰⁴ Art. 2 van de Wet van 22 april 2003 bevestigt het ruime toepassingsgebied van de prospectusreglementering en de daarmee samenhangende appreciatiemarge van de Commissie voor het Bank, Financier- en Assurantiewezen en bepaalt dat '*alle al dan niet verhandelbare beleggingsinstrumenten, ongeacht welke het onderliggend actief is*' 'effecten' zijn, waarna een indicatieve en niet-limitatieve opsomming gegeven wordt van dergelijke effecten, gevolgd door een lijst van een aantal beleggingsinstrumenten waarvan uitdrukkelijk wordt gesteld dat ze geen 'effecten' zijn. De notie 'beleggingsinstrument' is de cruciale notie in deze ruime 'definitie'. De term 'beleggingsinstrument' wijst erop dat aan de effecten steeds een investeringsaspect moet zijn verbonden en verwijst aldus impliciet naar het klassiek begrip 'beroep op het spaarwezen' (Wetsontwerp van Wet betreffende de openbare aanbidding van effecten, *Parl. St. Kamer*, 2148/001). De verhandelbare emissierechten en de groenestroomcertificaten lijken niet te kunnen gekwalificeerd worden onder één van de categorieën die uitdrukkelijk in art. 2 zijn opgesomd. Gelet op de zeer ruime omschrijving van de restcategorie, waarbij het beleggingsaspect het onderscheidende criterium is, en niettegenstaande het feit dat het beleggingsaspect in beginsel niet intrinsiek verbonden lijkt te zijn aan dergelijke instrumenten, maar eerder een (subsidiar) gevolg is van de bestaande overdrachtsregeling, lijkt het ons niet uitgesloten te kunnen worden dat dergelijke instrumenten als effecten dienen beschouwd te worden in de zin van de Wet van 22 april 2003.

weinig of geen oog gehad voor wat kan en moet gebeuren met de groenestroomcertificaten en emissierechten, eens ze aan hun titularissen toegekend zijn en ze in het rechtsverkeer komen. Daardoor blijven belangrijke vragen over, onder andere, de boekhoudkundige aspecten, de BTW, het faillissement, pand, beslag en financieel toezicht onbeantwoord. Er is dus nog werk aan de winkel voor de verschillende regelgevers en toezichthouders, willen ze de vlotte en zekere marktwerking niet te zeer hypothekeren. Een algemene con-

sistente kaderregeling voor deze (en andere vergelijkbare) goederen die bestaan uit de inschrijving in een elektronisch register is meer dan ooit welkom. Tot zolang zullen juridische problemen inzake de groenestroomcertificaten en emissierechten in bovenstaande domeinen van het recht wellicht opgelost moeten worden middels consequent doorredeneren vanuit de kwalificatie van deze instrumenten als onlichamelijke roerende zakelijke rechten.