

Nota aan de leden van de Vlaamse Regering

Betreft: - Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010
- Definitieve goedkeuring na adviesvraag aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State

1. Inleiding

De middelen van het Energiefonds worden conform artikel 3.2.1, §2 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 gespijsd door enerzijds opbrengsten uit heffingen en administratieve geldboetes die decretaal aan het Energiefonds worden toegewezen (te weten: de opbrengsten van de op grond van titel XIII opgelegde administratieve geldboetes en de Vlaamse energieheffing uit titel XIV) en anderzijds andere middelen aan het Energiefonds toegewezen krachtens wettelijke, decretale of conventionele bepalingen, de terugstortingen, de middelen van de Europese Unie of andere internationale instellingen voor projecten die tot stand komen met cofinanciering vanuit het Energiefonds, de middelen van de andere gewesten en de federale overheid voor projecten die tot stand komen met cofinanciering vanuit het Energiefonds en die een financiering op Belgisch niveau vergen zoals overlegd op het energie-overleg staat-gewesten, de middelen van andere partners die aan deze projecten deelnemen, de toevallige inkomsten uit deze projecten volgens de overeenkomsten afgesloten met of tussen de projectpartners, de inkomsten uit de verkoop van publicaties die kaderen in het energiebeleid en de overige toevallige ontvangsten.

Het Energiefonds is een begrotingsfonds met eigen inkomsten in de zin van artikel 12 van het Rekendecreet. Uitgaven op basis van een begrotingsfonds zijn mogelijk op basis van de inkomsten die dergelijk fonds realiseert. Het uitgavendecreet, respectievelijk het middelendecreet bevat een raming van deze inkomsten en uitgaven.

Conform artikel 3.2.1, §3 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 beschikt de Vlaamse Regering over de kredieten van het Energiefonds, inclusief de machtiging om hiermee subsidies toe te kennen, voor de uitvoering van haar energiebeleid, in het bijzonder voor de financiering van de gewestelijke energieregulator, van de openbaredienstverplichtingen inzake energie, voor haar sociaal energiebeleid, haar beleid inzake het rationeel energiegebruik, haar beleid inzake warmtekrachtkoppeling, haar beleid inzake de hernieuwbare energiebronnen alsmede voor de financiering van energiegerelateerde kosten van de Vlaamse overheid. Echter in de praktijk worden deze middelen gebruikt voor de financiering van de regulator, het steunsysteem van groene warmte, de financiering voor de opkoop van de certificaten...¹ Deze gelden vloeien tot nader order op generlei wijze terug naar de producenten van groene stroom, de elektriciteitsleveranciers of de netbeheerders.

¹ *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 544/5, 11.

In het Vlaamse Gewest is er een overschot aan groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten. Een deel van de overschotten zal door verhoogde groenestroomquota worden doorgerekend aan de eindgebruiker (cfr. het decreet van 27 november 2015), een deel van de historische schulden van de netbeheerders wordt via de tarieven verrekend, en een deel van het wegwerken van de overschotten zal worden gefinancierd door het verhogen van de energieheffing.^{2,3}

Wat dat laatste betreft, zal op korte termijn in een DAEB-vergoeding voor de distributienetbeheerders worden voorzien ter uitvoering van de hen op grond van artikel 7.1.6, §1 van het Energiedecreet voorziene openbaredienstverplichting. De kosten voor de openbaredienstverplichtingen, vermeld in artikel 7.1.6 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 zijn immers een financiële openbaredienstverplichting voor de elektriciteitsdistributienetbeheerder of de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit. Dit is een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). Een deel van het overschot en de kosten van de minimumsteunverplichting kan in dit kader jaarlijks via DAEB-steun (met name het Besluit 2012/21/EU⁴) worden aangepakt.

In vergadering van 17 juni 2016 hechtte de Vlaamse Regering haar eerste principiële goedkeuring aan het Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010. De Vlaamse Regering gelastte tevens de Vlaamse minister, bevoegd voor het energiebeleid, hierover het advies van de Raad van State in te winnen met het verzoek hun advies te verstrekken binnen een termijn van dertig dagen.

2. Advies van de Raad van State

De afdeling Wetgeving van de Raad van State verstrekte betreffende het ontwerp van besluit haar advies nr. 59.903/1/V op 19 september 2016. Het advies gaat als bijlage 2.

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

- Vooreerst maakte de Raad in haar advies een aantal wetgevingstechnische opmerkingen met betrekking tot de precisering van de aanhef, waarmee bij de redactie van het ontwerp rekening werd gehouden.
- De Raad merkt op dat conform artikel 4 van het besluit 2012/21/EU de maximale duurtijd van een dergelijke regeling beperkt is tot tien jaar en dat die termijn in het besluit moet worden vermeld. Dit wordt in het ontworpen artikel 6.4.14/2, §2 ingeschreven.
- De Raad merkt op dat ook natuurlijke personen een onderneming kunnen vormen in de zin van het mededingingsrecht. Om aan dat bezwaar tegemoet te komen zou volgens de Raad in het ontworpen artikel 6.4.14/2, §2, eerste lid, van het Energiebesluit na de woorden “natuurlijke persoon”, de zinsnede “die geen onderneming is in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie” kunnen worden toegevoegd.

² *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 544/8, 5-7.

³ *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 544/5, 6.

⁴ Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen.

Met die opmerking, die overigens strookt met de intentie van het ontwerp, wordt rekening gehouden. Immers, het Vlaams Energieagentschap zal, in het kader van de controle op deze maatregel, de netbeheerders o.a. controleren aan de hand van het onderscheid of bij de aankoop door de netbeheerder van de certificaten de Btw in rekening kon worden gebracht of niet, en heeft hierover reeds de nodige praktische afspraken met de distributienetbeheerders gemaakt.

- De Raad meent dat de beperking tot 15 miljoen euro per jaar een ongelijke behandeling uitmaakt tussen enerzijds een netbeheerder die over meer dan 15 miljoen euro aan certificaten beschikt, en anderzijds een netbeheerder die maar voor een lager bedrag aan certificaten komt. Dit is nochtans rechtstreeks het gevolg van de voorwaarden van besluit 2012/21/EU. Het bedrag van 15 miljoen euro per jaar is overigens een reglementair plafond waar de minister rekening mee moet houden, maar het maximale bedrag van de totale vergoeding voor alle elektriciteitsdistributienetbeheerders op basis van de middelen die daarvoor ingeschreven zijn op de algemene uitgavenbegroting voor dat jaar en de middelen uit het Energiefonds die daarvoor beschikbaar gesteld zijn, dient immers conform het ontworpen artikel 6.4.14/2, §2, vierde lid jaarlijks door de minister te worden vastgesteld.

De netbeheerders binnen eenzelfde werkmaatschappij kunnen overigens overgaan tot onderlinge verkopen, waardoor de stocks meer evenredig worden verspreid. Het deel van de kostprijs dat de netbeheerders niet via de ontworpen regeling vergoed zien, kunnen de netbeheerders overigens ten laste leggen van de nettarieven en compenseren via de opbrengsten uit de verkoop van groenestroomcertificaten op de markt. Het geheel van die drie geldstromen (de vergoeding door het Vlaams Energieagentschap overeenkomstig de ontworpen regeling, alsook de opbrengsten uit de nettarieven en uit de verkoop van certificaten, waarbij de tweede en derde piste elkaar uitsluiten), houden een volledige vergoeding in voor elke netbeheerder, waarbij enkel het aandeel van elk van die geldstromen zou verschillen per netbeheerder.

- De Raad meent dat in beginsel is voorzien in een verrekening in de nettarieven, die uiteindelijk ook door de overheid worden bepaald – weliswaar niet via regelgeving, maar via een beslissing van de regulator – en aan de eindverbruikers wordt opgelegd. Als de opbrengsten van een afzonderlijke toeslag die de overheid niet voor zichzelf int, maar die rechtstreeks naar de netbeheerders vloeit, toch als staatsmiddelen kunnen worden aangemerkt, kan volgens de Raad niet langer worden uitgesloten dat ook de opbrengsten van door de regulator vastgestelde nettarieven als overheidsmiddelen kunnen worden beschouwd, temeer daar de overheid via maatregelen als in de ontworpen regeling de hoogte van de nettokosten van de financiële openbaredienstverplichting, en dus de hoogte van de nettarieven, kan sturen.

Die redenering van de Raad kan m.b.t. de tarieven echter niet worden gevolgd. Ten eerste vloeit de rol van de regulator in het kader van de tarieven rechtstreeks voort uit het Europees acquis en is in de tariefrichtsnoeren expliciet bepaald dat enkel de kosten voor de openbaredienstverplichtingen die worden opgelegd door of krachtens het decreet, en die niet worden gefinancierd door belastingen, taksen, subsidies, bijdragen en heffingen, op een transparante en niet-discriminerende wijze worden verrekend in de tarieven na controle door de VREG. Vervolgens is er een fundamenteel verschil met de zaak *Vent de*

*Colère*⁵, alwaar de bevoegde Franse minister de hoogte van de bijdrage bepaalde en die middelen eerst rechtstreeks naar een overheidsinstantie - de deposito- en consignatiekas - vloeiden voor ze aan de marktdeelnemers werden doorgestort. In het kader van de gereguleerde tarieven is dit nadrukkelijk niet het geval zodat zelfs van “overheidsmiddelen” in de brede zin geen sprake kan zijn.

De Raad van State meent niettemin dat, veeleer dan te pogen de ontworpen regeling in te passen in de nauwe van de DAEB-vrijstelling, er gegronde redenen zijn om naar aanleiding van dit ontwerp de hele regeling inzake groenestroom- en warmtekrachtcertificaten, met inbegrip van de quotumverplichtingen en de minimumsteun als een geheel opnieuw bij de Europese Commissie aan te melden. Een dergelijke aanmelding heeft in de zomer 2016 echter plaatsgevonden, maar staat los van het op korte termijn voorzien van deze DAEB-steun.

- De Raad erkent weliswaar dat de ontworpen regeling niet rechtstreeks ingrijpt in het certificatenaanbod of de inleververplichtingen maar dat er wel een onrechtstreeks sturend effect is op het volledige certificatenaanbod op de markt doordat als voorwaarde voor de vergoeding is opgelegd dat de nodige certificaten worden ingeleverd bij de VREG, waardoor ze uit de markt worden gehaald en het overaanbod aan certificaten enigszins wordt gereduceerd.

Die indiening bij de VREG is echter nodig om te vermijden dat de netbeheerders worden overgecompenseerd, wat immers verboden wordt door het besluit 2012/21/EU. Indien die certificaten niet bij de VREG worden ingediend en daardoor niet langer aanvaardbaar zijn voor de quotumverplichting, dan zou niets de netbeheerders ervan weerhouden om de certificaten opnieuw te gelde te maken. Worden de certificaten aan de Vlaamse overheid overgedragen, dan zou dit fiscaalrechtelijk als een BTW-plichtige verkoop worden beschouwd.

- De Raad stelt vast dat de ontworpen steunregeling in de plaats komt van het huidige artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit, dat daardoor geen uitwerking meer heeft. Die beleidskeuze lijkt volgens de Raad op het eerste gezicht te kunnen worden verantwoord door het gegeven dat de periode van de banking van groenestroomcertificaten overeenkomstig artikel 6.4.14/1 van het Energiebesluit afloopt op 1 juli 2016, zodat er niet langer nood is aan de bijhorende steunregeling. Meer zelfs, het naast elkaar bestaan van het huidige artikel 6.4.14/2 en de ontworpen steunregeling zou vragen doen rijzen met betrekking tot de cumulatie van beide steunregelingen, wat dan weer gevolgen kan hebben voor de drempelwaarde (15 miljoen euro) voor de vrijstelling van aanmelding als gevolg van het besluit 2012/21/EU. De opheffing van het huidige artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit kan volgens de Raad alleszins niet tot gevolg hebben dat met ingang van de datum van de nieuwe regeling de bestaande waarborg vervalft. De overheid kan volgens de Raad niet haar garantie ontlopen door op het moment dat de waarborg opeisbaar wordt, de regeling weer af te schaffen.

Zoals de Raad overigens zelf al vaststelt wordt hieraan door het ontworpen artikel 6.4.14/2, §2, derde lid tegemoetgekomen. Er wordt immers bepaald dat de eerder “gebankte” groenestroomcertificaten, vermeld in het eerste lid – met andere woorden groenestroomcertificaten die betrekking hebben op zonne-energie en die overeenkomstig

⁵ HvJ 19 december 2013, C-262/12, *Vent de Colère!*

artikel 7.1.6, § 1, van het Energiedecreet door een natuurlijke persoon aan de elektriciteitsdistributienetbeheerder zijn overgedragen – bij voorrang moeten worden ingeleverd en vergoed worden aan een gefixeerde bedrag van 93 euro, wat overigens het bedrag is dat werd voorzien in het kader van de huidige in artikel 6.4.14/2, §3 vervatte vergoedingsregeling. Op verzoek van het Vlaams Energieagentschap hebben de netbeheerders overigens boekhoudkundig juist als gebankte certificaten enkel groenestroomcertificaten uit zonne-energie van particulieren aangemerkt.

Overigens dient te worden vastgesteld dat het huidige artikel 6.4.14/2 voor toepassing van de vergoeding de voorwaarde stelt dat deze vergoeding, gecumuleerd met de bankingvergoeding, niet hoger kan zijn dan 15 miljoen euro, wat hetzelfde bedrag is dat thans voorzien wordt voor de nieuwe regeling.

- De Raad van State stelt dat een eventuele verdere uitbreiding van de DAEB-opdracht en/of een opkoop via overheidsopdrachten belangrijke gevolgen zouden hebben op het vlak van staatssteun. De voorgenoemde overheidsopdrachten zouden zelfs een rechtstreekse interventie met overheidsmiddelen in de certificatenmarkt inhouden, die om dezelfde reden leiden tot de kwalificatie als staatssteun. Indien men wenst te vermijden dat voor elke afzonderlijke overheidsopdracht een nieuwe aanmelding bij de Europese Commissie zou moeten worden gedaan, is het raadzaam om voor die overheidsopdrachten een transparant juridisch kader te schrijven, dat dan vooraf als staatssteunmechanisme wordt aangemeld bij de Europese Commissie.

Vooreerst dient te worden opgemerkt dat voor het lanceren van een overheidsopdracht in het kader van de overheidsopdrachtenwetgeving er geen andere regelgevende bepalingen noodzakelijk zijn: de overheid kan dit te allen tijde doen. Het tweede luik uit artikel 6.1.14, §5 en 6.2.11, §5 uit het ontwerpbesluit bepaalt in verband met die certificaten afkomstig uit overheidsopdrachten enkel de gevolgen van een dergelijke actie, en houdt in dat ook dergelijke certificaten niet langer aanvaardbaar zijn voor de quotumverplichting, maar houdt op zich dus geen machtiging in. Ook zonder die bepaling is opkoop immers *de jure* ook nu al mogelijk, al zullen zonder deze bepaling die certificaten tot aan hun vervaldatum nog steeds aanvaardbaar zijn, en zal het gewest ze dus in portefeuille moeten houden.

Wat de staatssteuneffecten hiervan betreffen: pas indien en voorafgaand aan het moment dat het Vlaamse Gewest daadwerkelijk wil overgaan tot opkoop via overheidsopdrachten, dan zal die opkoopactie echter moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie, en geldt er in het kader van die aanmelding een standstillverplichting, wat inhoudt dat er geen overheidsopdracht mag worden gelanceerd alvorens de commissie over het principe een uitspraak heeft gedaan.

3. Weerslag van het voorstel op de begroting van de Vlaamse overheid

Er werden aan het ontwerp van besluit geen wijzigingen aangebracht die een impact hebben op begroting van de Vlaamse overheid.

4. Weerslag van het voorstel op de lokale besturen

Er werden aan het ontwerp van besluit geen wijzigingen aangebracht die een impact hebben op de lokale besturen.

5. Weerslag van het voorstel op het personeelsbestand en de personeelsbudgetten

Er werden aan het ontwerp van besluit geen wijzigingen aangebracht die een impact hebben op het personeelsbestand en de personeelsbudgetten van de Vlaamse overheid.

6. Voorstel van beslissing

De Vlaamse Regering beslist:

1° haar definitieve goedkeuring te hechten aan het besluit van de Vlaamse Regering houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, zoals opgenomen als bijlage 1.

Bart TOMMELEIN

Viceminister-president van de Vlaamse Regering

Vlaams minister van Begroting, Financiën en Energie

Bijlagen:

- Bijlage 1: het definitief goed te keuren ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering;
- Bijlage 2: advies nr. 59.903/1/V van de afdeling Wetgeving van de Raad van State