



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 59.903/1/V
van 19 september 2016

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende
wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010’

Op 25 juli 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 8 september 2016,^(*) en nogmaals verlengd tot 19 september 2016, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 13 september 2016. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad, voorzitter, Koen MUYLLE en Patricia DE SOMERE, staatsraden, Marc RIGAUX, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORHTAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 19 september 2016.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2^o, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe het Energiebesluit van 19 november 2010 (hierna: het Energiebesluit) te wijzigen met betrekking tot het systeem van groenestroom- en warmtekrachtcertificaten, meer in het bijzonder wat betreft de vergoeding van de netbeheerders met betrekking tot de kosten verbonden aan het verlenen van minimumsteun.

2.2. Artikel 1 van het ontwerp strekt tot de wijziging van artikel 6.1.14 van het Energiebesluit met het oog op het uit circulatie nemen van groenestroomcertificaten die worden ingediend bij de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna: VREG) door de elektriciteitsdistributienetbeheerders in het kader van de vergoedingsregeling in het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, van het Energiebesluit, of van groenestroomcertificaten die door het Vlaamse Gewest ter uitvoering van een overheidsopdracht zijn gefinancierd en ingediend bij de VREG. Artikel 2 van het ontwerp strekt tot de wijziging van artikel 6.2.11 van het Energiebesluit met het oog op het invoeren van een analoge regeling voor warmtekrachtcertificaten die door het Vlaamse Gewest ter uitvoering van een overheidsopdracht zijn gefinancierd en ingediend bij de VREG. Telkens zal voor die groenestroomcertificaten of warmtekrachtcertificaten de vermelding “niet aanvaardbaar” worden geregistreerd in de centrale databank, zodat de betrokken certificaten niet langer aanvaardbaar zijn in het kader van de quotumverplichting die op bepaalde marktdeelnemers rust overeenkomstig de artikelen 7.1.10 en 7.1.11 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 (hierna: het Energiedecreet). Om die reden wordt in de centrale databank bij de mogelijkheid om de betrokken certificaten in te leveren, de vermelding “niet van toepassing” geregistreerd.

2.3. Bij artikel 3 van het ontwerp wordt de huidige onderafdeling IV van afdeling III van hoofdstuk IV van titel VI van het Energiebesluit vervangen door een nieuw onderafdeling, bestaande uit (het nieuwe) artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit. Nu de banking van groenestroom- en warmtekrachtcertificaten bedoeld in artikel 6.4.14/1 van het Energiebesluit is afgelopen, wordt de bestaande financieringsregeling met betrekking tot de banking in het huidige artikel 6.4.14/2 opgeheven. In de plaats ervan komt een regeling van de gedeeltelijke vergoeding van de netbeheerders voor de kosten van de financiële openbaredienstverplichting, opgelegd bij artikel 7.1.6, § 1, van het Energiedecreet, die bestaat in het verlenen van minimumsteun aan de producenten van groene energie.

Die vergoeding, die geconcipieerd is als een steunregeling in de zin van het DAEB-besluit,¹ wordt enkel toegekend voor groenestroomcertificaten die betrekking hebben op

¹ Besluit 2012/21/EU 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’.

zonne-energie en die door een natuurlijke persoon aan de netbeheerders werden overgedragen.² De vergoeding stemt overeen met de boekhoudkundige waarde van de certificaten, met een maximum van 93 euro per groenestroomcertificaat, en kan enkel worden toegekend indien het overeenstemmende aantal groenestroomcertificaten is ingediend bij de VREG. Er moet bovendien voorrang worden gegeven aan het aanvragen van een vergoeding voor die groenestroomcertificaten die onder de voormelde bankingregeling vielen, waarvoor de vergoeding steeds 93 euro bedraagt.³ Het totale steunbedrag is beperkt tot 15 miljoen euro per distributienetbeheerder. De minister bepaalt jaarlijks het maximale bedrag van de totale vergoeding voor alle elektriciteitsdistributienetbeheerders op basis van de middelen die daarvoor zijn ingeschreven op de algemene uitgavenbegroting en de middelen uit het Energiefonds die daarvoor ter beschikking zijn gesteld.

De toekenning van de vergoeding is afhankelijk van het voorleggen van bepaalde bewijsstukken. De vergoeding wordt uitbetaald door het Vlaams Energieagentschap. De minister kan nadere regels vastleggen voor de uitbetalingsprocedure.

2.4. Artikel 4 en 5 van het ontwerp strekken tot de wijziging van artikel 11.1.3 van het Energiebesluit en van het opschrift van de relevante afdeling van het Energiebesluit, teneinde aan het Vlaams Energieagentschap controlebevoegdheden met betrekking tot de nieuwe vergoeding van het ontworpen artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit toe te kennen.

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt blijkens de aanhef gezocht in de artikelen 7.1.4, 7.1.5, § 4, eerste lid, 7.1.6, § 2, en 13.1.1 van het Energiedecreet van 8 mei 2009.

3.1. De artikelen 7.1.4 en 7.1.5, § 4, eerste lid, van het Energiedecreet bieden rechtsgrond voor de artikelen 1 en 2 van het ontworpen besluit.

3.2. Bij artikel 7.1.6, § 2, van het Energiedecreet wordt de Vlaamse Regering enkel gemachtigd om de nadere regels te bepalen “betreffende de manier waarop, de voorwaarden waaronder en het tijdsbestek waarbinnen de netbeheerder de certificaten terug op de markt brengt”. Hoewel de ontworpen regeling onrechtstreeks een invloed heeft op het aantal certificaten dat op de markt zal worden gebracht,⁴ moet worden vastgesteld dat ze geen rechtstreekse regeling of beperking inhoudt voor het op de markt brengen van groenestroomcertificaten. Ook voor de “certificaten die door het Vlaams Gewest ter uitvoering van een overheidsopdracht zijn gefinancierd en ingediend bij de VREG”, waarvan gewag wordt gemaakt in de ontworpen artikelen 6.1.14, § 5, en 6.2.11, § 5, van het Energiebesluit (artikelen 1 en 2 van het ontwerp), lijken er enkel verplichtingen te worden opgelegd aan de VREG en niet aan de netbeheerder.

² Alle andere vormen van minimumsteun vormen, overeenkomstig het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 1, van het Energiebesluit, een niet-vergoede financiële openbaredienstverplichting waarvan de nettokosten ten laste van de nettarieven kunnen worden gelegd, namelijk het deel van de kosten dat overblijft nadat de netbeheerder de groenestroomcertificaten opnieuw heeft aangeboden op de markt, waar ze kunnen worden aangekocht door certificaatplichtigen bedoeld in artikel 7.1.10 van het Energiedecreet.

³ Volgens het huidige artikel 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit wordt voor gebankte certificaten de vergoeding gewaarborgd van het prijsverschil tussen de werkelijke verkoopwaarde en 93 euro.

⁴ Het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, vijfde lid, van het Energiebesluit schrijft immers voor dat de vergoeding slechts wordt betaald als de betrokken groenestroomcertificaten bij de VREG zijn ingediend, zodat ze niet meer op de markt kunnen worden gebracht.

Bijgevolg komt artikel 7.1.6, § 2, van het Energiedecreet niet in aanmerking als rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

De vergoeding van de kosten van de openbardienstverplichtingen in hoofde van de netbeheerder uit overheidsmiddelen (en dus niet via de nettarieven) vindt echter wel rechtsgrond in artikel 8.4.1, 9°, van het Energiedecreet, dat destijds speciaal omwille van de vergoeding van de kosten verbonden aan de banking van groenestroom- en warmtekrachtcertificaten is ingevoerd, nadat de Raad van State, afdeling Wetgeving, eerder had vastgesteld dat een rechtsgrond voor het vergoeden van openbardienstverplichtingen in hoofde van de netbeheerders ontbrak.⁵

3.3. Artikel 13.1.1 van het Energiedecreet biedt rechtsgrond voor de artikelen 4 en 5 van het ontworpen besluit.

VORMVEREISTEN

4.1. De ontworpen regeling kan worden beschouwd als een staatssteunregeling in hoofde van de netbeheerders en moet bijgevolg in beginsel worden aangemeld bij de Europese Commissie in overeenstemming met artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). De stellers van het ontwerp gaan er echter van uit dat de ontworpen regeling een vergoeding inhoudt voor een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) die kan worden ingepast in de voorwaarden vervat in het DAEB-besluit, zodat de ontworpen regeling op grond van artikel 3 van dat besluit van aanmelding is vrijgesteld.

Daartoe is echter vereist dat de regeling aan alle voorwaarden van dat het DAEB-besluit beantwoordt. Alle voorwaarden van artikel 4 van het besluit lijken te zijn vervuld,⁶ met uitzondering van de vermelding van de maximale duurtijd van de regeling. Dat element moet bijgevolg nog worden opgenomen in het ontwerp.

4.2. Het steunbedrag wordt bepaald op maximum 15 miljoen euro per jaar per netbeheerder, wat overeenstemt met de maximale waarde die een generieke DAEB-vergoeding overeenkomstig artikel 2 van het DAEB-besluit mag hebben. Deze maximale invulling heeft echter twee belangrijke gevolgen.

4.2.1. In de eerste plaats impliceert dit dat eender welke andere vergoeding die zou worden toegekend aan de netbeheerder ter vergoeding van een (andere) openbardienstverplichting, hoe beperkt ook, tot gevolg zal hebben dat zowel de thans ontworpen regeling als die andere regeling alsnog moeten worden aangemeld.

⁵ Adv.RvS 52.710/3 van 7 februari 2013 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders’, punt 3.1 et seq., in het bijzonder 3.2.3.

⁶ Het ontwerp bevat weliswaar geen specifieke regeling voor het toezicht op en terugvordering van eventuele overcompensatie (zie artikel 4, e), van het DAEB-besluit), maar artikel 11.1.3 van het Energiebesluit, dat ter zake een afdoende regeling bevat, is van toepassing op de nieuwe ontworpen regeling. Die laatste bepaling was weliswaar ingevoerd naar aanleiding van de banking van de groenestroom- en warmtekrachtcertificaten, maar de verwijzing erin naar artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit betreft voortaan de nieuwe ontworpen regeling.

In dat verband moet worden gewezen op het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, derde lid, van het Energiebesluit, waarbij een bijzonder regime wordt ingevoerd met betrekking tot de groenestroomcertificaten die eerder werden gebankt, namelijk een vaste vergoeding van 93 euro per certificaat. Aangezien de banking van de groenestroomcertificaten maar net is afgelopen, zullen de netbeheerders dit jaar wellicht nog op basis van het huidige artikel 6.4.14/2, §§ 2 en 3, van het Energiebesluit aanvragen indienen voor de vergoeding van de financieringskosten voor die banking en voor de prijsverschillen bij de verkoop van andere gebankte groenestroomcertificaten dan die bedoeld in het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, eerste lid, van het Energiebesluit. Aangezien de ontworpen regeling in de plaats komt van het bestaande artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit kan evenwel worden aangenomen dat het gaat om elkaar opvolgende steunregimes die niet kunnen worden gecumuleerd, ook al zou de vergoeding verschuldigd onder de oude regeling pas nu worden opgeëist. In de opmerkingen 7.1 tot 7.4 wordt uiteengezet waarom ter zake toch in een overgangsregeling moet worden voorzien.

Indien, zoals in de opmerking 4.3.1 tot 4.3.3 wordt uiteengezet, allerminst kan worden uitgesloten dat de volledige Vlaamse regeling inzake groenestroomcertificaten als staatssteun moet worden aangemerkt, dreigt in ieder geval een cumulatieprobleem, aangezien dan de middelen die de netbeheerders zouden halen uit de nettarieven, zullen moeten worden bijgeteld bij de middelen uit de voorliggende steunregeling.

4.2.2. In de tweede plaats zal bij een eventuele fusie van netbeheerders het maximale bedrag gelden voor de fusieonderneming, en dus niet de som van de maximale bedragen voor de betrokken netbeheerders afzonderlijk. Dat gevolg staat echter op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel, zoals blijkt uit de opmerkingen 5.1 tot 5.5.

4.3.1. De Raad van State meent niettemin dat, veeleer dan te pogen de ontworpen regeling in te passen in de nauwe – en, gelet op het voorgaande, wellicht te nauwe grenzen – 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. In tegenstelling tot de steunregeling zoals die destijds is aangemeld bij de Europese Commissie,⁷ worden er thans immers belastingmiddelen aangewend voor de financiering van een deel van de minimumsteun voor groenestroomcertificaten.

4.3.2. Anders dan de stellers van het ontwerp lijken aan te nemen, is het twijfelachtig of aan die conclusie kan worden ontsnapt door ervan uit te gaan dat de ontworpen steunmaatregelen enkel betrekking hebben op zonnepanelen die geïnstalleerd werden door natuurlijke personen.

Eenzijds kunnen ook natuurlijke personen een onderneming vormen in de zin van het mededingingsrecht.⁸ Om aan dat bezwaar tegemoet te komen zou 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

⁷ Steunmaatregelen nr. N550/2000 en nr. N254/2006.

⁸ HvJ 13 februari 2003, C-409/00, *Spanje v. Commissie*. Zo denke men aan een landbouwer die zonnepanelen op het dak van zijn stallen heeft laten plaatsen.

werking van de Europese Unie” kunnen worden toegevoegd. Subsidiair zou een beroep kunnen worden gedaan op de *de minimis*-verordening.⁹

Anderzijds heeft de ontworpen regeling echter ook gevolgen voor de functionering van de gehele markt van groenestroomcertificaten, aangezien ermee wordt beoogd een bepaalde categorie van groenestroomcertificaten op te kopen, wat gevolgen heeft voor het totale aanbod van groenestroomcertificaten en dus van de waarde ervan. Dat heeft dan weer een weerslag op de omvang van de kosten van de financiële openbaardienstverplichting die via de nettarieven moet worden verrekend en de omvang van de kosten verbonden aan de quotumverplichtingen. Die effecten hebben bovendien betrekking op het geheel van de groenestroomcertificaten, waaronder ook de certificaten die werden ingeleverd door ondernemingen, en niet alleen, zoals voor de ontworpen regeling wordt voorgehouden, door natuurlijke personen. De Raad van State heeft er in het verleden al op gewezen dat de samenstellende elementen van de certificatenregeling in die mate onderling economisch verbonden zijn, dat ze vanuit het oogpunt van de staatssteunproblematiek niet afzonderlijk kunnen worden beschouwd.¹⁰

4.3.3. In dat verband moet bovendien worden opgemerkt dat de recente rechtspraak van het Hof van Justitie¹¹ en van het Gerecht steeds grotere twijfels doen rijzen of het systeem van groenestroomcertificaten en minimumsteun zoals de Europese Commissie dat destijds aanvaard heeft op basis van het arrest *PreussenElektra*¹² nog steeds kan worden geacht buiten het toepassingsgebied van de regels inzake staatssteun te vallen.

In het bijzonder moet worden gewezen op het arrest *Duitsland v. Commissie*¹³ van het Gerecht. In dat arrest aanvaardt het Gerecht de stelling van de Commissie dat de beperkingen ten gunste van energie-intensieve bedrijven op een bij wet geregelde toeslag op de elektriciteitsfactuur die door de netbeheerder wordt verhaald op de eindafnemers, ook al is de netbeheerder niet verplicht tot dat laatste, toch een voordeel inhoudt dat met staatsmiddelen is bekostigd, ook al komt het geld nooit in handen van de overheid. Het Gerecht weerlegt de argumentatie van Duitsland die zich onder meer op het arrest *PreussenElektra* had beroepen.

De Vlaamse regeling inzake de groenestroomcertificaten is weliswaar anders uitgewerkt. Veeleer dan de netbeheerders op te dragen om een afzonderlijke toeslag te innen in functie van het verbruik, wordt in beginsel¹⁴ voorzien in een verrekening in de nettarieven, die

⁹ Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun’. Het beroep op deze regeling moet dan wel worden geëxpliciteerd in het ontwerp en bovendien moet dan ook worden gewaakt over de cumulgrenzen, waarbij landbouwers overigens nog een bijzondere categorie vormen (zie verordening (EU) nr. 1408/2013 van de Commissie van 18 december 2013 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun in de landbouwsector’).

¹⁰ Adv.RvS 58.047/1/V van 25 augustus 2015 over vijf amendementen op het voorontwerp van decreet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, opmerkingen 4.1 tot 4.4.

¹¹ HvJ 19 december 2013, C-262/12, *Vent de Colère!*.

¹² HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*.

¹³ Ger. 10 mei 2016, T-47/15, *Duitsland v. Commissie*, punten 71-128.

¹⁴ Met de ontworpen regeling wordt daar voor het eerst gedeeltelijk van afgeweken, in die zin dat de financiering van een specifiek segment van de minimumsteun, namelijk voor de groenestroomcertificaten voor zonnepanelen van natuurlijke personen, nu gebeurt door overheidsmiddelen, in de vorm van middelen van het Energiefonds bedoeld in

uiteindelijk ook door de overheid worden bepaald – weliswaar niet via regelgeving, maar via een beslissing van de regulator – en aan de eindverbruikers 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 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 openbaardienstverplichting, en dus de hoogte van de nettarieven, kan sturen. Hoewel de overheidsinterventie bij door de regulator vastgestelde nettarieven beperkter is dan in de zaak *Vent de Colère!*¹⁵ – waar de minister de hoogte van de bijdrage bepaalde en de middelen eerst naar de deposito- en consignatiekas vloeiden voor ze aan de marktdeelnemers werden doorgestort – staat de redenering van het arrest *PreussenElektra* duidelijk onder druk. Het gevolg daarvan is dat vraagtekens moeten worden geplaatst bij de kwalificatie van elke nationale regeling die op grond van de redenering in dat arrest niet als staatssteun werd aangemerkt.

Die twijfel kan enkel worden weggenomen door de Europese Commissie, onder toezicht van het Gerecht en het Hof van Justitie. Gelet op de draconische sanctie ingeval van een onterechte niet-aanmelding, namelijk dat de steun *per se* nietig is (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden als ze correct zou zijn aangemeld), adviseert de Raad van State om niet alleen de ontworpen regeling, maar de volledige voorgenomen aanpak op het gebied van groenestroom- en warmtekrachtcertificaten opnieuw bij de Europese Commissie aan te melden overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het VWEU en verordening (EU) 2015/1589.¹⁶ Zelfs indien de ontworpen regeling op zich kan worden beschouwd en ingevoerd, moet worden vastgesteld dat ze samenhangt met een aantal andere regelingen waarbij beslist niet kan worden uitgesloten dat het geheel niet langer aan de kwalificatie staatssteun ontsnapt.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de aanmelding bij de Europese Commissie nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

artikel 3.2.1 van het Energiedecreet, dat onder meer gefinancierd wordt via de heffing op de afnamepunten van elektriciteit in de artikelen 14.1.1 tot 14.1.4 van het Energiedecreet.

¹⁵ HvJ 19 december 2013, C-262/12, *Vent de Colère!*.

¹⁶ In dat verband kan er overigens niet zonder meer van worden uitgegaan dat het geheel van de Vlaamse steunregeling op basis van de aangehaalde Commissie-beslissingen nr. N550/2000 en nr. N254/2006 als bestaande steun in de zin van artikel 1, b), 5°, van verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 ‘tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’ kunnen worden aangemerkt. Enkel maatregelen die ongewijzigd zijn gebleven, kunnen immers als bestaande steun in de zin van die bepaling worden aangemerkt, indien ze geen steun waren op het moment van de aanmelding, maar dat door een evolutie van de interne markt alsnog zijn geworden. De ontworpen regeling houdt echter een fundamentele wijziging van de bestaande regeling in, aangezien minstens een gedeelte van de groenestroomproductie voortaan met belastingmiddelen wordt gefinancierd en gelet op de zo-even geschetste cascade-effecten voor de certificatenmarkt, de hoogte van de nettokosten en de nettarieven, die allemaal een rol kunnen spelen bij de economische beoordeling van de verenigbaarheid van de steun met de interne markt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Gelijkheidsbeginsel

5.1. De keuze om maximaal 15 miljoen euro aan vergoedingen toe te kennen per netbeheerder wordt verantwoord op basis van het steunplafond voor de toepassing van de vrijstellingsregeling van het DAEB-besluit. De vraag rijst of dat volstaat als verantwoording van wat in essentie een gelijke behandeling is van ondernemingen die zich onderling in een ongelijke situatie bevinden.

De kosten voor de groenstroomcertificaten zijn, omwille van geografische redenen, ongelijk verdeeld over de verschillende netbeheerders. Het voorliggende ontwerp komt daar op het eerste gezicht aan tegemoet. De uit te keren bedragen hangen immers af van de boekhoudkundige waarde van de ingeleverde groenestroomcertificaten. Netbeheerders met veel groenestroomcertificaten (voor particuliere zonnepanelen) kunnen er bijgevolg meer indienen en zullen dus een hoger bedrag ontvangen.

5.2. Dat neemt echter niet weg dat de vergoeding van maximaal 93 euro in vele gevallen niet de volledige kostprijs van de verleende minimumsteun zal dekken. Die kostprijs kan immers voor bepaalde particuliere zonnepanelen oplopen tot 450 euro per certificaat wegens toezeggingen in het verleden. Bovendien heeft het maximumbedrag tot gevolg dat er geen evenredige verdeling meer is van de vergoeding over de netbeheerders van zodra de kosten voor een netbeheerder boven dat plafond uitstijgen. Bij de ontworpen regeling wordt bijgevolg een hogere dekkingsgraad gewaarborgd van de kosten aan de netbeheerders die de minste groenestroomcertificaten voor particuliere zonnepanelen hebben, terwijl dat een factor is die ze in beginsel zelf niet in de hand hebben.

Dit probleem wordt nog verscherpt door de mogelijke fusie van bepaalde netbeheerders. Zoals wordt uiteengezet in het advies van de Inspectie van Financiën van 6 juni 2016, kan een dergelijke fusie de jaarlijkse kostprijs voor de overheid doen dalen van 165 miljoen euro naar 75 miljoen euro, omdat de fusieonderneming – ook al staat die in voor een portefeuille die de som vormt van de portefeuilles van de fusionerende ondernemingen – slechts vergoed zal worden tot hetzelfde plafond van 15 miljoen euro. Een eventuele fusie kan dus de dekkingsgraad van de vergoeding halveren voor de betrokken onderneming.

5.3. Het EU-recht sluit alvast niet uit dat een hogere vergoeding zou worden toegekend, althans indien de ontworpen maatregel wordt aangemeld (zie opmerkingen 4.3.1 tot 4.3.3). Meer zelfs, dat EU-recht kan alvast niet worden ingeroepen als verantwoording voor het thans ontworpen uniforme maximumbedrag.

5.4. Er zou kunnen worden voorgehouden dat de ontworpen maatregel niet kennelijk onevenredig is, aangezien de netbeheerders uiteindelijk voor het geheel van hun kosten worden vergoed. Het deel van de kostprijs dat ze niet via de ontworpen regeling vergoed zien, kunnen de netbeheerders immers 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), zouden een volledige

vergoeding kunnen inhouden voor elke netbeheerder, waarbij enkel het aandeel van elk van die geldstromen zou verschillen per netbeheerder. Daar staat echter tegenover dat die drie geldstromen elk aan eigen voorwaarden en aan een verschillende timing onderhevig zijn, zodat een groter of kleiner aandeel van de ontworpen vergoeding wel degelijk een beduidend financieel voor- of nadeel kan inhouden voor de betrokken netbeheerders.

5.5. De conclusie is dat de regeling inzake de maximumbedragen van de vergoedingen per leverancier opnieuw moeten worden beoordeeld in het licht van hetgeen voorafgaat. Indien ze zou worden behouden, moet ze in elk geval kunnen worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

B. Vrij verkeer van goederen

6. Hoewel bij de bespreking van de rechtsgrond is uiteengezet dat de ontworpen regeling niet rechtstreeks ingrijpt in het certificatenaanbod of de inleververplichtingen (zie opmerking 3.2), is er wel een onrechtstreeks sturend effect 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. Dat is ook het geval voor de groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten die door het Vlaamse Gewest ter uitvoering van een overheidsopdracht zijn gefinancierd en worden ingediend bij de VREG (zie de artikelen 1 en 2 van het ontwerp).

De Raad van State verwijst in dat verband naar de bedenking die hij reeds in eerdere adviezen heeft geformuleerd naar aanleiding van telkens nieuwe overheidsinterventies inzake groenestroomcertificaten,¹⁷ namelijk dat er nog geen daadwerkelijke certificatenmarkt verwezenlijkt blijkt te zijn waar vraag en aanbod elkaar kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken.¹⁸

C. De opheffing van de steunregeling in het huidige artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit

7.1. De ontworpen steunregeling komt in de plaats van het huidige artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit, dat daardoor geen uitwerking meer heeft. Die beleidskeuze lijkt 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

¹⁷ Zie adv.RvS 58.047/1/V, opmerking 6, met verwijzing naar adv.RvS 56.867/3 van 15 december 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2014 'tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders', opmerking 4.3.

¹⁸ Zie in dat verband ook HvJ 11 september 2014, C-204/12 tot C-208/12, *Essent Belgium*, punt 115.

hebben voor de drempelwaarde (15 miljoen euro) voor de vrijstelling van aanmelding ingevolge het DAEB-besluit (zie opmerking 4.2.1).

7.2. Daar staat dan weer tegenover dat de vergoeding bedoeld in het huidige artikel 6.4.14/2, § 2, van het Energiebesluit voor de financiële kosten voor de banking een jaarlijkse vergoeding is en dat de vergoeding voor het jaar 2016 alsnog kan worden verkregen, ook indien de regeling inzake banking is afgelopen op 1 juli 2016.

7.3. Bovendien wordt bij het huidige artikel 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit een prijsverschil gewaarborgd tussen de reële verkoopprijs (de marktprijs) van gebankte certificaten en 93 euro (het huidige bedrag van de minimumsteun). Bij de huidige marktprijs van ongeveer 88 euro komt dat neer op een vergoeding van 5 euro per certificaat, al kan de marktprijs uiteraard dalen – en dus de vergoeding verhogen – indien er door het aflopen van de periode van de banking plots veel certificaten op de markt zouden komen. Aangezien die periode pas op 1 juli 2016 is afgelopen, is het waarschijnlijk dat de meeste van die “gebankte” certificaten – waarvoor nog steeds een prijswaarborg geldt overeenkomstig het huidige artikel 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit – nog niet op de markt zijn gebracht.

In het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, derde lid, van het Energiebesluit wordt weliswaar bepaald dat de eerder “gebankte” groenestroomcertificaten, vermeld in het eerste lid – met andere woorden groenestroomcertificaten die betrekking hebben op zonne-energie en die overeenkomstig 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 93 euro. Dat bedrag stemt overeen met de prijswaarborg in het huidige artikel 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit. Doordat het betrokken groenestroomcertificaat wordt ingeleverd bij de VREG, in plaats van het op de markt te brengen, is de reële verkoopwaarde ervan herleid tot nul euro, en moet het maximale garantiebedrag worden toegekend.

De nieuwe ontworpen regeling geldt echter enkel voor de groenestroomcertificaten die gebankt werden, die betrekking hebben op zonne-energie en die overeenkomstig artikel 7.1.6, § 1, van het Energiedecreet door een natuurlijke persoon aan de distributienetbeheerder zijn overgedragen. Nochtans had de banking ook betrekking op alle andere groenestroomcertificaten (en overigens, met een aangepaste prijswaarborg van 27 euro, ook op warmtekrachtcertificaten). Nu de banking is afgelopen zullen die certificaten in de komende maanden geleidelijk op de markt komen.

De opheffing van het huidige artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit kan alleszins niet tot gevolg hebben dat met ingang van de datum van de nieuwe regeling de bestaande waarborg vervalst. Meer zelfs, het is pas nu, na afloop van de bankingperiode, dat het verzekerde risico zich voordoet. De overheid kan bijgevolg niet haar garantie ontlopen door op het moment dat de waarborg opeisbaar wordt, de regeling weer af te schaffen.

7.4. De conclusie is dan ook dat, althans voor de “gebankte” groenestroomcertificaten die niet onder het nieuwe artikel 6.4.14/2, § 2, derde lid, van het Energiebesluit vallen, in een overgangsregeling moet worden voorzien.

Daarbij moet in herinnering worden gebracht dat de Raad van State er bij de invoering van die waarborgregeling op heeft gewezen dat die regeling een vorm van staatssteun betrof die niet zonder meer valt in te passen in het DAEB-besluit, en die dus moet worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU.¹⁹ De noodzakelijk uit te werken overgangsregeling houdt een wijziging in van een dergelijke staatssteunregeling die bijgevolg eveneens moet worden aangemeld, samen met de aanmelding waarop wordt aangedrongen in de opmerkingen 4.3.1 tot 4.3.3.

D. Groenestroom- en warmtekrachtcertificaten die “ter uitvoering van een overheidsopdracht zijn gefinancierd en ingediend bij de VREG”

8.1. Het is niet duidelijk wat bedoeld wordt met groenestroom- en warmtekrachtcertificaten die “ter uitvoering van een overheidsopdracht zijn gefinancierd en ingediend bij de VREG” zoals vermeld in de ontworpen artikelen 6.1.14, § 5, en 6.2.11, § 5, van het Energiebesluit (artikelen 1 en 2 van het ontwerp). Het lijkt te kunnen gaan om groenestroomcertificaten die het Vlaamse Gewest zelf ontvangt in het kader van haar eigen groenestroominstallaties, bijvoorbeeld voor zonnepanelen op de eigen kantoorgebouwen. Het is echter ook mogelijk dat het Vlaamse Gewest opdracht zou geven om een aantal groenestroom- en/of warmtekrachtcertificaten op te kopen met overheidsmiddelen die het daartoe ter beschikking stelt, om zo het certificatenoverschot verder te reduceren. De gemachtigde bevestigt dat de tweede interpretatie de juiste is.

“De Vlaamse Regering streeft immers twee doelstellingen na:

1) op korte termijn wil ze de netbeheerder vergoeden voor de haar op grond van artikel 7.1.6 van het Energiedecreet opgelegde openbardienstverplichtingen. Merk echter op dat de vergoedingsregeling die het voorwerp uitmaakt van het ontworpen artikel 6.4.14/2 beperkt is en blijft tot groenestroomcertificaten uit zon afkomstig van particulieren.

Deze regeling wordt ingevoerd middels het kader dat wordt geboden via het besluit 2012/21/EU, en is dus beperkt tot een bedrag van 15 miljoen per jaar per entiteit. Het is die regeling die het voorwerp uitmaakt van onderhavig besluit.

Een consequentie voor die steun is dat een certificaat waarvoor de netbeheerder een vergoeding ontvangt niet langer aanvaardbaar is voor de quotumverplichting: anders zou de netbeheerder dat certificaat nogmaals kunnen verkopen, wat zou leiden tot overcompensatie. Dit principe wordt thans in de regelgeving gebetonneerd en wordt direct tot een algemeen principe (i.p.v. dit in het artikel te beperken tot ‘groenestroomcertificaten die betrekking hebben op zonne-energie, en die conform artikel 7.1.6, §1, van het voormelde decreet door een natuurlijke persoon aan de elektriciteitsdistributienetbeheerder zijn overgedragen’) verheven voor alle types van certificaten. Op die manier zijn die bepalingen voldoende flexibel en adaptief voor het geval men ook nog ooit een andere vergoedingsregeling in zou voeren.

Op middellange termijn wil men echter deze DAEB-vergoeding uitbreiden tot bedragen hoger dan 15 miljoen per jaar. Dit maakt momenteel reeds het voorwerp uit van

¹⁹ Zie adv.RvS 53.605/3 van 18 juli 2013 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 10 januari 2014 ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders’, opmerking 4.1.

een aparte aanmeldingsprocedure bij de Europese Commissie. Indien de Commissie daaraan haar goedkeuring verstrekt, zal pas op dat moment de door dit besluit uitgevaardigde regeling moeten worden aangepast om ook hogere bedragen te kunnen vergoeden.

2) Op langere termijn heeft de Regering echter tevens de wens om eventueel groenestroom- en warmtekrachtcertificaten die niet via de voormelde DAEB-regelingen kunnen worden vergoed, zelf op de markt via overheidsopdrachten te kopen. Die verwijzing in artikel 6.1.14, §5 en 6.2.11, §5 naar certificaten in handen van de Vlaamse overheid in het kader van overheidsopdrachten (de bijzin ‘of groenestroomcertificaten/warmtekrachtcertificaten die door het Vlaamse Gewest ter uitvoering van een overheidsopdracht zijn gefinancierd en ingediend bij de VREG’) staat zodoende volledig los van het steunsysteem in het ontworpen artikel 6.4.14/2.

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 ten 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 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 betreft de staatssteuneffecten hiervan: pas indien en voorafgaand aan het moment dat het Vlaamse Gewest daadwerkelijk wil overgaan tot opkoop via overheidsopdrachten, zal die opkoopactie 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.”

8.2. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat het beginsel dat een certificaat waarvoor de netbeheerder een vergoeding ontvangt, niet langer aanvaardbaar is voor de quotumverplichting, niet wordt geformaliseerd in de ontworpen regeling. Er worden immers slechts twee hypothesen geregeld, namelijk de inlevering overeenkomstig het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, vijfde lid, van het Energiebesluit, dat beperkt is tot de groenestroomcertificaten voor zonnepanelen van particulieren, en het geval van een overheidsopdracht.

8.3. In de tweede plaats kan de Raad van State zich aansluiten bij de zienswijze van de gemachtigde die inhoudt dat een eventuele verdere uitbreiding van de DAEB-opdracht en de voorgenomen overheidsopdrachten belangrijke gevolgen zouden hebben op het vlak van staatssteun. Meer zelfs, er zal in een dergelijk geval niet langer kunnen worden geargumenteed – zo dat nu nog mogelijk zou zijn – dat de minimumsteun die via de aankoop door de netbeheerder van groenestroomcertificaten wordt gegeven aan de producenten van groene energie niet uit staatsmiddelen wordt gefinancierd en dus ontsnapt aan de kwalificatie als staatssteun (zie ook opmerking 4.3.3). De voorgenomen 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.

8.4. Ten derde moet worden gewezen op de gevolgen van de voorgenomen overheidsopdrachten voor het vrij verkeer van goederen. Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 6, ondermijnen voortdurende interventies op de certificatenmarkt de doelstelling van een “daadwerkelijke certificatenmarkt waar vraag en aanbod elkaar kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken”, hetgeen op gespannen voet staat met het vrij verkeer van goederen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jeroen VAN NIEUWENHOVE