

DE VLAAMSE MINISTER VAN BEGROTING, FINANCIEN EN ENERGIE

TER-NOTA AAN DE LEDEN VAN DE VLAAMSE REGERING

- Betreft:**
- **Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft verlengingsaanvragen voor groenestroomcertificaten en overige wijzigingen**
 - **Definitieve goedkeuring na adviesvraag aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State**

1. INLEIDING

Het Energiedecreet voorziet in art. 7.1.1, § 1, vierde en vijfde lid, in verlengingsmogelijkheden voor het toekennen van groenestroomcertificaten nadat de oorspronkelijke steunperiode (en eventuele verlenging op basis van vollasturen) is afgelopen. Er zijn twee verlengingsperiodes van 5 jaar mogelijk op basis van onder meer niet-afgeschreven investeringen. Om de steunhoogte tijdens deze periodes te bepalen, moet een specifieke bandingfactor voor elk project afzonderlijk berekend worden. Voor deze berekening zijn een groot aantal, vaak moeilijk vast te stellen en te voorspellen inputparameters nodig. Dit is zeker het geval voor projecten met complexe installaties, inputstromen en outputstromen zoals biogasinstallaties. Vanuit deze sector kwam ook de vraag om de verlengingsregeling te vereenvoudigen om zo tot een meer voorspelbare steunberekening te komen die de investeringszekerheid verhoogt. Gezien de komende jaren vele biogasinstallaties op het einde van hun steunperiode zullen komen en er dus vele verlengingsaanvragen te verwachten zijn, is een vereenvoudiging belangrijk om de administratieve lasten voor zowel de aanvragers als voor het Vlaams Energieagentschap (VEA) te beperken.

De Vlaamse Regering hechtte op 22 september 2017 en op 27 oktober 2017 haar goedkeuring aan het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft verlengingsaanvragen voor groenestroomcertificaten en overige wijzigingen, en gelastte de Vlaamse minister, bevoegd voor het energiebeleid, om over het ontwerpbesluit het advies in te winnen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, met het verzoek het advies mee te delen binnen een termijn van dertig dagen, zoals bepaald in artikel 84, §1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

2. ADVIES VAN DE AFDELING WETGEVING VAN DE RAAD VAN STATE

2.1 Advies

De afdeling Wetgeving van de Raad van State verstrekte betreffende het ontwerp van besluit op 28 november 2017 haar advies nr. 62.378/3. Het advies gaat als bijlage 2.

Naar aanleiding van het advies van de Raad werden een aantal wetgevingstechnische aanpassingen doorgevoerd, zowel aan de aanhef alsook aan enkele artikelen van het ontwerpbesluit zelf. De artikelen 8, 15, 18, 24, en 25 werden allen gewijzigd ten gevolge van het advies van de Raad.

Voorts meent de Raad dat het invoegen van vier nieuwe projectcategorieën (twee voor wind en twee voor PV), waarbij de kosten die in rekening worden gebracht voor het berekenen van de onrendabele top en de bandingfactor worden verhoogd omdat voor de financiering ervan een beroep wordt gedaan op burgerparticipatie, een aantal vragen oproept vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel en van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.

In het licht van het gelijkheidsbeginsel moet volgens de Raad kunnen worden verantwoord waarom enkel bepaalde projecten inzake zonne- en windenergie in aanmerking komen voor burgerparticipatie, terwijl de verschillende vormen van biomassaverwerking vaak kapitaalintensiever zijn en evenzeer via burgerparticipatie zouden kunnen worden gerealiseerd. De ontworpen regeling bevat bijgevolg een ongelijke behandeling van gelijke technologieën. In het licht van het gelijkheidsbeginsel moet dan ook kunnen worden verantwoord waarom de operationele kosten van een installatie met burgerparticipatie hoger worden ingesteld dan die van een vanuit technisch oogpunt identieke installatie zonder burgerparticipatie.

Ten slotte meent de Raad ook dat de regeling ook op gespannen voet lijkt te staan met het vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)) en, daarmee samenhangend, met de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU). Er wordt immers een ongelijke behandeling ingevoerd afhankelijk van de oorsprong van de geïnvesteerde middelen. Hoewel het niet uitgesloten is dat ook buitenlandse ondernemingen een systeem van burgerparticipatie opzetten, of dat buitenlandse burgers – in elk geval EU-onderdanen die hier wonen, maar wellicht ook andere EU-onderdanen – zouden kunnen participeren, moet worden vastgesteld dat de regeling ten minste indirect een ongelijke behandeling inhoudt. Door de verhoging van de steun worden binnen- en buitenlandse ondernemingen er immers toe aangezet om minstens een deel van het kapitaal voor hun zonne- of windproject uit burgerparticipatiemechanismen te halen, wat in de praktijk neerkomt op een voorkeur voor lokale investeringsmiddelen boven externe middelen, ook indien die externe middelen zonder de hogere steun voor burgerparticipatie financieel even of zelfs meer aantrekkelijk zouden zijn. Dat houdt een beperking in van het vrij verkeer van kapitaal.

De raad wijst er op dat in de definitie van de term “burgerparticipatie” wordt bepaald dat de participatie “bijvoorbeeld” moet gebeuren door het aanbieden van aandelen via een coöperatieve vennootschap of door het aanbieden van een obligatielening. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat een gewoon aandeelhouderschap in een al dan niet beursgenoteerde vennootschap niet zou volstaan, ook al is er geen reden om aan te nemen dat die vorm van terbeschikkingstelling van kapitaal economisch wezenlijk anders is, hetgeen buitenlandse investeerders die niet over een coöperatieve aandelenstructuur beschikken, zou kunnen afschrikken. Het argument dat zij nog steeds een obligatielening kunnen uitschrijven, neemt dit bezwaar nog niet weg, omdat dit nog steeds tot gevolg heeft dat buitenlandse investeerders met het oog op investeringen in Vlaamse groene-energieprojecten hun kapitaalstrategie moeten aanpassen.

In zoverre buitenlandse investeerders moeilijker dergelijke burgerparticipatiemechanismen kunnen opzetten, die bovendien een vorm van lokale verankering inhouden, worden zij ongelijk behandeld

doordat zij voor hun technologisch identieke installatie zonder burgerparticipatie minder steun zullen ontvangen, hetgeen ook een beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt.

Er moet dan ook worden aangetoond dat de zo-even geschetste beperkingen noodzakelijk en evenredig zijn in het licht van een dwingende reden van algemeen belang.

De Raad meent bovendien dat de beleidskeuze van de Vlaamse Regering om zonne- en windenergie te bevorderen niet wegneemt dat via het systeem van onrendabele toppen nog steeds andere vormen van groene energie worden ondersteund die evenzeer kapitaalnoden hebben. Het differentiëren op grond van een ander criterium dan de technologie (namelijk de financiering via de burgerparticipatie) staat haaks op het systeem van onrendabele toppen. Die differentiatie bovendien slechts toepassen voor sommige technologieën, is arbitrair.

De verschillende technologieën hebben allemaal een impact op de ruimtelijke ordening en op het leefmilieu. Zo leggen zonneparken in belangrijke mate beslag op de beschikbare ruimte, terwijl windmolenparken gevolgen kunnen hebben door het geluid en door de slagschaduw. Biomassa-installaties kunnen dan weer leiden tot geurhinder en tot verhoogde verkeersdruk bij de aanvoer van de brandstof. De Raad van State ziet dan ook niet goed in waarom voor bepaalde technologieën wel een behoefte zou bestaan voor het ontwikkelen van een groter draagvlak, en voor andere niet.

2.2 Wijzigingen naar aanleiding van het advies

Vooreerst, en in hoofde, dient te worden benadrukt dat het uitgangspunt van de Raad waarop haar argumentatie inzake het gelijkheidsbeginsel en inzake het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging gebaseerd is, met name dat buitenlandse investeerders met het oog op investeringen in Vlaamse groene-energieprojecten hun kapitaalstrategie zouden moeten aanpassen door minstens een deel van het kapitaal voor hun zonne- of windproject uit burgerparticipatiemechanismen te halen en bijgevolg lokale investeringsmiddelen geprivilegieerd worden over externe middelen, ook indien die externe middelen zonder de hogere steun voor burgerparticipatie financieel even of zelfs meer aantrekkelijk zouden zijn, niet gevolgd kan worden. Immers, van de maximaal 1000 euro kosten die voor projecten met burgerparticipatie worden doorgerekend conform de door artikel 18 van het ontwerpbesluit gewijzigde bijlage III/1 bij het Energiebesluit, kan men bezwaarlijk stellen dat dit een zodanige impact op de waarde van de onrendabele top en de bandingfactor (die tezamen de hoogte van de steun bepalen) heeft dat dit buitenlandse investeerders ertoe zou aanzetten om effectief een deel van het kapitaal voor hun zonne- of windproject uit burgerparticipatiemechanismen te halen. Doordat de impact voor voormelde investeerders zodanig beperkt is (maar voor daadwerkelijke burgercoöperaties wel als noodzakelijke incentive kan fungeren), blijven de argumenten van de Raad inzake ongelijke behandeling en de beperking van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging louter theoretisch.

Voormelde argumentatie wordt ondersteund door de “*too uncertain and indirect*” doctrine, zoals aangehaald door het Hof van Justitie in het *Peralta* arrest.¹ Daarin oordeelt het Hof dat, indien de beperkingen van het vrije verkeer (in casu van goederen), die een wettelijke regeling teweeg zou kunnen brengen, zo onzeker en indirect zijn, men van de in de regeling vervatte verplichting niet kan oordelen dat zij de handel tussen de lidstaten belemmert.

Daarnaast is de stelling van de Raad als zou de definitie van de term “burgerparticipatie” (i.e. *het betrekken van minstens 200 burgers door hen financieel te laten participeren, bijvoorbeeld door het aanbieden van aandelen via een coöperatieve vennootschap, of door het aanbieden van een obligatielening*) deze participatie beperken tot het in de definitie vermelde voorbeeld en een gewoon

¹ Arrest van het Hof van Justitie C-379/92, *Peralta*, 14 juli 1994, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0379&from=EN>.

aandeelhouderschap in een al dan niet beursgenoteerde vennootschap uitsluiten, pertinent onjuist. Buitenlandse investeerders die niet over een coöperatieve aandelenstructuur beschikken, zijn bijgevolg niet uitgesloten en kunnen in dezelfde mate en onder dezelfde voorwaarden als hun binnenlandse collega's ressorteren onder de voormelde definitie en dus aanspraak maken op de vastgestelde meerkosten.

Ten tweede, en in ondergeschikte orde, wordt eveneens aangetoond dat voormelde maatregel tevens noodzakelijk en evenredig is in het licht van een dwingende reden van maatschappelijk belang. Wij verwijzen daartoe naar de *ratio legis* van deze maatregel, met name de beleidskeuze om burgers te betrekken bij projecten inzake hernieuwbare energie, om op die manier het draagvlak voor wind- en zonne-energieprojecten te vergroten en dit uitiem met het oog op het behalen van de Europese 2020-doelstelling (betreft een vooropgesteld aandeel van hernieuwbare energie in de bruto eindconsumptie van energie). De Vlaamse Regering wil deze betrokkenheid van burgers bijgevolg bevorderen en verhogen om het potentieel voor voormelde technologieën te vergroten. Deze keuze past binnen het Energieplan goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 6 oktober 2017. Het Energieplan geeft prioriteit aan zon, wind en warmte, en op vlak van deze technologieën gelden ook duidelijke en ambitieuze doelstellingen vastgelegd in het Zonneplan van 24 juni 2016, het Windkracht 2020 plan goedgekeurd op 15 december 2016 en het warmteplan van 2 juni 2017. Aangezien voormelde plannen van de Vlaamse Regering kaderen in het behalen van de Europese 2020-doelstelling, hetgeen in het kader van milieubescherming gekwalificeerd kan worden als een dwingende reden van maatschappelijk belang (conform de *rule of reason doctrine*)², is voormelde maatregel noodzakelijk om de beoogde doelstelling te bereiken. Immers, zonder de medewerking van de burger is het onwaarschijnlijk dat voormelde doelstelling gehaald zal worden.

Bovendien is de maatregel eveneens evenredig aangezien er, zoals supra vermeld, slechts sprake is van een zeer beperkte kostendoorrekening (met name maximaal 1000 euro) in de berekening van de onrendabele top voor projecten met burgerparticipatie. Deze maatregel is tezelfdertijd wel noodzakelijke stimulans om burgercoöperaties aan te moedigen om tot investeringen over te gaan.

Om ten slotte tegemoet te komen aan de bemerking van de Raad dat er sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke technologieën, wordt het ontwerp van besluit aangepast opdat niet enkel projecten inzake zonne- en windenergie in aanmerking komen voor burgerparticipatie, maar wordt deze mogelijkheid eveneens uitgebreid naar andere technologieën door een wijziging van artikel 8 van het ontwerpbesluit.

Naar aanleiding van het advies wordt in de aanhef de verwijzing naar artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 weggelaten en wordt er in het tweede lid van de aanhef verwezen naar de artikelen van het Energiedecreet die door de Raad werden vermeld. Daarnaast wordt de verwijzing naar het advies van de SERV en de Minaraad van 23 oktober 2017 toegevoegd.

² Arrest van het Hof van Justitie C-379/98, *PreussenElektra AG tegen Schleswag AG*, 13 maart 2001, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61998CJ0379>. In dit arrest werd geoordeeld dat een regeling van een lidstaat, waarbij particuliere elektriciteitsbedrijven worden verplicht om in hun distributiegebied uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit af te nemen tegen minimumprijzen die hoger zijn dan de werkelijke economische waarde van dit soort elektriciteit, en waarbij de uit deze verplichting voortvloeiende financiële last wordt verdeeld tussen deze elektriciteitsbedrijven en de toeleverende particuliere netexploitanten, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht inzake de elektriciteitsmarkt niet onverenigbaar is met artikel 30 van het Verdrag (thans artikel 34 VWEU), **aangezien een dergelijke regeling de milieubescherming ten goede komt, omdat aldus wordt bijgedragen tot een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, die één van de belangrijkste oorzaken van klimaatverandering is, en waartegen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten besloten hebben maatregelen te nemen.** Deze redenering inzake maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen, kan tevens toegepast worden op de artikelen inzake vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.

In artikel 7.10.1 van het Energiebesluit, zoals ingevoegd door artikel 15 van het ontwerpbesluit, wordt een verwijzing naar de Algemene Groepsvrijstellingsverordening opgenomen, alsook worden de maximale steunpercentages bepaald, zoals geadviseerd door de Raad. De voorwaarde dat steun enkel kan worden verleend aan hoogrenderende warmtekrachtkoppeling, is bepaald via de verwijzing naar artikel 6.2.3, eerste lid van het Energiebesluit, dat zelf verwijst naar bijlage I bij het Energiebesluit, die een omzetting is van bijlage II bij de Energie-efficiëntierichtlijn (die de eisen bepaalt voor hoogrenderende warmtekrachtkoppeling). Er wordt tevens een lid toegevoegd dat bepaalt dat zowel ondernemingen, natuurlijke personen als niet-commerciële instellingen en publiekrechtelijke rechtspersonen in aanmerking komen voor de premie.

2.3 Overige wijzigingen

In artikel 8 en 9 wordt een verduidelijking ingevoegd dat projecten als verschillende projecten worden beschouwd indien ze op verschillende geografische sites gelegen zijn. Die zouden zonder deze verduidelijking anders hun installaties kunnen samenvoegen om onder een projectcategorie met hogere steun te vallen. Door deze invoeging dient de nummering van de artikelen 9 tot en met 27 van het ontwerpbesluit aangepast te worden.

De categorie zonnepanelen van 10 tot en met 250 kW wordt opgesplitst in een categorie 10 tot en met 40 kW en een categorie 40 tot en met 250 kW. Op die manier kan de opbrengst uit elektriciteit nauwkeuriger in rekening gebracht worden, gezien kleinschalige projecten typisch op laagspanning worden aangesloten, en grotere installaties meestal op middenspanning.

De aangepaste bandingfactoren voor nieuwe projecten aangaande de representatieve projectcategorieën met betrekking tot zonne-energie, biomassa en biogas, zoals gewijzigd door artikel 8, worden van toepassing vanaf 1 april 2018. Hiervoor dient in artikel 24 eenmalig te worden voorzien in een overgangsbepaling waarbij wordt afgeweken van de reguliere procedurele termijnen voorzien in artikel 6.2/1.5 en 6.2/1.6 van het Energiebesluit.

In artikel 26 werd aangepast dat de aanpassingen in bijlage III/3 van toepassing zijn op projecten met een startdatum vanaf 1 april 2018, met uitzondering van projecten met betrekking tot wind energie, waarbij analoog aan de andere wijzigingen, de aanpassingen van toepassing zijn op projecten met een startdatum vanaf 1 januari 2019.

3. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP DE BEGROTING VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP

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

6. VOORSTEL VAN BESLISSING

De Vlaamse Regering beslist:

1° haar definitieve goedkeuring te hechten aan het bijgaande ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft verlengingsaanvragen voor groenestroomcertificaten en overige wijzigingen, zoals opgenomen als bijlage 1.

Bart Tommelein
Viceminister-president van de Vlaamse Regering,
Vlaams minister van Begroting, Financiën en Energie

Bijlagen:

- het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de verlengingsaanvragen voor groenestroomcertificaten en overige wijzigingen (bijlage 1);
- het advies van Raad van State nr. 62.378/3 d.d. 28 november 2017 (bijlage 2).