

NOTA AAN DE LEDEN VAN DE VLAAMSE REGERING

- Betreft:**
- **Ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond, wat betreft de waarborgregeling voor het opsporen en winnen van aardwarmte in de diepe ondergrond**
 - **Definitieve goedkeuring na adviesvraag aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State**

1. INLEIDING

Voorliggend ontwerp van decreet wijzigt het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond door het invoeren van een waarborgregeling voor projecten betreffende het opsporen en winnen van aardwarmte in de diepe ondergrond (ofte '*diepeaardwarmteprojecten*'). Het ontwerp van decreet wil één van de grootste drempels, namelijk het afdekken van het geologische risico m.b.t. het gegeneerde geothermische vermogen van dergelijke projecten, wegnemen door het invoeren van een waarborgregeling. Gelet op de aanzienlijke investeringskosten bij de start van dergelijk project en het ontbreken van een private verzekeringsmarkt voor het afdekken van het voormelde geologisch risico, is een waarborgregeling noodzakelijk om tot een gunstig investeringsklimaat voor groenewarmteproductie te komen. Dit ontwerp van decreet introduceert bijgevolg een juridische basis voor een model waarin de Vlaamse Overheid een waarborg stelt voor een bij besluit van de Vlaamse Regering te bepalen maximumbedrag, en dit voor een gedeeltelijke terugbetaling van projectgebonden kosten, indien een bepaald risico zich binnen een bepaalde tijd manifesteert. Dit decreet scheidt aldus het juridisch kader van de waarborgregeling, de verdere uitwerking en aanvullingen worden via voormeld besluit van de Vlaamse Regering bepaald.

De Vlaamse Regering hechtte op 14 juli 2017 en op 10 november 2017 haar goedkeuring aan het ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond, wat betreft de waarborgregeling voor het opsporen en winnen van aardwarmte in de diepe ondergrond, en gelastte de Vlaamse ministers, bevoegd voor het energiebeleid en het omgevingsbeleid, om over het ontwerpdecreet 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 decreet op 13 december 2017 haar advies nr. 62.461/1. Het advies gaat als bijlage 2.

De Raad stelt vast dat het voorontwerp van decreet strekt tot het instellen van een waarborgregeling ten gunste van de houders van een opsporings- of winningsvergunning voor aardwarmte, om het korte termijn geologisch risico van een aardwarmteproject in de diepe ondergrond af te dekken. Hieronder wordt verstaan het risico dat de werkelijke energieoutput van het project lager uitvalt dan het geologisch vooronderzoek deed vermoeden.

De Raad meent dat het ontwerp ernstige vragen doet rijzen in het licht van het staatssteunrecht. Aangezien er een beroep wordt gedaan op artikel 41 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV), heeft de Raad onderzocht of voldaan is aan de voorwaarden van voormeld artikel, die samen moeten worden gelezen met de gemeenschappelijke bepalingen van Hoofdstuk I van de AGVV. Er wordt verwezen naar lid 5 van voormeld artikel, dat luidt als volgt:

“De investeringssteun wordt uitsluitend voor nieuwe installaties toegekend. Er wordt geen steun toegekend of uitgekeerd nadat de installatie in bedrijf is gekomen en de steun is onafhankelijk van de productie”.

Voorts wordt ook verwezen naar artikel 41, lid 6, van de AGVV, dat bepaalt welke kosten in aanmerking komen voor ondersteuning. De Raad meent dat de voorliggende waarborgregeling niet lijkt te kunnen worden ingepast in de voorwaarden van artikel 41, leden 5 en 6.

In de eerste plaats meent de Raad dat, aangezien de maatregel volgens het ontworpen artikel 63/25/1 bedoeld is “om het korte termijn geologisch risico van een aardwarmteproject in de diepe ondergrond af te dekken” dat is het risico op een te laag gerealiseerd geothermisch vermogen voor zover dit te wijten is aan één of meer specifieke aquifer parameters, de steun wordt toegekend nadat de investering al grotendeels gebeurd is, en betrekking heeft op het risico dat de geothermische installatie een lager vermogen, en dus een lagere opbrengst zal hebben dan gepland. Weliswaar moet de ontvanger van de steun vóór de aanvang van het project een premie betalen, maar dat neemt niet weg dat de omvang van de steun uiteindelijk zal afhangen van het realiseren van het risico. Onder die omstandigheden is de steun niet onafhankelijk van de productie, en wordt niet zozeer de investering, maar wel het exploitatierisico vergoed.

In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat in het ontworpen artikel 63/25/2 van het ontwerp wordt gesteld dat de steunintensiteit een percentage vormt van de in aanmerking komende kosten, die de Vlaamse Regering overeenkomstig het ontworpen artikel 63/25/4 zal bepalen. Daarbij valt evenwel niet in te zien welke die “in aanmerking komende kosten” kunnen zijn, aangezien de beoogde steun er niet toe strekt om de extra investeringskosten te dragen die voortvloeien uit de keuze voor een vorm van hernieuwbare energieopwekking of uit het nastreven van hogere milieunormen, maar er integendeel toe strekt om een exploitatieverlies bij een bestaande investering te dekken. De beoogde steun is volgens de Raad dan ook niet inpasbaar in artikel 41, lid 6, van de AGVV.

De Raad stelt zich ook de vraag of de steun kan voldoen aan het transparantievereiste van artikel 5 van de AGVV, aangezien het niet gaat om een garantie zoals beoogd door artikel 5, lid 2, c), van de AGVV waarvan het transparante karakter *a priori* wordt aangenomen. Het is immers niet zeker dat het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse moet worden uitgevoerd, zoals vereist door artikel 5, lid 1, van de AGVV, nu het gaat om een risicogarantie.

De Raad maakt ten slotte ook een voorbehoud bij de omschrijving van het steunplafond per investeringsproject. Weliswaar wordt rekening gehouden met de steunpercentages en plafonds van artikel 4, 1, (s), en artikel 41 van de AGVV, doch er wordt geen rekening gehouden met de mogelijke cumulatie van steun. Dat laatste is in dit geval nochtans niet denkbeeldig, gelet op het feit dat dit soort geothermieprojecten ook in aanmerking kunnen komen voor directe investeringssteun, ook – en in dat geval, terecht – volgens de voorschriften van artikel 41 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, op basis van Hoofdstuk VII van Titel 7 van het Energiebesluit van 19 november 2010, ten belope van maximum van 2 miljoen euro per investeringsproject.

De Raad concludeert dat het voorgenomen staatssteunmechanisme in zijn huidige vorm niet vrijgesteld is van aanmelding. Indien de stellers het ontwerp willen handhaven met behoud van een dergelijk mechanisme, waarin dan ook niet langer hoeft te worden verwezen naar de parameters van de AGVV, moet de ontworpen regeling worden aangemeld bij de Europese Commissie, temeer daar een onterechte niet-aanmelding sanctioneerbaar is.

2.2 Wijzigingen naar aanleiding van het advies

Vooreerst dient te worden vastgesteld dat het negatief advies van de Raad grotendeels gebaseerd is op een foutieve maar wel begrijpelijke veronderstelling van de Raad, met name dat de staatssteun de waarborg zelf omvat, terwijl *stricto sensu* de staatssteun beperkt is tot het verschil tussen de op grond van voorliggende steunregeling gevraagde premie en een marktconforme premie voor een particuliere verzekering in het geval er een markt zou zijn. Dit heeft ook zijn gevolgen voor de bemerkingen van de Raad, die voornamelijk gestoeld zijn op voormelde foutieve assumptie. Het is wel zo dat, om het steunmechanisme niet onnodig complex te maken voor zowel de overheid als voor investeerders, geopteerd werd om voormeld onderscheid tussen waarborg enerzijds en premie anderzijds (wat betreft de staatssteunaspecten) niet te maken, en er voor te zorgen dat de bedragen van de waarborg zelf zodanig worden vorm gegeven dat de premie in elk geval niet de door de AGVV toegelaten drempels overschrijdt. De stellers benadrukken wel dat deze keuze niet tot gevolg heeft dat de waarborg *as such* als het steunelement moet beschouwd worden (cf. *infra*), hetgeen heeft geleid tot voormelde begrijpelijke foutieve veronderstelling.

Er moet worden benadrukt dat het ontwerp rechtstreeks is geïnspireerd door en geënt op het Nederlandse wettelijk kader.¹ Het algemene principe van het ontwerp bestaat eruit dat een financiële waarborg wordt uitbetaald aan investeerders indien het gerealiseerde vermogen van een aardwarmteproject lager uitvalt dan het verwachte vermogen. De regeling dekt alleen het geologisch risico dat samenhangt met de werkelijke waarde van specifieke aquifer-parameters. Om beroep te doen op de waarborgregeling, dient het project onder het toepassingsgebied te vallen, en dient de aanvrager voorafgaandelijk aan de start van het aardwarmteproject in de diepe ondergrond een premie als percentage van het maximale uitkeringsbedrag te betalen.

Deze Nederlandse regeling is in de huidige vorm eveneens gebaseerd op artikel 41 AGVV. De staatssteunmaatregel *N 442/2009 – Garantiefaciliteit voor geothermische energie (NL)* is door de EC destijds goedgekeurd (in 2009) conform de communautaire richtsnoeren inzake staatssteun voor milieubescherming.² Door diverse wijzigingen in de regeling ressorteert de regeling evenwel niet meer onder voormelde goedkeurende beschikking en wordt de verlening van staatssteun thans

¹ Terug te vinden op: http://wetten.overheid.nl/BWBR0035474/2017-04-01#Hoofdstuk4_Titeldeel4.3_Artikel4.3.5, en gewijzigd als volgt: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2017-70326.html>.

² http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/232431/232431_996190_28_2.pdf.

gerechtvaardigd door de verordening (EU) Nr. 651/2014. Bij de publicatie van 12 december 2017 in de *Staatscourant* wordt dit ook expliciet zo vermeld.³

Zoals in de Nederlandse regeling, is het eigenlijke staatssteunelement van deze regeling gelegen in de **'economische waarde' van de dekking van het boorrisico**. De steun is het verschil tussen op grond van deze steunregeling gevraagde premie en een marktconforme premie voor een particuliere verzekering in het geval er een markt zou zijn. De stellers stellen vast dat voormelde Nederlandse regeling nog geen negatieve reacties van de Commissie tot gevolg heeft gehad.

Voor deze steunregeling wordt beroep gedaan op artikel 41 van de AGVV. Geothermische energie wordt door de AGVV immers beschouwd als een hernieuwbare energiebron. Dat betekent dat de steunintensiteit conform artikel 41, lid 7 van de AGVV beperkt moet zijn tot 45% van de additionele kosten ten opzichte van een vergelijkbare, minder milieuvriendelijk alternatieve technologie of 30% van de investeringskost als een vergelijking niet mogelijk is. De voormelde steunintensiteit kan met 20 procentpunten worden verhoogd voor steun aan kleine ondernemingen en met 10 procentpunten voor steun aan middelgrote ondernemingen.

Gelet op bovenstaande, merken de stellers op dat het voorliggende ontwerp - waarbij in ruil voor een door de ontwikkelaar voorafgaandelijk aan de start van het aardwarmteproject in de diepe ondergrond te betalen premie als percentage van het maximale uitkeringsbedrag, de overheid zich er toe verbindt om aan de ontwikkelaar een aantal projectgebonden kosten terug te betalen indien het gerealiseerd vermogen lager is dan het verwacht vermogen - wel degelijk voldoet aan de vereiste zoals bepaald in artikel 41, lid 5 van de AGVV⁴. Aangezien het eigenlijke steunelement bestaat in het verschil tussen op grond van deze steunregeling gevraagde premie en een marktconforme premie voor een particuliere verzekering in het geval er een markt zou zijn, kan gesteld worden dat de steun niet rechtstreeks gekoppeld is aan de productie.

Wat betreft de "in aanmerking komende kosten", meent de Raad dat de beoogde steun er niet toe strekt om de extra investeringskosten te dragen die voortvloeien uit de keuze voor een vorm van hernieuwbare energieopwekking of uit het nastreven van hogere milieunormen, maar er integendeel toe strekt om een exploitatieverlies bij een bestaande investering te dekken. De beoogde steun is volgens de Raad dan ook niet inpasbaar in artikel 41, lid 6, van de AGVV. De stellers verwijzen in deze naar het besluit van de Vlaamse Regering, waarbij dit aspect uitgewerkt wordt maar kunnen wel reeds bevestigen dat de waarborg zelf ertoe dient een exploitatieverlies bij een bestaande investering te dekken, maar het verschil tussen op grond van deze steunregeling gevraagde premie en een marktconforme premie voor een particuliere verzekering (in het geval er een markt zou zijn) daarentegen wel degelijk tot doeleinde heeft de extra investeringskosten te dragen die voortvloeien uit de keuze voor een vorm van hernieuwbare energieopwekking. Immers, het ontwerp van decreet wil één van de grootste drempels, namelijk het afdekken van het geologische risico m.b.t. het gegenereerde geothermische vermogen van dergelijke projecten, wegnemen door het invoeren van een waarborgregeling. Gelet op de aanzienlijke investeringskosten bij de start van dergelijk project en het ontbreken van een private verzekeringsmarkt voor het afdekken van het voormelde geologisch risico, is een waarborgregeling noodzakelijk om tot een gunstig investeringsklimaat voor groenewarmteproductie te komen.

Wat betreft de bemerking van de Raad inzake het transparantievereiste van artikel 5 van de AGVV, moet opgemerkt worden dat "garantie" in het kader van de delen 1, 3 en 7 van de AGVV wordt gedefinieerd als *een schriftelijke aansprakelijkheidsverklaring voor het geheel of een deel van nieuw geproduceerde risicofinancieringskrediettransacties zoals schuld- of leasinginstrumenten, alsmede*

³ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2017-70326.html>.

⁴ "De investeringssteun wordt uitsluitend voor nieuwe installaties toegekend. Er wordt geen steun toegekend of uitgekeerd nadat de installatie in bedrijf is gekomen en de steun is onafhankelijk van de productie."

quasi-eigenvermogensinstrumenten. De stellers verklaren zich bijgevolg akkoord met de Raad dat het in casu niet gaat om een garantie, maar veeleer om een subsidie, die als transparant wordt aangemerkt conform artikel 5, lid 2, a), van de AGVV (idem in Nederland).

Ten slotte merkt de Raad op dat er weliswaar rekening wordt gehouden met de steunpercentages en plafonds van artikel 4, 1, (s), en artikel 41 van de AGVV, doch dat er geen rekening wordt gehouden met de mogelijke cumulatie van steun (meer bepaald met de callregeling voor nuttige groene warmte uit aardwarmte uit de diepe ondergrond.⁵ Een cumulverbod zal worden geïmplementeerd in het uitvoeringsbesluit. Bovendien moet vastgesteld worden dat de in aanmerking komende kosten onder voorliggend mechanisme en onder de callregeling verschillende, in aanmerking komende kosten betreffen.

Aangezien het advies van de Raad grotendeels gebaseerd is op een foutieve veronderstelling betreffende het eigenlijke steunelement, zoals supra aangetoond, en zich voorts niet heeft uitgesproken over de artikelen van het ontwerp, werden geen nadere aanpassingen doorgevoerd aan het ontwerpdecreet zelf.

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

Er werden aan het ontwerp van decreet 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 decreet 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 decreet 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 decreet houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond, wat betreft de waarborgregeling voor het opsporen en winnen van aardwarmte in de diepe ondergrond, zoals opgenomen als bijlage 1.

⁵ Hoofdstuk VII van Titel 7 van het Energiebesluit van 19 november 2010.

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

Bijlagen:

- het ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond, wat betreft de waarborgregeling voor het opsporen en winnen van aardwarmte in de diepe ondergrond (bijlage 1);
- Memorie van toelichting: Ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond, wat betreft de waarborgregeling voor het opsporen en winnen van aardwarmte in de diepe ondergrond (bijlage 2).
- het advies van Raad van State nr. 62.378/3 d.d. 28 november 2017 (bijlage 3).