



# RAAD VAN STATE

## afdeling Wetgeving

advies 62.461/1  
van 13 december 2017

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest  
‘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’

Op 13 november 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘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’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 november 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPs, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 december 2017.

\*

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,<sup>1</sup> alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

\*

### STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. 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. Het ontwerp herneemt in essentie een regeling die al aan de orde was in het voorontwerp van decreet ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2017’, maar toen bij gebrek aan deugdelijke motivering van de hoogdringendheid niet ten gronde is onderzocht door de Raad van State, afdeling Wetgeving.<sup>2</sup>

Daartoe wordt het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de diepe ondergrond’ gewijzigd.

Artikel 2 van het ontwerp strekt tot het toevoegen van de definities van ‘Algemene Groepsvrijstellingsverordening’, ‘aquifer’ en ‘door het Vlaamse Gewest verzekerd geologisch risico’ aan artikel 2 van het decreet van 8 mei 2009.

De artikelen 3 tot 5 strekken tot het invoeren van een nieuwe afdeling in hoofdstuk III/1, van het decreet van 8 mei 2009 bestaande uit twee onderafdelingen, die het regelgevende kader vormen voor de waarborgregeling.

Het ontworpen artikel 63/25/1 van het decreet van 8 mei 2009 bepaalt in algemene termen dat de Vlaamse Regering een gewestwaarborg kan verlenen aan de houder van een opsporingsvergunning voor aardwarmte of van een winningsvergunning voor aardwarmte om het korte termijn geologisch risico van een aardwarmteproject in de diepe ondergrond af te dekken onder de voorwaarden, vermeld in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, het decreet van 8 mei 2009 en de uitvoeringsbesluiten ervan.

Het ontworpen artikel 63/25/2 van het decreet van 8 mei 2009 bepaalt dat de steunintensiteit bij de waarborgpremie wordt berekend als een percentage van de in aanmerking komende kosten onder de voorwaarden en grenzen van artikel 41, leden 6 tot 8, van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.

---

<sup>1</sup> Aangezien het gaat om een voorontwerp van decreet wordt verstaan onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere normen.

<sup>2</sup> Adv.RvS 61.377/1-3 van 28 april 2017 over een voorontwerp van decreet ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2017’.

Het ontworpen artikel 63/25/3 van het decreet van 8 mei 2009 bepaalt dat de begunstigde, in afwijking van artikel 8, vijfde lid, van het decreet van 7 mei 2004 ‘houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest’, voor de aanvang van het project een premie moet betalen als percentage van het maximale uitkeringsbedrag.

Het ontworpen artikel 63/25/4 van het decreet van 8 mei 2009 delegeert aan de Vlaamse Regering de taak om zowat alle andere nadere elementen van de steunregeling uit te werken, in het bijzonder de aanvraagprocedure om een waarborg te verkrijgen, de vormelijke en inhoudelijke voorwaarden waaraan een dergelijke aanvraag moet voldoen, de maximale steunintensiteit, het premiepercentage, de in aanmerking komende kosten, de implementatietermijn voor het aardwarmteproject in de diepe ondergrond, de gevallen waarin de steun kan worden teruggevorderd, en de termijn waarbinnen het door het Vlaamse Gewest verzekeraar geologisch risico moet vastgesteld worden om in aanmerking te komen voor een gewestwaarborg.

Bovendien bepaalt de Vlaamse Regering volgens het ontworpen artikel 63/25/5 van het decreet van 8 mei 2009 ook het jaarlijks waarborgplafond en de manier waarop dit tussen de verschillende aanvragen wordt verdeeld, met inachtneming van de drempel bepaald in artikel 4, 1, s), van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (15 miljoen euro).

De Vlaamse Regering bepaalt tot slot de datum van inwerkingtreding van het aan te nemen decreet.

### VORMVEREISTEN

3.1. Het ontwerp doet ernstige vragen rijzen in het licht van het staatssteunrecht.

In de ontworpen bepalingen wordt uitdrukkelijk verwezen naar de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.<sup>3</sup> Bedoeling lijkt te zijn om slechts steun toe te kennen binnen de grenzen van die verordening, om op die wijze vrijgesteld te zijn van de verplichting om de steun in overeenstemming met artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), aan te melden. Daarbij wordt een beroep gedaan op artikel 41 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.

Bijgevolg moet worden onderzocht of voldaan is aan de voorwaarden van artikel 41 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, die samen moeten worden gelezen met de gemeenschappelijke bepalingen van Hoofdstuk I van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.

Artikel 41 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening maakt het mogelijk om investeringssteun te geven ter bevordering van energie uit hernieuwbare energie. In artikel 41,

---

<sup>3</sup> Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

lid 5, van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening wordt in dat verband het volgende gesteld:

“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.”

De voor ondersteuning in aanmerking komende kosten worden dan verder verduidelijkt in artikel 41, lid 6, van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening:

“6. De in aanmerking komende kosten zijn de bijkomende investeringskosten die nodig zijn om de productie van energie uit hernieuwbare energiebronnen te bevorderen. Deze kosten worden als volgt vastgesteld:

a) wanneer de kosten van investeringen in de productie van energie uit hernieuwbare energiebronnen binnen de totale investeringskosten als een afzonderlijke investering kunnen worden vastgesteld (bv. omdat het een gemakkelijk te onderscheiden „uitbreiding” van een reeds bestaande faciliteit is), vormen deze kosten met betrekking tot hernieuwbare energie de in aanmerking komende kosten;

b) wanneer de kosten van investeringen in de productie van energie uit hernieuwbare energiebronnen kunnen worden vastgesteld ten opzichte van een vergelijkbare, minder milieuvriendelijke investering die zonder de steun op geloofwaardige wijze zou zijn verricht, levert dit verschil tussen de kosten van beide investeringen de met hernieuwbare energie verband houdende kosten op en geldt dit als de in aanmerking komende kosten;

c) voor bepaalde kleine installaties waar een minder milieuvriendelijke investering niet kan worden bepaald omdat geen installaties van beperkte omvang bestaan, vormen de totale investeringskosten die nodig zijn om een hoger niveau aan milieubescherming te bereiken, de in aanmerking komende kosten.

De kosten die niet rechtstreeks verband houden met het behalen van een hoger niveau van milieubescherming, komen niet in aanmerking.”

3.2. De voorliggende garantieregeling lijkt niet te kunnen worden ingepast in de voorwaarden van artikel 41, leden 5 en 6, van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.

In de eerste plaats moet worden vastgesteld 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,<sup>4</sup> 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, zoals vereist door artikel 41, lid 5, van de Algemene

<sup>4</sup> Ontworpen artikel 2, 44°, van het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de diepe ondergrond’ (artikel 2 van het ontwerp).

Groepsvrijstellingsverordening 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 decreet van 8 mei 2009 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 van het decreet van 8 mei 2009 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 dan ook niet inpasbaar in artikel 41, lid 6, van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.

3.3. De vraag rijst bovendien of de steun kan voldoen aan het transparantievereiste van artikel 5 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, aangezien het niet gaat om een garantie zoals beoogd door artikel 5, lid 2, c), van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening waarvan het transparante karakter *a priori* wordt aangenomen.<sup>5</sup> 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 Algemene Groepsvrijstellingsverordening, nu het gaat om een risicogarantie.

3.4. Voor de ontworpen regeling kan evenmin een beroep worden gedaan op andere bepalingen van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.

3.5. Er dient ten slotte ook een voorbehoud te worden gemaakt 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 Algemene Groepsvrijstellingsverordening, doch er wordt geen rekening gehouden met de mogelijke de 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.

4.1. Uit wat voorafgaat moet worden afgeleid 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 Algemene Groepsvrijstellingsverordening, moet de ontworpen regeling worden aangemeld bij de Europese Commissie, temeer daar een onterechte niet-aanmelding sanctioneerbaar is.

---

<sup>5</sup> Zie in dat verband ook de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (*Pb.* 2008/C 155/02).

Niet aangemelde staatssteun is *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar met het recht van de Europese Unie zou kunnen worden verklaard indien ze correct werd aangemeld),<sup>6</sup> en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,<sup>7</sup> zonder dat de begunstigden van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) die in dat geval is vereist, te verhinderen.<sup>8</sup> De nationale rechter – in België ook het Grondwettelijk Hof –<sup>9</sup> is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie diende te worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.<sup>10</sup>

De Europese Commissie kan echter nog steeds oordelen dat de betrokken regeling geen staatssteun is, of minstens – wat enkel zij mag beoordelen –<sup>11</sup> dat de regeling verenigbaar is met de interne markt in het licht van artikel 107, lid 3, van het VWEU. De Commissie dient daartoe echter eerst in de gelegenheid te worden gesteld (wat precies de *ratio legis* is van de aanmeldingsplicht van artikel 108, lid 3, van het VWEU).

4.2. De ontworpen regeling moet bijgevolg worden herwerkt, hetzij tot een kader voor echte investeringssteun in de zin van artikel 41 (of een andere bepaling) van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, hetzij tot een kader voor een op zichzelf staande regeling die de Algemene Groepsvrijstellingsverordening te buiten gaat (en moet dit worden aangemeld). De ontworpen regeling zal in elk van die gevallen ingrijpend moeten worden bijgestuurd zodat de Raad van State afziet van een verder onderzoek van het thans om advies voorgelegde ontwerp.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

---

<sup>6</sup> HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, overweging 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, overweging 17, en 27 oktober 2005, *Distribution Casino France e.a.*, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, overweging 30.

<sup>7</sup> HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, overweging 61.

<sup>8</sup> HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*. Zie ook N. DE VOS, “De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, nr. 11-026.

<sup>9</sup> GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, B.2.2.

<sup>10</sup> GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4.

<sup>11</sup> K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, p. 373, nr. 11-022.