

NOTA AAN DE LEDEN VAN DE VLAAMSE REGERING

Betreft: - Besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het
Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de invoering van
een steunregeling voor kleine en middelgrote windturbines
- Definitieve goedkeuring

1. INHOUDELIJK

1.1. Situering

Op 22 juni 2018 heeft de Vlaamse Regering het ontwerp van *besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de invoering van een steunregeling voor kleine en middelgrote windturbines*, principieel goedgekeurd en de Vlaamse minister, bevoegd voor het energiebeleid, gelast over voornoemd ontwerp van besluit het advies in te winnen van de Raad van State (VR 2018 2206 DOC.0675/1BIS).

1.2. Samenvatting

Hoewel de productie van elektriciteit uit windenergie zich op heden *quasi* enkel focust op grootschalige windenergie, kunnen ook kleine en middelgrote windturbines een aanzienlijke bijdrage leveren aan de groenestroomproductie uit windenergie. Momenteel is de kleinschalige windenergiesector in ontwikkeling maar wordt er te weinig geïnvesteerd in kleinschalige windenergieprojecten omwille van een ontoereikend steunmechanisme en een terughoudend vergunningenbeleid.

In de conceptnota *Windkracht 2020* worden acties vermeld ter bevordering van het realiseren van meer groenestroomproductie uit windenergie op land. Eén van deze acties is het stimuleren van kleine en middelgrote windturbines. Het voordeel van dit type turbines is dat ze uitermate geschikt zijn om via eigen decentrale productie (deels) in het eigen verbruik van KMO's en landbouwbedrijven te voorzien. Het is daarom belangrijk om in het beleid rond kleine en middelgrote windturbines de specificiteit van elk project te erkennen. Bij de inplanting van kleine en middelgrote windturbines moet ruimte worden gegeven aan maatwerk.

Het *Regeerakkoord 2014-2019* stelt dat maatregelen moeten worden genomen om het certificatenoverschot af te bouwen. Dit onder meer door een geleidelijke omschakeling van exploitatiesteun naar investeringssteun voor bijvoorbeeld kleinschalige hernieuwbare energie

technologieën. Er wordt in het voorliggend besluit dan ook een investeringssteunprogramma uitgewerkt ter ondersteuning van de ontwikkeling van kleinschalige windenergieprojecten.

Het investeringssteunprogramma heeft tot doel het financieel ondersteunen en stimuleren van kleine tot middelgrote windturbines om lokale groenestroomproductie o.b.v. windenergie mogelijk te maken en zo ook de marktintroductie van dit type windturbines te versterken.

De steun aan kleine windturbines wordt georganiseerd via een competitief tenderingsstelsel. Het investeringssteunprogramma moet een vervangende (geen alternatieve) steunmaatregel zijn voor de productiesteun o.b.v. groenestroomcertificaten die op heden van toepassing is voor windturbines in dit segment. De ondergrens van de representatieve projectcategorie groene stroom m.b.t. windenergie op land zal gelijktijdig opgetrokken worden tot de bovengrens van het investeringsprogramma, nl. een bruto nominaal vermogen van 300 kW per turbine.

Kleine en middelgrote windturbines oogsten energie op lagere hoogtes t.o.v. de huidige grote windturbines, waar de windsnelheden typisch lager, meer variabel en sterk beïnvloed kunnen zijn door de aanwezigheid van lokale obstakels. Daarnaast omvat de huidige markt voor kleine en middelgrote windturbines een verscheidenheid aan windturbines, gekenmerkt door diverse rendementen en een variërende technologische geschiktheid. Om maatwerk mogelijk te maken en om de meest kostenefficiënte projecten te kunnen ondersteunen, wordt de te verwachten jaarlijkse energieopbrengst gebruikt om de ingediende projecten te vergelijken en rangschikken. Het is hierbij belangrijk om de invloed van lokale obstakels in rekening te brengen. Hiervoor wordt een gestandaardiseerde rekenmethode opgesteld zodat de ingediende projecten op eenzelfde wijze de verwachte energieopbrengst kunnen berekenen, wat een eenduidige vergelijking van de projecten mogelijk maakt. Bij het opstellen van de rekenmethode wordt een compromis gezocht tussen het te hanteren detailniveau van de technische parameters en berekeningen en de praktische toepasbaarheid van de methode. Deze rekenmethode zal worden vastgelegd in een ministerieel besluit.

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

De afdeling Wetgeving van de Raad van State verstrekte betreffende het ontwerp van besluit op 31 juli 2018 haar advies nr. 63.785/1/V. Het advies zelf gaat als bijlage 2.

Naar aanleiding van het advies van de Raad werden een aantal aanpassingen doorgevoerd, zowel aan de aanhef alsook aan enkele artikelen van het ontwerpbesluit zelf.

- De Raad stelt vast dat artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, tweede zin, van het Energiedecreet weliswaar rechtsgrond biedt voor de aanpassing van de omschrijving van de representatieve projectcategorieën, doch niet voor de uitsluiting van de kleine en middelgrote windmolens van de steun onder de vorm van groenestroomcertificaten, aangezien productie-installaties principieel in aanmerking komen voor groenestroomcertificaten. De Raad adviseert bijgevolg om een bepaling toe te voegen op basis waarvan, met toepassing van artikel 7.1.4/1, § 4, vierde lid, van het Energiedecreet, de bandingfactor voor kleine en middelgrote windturbines op land met een bruto nominaal vermogen per turbine groter dan 10 kWe tot en met 300 kWe op nul wordt bepaald.

Er wordt bijgevolg een nieuw artikel 1 (wijziging van artikel 6.2/1.1, van het Energiebesluit) in het ontwerp ingevoegd om aan voormelde bemerking tegemoet te komen. Niettemin menen de stellers dat de Raad artikel 7.1.4/1, § 1, eerste lid, van het Energiedecreet, dat stipuleert dat de Vlaamse Regering de verschillende categorieën bepaalt waarvoor een onrendabele top wordt berekend, onnodig strikt interpreteert, en dan nog op een wijze die manifest strijdig is met de ratio legis.

Voormeld artikel werd immers recent nog gewijzigd¹, waarbij in de memorie de volgende duidelijke toelichting werd opgenomen:

“Deze wijziging betreft een verduidelijking van het principe van de berekening van de onrendabele top. Er is immers tussen de Vlaamse overheid en bepaalde projectpromotoren een juridische discussie ontstaan met betrekking tot de draagwijdte van de in artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, van het Energiedecreet vervatte delegatie aan de Vlaamse Regering om de representatieve en de specifieke projectcategorieën vast te leggen. De discussie betreft of die indeling volledig dekkend moet zijn of dat de Vlaamse Regering een beleidskeuze heeft en bepaalde technologieën buiten beschouwing kan laten of kan beslissen deze categorieën te beperken tot een bepaald vermogen.

Het is echter nooit de bedoeling geweest dat voor iedere technologie of voor elk vermogenstype door de Vlaamse Regering verplicht een onrendabele top moet worden berekend en een bandingfactor moet worden toegekend. Dit zou immers betekenen dat niet alleen voor eerder marginale technologieën een bandingfactor moet worden berekend, bijvoorbeeld golfslag en getijdenenergie, maar ook dat technologieën die men maatschappelijk niet gewenst vindt, moeten worden ondersteund.

Dit artikel werd dus precies gewijzigd in 2017 om te vermijden dat elke productie-installatie principieel in aanmerking komt voor certificaten (behoudens die vermeld in artikel 7.1.1, § 2, tweede lid). Dit vloeit tevens voort uit de toelichting bij het decreet van 13 juli 2012²:

“Voor elke technologie die het beleid wil ondersteunen, wordt jaarlijks een steunpad voor een periode van drie jaar geraamd op basis van de onrendabele toppen, waarbij gebruik wordt gemaakt van het geoptimaliseerde OT-model zodat de vooropgestelde steun zo dicht mogelijk aansluit bij de verwachte evoluties van de technologieparameters.” (Parl.St. VI.Parl. 2011-12, nr. 1639/1, pagina 8).

Hieruit blijkt nogmaals duidelijk dat het nooit de bedoeling geweest is van de indieners van het voorstel van decreet dat aanleiding gaf tot het decreet van 13 juli 2012 dat alle installaties of alle hernieuwbare energie-technologieën verplicht binnen een van deze twee opdelingen (representatief en niet-representatief) moeten vallen, en dat die opdeling ‘dekkend’ moet zijn, maar dat de Vlaamse Regering duidelijk een beleidskeuze kan maken met betrekking tot welke technologieën ze überhaupt wenst te ondersteunen middels de berekening van een onrendabele top en de toekenning van een bandingfactor.

- Artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, tweede zin, van het Energiedecreet vormt de rechtsgrond voor de artikelen 2 en 3 van het ontwerp, en moet daarom in het eerste lid van de aanhef worden vermeld. De Raad merkt ook op dat artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, moet worden toegevoegd aan de aanhef, omwille van de delegatie die in het ontworpen artikel 7.11.4 aan het Vlaams Energieagentschap worden toevertrouwd. Het ontwerp van besluit werd op die wijze aangepast.

- De Raad van State adviseert om de voorwaarde opgenomen in het ontworpen artikel 7.1.11, § 1, eerste lid, van het Energiebesluit waarmee cumulatie uitgesloten wordt, te verwijderen aangezien sommige projecten anders niet alleen niet langer in aanmerking zullen komen voor groenestroomcertificaten, maar mogelijk ook uit de boot vallen bij de toekenning van de investeringssteun.

Op dit voorstel wordt niet ingegaan aangezien het investeringssteunprogramma net een vervangende steunmaatregel moet zijn voor de productiesteun o.b.v. groenestroomcertificaten, die op heden van

¹ Door het decreet van 17 februari 2017 houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de energieprestaties van gebouwen.

² Het decreet van 13 juli 2012 houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie: <https://www.vlaamsparlement.be/parlementaire-documenten/parlementaire-initiatieven/671841>.

toepassing is voor windturbines in dit segment. Er kan geen sprake van zijn dat deze kleinschalige installaties nog in aanmerking zouden komen voor groenestroomcertificaten.

- De Raad merkt op dat, in het ontworpen artikel 7.11.1, § 1, derde lid, van het Energiebesluit, aan de minister de bevoegdheid wordt verleend om “*jaarlijks het maximale bedrag van de totale steun op basis van de daarvoor op de algemene uitgavenbegroting voor dat jaar ingeschreven middelen en van de middelen van het Energiefonds*” te bepalen. Zij meent dat daarmee een weinig afgebakende bevoegdheid aan de minister lijkt te worden gedelegeerd: de omschrijving “op basis van” is erg vaag, en waar “de daarvoor op de algemene uitgavenbegroting voor dat jaar ingeschreven middelen” nog duidt op een precies bedrag, is dat niet het geval voor “de middelen van het Energiefonds”.

Het ontworpen artikel zal aangepast worden ter begrotingstechnische verduidelijking als volgt:

“... *jaarlijks het maximale bedrag van de totale steun op basis van de daarvoor op de algemene uitgavenbegroting voor dat jaar ingeschreven middelen en van de **beschikbare** middelen van het Energiefonds*”

Voor de uitvoering van het energiebeleid beschikt de Vlaamse Regering enerzijds over de kredieten die door het Vlaams Parlement worden geopend via begrotingsdecreet (algemene begroting) en anderzijds over de kredieten van het Energiefonds opgericht via het Energiedecreet (begrotingsfonds in de zin van artikel 12 van het Rekendecreet). Uitgaven op basis van de algemene begroting zijn (inderdaad) maar mogelijk zover het Vlaams Parlement hiervoor de benodigde kredieten opent in het jaarlijkse uitgavendecreet. Daarentegen zijn de eigen inkomsten van een begrotingsfonds ten gronde altijd beschikbaar voor uitgaven (de machtiging zit immers al in de decretale oprichting van het betreffende begrotingsfonds). Het middelendecreet, respectievelijk het uitgavendecreet bevatten enkel een raming van de inkomsten en uitgaven. Uitgaven op basis van het Energiefonds zijn dus steeds mogelijk op basis van de eigen inkomsten ervan, zonder beperking door een bedrag (raming) in de begroting. De Vlaamse Regering beschikt dus over de ‘beschikbare’ middelen van het Energiefonds, inclusief de machtiging om hiermee subsidies toe te kennen. Zie artikel 3.2.1, §3 van het Energiedecreet. Ter info, er werden in de algemene begroting 2018 geen kredieten geopend door het Vlaams Parlement die voorgelegde regeling budgettair zouden kunnen opvangen zodat in principe de minister het maximum bedrag enkel zal kunnen vastleggen op basis van de beschikbare middelen van het Energiefonds. In het aangepaste begrotingsdecreet 2018 is voor de ontworpen subsidieregeling een raming opgenomen van 4,2 miljoen euro.

- De Raad meent dat er moet worden onderzocht of de opsomming in het ontworpen artikel 7.11.2, § 1, vijfde lid, van het Energiebesluit exhaustief is, aangezien onder meer het vruchtgebruik lijkt te ontbreken. Ze verwijst daarvoor ook naar haar advies 63.643/3 van 13 juli 2018 over een voorontwerp van decreet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’.

De stellers merken op dat de Raad hierbij voorbij gaat aan het feit dat er wezenlijke verschillen zijn tussen enerzijds vruchtgebruik en anderzijds erfpacht, opstalrecht of concessies. Het vruchtgebruik werd niet toegevoegd tot de oplijsting omdat deze rechtsfiguur in tegenstelling tot opstalrecht, erfpacht, e.d. een inherent onzekere toestand is. Vruchtgebruik is immers een persoonsgebonden en tijdelijk recht, dat verbonden is met een welbepaalde persoon. Het kan immers – bijv. door overlijden van de vruchtgebruiker – op elk moment worden teniet gedaan, waardoor de naakte eigendom en vruchtgebruik weer wordt verenigd, het vruchtgebruik wordt tenietgedaan en men in een situatie komt dat het perceel in kwestie niet langer kan worden beschouwd te behoren tot de “eigen site”. De andere rechtsfiguren hebben immers allen gemeenschappelijk dat het gaat om duidelijk in de tijd afgebakende overeenkomsten die niet door een onzeker extern feit, zoals een overlijden, op elk moment kunnen worden tenietgedaan. Een vruchtgebruiker bevindt zich dan ook niet in een gelijkaardige toestand als een opstalhouder, pachter, etc.

- In het ontworpen artikel 7.11.2, § 1, zesde lid, van het Energiebesluit wordt bepaald dat de Vlaamse minister bevoegd voor energie “*nadere regels met betrekking tot de gehanteerde voorwaarden of*

nieuwe voorwaarden [kan] vastleggen". Een dergelijke delegatie gaat volgens de Raad de notie 'bijkomstige of detailmatige aangelegenheden' te buiten en kan daarom niet worden aanvaard.

Deze delegatie werd verplaatst naar artikel 7.11.3, § 1, van het Energiebesluit en beperkt als volgt:

"De minister kan nadere regels vastleggen inzake de voorwaarden en de modaliteiten voor de aanvraagprocedure."

- Met het oog op de vaststelling van de omzet van een onderneming, bevat het ontworpen artikel 7.11.2, § 3, vijfde lid, van het Energiebesluit een regeling voor het geval het gaat om een recent opgerichte onderneming, "waarvan de eerste jaarrekening nog niet is neergelegd en de eerste fiscale aangifte nog niet is *uitgevoerd*". De term 'uitgevoerd' is volgens de Raad in deze context bijzonder ambigu: gaat het om het louter indienen van de aanvraag of om een zekere verwerking ervan door de belastingadministratie?

Het ontwerp werd aangepast: het begrip 'uitgevoerd' werd vervangend door 'ingediend' en aan het vierde lid werd toegevoegd dat, indien de laatste aangifte bij de directe belastingen voor de indieningsdatum van de steunaanvraag nadien wordt gewijzigd, ook de jaaromzet overeenkomstig zal worden aangepast.

- In het ontworpen artikel 7.11.2, § 5, van het Energiebesluit wordt bepaald dat de aanvrager op de datum van de indiening van de steunaanvraag "*geen procedure op basis van Europees of nationaal recht [mag] hebben lopen waarbij een toegekende steun wordt teruggevorderd*". Bij deze bepaling rijst volgens de Raad de vraag of ermee het recht op toegang tot de rechter (artikel 6 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens) niet buitenmatig wordt belemmerd. Alhoewel deze voorwaarde ook reeds voorkomt in andere besluiten,³ rijst niettemin de vraag of een loutere procedure tot terugvordering volstaat om een latere aanvraag rechtens uit te sluiten. Vraag is of niet minstens een veroordeling in eerste aanleg of de ontstentenis van een betwisting voor een rechtscollege zou moeten worden vereist. Uiteindelijk kan immers blijken dat de beslissing tot terugvordering onterecht was. Ter wille van de rechtszekerheid adviseert de Raad om in het ontwerp te expliciteren dat de betrokken aanvrager niet het voorwerp mag hebben uitgemaakt van een beslissing tot terugvordering van toegekende steun, die niet werd betwist of die heeft geleid tot een rechterlijke veroordeling tot terugbetaling.

Om hieraan tegemoet te komen, werd dit in artikel 7.11.2 en 7.11.4 van het Energiebesluit als volgt gewijzigd:

"De aanvrager mag op de indieningsdatum van de steunaanvraag geen achterstallige schulden hebben bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, geen onderneming in moeilijkheden zijn als vermeld in artikel 2, 18, van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, en mag niet het voorwerp uitmaken van een beslissing tot terugvordering van toegekende steun, die niet werd betwist of die heeft geleid tot een rechterlijke veroordeling tot terugbetaling, als vermeld in artikel 1, lid 4, a), van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening."

- De Raad stelt vast dat, vermits de rechtsgrond voor het ontworpen besluit ook wordt gezocht in artikel 8.4.1, 3^o, van het Energiedecreet, niet enkel ondernemingen (artikel 8.3.1, 3^o, van het Energiedecreet) en natuurlijke personen die niet in aanmerking komen voor een tegemoetkoming als onderneming (artikel 8.2.1, 3^o, van het Energiedecreet) steun kunnen genieten, doch ook niet-commerciële instellingen, publiekrechtelijke rechtspersonen, de netbeheerders en de beheerders van het transmissienet en het vervoersnet. Het is echter niet duidelijk waarom al deze laatste entiteiten

³ Zie bijvoorbeeld artikel 4, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 4 maart 2016 'tot regeling van de steun voor innovatieclusters in Vlaanderen' en artikel 5, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 'tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten'.

het hoogste maximale steunpercentage genieten. Daarvoor zal een verantwoording in het licht van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie gegeven moeten kunnen worden.

Naar aanleiding van deze bemerking, werd beslist om natuurlijke personen te laten genieten van het hoogste maximale steunpercentage. Het is immers billijk om deze natuurlijke personen (met minder middelen) meer stimulans te bieden om te participeren aan de biedprocedure. De andere partijen (zoals bijvoorbeeld publiekrechtelijke rechtspersonen) maken dan aanspraak op het steunpercentage van 50%.

- In het ontworpen artikel 7.11.3, § 4, wordt bepaald dat een bankwaarborg moet worden “ingediend” ten gunste van het Vlaamse Gewest binnen dertig dagen na betekening van de beslissing tot het toekennen van de steun. Bij welke instantie die waarborg moet worden “ingediend” wordt niet bepaald, wel dat het bewijs van de bankwaarborg moet worden bezorgd aan het Vlaams Energieagentschap. De Raad vraagt om dit te verduidelijken.

Het begrip ‘ingediend’ werd vervangen door ‘gesteld’ en er wordt verduidelijkt dat het bewijs van de bankwaarborg binnen de vijftendertig dagen na de betekening van de beslissing moet worden bezorgd aan het Vlaams Energieagentschap.

- Tot slot is in artikel 7.11.4, § 3, 5°, van het Energiebesluit ook de verwijzing opgenomen naar artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 ‘tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof, zoals gevraagd door de Raad.

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 de invoering van een steunregeling voor kleine en middelgrote windturbines, 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 tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de invoering van een steunregeling voor kleine en middelgrote windturbines* (bijlage 1);
- het advies nr. 63.785/1/V van de Raad van State van 31 juli 2018 (bijlage 2).