



# RAAD VAN STATE

## afdeling Wetgeving

advies 63.785/1/V  
van 31 juli 2018

over

een 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’

Op 22 juni 2018 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 augustus 2018,<sup>(\*)</sup> een advies te verstrekken over een 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’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 17 juli 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bert THYS, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 juli 2018.

\*

---

<sup>(\*)</sup> Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt 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 VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot het invoeren van een regeling voor de toekenning van investeringssteun voor de constructie van kleine en middelgrote windturbines, met name windturbines met een nominaal vermogen groter dan 10 kWe doch niet hoger dan 300 kWe.

De steun wordt georganiseerd via een *call*, die minstens om het jaar wordt georganiseerd, en de installaties die steun genieten komen niet in aanmerking voor groenestroomcertificaten. De regels voor de steun zijn afgestemd op de voorwaarden voor investeringssteun voor hernieuwbare energieprojecten van de algemene groepsvrijstellingsverordening.<sup>1</sup>

Daartoe wordt het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 ‘houdende algemene bepalingen over het energiebeleid’ (hierna: Energiebesluit) gewijzigd.

### RECHTSGROND

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt gezocht in de artikelen 8.2.1, 3°, 8.3.1, 3° en 8.4.1, 3°, van het Energiedecreet van 8 mei 2009. Die bepalingen bieden de Vlaamse Regering de mogelijkheid om steunmechanismen in te voeren voor de toepassing van hernieuwbare energietechnologieën ten gunste van ondernemingen, natuurlijke personen die niet in aanmerking komen voor een tegemoetkoming als onderneming, en niet-commerciële instellingen, publiekrechtelijke rechtspersonen, de netbeheerders en de beheerders van het transmissienet en het vervoersnet. Die bepalingen zijn in beginsel dienstig als rechtsgrond.

4. Er dient echter onderzocht te worden of er ook een rechtsgrond voorhanden is voor het uitsluiten van de kleine en middelgrote windmolens die onder de steunregeling van het toekennen van groenestroomcertificaten vallen (zie artikel 1 van het ontwerp – ontworpen artikel 6.2/1.2, eerste lid, 2°, van het Energiebesluit, alsook artikel 2 van het ontwerp – ontworpen artikel 7.11.1, § 1, eerste lid, van het Energiebesluit).

4.1. De rechtsgrond voor de ontworpen wijziging van artikel 6.2/1.2 van het Energiebesluit kan worden gevonden in artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, tweede zin, van het

---

<sup>1</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’, in het bijzonder artikel 41 inzake investeringssteun ter bevordering van energie uit hernieuwbare energiebronnen.

Energiedecreet, op basis waarvan de Vlaamse Regering de representatieve projectcategorieën vastlegt.

Die bepaling vormt de rechtsgrond voor de artikelen 1 en 3 van het ontwerp, en moet daarom in het eerste lid van de aanhef worden vermeld.

4.2. Artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, tweede zin, van het Energiedecreet biedt enkel rechtsgrond 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. Op zich genomen sluit de ontworpen aanpassing van de omschrijving van die categorieën (artikel 1 van het ontwerp) niet uit dat op projectbasis nog groenestroomcertificaten toegekend worden.<sup>2</sup> Om toch dat resultaat te bereiken wordt in het ontworpen artikel 7.11.1, § 1, eerste lid, van het Energiebesluit de voorwaarde gesteld dat “er voor die windturbine of windturbines geen groenestroomcertificaten zijn toegekend of kunnen worden toegekend”.

Het is weliswaar mogelijk om, op grond van artikel 7.1.4/1, § 4, vierde lid, van het Energiedecreet, voor bepaalde projectcategorieën de maximumwaarde voor de bandingfactor op nul te bepalen, hetgeen tot hetzelfde resultaat (geen groenestroomcertificaten voor die categorie) zou leiden, maar dat is een andere juridische techniek dan het van tevoren uitsluiten van bepaalde installaties van het in aanmerking komen voor groenestroomcertificaten.

De gemachtigde geeft in dit verband de volgende toelichting:

“De steun aan kleine windturbines zal worden georganiseerd via een tenderingsysteem. Het investeringssteunprogramma moet een vervangende steunmaatregel zijn voor de productiesteun o.b.v. groenestroomcertificaten die nu 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. In de representatieve projectcategorie voor nieuwe installaties met betrekking tot windenergie op land met een bruto nominaal vermogen per turbine groter dan 10 kWe tot 3 MWe, vermeld in artikel 6.2/1.2, eerste lid, 2°, a) van het Energiebesluit van 19 november 2010, wordt de ondergrens aangepast naar 300 kWe. Hierdoor worden de projecten die in aanmerking komen voor steunregeling voor kleine en middelgrote windturbines uitgesloten van productiesteun op basis van groenestroomcertificaten.

De rechtsgrond hiervoor is 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. De Regering heeft m.a.w. de keuze (geen verplichting) om al dan niet te voorzien in projectcategorieën. Voormeld artikel werd recent gewijzigd bij het decreet van 17 februari 2017 houdende wijziging van het Energiedecreet van

---

<sup>2</sup> Volgens artikel 7.1.1, § 2, eerste lid, van het Energiedecreet worden groenestroomcertificaten toegekend aan de eigenaar van een productie-installatie of de natuurlijke persoon of rechtspersoon die daartoe door hem werd aangewezen voor hun installaties die elektriciteit opwekken uit hernieuwbare energiebronnen met startdatum vanaf 1 januari 2013 en gelegen zijn in het Vlaamse Gewest. De enige uitsluiting is artikel 7.1.1, § 2, tweede lid, met betrekking tot fotovoltaïsche installaties die zijn geïnstalleerd om te voldoen aan de verplichtingen van artikel 11.1.3 van het Energiedecreet. Alle andere productie-installaties komen principieel in aanmerking voor groenestroomcertificaten.

8 mei 2009, wat betreft de energieprestaties van gebouwen, waarbij in de memorie de volgende 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.’

Aangezien er in casu geen OT/bandingfactor van toepassing is (noch onder representatief noch onder projectspecifiek), krijgt men bijgevolg geen certificaten. Voormeld artikel moet inderdaad nog als rechtsgrond worden toegevoegd aan het ontwerp.”

Met dat betoog kan niet worden ingestemd.

Daargelaten de vraag welke bedoeling de decreetgever had, moet worden vastgesteld dat de tekst van artikel 7.1.4/1 van het Energiedecreet een andere strekking heeft.

Het gaat om een mogelijkheid, niet om een verplichting. Bij de berekening van die projectspecifieke onrendabele top zou kunnen blijken dat het project zonder bijkomende steun in de vorm van groenestroomcertificaten mogelijk is, onder meer indien aan het project eerder investeringssteun werd toegekend.<sup>3</sup> Bovendien kan de Vlaamse Regering – weliswaar met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel –<sup>4</sup> op basis van artikel 7.1.4/1, § 4, vierde lid, van het Energiedecreet, ook rechtstreeks ingrijpen in de parameters of de bandingfactoren, en dus op die manier het aantal effectief toe te kennen groenestroomcertificaten beperken of zelfs tot nul herleiden.

Bijgevolg ziet de afdeling Wetgeving voor het bij voorbaat uitsluiten van de mogelijkheid om groenestroomcertificaten toe te kennen geen rechtsgrond. Wel zou een bepaling kunnen worden toegevoegd op basis waarvan met toepassing van artikel 7.1.4/1, § 4, vierde lid,

---

<sup>3</sup> In dat verband kan worden opgemerkt dat bijlage III/1 bij het Energiebesluit (“Berekeningswijze onrendabele top voor relevante technologieën en projecten met startdatum vanaf 1 januari 2013 binnen niet-representatieve projectcategorieën”) in dat scenario voorziet. In punt 1.3 is immers uitdrukkelijk bepaald dat bij het berekenen van de investeringskost desgevallend alle toegekende investeringssteun, anders dan deze vermeld in 1.3.3, in mindering wordt gebracht.

<sup>4</sup> Een mogelijke verantwoording in het licht van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zou kunnen liggen in de noodzaak om de Europese staatssteunregels te respecteren.

van het Energiedecreet, de bandingfactor voor kleine en middelgrote windturbines met een nominaal vermogen van 10 kWe tot 300 kWe op nul wordt bepaald.

Indien het ontwerp in die zin zou worden aangepast, zou de voorwaarde opgenomen in het ontworpen artikel 7.1.11, § 1, eerste lid, van het Energiebesluit waarmee cumulatie uitgesloten wordt, overbodig zijn. In dat scenario dreigen sommige projecten overigens tussen wal en schip te vallen: ze zullen niet alleen niet langer in aanmerking komen voor groenestroomcertificaten, maar mogelijk ook uit de boot vallen bij de toekenning van de investeringssteun (die in tegenstelling tot de toekenning van groenestroomcertificaten op competitieve basis binnen een gesloten enveloppe gebeurt). Dat zou kunnen worden vermeden door de bandingfactor enkel op nul te zetten voor de kleine en middelgrote windturbines met een nominaal vermogen van 10 kWe tot 300 kWe die effectief investeringssteun genieten.

Indien het ontwerp niet zou worden aangepast in die zin, zou het ontworpen artikel 7.1.11, § 1, eerste lid, van het Energiebesluit mét de erin opgenomen voorwaarde die cumulatie van steun tegengaat, wel zinvol doorgang kunnen vinden, maar alleen indien dit zou betekenen dat de promotor van een project met kleine en middelgrote windturbines de keuze zou hebben. Ofwel kiest hij overeenkomstig de ontworpen regeling voor investeringssteun; ofwel vraagt hij een projectspecifieke bandingfactor aan. In zijn huidige vorm lijkt artikel 6.2/1.7, § 1, eerste lid, 2°, van het Energiebesluit dit uit te sluiten, vermits daarin enkel wordt voorzien in de berekening van een projectspecifieke onrendabele top en een projectspecifieke bandingfactor voor windmolenprojecten op het land met een bruto nominaal vermogen per turbine groter dan 4,5 MWe.<sup>5</sup> De Vlaamse Regering heeft op 20 juli 2018 evenwel een ontwerp van besluit principieel goedgekeurd, waarin een aanvulling van artikel 6.2/1.7, eerste lid, van het Energiebesluit is opgenomen met een 7°: “nieuwe installaties met betrekking tot windenergie op land, met een bruto nominaal vermogen per turbine groter dan 10 kWe tot en met 4,5 MWe, en die injecteren in een directe lijn die de eigen site overschrijdt”.<sup>6</sup>

Gelet op wat voorafgaat wordt dan ook voorgesteld om artikel 1 van het ontwerp zo om te werken dat artikel 6.2/1.2, eerste lid, 2°, a), vervangen wordt door de volgende punten a) en a1):

“a) nieuwe installaties met betrekking tot windenergie op land, met een bruto nominaal vermogen per turbine groter dan 10 kWe tot 300 kWe, en die geen investeringssteun ontvangen overeenkomstig hoofdstuk XI van titel VII:

1) waarbij het project voorziet in burgerparticipatie;

2) andere projecten;

a1) nieuwe installaties met betrekking tot windenergie op land, met een bruto nominaal vermogen per turbine groter dan 300 kWe tot 3 MWe:

1) waarbij het project voorziet in burgerparticipatie;

<sup>5</sup> Men kan zich echter afvragen of die uitsluiting wel te rijmen valt met artikel 7.1.1, § 1, van het Energiedecreet.

<sup>6</sup> Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft diverse bepalingen over energie’, artikel 14, 1° (voorzien inwerkingtreding: 1 januari 2019), <https://www.vlaanderen.be/nl/nbwa-news-message-document/document/0901355780248534>.

2) andere projecten;”<sup>7</sup>.

5. Ten slotte dient als rechtsgrond ook een beroep te worden gedaan op artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, namelijk voor de taken die in het ontworpen artikel 7.11.4 aan het Vlaams Energieagentschap<sup>8</sup> worden toevertrouwd.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Aanhef

6. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met wat hiervoor is opgemerkt over de rechtsgrond van het ontworpen besluit.

7. In het vierde lid van de aanhef moet de verwijzing naar “artikel 84, § 1, eerste lid, 1<sup>o</sup>” worden vervangen door een verwijzing naar “artikel 84, § 1, eerste lid, 2<sup>o</sup>”. Er is immers gevraagd om mededeling van het advies binnen een termijn van dertig dagen.

### Artikel 2

8. In het ontworpen artikel 7.11.1, § 1, derde lid, van het Energiebesluit wordt aan de Vlaamse minister bevoegd voor energie de bevoegdheid 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. Daarmee lijkt een weinig afgebakende bevoegdheid aan de minister 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”.<sup>9</sup>

Gelet op het gegeven dat een delegatie aan een minister enkel betrekking mag hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden, gaat het om een te onbepaalde machtiging. Dat maximale bedrag zal daarom jaarlijks door de Vlaamse Regering zelf moeten worden bepaald, tenzij de beleidsruimte van de minister strikt wordt beperkt.

---

<sup>7</sup> Ook bijlage III/1 van het Energiebesluit zal dan aangepast moeten worden.

<sup>8</sup> Het gaat om het agentschap zelf, en niet om de personeelsleden ervan, zodat een beroep op artikel 13.1.1 van het Energiedecreet niet lijkt te volstaan.

<sup>9</sup> De gemachtigde heeft daaromtrent nog het volgende medegedeeld:

“Het artikel 7.11.1, § 1, derde lid, voorziet dat de minister jaarlijks het maximale bedrag van de totale steun bepaalt op basis van de daarvoor op de algemene uitgavenbegroting voor dat jaar ingeschreven middelen en van de middelen van het Energiefonds. De steun wordt inderdaad aangerekend op de impulsprojecten van het Energiefonds (begrotingsartikel QE0-1QEB4KE-WT - basisallocatie 1QE41800). Wij kunnen bevestigen dat er jaarlijks voor dit investeringssteunprogramma een budget van 4,2 miljoen euro wordt toegewezen vanuit de opbrengsten van de energieheffing.”

9. Er dient te worden onderzocht of de opsomming in het ontworpen artikel 7.11.2, § 1, vijfde lid, van het Energiebesluit exhaustief is: onder meer het vruchtgebruik lijkt te ontbreken.<sup>10</sup>

10. In het ontworpen artikel 7.11.2, § 1, zesde lid, van het Energiebesluit staat te lezen dat de Vlaamse minister bevoegd voor energie “nadere regels met betrekking tot de gehanteerde voorwaarden of nieuwe voorwaarden [kan] vastleggen”.

Een dergelijke delegatie gaat de notie ‘bijkomstige of detailmatige aangelegenheden’ te buiten en kan daarom niet worden aanvaard.

11. Luidens het ontworpen artikel 7.11.2, § 2, tweede lid, van het Energiebesluit zal de Vlaamse minister bevoegd voor energie nadere regels kunnen bepalen over de manier waarop permanent de elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen dient te worden gemeten. Daarnaast kan hij ook “gevallen bepalen waarin een dergelijke permanente meting om technische redenen niet nodig is”. Op de vraag aan welke gevallen wordt gedacht, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“In antwoord op uw bemerking, stellen wij voor de tweede zin van §2 als volgt te hervormen aangezien wij inderdaad geen redenen vonden om hier uitzonderingen te voorzien.

“De minister kan nadere regels vastleggen over de manier waarop de metingen, vermeld in het eerste lid, worden uitgevoerd.”

Daarmee kan worden ingestemd.

12. 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 in deze context bijzonder ambigu: gaat het om het louter indienen van de aanvraag of om een zekere verwerking ervan door de belastingadministratie?

De gemachtigde verstrekke in verband met de ontworpen bepaling nog de volgende toelichting:

“In het laatste lid wordt bepaald dat, bij recent opgerichte ondernemingen, waarvan de eerste jaarrekening nog niet is neergelegd en de eerste fiscale aangifte nog niet is uitgevoerd, de gegevens worden vastgesteld op basis van een financieel plan van het eerste productiejaar. Wij verwijzen naar de vigerende regeling call groene warmte in het Energiebesluit, waar dit op heden reeds op identieke wijze wordt bepaald. De verwoording is dus consistent en bovendien ook gebaseerd op art. 4, lid 3, van de GBER, dat luidt als volgt:

“In het geval van nieuw opgerichte ondernemingen waarvan de eerste jaarrekening nog niet is afgesloten, worden de in aanmerking te nemen gegevens

<sup>10</sup> Zie in dezelfde zin: adv.RvS 63.643/3 van 13 juli 2018 over een voorontwerp van decreet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, opmerking 14.



bepaald door middel van een in de loop van het boekjaar te goeder trouw gemaakte schatting.’

Indien de laatste aangifte bij de directe belastingen voor de indieningsdatum van de steunaanvraag nadien wordt gewijzigd, dan zal ook de jaaromzet worden aangepast. De stellers zijn bereid deze verduidelijking aan het ontwerp toe te voegen.”

Dit is inderdaad te verduidelijken in het ontworpen besluit.

13. In het ontworpen artikel 7.11.3, § 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 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.

De gemachtigde verstrekte omtrent de ontworpen bepaling de volgende toelichting:

“Ook deze bepaling is reeds opgenomen in de vigerende regeling call groene warmte in het Energiebesluit en is dus consistent. Met de ‘procedure op basis van Europees of nationaal recht waarbij een toegekende steun wordt teruggevorderd’ wordt veeleer verwezen naar een bevel tot terugvordering ingevolge een besluit van de Commissie waarin de steun onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt is verklaard, dan wel naar collectieve insolventieprocedures (ondernemingen in moeilijkheden), en niet *as such* naar juridische procedures ter betwisting van de terugvordering.”

In verschillende onderdelen van het Energiebesluit komt inderdaad al een vergelijkbare bepaling voor. Zo stelt artikel 7.8.2, derde lid, van het Energiebesluit als voorwaarde voorop, “geen procedure op basis van Europees of nationaal recht hebben lopen waarbij een toegekende steun wordt teruggevorderd *als vermeld in artikel 1, lid 4, van de [algemene groepsvrijstellingsverordening]*”.

Luidens artikel 1, lid 4, a), van de algemene groepsvrijstellingsverordening is deze verordening niet van toepassing op “steunregelingen die niet uitdrukkelijk voorzien in uitsluiting van betaling van individuele steun aan ondernemingen ten aanzien waarvan er een bevel tot terugvordering uitstaat ingevolge een eerder besluit van de Commissie waarbij door dezelfde lidstaat toegekende steun onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt is verklaard, met uitzondering van steunregelingen tot herstel van de schade veroorzaakt door bepaalde natuurrampen”. De algemene groepsvrijstellingsverordening bepaalt categorieën steun die als verenigbaar met de interne markt mogen worden beschouwd, zonder dat ze bij voorbaat aan de Europese Commissie moeten worden voorgelegd op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).<sup>11</sup> Uit artikel 1, lid 4, a), van de algemene groepsvrijstellingsverordening volgt dat die voorkeursbehandeling niet geldt voor

<sup>11</sup> Artikel 3 van de algemene groepsvrijstellingsverordening.

steunregelingen die niet uitdrukkelijk voorzien in uitsluiting van betaling van individuele steun aan ondernemingen ten aanzien waarvan er een bevel tot terugvordering uitstaat ingevolge een eerder besluit van de Commissie waarbij door dezelfde lidstaat toegekende steun onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt is verklaard. Dat is echter helemaal iets anders dan het uitsluiten van steun voor aanvragers tegen wie een procedure voor terugvordering van reeds toegekend steun loopt.

Alhoewel deze voorwaarde ook reeds voorkomt in andere besluiten,<sup>12</sup> 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 zou in het ontwerp kunnen worden geëxpliciteerd 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.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 7.11.4, § 3, 3°, van het ontwerp.

14.1. Aan de gemachtigde is gevraagd om het steunplafond in het ontworpen artikel 7.11.3, § 3, derde lid, van het Energiebesluit te verduidelijken. Het steunplafond lijkt immers geen vast maximumbedrag te zijn, maar een dynamische bedrag per MWh verwachte jaarlijkse energieopbrengst dat bij elke call wordt bepaald en waartegen de verschillende projecten zullen worden beoordeeld. Bovendien is niet duidelijk hoe de omzetting wordt gemaakt van nominaal vermogen naar verwachte jaarlijkse energieopbrengst, noch wat de gevolgen zijn indien achteraf blijkt dat die opbrengst niet wordt gehaald.

De gemachtigde verstrekke de volgende toelichting:

“Artikel 7.11.3, § 3, derde lid, bepaalt dat de minister per call een steunplafond vastlegt, dat de maximale verhouding van de steun ten opzichte van de verwachte jaarlijkse energieopbrengst weergeeft waarvoor projecten kunnen worden geselecteerd. Dat steunplafond bedraagt maximaal 1000 euro per MWh en projecten die een hogere steun aanvragen dan het steunplafond worden uitgesloten van de call. Bij elke call zal dus inderdaad een bedrag per MWh verwachte jaarlijkse energieopbrengst bepaald worden waartegen de verschillende projecten worden beoordeeld, en dit om te verzekeren dat enkel de meest kostenefficiënte projecten gesteund worden. Dit steunplafond geeft immers de maximale verhouding weer van de aangevraagde steun ten opzichte van de energieopbrengst, waarvoor projecten kunnen geselecteerd worden. Projecten die een hogere steunhoogte aanvragen zullen niet geselecteerd worden. Bij deelname van slechts een beperkt aantal aanvragers bestaat het risico dat alle projecten gesteund zouden kunnen worden met het beschikbare budget, waardoor er geen sprake meer is van een concurrerende biedprocedure als gedefinieerd in de GBER (indien tenminste alle projecten voldoen aan het steunplafond). Om die reden wordt het slechtst gerangschikte

<sup>12</sup> 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 ondernemerschapbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten’.

project niet gesteund indien alle projecten voldoen aan het steunplafond. De overige gerangschikte projecten die voldoen aan beide voorwaarden worden gesteund volgens de rangschikking en tot het budget is opgebruikt. Projecten die eenzelfde verhouding van de steun ten opzichte van de energieopbrengst aangevraagd hebben, worden gerangschikt op indientijdstip.

De methode voor de bepaling van de energieopbrengst zal vastgelegd worden in een MB maar de principes worden al algemeen beschreven in het ontwerp.

De minister zal de methode voor de berekening van de te verwachten jaarlijkse energieopbrengst vastleggen in een ministerieel besluit. Hierbij zal rekening worden gehouden met de lokale inplanting van de windturbine. De rekenmethode zal volgende aspecten in rekening brengen bij de bepaling van de energieproductie:

- 1° de gemiddelde windsnelheid op de ashoogte van de turbine en winddistributie op de gegeven locatie;
- 2° de vermogenscurve van de windturbine;
- 3° de aanwezigheid van obstakels in de nabijheid van de windturbine.

Eenzijds zal er dus gekeken worden naar het vermogen en de vermogenscurve van de windturbine, dat een karakteristiek is van de windturbine. Anderzijds zal de windsnelheid en -turbulentie, eigen aan de locatie, in beschouwing worden genomen. Uit die gegevens wordt vervolgens de energieopbrengst bepaald, die dan nog bijgesteld wordt voor de impact van obstakels in de nabijheid van de windturbine.

Er is geen sanctie opgenomen wanneer deze opbrengst niet wordt gehaald (aangezien het om een investeringssteun gaat en niet om productiesteun). In het ontwerp wordt wel vermeld dat de steun teruggevorderd kan worden indien de installatie niet gedurende minimaal tien jaar operationeel is, zonder daarbij de opbrengst te kwantificeren in MWh.

De methode voor de bepaling van de energieopbrengst is bovendien opgesteld door onderzoekers. We gebruiken deze methode om de beoordeling objectief en vergelijkbaar te maken zodat alle aanvragers op dezelfde manier de opbrengst moeten inschatten. De methode zou ook eerder licht conservatief moeten zijn om zo te vermijden dat onrealistische opbrengsten worden vooropgesteld.”

In dat verband moet worden opgemerkt dat de delegatie in het ontworpen artikel 7.11.3, § 3, vierde lid, van het Energiebesluit enkel betrekking heeft op de nadere regels om het steunpercentage te berekenen. Indien, zoals de gemachtigde betoogt, het de bedoeling is dat de Vlaamse minister bevoegd voor energie ook nadere regels voor het bepalen van het steunplafond kan vaststellen, kan dit niet worden aanvaard. Een dergelijke delegatie gaat immers te ver.

14.2. Aan de gemachtigde is eveneens gevraagd om de hoogte van de steunpercentages in het ontworpen artikel 7.11.3, § 3, vijfde lid, van het Energiebesluit te verantwoorden. Die lijken immers op het eerste gezicht overeen te stemmen met de som van het basispercentage in artikel 41, lid 7, van de algemene groepsvrijstellingsverordening en de verhogingen in artikel 41, lid 8, en artikel 41, lid 9, ervan. Het is echter niet evident dat het Vlaamse Gewest de extra vijf procent van die bepaling zonder meer mag toekennen; daartoe is immers vereist dat het gaat om “investeringen in steungebieden die aan de voorwaarden van artikel 107, lid 3, onder c), van het Verdrag voldoen”, namelijk “steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van

economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad”. Een andere mogelijkheid is echter dat men de calls ziet als een concurrerende biedprocedure in de zin van artikel 41, lid 10, van de algemene groepsvrijstellingsverordening, waarbij dan echter het steunplafond van 100% tot 50%, 60% of 70% wordt beperkt. In dat geval moet echter omwille van het gelijkheidsbeginsel kunnen worden verantwoord waarom er wordt gedifferentieerd.

De gemachtigde verstrekke in dit verband de volgende toelichting:

“In artikel 7.11.3, § 3, vijfde lid worden de maximaal toegelaten steunhoogten bepaald als volgt:

- 1° 70% van de in aanmerking komende kosten voor kleine ondernemingen;
- 2° 60% van de in aanmerking komende kosten voor middelgrote ondernemingen;
- 3° 50% van de in aanmerking komende kosten voor grote ondernemingen;
- 4° 70% van de in aanmerking komende kosten voor andere aanvragers.

Projecten waarbij de aangevraagde steun hoger ligt dan de percentages vermeld in het vijfde lid, komen niet in aanmerking voor ondersteuning. De stellers menen inderdaad dat de ontworpen regeling kan gekwalificeerd worden als een 'concurrerende biedprocedure', waarbij het plafond vrijwillig verlaagd werd. Er wordt toch een onderscheid gemaakt tussen kleine, middelgrote en grote ondernemingen omdat de stellers menen dat het billijk is om kleinere ondernemingen (met minder middelen) meer stimulans te bieden om te participeren aan de biedprocedure.

Ter illustratie: Onderneming X dient een bod in voor 150.000 euro. De ingeschatte in aanmerking komende kosten zijn 300.000 euro, en de verwachte jaarlijkse productie is 200 MWh. In dat geval bekomt men de waarde 750 (nl. 150.000/200) om het project te rangschikken. In de rangschikking wordt dus enerzijds geen rekening gehouden met de ingeschatte in aanmerking komende kosten. Er wordt anderzijds wel gecontroleerd dat het bod van 150.000 euro niet meer is dan de maximaal toegelaten steunhoogten (dus afhankelijk van de grootte van de onderneming). Indien na de indienstname van de installatie blijkt dat de werkelijke in aanmerking komende kosten 280.000 euro zijn, dan bekomt men een percentage van 53,6% van de in aanmerking komende kosten (nl. 150.000/280.000).

- Als onderneming X een kleine onderneming is, verkrijgt ze de waarde van haar bod van 150.000 euro (immers, 53.6% is lager dan de toegelaten 70% van de in aanmerking komende kosten);

- Als onderneming X een grote onderneming is, dan zal ze slechts 140.000 euro ontvangen (aangezien de maximaal toegelaten steunhoogte 50% van de in aanmerking komende kosten bedraagt).”

Met die verantwoording kan worden ingestemd.

Blijft echter de vaststelling dat, vermits de rechtsgrond voor het ontworpen besluit ook wordt gezocht in artikel 8.4.1, 3°, van het Energiedecreet, niet enkel ondernemingen (artikel 8.3.1, 3°, van het Energiedecreet) en natuurlijke personen die niet in aanmerking komen voor een tegemoetkoming als onderneming (artikel 8.2.1, 3°, 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 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.

15. 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.

Met de ontworpen bepaling wordt de indruk gewekt dat een onderscheid wordt gemaakt bij het stellen van de waarborg tussen het indienen ervan en het bezorgen van het bewijs ervan. In de eerste plaats is niet duidelijk wat met het “indienen” van de bankwaarborg wordt bedoeld, doch als beide noties niet dezelfde inhoud dekken, moet in de tweede plaats worden vastgesteld dat een aantal elementen ervan niet worden geregeld. Zoals reeds vermeld wordt immers niet bepaald bij welke instantie de waarborg dient te worden ingediend en voorts wordt er geen termijn bepaald voor het bezorgen van het bewijs aan het Vlaams Energieagentschap.

Dit alles is te verduidelijken.

16. Uit het ontworpen artikel 7.11.4, § 3, 1°, van het Energieebesluit blijkt dat de aanvrager de uitbetaling per schijf dient aan te vragen, terwijl in de inleidende zin van de betrokken paragraaf wordt bepaald dat de steun in zijn geheel wordt uitbetaald. De gemachtigde heeft bevestigd dat woorden “van de schijf” geschrapt dienen te worden in het ontworpen artikel 7.11.4, § 3, 1°.

17. In het ontworpen artikel 7.11.4, § 6, tweede lid van het Energieebesluit wordt bepaald dat het Vlaams Energieagentschap “kan” beslissen om de steun terug te vorderen, “[a]ls aan het Vlaams Energieagentschap de toegang tot de installatie wordt geweigerd, als het Vlaams Energieagentschap vaststelt dat niet aan de [steun]voorwaarden is voldaan, of als fraude bij de opnemings van de meetgegevens wordt vastgesteld”.

In zoverre in de ontworpen bepaling slechts wordt voorzien in terugvordering in de opgesomde gevallen en het slechts om een mogelijkheid, niet om een verplichting tot terugvordering gaat, is ze minder streng dan 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’, dat regels bepaalt die op grond van artikel 50, § 2, derde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten’ inzake de controle met betrekking tot het verlenen en het

gebruik van subsidies gelden voor de gemeenschappen en de gewesten. In dat artikel 13 wordt nog in andere gevallen van terugvordering voorzien en is de terugvordering verplicht.<sup>13</sup>

#### Artikel 4

18. De bijzin “ongeacht het project al dan niet voorziet in burgerparticipatie” is overbodig, gelet op het feit dat de differentiatie voor projecten met of zonder burgerparticipatie pas van toepassing wordt op projecten met startdatum vanaf 1 januari 2019, zodat dat onderscheid betekenisloos is voor de duur van de overgangsregeling, die immers loopt vanaf de datum dat het besluit met toepassing van artikel 5 door de Vlaamse minister bevoegd voor energie in werking wordt gesteld tot 31 december 2018.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Jo BAERT

---

<sup>13</sup> Voor het bepalen van een minder strenge regeling dan deze vervat in de wet van 16 mei 2003 is geen rechtsgrond voorhanden. Zulk een rechtsgrond zou overigens slechts met de bevoegdheidverdelende regels in overeenstemming zijn mocht zijn voldaan aan de toepassingsvereisten van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.