

NOTA AAN DE VLAAMSE REGERING

- Betreft:**
- Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het invoeren van een retroactieve investeringspremie voor PV-eigenaars waarvoor de virtuele terugdraaiende teller wegvalt
 - Derde principiële goedkeuring met het oog op adviesvraag aan de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA)

Samenvatting

Het ontwerpbesluit beoogt een oplossing aan te bieden voor de prosumenten die worden getroffen door de gevolgen van de door het arrest nr. 5/2021 van het Grondwettelijk Hof veroorzaakte vernietiging van artikel 4.1.30/1 en 15.3.5/12 van het Energiedecreet van 8 mei 2009. Dit arrest is op 1 maart 2021 in werking getreden. Het arrest handhaaft evenwel de gevolgen van die bepalingen wat betreft de bedragen gefactureerd vóór de bekendmaking (die op 1 maart 2021 gebeurd is) van het arrest in het Belgisch Staatsblad.

Via een retroactieve investeringspremie wordt aan de eigenaars van zonnepanelen die voor 1 januari 2021 in dienst werden genomen het recht op een premie gegeven. De door het arrest gevatte eigenaars van zonnepanelen komen in aanmerking voor een retroactieve investeringspremie op basis van de berekende steun die nodig is om een rendement van 5% te bekomen voor een referentie-installatie. De hoogte van de retroactieve investeringspremie is onder meer afhankelijk van het jaar van indiening, het jaar van de plaatsing van de digitale meter, het piekvermogen van de zonnepaneleninstallatie, de lengte van de periode dat men van de terugdraaiende teller heeft kunnen genieten, de reeds genoten overheidssteun, en het prosumentarief. Eigenaars van zonnepanelen die reeds een digitale meter hebben kunnen de retroactieve investeringspremie aanvragen binnen een termijn van zes maanden na de inwerkingtreding van dit besluit. Voor eigenaars waar momenteel nog geen digitale meter is geplaatst, moet de aanvraag gebeuren binnen een termijn van zes maanden volgende op de plaatsing van een digitale meter.

Als flankerend beleid worden de premiemodaliteiten en de premiehoogte van de batterijpremie aangepast en worden de batterijpremie en warmtepompboilerpremie verlengd tot in 2024. Tevens wordt voorzien in een nieuwe REG-premie om accumulatieverwarming, elektrische boilers en warmtepompen automatisch aan te sturen.

Het ontwerpbesluit wordt nog voor advies voorgelegd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA).

1. SITUERING

A. BELEIDSVELD/BELEIDSDOELSTELLING

BELEIDSDOMEIN: Omgeving

BELEIDSVELD: Energie

B. VORIGE BESLISSINGEN EN ADVIEZEN

Het wetgevingstechnisch en taaladvies nr. 2021/19 werd op 25 januari 2021 bekomen.
Het advies van de Inspectie van Financiën werd op 3 februari 2021 verkregen.
Het begrotingsakkoord werd op 8 februari 2021 verkregen.

C. EERSTE PRINCIPIËLE GOEDKEURING

De Vlaamse Regering hechtte op 12 februari 2021 haar eerste principiële goedkeuring aan het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het invoeren van een retroactieve investeringspremie voor PV-eigenaars waarvoor de virtuele terugdraaiende teller wegvalt¹, en gelastte de Vlaamse minister, bevoegd voor de energie, om over het ontwerpbesluit het advies van de VTC en de VREG in te winnen.

De VTC bezorgde op 24 februari 2021 haar advies nr. 2021/14 d.d. 23 februari 2021.
De VREG bezorgde op 25 februari 2021 zijn advies ADV-2021/2.

D. TWEEDE PRINCIPIËLE GOEDKEURING

De Vlaamse Regering hechtte op 5 maart 2021 haar tweede principiële goedkeuring aan het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het invoeren van een retroactieve investeringspremie voor PV-eigenaars waarvoor de virtuele terugdraaiende teller wegvalt², en gelastte de Vlaamse minister, bevoegd voor de energie, om over het ontwerpbesluit het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State in te winnen.

2. BESPREKING VAN HET ADVIES NR. 68.988/3 VAN DE AFDELING WETGEVING VAN DE RAAD VAN STATE

Op 8 maart 2021 is de adviesaanvraag betreffende het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het invoeren van een retroactieve investeringspremie voor PV-eigenaars waarvoor de virtuele terugdraaiende teller wegvalt, in de rol van de afdeling Wetgeving ingeschreven. De afdeling Wetgeving van de Raad van State verstrekke betreffende het voormelde ontwerpbesluit haar advies nr. 68.988/3 op 7 april 2021. Het advies gaat als bijlage 3 bij deze nota.

Er dient te worden vastgesteld dat de Raad van State voor het overgrote deel de door de Vlaamse Regering gemaakte keuzes valideert. In dit advies maakte de Raad van State omtrent dit ontwerpbesluit de volgende opmerkingen:

- De Raad maakte wetgevingstechnische opmerkingen aangaande de aanhef, artikel 9, en artikel 13, tweede lid. Hiermee werd bij de verdere redactie van het ontwerpbesluit rekening gehouden.
- Het niet langer bij voorrang plaatsen van de digitale meters bij bestaande prosumenten is volgens de Raad van State **niet** strijdig met de bevoegdheidsverdelende regels en evenmin

¹ VR 2021 1202 DOC.0150

² VR 2021 0503 DOC.0222

met het beginsel van de federale loyaleit. Er rijst volgens de Raad dan ook geen bevoegdheidsbezwaar tegen artikel 1 van het ontwerp.³

De Raad merkt daarbij wel op dat slechts in het geval dat de voorgestelde bepaling uit het voorstel van decreet (dit voorstel van decreet werd parallel aan de Raad voor advies voorgelegd en hierover verleende de Raad haar advies nr. 69.006/3) wordt aangenomen en het te nemen besluit niet eerder in werking treedt dan die decretale aanpassing, artikel 1 van het ontwerp doorgang kan vinden. Eenzelfde opmerking maakte de Raad omtrent het ontworpen artikel 7.16.1, § 2, 6°, van het Energiebesluit van 19 november 2010.

Met deze timing zal met betrekking tot de definitieve goedkeuring van het ontwerpbesluit uiteraard rekening worden gehouden.

- De Raad merkt voorts op dat, ofschoon zij over onvoldoende gegevens over de mogelijke impact van de maatregel op de uitrolstrategie beschikken, zij meent dat er een risico bestaat dat de nieuwe uitrolplanning er toe kan leiden dat de Europeesrechtelijke deadline niet kan worden gehaald.

De uitrol van de digitale meter zal in het licht van de verplichtingen uit richtlijn (EU) 2019/944 blijven doorgaan, maar binnen de grenzen welke die richtlijn biedt (80% tegen 31 december 2024, 100% tegen 1 juli 2029) is een maatschappelijke evenwichtsoefening nodig aangezien een deel van het maatschappelijk draagvlak voor de digitale meter vandaag omwille van het arrest nr. 5/2021 lijkt te zijn ondergraven. De schrapping m.b.t. de prioritaire uitrol van de 'sub'-doelstelling van 31 december 2022 voor prosumenten geeft de netbeheerder echter de kans om de uitrol van digitale meters (steeds conform de deadlines uit de richtlijn en binnen die grenzen) kostenefficiënter te organiseren, met name: 'straat per straat, wijk per wijk en gemeente per gemeente, in plaats van her en der, zoals thans het geval is'. Dat dit kostenefficiënter is wordt trouwens door de regulator in haar advies bevestigd. Het is in de huidige constellatie echter niet ondenkbaar dat de plaatsing van digitale meters bij prosumenten volgens het thans in artikel 3.1.52 van het Energiebesluit van 19 november 2010 voorziene reglementaire schema, als gevolg van het verlies van de 'virtuele terugdraaiende teller' door de uitspraak van het Grondwettelijk Hof, veel moeizamer zal verlopen dan voorheen. Het valt niet uit te sluiten dat dergelijke prosumenten alle mogelijke middelen zullen gebruiken om ervoor te zorgen dat er fysiek geen digitale meter kan worden geplaatst. Daarbij dreigt dan bij een onveranderde prioritaire uitrol het perverse effect dat net het omgekeerde zal worden bereikt dan wat wordt beoogt, namelijk meer weigeringen (met name door prosumenten) en minder plaatsingen van digitale meters. Dit pervers effect blijkt ondertussen ook al uit de cijfers van Fluvius. Op een hoorzitting in het Vlaams Parlement van 10 maart 2021 bleek immers dat ondertussen 30% van alle netgebruikers (dus niet enkel de prosumenten) de installatie van een digitale meter concreet weigert. Het aanhouden van het huidige tijdschema uit artikel 3.1.52 lijkt dan ook net eerder te zullen leiden tot het de facto missen van de Europeesrechtelijke deadlines dan de thans voorgestelde wijziging. Het is dan ook de bedoeling om de uitrol planmatig maar verstandig verder te zetten, waardoor in de planmatige geografische uitrol Fluvius reeds voor 2025 bij elke netgebruiker al eenmaal zal langskomen. Vanaf 2025 zal Fluvius in een tweede ronde echter al haar beschikbare middelen (kunnen) inzetten om de daadwerkelijke plaatsing van een digitale meter bij bestaande prosumenten te verwezenlijken

- Artikel 1, 3°, van het ontwerp is volgens de Raad van State overbodig. Voor uitbreidingen tot 1 april 2021 geldt immers volgens de Raad de huidige tekst van artikel 3.1.52, § 1, vijfde lid, van het Energiebesluit van 19 november 2010, die reeds alle uitbreidingen omvat. Na 1 april 2021 (nog los van het gegeven dat het te nemen besluit pas na die datum in werking zal treden)

³ De Raad van State expliciteert dit principe trouwens ook in haar advies nr. 69.006/3 van 7 april 2021 over een voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest 'tot wijziging van artikel 4.1.22/2 van het Energiedecreet van 8 mei 2009' (*Parl.St.*, VI.Parl. 2020-21, nr. 655/1).

zijn er uiteraard ook enkel nog uitbreidingen die dateren van na 1 april 2021, zodat de huidige bepaling volgens de Raad volstaat.

Die opmerking kan niet gevolgd worden. Artikel 1, 3°, heeft tot gevolg dat lopende termijnen van negentig dagen om een digitale meter te plaatsen ingevolge vóór 1 april 2021 verrichte aanmeldingen van nieuwe installaties, bijkomende installaties of uitbreidingen van installaties, komen te vervallen: in zulke gevallen hoeft er ingevolge artikel 1, 3°, niet binnen de negentig dagen een digitale meter geplaatst te worden. Artikel 1, 3°, is niet overbodig.

Momenteel is er hoe dan ook met Fluvius afgesproken om tijdelijk (in afwachting van de definitieve goedkeuring van dit ontwerpbesluit) tot 1 april 2021, ondertussen verlengd tot 1 juli 2021, geen digitale meters te plaatsen bij de bestaande prosumenten. De introductie van de datum 1 april 2021 in het ontwerpbesluit was dan ook bedoeld om te vermijden dat een uitbreiding van een PV-installatie die voor die datum zou plaatsvinden automatisch ook zou betekenen dat er – los van het feit dat voor de basisinstallatie conform artikel 1, 1° de prioritaire uitrol zal worden geschrapt – toch voor die gehele installatie binnen de negentig dagen na de uitbreiding een digitale meter moet worden geplaatst. Het is immers de bedoeling om in het kader van de gewijzigde uitrol alle installaties, inclusief uitbreidingen, die onder het oude door het Grondwettelijk Hof vernietigde systeem vielen op dezelfde manier te behandelen. Vindt de datum van de uitbreiding echter na de in het ontwerpbesluit vermelde datum plaats, dan kan de burger worden geacht voldoende te zijn gewaarschuwd dat het uitbreiden van de PV-installatie automatisch het plaatsen van de digitale meter tot gevolg zal hebben, wat zodoende ook het verlies van de mechanisch terugdraaiende Ferrarimeter zal betekenen.

Om die redenen wordt dan ook verkozen om artikel 1, 3° te behouden, maar de daarin vermelde datum schuift wel op naar 1 juli 2021. De voormelde pauzeknop werd immers ondertussen tot 1 juli 2021 verlengd omdat enerzijds het regelgevende proces voor dit ontwerpbesluit langer duurt dan oorspronkelijk was voorzien ten gevolge van bijkomende adviesvraag bij de Gegevensbeschermingsautoriteit en anderzijds omdat Fluvius tegen 1 juli klaar zal zijn met de ontwikkeling van de nodige aanvraagmodule voor de retroactieve investeringspremie.

- Artikel 8, 2°, van het ontwerp vormt artikel 7.13.1, derde lid, van het Energiebesluit van 19 november 2010 om tot een bepaling waarbij uitdrukkelijk wordt bepaald dat voor decentrale productie-installaties met een nominaal vermogen van maximaal 10 kVA waar nog geen meter is geplaatst die de injectie en afname afzonderlijk kan meten, de geïnjecteerde hoeveelheid elektriciteit in mindering wordt gebracht van de afgenomen hoeveelheid elektriciteit. Ook al heeft die bepaling betrekking op de bestaande Ferrarimeters, die als intrinsieke eigenschap hebben dat ze terugdraaien wanneer er elektriciteit wordt geïnjecteerd in het net in plaats van afgenomen van het net, toch staat het volgens de Raad niet aan het Vlaamse Gewest om een uitdrukkelijke regeling te treffen in die zin, aangezien het daardoor een vrijstelling organiseert van de transmissietarieven, de federale heffingen en de btw. Ook indien het ontworpen artikel 7.13.1, derde lid, van het Energiebesluit van 19 november 2010 bevoegdheidsconform zou worden geïnterpreteerd, doordat het enkel de feitelijke werking van de Ferrarimeter beschrijft, is de bepaling volgens de Raad “zinloos” (al zegt de Raad daarbij wel niet waarom dat dan “zinloos” zou zijn). Tot slot meent de Raad dat er voor die bepaling überhaupt geen decretale rechtsgrond voorhanden is. De conclusie van de Raad van State is dan ook dat artikel 7.13.1, derde lid, van het Energiebesluit van 19 november 2010 moet worden opgeheven, veeleer dan dat het gewijzigd moet worden.

Deze bepaling beschreef inderdaad enkel de feitelijke werking van de Ferrarimeter en diende dus bevoegdheidsconform te worden gelezen, maar gelet op het advies van de Raad van State zal om die reden dan ook het ontwerpbesluit worden aangepast en zal artikel 7.13.1, derde lid van het Energiebesluit van 19 november 2010 worden opgeheven. Dit houdt echter niet in dat

andere entiteiten (federaal, regulator,...) plots regels zouden kunnen/mogen opleggen die deze feitelijke werking van de Ferrarimeter kunnen verhinderen of belemmeren.

- De Raad stelt omtrent de rechtsgrond van de retroactieve investeringspremie dat de omstandigheid dat het gaat om een premie voor investeringen die zijn gebeurd in het verleden daarbij geen bezwaar vormt, aangezien de voormelde decretale bepalingen niet vereisen dat er voor een premie nieuwe investeringen gebeuren, maar enkel dat er toepassing wordt gemaakt van bepaalde hernieuwbare energietechnologieën, wat dus ook mogelijk is voor reeds bestaande installaties. Wel raadt de Raad aan om de decretale rechtsgrond in titel VIII van het Energiedecreet van 8 mei 2009 te verduidelijken zodat er ook geen twijfel is dat andere elementen dan degene die betrekking hebben op de inhoudelijke voorwaarden (bijv. administratieve voorwaarden, het feit dat men niet kan procederen op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid en de premie kan verkrijgen) onder deze rechtsgrond vervat zitten.

Wat dit laatste betreft dient er op te worden gewezen dat artikel 8.7.1 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 nu al expliciet stelt: *“De Vlaamse Regering bepaalt de hoogte van de tegemoetkomingen en de in aanmerking komende kosten, vermeld in deze titel, en de nadere regels voor de aanvraag, de beoordeling van de aanvragen en het toekennen van de tegemoetkomingen.”* Een eventuele versterking van de rechtsgrond kan – zoals de Raad overigens zelf suggereert - gebeuren via het voormelde voorstel van decreet (*Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 655/1).

- Volgens de Raad rijst de vraag waarom wordt voorzien in een aanmelding bij de distributienetbeheerder tot de datum van 1 mei 2021 en of er installaties kunnen zijn die nu nog niet zijn geregistreerd, ondanks de voorwaarde van het ontworpen artikel 7.16.1, §2, 2° van het Energiebesluit van 19 november 2010 dat de installatie gedurende de laatste twaalf maanden elektriciteit heeft geïnjecteerd op het elektriciteitsdistributienet.

De Raad stelt vervolgens dat het kan instemmen met het door de gemachtigde ambtenaar verstrekte antwoord. Het is inderdaad mogelijk dat bepaalde installaties niet zijn geregistreerd. Fluvius en de Vlaamse overheid voeren daar al een aantal jaren campagnes over. Er is immers in artikel 8.2 van het aansluitingsreglement van de distributienetbeheerders een verplichting opgenomen dat decentrale productie-installaties binnen een bepaalde termijn na de ingebruikname moeten zijn aangemeld. Dit is enerzijds omwille van veiligheidsredenen (netbeheerder moet immers kunnen weten waar zonnepanelen geplaatst zijn in het kader van de uitvoering van haar werken, ...), anderzijds omwille van tarifaire redenen (mogelijkheid tot aanrekening van het prosumententarief). Uit de feiten blijkt dat deze verplichting tot aanmelding niet altijd door de prosumenten wordt gerespecteerd (vaak met de wens om op die wijze het prosumententarief te ontzeilen). Het niet aanmelden maakt conform artikel 1.1.3, 40°/1 en 5.1.2 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 dan ook “energiefraude” uit en kan conform artikel 13.4.11 van hetzelfde decreet aldus ook worden gesanctioneerd. Het is dan ook niet de bedoeling om een retroactieve investeringspremie te geven aan installaties die zich niet aan die verplichtingen houden, maar (de datum van 1 mei zal omwille van de duur van deze regelgevende procedure nog verschuiven naar 1 augustus) is bedoeld om die installaties nog eenmalig de kans te geven zich te regulariseren en zo alsnog van deze premie te kunnen genieten.

- Volgens het ontworpen artikel 7.16.1, § 2, 6°, van het Energiebesluit van 19 november 2010 mag “de eigenaar of de gebruiker van de decentrale productie-installatie heeft de netbeheerder vanaf 1 januari 2025 voor de plaatsing van een digitale meter niet de toegang [weigeren] tot de ruimte waarin de elektriciteits- of aardgasmeter is opgesteld en waarover hij het eigendoms- of gebruiksrecht heeft”. Uit die bepaling zou men volgens de Raad kunnen afleiden dat het voor de aanvrager mogelijk wordt gemaakt om te wachten tot 2025 om de digitale meter te laten plaatsen. Volgens de Raad rijst hierdoor de vraag of er aldus niet een

subjectief recht wordt gecreëerd voor de betrokken prosumenten (en waarom enkel voor hen) om de plaatsing van een digitale meter tot 1 januari 2025 te weigeren. Bovendien is het volgens de Raad niet duidelijk of op grond van artikel 6.1.2, § 1, eerste lid, 5°, van het Energiedecreet van 8 mei 2009 de toevoer van elektriciteit door de netbeheerder kan worden afgesloten in geval van weigering van het verlenen van toegang door de prosumant na 1 januari 2025, alsook of op grond van artikel 6.1.6, § 1, tweede lid, van het Energiebesluit van 19 november 2010 na die datum de uitbetaling van de minimumsteun voor groenestroomcertificaten door de netbeheerder kan worden geschorst.

De Raad spreekt in zijn advies de repliek van de gemachtigd ambtenaar niet tegen. Er wordt alleszins geen subjectief recht gecreëerd om toegang te weigeren tot de ruimte waar de elektriciteits- of aardgasmeter is opgesteld en waarover de huishoudelijke afnemer het eigendom of het gebruiksrecht heeft. Een dergelijke weigering is en blijft een grond voor afsluiting van de toevoer van de stroom (artikel 6.1.2, § 1, 5°, Energiedecreet van 8 mei 2009), voor zowel prosumenten als andere huishoudelijke afnemers. Wel heeft het Grondwettelijk Hof in haar arrest duidelijk gesteld dat de netgebruiker de digitale meter niet kan weigeren maar dat elke netgebruiker wel een bekabelde versie ervan kan aanvragen. Deze bekabelde versie is pas technisch bij Fluvius in 2023 beschikbaar. De realiteit is zodoende dat door het aanvragen van een bekabelde meter – wat trouwens ook al door allerlei mediakanalen en televisiejournalen zo werd gecommuniceerd – Fluvius op dit ogenblik de facto verhinderd wordt om dwangmiddelen in te zetten.

Hoe dan ook is het niet discriminerend dat een prosumant die, in strijd met het Energiebesluit van 19 november 2010, de toegang weigert tot de productie-installatie en die bijgevolg de sanctie van de schorsing van de uitbetaling van de minimumsteun ondergaat, ingevolge die schorsing een lagere ROI geniet (bv. geen premie). Een prosumant die de bepalingen van het Energiebesluit van 19 november 2010 niet naleeft, door de toegang tot zijn installatie te weigeren en zodoende te verhinderen dat de distributienetbeheerder nagaat of aan de voorwaarden voor toekenning van groenestroomcertificaten voldaan is, bevindt zich in een wezenlijk andere situatie dan een prosumant die de bepalingen van het Energiebesluit van 19 november 2010 correct naleeft. Minstens is het redelijk verantwoord en evenredig om de begunstigde van een subsidie die de controle op de naleving van de subsidievoorwaarden belemmert, voor de duur van die belemmering tijdelijk de subsidie te schorsen.

- Overeenkomstig het ontworpen artikel 7.16.1, § 2, 7°, van het Energiebesluit van 19 november 2010 moet de aanvrager uitdrukkelijk afstand doen (onder de opschortende voorwaarde van het ontvangen van de retroactieve investeringspremie) van iedere rechtsvordering ten aanzien van het Vlaamse Gewest tot vergoeding van enige vermeende directe of indirecte schade ten gevolge van arrest nr. 5/2021 van 14 januari 2021 van het Grondwettelijk Hof. Er bestaan volgens de Raad van State precedentes voor een dergelijke voorwaarde, waarbij de toekenning van forfaitaire steun voor de tegemoetkoming van een geleden nadeel afhankelijk wordt gemaakt van het verzaken aan rechtsvorderingen met betrekking tot dat geleden nadeel.

Met betrekking tot de in dit ontwerpbesluit voorziene regel stelt de Raad expliciet: *“Op zich kan het niet als onevenredig worden beschouwd dat de overheid de toekenning van een forfaitaire compensatie voor een nadeel dat door een bepaalde groep van particulieren is geleden, afhankelijk maakt van het verzaken aan een rechtsvordering om dat nadeel door de overheid vergoed te zien op grond van buitencontractuele foutaansprakelijkheid. De forfaitaire compensatie biedt die particulieren immers een bijkomende en meer zekere keuze om dat nadeel tot op zekere hoogte vergoed te zien worden. Het is in die omstandigheden niet onredelijk dat de overheid de betrokken particulieren die mogelijkheid (en die betrekkelijke zekerheid) enkel biedt in ruil voor de zekerheid voor de overheid dat de betrokken particulieren geen rechtsvordering meer zullen instellen op grond van buitencontractuele foutaansprakelijkheid.*

Zoals is uiteengezet in de voormelde adviezen, is daartoe wel vereist dat de keuze van de betrokkene particulieren vrijwillig en ondubbelzinnig kan worden gemaakt, wat impliceert dat ze een juist inzicht moeten hebben over het bedrag van de compensatie en dat voldoende duidelijkheid bestaat over de omvang en de aard van de schade die het voorwerp is van de compensatie. Aan die eerste voorwaarde is voldaan, aangezien de ontworpen regeling voorziet in precieze bedragen. Ook aan de tweede voorwaarde lijkt te zijn voldaan, aangezien het door de prosumenten geleden nadeel door het verlies van het voordeel van de terugdraaiende meter door hen voldoende nauwkeurig becijferbaar is om het met kennis van zaken te kunnen afwegen tegen het voordeel van de retroactieve investeringspremie.

Dat bij het bepalen van de hoogte van de retroactieve investeringspremie is uitgegaan van een rendement van 5% voor de prosumenten op hun investering (onder voorbehoud van opmerking 21.2), veeleer dan een hoger rendement waarop de betrokken prosumenten hadden gerekend, is daarbij geen onredelijke afweging. Het staat de betrokkenen immers vrij om, indien zij de vergoeding van de door hen geleden schade ten belope van een hoger bedrag voldoende waarschijnlijk achten, alsnog een rechtsvordering in te stellen. Dat de slaagkansen van zo'n rechtsvordering onzeker zijn is een gegeven dat inherent is aan een jurisdictionele beoordeling en dat geen rol kan spelen bij de beoordeling van de evenredigheid van de ontworpen bepaling."

Hieruit kan dan ook worden geconcludeerd dat de Raad van State inhoudelijk geen problemen heeft met het in het ontworpen artikel 7.16.1, § 2, 7° voorziene principe.

- Volgens de Raad rijst de vraag of bij de berekening van dat rendement rekening werd gehouden met de aftrekbaarheid van de btw met betrekking tot de investeringen aangezien in lijn met het arrest *Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr* de personen die in aanmerking komen voor de retroactieve investeringspremie ook personen zijn die met toepassing van het (ontworpen) artikel 7.13.2 van het Energiebesluit van 19 november 2010 een teruglevercontract kunnen sluiten en dus de in dat arrest erkende btw-plichtige zelfstandige economische activiteit kunnen ontplooiën. De gemachtigde ambtenaar reageerde daarop als volgt:

"Het is onmogelijk rekening te houden met het btw-statuut van elke individuele afnemer. Het recht op aftrek op de aanschaf wordt immers bepaald door een veelheid aan factoren gaande van het statuut van de netgebruiker (is hij reeds btw belastingplichtige met recht op aftrek van btw of wordt hij het door een teruglevercontract?), de capaciteit van de installatie (niet-btw belastingplichtigen worden overeenkomstig het huidig standpunt van Beslissing E.T.114.454 geen belastingplichtige als hun installatie kleiner dan of gelijk aan 10kVA is), de keuze van de afnemer om, indien hij toch belastingplichtige is, al dan niet de btw-vrijstellingsregeling voor kleine ondernemingen toe te passen (< 25.000 EUR, zie artikel 56 van het BTW-Wetboek) en het effectieve gebruik van de installatie (privé-gebruik vs. gebruik in kader van de professionele activiteit). De forfaitaire terugleververgoeding is aldus berekend op basis van een referentiesituatie, rekening houdend met een aantal parameters, maar zonder dat er voor elk geval afzonderlijk wordt rekening gehouden met alle individuele kenmerken (waaronder de individuele btw-status van de afnemer). Dit is overigens nooit anders geweest: de opeenvolgende steunregelingen voor decentrale productie-installaties met een (omvormer)vermogen tot 10 kVA zijn altijd op basis van een referentiesituatie bepaald, en nooit op basis van een individuele beoordeling die met alle individuele kenmerken rekening houdt. Dat is zo voor (de opeenvolgende versies van) het GSC-stelsel, voor de premie voor installaties in dienst genomen vanaf 2021, en nu ook voor de voorgenomen retroactieve investeringspremie.

Er is bovendien ook nog geen duidelijkheid of afnemers retroactief btw zouden kunnen terugvorderen op in het verleden geïnstalleerde installaties indien zij nu btw-belastingplichtige zouden worden ingevolge hun activiteit van zonnepaneelhouder die een teruglevercontract heeft afgesloten. Indien zij op het moment van installatie geen btw-belastingplichtige waren, zal overeenkomstig algemene btw-principes in de regel geen aftrek van btw mogelijk zijn, en indien zij dat wel waren, zal de mate waarin zij btw al dan niet kunnen terugvorderen afhankelijk zijn van de periode waarin de installatie is geplaatst (de herziening is namelijk beperkt in de tijd) en de mate waarin zij de installatie voor professionele zij het private doeleinden hebben gebruikt.

Wat de btw op de terugleververgoeding zelf betreft: of de terugleververgoeding al dan niet aan btw onderworpen is, zal in grote mate afhangen van het btw-statuut van de individuele afnemer. Zie vorige paragraaf voor de verschillende factoren die dit statuut bepalen.”

De Raad stemt in haar advies expliciet met die zienswijze in. Meer nog, de Raad stelde voorts ook expliciet dat *“de administratieve beheersbaarheid van het systeem [kan] verantwoorden dat niet alle elementen van de situatie van premieaanvragers in rekening worden gebracht, ook al kan dat aanleiding geven tot een ongelijke behandeling.”* Aldus bevestigt de Raad dat het principieel aanvaardbaar is, ter wille van de administratieve beheersbaarheid van het systeem, om de retroactieve investeringspremie op basis van een beperkt aantal elementen (een referentiesituatie) te bepalen, terwijl de precieze individuele impact van het wegvallen van de terugdraaiende teller van een veelheid van factoren afhankelijk is (bijvoorbeeld: hellingshoek, gelijktijdigheid van productie en verbruik, model van installatie, type-omvormer, elektriciteitskost, jaar van uitbreiding van de installatie, prosumententarief, ...). Dit werd overigens ook al zo beargumenteerd in de nota bij de eerste principiële goedkeuring.

- Tot slot wees de Raad er op dat het aanvragen van het advies van de VTC de Vlaamse Regering niet ontslaat van het aanvragen van het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA). Dit advies zal voor dit ontwerpbesluit alsnog worden ingewonnen.

3. AANPASSINGEN AAN HET ONTWERPBESLUIT

Aan het ontwerpbesluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het invoeren van een retroactieve investeringspremie voor PV-eigenaars waarvoor de virtuele terugdraaiende teller wegvalt, worden de hierna volgende wijzigingen aangebracht:

- De rechtsgronden in de aanhef van het ontwerpbesluit worden conform het advies van de Raad van State aangevuld.
- In artikel 1, 3° wordt de datum “1 april 2021” vervangen door de datum “1 juli 2021”.
- Artikel 8, 2° van het ontwerpbesluit wordt geherformuleerd zodat dit nu leidt tot de opheffing van artikel 7.13.1, derde lid van het Energiebesluit van 19 november 2010 in plaats van de wijziging ervan.
- In artikel 9, 2° van het ontwerpbesluit wordt de door de Raad van State gesuggereerde taalkundige correctie doorgevoerd.
- In artikel 11 van het ontwerpbesluit worden de volgende wijzigingen aangebracht:
 - o in het ontworpen artikel 7.16.1, §2, 4° van het Energiebesluit van 19 november 2010 wordt de datum “1 mei 2021” vervangen door de datum “1 augustus 2021” (zie ook supra).
 - o in het ontworpen artikel 7.16.1, §4, tweede lid van het Energiebesluit van 19 november 2010 wordt de datum “1 januari 2021” vervangen door de datum “28 februari 2021”. Die bepaling houdt immers in dat voor het bepalen van de hoogte van de retroactieve investeringspremie (gebaseerd op het jaar van ingebruikname van de PV-installatie en het jaar van plaatsing van de digitale meter) in het geval van decentrale productie-installaties op zonne-energie het piekvermogen van de zonnepanelen wordt gebruikt dat op 1 januari 2021 op het EAN-nummer is aangesloten. In het licht van enerzijds artikel 7.13.1, eerste lid van het Energiebesluit van 19 november 2010 en anderzijds het feit dat het arrest nr. 5/2021 op 1 maart 2021 in het Belgisch Staatsblad werd bekendgemaakt, is het logischer om ook de uitbreidingen die voorafgaand aan die publicatiedatum in gebruik werden genomen mee te nemen in de retroactieve investeringspremie. Artikel 7.13.1, eerste lid van het Energiebesluit van 19 november 2010 houdt immers in dat als een bijkomende installatie wordt geplaatst of de bestaande installatie wordt uitgebreid, de datum van het eerste AREI-keuringsverslag van het oorspronkelijke deel telt, en de uitbreiding dus wordt “opgeslorpt” door de basis-installatie (en dus ook genoot van de terugdraaiende teller maar enkel voor de

resterende termijn van de originele installatie). Die regel gold reeds voor de terugdraaiende teller; het is logisch om hem ook toe te passen voor de premie die op benaderende basis als tegemoetkoming dient voor het wegvallen van de terugdraaiende teller. Door 28 februari 2021 als referentiedatum voor het piekvermogen te nemen, wordt er bovendien voor gezorgd dat prosumenten de premie kunnen bekomen op basis van evenveel kWp als zij in werking hadden op de laatste dag waarvoor zij van het compensatiemechanisme konden genieten (te weten de vooravond van de publicatie en inwerkingtreding van arrest nr. 5/2021). Vanaf 1 maart 2021 is echter een volledig nieuwe situatie ontstaan en uitbreidingen die pas in dienst worden genomen vanaf die datum vallen volledig onder het regime van het arrest nr. 5/2021 van 14 januari 2021, en zodoende kunnen dergelijke uitbreidingen niet genieten van deze retroactieve investeringspremie. Het zou tegen de doelstelling en de logica van de retroactieve investeringspremie ingaan mocht een prosumant een retroactieve investeringspremie kunnen ontvangen voor kWp waarvoor hij nooit van het compensatiemechanisme heeft kunnen genieten.

- In het ontworpen artikel 7.16.1, §7 wordt als bijkomende voorwaarde bepaald dat de verleende premie wordt teruggevorderd als de installatie geen vijf jaar operationeel blijft. Uiteraard speelt “overmacht” als algemeen rechtsbeginsel ook bij de concrete toepassing van die bepaling.
- In artikel 13, tweede lid van het ontwerpbesluit wordt de door de Raad van State voorgestelde herformulering van de inwerkingtredingsbepaling overgenomen.
- In de bijlage bij het ontwerpbesluit wordt een verduidelijking aangebracht. Naar aanleiding van de tweede principiële goedkeuring van het ontwerpbesluit op 5 maart 2021 werd immers het ontworpen artikel 7.16.1 gewijzigd waardoor de retroactieve investeringspremie niet enkel kan worden verkregen voor decentrale productie-installaties waar door de netbeheerder een digitale meter is geïnstalleerd maar ook voor die gevallen waar door de netbeheerder een andere meter geplaatst die de injectie en afname ook afzonderlijk kan meten. Beide types van meters hebben in het licht van het arrest van het Grondwettelijk Hof immers dezelfde juridische consequentie. In de bijlage werd dit toen echter in de tabel vergeten mee aan te passen en wordt daar nog steeds enkel gesproken over de digitale meter. Dit wordt thans geremedieerd.

4. BESTUURLIJKE IMPACT

A. BUDGETTAIRE IMPACT VOOR DE VLAAMSE OVERHEID

Er werd aan het ontwerpbesluit een wijziging aangebracht die een marginale momenteel niet-becijferbare bijkomende impact heeft op de begroting.

Door het verschuiven van de datum met betrekking tot het vaststellen van het piekvermogen dat in aanmerking wordt genomen voor het bepalen van de hoogte van de retroactieve investeringspremie, zal er immers een lichte bijkomende impact mogelijk zijn. Deze deadline verschuift immers van 1 januari 2021 naar 28 februari 2021 (wat de dag voor de inwerkingtreding van het arrest is). Hierdoor komen immers iets meer uitbreidingen (voor PV-installaties die volledig nieuw worden geïnstalleerd verandert er niets: in alle gevallen moet die basisinstallatie immers uiterlijk op 31 december 2020 in gebruik zijn genomen om in aanmerking te komen voor de retroactieve investeringspremie) in aanmerking voor de retroactieve investeringspremie. Fluvius heeft echter nog geen gegevens aangaande over hoeveel uitbreidingen en hoeveel kilowattpiek dit dan zou gaan (de termijnen voor het aanmelden van zo een uitbreiding zijn immers nog niet verstreken en Fluvius heeft enige achterstand bij het verwerken van de reeds ingediende aanmeldingen). De meeste van die uitgebreide PV-installaties zullen echter waarschijnlijk ook nog geen digitale meter hebben. Om die redenen en gelet op de beperkte periode van de verlenging, wordt dit budgettair effect echter verwaarloosbaar geacht.

B. ESR-TOETS

Er werden aan het ontwerpbesluit geen wijzigingen aangebracht die een impact hebben op de ESR.

C. IMPACT OP HET PERSONEEL VAN DE VLAAMSE OVERHEID

Er werden aan het ontwerpbesluit geen wijzigingen aangebracht die een bijkomende impact hebben op de lopende processen en activiteiten van de Vlaamse overheid.

D. IMPACT OP DE LOKALE EN PROVINCIALE BESTUREN

Er werden aan het ontwerpbesluit geen wijzigingen aangebracht die een bijkomende impact hebben op het personeel, de werkingsuitgaven of de investeringen en schulden van de lokale besturen.

4. VERDER TRAJECT

Met betrekking tot dit ontwerpbesluit moet het advies bij hoogdringendheid worden ingewonnen van de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA). De hoogdringendheid van deze adviesvraag kan worden gemotiveerd door de omstandigheid dat het arrest nr. 5/2021 van het Grondwettelijk Hof het principe van de virtueel terugdraaiende teller bij de prosumenten alwaar een digitale meter is geplaatst, heeft vernietigd. Dit arrest is op 1 maart 2021 in werking getreden. Hierdoor zijn een aantal dringende juridische problemen aan de oppervlakte gekomen, waardoor:

- dergelijke prosumenten enerzijds dringend onder het toepassingsgebied van de terugleververgoeding uit artikel 15.3.5/13 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 moeten worden gebracht. Hiervoor werd pas per decreet van 19 maart 2021⁴ de nodige bijkomende decretale rechtsgrond in het Energiedecreet van 8 mei 2009 gecreëerd.
- zij een redelijk alternatief zal worden aangeboden onder de vorm van een retroactieve investeringspremie.
- de uitrol van de digitale meter die in de regelgeving is opgenomen dringend moet worden aangepast zodat Fluvius, rekening houdende met die nieuwe criteria, de uitrol van de digitale meter kan verder zetten en de Europeesrechtelijk opgelegde timing voor die uitrol niet in het gedrang komt.

Na de definitieve goedkeuring moet het besluit nog zo snel mogelijk in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt.

5. VOORSTEL VAN BESLISSING

De Vlaamse Regering beslist:

1. haar derde principiële goedkeuring te geven aan het bijgaande ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het

⁴ Decreet van 19 maart 2021 tot wijziging van artikel 15.3.5/13 van het Energiedecreet van 8 mei 2009, BS 23 maart 2021.

invoeren van een retroactieve investeringspremie voor PV-eigenaars waarvoor de virtuele terugdraaiende teller wegvalt, zoals gevoegd als bijlage 1 en 2;

2. de Vlaamse minister, bevoegd voor energie, te gelasten over voornoemd ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering het advies in te winnen van de Gegevensbeschermingsautoriteit, met verzoek het advies mee te delen binnen een termijn van vijftien dagen, zoals bepaald in artikel 26, §1, tweede lid van de Wet van 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit.

De Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme

Zuhal DEMIR

Bijlagen:

1. Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het invoeren van een retroactieve investeringspremie voor PV-eigenaars waarvoor de virtuele terugdraaiende teller wegvalt
2. Bijlage bij het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering.
3. Het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State nr. 68.988/3.