



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 66.227/3
van 18 juni 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de implementatie van het besluit SA.46013 van de Europese Commissie inzake het Vlaamse steunmechanisme voor groene stroom en WKK en houdende diverse bepalingen’

Op 17 mei 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen 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 implementatie van het besluit SA.46013 van de Europese Commissie inzake het Vlaamse steunmechanisme voor groene stroom en WKK en houdende diverse bepalingen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 11 juni 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Peter SOURBRON en Koen MUYLLE, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 juni 2019.

*

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.

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de regering op het feit dat de verkiezingen van 26 mei 2019 tot gevolg hebben dat de regering sedert die datum en totdat een nieuwe regering is verkozen, niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt vooreerst tot wijziging van de steunregelingen voor groene stroom en groene warmte in het Energiebesluit van 19 november 2010, deels om tegemoet te komen aan besluit SA.46013 van de Europese Commissie inzake aangemelde staatssteun.¹ Zo worden ondernemingen in moeilijkheden uitgesloten van de verschillende soorten steunmechanismes (artikelen 2, 5 en 9 van het ontwerp). Verder zijn er nieuwe steunregels voor projecten die gebruik maken van biogas of biomassa (artikel 3) en wordt de regeling van de beroepsprocedure bij de Vlaamse minister bevoegd voor het energiebeleid (artikelen 4 en 6) en van de berekening van onrendabele toppen en bandingsfactoren (artikelen 7 en 8) gewijzigd. Deze wijzigingen geven ook aanleiding tot aanpassingen van de bijlagen III/1, III/3 en III/4 bij het Energiebesluit van 19 november 2010 (artikelen 14, 15 en 16).

Daarnaast wordt de premie voor zero-emissievoertuigen verlengd, en voortaan ook opengesteld voor taxidiensten (artikel 10). De overgangsregeling van artikel 12.3.12 van het Energiebesluit van 19 november 2010 wordt opgeheven (artikel 13).

Voorts wordt de regeling voor directe steun voor kleine en middelgrote windmolens gewijzigd (artikelen 11 en 12).

Ten slotte wordt ook de energieprestatieregeling voor gebouwen (EPB) gewijzigd. Daartoe wordt in punt 12.1.1 van bijlage V van het Energiebesluit van 19 november 2010 het tweede lid vervangen, zodat het mogelijk wordt om de opbrengst van zonnepanelen die gedeeld worden door verschillende EPB-eenheden of gebouwdelen, vrijelijk

¹ Besluit van de Europese Commissie van 16 februari 2018, *State Aid SA.46013 (2017/N) – Belgium Green electricity certificates and CHP certificates in Flanders*, C(2018) 1003 final, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/271706/271706_1974009_131_2.pdf.

over de verschillende volumes op de site te verdelen, zonder dat vereist is dat die eenheden rechtstreeks op de installatie zijn aangesloten (artikel 17).

RECHTSGROND

4.1. Uit het eerste en tweede lid van de aanhef blijkt dat de rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt gezocht in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en in de artikelen 7.1.1, § 2, vijfde lid, 7.1.1, § 4, 7.1.2, § 5 en 7.1.3, tweede lid, van het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: het Energiedecreet).

4.2. De voormelde bepalingen van het Energiedecreet hebben evenwel enkel betrekking op de regeling van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten en zijn manifest onvoldoende om rechtsgrond te bieden voor alle bepalingen van het ontworpen besluit. Artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 volstaat niet om dit te verhelpen.

Hieromtrent om uitleg gevraagd, heeft de gemachtigde de volgende rechtsgrondtabel bezorgd:

Ontwerp	Rechtsgrond
Artikel 1, 1°	artikel 7.1.3 Energiedecreet
Artikel 1, 2°	artikel 11.1.1, §1 juncto artikel 11.1.5 Energiedecreet
Artikel 1, 3°	artikel 8.3.1 Energiedecreet
Artikel 2	artikel 7.1.3, tweede lid, in fine Energiedecreet
Artikel 3	artikel 7.1.1, §2, vijfde lid (zoals vervangen bij decr. 26 april 2019) juncto artikel 7.1.3, tweede lid Energiedecreet
Artikel 4	artikel 7.1.3, tweede lid Energiedecreet
Artikel 5	artikel 7.1.3, tweede lid Energiedecreet
Artikel 6	artikel 7.1.3, tweede lid Energiedecreet
Artikel 7	artikel 7.1.4/1 Energiedecreet
Artikel 8	artikel 7.1.4/1, §1, tweede lid Energiedecreet
Artikel 9	artikel 7.1.10, §3/1, tweede lid Energiedecreet
Artikel 10	artikel 8.3.1 Energiedecreet
Artikel 11	artikel 8.2.1, artikel 8.3.1 en artikel 8.4.1 Energiedecreet
Artikel 12	artikel 8.2.1, artikel 8.3.1 en artikel 8.4.1 Energiedecreet
Artikel 13	artikel 8.2.1 Energiedecreet
Artikel 14	artikel 7.1.4/1, §4 Energiedecreet
Artikel 15	artikel 7.1.4/1, §4 Energiedecreet
Artikel 16	artikel 7.1.4/1, §4 Energiedecreet

Artikel 17	artikel 11.1.1, §1 juncto artikel 11.1.5 Energiedecreet
Artikel 18	inwerkingstredingbepaling
Artikel 219 (lees: “19”)	uitvoeringsbepaling

4.3. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft in het verleden reeds herhaalde malen zijn ongenoegen geuit over het gebrek aan zorg waarmee bij de totstandkoming van een ontworpen besluit voor elk van de bepalingen wordt nagegaan wat de rechtsgrond is. Zo merkte de Raad van State recentelijk nog het volgende op:

“3.3. Opnieuw² moet de Raad van State, afdeling Wetgeving, vaststellen dat er niet onbelangrijke verschillen bestaan tussen de bepalingen in deze tabel en de bepalingen in de aanhef van het ontworpen besluit. Zo worden in de tabel de artikelen 3.1.3, eerste lid, 4°, 4.1.6, § 1, 11°, 4.1.6/1, 4.1.8, 4.1.8/3, vijfde lid, 4.1.20, tweede lid, 5° en 6°, 4.1.22/2, vierde lid, 4.1.22/3, tweede en derde lid, 4.1.29, 4.1.30/1, 4.3.2, en 15.3.5/12, vijfde lid, van het Energiedecreet van 8 mei 2009 vermeld, terwijl die bepalingen in de aanhef niet voorkomen. Omgekeerd worden artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en de artikelen 4.1.22/6 en 15.3.5/13 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 niet in de door de gemachtigde aangeleverde tabel vermeld, maar wordt er wel naar die bepalingen verwezen in de aanhef. Voorts wordt in de aanhef verwezen naar artikel 45 van het van decreet ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2 en 7.1.5 van hetzelfde decreet’, terwijl in de aangehaalde tabel artikel 46 van hetzelfde decreet wordt vermeld.

Dit moet worden betreurd. Het identificeren van de correcte rechtsgrond is immers een intrinsiek onderdeel van het totstandkomingsproces van nieuwe regelgeving, zodat dergelijke discrepanties niet zouden mogen voorkomen. Het wordt de Raad van State daardoor bovendien moeilijk gemaakt om een van zijn kerntaken, namelijk het toezicht op de rechtsgrond – en dus de wettigheid – van ontwerpbesluiten, naar behoren te vervullen, in het bijzonder wanneer het gaat om een complex ontwerp zoals dit.

De Raad van State wijst er in dat verband op dat het onderzoek van de rechtsgrond niet toevallig een van de drie punten is die hij volgens de wet steeds moet onderzoeken, zelfs voor spoedadviesaanvragen. Het toezicht op de wettigheid van het te nemen besluit wordt door de Raad van State niet uitgevoerd omdat hij daar toevallig veel belang aan hecht, maar omdat het bij de wet is voorgeschreven in het belang van de adviesaanvrager zelf.

De adviesaanvrager wordt dan ook met aandrang verzocht om in de toekomst toe te zien op de correcte vermelding van de rechtsgronden in de aanhef van het besluit en, in complexere gevallen zoals dit, om samen met de adviesaanvraag een eveneens correcte en

² Voetnoot 3 van het aangehaalde advies: Zie adv.RvS 63.438/3 van 29 mei 2018 over een ontwerp dat heeft geleid tot het ministerieel besluit van 16 juli 2018 ‘houdende de wijziging van diverse ministeriële besluiten in het kader van de energieprestatieregelgeving’, voetnoot 1. Zie overigens al eerder: adv.RvS 63.025/3 van 26 maart 2018 over een ontwerp van ministerieel besluit ‘houdende het aantonen van biomassakenmerken’, punt 4.2; adv.RvS 62.796/3 van 8 februari 2018 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018 ‘tot bepaling van de voorwaarden waaraan digitale meters moeten voldoen, vermeld in artikel 4.1.22/2, § 3, van het Energiedecreet van 8 mei 2009’.

gedetailleerde rechtsgrondtabel te bezorgen die het belangrijke onderzoek van de rechtsgrond van het te nemen besluit vergemakkelijkt.”³

In dit geval zijn niet alleen de in de aanhef aangevoerde artikelen van het Energiedecreet van 8 mei 2009 manifest onvoldoende om rechtsgrond te bieden voor alle bepalingen van het ontworpen besluit, bovendien moeten – zoals hieronder zal blijken – ook heel wat opmerkingen worden gemaakt bij de door de gemachtigde in voormelde rechtsgrondtabel aangevoerde bepalingen.

In die omstandigheden wordt het voor de Raad van State bijzonder moeilijk, of zelfs onmogelijk, om de rechtsgrond voor het ontworpen besluit op sluitende wijze te bepalen. Indien dit zich in de toekomst nog voordoet, zal hij zich dan ook genoodzaakt zien om vast te stellen dat het om advies voorgelegde ontwerp niet gereed is om te worden onderzocht en de adviesaanvraag onontvankelijk te verklaren.

4.4.1. Wat de door de gemachtigde aangevoerde rechtsgronden betreft, moet het volgende worden opgemerkt.

4.4.2. Voor de wijzigingen van de regeling voor premies voor zero-emissievoertuigen (artikel 10 van het ontworpen besluit) moet niet alleen rechtsgrond worden gezocht in artikel 8.3.1, 2^o, van het Energiedecreet, dat enkel rechtsgrond biedt voor steunprogramma's met tegemoetkomingen voor ondernemingen – en dus ook de taxidiensten –, maar ook in artikel 8.2.1, 2^o, van het Energiedecreet,⁴ dat rechtsgrond biedt voor steunprogramma's met tegemoetkomingen voor natuurlijke personen, en in artikel 8.4.1, 2^o van het Energiedecreet,⁵ dat rechtsgrond biedt voor steunprogramma's met tegemoetkomingen voor, onder meer, niet-commerciële instellingen.

Gelet op het gegeven dat het op te heffen artikel 12.3.12 van het Energiebesluit van 19 november 2010 een overgangsregeling betreft die enkel betrekking heeft op natuurlijke personen, kan er wel mee worden volstaan voor artikel 13 van het ontworpen besluit rechtsgrond te zoeken in artikel 8.2.1 van het Energiedecreet.

³ Adv.RvS 65.861/3 van 6 mei 2019, over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de uitrol van digitale meters’. Overigens behoort een rechtsgrondentabel uitdrukkelijk tot de documenten waarvan de Raad van State, afdeling Wetgeving, vraagt dat ze bij een volledige adviesaanvraag worden gevoegd, zie *Vademecum adviesprocedure voor de afdeling wetgeving*, 2019, I.E.2.a, p. 17-18 (raadpleegbaar op www.raadvanstate.be > Procedure > Wetgeving).

⁴ Adv.RvS 58.578/3 van 23 december 2015, over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 8 januari 2016 ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de invoering van een premie voor zero-emissie voertuigen’, opmerking 3.

⁵ Adv.RvS 62.933/3 van 28 februari 2018 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 9 maart 2018 ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de hoogte van de premie en de uitbreiding van de doelgroep die in aanmerking komt voor een zero-emissiepremie’, opmerking 4.

4.4.3. De artikelen 8.2.1, 3°, 8.3.1, 3°, en 8.4.1, 3°, van het Energiedecreet bieden inderdaad rechtsgrond voor de artikelen 11 en 12 van het ontworpen besluit, die immers betrekking hebben op investeringssteun voor kleine en middelgrote windturbines, en niet op de toekenning van groenestroomcertificaten.⁶

4.4.4. Voor artikel 17 van het ontworpen besluit moet niet alleen rechtsgrond worden gezocht in de artikelen 11.1.1, § 1, en 11.1.5 van het Energiedecreet, die de Vlaamse Regering machtigen om de EPB-eisen waaraan gebouwen moeten voldoen en de berekeningsmethode van de energieprestatie van een gebouw te bepalen, maar ook in artikel 11.1.3 van hetzelfde decreet, naar luid waarvan de Vlaamse Regering bij het bepalen van de EPB-eisen kan vastleggen dat een minimumniveau van energie uit hernieuwbare energiebronnen moet worden gehaald. De mogelijkheid om de opgewekte hernieuwbare energie al dan niet te kunnen toerekenen aan een bepaalde EPB-eenheid is immers van belang om de minimale eisen ter zake te kunnen behalen.

4.5.1. Wat de ontworpen wijzigingen van de regels betreffende groenestroom- en warmtekrachtcertificaten betreft, moet het volgende worden opgemerkt.

4.5.2. Wat artikel 3 van het ontworpen besluit betreft, kan artikel 7.1.1, § 2, vijfde lid, van het Energiedecreet, zoals gewijzigd bij artikel 36, 1°, van decreet van 26 april 2019 ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2 en 7.1.5 van hetzelfde decreet’, enkel als rechtsgrond dienen voor het ontworpen artikel 6.1.3/1 van het Energiebesluit van 19 november 2010, maar niet voor het ontworpen artikel 6.1.3/2 van hetzelfde besluit. De laatstvermelde bepaling strekt er immers niet toe om de toekenning van groenestroomcertificaten te beperken op basis van het aantal vollasturen of om voor nieuwe installaties of bepaalde bestaande installaties het aantal groenestroomcertificaten te begrenzen tot een bepaalde hoeveelheid. Artikel 6.1.3/2 sluit daarentegen bepaalde installaties die elektriciteit produceren uit biomassa of biogas, uit van de mogelijkheid om groenestroomcertificaten toe te kennen, als de elektriciteit niet wordt geproduceerd door een kwalitatieve warmte-krachtinstallatie.

De Raad van State heeft eerder al, ten aanzien van kleine en middelgrote windmolens, opgemerkt dat er geen rechtsgrond voorhanden is voor het bij voorbaat uitsluiten van de mogelijkheid om groenestroomcertificaten toe te kennen. Voor zover dat bestaanbaar zou zijn met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zou desgevallend wel, met toepassing van artikel 7.1.4/1, § 4, vierde lid, van het Energiedecreet, kunnen worden ingegrepen in de parameters of de bandingfactoren, en dus op die manier het aantal effectief toe te kennen groenestroomcertificaten kunnen worden beperkt of zelfs tot nul herleid.⁷

Het ontworpen artikel 6.1.3/2 van het Energiebesluit van 19 november 2010 moet bijgevolg worden weggelaten. Desgevallend kan op grond van artikel 7.1.4/1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet wel voor de in die bepaling geviseerde installaties die elektriciteit produceren uit biomassa of biogas, de maximumwaarde van de bandingfactor op nul worden bepaald, maar

⁶ Adv.RvS 63.785/1/V van 31 juli 2018 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 september 2018 ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de invoering van een steunregeling voor kleine en middelgrote windturbines’, opmerking 3.

⁷ Zie adv.RvS 63.785/1/V van 31 juli 2018, opmerking 4.2.

dan zal moeten worden aangetoond dat het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit, bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.⁸

4.5.3. De artikelen 4 en 6 van het ontworpen besluit vinden inderdaad rechtsgrond in artikel 7.1.3, tweede lid, van het Energiedecreet, naar luid waarvan de Vlaamse Regering onder meer de procedures vastlegt met betrekking tot de aanvraag en de toekenning van groenestroomcertificaten en warmte-krachtcertificaten. De laatste zin van die bepaling, die de Vlaamse Regering opdraagt ervoor te zorgen dat een onderneming in moeilijkheden geen aanvraagdossiers voor het verkrijgen van groenestroom- of warmtekrachtcertificaten kan indienen, biedt rechtsgrond voor de artikelen 2 en 5 van het ontworpen besluit.

4.5.4. Voor de indeling in projectcategorieën (artikelen 7 en 8 van het ontworpen besluit) kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, van het Energiedecreet. In die bepaling wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de representatieve projectcategorieën vast te leggen, evenals de niet-representatieve projectcategorieën waarvoor per project een specifieke onrendabele top wordt bepaald. Artikel 7.1.4/1, § 4, van het Energiedecreet biedt rechtsgrond voor de berekening van de onrendabele toppen (artikelen 14, 15 en 16 van het ontworpen besluit).

4.5.5. Artikel 9 van het ontworpen besluit vindt ten slotte rechtsgrond in artikel 7.1.10, § 3/1, tweede lid, van het Energiedecreet, op basis waarvan de Vlaamse Regering de modaliteiten en voorwaarden bepaalt waaraan moet worden voldaan voor het verkrijgen van de vermindering waarin het eerste lid van die bepaling voorziet.

4.6. De artikelen 7.1.1, § 4, en 7.1.2, § 5, van het Energiedecreet, die worden vermeld in het tweede lid van de aanhef, maar niet in de door de gemachtigde aangeleverde rechtsgrondtabel, machtigen de Vlaamse Regering om te bepalen dat geen groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten worden toegekend tijdens periodes met negatieve elektriciteitsprijzen. Aan die machtiging wordt echter geen uitvoering gegeven in het ontworpen besluit, zodat die bepalingen er ook geen rechtsgrond voor bieden.

VORMVEREISTEN

5. Artikel 10 van het ontwerp strekt ertoe het toepassingsgebied van de premie voor zero-emissievoertuigen uit te breiden tot taxidiensten. Dit betekent dat aan meer ondernemingen steun zal worden toegekend dan thans het geval is.

⁸ In dat geval moet het zevende lid van de aanhef worden weggelaten en moet er een nieuw artikel 1 in het ontwerp worden ingevoegd dat aangeeft dat het te nemen besluit strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 'ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen'. In het andere geval moet het zevende lid van de aanhef zonder meer worden weggelaten. Het verdient dan sterk de aanbeveling om bij de decretale omzetting van die richtlijn te voorzien in een deugdelijke rechtsgrond.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft bij de vorige uitbreiding van het toepassingsgebied van de zero-emissiepremie het volgende opgemerkt:

“5. De toekenning van premies aan ondernemingen is slechts mogelijk binnen de grenzen van het staatssteunrecht van de Europese Unie. Gelet op het bedrag van de premies (tot 4000 euro per wagen), is het niet uitgesloten dat een beroep kan worden gedaan op de de-minimisverordening⁹ (waarbij in beginsel een maximumbedrag per onderneming van 200.000 euro over een periode van drie belastingjaren geldt). Indien de stellers van het ontwerp die mogelijkheid effectief willen benutten, moet dat expliciet gebeuren en moet er bovendien op worden toegezien dat de meerjarige gecumuleerde steungrenzen worden gerespecteerd. In dat geval is het ontworpen besluit aan te vullen met een dergelijke regeling.

Indien de stellers geen vrijstellingsgrond kunnen of willen aanvoeren, dient het ontwerp te worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.”¹⁰

Hierop gewezen heeft de gemachtigde de volgende toelichting gegeven:

“Wat de aanpassing van de ZEV-premie m.b.t. de houders van vergunningen voor taxidiensten betreft: in veel gevallen zal dit de-minimissteun betreffen, maar ook het bestaande artikel 7.8.2 van het Energiebesluit is op hen van toepassing. De steun aan ondernemingen, die toegekend wordt met toepassing van artikel 7.8.1, wordt immers ook verleend binnen de grenzen en de voorwaarden, vermeld in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening. Indien de individuele aanmeldingsdrempels, vermeld in artikel 4 van voormelde verordening, overschreden worden, zal de voorgenomen steun voorafgaandelijk worden aangemeld bij de Europese Commissie. In elk geval is echter de totale steun voor zo een onderneming conform artikel 7.8.2, tweede lid beperkt tot maximaal €200.000 per jaar.”

6.1. De meeste ontworpen wijzigingen van de regelingen voor groene stroom en groene warmte hebben betrekking op aangelegenheden die *niet* het voorwerp uitmaken van het besluit SA.46013 van de Europese Commissie. Zo wordt onder meer de regeling voor de berekening van onrendabele toppen en bandingfactoren gewijzigd (artikelen 7 en 8 van het ontwerp). Nu uit het besluit SA.46013 van de Europese Commissie volgt dat de Vlaamse regeling voor steun voor groene stroom en groene warmte staatssteun vormt, die weliswaar verenigbaar is bevonden met de interne markt, is het onvermijdelijk dat elke wijziging van die regeling eveneens als nieuwe steun moet worden aangemeld bij de Europese Commissie in overeenstemming met artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Het komt dan ook aan de Europese Commissie toe om te beoordelen of ook de gewijzigde steunvoorwaarden verenigbaar zijn met de interne markt.

⁹ Voetnoot 2 van het aangehaalde advies: Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 „betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun”.

¹⁰ Adv.RvS 62.933/3 van 28 februari 2018 over een ontwerp van besluit dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 9 maart 2018 ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de hoogte van de premie en de uitbreiding van de doelgroep die in aanmerking komt voor een zero-emissiepremie’, opmerking 5.

6.2. Gevraagd of een dergelijke aanmelding heeft plaatsgevonden, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Vooreerst merken de stellers op dat er ten gevolge van het recente arrest van 28 maart 2019 van het Hof van Justitie in de zaak C-405/16 toch vragen kunnen worden gesteld bij de analyse van de EC dat het certificatenstelsel staatssteun inhoudt. Niettegenstaande dit gegeven, betreffen de bepalingen uit het ontwerpbesluit technische aanpassingen die aanleiding geven tot een verlaging van de te verkrijgen steun waarbij er binnen het door de Commissie goedgekeurde kader wordt gebleven, alsook aanpassingen van formele/administratieve aard. Gelet op voormelde is een nieuwe aanmelding volgens de stellers niet noodzakelijk.”

6.3. Het is juist dat het Hof van Justitie in een arrest van 28 maart 2019¹¹ een eerder arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 10 mei 2016¹² heeft vernietigd, en daarbij een striktere invulling heeft gegeven aan de toerekenbaarheid van steunmaatregelen aan de overheid en de inzet van overheidsmiddelen. Hoewel die analyse van het Hof van belang zou kunnen zijn voor de Vlaamse regeling op het gebied van groenestroom- en warmtekrachtcertificaten, moet evenwel worden opgemerkt dat het arrest enkel betrekking had op de geldigheid van besluit (EU) 2015/1585 van de Commissie van 25 november 2014.¹³ Vermits de Vlaamse Regering daarentegen besluit SA.46013 niet heeft aangevochten, geldt ten aanzien van dat besluit nog steeds het vermoeden van rechtmatigheid. De Raad van State, afdeling Wetgeving, en elke andere rechter die zich eventueel later over de geldigheid van het te nemen besluit zou moeten uitspreken, is krachtens het rechtszekerheidsbeginsel immers gebonden aan de onaantastbaarheid die de door de Commissie krachtens artikel 108 VWEU gegeven beschikking heeft.¹⁴

Bovendien moet worden opgemerkt dat het Hof van Justitie in het voormelde arrest van oordeel was dat er geen staatsmiddelen in het geding waren.¹⁵ De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft ten aanzien van de regeling in het Vlaamse Gewest daarentegen in het verleden al opgemerkt dat belastingmiddelen worden aangewend voor de financiering van een deel van de minimumsteun voor groenestroomcertificaten.¹⁶ Het is bijgevolg allerminst zeker dat zelfs als de Europese Commissie het staatssteunkarakter van de Vlaamse regeling opnieuw zou moeten beoordelen in het licht van arrest van het Hof van Justitie van 28 maart 2019, zij tot een andere conclusie zou komen. In elk geval zou een aanmelding van het thans voorliggende ontwerp de Europese Commissie de gelegenheid geven om na te gaan of de vaststelling in besluit

¹¹ HvJ 28 maart 2019, zaak C-405/16 P, *Duitsland/Commissie*.

¹² Ger. 10 mei 2016, zaak T-45/14, *Duitsland/Commissie*.

¹³ Besluit (EU) 2015/1585 van de Commissie van 25 november 2014 betreffende de steunmaatregel SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) (ten uitvoer gelegd door Duitsland inzake steun voor hernieuwbare elektriciteit en voor energie-intensieve ondernemingen).

¹⁴ HvJ 9 maart 1994, zaak C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, punt 25.

¹⁵ HvJ 28 maart 2019, zaak C-405/16 P, *Duitsland/Commissie*, punten 62 tot 86.

¹⁶ Adv.RvS 59.903/3 van 19 september 2016 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 21 oktober 2016 ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010’, opmerking 4.3.1; adv.RvS 62.377/3 van 1 december 2017 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 22 december 2017 houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de aanpassing van de groenestroomdoelstellingen, de WKK-doelstellingen en de energieheffing, opmerking 4.1.3.

SA.46013 dat de Vlaamse regeling voor steun voor groene stroom en groene warmte staatssteun vormt, nog stand kan houden, gelet op de recente rechtspraak van het Hof van Justitie.

6.4. Mede gelet op de draconische sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding, verdient het bijgevolg aanbeveling om de maatregel vooraf aan te melden met toepassing van artikel 108, lid 3, van het VWEU. Niet-aangemelde staatssteun is immers *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden indien ze correct werd aangemeld),¹⁷ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,¹⁸ zonder dat de begunstigden van de steun zich op gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.¹⁹ De nationale rechter is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.²⁰

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. De aanhef moet worden aangepast aan hetgeen hiervoor over de rechtsgrond van het ontworpen besluit is opgemerkt. Zo moet het eerste lid worden weggelaten. In het tweede lid, dat het eerste lid wordt, moet niet worden verwezen naar de artikelen 7.1.1, § 4, en 7.1.2, § 5, van het Energiedecreet, maar moet wel bijkomend worden verwezen naar de artikelen 7.1.4/1, § 1, tweede lid, en § 4, 7.1.10, § 3/1, tweede lid, 8.2.1, 8.3.1, 8.4.1, 11.1.1, § 1, 11.1.3 en 11.1.5 van het Energiedecreet. Bovendien moet ten aanzien van artikel 7.1.1, § 2, vijfde lid, van dat decreet worden gepreciseerd dat die bepaling werd vervangen bij het decreet van 26 april 2019.

Ook moet het zevende lid van de aanhef worden weggelaten, en desgevallend worden vervangen door een nieuw in te voegen artikel 1, naar luid waarvan het te nemen besluit strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/2001 (opmerking 4.5.2).

¹⁷ HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, punt 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, punt 17, en 27 oktober 2005, *Distribution Casino France e.a.*, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, punt 30; HvJ 5 maart 2015, C-667/13, *Estado Português*, punten 59 en 60.

¹⁸ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61; HvJ 26 oktober 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*.

¹⁹ HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*; HvJ 29 april 2004, C-278/00, *Helleense Republiek*, punt 108. Zie ook: N. DE VOS, "De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun", *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, nr. 11-026.

²⁰ GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4; GwH 17 juli 2014, nr. 106/2014, B.27.2; GwH 5 februari 2015, nr. 15/2015, B.6.3-B.6.4; GwH 17 september 2015, nr. 114/2015, B.30.2.

Artikel 1

8. Artikel 1, 1°, van het ontwerp strekt tot de opheffing van artikel 1.1.1, § 2, 18°, van het Energiebesluit van 19 november 2010, en dit ofschoon het begrip “datum van indienstneming” dat in die bepaling wordt gedefinieerd nog wordt gebruikt in een aantal bepalingen van hetzelfde besluit.²¹

Hieromtrent om toelichting verzocht, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Wij verwijzen in deze naar de toelichting in de nota. De definitie van ‘datum van indienstneming’ komt zowel voor in het Energiedecreet als in het Energiebesluit. In het decreet (zoals gewijzigd bij artikel 2, 2° van het Verzameldecreet van 16/11/2018) wordt dit begrip correct gedefinieerd als volgt:

‘datum waarop een productie-installatie voor het eerst in dienst werd genomen of datum waarop een warmte-krachtinstallatie ingrijpend gewijzigd werd. Voor groenestroominstallaties is dit de datum waarop de productie-installatie voor het eerst elektriciteit uit een hernieuwbare energiebron produceerde. Voor warmte-krachtinstallaties is dat de datum waarop de eerste gelijktijdige productie van elektriciteit of mechanische energie, en nuttige warmte plaatsvond, of de datum waarop de laatste ingrijpende wijziging voor het eerst gelijktijdig elektriciteit of mechanische energie, en nuttige warmte produceerde’

In het besluit wordt dit begrip daarentegen nog als voorheen gedefinieerd (datum waarop een productie-installatie voor het eerst in dienst werd genomen of datum waarop een warmtekrachtinstallatie ingrijpend gewijzigd werd), waardoor er sprake is van een inconsistentie tussen beide. Aangezien conform artikel 1.1.1, § 1, van het Energiebesluit de begrippen en definities, vermeld in het Energiedecreet, ook van toepassing zijn op dit besluit, vormt de verwijzing in de door u vermelde bepalingen volgens de stellers geen probleem.”

Hiermee kan worden ingestemd.

Artikel 18

9. Naar luid van artikel 18 van het ontwerp zijn de artikelen 8, 9, en 15, 5°, 6°, 7° en 11°, van het ontwerp voor het eerst van toepassing op projecten met een startdatum vanaf 1 september 2019 voor zover het Vlaams Energieagentschap nog geen principebeslissing heeft genomen ter toekenning van een voorlopige of definitieve bandingfactor voor het betrokken project.

De artikelen 8, 9, en 15, 5°, 6°, 7° en 11°, van het ontwerp zijn evenwel wijzigingsbepalingen die meteen na hun inwerkingtreding geen uitwerking meer hebben. Het zijn bijgevolg niet die artikelen maar wel de bepalingen die door die artikelen worden ingevoerd die voor het eerst van toepassing zijn op projecten met een startdatum vanaf 1 september 2019. Het is dan ook naar die bepalingen dat moet worden verwezen.

²¹ Zie artikel 6.2.11, § 2, eerste lid, 6°, artikel 6.2/3.5, eerste lid, 7°, artikel 10.1.1, § 5, eerste lid, 4° en 12.3.3, derde lid, 2°, van het Energiebesluit van 19 november 2010.

Artikel 19

10. Het getal “219” moet worden vervangen door het getal “19”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT