

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.310 van 20 december 2018
in de zaak A. 221.473/VII-39.917.**

In zake : de NV VLAAMSE ECOLOGIE- ENERGIE- EN
MILIEUONDERNEMING (VLEEMO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Alec Van Vaerenbergh
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Damien Verhoeven en Amaury Verhoustraeten
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 februari 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het Vlaams Energieagentschap (hierna: VEA) van 9 december 2016 waarbij een gewijzigde toekenning van groenestroomcertificaten (hierna: GSC's) wordt vastgesteld voor de productie-installatie, gelegen aan de Scheldelaan te Antwerpen, voor een verlengde steunperiode van vijf jaar met toepassing van een specifieke bandingfactor van 0,0756.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2018.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Linus Hoet, die loco advocaten Annelies Verlinden en Alec Van Vaerenbergh verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Julie Vanhoenacker, die loco advocaat Damien Verhoeven verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste aditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij exploiteert verscheidene windturbineparken, onder meer in het Antwerpse havengebied waar zij sinds oktober 2004 aan de Scheldelaan te 2040 Antwerpen twee windturbines met een totaal vermogen van 4 MW operationeel houdt.

3.2. Op 22 september 2004 dient zij een aanvraag in voor de toekenning van GSC's aan die productie-installaties.

3.3. Op 25 oktober 2004 keurt de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt de aanvraag tot toekenning van GSC's goed. De eerste toekenning van GSC's gebeurt op basis van de elektriciteit die is opgewekt vanaf 1 oktober 2004.

3.4. De investeringen voor de productie-installatie worden initieel boekhoudkundig afgeschreven volgens een afschrijvingstermijn van tien jaar.

Naar aanleiding van een fiscale controle in 2011, ontstaat er tussen de FOD Financiën en de verzoekende partij discussie over de termijn waarin de investeringen voor de productie-installatie moeten worden afgeschreven. Op 25 januari 2012 sluiten de verzoekende partij en de FOD Financiën een akkoordverklaring, als gevolg waarvan het fiscaal resultaat van de verzoekende partij voor het boekjaar 2011 wordt gecorrigeerd. De boekhoudkundige afschrijvingstermijn voor de windturbines Zandvlietsluis I wordt gewijzigd van tien jaar naar vijftien jaar.

3.5. Op 16 december 2014 dient de verzoekende partij op grond van artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (hierna: Energiedecreet) een aanvraagdossier in voor de verlenging van de steunperiode voor haar productie-installatie.

3.6. Tijdens de administratieve procedure stelt het VEA dat bij de berekening van de bandingfactor wordt uitgegaan van een afschrijvingstermijn van tien jaar. De verzoekende partij stelt zich evenwel op het standpunt dat, ingevolge het akkoord met de FOD Financiën, een afschrijvingstermijn van vijftien jaar in aanmerking moet worden genomen.

3.7. Op 26 juli 2016 kent het VEA met ingang op 1 oktober 2014 een vijfjarige verlenging toe van de steunperiode voor de productie-installatie van de verzoekende partij en hanteert daarbij een specifieke bandingfactor van 0,0756, berekend op basis van een afschrijvingstermijn van tien jaar.

Bij arrest nr. 240.974 van 8 maart 2018 vernietigt de Raad van State deze beslissing.

3.8. Als gevolg van de verlenging van de steunperiode door de beslissing van 26 juli 2016, heeft het VEA, op 9 december 2016, zijn beslissing met betrekking tot het expertisedossier voor de productie-installatie van de verzoekende partij gewijzigd. Deze “gewijzigde beslissing” dient, naar het standpunt van de verwerende partij, “om de vijfjarige verlenging van de steunperiode en de nieuw berekende bandingfactor (0,0756) formeel neer te schrijven”, en “past dus de beslissing die GSC’s toekent aan de betrokken productie-installatie, aan de parameters die in de verlengingsbeslissing dd. 26 juli 2016 reeds bepaald zijn”.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. Het eerste middel wordt afgeleid uit de schending van artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, *juncto* artikel 7.1.4/1, § 4, tweede lid, van het Energiedecreet alsook van “het wettigheidsbeginsel, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet”.

De verzoekende partij adstrueert het middel als volgt:

“Doordat, de artikelen 7.1.1 §1, vierde lid en 7.1.4/1 §4, tweede lid van het Energiedecreet bepalen dat de specifieke bandingfactor (mede) moet worden berekend op basis van het (werkelijke) bedrag van de oorspronkelijke investeringen die op het ogenblik van het verstrijken van de oorspronkelijke steunperiode nog niet zijn afgeschreven, maar artikel 1.3.1 van Bijlage III/4 van het Energiebesluit daarentegen bepaalt dat de specifieke bandingfactor moet worden berekend op basis van een (fictief) bedrag dat op het gegeven ogenblik niet afgeschreven zou zijn onder toepassing van het oorspronkelijk (en mogelijk niet meer in voege zijnde) afschrijvingsritme van de productie-installatie; dat artikel 1.3.1 van Bijlage III/4 van het Energiebesluit aldus geen correcte omzetting betreft van artikel 7.1.1, §1, vierde lid van het Energiedecreet en aldus strijdig is met een hogere rechtsnorm;

En doordat, verwerende partij haar beslissing van 9 december 2016 op een specifieke bandingfactor van 0,0756 heeft gesteund die was berekend op basis van het onwettige artikel 1.3.1 van Bijlage III/4 van het Energiebesluit en de beslissing van verwerende partij dus niet is gesteund op een deugdelijke rechtsgrond;

Terwijl, krachtens het wettigheidsbeginsel een administratieve overheid, zoals verwerende partij, slechts beslissingen kan nemen voor zover deze overeenstemmen met de geldende wettelijke bepalingen en het wettigheidsbeginsel vereist dat lagere rechtsnormen overeenstemmen met hogere rechtsnormen;

En terwijl, de bestreden beslissing van verwerende partij tot stand is gekomen op basis van een onwettige bepaling van het Energiebesluit en op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden verklaard”.

5. De verwerende partij antwoordt dat de Vlaamse regering op grond van de artikelen 7.1.1, § 1, en 7.1.4/1, § 4, van het Energiedecreet over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt om de berekeningsmethodiek van de onrendabele top en de specifieke bandingfactor te bepalen gelet op het technisch karakter van de materie en dat het Grondwettelijk Hof die ruime beoordelingsvrijheid heeft bevestigd in zijn arrest nr. 8/2014 van 23 januari 2014. Voorts stelt zij dat artikel 7.1.1, § 1, noch artikel 7.1.4/1, § 4, van het Energiedecreet opleggen dat de bandingfactor moet worden berekend op basis van een welbepaalde afschrijvingsperiode, dat de in artikel 7.1.4/1, § 4, van het Energiedecreet vermelde parameters niet bepalend zijn voor de berekeningsmethodiek, dat bij die methodiek ook andere parameters in acht mogen worden genomen, dat artikel 7.1.4/1, § 4, tweede lid, van het Energiedecreet een afwijking bevat wat betreft de investeringskosten maar geen betrekking heeft op het afschrijvingsritme, dat de parlementaire voorbereiding van het Energiedecreet uitdrukkelijk bevestigt dat bij de verlenging van de steunperiode op basis van een specifieke bandingfactor het oorspronkelijke afschrijvingsritme wordt gehanteerd en dat de decreetgever immers heeft willen vermijden dat exploitanten, als reactie op de aangekondigde eindigheid van het steunmechanisme, het afschrijvingsritme van hun productie-installatie vóór 1 januari 2013 nog zouden aanpassen om de niet-afgeschreven investeringen te verhogen en zodoende meer GSC's te verkrijgen tijdens de verlengingsperiode. Het Grondwettelijk Hof, zo vervolgt de verwerende partij, heeft het gebruik van het oorspronkelijke afschrijvingsritme ook impliciet gevalideerd in verschillende overwegingen van arrest nr. 8/2014 door te oordelen dat een afschrijvingstermijn de gebruiksduur van een productie-installatie op waarschijnlijke en benaderende wijze mag weerspiegelen en er gevolgen mogen worden verbonden aan de afschrijvingstermijn die de exploitanten van productie-installaties hebben gekozen vóór de inwerkingtreding van de bepalingen die de eindigheid van de steun hebben ingevoerd. De verwerende partij beklemtoont tot slot dat de berekening van de specifieke bandingfactor losstaat van de afschrijvingstermijnen die in het kader van andere wetgevingen worden gehanteerd. Inzonderheid heeft de fiscale afschrijvingstermijn, ook indien deze retroactief gewijzigd wordt, geen uitstaans met de afschrijvingstermijn zoals

bedoeld in het Energiedecreet en het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 houdende algemene bepalingen over het energiebeleid (hierna: Energiebesluit).

Beoordeling

6. Bij arrest nr. 240.974 van 8 maart 2018 werd een identiek middel gegrond verklaard als volgt:

“9. Voor productie-installaties met startdatum vóór 1 januari 2013 worden in beginsel GSC's toegekend voor een periode van tien jaar (artikel 7.1.1, § 1, tweede lid, van het Energiedecreet). Onder bepaalde voorwaarden kunnen de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen bij het VEA een verlenging van de steunperiode aanvragen. In dit verband bepaalt artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet:

‘In afwijking van het tweede en derde lid, krijgt een productie-installatie met startdatum voor 1 januari 2013 aanvullend een aantal groenestroomcertificaten gedurende de periode van vijf jaar na het verstrijken van de periode, vermeld in het tweede en derde lid, op basis van een bandingfactor die berekend is voor het deel van de oorspronkelijke investering of van eventuele extra investeringen in de installatie, dat op het moment van het verstrijken van de periode, vermeld in het tweede en derde lid, nog niet is afgeschreven. Ook indien er geen oorspronkelijke investering of extra investeringen zijn die nog niet zijn afgeschreven, wordt een bandingfactor berekend. Daarbij worden dan geen investeringskosten in rekening gebracht. [...]’.

Het aantal GSC's voor de betrokken productie-installatie wordt vastgesteld aan de hand van een berekening van de ‘onrendabele top’ - dit is volgens artikel 1.1.3, 95°, van het Energiedecreet ‘het productieafhankelijk gedeelte van de inkomsten dat nodig is om de netto contante waarde van een investering op nul te doen uitkomen en die berekend wordt aan de hand van een cashflowberekening’ - en een ‘bandingfactor’ - dit is de ‘onrendabele top gedeeld door de bandingdeler’ (artikel 1.1.3, 13°/2, van het Energiedecreet) waarbij de ‘bandingdeler’ gelijk is aan ‘97 euro per groenestroomcertificaat [...]’ (artikel 1.1.3, 13°/1, a), van hetzelfde decreet.

10. Artikel 7.1.4/1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet geeft aan de Vlaamse regering de volgende machtiging:

‘De onrendabele toppen worden ook berekend voor lopende projecten voor de periode dat ze certificaten kunnen ontvangen op grond van artikel 7.1.1, § 1, vierde en vijfde lid, en § 2 of § 3 of artikel 7.1.2, § 2 of § 3, volgens een methodiek die de Vlaamse regering vastlegt, als vermeld in § 4’.

Paragraaf 4 van voormelde bepaling luidt:

‘De Vlaamse Regering bepaalt de methodiek voor de berekening van de onrendabele top en houdt daarbij minstens rekening met de volgende parameters:

- 1° de geraamde investeringskosten in het geval van nieuwe projecten, de investeringskosten gebruikt bij de bepaling van de oorspronkelijke onrendabele top voor lopende projecten tijdens de afschrijvingsperiode, en de vervangingsinvesteringskosten voor lopende projecten na de afschrijvingsperiode;
- 2° de afschrijvingsperiode;
- 3° de brandstofkosten;
- 4° de elektriciteitsprijs.

In afwijking van het eerste lid, 1°, wordt voor installaties voor de productie van groene stroom met startdatum voor 1 januari 2013 ook rekening gehouden met het nog niet afgeschreven gedeelte van de oorspronkelijke investeringskosten of van latere extra investeringen, voor zover die voldoen aan de voorwaarden, vermeld in artikel 7.1.1, § 1, vierde lid.
[...].’

11. Artikel 6.2/1.8 van het Energiebesluit bepaalt dat het VEA in het kader van haar berekening van de onrendabele toppen en bandingfactoren voor groenestroomprojecten met startdatum voor 1 januari 2013 de berekeningsmethodiek en de parameters gebruikt ‘zoals bepaald in bijlage III/4’.

Bijlage III/4 ‘Berekeningswijze onrendabele top voor groenestroomprojecten met startdatum voor 1 januari 2013’ geeft de methodologie weer waarmee de onrendabele top wordt berekend, rekening houdend met de niet-afgeschreven investeringen van groenestroomprojecten met startdatum voor 1 januari 2013.

Sinds het besluit van de Vlaamse regering van 10 juli 2015 houdende wijziging van het Energiebesluit luidt punt 1.3.1 van bijlage III/4 als volgt:

‘1.3.1 Investerings

Het totale investeringsbedrag I wordt bepaald als: het investeringsbedrag van de niet-afgeschreven investeringen dat volgens het oorspronkelijk afschrijvingsritme van de betrokken installatie tijdens de voorliggende verlengingsperiode zal afgeschreven worden. Hierbij wordt desgevallend alle toegekende investeringssteun, anders dan deze vermeld in 1.3.3, in mindering gebracht.

Hierbij is:

$$I = K_i \times U$$

met:

K_i	De specifieke investeringskost per vermogenseenheid	$[\text{€/kW}_e]$
U	Het elektrisch vermogen van de installatie	$[\text{kW}_e]$

Indien de installatie in de loop van de vorige steunperiodes aan een nieuwe eigenaar werd overgedragen, geldt de bij aanvang gekozen afschrijvingsperiode en afschrijvingsmethodiek van de

oorspronkelijke investeerder voor het bepalen van de waarde van de resterende niet-afgeschreven investeringen. Indien de bij aanvang gekozen afschrijvingsperiode en afschrijvingsmethodiek door de aanvrager van de verlenging niet meer kunnen aangetoond worden, wordt bij de berekening van de onrendabele top voor deze bijlage uitgegaan van bij aanvang gekozen afschrijvingstermijn van tien jaar’.

Bij het nemen van de thans bestreden beslissing heeft het VEA met toepassing van punt 1.3.1 van bijlage III/4 bij de berekening van de bandingfactor van de windturbines van de verzoekende partij het oorspronkelijk afschrijvingsritme van tien jaar in aanmerking genomen.

12. In zoverre de artikelen 7.1.1, § 1, vierde lid, en 7.1.4/1, § 4, tweede lid, van het Energiedecreet voorschrijven dat de bandingfactor wordt berekend op basis van het nog niet afgeschreven gedeelte van de oorspronkelijke investering of extra investeringen in productie-installaties met startdatum voor 1 januari 2013, dient te worden uitgegaan van een boekhoudkundige afschrijvingstermijn die overeenstemt met de waarschijnlijke nuttigheids- of gebruiksduur van de installatie. In de mate punt 1.3.1 van bijlage III/4 bij het Energiebesluit, dat genomen is ter uitvoering van het Energiedecreet, enkel ‘het oorspronkelijk afschrijvingsritme van de betrokken installatie’ in aanmerking neemt en niet het nog niet afgeschreven gedeelte van de oorspronkelijke investering of van latere extra investeringen, geeft het een beperkende draagwijdte aan voornoemde bepalingen van het Energiedecreet.

Artikel 7.1.1, § 1, van het Energiedecreet draagt aan de Vlaamse regering niet de bevoegdheid op om een afschrijvingstermijn vast te stellen die afwijkt van de normale boekhoudkundige regels. Uit het feit dat artikel 7.1.4/1, § 4, van het Energiedecreet geen welbepaalde afschrijvingsperiode vooropstelt en aan de Vlaamse regering opdraagt om de ‘methodiek’ voor de berekening van de onrendabele top te bepalen op grond van een aantal niet-limitatief opgesomde parameters, volgt niet dat de Vlaamse regering, ook al heeft de desbetreffende aangelegenheid een overwegend technisch karakter, de in het decreet voorgeschreven parameter met betrekking tot de afschrijvingsperiode in beperkende zin mocht definiëren.

Artikel 7.1.4/1, § 4, eerste lid, 1°, en tweede lid, van het Energiedecreet zijn dermate nauw verbonden dat de praktische invulling van de in het tweede lid vermelde zinsnede ‘nog niet afgeschreven gedeelte van de oorspronkelijke investeringskosten’, op determinerende wijze bepaald wordt door het in het eerste lid gehanteerde afschrijvingsritme van de investeringskosten.

13. Waar in de memorie van toelichting bij het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie (*Parl. St.*, VI. Parl., 2011-2012, nr. 1639/1, p. 7), wordt opgemerkt dat de ‘bij aanvang gekozen afschrijvingsperiode voor de investering’ gehanteerd moet worden voor een ‘steunniveau bepaald op basis van een OT-berekening die rekening houdt met de oorspronkelijke investeringen of extra investeringen die nog niet zijn afgeschreven’, geldt de vaststelling dat deze bewoordingen geen steun vinden in de bindende tekst van het Energiedecreet.

14. Het Grondwettelijk Hof heeft niet in tegenovergestelde zin geoordeeld in zijn arrest nr. 8/2014 van 23 januari 2014 door aan te nemen dat er gevolgen

verbonden mogen worden aan de afschrijvingstermijn die de exploitanten van productie-installaties hebben gekozen vóór de inwerkingtreding van de bepalingen die de eindigheid van de steun invoeren. Evenmin kan aangenomen worden dat de te dezen geldende afschrijvingstermijn van de installaties over een termijn van vijftien jaar, geen uitstaans zou hebben met een termijn die overeenstemt met de waarschijnlijke nuttigheids- of gebruiksduur van de installaties.

15. Om voormelde redenen moet punt 1.3.1 van bijlage III/4 bij het Energiebesluit met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing worden gelaten, in zoverre bij de berekening van de verlengde steun overeenkomstig artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet, uitgegaan moet worden van het oorspronkelijk afschrijvingsritme van de betrokken installatie.

Het eerste middel is gegrond”.

7. Aangezien de bestreden beslissing een bevestiging inhoudt van het vernietigde besluit van 26 juli 2016, dient het op grond van hetzelfde middel eveneens nietig te worden verklaard.

Het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het Vlaams Energieagentschap van 9 december 2016 waarbij een gewijzigde toekenning van groenestroomcertificaten wordt vastgesteld voor de productie-installatie, gelegen aan de Scheldelaan te Antwerpen, voor een verlengde steunperiode van vijf jaar met toepassing van een specifieke bandingfactor van 0,0756.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als de vernietigde beslissing.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro verschuldigd aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twintig december tweeduizend achttien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys