

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.161 van 27 februari 2020
in de zaak A. 225.659/VII-40.328**

In zake : de CVBA ELECTRABEL GREEN PROJECTS FLANDERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Peeters
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

1. het VLAAMSE GEWEST
2. het VLAAMS ENERGIEAGENTSCHAP (VEA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jeroen De Coninck
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 211
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 juli 2018, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het Vlaams Energieagentschap (hierna: VEA) van 14 mei 2018 betreffende de “aanvraag tot verlenging steunperiode op basis van specifieke bandingfactor, conform artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 januari 2020.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stef Feyen, die *loco* advocaat Patrick Peeters verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jeroen De Coninck, die verschijnt voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur 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 is producent van elektriciteit op basis van hernieuwbare energiebronnen waaronder windenergie. Zij is onder meer eigenaar en exploitant van het project “WND-0039 Celanese Lanaken”, gelegen aan de Industrieweg 80 te Lanaken. Dit project bestaat uit een productie-installatie met 4 windturbines voor een totaal vermogen van 8 MW. Voor deze productie-installatie worden groenestroomcertificaten (GSC’s) toegekend.

De windturbines werden, na de vestiging van een recht van opstal, geplaatst op de bedrijfsterreinen van de nv Celanese. De nv Electrabel is hoofdelijk aansprakelijk voor de vervulling van de verplichtingen van de opstalnemer ten aanzien van de opstalgever.

De nv Celanese heeft geen leveringscontract met de verzoekende partij. De verzoekende partij verkoopt de elektriciteit die door de windturbines wordt opgewekt aan de nv Electrabel (via een zogenaamde *power purchase agreement* (PPA)). Vervolgens levert de nv Electrabel een deel van de elektriciteit via een directe lijn, dus zonder netinjectie, rechtstreeks aan de nv Celanese. Het resterende gedeelte van de opgewekte elektriciteit wordt via netinjectie aan derden verkocht.

3.2. Op 15 december 2015 krijgt de verzoekende partij overeenkomstig artikel 7.1.1, § 1, derde lid, van het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: Energiedecreet) een verlenging van de steunperiode op basis van vollasturen voor een groenestroomproductie van 6.795 MWh. Deze verlenging van de steunperiode op basis van vollasturen verstrijkt op 11 januari 2016.

3.3. Op 6 april 2016 vraagt de verzoekende partij overeenkomstig artikel 7.1.1, § 1, vierde lid, van het Energiedecreet om de steunperiode te verlengen op basis van een specifieke bandingfactor. In haar aanvraag stelt de verzoekende partij evenwel: “Alle geproduceerde energie wordt lokaal verbruikt door de industriële klant Celanese. Electrabel - EGPF WHH koopt de productie bijgevolg vóór de teller en niet achter de teller. Er zijn geen injectiekosten”.

Het aanvraagdossier bevat een *power purchase agreement* tussen de verzoekende partij en de nv Electrabel voor de periode vanaf 1 januari 2016 tot en met 31 december 2020, maar geen overeenkomst tussen de nv Electrabel en de nv Celanese.

3.4. Met een e-mailbericht van 24 mei 2016 vraagt het VEA bijkomende inlichtingen:

“[...] Jullie schrijven dat alle elektriciteit lokaal afgenomen wordt door Celanese Lanaken. De elektriciteit wordt aangekocht door Electrabel NV (en dan vermoedelijk door Electrabel NV verkocht aan Celanese lanaken?). Jullie schrijven ook dat er geen injectiekosten zijn (omdat alles lokaal wordt verbruikt, neem ik aan?).

Maar, uit historische gegevens blijkt dat toch een aanzienlijk deel van de geproduceerde stroom werd geïnjecteerd? Verandert dit dan vanaf nu?

[...]

We kunnen niet negeren dat de stroom uiteindelijk wordt aangekocht door Celanese Lanaken. Daarom is het nodig om te verduidelijken tegen welke prijs deze stroom verkocht wordt door Electrabel NV en ook of dit deel uitmaakt van een meer globale overeenkomst tussen Electrabel en Celanese Lanaken. Er wordt ook recht van opstal betaald aan het bedrijf? Maar dat is dan niet Electrabel NV? Kunnen jullie heel de situatie verduidelijken? Zodat wij een zicht hebben op alle onderlinge relaties en stromen tussen de verschillende bedrijven (jullie, Electrabel NV en Celanese Lanaken)?

[...]”.

3.5. Op 25 mei 2016 antwoordt de verzoekende partij onder meer:

“[...] Injectie: EGPF WHH betaalt geen injectiekosten, omdat die betaald worden door Electrabel. Wij kunnen u dan ook geen facturen voorleggen van EGPF WHH.

[...]

Situatie tussen EGPF WHH en Electrabel: EGPF WHH is een CVBA die voor 70% in handen is van Electrabel en voor 30% in handen van een aantal intercommunales. Het is de dochteronderneming van de CVBA EGPF. [...] EGPF verkoopt haar stroom tegen marktconforme voorwaarden (gespecificeerd in de PPA) aan EBL en betaalt een opstalrecht aan Celanese. Zoals alle energie die EBL van windturbineproducenten via PPA's opkoopt, verkoopt EBL de stroom van de WT's door aan eindklanten of via de groothandelsmarkt.

[...]”.

3.6. Bij e-mail van 17 augustus 2016 vraagt het VEA nogmaals om bijkomende verduidelijking:

“Wij hebben nog steeds vragen bij de verkoop van de elektriciteit. Als Celanese Lanaken een deel van de stroom ‘zelf’ verbruikt, dan moeten wij hier rekening mee houden.

Jullie hebben uitgelegd dat jullie de stroom verkopen aan Electrabel NV en dat het Electrabel NV is die de stroom verkoopt aan Celanese Lanaken. [...]

VII-40.328-4/18

Maar, jullie zijn wel degelijk gelinkt aan Electrabel NV. Celanese Lanaken neemt wel degelijk rechtstreeks stroom af van de windturbines die jullie uitbaten. Wij stellen ons daarbij terecht de vraag of de opbrengsten voor Electrabel en jullie samen niet veel groter zijn dan de opbrengst die we zouden berekenen op basis van het contract dat jullie af hebben gesloten met Electrabel NV.

Het is nu aan jullie om aan te tonen dat het contract met Electrabel NV niet resulteert in een overdreven hoge bandingfactor. Jullie hebben een relatief voordelig contract met Electrabel NV (een relatief lage afslag, maar er was nog een ander windpark met een even lage afslag?) en jullie moeten de injectiekosten niet betalen (maar voor het gedeelte dat afgenomen wordt door Celanese Lanaken moeten jullie sowieso geen injectiekosten betalen?). Anderzijds kan Electrabel NV een deel van de stroom mogelijks aan een relatief hoge prijs verkopen aan Celanese Lanaken? Misschien ook niet? Dat willen we nu juist graag weten.

Hetgeen jullie in feite moeten aantonen is dat de parameterwaarde die jullie voorleggen ‘marktconform’ is. Dit is in jullie geval een moeilijke vraag [...] omdat jullie wel degelijk sterk gelinkt zijn met Electrabel NV. En, het moet marktconform zijn voor elektriciteit die deels wordt geïnjecteerd en deels ‘zelf’ wordt afgenomen”.

In een e-mail van dezelfde dag vervolledigt het VEA zijn verzoek om informatie:

“Mijn vraag gaat over informatie die niet in het PPA contract staat. Zoals ik schreef, verwijzen jullie inderdaad enkel naar het verkoopcontract met Electrabel NV als het gaat over de inkomsten uit de geproduceerde stroom. [...] Jullie contract is een PPA-contract voor de verkoop van stroom die geïnjecteerd wordt op het net. Maar niet alle stroom wordt geïnjecteerd op het net. Wij kunnen niet zeggen welke stukken jullie kunnen aanleveren. In het beste geval krijgen we alle overeenkomsten tussen Electrabel NV en Celanese. Ik neem aan dat ze een soort van globaal contract hebben, dat zowel de afname van de windturbines, als bijkomende afname van stroom van het net behandelt en dat je het ene niet volledig los van het andere kan zien. Maar ik weet uiteraard niet of jullie dergelijke informatie kunnen bezorgen?

De prijs voor het deel van de stroom dat door Celanese verbruikt wordt, moet marktconform zijn voor de verkoop van dergelijke stroom aan een bedrijf van die omvang”.

3.7. De verzoekende partij antwoordt hierop:

“Ik ga nu ook contact opnemen met onze Sales afdeling die de contracten met de klanten beheert, want daar heb ik geen zicht op. Ik zal idd vragen welke contracten er bestaan tussen Electrabel NV en Celanese, en ik zal daar een kopie van vragen om naar jou op te sturen”.

VII-40.328-5/18

3.8. Begin september 2016 vindt een bijeenkomst plaats van het VEA, de verzoekende partij en de nv Electrabel. Naar aanleiding van die bijeenkomst wordt een nota opgesteld, waarin onder meer het volgende wordt gesteld:

“2. De ambitie en wensen binnen het partnership

Alle partijen eisen zekerheid rond de inkomsten van de windturbine:

* eerst en vooral de banken die de financiers zijn en een lening moeten kunnen aanbieden en

* anderzijds de aandeelhouders die een gegarandeerd rendement wensen.

Het inrekenen van de zelfafname kan inderdaad een hogere prijs voor de stroom, betaald door de afsluiter van de PPA aan de windturbine-eigenaar, rechtvaardigen, maar het is nooit zeker dat (en voor hoeveel %) de klant op wiens site de WT staat, daadwerkelijk beroep zal doen op die zelfafname.

Dat zou betekenen dat er een risico is dat deze hogere inkomstenstroom plotseling daalt met alle gevolgen naar solvabiliteit voor de lening toe. Dit laat de bank niet toe. De aandeelhouder wenst een gegarandeerd rendement en met een risico op dalende inkomsten is dat niet gegarandeerd. De keuze om te gaan voor zelfafname is deze van de klant op wiens site de WT staat. Deze klant kan een afweging maken op basis van de volgende punten om al dan niet voor autoconsumptie te gaan:

a. Door het integreren van de windturbine in het lokale verbruik zal zijn residueel verbruiksprofiel veel grilliger zijn. Als hij voordien een baseload profiel had, zal de kost om het residuele profiel in te vullen hoger uitvallen. Hij zal dan ook de balans moeten maken tussen de hogere kost voor verbruik enerzijds en de vermeden kost door autoconsumptie anderzijds.

b. Het is mogelijk dat de verbruiker gepenaliseerd wordt op basis van enkele pieken in zijn verbruik t.o.v. een eerder stabiel verbruik. Dit is ook een kostenpost die in de balans moet worden geïntegreerd.

c. Afhankelijk van het aansluitingsniveau zal de uitgespaarde kost groter of kleiner zijn, waardoor de voordelen van autoconsumptie navenant wijzigen.

3. Marktconformiteit in de vrije markt:

a. de vennootschap die de windturbine bezit heeft het recht om op de vrije markt een PPA te zoeken die de beste voorwaarden biedt. Het is niet omdat ENGIE Electrabel deels aandeelhouder is, dat de andere aandeelhouders akkoord gaan met een niet-marktconforme PPA. In die zin zullen deze dus steeds de correcte prijs aanbieden, in lijn met een greenfield turbine.

b. Het is de klant op wiens site de WT staat eveneens vrij om op de vrije markt op zoek te gaan naar een leveringscontract voor zijn gewijzigde verbruiksprofiel. De aanbieder van dat contract is dus ook hier gedwongen om een marktconforme prijs te handhaven.

c. Er is dus voor een bepaald bedrijf geen kans om een bijkomende inkomstendelta te genereren op deze verschillende contracten”.

“Hetgeen in de eerste plaats moet aangetoond worden is dat het ‘marktconform’ is om de elektriciteit te verkopen alsof de elektriciteit voor 100% geïnjecteerd wordt op het net, ook al is er een rechtstreekse lijn met het bedrijf op het terrein waar de turbine staat en ook al neemt het bedrijf een (variabel) deel van deze elektriciteit af.

Deze nota toont dat in feite niet echt aan. Er zijn verschillende elementen die aangehaald werden tijdens het overleg die niet in de nota terug te vinden zijn. Tijdens het overleg heb ik er ook de nadruk op gelegd dat het belangrijk is om de ‘marktconformiteit’ aan te tonen. Verwijzingen naar externe voorbeelden (andere uitbaters buiten Electrabel die hetzelfde doen), verwijzingen naar andere partijen (bijvoorbeeld banken die bepaalde eisen stellen), ..., zijn zeer waardevol in dat opzicht.

[...]

En wij zouden zeer graag informatie krijgen over de voorwaarden waaraan Celanese de elektriciteit aankoopt van Electrabel NV. Immers, moest blijken dat de inkomsten van Electrabel NV uit de verkoop van de elektriciteit aan Celanese niet zo groot zijn vergeleken met hetgeen jullie krijgen voor de stroom, dan is dat nog makkelijker voor ons om te aanvaarden dat jullie situatie inderdaad marktconform is. Jullie hebben echter gezegd dat Electrabel NV dit niet kan geven aan jullie (hoewel Nico Priem in feite wel werknemer is van Electrabel NV, bedacht ik achteraf, niet? En ook Gwen Huygen, niet?).

Uit het overleg heb ik onthouden dat het op het eerste zicht een win-win situatie lijkt om een windturbine te plaatsen op een bedrijventerrein en de stroom dan deels te verkopen aan dat bedrijf. Er zijn echter heel wat drempels die maken dat de winst aan beide zijden mogelijk niet zo groot is:

- Voor de uitbater van de windturbine: onzekerheid over de afname in de toekomst, de noodzaak om leverancier te zijn om de stroom rechtstreeks te verkopen aan het bedrijf in kwestie (hoewel we ons afvragen of er geen omstandigheden zijn waarin deze stroom wel verkocht kan worden zonder dat de uitbater leverancier is?);

- Voor het bedrijf: wijziging in het afnameprofiel door gebruik van windenergie (en mogelijk hogere kosten voor het resterende verbruik?), extra kosten voor de aansluiting van de windturbine (zou echter niet zo’n grote kost zijn).

Hetgeen ik me zelf ook afvraag: als het gaat om een echt grote gebruiker, dan zal de invloed op het afnameprofiel niet altijd zo uitgesproken zijn (dat hangt ook af van de grootte van het windpark natuurlijk), maar dan is de kostprijs van de elektriciteit op zich niet hoog en hetgeen het bedrijf dan kan besparen is ook niet zo groot.

Al bij al lijken de mogelijke nadelen voor het bedrijf niet zo onoverkomelijk, als de elektriciteit aangeboden wordt aan een voldoende voordelig tarief. Maar, het is nu net dat wat we niet weten. Hoeveel betaalt Celanese voor enerzijds de elektriciteit van de windturbines en anderzijds voor de afgenomen elektriciteit?

Jullie hebben uitvoerig uitgelegd dat jullie bovenstaande informatie niet

kunnen bezorgen. Aangezien wij net deze informatie zeer belangrijk vinden herhaal ik toch nog eens onze vraag”.

3.10. Op 27 september 2016 schrijft de verzoekende partij over EGPF WHH: “[zij] is uitsluitend producent van elektriciteit en verkoopt die aan Electrabel. Het betreft hier contracten van 5 jaar die telkens moeten heronderhandeld worden. Voor alle duidelijkheid: EGPF W[H]H kan de stroom ook aan een andere partij verkopen. De externe aandeelhouders zien toe op marktconforme prijzen” en over Electrabel: “[zij] kan de bij EGPF W[H]H aangekochte stroom leveren aan de eigenaar van de site (wat in het geval van Celanese gedeeltelijk het geval is) of aan een andere partij (=injectie op het net)”.

3.11. Het VEA deelt op 3 november 2016 aan de verzoekende partij de ontwerpberekening van de onrendabele top mee, waarbij de zelfafname van Celanese wordt bepaald op 65,7% en de netinjectie op 34,3%. Zij verstrekt over die berekening de volgende toelichting:

“Wim heeft aan jou uitgelegd dat we niet zouden rekening houden met jullie PPA, maar dat we zouden rekening houden met de afname van elektriciteit door Celanese.

Ik heb hiervoor gebruik gemaakt van de afname van elektriciteit door Celanese in de voorbije 10 jaar. Het jaarlijks verbruik van Celanese kennen we niet. Hiervoor is de afname gebruikt en deze is omgerekend naar een totaal jaar op basis van de jaarlijkse productie van de windturbines (stel dat de vollasturen van het windpark $1/4^{\text{de}}$ zijn van een volledig jaar, dan heb ik aangenomen dat het totale jaarverbruik van Celanese gelijk is aan 4* de afname van de windturbines). Op die manier wordt het elektriciteitsverbruik volgens ons zeker niet onderschat. Op basis van deze inschatting is een EUROSTAT-verbruikscategorie gekozen en de elektriciteitsprijs van deze categorie is dan gebruikt om de vermeden elektriciteitskosten van Celanese in te schatten.

Voor de injectie gaan we evenmin uit van jullie PPA, omdat dit contract ook niet marktconform is voor de vergoeding van geïnjecteerde elektriciteit. We gebruiken hiervoor de aannames uit de OT berekeningen”.

3.12. Met een aangetekend verstuurd brief van 29 december 2016 deelt de verzoekende partij aan het VEA mee niet akkoord te kunnen gaan met de voorgestelde berekening:

“[...] Electrabel heeft, in haar hoedanigheid van elektriciteitsleverancier, een leveringscontract afgesloten met Celanese voor een periode van 2 jaar. Dit leveringscontract werd afgesloten tegen een marktconforme prijs en omvat de levering van alle elektriciteit die door Celanese te Lanaken verbruikt wordt, ongeacht de fysieke herkomst van de energie. Celanese is hierbij blootgesteld aan de netkosten die verbonden zijn met de totale levering. Na afloop van dit leveringscontract kan Celanese vrij onderhandelen over een nieuw contract, al dan niet met Electrabel. Noch het opstalrecht tussen Celanese en EGPF WHH, noch de ‘Power Purchase Agreement’ tussen Electrabel en EGPF WHH belemmeren Celanese in haar leverancierskeuze. [...] Krachtens artikel 6.2/1.8 Energiebesluit berekent het Vlaams Energieagentschap de onrendabele toppen en bandingfactoren voor projecten met startdatum vóór 1 januari 2013, waarvoor bijkomende groenestroomcertificaten worden aangevraagd overeenkomstig artikel 7.1.1, §1, vierde of vijfde lid, van het Energiedecreet. Het Vlaams Energieagentschap gebruikt voor haar berekening de berekeningsmethodiek en de parameters in bijlage III/4 bij het Energiebesluit.

Punt 1.5.1 van bijlage III/4 bij het Energiebesluit bepaalt dat de ‘netto geproduceerde elektriciteit (na aftrek van het verbruik van de installatie zelf) hetzij wordt verkocht (netinjectie) hetzij verbruikt binnen de eigen bedrijfsvoering’. Deze bepaling viseert twee mogelijke scenario’s: ofwel wordt de elektriciteit, die door EGPF WHH wordt geproduceerd, geïnjecteerd op het net, ofwel wordt de door EGPF WHH geproduceerde elektriciteit verbruikt binnen de eigen bedrijfsvoering.

Er dient opgemerkt te worden dat in onderhavig dossier zich een derde scenario voordoet. Wanneer Celanese -via het leveringscontract met Electrabel- de door EGPF WHH geproduceerde elektriciteit aankoopt en verbruikt, dan wordt die elektriciteit noch op het net geïnjecteerd, noch door EGPF WHH verbruikt binnen de eigen bedrijfsvoering.

[...] In uw ontwerpberekening van 3 november 2016 gaat u uit van een zelfafname door Celanese van 65,7%. Het aandeel injectie wordt aldus bepaald op 34,3%.

Het uitgangspunt van de zelfafname is evenwel niet correct. Wij benadrukken dat Celanese een derde is ten opzichte van EGPF WHH. Celanese en EGPF WHH zijn op geen enkele wijze juridisch verbonden entiteiten. De elektriciteit, die Celanese verbruikt, kan daarom niet worden beschouwd als elektriciteit, die binnen de eigen bedrijfsvoering van EGPF WHH wordt verbruikt. EGPF WHH verkoopt integraal 100% van de elektriciteit, die zij produceert, door aan Electrabel. Een aandeel van zelfafname van 65,7% in hoofd van EGPF WHH strookt bijgevolg niet met de werkelijkheid.

[...] Het aandeel zelfafname door EGPF WHH moet daarom 0% bedragen in de berekening terwijl het aandeel injectie 100% bedraagt. Het aandeel zelfafname en het aandeel injectie door EGPF WHH dient dan ook te worden aangepast in de ontwerpberekening.

Deze aanpassingen houden in dat de onrendabele top stijgt van 6.5 €/MWh naar 38.5 €/MWh. Dit resulteert in een bandingfactor die stijgt van 0.067 naar 0.396 (berekend op basis van een bandingdeler van 97€ per groenestroomcertificaat).

EGPF WHH draagt mogelijks minder injectiekosten omdat een deel van de geproduceerde elektriciteit lokaal door een derde wordt verbruikt. Met dit gegeven wordt in bovenstaande berekening rekening gehouden doordat het oorspronkelijke injectietarief dat het VEA hanteert, wordt verminderd met hetzelfde percentage dat het VEA in rekening bracht bij zelfafname (65.7%, zie cel J59 in bijlage voor deze aanpassing).

[...] Onze zienswijze dat het aandeel zelfafname moet worden vastgesteld op 0%, vindt steun in het VEA-rapport 2016 ‘Deel 1: Rapport OT/Bf voor projecten met een startdatum vanaf 1 januari 2017’. Punt 6.1.2.3 ‘Bepaling van zelfafname’ van het VEA-rapport bepaalt dat ‘de aannames voor het aandeel zelfafname wordt vastgelegd in het Energiebesluit. Voor windturbines wordt uitgegaan van 100% injectie’. Het VEA gaat voor nieuwe windturbines uit van een aandeel zelfafname van 0% en een aandeel injectie van 100%. Wij zien geen reden waarom anders zou moeten worden geoordeeld bij de bepaling van bandingfactoren voor bestaande windturbines.

[...] Wij herinneren aan de intentie van de decreetgever om de bestaande engagementen inzake de berekening van het aantal groenestroomcertificaten voor de project-installaties met startdatum vóór 1 januari 2013, grotendeels te beschermen in het licht van het vertrouwensbeginsel of de bescherming van legitieme verwachtingen. De ontwerpberekening is hiermee niet in overeenstemming.

[...] Ook kunnen wij niet akkoord gaan met de zienswijze dat de ‘Power Purchase Agreement’ tussen EGPF WHH en Electrabel niet marktconform zou zijn. Wij verwijzen naar onze nota van 15 september 2016 en de argumenten die werden uiteengezet in de daaropvolgende besprekingen.

Het weze benadrukt dat de lokale overheden via hun financieringsintercommunales gezamenlijk een belang aanhouden van 30% in EGPF, de moederverenootschap van EGPF WHH. Bijgevolg waken die lokale overheden over het marktconform karakter van de contracten, die EGPF WHH afsluit met de leveranciers (in casu Electrabel).

Daarenboven moet worden vastgesteld dat de duurtijd van 5 jaar van de ‘Power Purchase Agreement’ tussen EGPF WHH en Electrabel niet is gecorreleerd aan de duurtijd van 2 jaar van de leveringscontracten tussen Electrabel en haar eindafnemers. EGPF WHH heeft geen invloed op de contracten tussen Electrabel en de eindafnemers van Electrabel”.

3.13. Bij aangetekende brief van 20 januari 2017 antwoordt het VEA onder meer:

“Aangezien Celanese en EGPF WHH onderscheiden entiteiten zijn, is er evenmin sprake van verbruik binnen de eigen bedrijfsvoering (zelfafname). Gelet op het voorgaande, kan het VEA zich akkoord verklaren met voormelde argumentatie en bevestigen dat er in casu de jure geen sprake is van netinjectie noch van zelfafname, en dat het project bijgevolg onder geen van beide categorieën ressorteert.

Het VEA komt aldus tot de conclusie dat er sprake is van een lacune in de

regelgeving, waardoor het niet in staat is om op een correcte wijze een bandingfactor te berekenen. Het Energiebesluit zal moeten worden aangepast om ook voor de door u vermelde feitelijke situatie een berekeningswijze te voorzien. We zullen de daarvoor noodzakelijke procedure onverwijld opstarten”.

3.14. Punt 1.5.1 van bijlage III/4 ‘Berekeningswijze onrendabele top voor groenestroomprojecten met startdatum voor 1 januari 2013’ wordt gewijzigd bij artikel 21, 3°, van het besluit van de Vlaamse regering van 15 december 2017 ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft verlengingsaanvragen voor groenestroomcertificaten en overige wijzigingen’. Terwijl voordien enkel sprake was van verkoop (netinjectie) of zelfafname, is er nu ook sprake van verkoop (bijvoorbeeld via netinjectie of via een directe lijn) of zelfafname.

3.15. Op 13 februari 2018 bevestigt het VEA de noodzaak “om de overeenkomst te bezorgen voor de verkoop van de geproduceerde elektriciteit aan de eindafnemer ter plaatse”. In reactie op die vraag deelt de verzoekende partij op 28 februari 2018 mee dat “[d]e marktconformiteit van het project te Lanaken [...] ons inziens uitsluitend [dient] te worden geanalyseerd aan de hand van de ‘power purchase agreement’ tussen de producent EGPF en de leverancier Electrabel”, dat “EGPF [...] immers alle elektriciteit die de windturbines produceren [verkoopt] aan Electrabel”, het “uitsluitend de inkomsten [zijn] die EGPF verwerft uit de productie en verkoop van de elektriciteit onder die ‘power purchase agreement’ die bepalend zijn voor de marktconformiteit van het project” en dit “volkomen los[staat] van de contractuele voorwaarden waaraan Electrabel de elektriciteit onder het leveringscontract doorverkoopt aan Celanese”.

3.16. Op 14 mei 2018 neemt het VEA de thans bestreden beslissing, die als volgt luidt:

“U heeft op 6 april 2016 een aanvraag ingediend voor een verlenging van de steunperiode op basis van een specifieke bandingfactor, zoals bepaald in art. 7.1.1, §1, vierde lid, van het Energiedecreet. Het Vlaams Energieagentschap (VEA) heeft deze aanvraag onderzocht en u verzocht om bijkomende informatie te bezorgen. Na onderzoek, en zoals u werd

meegedeeld per brief van 20 januari 2017, bleek dat het Energiebesluit niet in de mogelijkheid voorzag om de verkoop van elektriciteit zonder injectie in rekening te brengen voor het bepalen van de onrendabele top. Vervolgens werd een besluitwijziging geïnitieerd om aan deze lacune tegemoet te komen en deze mogelijkheid alsnog te implementeren in het Energiebesluit. Deze wijziging trad in werking op 5 februari 2018, waardoor uw aanvraag verder behandeld kon worden.

Het VEA heeft u vervolgens op 13 februari 2018 opnieuw verzocht om binnen een bepaalde termijn (1 maart 2018) de noodzakelijke informatie voor de berekening van deze specifieke bandingfactor ter beschikking te stellen, meer bepaald het contract voor levering van de geproduceerde elektriciteit aan de lokale afnemer (Celanese). Met het aangetekend schrijven d.d. 28 februari 2018 heeft u evenwel aangegeven deze informatie niet te zullen bezorgen aangezien u van mening bent dat enkel het verkoopcontract (PPA) tussen EGPF en Electrabel relevant is voor het bepalen van de marktconformiteit van de prijzen. Het VEA heeft evenwel reeds meermaals aangegeven, en herhaalt bij deze, dat de voormelde PPA niet volstaat om de marktconformiteit van de prijzen op afdoende wijze aan te tonen aangezien dit een overeenkomst betreft tussen twee zeer sterk geconnecteerde vennootschappen (Electrabel is mede-oprichter en grootste aandeelhouder van EGPF, en beide bedrijven hebben hun maatschappelijke zetel op eenzelfde adres) en het VEA een zicht wenst te hebben op de potentieel hogere verkoopprijs die gehanteerd wordt in het achterliggend contract tussen Electrabel en Celanese. Het VEA benadrukt immers dat de marktwaarde van de geproduceerde elektriciteit niet alleen bestaat uit de energiecomponent in de PPA met als referentie de Endex-prijs, maar ook uit de vermeden nettarieven en overige vermeden elektriciteitskosten voor Celanese. Dezelfde benadering wordt eveneens gehanteerd bij de bepaling van de marktwaarde van de geproduceerde elektriciteit bij andere vergelijkbare projecten. De argumenten betreffende het toezicht van de lokale overheden enerzijds (met een minderheidsbelang van 30%) en de duurtijd van de PPA anderzijds doen geen afbreuk aan voormelde bezorgdheid inzake marktconformiteit.

Door de steun af te stemmen op marktconforme projecten, beoogt VEA de kosten-efficiëntie van het ondersteuningsmechanisme te maximaliseren. Om de marktconformiteit van projecten op afdoende wijze te kunnen controleren, kan het VEA dan ook niet aanvaarden dat kosten of opbrengsten zouden verborgen blijven achter tussenstructuren zoals partnerondernemingen of verbonden ondernemingen.

Wat betreft de parameter $P_{EL,V}$ (i.e. de marktwaarde van de elektriciteit die niet geïnjecteerd wordt), heeft VEA zich bijgevolg, conform punt 3.1.4 M 3.4 van bijlage III/4 bij het Energiebesluit, gebaseerd op Eurostat-prijzen voor het deel dat niet geïnjecteerd wordt, aangezien Eurostat voorziet in de meest accurate en betrouwbare beschikbare gegevens.

[...]

Op basis van bovenstaande bepaling, kan het VEA beroep doen op Eurostat-data als referentiebron. Indien u nadere toelichting wenst over de parameters die gebruikt zijn bij de berekening van de onrendabele top en de manier waarop de berekening precies is gebeurd, kan u hieromtrent contact

opnemen met het VEA.

Op basis van de bij het VEA beschikbare informatie berekende het VEA een onrendabele top van 33,3 euro/MWh. Dit komt overeen met een bandingfactor van 0,238.

Overwegende dat:

- De installatie waarvoor een verlenging op basis van niet-afgeschreven investeringen wordt aangevraagd een startdatum heeft van vóór 1 januari 2013;

- U een aanvraag hebt ingediend voor een verlenging op basis van een specifieke bandingfactor;

- Op basis van de beschikbare informatie een positieve bandingfactor werd berekend, die evenwel kleiner is dan 1,

Beslist het Vlaams Energieagentschap u, conform art. 7.1.1, §1, vierde lid, van het Energiedecreet, een verlenging van de steunperiode toe te kennen van vijf jaar, met ingang van 12 januari 2016. Gedurende deze steunperiode wordt u een bandingfactor toegekend van 0,238”.

In de berekening van de onrendabele top en de bandingfactor, die in bijlage bij de bestreden beslissing wordt gevoegd, blijft het aandeel zelfafname voor het project ten opzichte van de ontwerpberekening ongewijzigd op 65,7% en het aandeel injectie op 34,3%.

IV. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de verzoekende partij

4. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de artikelen 7.1.1 § 1, vierde lid, van het Energiedecreet, 6.2/1.8 Energiebesluit en 1.5.1 van de Bijlage III/4 bij het Energiebesluit, doordat het Vlaams Energieagentschap ten onrechte het aandeel zelfafname op 65,7% bepaalt”.

Het middel wordt als volgt toegelicht:

“[...] In haar eerste ontwerpberekening van 3 november 2016 heeft het Vlaamse Energieagentschap de parameter ‘Aandeel zelfafname stroom’ zelf ingevuld op 65,7% [...].

[...] Door de parameter ‘Aandeel zelfafname stroom’ zelf in te vullen op 65,7% veronderstelt het Vlaamse Energieagentschap dat de rechtsvoorganger van verzoekende partij 65,7% van de geproduceerde

elektriciteit zelf verbruikt en de overige 34,3% geproduceerde elektriciteit op het net injecteert.

[...] Het uitgangspunt van de zelfafname door de rechtsvoorganger van verzoekende partij is evenwel niet correct. Verzoekende partij verkoopt als producent alle elektriciteit door, zonder een bepaalde hoeveelheid elektriciteit zelf af te nemen binnen de eigen bedrijfsvoering.

De eindafnemer Celanese is een derde ten opzichte van (de rechtsvoorganger van) verzoekende partij. Celanese en (de rechtsvoorganger van) verzoekende partij zijn op geen enkele wijze juridisch verbonden entiteiten. De elektriciteit die Celanese verbruikt, kan daarom niet worden beschouwd als elektriciteit die binnen de eigen bedrijfsvoering van (de rechtsvoorganger van) verzoekende partij wordt verbruikt.

Wel integendeel, verzoekende partij verkoopt 100% van de elektriciteit die zij produceert door aan de NV Electrabel. Een aandeel zelfafname van 65,7% in hoofde van (de rechtsvoorganger van) verzoekende partij strookt bijgevolg niet met de werkelijkheid.

[...] Het aandeel zelfafname door (de rechtsvoorganger van) verzoekende partij moet daarom 0% bedragen in de berekening terwijl het aandeel injectie 100% bedraagt.

[...] Deze zienswijze dat het aandeel zelfafname moet worden vastgesteld op 0%, vindt steun in het VEA-rapport 2016 ‘Deel 1: Rapport OT/Bf voor projecten met een startdatum vanaf 1 januari 2017’. Punt 6.1.2.3 ‘Bepaling van de zelfafname’ van het VEA-rapport bepaalt dat ‘de aannames voor het aandeel zelfafname wordt vastgelegd in het Energiebesluit. Voor windturbines wordt uitgegaan van 100% injectie’. Het VEA gaat voor nieuwe windturbines uit van een aandeel zelfafname van 0% en een aandeel injectie van 100%. Per analogie dient die redenering te worden toegepast op bestaande windturbines.

[...] Bij aangetekende brief van 29 december 2016 maakt de rechtsvoorganger van verzoekende partij deze opmerkingen op de ontwerpberekening van 3 november 2016 over aan het Vlaams Energieagentschap [...].

[...] Het Vlaams Energieagentschap erkent vervolgens dat ‘Aangezien Celanese en EGPF WHH onderscheiden entiteiten zijn, is er evenmin sprake van verbruik binnen de eigen bedrijfsvoering (zelfafname). Gelet op het voorgaande, kan het VEA zich akkoord verklaren met voormelde argumentatie en bevestigen dat er in casu de jure geen sprake is van netinjectie noch van zelfafname, en dat het project bijgevolg onder geen van de beide categorieën ressorteert.’ [...]

[...] Het Vlaams Energieagentschap erkent uitdrukkelijk in haar aangetekende brief van 20 januari 2017 dat er in casu geen sprake is van zelfafname. Het Vlaams Energieagentschap bevestigt aldus impliciet dat bij de latere ontwerpberekening de parameter ‘Aandeel zelfafname stroom’ moet worden ingevuld op 0%.

[...] Artikel 1.5.1 van Bijlage III/4 van het Energiebesluit wordt vervolgens gewijzigd om deze lacune in de wetgeving te dichten.

[...] Voortaan bepaalt punt 1.5.1 van Bijlage III/4 van het Energiebesluit dat ‘De netto geproduceerde elektriciteit (na aftrek van het verbruik van de installatie zelf) wordt hetzij verkocht [(bijvoorbeeld via netinjectie of via een

directe lijn)) hetzij verbruikt binnen de eigen bedrijfsvoering. In het eerste geval worden opbrengsten gegenereerd, in het tweede geval worden kosten voor de aankoop van elektriciteit uitgespaard. De opbrengst aan geproduceerde elektriciteit is gelijk aan de som van de vermeden kosten voor zelfafname en de opbrengst van de verkoop van het resterende gedeelte.’ [...].

[...] Na de inwerkingtreding van deze bepaling wordt het onderzoek hernomen door het Vlaams Energieagentschap van de aanvraag van verzoekende partij.

[...] Ondanks de eerdere erkenning van het Vlaams Energieagentschap in de aangetekende brief van 20 januari 2017 dat er in casu geen sprake is van zelfafname, vult het Vlaams Energieagentschap in haar tweede ontwerpberekening van 14 mei 2018 opnieuw de parameter ‘Aandeel zelfafname stroom’ in op 65,7%.

[...] Dit uitgangspunt van een zelfafname door verzoekende partij is nog steeds niet correct. Verzoekende partij verkoopt als producent alle elektriciteit door, zonder een bepaalde hoeveelheid elektriciteit zelf af te nemen binnen de eigen bedrijfsvoering.

Een aandeel zelfafname van 65,7% in hoofde van verzoekende partij strookt niet met de werkelijkheid.

[...] Het aandeel zelfafname door verzoekende partij moet 0% bedragen in de berekening.

[...] Door de parameter ‘Aandeel zelfafname stroom’ in te vullen op 65,7%, in strijd met de werkelijkheid en haar eerdere erkenning dat in casu geen zelfafname voorligt, schond het Vlaams Energie-agentschap de hogervermelde regelgeving”.

5. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij dat de weigering om het leveringscontract tussen de nv Electrabel en de nv Celanese voor te leggen, het VEA geen vrijbrief geeft om “desbewust ‘assumpties’ te maken die volkomen in strijd zijn met de werkelijkheid” en dat de invulling door het VEA van de marktwaarde van de geproduceerde elektriciteit in dit geval niet ter discussie staat, maar wel “de verkeerde, want strijdig met de realiteit, invulling van de parameter ‘aandeel zelfafname van de geproduceerde elektriciteit’”.

Beoordeling

6. Voor de berekening van de (verlengde) steun aan producenten van groene energie dient het VEA over alle vereiste gegevens te beschikken, zoals onder meer de gegevens over de opbrengst of marktwaarde van de elektriciteit geproduceerd door de windturbines ($O_{EL,t}$ en $P_{EL,V}$) die toelaten om de gepaste onrendabele top te berekenen. De verleende steun mag immers niet hoger zijn dan

VII-40.328-15/18

nodig om de productie-installaties rendabel te maken. Bij het bepalen van de onrendabele top dient dan ook rekening te worden gehouden met de kostenbesparing als gevolg van een levering van de elektriciteit via een directe lijn.

In dit verband kan het VEA op wettige wijze oordelen dat de *power purchase agreement* tussen de verzoekende partij en de moederverenootschap nv Electrabel onvoldoende deze kostenbesparing in rekening brengt, waardoor het risico op een te hoge bandingfactor bestaat. Ook kan het VEA de neerlegging eisen van de leveringsovereenkomst tussen de nv Electrabel met de lokale eindafnemer om zo de uiteindelijke marktwaarde van de geproduceerde elektriciteit te bepalen.

7. In het bestreden besluit stelt het VEA dat gelet op de band tussen de dochter- en moederverenootschap het risico bestaat dat er een potentieel hogere verkoopprijs wordt gehanteerd in het contract tussen Electrabel en Celanese (*transfer pricing*), waardoor de berekening van de onrendabele top mogelijk kan leiden tot een hogere steun dan nodig is om de windturbines van de verzoekende partij rendabel te maken:

“Het VEA heeft u vervolgens op 13 februari 2018 opnieuw verzocht om binnen een bepaalde termijn (1 maart 2018) de noodzakelijke informatie voor de berekening van deze specifieke bandingfactor ter beschikking te stellen, meer bepaald het contract voor levering van de geproduceerde elektriciteit aan de lokale afnemer (Celanese). Met het aangetekend schrijven d.d. 28 februari 2018 heeft u evenwel aangegeven deze informatie niet te zullen bezorgen aangezien u van mening bent dat enkel het verkoopcontract (PPA) tussen EGPF en Electrabel relevant is voor het bepalen van de marktconformiteit van de prijzen. Het VEA heeft evenwel reeds meermaals aangegeven, en herhaalt bij deze, dat de voormelde PPA niet volstaat om de marktconformiteit van de prijzen op afdoende wijze aan te tonen aangezien dit een overeenkomst betreft tussen twee zeer sterk geconnecteerde vennootschappen (Electrabel is mede-oprichter en grootste aandeelhouder van EGPF, en beide bedrijven hebben hun maatschappelijke zetel op eenzelfde adres) en het VEA een zicht wenst te hebben op de potentieel hogere verkoopprijs die gehanteerd wordt in het achterliggend contract tussen Electrabel en Celanese. Het VEA benadrukt immers dat de marktwaarde van de geproduceerde elektriciteit niet alleen bestaat uit de energiecomponent in de PPA met als referentie de Endex-prijs, maar ook uit de vermeden nettarieven en overige vermeden elektriciteitskosten voor Celanese. [...]”

Door de steun af te stemmen op marktconforme projecten, beoogt VEA de kosten-efficiëntie van het ondersteuningsmechanisme te maximaliseren. Om de marktconformiteit van projecten op afdoende wijze te kunnen controleren, kan het VEA dan ook niet aanvaarden dat kosten of opbrengsten zouden verborgen blijven achter tussenstructuren zoals partnerondernemingen of verbonden ondernemingen”.

De herhaalde weigering van de verzoekende partij om de elektriciteitsleveringsovereenkomst tussen de nv Electrabel en de nv Celanese voor te leggen, strijdt met artikel 7.1.1, § 1, zesde lid, van het Energiedecreet en artikel 6.2/1.8, derde lid, van het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 ‘houdende algemene bepalingen over het energiebeleid’ (Energiebesluit) op grond waarvan de aanvrager op eenvoudig verzoek alle benodigde aanvullende informatie aan het VEA dient over te maken.

8. Aangezien de verzoekende partij niet alle noodzakelijke informatie ter beschikking van het agentschap heeft gesteld, kan het VEA op basis van de aanvraag geen bandingfactor bepalen. Het VEA dient bijgevolg op basis van eigen aannames een inschatting te maken van de rendabiliteit van de windturbines. Daarbij is het VEA uitgegaan van een aandeel zelfafname van 65,7% en aandeel netinjectie van 34,3%.

9. De verzoekende partij bekritiseert in het enige middel dat het ‘aandeel zelfafname stroom’ niet 65,7%, maar 0% dient te bedragen. Zij, noch haar rechtsvoorgangster, zou immers elektriciteit verbruiken binnen de eigen bedrijfsvoering. Alle opgewekte elektriciteit wordt verkocht via een directe lijn of via netinjectie. De berekening van het VEA is volgens de verzoekende partij dan ook onwettig.

De verzoekende partij heeft evenwel geen wettig belang bij de aangevoerde wettigheidskritiek. De berekening en assumpties omtrent de zelfafname bij de berekening van de onrendabele top zijn precies het gevolg van haar weigering om de gevraagde informatie over te maken die het VEA moet toelaten om de juiste onrendabele top te berekenen. Zij beroept zich dan ook op een onwettigheid die in oorsprong teruggaat op haar eigen nalatigheid of onwilligheid.

VII-40.328-17/18

Bijgevolg kan zij geen wettig belang laten gelden bij het aangevoerde middel.

10. Het enige middel is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partijen.

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

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys