RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 53.605/3
van 18 juli 2013

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders’

Op 21 juni 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie 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 banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 9 juli 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 juli 2013.

*

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 beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit is het sluitstuk van de hervorming van de steunregeling voor groene energie.

De voorbije jaren is er een overaanbod ontstaan op de markt voor groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten. Om de prijzen op die markt te stabiliseren krijgen de netbeheerders – die, gelet op de opkoopverplichtingen die ze ter zake hebben, grote hoeveelheden certificaten in hun bezit hebben – de opdracht om die gedeeltelijk aan te houden, de zogenaamde “banking” (ontworpen artikel 6.4.14/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 ‘houdende algemene bepalingen over het energiebeleid’, hierna: Energiebesluit).

In ruil waarborgt de Vlaamse Regering dat het Vlaamse Gewest het verschil zal bijpassen indien de uiteindelijke prijs die op de markt voor die certificaten wordt betaald lager ligt dan de gegarandeerde bedragen, namelijk 93 euro per groenestroomcertificaat en het bedrag van de minimumsteun bedoeld in artikel 7.1.7 van het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: Energiedecreet) per warmtekrachtcertificaat (ontworpen artikel 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit). Eventuele verliezen worden bijgevolg niet ten laste gelegd van de netbeheerders, en via de netvergoedingen aan de klanten, maar ten laste genomen door het Vlaamse Gewest. Bovendien worden de netbeheerders vergoed voor het kapitaal dat op die manier wordt geïmmobiliseerd (ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, van het Energiebesluit). Kosten die niet vergoed zouden worden, gelden echter als financiële openbaredienstverplichtingen (ontworpen artikel 6.4.14/2, § 1, van het Energiebesluit).

Daarnaast strekt het ontwerp ertoe de ambtenaren van het Vlaams Energieagentschap aan te wijzen om toe te zien op de naleving van de bankingverplichting (ontworpen artikel 11.1.3 van het Energiebesluit).

RECHTSGROND

3.1. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt gezocht in de artikelen 7.5.1, 8.4.1, 8.7.1 en 13.1.1 van het Energiedecreet, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering).

3.2. Over die rechtsgrond is inzake het eerder voorgelegde, identieke ontwerp,[1] het volgende opgemerkt in advies 52.710/3:[2]

> "3.1. Volgens de aanhef wordt de rechtsgrond voor het ontworpen besluit gezocht in de artikelen 7.5.1, 8.4.1, 8.7.1 en 13.1.1 van het Energiedecreet, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen' (algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering).
>
> Voor de vervanging van het opschrift van afdeling III van titel VI, hoofdstuk IV, van het Energiebesluit (artikel 1 van het ontwerp) en voor de invoeging van een nieuwe afdeling III in hoofdstuk I van titel XI met als opschrift 'Controle op de naleving van de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de elektriciteitsdistributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit' (artikel 4 van het ontwerp) wordt de rechtsgrond geboden, respectievelijk, door de artikelen 7.5.1 en 13.1.1 van het Energiedecreet.
>
> 3.2.1. Voor de ontworpen artikelen 6.4.14/1 en 6.4.14/2 van het Energiebesluit ontbreekt de rechtsgrond.
>
> 3.2.2 Met de ontworpen artikelen 6.4.14/1 en 6.4.14/2 wordt namelijk afgeweken van het bepaalde in artikel 7.1.6, § 2, eerste lid, eerste zin, van het Energiedecreet. Luidens die bepaling dienen de netbeheerders de certificaten die aan hen werden overgedragen op regelmatige tijdstippen op de markt te brengen om de kosten die verbonden zijn aan de verplichting vermeld in paragraaf 1 van artikel 7.1.6 van het Energiedecreet, te recupereren. Artikel 7.5.1 van het Energiedecreet, naar luid waarvan de Vlaamse Regering onder meer aan de netbeheerders openbaredienstverplichtingen kan opleggen inzake groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten, laat echter niet toe dat daarbij wordt afgeweken van het bepaalde in voornoemd artikel 7.1.6, § 2, eerste lid, eerste zin.
>
> 3.2.3. Maar zelfs indien zou kunnen worden aangenomen dat artikel 7.5.1 van het Energiedecreet toelaat om af te wijken van de verplichting vervat in het voornoemde artikel 7.1.6, § 2, eerste lid, eerste zin, en dat op grond van dit artikel 7.5.1 de in de artikelen 6.4.14/1 en 6.4.14/2, § 1, van het Energiedecreet vervatte openbaredienstverplichtingen zouden kunnen worden opgelegd, rijzen er rechtsgrondbezwaren.
>
> Hoewel bij artikel 8.4.1 van het Energiedecreet aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid wordt verleend om in steunprogramma's te voorzien ten voordele van niet-commerciële instellingen en publiekrechtelijke rechtspersonen en artikel 8.7.1 van dit decreet rechtsgrond biedt om de hoogte van die steun te bepalen, moet worden vastgesteld dat de elektriciteitsdistributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijke vervoernet van elektriciteit geenszins kunnen worden beschouwd als niet-commerciële instellingen of publiekrechtelijke rechtspersonen. Bijgevolg kunnen de genoemde artikelen 8.4.1 en 8.7.1 geen rechtsgrond bieden voor de in de ontworpen artikelen 6.4.14/2, §§ 2 en 3, bepaalde steun.
>
> 3.2.4. Bovendien moet erop worden gewezen dat de in het ontworpen 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit vervatte waarborg dient te worden beschouwd als een gewestwaarborg. Zulk een waarborg kan evenwel enkel bij of met toepassing van een uitdrukkelijke

[1] Dat verklaart waarom de vervulde vormvereisten betrekking hebben op de toestand van meer dan een half jaar geleden.

[2] Adv.RvS 52.710/3 van 7 februari 2013 over een ontwerp van besluit 'tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders'.

decreetsbepaling worden toegekend. Bij gebrek hieraan ontbeert de ontworpen regeling ook op dit punt de nodige rechtsgrond.

3.2.5. Conclusie is derhalve dat, wil men het ontworpen besluit doorgang laten vinden,vooraf een aanpassing van het Energiedecreet noodzakelijk is. Zo zulke aanpassing tot stand komt, dient het ontworpen besluit opnieuw om advies te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving."

3.3. In antwoord op dat advies werden bij het decreet van 28 juni 2013 'houdende diverse bepalingen inzake energie' een reeks specifieke wijzigingen doorgevoerd aan het Energiedecreet teneinde in een adequate rechtsgrond te voorzien voor de banking van de groenestroomcertificaten en de warmtekrachtcertificaten.

3.3.1. In de eerste plaats zijn de artikelen 7.1.6, § 2, eerste lid, en 7.1.7, § 2, eerste lid, van het Energiedecreet aangevuld met een bepaling waarbij de Vlaamse Regering wordt gemachtigd om de voorwaarden en het tijdsbestek vast te stellen voor het opnieuw op de markt brengen van respectievelijk de groenestroomcertificaten en de warmtekrachtcertificaten. Die nieuwe bepalingen kunnen volstaan voor de eigenlijke banking (ontworpen artikel 6.4.14/1 van het Energiebesluit).

3.3.2. In de tweede plaats is een artikel 15.3.5/5 in het Energiedecreet ingevoegd dat een rechtsgrond creëert voor de gewestwaarborg die aan de orde is in het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit.

3.4. Rest de vraag naar de specifieke rechtsgrond voor de vergoeding voor de kosten van het banken van de groenestroomcertificaten en de warmtekrachtcertificaten (ontworpen artikel 6.4.14/2, §§ 1 en 2, van het Energiebesluit). Die lijkt nog steeds te ontbreken.

3.4.1. Men zou kunnen voorhouden dat ook hier een beroep kan worden gedaan op de nieuw ingevoerde artikelen 7.1.6, § 2, eerste lid, laatste zin, en 7.1.7, § 2, eerste lid, laatste zin, van het Energiedecreet, in die zin dat het woord "voorwaarden" zo moet worden geïnterpreteerd dat het ook betrekking heeft op de vergoeding.

3.4.1.1. Er moet echter worden gewezen op advies 52.980/3[3] waarin een andere formulering werd voorgesteld voor die nieuwe decreetsbepalingen, omdat de financiering die wordt overwogen ten laste van de Vlaamse begroting fundamenteel afwijkt van de gebruikelijke financiering van de openbaredienstverplichtingen via de nettarieven:[4]

> "7. Met het ontworpen artikel 7.1.6, § 2, eerste lid, laatste zin, van het Energiedecreet (artikel 6 van het ontwerp) wordt beoogd een specifieke rechtsgrond in te voeren voor de banking van groenestroomcertificaten. Daarmee wordt ingegaan op wat is opgemerkt in advies 52.710/3 van 7 februari 2013.[5]

[3] Adv.RvS 52.980/3 van 8 april 2013 over het voorontwerp dat tot het decreet van 28 juni 2013 geleid heeft (*Parl.St.* Vl.Parl. 2012-13, nr. 2031/1, pp. 75-90).

[4] Zie artikel 12, § 5, eerste lid, 11°, van de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt'.

[5] V*oetnoot 8 uit het geciteerde advies*: Adv. RvS 52.710/3 van 7 februari 2013 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerder', opmerking 3.1 en volgende.

Met de ontworpen toevoeging wordt de verplichting van het thans geldende artikel 7.1.6, § 2, eerste lid, eerste zin, van het Energiedecreet, om op regelmatige tijdstippen certificaten op de markt te brengen, ingebed in een ruimer kader dat de Vlaamse Regering toelaat om eventueel ook een tijdelijke banking van groenestroomcertificaten op te leggen.

Niettemin moet worden vastgesteld dat het ontwerp geen antwoord biedt op de twee belangrijkste rechtsgrondbezwaren die in advies 52.710/3 werden geformuleerd. Enerzijds werd opgemerkt dat het ontwerpbesluit voorzag in een compensatie van de netbeheerders voor de met de banking verbonden kosten ten laste van de begroting. In de mate de kosten van een openbaredienstverplichting niet langer ten laste worden gelegd van de nettarieven, maar ten laste worden genomen door de Vlaamse Regering, gaat het immers om een belangrijke beleidswijziging met mogelijk belangrijke begrotingsconsequenties, die niet impliciet kan worden genomen door de Vlaamse Regering zonder specifieke decretale basis. Anderzijds werd opgemerkt dat het ontwerp ook voorzag in de toekenning van een gewestwaarborg om een eventueel waardeverlies van de gebankte groenestroomcertificaten op te vangen. In advies 52.710/3 is expliciet gesteld dat een dergelijke waarborg een specifieke rechtsgrond vereist, gelet op de mogelijk belangrijke begrotingsconsequenties.

Indien de stellers van het ontwerp met deze wijziging een voldoende rechtsgrond willen creëren voor het ontwerp waarover advies 52.710/3 is gegeven, moeten ze bijgevolg de delegatie aan de Vlaamse Regering op dit punt aanpassen in de volgende zin:

‘De Vlaamse Regering kan nadere regels bepalen betreffende de manier waarop, de voorwaarden waaronder, en het tijdsbestek waarbinnen de netbeheerder de certificaten terug op de markt brengt. De Vlaamse Regering kan bepalen dat bepaalde kosten verbonden aan die verplichting ten laste komen van de Vlaamse Regering, en kan maatregelen nemen, zoals een gewestwaarborg, om de netbeheerders te beschermen tegen een eventueel waardeverlies van de aan hen overgedragen certificaten waarvan het op de markt brengen zou worden uitgesteld.’

Dezelfde opmerking geldt *mutatis mutandis* met betrekking tot het ontworpen artikel 7.1.7, § 2, eerste lid, laatste zin, van het Energiedecreet, wat de warmtekrachtcertificaten betreft.

De gemachtigde werpt echter tegen dat er voor is geopteerd

> ‘om via het programmadecreet 2013 in de benodigde gedetailleerde rechtsgrond te voorzien voor het verlenen van een waarborg. Deze bepaling zal apart in het kader van die wetgevingsprocedure ter advies aan de Raad van State worden voorgelegd, vooraleer het besluit inzake banking opnieuw voor advies zal voorgelegd worden’.”

3.4.1.2. Uit dit advies volgt bijgevolg dat er ook in een specifieke rechtsgrond moest worden voorzien voor het instellen van een financieringsmechanisme ten laste van de Vlaamse begroting en dat dus niet kan worden volstaan met een algemene delegatie aan de Vlaamse Regering met betrekking tot de voorwaarden van de banking. Dat advies is echter niet gevolgd, zodat moet worden vastgesteld dat op dit punt de rechtsgrond ontbreekt.

3.4.2. Dat gebrek aan rechtsgrond kan niet worden verholpen door een beroep te doen op artikel 7.5.1 van het Energiedecreet. Weliswaar laat die bepaling toe om – zoals hier lijkt te worden beoogd – openbaredienstverplichtingen op te leggen aan de netbeheerders, maar de impliciete eraan ten grondslag liggende veronderstelling lijkt te zijn dat de kosten die hieruit

voortvloeien via de distributietarieven kunnen worden opgevangen.[6] Indien echter een fundamentele nieuwe beleidskeuze wordt gemaakt door te opteren voor een financiering uit de algemene middelen, in plaats van voor het omslaan van de kosten, moet dit bij decreet gebeuren.

3.4.3. Er kan evenmin een beroep worden gedaan op de artikelen 8.4.1 en 8.7.1 van het Energiedecreet. Hoewel bij artikel 8.4.1 van het Energiedecreet aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid wordt verleend om in steunprogramma's te voorzien ten voordele van niet-commerciële instellingen en publiekrechtelijke rechtspersonen en artikel 8.7.1 van dit decreet rechtsgrond biedt om de hoogte van die steun te bepalen, moet worden vastgesteld dat de elektriciteitsdistributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijke vervoernet van elektriciteit geenszins kunnen worden beschouwd als niet-commerciële instellingen of publiekrechtelijke rechtspersonen. Zelfs indien zou worden aangenomen dat een distributienetbeheerder toch *ratione personae* onder artikel 8.4.1 zou kunnen vallen (of als een commerciële instelling in de zin van artikel 8.3.1 van het Energiedecreet zou kunnen worden beschouwd), moet worden vastgesteld dat de vergoeding van de financieringskosten die verbonden zijn aan de banking van de certificaten slechts hoogst onrechtstreeks als een maatregel ter bevordering van de toepassing van hernieuwbare energietechnologieën kan worden beschouwd en dus niet overeenstemt met de steunmaatregelen die de decreetgever in gedachten had toen die bepalingen, die gericht zijn op rechtstreekse energiebesparingen, innovatie en vergroening op het niveau van de afnemers en gedecentraliseerde producenten, werden aangenomen.[7]

3.5. De conclusie is bijgevolg dat er geen rechtsgrond is voor het ontworpen artikel 6.4.14/2, §§ 1 en 2, van het Energiebesluit, en dat die bepalingen uit het ontwerp moeten worden weggelaten.

Voor de overige bepalingen van het ontwerp kan rechtsgrond worden gevonden in de artikelen 7.1.6, § 2, eerste lid, 7.1.7, § 2, eerste lid, 7.5.1, 13.1.1 en 15.3.5/5 van het Energiedecreet. De artikelen 8.4.1 en 8.7.1 van het Energiedecreet kunnen niet worden ingeroepen als rechtsgrond. Het tweede lid van de aanhef van het ontwerp zal in die zin moeten worden bijgesteld.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

4. Het ontwerp voert een compensatie in voor een openbaredienstverplichting.

Hoewel een zuivere compensatie voor openbaredienstverplichtingen geen staatssteun is, moet gelet op het arrest *Altmark*[8] rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat die compensatie niettemin als staatssteun kan worden aangemerkt indien niet aan de vier voorwaarden van dat arrest is voldaan, in welk geval een aanmeldingsverplichting geldt.

---

[6] Zie artikel 12, § 5, eerste lid, 11°, van de wet van 29 april 1999.

[7] *Parl.St.* Vl.Parl. 2008-09, nr. 2165-1, pp. 74 en 76.

[8] HvJ 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Jur. 2003, I-07747.

De eerste drie van die voorwaarden zijn bovendien uitgewerkt in het besluit 2012/21/EU van de Europese Commissie van 20 december 2011 ‘betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen’ (hierna: besluit 2012/21/EU).[9] Een deel van het ontwerp valt op het eerste gezicht binnen de werkingssfeer van dat besluit.[10] Uit wat hierna wordt uiteengezet blijkt dat er echter twijfel kan bestaan of het ontwerpbesluit effectief aan de voorwaarden van het besluit 2012/21/EU, en dus van het *Altmark*-arrest voldoet. Zelfs al gaat het inhoudelijk niet om overcompensatie, minstens moet worden vastgesteld dat aan een reeks formele voorwaarden voor een beroep op de vrijstelling niet is voldaan (zie hierna, *sub* 4.2).

4.1. Wat de gewestwaarborg betreft, die zich niet gemakkelijk laat passen in het concept van de compensatie voor een openbaredienstverplichting, is reeds opgemerkt dat het ontwerp op gespannen voet staat met de regels betreffende staatssteun, en bijgevolg moet worden aangemeld.

Die opmerking in het advies 53.199/1/3[11] luidt als volgt:

> “De aandacht wordt er nu reeds op gevestigd dat het verlenen van een gewestwaarborg een vorm van staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (VWEU) kan vormen, zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie recent nog in een arrest van de Grote Kamer heeft bevestigd (HvJ 19 maart 2013, C-399/10 en C-401/10 P, *Bouygues v. Commissie*, punten 89-114, in het bijzonder punt 107, waar verwezen wordt naar HvJ 1 december 1998, C-200/97, *Ecotrade*, punt 43, en HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, punten 39-42). Dat is *a fortiori* het geval indien die waarborg bovendien in afwijking van artikel 8 van het decreet van 7 mei 2004 ‘houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest’ kosteloos kan worden verstrekt, zoals het ontworpen artikel 21, § 2, bepaalt. De ontworpen bepalingen zullen bijgevolg moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie met toepassing van artikel 108, lid 3, van het VWEU.”

Gelet op de draconische sanctie ingeval van een onterechte niet-aanmelding, namelijk dat de steun *per se* nietig is (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden als ze correct werd aangemeld), moet worden geadviseerd om het ontwerp, wat deze waarborgregeling betreft, aan te melden met toepassing van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

---

[9] Zie, onder verwijzing naar de vorige DAEB-beschikking (beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 ‘betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend’), HvJ 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *Libert*, punt 100.

[10] Het ontwerp valt niet binnen een van de uitzonderingen op het toepassingsgebied van artikel 2 van het besluit 2012/21/EU. Over de drempelwaarde van vijftien miljoen euro per jaar, zie *infra*, punt 4.2.1.

[11] Advies 53.199/1/3 van 23 april 2013 over een voorontwerp van decreet ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2013’, voetnoot 14 (*Parl.St.* Vl.Parl. 2012-13, nr. 2022/1, p. 92)

4.2. Wat de andere in het ontwerp opgenomen regelingen betreft, wordt – abstractie gemaakt van het hiervoor vermelde rechtsgrondprobleem – hierna onderzocht of ze onder de toepassing van het besluit 2012/21/EU kunnen vallen.

Besluit 2012/21/EU voorziet in een vrijstelling van de aanmeldingsplicht voor dergelijke steun, op voorwaarde dat de steun voldoet aan een reeks voorwaarden die in essentie teruggaan op het arrest *Altmark*, zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, recent al heeft uitgelegd:

> "Besluit 2012/21/EU is een uitvloeisel van het arrest Altmark[12], waarin de vraag aan de orde was hoe een onderneming kan worden vergoed door de overheid voor het uitvoeren van bepaalde openbaredienstverplichtingen zonder dat dit aanleiding geeft tot staatssteun, die vooraf moet worden aangemeld,[13] en verboden is tenzij de steun vrijgesteld is of door de Europese Commissie verenigbaar is verklaard met de interne markt.[14] Het Hof van Justitie van de Europese Unie stelde daarvoor vier intussen klassiek geworden voorwaarden:
>
> - in de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk zijn afgebakend;
> - in de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
> - in de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
> - in de vierde plaats moet, wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.
>
> Na het arrest bleken er plots heel veel regelingen te bestaan die potentieel als staatssteun konden worden aangemerkt, met alle gevolgen vandien voor zowel de lidstaten als de Europese Commissie. Het besluit 2012/21/EU stelt de minder omvangrijke staatssteundossiers uit die categorie daarom vrij van aanmelding, op voorwaarde dat ze in essentie aan de voorwaarden beantwoorden uitgewerkt in de artikelen 4 en 5 van het besluit 2012/21/EU.
>
> De essentie van de regeling is dat de overheid een onderneming belast met een specifieke, welomschreven openbaredienstverplichting, en dat een onderneming op een transparante wijze voor het vervullen van die taak vergoedt, op een manier waarbij overcompensatie wordt vermeden. Opdat een steunregeling onder de vrijstelling zou

[12] Voetnoot 3 uit het geciteerde advies: HvJ 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

[13] Voetnoot 4 uit het geciteerde advies: Artikel 108, lid 3 VWEU.

[14] Voetnoot 5 uit het geciteerde advies: Artikel 107 VWEU.

vallen, moet ze dan ook een duidelijke openbaredienstverplichting bevatten, en een daarmee verband houdende compensatieregeling." [15]

4.2.1. Om de vrijstelling te genieten, mag de steun niet meer bedragen dan vijftien miljoen euro per jaar (artikel 2, lid 1, a), van besluit 2012/21/EU). Dat lijkt hier inderdaad het geval.

4.2.2. Om in aanmerking te komen voor de vrijstelling moet bovendien worden voldaan aan de voorwaarden die zijn uiteengezet in artikel 4 van het besluit 2012/21/EU, dat vereist dat in het ontwerpbesluit het volgende wordt vermeld:

a) de inhoud en de duur van de openbaredienstverplichtingen;

b) de betrokken onderneming en, in voorkomend geval, het betrokken grondgebied;

c) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de onderneming door het toewijzende overheidsorgaan zijn verleend;

d) een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie;

e) de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen, en

f) een verwijzing naar dit besluit.

4.2.2.1. Aan de eerste voorwaarde lijkt voldaan, in de mate artikel 2 van het ontwerp volgens een duidelijk tijdspad – dat bovendien, gelet op artikel 2, lid 2, van het besluit 2012/21/EU niet langer dan tien jaar mag duren[16] – de bankingverplichtingen omschrijft die de netbeheerders bij wijze van openbaredienstverplichtingen moeten nakomen.

4.2.2.2. De betrokken ondernemingen worden weliswaar niet *nominatim* genoemd, maar zijn identificeerbaar. Het gaat om de netbeheerders die actief zijn op het grondgebied van het Vlaamse Gewest.

4.2.2.3. Er wordt een bijzonder recht verleend aan de netbeheerders door het toewijzende overheidsorgaan, omdat zij een gegarandeerde prijs zullen ontvangen op het einde van de bankingperiode, terwijl gewone marktdeelnemers die vrijwillig een certificaat zouden bijhouden geacht worden te speculeren, en helemaal geen prijsgarantie krijgen.

4.2.2.4. In het ontworpen artikel 6.4.14/2 van het Energiebesluit wordt de berekening van de compensatie enigszins geregeld. Niettemin moet worden vastgesteld dat op basis van het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, van het Energiebesluit niet kan worden voorspeld hoeveel de eigenlijke vergoeding zal bedragen. Bovendien blijkt het totale bedrag ook af te hangen van de beschikbare begrotingsmiddelen. Op dit vlak is het ontwerp dan ook in strijd met het besluit 2012/21/EU.

---

[15] Advies 52.364/3 van 4 december 2012 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2012 'betreffende de vastlegging van een tijdspad en quota voor het toegankelijk maken van omroepprogramma's en betreffende het verstrekken van subsidies ter uitvoering van artikel 151 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie', punt 11.

[16] Volgens de huidige planning lopen de bankingverplichtingen af in 2016, zodat kan worden aangenomen dat de huidige regeling een looptijd heeft van minder dan tien jaar.

Artikel 4 van het ontwerp organiseert het toezicht. Om te voldoen aan de materiële voorwaarden voor de vrijstelling moet echter voorzien worden in een boekhoudkundig toezicht zoals beschreven in artikel 6 van het besluit 2012/21/EU. Bovendien moeten die gegevens ook ter beschikking worden gehouden van de Europese Commissie in overeenstemming met artikel 8 van het besluit 2012/21/EU.

4.2.2.5. Het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, tweede lid, van het Energiebesluit kan worden beschouwd als een regeling om overcompensatie te vermijden, zij het met dit belangrijke voorbehoud dat minstens één parameter, namelijk de hoogte van de vergoeding, nog niet bepaald is.

4.2.2.6. In het ontwerp wordt niet verwezen naar het besluit 2012/21/EU.

4.2.3. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de ontworpen regeling – abstractie gemaakt van de regeling inzake de prijsgarantie na afloop van de bankingperiode – in beginsel in aanmerking komt voor de vrijstelling van de aanmelding met toepassing van het besluit 2012/21/EU, op voorwaarde dat tegemoet wordt gekomen aan de hiervoor gemaakte opmerkingen, namelijk:

- in de aanhef van het ontwerp moet specifiek worden verwezen naar het besluit 2012/21/EU;
- er moet in een toezicht worden voorzien in overeenstemming met artikel 6 van het besluit 2012/21/EU;
- er moet worden bepaald dat de nodige bewijzen beschikbaar moeten blijven voor de Europese Commissie in overeenstemming met artikel 8 van het besluit 2012/21/EU;
- er moet worden geëxpliciteerd dat het bedrag dat kan worden ontvangen, nooit meer mag bedragen dan vijftien miljoen euro per netbeheerder;
- alle parameters voor de vergoeding bedoeld in het ontworpen artikel 6.4.14/2, § 2, van het Energiebesluit moeten duidelijk en vooraf worden gedefinieerd;
- gelet op de mogelijkheden om de banking te verlengen, wordt best toch geëxpliciteerd dat het systeem niet langer dan tien jaar geldt.

4.3. Indien het ontwerp niet in die zin wordt aangepast, zal het geheel van de ontworpen regeling vooraf moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie, in welk geval aan die regeling geen uitvoering mag worden gegeven voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid. Het komt exclusief aan de Europese Commissie toe om met toepassing van artikel 107, lid 3, van het VWEU te beoordelen of die steun verenigbaar is met de interne markt.[17]

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS Jo BAERT

[17] HvJ 18 juli 2007, C-119/05 *Lucchini*, Jur. 2007, I-06199, punt 52.