RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 56.867/3
van 15 december 2014

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 8 december 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen 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 10 december 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Kaat LEUS, staatsraden, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 december 2014.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd:

> “door de omstandigheid dat de lopende bankingverplichting voor de betreffende certificatenvolumes eindigt op 1 januari 2015. Vanaf deze datum kunnen de netbeheerders de certificaten op de markt brengen, waardoor de certificatenmarkt ernstig ontwricht zou worden. De plotse waardedaling van de certificaten zou kunnen leiden tot financiële problemen voor exploitanten en tot de stillegging van installaties. De VREG heeft in haar advies van 21 oktober 2014 gesteld dat het niet te verwachten valt dat er, zonder wijziging van het huidige systeem, tekorten zullen ontstaan op de certificatenmarkten binnen de momenteel vastgelegde banking periodes. Het is dan ook volgens de regulator niet aangewezen om deze certificaten op korte termijn op de markt te brengen, wat door de inspectie van financiën in haar advies van 14 november 2014 wordt beaamd, In het belang van de rechtszekerheid, het gewettigd vertrouwen en de stabiliteit van de markt moet dan ook voor deze datum door de Regering een beslissing worden genomen tot verlenging van de immobilisatietermijn.”

*

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken 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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe de zogenaamde banking van het pakket groenestroomcertificaten bedoeld in artikel 6.4.14/1, § 1, 1°, b), van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 ‘houdende algemene bepalingen over het energiebeleid’ (hierna: Energiebesluit), en het pakket warmtekrachtcertificaten bedoeld in artikel 6.4.14/1, § 1, 2°, b), van datzelfde besluit, te verlengen. De banking van die certificaten liep normaal af op 1 januari 2015, doch wordt verlengd tot 1 juli 2016, op advies van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna: VREG), verleend met toepassing van artikel 6.1.14/1, § 3, van het Energiebesluit.

3.1. De rechtsgrond voor het te nemen besluit wordt gezocht in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en in de artikelen 7.1.6, § 2, en 7.1.7, § 2, van het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: Energiedecreet).

3.2. Op het eerste gezicht heeft de verlenging van de banking enkel betrekking op het vaststellen van het “tijdsbestek waarbinnen de netbeheerder de certificaten terug op de markt brengt” in de zin van de artikelen 7.1.6, § 2, en 7.1.7, § 2, van het Energiedecreet.

De verlenging van de termijn voor de banking impliceert evenwel ook een verlenging van de aan de banking verbonden steunregelingen.[1] Vanuit dat perspectief moeten ook de andere bepalingen die rechtsgrond bieden voor het systeem van de banking en de controle erop, zoals ingevoerd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 10 januari 2014,[2] als rechtsgrondbepalingen in de aanhef van het te nemen besluit worden opgenomen.

Het gaat daarbij om de artikelen 7.5.1, 8.4.1, 8.7.1, 9°, 13.1.1 en 15.3.5/5 van het Energiedecreet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

VORMVEREISTEN

4.1. In advies 53.605/3 van 18 juli 2013 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 10 januari 2014, heeft de Raad van State uiteengezet dat de financiële aspecten van de banking – die met het te nemen besluit worden verlengd – op een dubbele wijze raken aan de regels voor staatssteun (*cf.* de opmerkingen 4 en volgende van het advies). Vooreerst wordt een vergoeding ingesteld voor de financiële kost van de banking zelf. Bovendien wordt voorzien in een garantie ten laste van de Vlaamse begroting voor het prijsverschil tussen enerzijds de referentieprijs (dit is het bedrag van de minimumsteun, zijnde 93 euro voor groenestroomcertificaten en 27 euro voor warmtekrachtcertificaten) en anderzijds de werkelijke prijs die de netbeheerder zal ontvangen bij het opnieuw op de markt brengen van de geïmmobiliseerde certificaten. Deze financiële regelingen vinden rechtsgrond in de onder randnummer 3.2 vermelde bepalingen van het Energiedecreet die nader zijn uitgewerkt in de artikelen 6.4.14/2, § 2, respectievelijk 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit.

4.2. In acht genomen de nodige aanpassingen bij het besluit van de Vlaamse Regering van 10 januari 2014, kon de eerste maatregel worden beschouwd als de compensatie van een openbaredienstverplichting, waarvan redelijkerwijze kan worden voorgehouden dat een vrijstelling van aanmelding mogelijk was op basis van artikel 3 van besluit 2012/21/EU van de Europese Commissie.[3]

4.3. De tweede maatregel is echter een gewestwaarborg die bezwaarlijk kan worden ingepast in de logica van besluit 2012/21/EU. In afwijking van het systeem van groenestroomcertificaten dat destijds werd aangemeld bij de Europese Commissie, en waarvan de Europese Commissie heeft geoordeeld dat het geen staatssteun was omdat er geen overdracht van overheidsmiddelen plaatsvond,[4] wordt ermee een potentieel significante last[5] gelegd op de

[1] Enerzijds zullen de netbeheerders langer recht hebben op de compensatie voorzien in artikel 6.4.14/2, § 2, van het Energiebesluit voor de financieringskosten verbonden aan de banking; anderzijds wordt de garantie van artikel 6.4.14/2, § 3, van het Energiebesluit niet opeisbaar, maar verlengd in de tijd.

[2] Besluit van de Vlaamse Regering van 10 januari 2014 ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders’.

[3] Besluit 2012/21/EU 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’.

[4] Europese Commissie, Steunmaatregel N 254/2006 – België, Fotovoltaïsche panelen C(2006) 4954 def.

Vlaamse begroting ter financiering van de kosten die verbonden zijn aan de groenestroomcertificaten, waardoor het hele systeem van groenestroomcertificaten is gedenatureerd[6] en niet langer als vanzelfsprekend buiten de regels voor staatssteun kan vallen op grond van het arrest *PreussenElektra*.[7]

In opmerking 4.1 van het hoger vermelde advies 53.605/3 adviseerde de afdeling Wetgeving van de Raad van State "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)", gelet op de 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). Niet-aanmelding van de verlenging verhindert bovendien dat die sanctie zou kunnen worden gemilderd in functie van een (nakend) compatibiliteitsoordeel door de Europese Commissie.[8]

Aangezien het voorliggende ontwerp ertoe strekt een wijziging aan te brengen in een steunregeling die moest worden aangemeld bij de Europese Commissie, moet worden geoordeeld dat ook dit ontwerp onderworpen is aan de aanmeldingsplicht en de bijhorende *standstill*-verplichting.

Mede rekening houdende met hetgeen hierna wordt opgemerkt, ziet de Raad van State geen reden om thans een ander standpunt in te nemen ten aanzien van de verlenging van de garantiemaatregel. Hoe langer met de aanmelding wordt gewacht, hoe langer het risico dreigt dat de niet-naleving van artikel 108, lid 3, VWEU wordt gesanctioneerd.

Het Vlaamse systeem van groenestroomcertificaten, inclusief de aan dat systeem inherente verplichting voor bepaalde marktdeelnemers om certificaten in te leveren, werd in het arrest *Essent Belgium*[9] door het Hof van Justitie onderzocht op de verenigbaarheid ervan met het vrij verkeer. Het Hof van Justitie gaf daarbij slechts een voorwaardelijk positief oordeel:

---

[5] Het advies van de VREG is op dit punt bijzonder onheilspellend en houdt zelfs rekening met een scenario waarin de netbeheerders hun certificaten slechts voor een euro of nog minder zouden verkopen na afloop van de bankingperiode, niettegenstaande het plafond van 15 miljoen euro per elektriciteitsdistributienetbeheerder per jaar zoals bepaald in artikel 6.4.14/2, § 1, tweede lid, van het Energiebesluit.

[6] Een gelijkaardig probleem stelt zich sinds de invoering van de degressiviteit van de federale heffing, met betrekking tot de gelijkaardige federale steunregeling voor de *offshore* windproductie: adv.RvS 53.970/1/V van 31 juli 2013 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juli 2002 betreffende de instelling van mechanismen voor de bevordering van elektriciteit opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen'.

[7] HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*.

[8] Ook nadat de Europese Commissie zal worden gevat kunnen nationale rechtscolleges de eerdere niet-naleving van artikel 108, lid 3, VWEU blijven sanctioneren, zie HvJ 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, maar de aard van de sanctie zal wellicht minder ingrijpend zijn dan indien er zelfs geen laattijdige aanmelding bij de Europese Commissie plaatsvindt, vgl. de principiële stellingname in HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, met de meer gematigde aanpak in de conclusie van AG TIZZANO in HvJ 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*, punten 76-83 en HvJ 12 februari 2008, C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*, punten 49-54. Zie verder B. CHEYNEL en A. GIRAUD, "New Paradigm for Recovery of Unlawful Aid in the EU-National Judges and 'the Exception of Compatibility'"(2008), 31(4) *WComp*, (557) 562; C. VAJDA en P. STUART, "Effects of the Standstill Obligation in National Courts – all said after CELF? An English Perspective" (2010) 3, *EStAL*, 636.

[9] HvJ 11 september 2014, gevoegde zaken C-204/12 tot C-208/12, *Essent Belgium*, punt 2) van het dictum, zie ook in het bijzonder overwegingen 111 en 112 van het arrest.

> "2) De artikelen 28 EG en 30 EG en de artikelen 11 en 13 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale steunregeling als beschreven in punt 1 van het onderhavige dictum, voor zover:
> - mechanismen zijn ingesteld die verzekeren dat een daadwerkelijke certificatenmarkt tot stand komt waar vraag en aanbod elkaar kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken, zodat de betrokken leveranciers daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om zich op die markt onder billijke voorwaarden certificaten aan te schaffen;
> - de berekeningswijze en het bedrag van de administratieve geldboete die moet worden betaald door de leveranciers die niet aan de in punt 1 van het onderhavige dictum vermelde verplichting hebben voldaan, aldus zijn vastgesteld dat zij niet verder gaan dan nodig is om de producenten te stimuleren hun productie van stroom uit hernieuwbare energiebronnen daadwerkelijk te verhogen en de aan die verplichting onderworpen leveranciers ertoe aan te zetten zich daadwerkelijk de vereiste certificaten aan te schaffen en daarbij met name wordt vermeden dat deze leveranciers te zwaar worden bestraft."

Het is hoogst onzeker of het systeem van de (banking van de) groenestroomcertificaten, dat nog niet behoorde tot het rechtskader zoals dat aan het Hof van Justitie werd voorgelegd,[10] verenigbaar kan worden geacht met die eerste voorwaarde. Uit het advies van de VREG[11] dat aan het ontwerpbesluit voorafgaat, blijkt dat in het voorliggende bankingsysteem de certificatenmarkt niet functioneert, en dat het voorliggende ontwerp daarvoor geen structurele oplossing biedt, evenmin als voor het onderliggende probleem van het (significante) certificatenoverschot. De "billijke voorwaarden"' waaronder de betrokken leveranciers certificaten kunnen aanschaffen, blijken op dit ogenblik niet het resultaat te zijn van een daadwerkelijke certificatenmarkt waar vraag en aanbod elkaar kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken – althans niet zonder substantiële overheidsinterventie in de vorm van de banking en de daarbij uitgewerkte financiële steunmaatregelen.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Jo BAERT

[10] Het arrest heeft formeel betrekking op de regeling zoals die bestond vóór de opheffing van het oude Elektriciteitsdecreet door het Energiedecreet van 8 mei 2009, maar de redenering die het Hof heeft gevolgd lijkt evenzo te kunnen gelden voor de huidige bepalingen.

[11] Advies 2014-03 van 21 oktober 2014 'Banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de elektriciteitsdistributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit', http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2014-03.pdf, in het bijzonder p. 3-4; zie eveneens het advies van de SERV en de MINAraad nr. 2012-80 van 6 december 2012 'over banking van certificaten door netbeheerders in het licht van de actuele certificatenoverschotten': http://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV_Mina_ADV_20121206_banking_certificaten.pdf