



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 62.462/3
van 13 december 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende
wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat
betreft een vergoeding voor de uitvoering van de
openbaredienstverplichtingen vermeld in artikel 7.1.6 en 7.1.7
van het Energiedecreet van 8 mei 2009’

Op 13 november 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft een vergoeding voor de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen vermeld in artikel 7.1.6 en 7.1.7 van het Energiedecreet van 8 mei 2009’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 5 december 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 december 2017.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot het wegwerken van het huidige overschot aan groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten in het Vlaamse Gewest.

Naast de bij decreet in te voeren aanpassing van de regels inzake de verplichting tot het jaarlijks indienen van een aantal groenestroomcertificaten,¹ wordt daartoe de vergoeding opgetrokken die aan de elektriciteitsdistributienetbeheerders wordt toegekend voor het opkopen van groenestroomcertificaten (artikel 1 van het ontwerp - ontworpen wijzigingen van artikel 6.4.14/2, § 2, van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 ‘houdende algemene bepalingen over het energiebeleid’, hierna: Energiebesluit) en wordt een vergelijkbare vergoedingsregeling ingevoerd voor het opkopen van warmtekrachtcertificaten (artikel 2 - ontworpen artikel 6.4.14/3 van het Energiebesluit).

Bovendien wordt het toezicht door het Vlaams Energieagentschap (hierna: VEA) op die regeling versterkt (artikelen 3 en 4, 1°, 3° en 4° - ontworpen wijzigingen van artikel 11.1.3 van het Energiebesluit).

Ten slotte wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om een foute kruisverwijzing in artikel 11.1.3 van het Energiebesluit recht te zetten (artikel 4, 2°).

Met uitzondering van die laatste bepaling en artikel 5, moet de inwerkingtreding van de overige bepalingen van het te nemen besluit door de Vlaamse minister bevoegd voor het energiebeleid (hierna: de minister) worden vastgesteld op een datum “die niet vroeger kan zijn dan alvorens de Europese Commissie een besluit heeft genomen waaruit blijkt dat de in die artikelen vervatte regeling (lees: regelingen) geen staatssteun of met de interne markt verenigbare staatssteun zijn” (artikel 6). De minister kan echter, vanaf de bekendmaking van het te nemen besluit, beslissen om de bedragen voor de vergoeding van kosten voor de openbardienstverplichtingen voorwaardelijk en onder opschortende voorwaarde op een geblokkeerde rekening van elke elektriciteitsdistributienetbeheerder te storten in afwachting van de beslissing van de Europese Commissie. Indien die beslissing ongunstig uitvalt, dienen de bedragen aan het Vlaamse Gewest te worden teruggestort, verhoogd met de bankinterest (artikel 5 - ontworpen artikel 12.3.16 van het Energiebesluit).

¹ Zie het voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de aanpassing van de groenestroomdoelstellingen, de WKK-doelstellingen en de energieheffing’, waarover op 1 december 2017 het advies 62.377/3 is gegeven.

RECHTSGROND

3. Uit het eerste lid van de aanhef van het ontworpen besluit blijkt dat de rechtsgrond ervoor wordt gezocht in de artikelen 8.4.1 en 13.1.1 van het decreet van 8 mei 2009 ‘houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid’ (hierna: Energiedecreet).

3.1. De rechtsgrond voor het bepalen van de vergoeding voor de openbaredienstverplichtingen van de netbeheerders kan inderdaad worden gevonden in artikel 8.4.1, 9°, van het Energiedecreet, dat luidt:

“De Vlaamse Regering kan een steunprogramma opstellen met tegemoetkomingen ten voordele van (...) de netbeheerders (...) voor:

(...)

9° kosten die verbonden zijn aan openbaredienstverplichtingen die door of krachtens dit decreet worden opgelegd.”

3.2. Voor de wijzigingen inzake het toezicht is de rechtsgrond te situeren in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, op grond waarvan de Vlaamse Regering beschikt over een algemene uitvoeringsbevoegdheid, gelezen in samenhang met artikel 13.1.1 van het Energiedecreet.

4. Aangezien het ontworpen artikel 6.4.14/3, § 3, van het Energiebesluit ertoe strekt het VEA te belasten met een opdracht die niet uit de voormelde bepalingen van het Energiedecreet voortvloeit, dient in de aanhef als rechtsgrond ook melding te worden gemaakt van artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (en eventueel ook van artikel 6, § 2, van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003, als bijkomende rechtsgrond).

VORMVEREISTEN

5.1. Uit stukken gevoegd bij de adviesaanvraag blijkt dat de ontworpen vergoedingsregeling reeds is aangemeld als staatssteun bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). In beginsel geldt daardoor een *standstill*-verplichting, wat inhoudt dat de steun niet mag worden uitgevoerd alvorens de Commissie een besluit tot goedkeuring van die steun heeft genomen of wordt geacht dat te hebben genomen.²

Ondanks de hangende aanmelding wil de Vlaamse Regering de ontworpen regeling toch aannemen, zij het dat de artikelen 1 tot 3 en 4, 1°, 3° en 4°, van het te nemen besluit pas door de minister in werking kunnen worden gesteld nadat de Europese Commissie de steun heeft goedgekeurd. Daardoor wordt de uitvoering van de steun opgeschort tot de Commissie haar fiat verleent, teneinde de *standstill*-verplichting te respecteren.

² Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 ‘tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’ (hierna: verordening 2015/1589), artikel 3.

5.2. In beginsel moet elk voornemen om nieuwe steun te verlenen *voorafgaandelijk* worden aangemeld.³ Niettemin aanvaardt de Europese Commissie dat een regeling nog niet ten uitvoer is gebracht in de zin van artikel 108, lid 3, van het VWEU, indien de reeds aangenomen regeling een bepaling bevat dat de steun slechts kan worden verleend nadat de Europese Commissie de steunmaatregel heeft toegelaten.⁴ Dat impliceert dat de aangenomen maatregel alsnog moet worden aangemeld na het aannemen ervan.⁵

In dit geval is gekozen voor die aanpak door in artikel 6 van het ontwerp te bepalen dat de inwerkingtreding van de betrokken bepalingen wordt uitgesteld.

5.3. Er is echter ook het ontworpen artikel 12.3.13 van het Energiebesluit, dat onmiddellijk in werking zal treden. Luidens die bepaling kan de minister beslissen om de steun reeds “voorwaardelijk en onder opschortende voorwaarde” over te maken, door de bedragen op een geblokkeerde rekening van elke elektriciteitsdistributienetbeheerder te storten. De minister kan die bedragen pas vrijgeven en “conform artikel 6.4.14/2 of artikel 6.4.12/3 [van het Energiebesluit]” toekennen nadat de Europese Commissie heeft beslist dat het ofwel niet om staatssteun gaat ofwel om staatssteun die met de interne markt verenigbaar is, en mits het akkoord van de Vlaamse minister bevoegd voor de financiën en de begrotingen.⁶

De vraag rijst of deze ontworpen bepaling niet neerkomt op een uitvoering van de steun, wat in strijd zou zijn met de *standstill*-verplichting.

In de nota aan de Vlaamse Regering die bij de adviesaanvraag is gevoegd, wordt daarover het volgende opmerkt:

“In staatssteunregelgeving is vastgelegd dat het moment waarop staatssteun geacht wordt te zijn verleend, het tijdstip is waarop de onderneming krachtens de toepasselijke nationale wet- en regelgeving een wettelijk aanspraak op deze steun verwerft. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is er enkel toekenning van steun indien alle formaliteiten en voorwaarden die krachtens nationaal recht vervuld moeten zijn om aanspraak te kunnen maken op steun, effectief zijn voldaan.⁷ Als de voorwaarden zo zijn

³ Verordening 2015/1589, artikel 2, lid 1.

⁴ *State Aid Manual of Procedures*, European Commission, 2013, Section 5, 1.1, (3): “By ‘putting into effect’ is meant not only the actual payment of the aid but the moment the right to receive the aid according to the national law arises (C-129/12, point 40) conferment of powers enabling the aid to be granted without further formality. To avoid breaching this requirement when passing aid legislation, Member States can either notify the legislation while it is still at the drafting stage or, if not, insert a clause whereby the aid granting body can only grant the aid after the Commission has cleared the aid. Without such a clause the measure is considered as unlawful (non-notified) aid.”

⁵ Bij het aannemen van een regeling zonder de goedkeuring van de Europese Commissie af te wachten, loopt men het risico dat de regeling nog wijziging behoeft, vermits de Commissie haar goedkeuring afhankelijk kan maken van het aanpassen van de regeling. Daarom is het in principe raadzaam om de eindbeslissing van de Europese Commissie af te wachten alvorens een regeling aan te nemen.

⁶ Het is contradictorisch om enerzijds toe te laten dat de bedragen voor de vergoeding van kosten voor de openbaredienstverplichtingen reeds worden overgemaakt, terwijl anderzijds de regels voor het bepalen van die vergoedingen (bv. het ontworpen artikel 6.4.14/3 van het Energiebesluit) nog niet in werking worden gesteld. Om de omvang van de te storten bedragen te kunnen bepalen, moet immers toepassing worden gemaakt van de wijzigingen die bij de artikelen 1 en 2 van het te nemen besluit worden doorgevoerd, terwijl die volgens artikel 6 van het ontwerp nog niet in werking zijn. Daaruit blijkt dat men in feite reeds uitvoering wil geven aan de nieuwe regels.

⁷ *Noot 8 uit de nota aan de leden van de Vlaamse Regering*: HvJ 21 maart 2013 Magdeburg, zaak C-129/12, §40-42.

geformuleerd dat de wettelijke aanspraak op steun pas ontstaat nadat de Europese Commissie de steun heeft goedgekeurd⁸, dan is dit in overeenstemming met artikel 108 VWEU.

Artikel 5 voorziet in de mogelijkheid om reeds voorwaardelijk en onder opschortende voorwaarde van goedkeuring door de Europese Commissie bedragen uit te betalen. De bedragen worden gestort op een geblokkeerde rekening van elke elektriciteitsdistributienetbeheerder en blijven daar geblokkeerd tot deze formeel door de minister na vervulling van de opschortende voorwaarde(n) worden vrijgegeven en mits akkoord van de Vlaamse minister van Begroting. Tot dat moment kunnen de middelen niet worden aangewend voor het in de artikelen 6.4.14/2 en 6.4.14/3 beoogde doel. Het wettelijk recht op steun ontstaat immers pas definitief bij de vervulling van de opschortende voorwaarde en mits akkoord van de Vlaamse minister van Begroting. Zonder die vervulling is er geen wettelijke titel.”

Daarbij is het volgende op te merken.

De onderdelen van het arrest *Magdeburger Mühlenwerke* waaraan in de nota aan de Vlaamse Regering gerefereerd wordt, betroffen de vraag of een investeringspremie was toegekend voor het tijdstip waarop volgens de beschikking van de Europese Commissie geen steun meer mocht worden verleend voor investeringen met betrekking tot de productie van meel; het ging dus om de verplichting tot het stopzetten van bestaande steun. Uit het arrest volgt “dat de steun moet worden geacht te zijn toegekend op het tijdstip waarop de begunstigde krachtens de toepasselijke nationale regeling een wettelijke aanspraak op de steun verwerft”.⁹ Was uiterlijk op dat tijdstip de wettelijke aanspraak op de steun verworven, dan was die steun niet toegekend in strijd met het verbod ook al werd ze na die datum uitbetaald.¹⁰ Die situatie is te onderscheiden van de voorliggende regeling betreffende de invoering van nieuwe steun en de voorwaardelijke uitbetaling ervan.

Het ontworpen artikel 12.3.13 van het Energiebesluit laat toe dat er al fondsen worden overgemaakt aan de distributienetbeheerders. Het feit dat dit gebeurt op een geblokkeerde rekening en onder voorbehoud van een gunstig eindoordeel van de Europese Commissie,¹¹ neemt niet weg dat die bepaling ertoe strekt om de steunmiddelen feitelijk reeds over te dragen aan de begunstigde ondernemingen. Nog afgezien van de vraag waarom dit nodig wordt geacht en waarom niet kan worden gewacht tot er zekerheid is dat de steun effectief kan worden verleend, lijkt de steunregeling zo reeds een begin van uitvoering te krijgen. Het is onzeker of de Europese Commissie zal aanvaarden dat dit nog niet om het ten uitvoer brengen van de steun gaat.

⁸ Noot 9 uit de nota aan de leden van de Vlaamse Regering: De Europese Commissie raadt in haar Section 5 - 3 van het EC State aid manual of procedures aan om een clause in te voegen die stelt dat “the aid granting body can only grant the aid after the Commission has cleared the aid”.

⁹ HvJ 21 maart 2013, C-129/12, *Magdeburg Mühlenwerke GmbH*, punt 40.

¹⁰ HvJ 21 maart 2013, C-129/12, *Magdeburg Mühlenwerke GmbH*, punt 42.

¹¹ Een negatieve beslissing van de Europese Commissie zal aanleiding geven tot terugvordering van de steun (zie het ontworpen artikel 12.3.16, tweede lid, van het Energiebesluit).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met wat hiervoor in verband met de rechtsgrond is uiteengezet (zie opmerkingen 3.2 en 4).

Artikel 1

7. Wat het vrij verkeer van goederen betreft, dient op het volgende te worden gewezen. Hoewel de ontworpen regeling niet rechtstreeks ingrijpt in het certificatenaanbod of de inleververplichtingen, is er wel een onrechtstreeks sturend effect op het volledige certificatenaanbod op de markt. De Raad van State verwijst in dat verband naar de bedenking die hij reeds in eerdere adviezen heeft geformuleerd naar aanleiding van telkens nieuwe overheidsinterventies inzake groenestroomcertificaten, namelijk dat er nog geen daadwerkelijke certificatenmarkt verwezenlijkt blijkt te zijn waar vraag en aanbod elkaar kunnen ontmoeten en een evenwicht kunnen bereiken.¹²

Artikel 5

8. In het ontworpen artikel 12.3.16, eerste lid, van het Energiebesluit wordt gewag gemaakt van een beslissing van de Europese Commissie “waaruit blijkt dat [de reeds gestorte] bedragen geen staatssteun of met de interne markt verenigbare staatssteun zijn”. Die bepaling kan verkeerd worden gelezen, waarbij “geen” niet enkel slaat op “staatssteun”, maar ook op “met de interne markt verenigbare staatssteun”, wat niet de bedoeling is. Er wordt ter overweging gegeven om te schrijven: “waaruit blijkt dat deze bedragen met de interne markt verenigbare staatssteun of geen staatssteun zijn”.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 6 van het ontwerp, waarin aan het einde hetzelfde zinsdeel voorkomt.

9. In het ontworpen artikel 12.3.16, tweede lid, van het Energiebesluit wordt bepaald dat als de Europese Commissie haar goedkeuring weigert, de reeds gestorte steunbedragen moeten worden teruggestort aan het Vlaamse Gewest “vermeerderd met de bankinterest”. Daarmee wordt de indruk gewekt dat het gaat om de interest verbonden met de geblokkeerde rekening waarop de steun is gestort.

¹² Zie o.m. adv.RvS 58.047/1/V van 25 augustus 2015 over amendementen op een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 27 november 2015 ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, opmerking 6, met verwijzing naar adv.RvS 56.867/3 van 15 december 2014 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2014 ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de banking van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten door de netbeheerders’, opmerking 4.3.

Terugvordering van steun gebeurt in beginsel tegen de interestvoet die de Europese Commissie vaststelt op basis van artikel 16, lid 2, van verordening 2015/1589.¹³ Voorzover de ontworpen bepaling bestaanbaar is met de *standstill*-verplichting (opmerking 5.3), zal ze derhalve meer in overeenstemming met het recht van de Europese Unie moeten worden gesteld, bijvoorbeeld door te schrijven “vermeerderd met het toe te passen rentepercentage”.

Artikel 6

10. Artikel 6 van het ontwerp laat het bepalen van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 3 en 4, 1°, 3° en 4°, over aan de minister. Die datum kan “niet vroeger (...) zijn dan alvorens de Europese Commissie een besluit heeft genomen waaruit blijkt dat de in die artikelen vervatte regeling geen staatssteun of met de interne markt verenigbare staatssteun zijn”.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het verleden reeds meermaals heeft opgemerkt, kan het toekennen van een verordenende bevoegdheid door de Vlaamse Regering aan één van haar leden, enkel toelaatbaar worden geacht in zoverre die delegatie slechts regels van bijkomstige aard of van beperkt belang betreft.

De appreciatiebevoegdheid die aldus aan de minister wordt toegekend voor het vaststellen van de genoemde datum, kan niet worden beschouwd als een bevoegdheid van bijkomstige of aanvullende aard. Dat is hier in het bijzonder het geval omdat de minister de bevoegdheid krijgt om de inwerkingtreding eventueel verder uit te stellen, ook nadat de Europese Commissie haar goedkeuring zou hebben verleend (wat blijkt uit de woorden “niet vroeger dan”).

Indien de bevoegdheid van de minister zou worden beperkt door hem, na het fiat van de Commissie, een beperkt tijdspad te laten om de voormelde artikelen in werking te stellen, kan de delegatie wel worden aanvaard.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

¹³ Zie hoofdstuk V van verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 ‘tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag’.