
Aan: ODE Vlaanderen

David Haverbeke, *Partner*

Van: Wouter Vandorpe, *Partner*

Datum: 6 juli 2022

Samenvatting

- De Vlaamse Minister van Energie is op vandaag niet verplicht het GSC-systeem voor partijen met installaties met startdatum voor 1 januari 2013 aan te passen tegen 31 december 2023 om verenigbaar te zijn met de interne markt.
- Er is een *ex post* controlebevoegdheid van de Europese Commissie op bestaande steunsystemen zoals het betreffende GSC-systeem. Er zijn daarbij geen indicaties dat de Europese Commissie zou menen dat het betreffende GSC-systeem niet langer verenigbaar is met de interne markt en/of dat de Europese Commissie aanbevelingen heeft gegeven via dienstige maatregelen.
- Bijgevolg, indien de Vlaamse overheid aldus zou beslissen om voormeld GSC-systeem aan te passen per GSC-knip, kan dit op heden niet worden ondersteund op basis van een verplichting die de Europese Commissie zou opleggen, maar op een keuze van de Vlaamse overheid om dit systeem te wijzigen.

1. Vraagstelling

- Heden wordt een discussie gevoerd over de plannen van de Vlaamse Minister van Energie om te snoeien in het Vlaamse systeem van groenestroomcertificaten (GSC) voor partijen met installaties met startdatum voor 1 januari 2013 (hierna het "**betreffende GSC-systeem**" en de "**GSC-knip**").
- De Minister van Energie stelt hierbij regelmatig publiekelijk dat deze verplicht¹ zou zijn het betreffende GSC-systeem bij te sturen omwille van de nieuwe staatssteunregels omtrent energie, zoals deze werden ingevoerd door de EU op 18 februari 2022 (de zgn. "**CEEAG**"²). De Minister van Energie stelt aldus als één van de argumenten om de GSC-knip te rechtvaardigen, of impliceert minstens, de GSC-knip te moeten doorvoeren om de steun verenigbaar te maken met de interne markt.
- Hierna wordt nagegaan of de Minister van Energie verplicht is het betreffende GSC-systeem aan te passen tegen 31 december 2023 om verenigbaar te zijn met de interne markt.

¹ Zie ondermeer het antwoord van de Minister van Energie op Vraag 1676 (2021-2022) in de Vlaamse Commissie Energie van 9 februari 2022: "*Weet ook dat er een recent richtsnoer van de Europese Commissie is, van begin dit jaar, dat de lidstaten verplicht om bestaande steun te evalueren en in te grijpen bij oversubsidiëring. Dat richtsnoer versterkt ook ons dossier, naast de bestaande regels rond staatssteun. Dat maakt natuurlijk dat we nu een goede juridische onderbouw hebben.*" (wij onderlijnen)

² MEDEDELING VAN DE COMMISSIE van 18 februari 2022, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022, (2022/C 80/01).

2. Is de Vlaamse Minister verplicht om, omwille van de nieuwe CEAAG-staatssteunregels, een GSC-knip door te voeren?

- De ondersteuning via het betreffende GSC-systeem dient te worden aanzien als een *bestaande steun*.
 - Immers wordt ondermeer volgende steun als bestaande steun beschouwd: "*steun die als bestaande steun wordt beschouwd, omdat kan worden vastgesteld dat hij op het moment van tot uitvoering brengen geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de interne markt, zonder dat de betrokken lidstaat er wijzigingen in heeft aangebracht*"³.
 - Het betreffende GSC-systeem werd eertijds door de Europese Commissie niet als steun aanzien, doch per beslissing van 16 februari 2018 SA.46013 wijzigde de Commissie haar categorisering van daaropvolgende GSC-systemen naar steun. Er kan dus worden geargumenteed dat ook het betreffende GSC-systeem van vóór 2013 op het moment van tot uitvoering brengen geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de interne markt, nl. door een aangepaste visie van de Europese Commissie hieromtrent.
- Het verschil tussen een steun als nieuwe dan wel als bestaande steun is relevant op het punt van de controlebevoegdheden op deze steun door de Europese Commissie:
 - Bij nieuwe steun heeft de Europese Commissie een zgn. *ex ante* controle*plicht*, waar deze moet nagaan of de steun verenigbaar is met de bestaande Europese regelgeving, ondermeer de verenigbaarheid met de staatssteunregels die op dat moment van toepassing zijn. Deze controle wordt in detail door de Commissie uitgevoerd vooraleer de steun van toepassing kan zijn en kan worden uitgevoerd. De verplichting van de betrokken Lidstaat bestaat uit het aanmelden en voorleggen van de beoogde nieuwe steun aan de Europese Commissie en deze niet uit te voeren zolang de Commissie haar onderzoek niet heeft gevoerd.
 - Bij bestaande steun daarentegen bestaat een *mogelijkheid*, niet een verplichting, van de Europese Commissie van een *ex post* controle op de bestaande steun als deze dit opportuun vindt, en bestaat de verplichting van de betrokken Lidstaat uit rapportageverplichtingen (niet uit het automatisch wijzigen van de steun bij nieuwe staatssteunregels, cf. verder).
 - De basisregels omtrent bestaande steun bevatten aldus geen specifieke verplichting ten aanzien van een Lidstaat om per definitie een bestaand systeem (zoals het betreffende GSC-systeem) bij te sturen in geval van nieuwe maatregelen zoals gewijzigde staatssteunregels. Enkel indien en vanaf uit de *ex post* controle van de Europese Commissie zou blijken dat dit vereist is om verenigbaar te zijn met de EU-regels, zal een Lidstaat gehouden zijn dit te doen, althans zal de Commissie dit voorstellen te doen. Tot zolang wordt de bestaande steun geacht compatibel te zijn met de wijzigende regelgeving.
 - Dit initiatiefrecht (geen verplichting) van de Europese Commissie wordt verder

³ Artikel 1(b) van 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.

uitgeschreven in de Verordening 2015/1589⁴ (o.m. art. 22) dat uitdrukkelijk aanhaalt dat indien de Europese Commissie “*tot de gevolgtrekking komt dat de bestaande steunregeling niet of niet langer verenigbaar is met de interne markt, zij een aanbeveling [geeft] waarbij de betrokken lidstaat dienstige maatregelen worden voorgesteld*”. Opnieuw wordt beklemtoond dat dit gaat over (i) een initiatiefrecht vanuit de Europese Commissie en (ii) dat dit uitmondt in voorstellen ten aanzien van een Lidstaat en niet in verplichtingen.

- Bijkomend werd specifiek voor de invoering van de CEEAG volgende systematiek ingevoerd ten aanzien van bestaande steun: “*De Commissie stelt lidstaten de volgende dienstige maatregelen voor op grond van artikel 108, lid 1, van het Verdrag: [...] lidstaten wijzigen, waar nodig, bestaande steunregelingen ten behoeve van milieubescherming en energie tegen uiterlijk 31 december 2023 om die met deze richtsnoeren in overeenstemming te brengen;*”⁵
 - Ook deze systematiek legt het initiatiefrecht bij de Europese Commissie (niet bij de betrokken Lidstaat) om, wanneer deze dit nodig acht, een *ex post* controle op bestaande systemen door te voeren.
 - Er is op te vallen dat deze systematiek kan uitmonden in dienstige maatregelen die de Europese Commissie *voorstelt* (niet: oplegt) aan de betrokken Lidstaat om systemen te wijzigen.
 - Er is verder op te vallen dat deze systematiek niet automatisch geldt vanaf een nieuwe regeling, maar dat eerst dient te worden nagegaan of dergelijke wijziging wel 'nodig' is. M.a.w., indien er wordt geopperd dat deze wijziging niet nodig is of indien dit niet wordt opgelegd, zal deze wijziging van de bestaande steun ook niet moeten worden doorgevoerd om compatibel te blijven.
 - Anders gesteld: het aanzien van deze bepaling (468) uit de CEEAG als een uitdrukkelijke plicht voor Lidstaten om bestaande steun te wijzigen tegen 31 december 2023 om die met de CEEAG in overeenstemming te brengen, zou niet tegemoetkomen aan de systematiek ervan, nl. het initiatiefrecht van de Commissie om bestaande steun *ex post* na te gaan en desgevallend dienstige maatregelen voor te stellen, vooraleer deze in een latere fase verplichtend zouden gemaakt worden.
- Verder vermeldt (dezelfde para. 468 van) de CEEAG: “*b) lidstaten delen binnen twee maanden na de datum van bekendmaking van deze richtsnoeren in het Publicatieblad van de Europese Unie hun uitdrukkelijke en onvoorwaardelijke instemming met de in punt 468, a), voorgestelde dienstige maatregelen mee. Zonder een antwoord van de betrokken lidstaat zal de Commissie aannemen dat deze niet met de voorgestelde maatregelen instemt.*”
 - Er dient dus nagegaan te worden of de Europese Commissie tot op vandaag opmerkingen heeft gegeven op de betreffende GSC-steun die van die aard zijn dat dit zou leiden tot een dienstige maatregel om tegen 31 december 2023 deze bestaande steun te wijzigen.
 - Volgens onze informatie heeft de Europese Commissie alvast nog geen dienstige maatregelen omtrent het specifieke bestaande GSC-steun van voor 2013 voorgesteld of gepubliceerd en heeft de Vlaamse overheid nog niet (althans niet publiekelijk) tegen 18 april 2022⁶ diens uitdrukkelijke en onvoorwaardelijke instemming met eventuele voorgestelde dienstige maatregelen meegedeeld.
- Deze systematiek van 'dienstige maatregelen' is trouwens niet nieuw of niet specifiek gekoppeld aan de CEEAG, maar wordt reeds jaren toegepast indien het gaat om de controle en verificering van

⁴ 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, OJ L 248, 24.9.2015, p. 9–29.

⁵ Para. 468 CEEAG.

⁶ = Datum van 2 maanden na de datum van bekendmaking van deze richtsnoeren in het Publicatieblad van de Europese Unie.

bestaande steun op staatsteunmaatregelen. Hierin stelde de Commissie in het verleden duidelijk dat reeds toegekende steun buiten de toepassing van de systematiek van 'dienstige maatregelen' valt, en vanaf wanneer een Lidstaat pas effectief *verplicht* is om diens steunsysteem te wijzigen:

"It is important to realise that the appropriate measures procedure is a forwardlooking one. There is no recovery of aid already granted. The Member State is only bound to change its aid scheme when it accepts a proposal from the Commission, or if it does not accept the proposal, as from the date fixed in a final Commission decision after the opening of the Article 108(2) procedure. (wij onderlijnen)⁷

- o Anders gesteld: indien nog geen voorgestelde dienstige maatregelen werden meegedeeld, geldt een verplichting tot wijziging voor een Lidstaat niet. Het zou dus fout zijn te stellen dat men verplicht is in te grijpen in de bestaande steunregeling via een GSC-knip op basis van de nieuwe staatsteunmaatregelen CEEAG.
- o Er kan naar vaststaande rechtspraak in dit verband worden verwezen, die bevestigt dat er een vermoeden van rechtmatigheid van bestaande steun bestaat zolang niet rechtens wordt ingegrepen (wij onderlijnen), ondermeer:
 - *"24. Wat bestaande steun betreft, is het vaste rechtspraak dat de Commissie krachtens artikel 108, lid 1, VWEU (onder toezicht van het Hof) dient vast te stellen of deze steun al dan niet met de interne markt verenigbaar is, nadat zij onder haar verantwoordelijkheid daartoe de geëigende procedure heeft toegepast. Tenzij en totdat de Commissie aldus heeft gehandeld, bestaat er geen vermoeden dat nationale maatregelen volgens de staatssteunregels van de EU onrechtmatig zijn of dat een nationale rechter moet optreden om ze buiten toepassing te laten."⁸*
 - *"Vooraf zij opgemerkt dat de procedure in het kader van de door de artikelen 107 en 108 VWEU ingevoerde toezichtregeling voor staatssteun verschilt naargelang het gaat om bestaande of nieuwe steun. Bestaande steunmaatregelen kunnen overeenkomstig artikel 108, lid 1, VWEU regelmatig tot uitvoering worden gebracht zolang de Commissie ze niet onverenigbaar met de interne markt heeft verklaard,"⁹*
- Tussenconclusie: Voor bestaande steun zoals het betreffende GSC-systeem, is de Vlaamse Minister niet verplicht dit systeem aan te passen tegen 31 december 2023 om verenigbaar te zijn met de interne markt. Het is namelijk aan de Europese Commissie om eventueel de verenigbaarheid van dit systeem na te gaan, desgevallend voor te stellen te wijzigen en eventueel in te grijpen wanneer dit niet zou worden opgevolgd. Dit is naar onze informatie tot op heden niet gebeurd, en hiertoe zijn geen indicaties (bv. door publicatie van voorstel tot dienstige maatregelen) terug te vinden.
 - o Indien de Vlaamse overheid aldus zou beslissen om dit systeem aan te passen per GSC-knip, kan dit niet worden ondersteund op basis van een verplichting die de EU oplegt, maar op basis van een *keuze* van de Vlaamse overheid om dit systeem te wijzigen, wat ook de motivatie daarvan zou zijn.

⁷ State Aid Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 107 and 108 TFEU.

⁸ Conclusie van advocaat-generaal, E. SHARPSTON, van 7 februari 2013 (1), Zaak C-6/12, P Oy.

⁹ C-590/14, 26 oktober 2016, *DEI, Alouminion tis Ellados*, para. 45.

3. **Bevestiging van aangehaalde stelling in recente contacten met Europese Commissie (DG COMP – State aid)**

- Bovenstaande stelling dat de Vlaamse Minister niet verplicht is dit systeem aan te passen tegen 31 december 2023 om verenigbaar te zijn met de interne markt, lijkt tot op heden te worden bevestigd in de contacten ter afoetsing die in mei 2022 werden gehouden met de Europese Commissie (DG COMP – State Aid) in dit verband.
- Binnen deze contacten, die specifiek de aangekondigde GSC-knip en de afoetsing van de status van dit dossier bij DG COMP betroffen, werd schriftelijk door de Commissie ontkend dat het betreffende GSC-systeem moet aangepast worden.

"We understand that your concern is about a contract that you have concluded with the national authorities.

We are in contact with the Flemish authorities in order to clarify how they intend to align their State aid scheme with the new Climate, Environmental protection and Energy Guidelines (so called "CEEAG") for future support. Nevertheless, please note that the new CEEAG do not require changes to already granted support contracts." (wij onderlijnen)

- Hiermee lijkt de Europese Commissie aan te geven en bovenstaande stelling te bevestigen dat:
 - de uitvoering van het betreffende GSC-systeem op individuele dossiers, nl. het indertijd hebben toegekend van een minimumsteun van 20 jaar voor een individueel project, voor de Europese Commissie als een 'already granted support contract' dient aanzien te worden, en dat aldus de CEEAG hierop niet van toepassing zijn, en aldus geen wijziging genoodzaakt is.
 - voor operationele steun zoals het betreffende GSC-systeem in die zin geen onderscheid lijkt te bestaan voor de Europese Commissie voor reeds uitbetaalde dan wel nog uit te betalen minimumsteun als het gaat over de toepasselijkheid van de CEEAG. Men lijkt het begrip van 'toegekende' steun in die context aldus te interpreteren in een ruimere zin, nl. voor de reeds uitbetaalde én de nog niet uitbetaalde steun.
 - het GSC-systeem voor 2013 zodoende als een bestaande steun dient aanzien te worden.
- De Europese Commissie geeft bij deze contactname aldus aan dat de CEEAG niet van toepassing zouden zijn op reeds toegekende steun. Dit werd door de Europese Commissie eerder bevestigd in de uitwerking van de toepassing van de CEEAG op bestaande steun, uit redenen van het niet willen ondermijnen van investeringszekerheid:

"All options examined would affect decisions on aid measures adopted by the Commission as from the entry into force of the revised guidelines (proposed: 1 January 2022). All options would also affect existing aid schemes after the expiry of the transition period set out in the CEEAG (proposed: 2 years), but would not affect aid already granted to individual beneficiaries (e.g. long-term subsidy

*contracts would not be affected), and would therefore not involve retroactive changes that could undermine investor certainty."*¹⁰¹¹ (wij onderlijnen)

¹⁰ Brussels, 27.1.2022 SWD(2022) 19 final COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022 {C(2022) 481 final} - {SEC(2022) 70 final} - {SWD(2022) 20 final, p.20.

¹¹ Een individuele beslissing weliswaar te aanzien binnen een aid scheme: "aid scheme shall mean any act on the basis of which, without further implementing measures being required, individual aid awards, may be made to undertakings defined within the act in a general and abstract manner and any act on the basis of which aid which is not linked to a specific project may be awarded to one or several undertakings for an indefinite period of time and/or for an indefinite amount" (Artikel 1, onder d), van verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 [VWEU] (PB 2015, L 248, blz. 9).