

Mogelijkheid tot intrekking van de bandingfactor

Van : Liedekerke (Damien Verhoeven – Jonas Van Orshoven)
Aan : VEA
Datum : 8 oktober 2020
Onze ref.: RERDAV2038

EXECUTIVE SUMMARY

De toekenning van een voorlopige of definitieve bandingfactor is te kwalificeren als een 'rechtsverlenende overheidsbeslissing' in de zin van de rechtspraak van de Raad van State.

Bijgevolg doorstaat de intrekking van die toekenningsbeslissingen het toezicht van de Raad van State enkel indien die beslissing:

- **manifest onwettig** was (nl. in geval van een onbestaande rechtshandeling);
- werd uitgelokt door **bedrog**;
- **onwettig was en niet definitief is** (omdat de beroepstermijn bij de Raad van State nog niet afgelopen is, of de debatten bij de Raad van State nog niet gesloten zijn).

Vooraf de tweede hypothese lijkt aan de orde te kunnen zijn: een intrekking is dus mogelijk indien bedrog van de certificatangerechtigde kan worden bewezen. In de praktijk is het echter niet evident om een dergelijk bewijs te verschaffen, behalve in enkele gevallen waarin het bedrog kennelijk is.

Indien de **intrekkingsbeslissing gepaard gaat met het nemen van een voor de bestuurde gunstigere beslissing**, is het vernietigingsrisico bij de Raad van State zeer beperkt omdat de bestuurde in beginsel geen belang zal hebben bij het aanvechten van die rechtshandeling. Op die manier kan door middel van een intrekking – zelfs indien zij ten gronde door de Raad van State niet zou worden aanvaard – een **overheidsaansprakelijkheidsrisico worden vermeden**.

Integendeel kan de overheid geen bandingfactor intrekken louter omwille van opportuniteitsredenen (zoals het feit dat zij het project niet meer wenst te subsidiëren, omwille van budgettaire redenen en/of van een nieuwe beoordeling van het algemeen belang). Een intrekking mag zelfs niet indien de overheid een "gewone" onwettigheid in de toekenningsbeslissing zou hebben ontdekt nadat deze definitief is geworden.

Het feit dat een voorlopige of definitieve bandingfactor werd toegekend, of de omstandigheid of de installatie al dan niet in dienst werd genomen, maken op het vlak van de intrekkingsmogelijkheden geen verschil.

1. **Aanleiding van dit advies** – Wij verwijzen naar uw vraag van 29 september 2020 om een juridisch advies over de principiële mogelijkheid tot het intrekken van een beslissing tot toekenning van een bandingfactor. U verzocht ons daarbij om de hypothesen te onderzoeken waarin:
 - er enkel een voorlopige bandingfactor werd toegekend;
 - er een definitieve bandingfactor werd toegekend;
 - er een definitieve bandingfactor werd toegekend én het dossier intussen in dienst genomen werd.

In dit advies wordt eerst besproken in welke theoretische omstandigheden een intrekking mogelijk is (I). In een tweede beweging passen wij die criteria toe op de drie vermelde hypothesen (II).

I. THEORETISCH LUIK – TOEPASSINGSVOORWAARDEN VOOR INTREKKING¹

2. **Begrip** – Zoals u in uw e-mail van 29 september 2020 terecht aangeeft, is de intrekking een administratieve rechtshandeling met een zeer specifiek karakter. De intrekking is een (impliciete of uitdrukkelijke) rechtshandeling waarbij de overheid de beslissing die zij genomen heeft, *ab initio* tenietdoet.

De intrekking onderscheidt zich van de opheffing doordat het eerste instrument terugwerkt en de ingetrokken handeling vervolgens wordt geacht nooit te hebben bestaan. De opheffing, daarentegen, geldt enkel voor de toekomst.

Verder moet de intrekking ook onderscheiden worden van de vernietiging. Beide handelingen hebben terugwerkende kracht, maar de intrekking gebeurt door het orgaan dat de oorspronkelijke rechtshandeling zelf had uitgevaardigd, terwijl de vernietiging door de toezichthoudende overheid of door de rechter gebeurt.

3. **Algemene toepassingsvoorwaarden** – Het leerstuk van de intrekking is ontstaan in de rechtspraak. Een gevolg daarvan is dat er in de rechtspraak en de rechtsleer geen precieze eensgezindheid ontstaat over de precieze ‘aflijning’ van de toepassingsvoorwaarden ervan. Het concept van de intrekking bevindt zich op het snijpunt van het legaliteitsbeginsel enerzijds (dat ertoe noopt dat de overheid een door haar genomen onwettige beslissing uit het rechtsverkeer kan doen verdwijnen) en het rechtszekerheidsbeginsel (waarop de burger zich kan beroepen om te vermijden dat

¹ Dit luik is in het algemeen gebaseerd op de volgende auteurs, zonder dat telkens afzonderlijk verwezen wordt: D. RENDERS (ed.), *La théorie du retrait d'acte administratif*, Brussel, Larcier, 2019; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 984-995; I. OPDEBEEK, S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 119-123; M. VAN DAMME, F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, die Keure, 1994.

bepaalde rechten die hij uit een overheidsbeslissing put, niet meer aangetast kunnen worden).

De uiteenlopende meningen over de toepassingsvoorwaarden van de intrekking, worden opgedeeld in twee theorieën: de 'klassieke' theorie en de 'afwijkende' theorie.

4. **Klassieke theorie** - Volgens de klassieke theorie, die grotendeels gebaseerd is op de rechtspraak van de Raad van State, kan de overheid een rechtshandeling die geen rechten doet ontstaan ten voordele van derden, steeds intrekken wanneer het algemeen belang dat vereist – en dit ongeacht of de ingetrokken rechtshandeling wettig was of niet.

Doet de rechtshandeling wél rechten ontstaan, dan kan een intrekking slechts gebeuren onder bepaalde voorwaarden:²

1. er is een wettelijke regeling die de intrekking mogelijk maakt;
2. het gaat om een zogenaamde 'onbestaande' rechtshandeling die zodanig grof en manifest onwettig is dat zij door burger en bestuur (zelfs zonder rechterlijke tussenkomst) genegeerd mag worden;
3. de rechtshandeling werd uitgelokt door bedrog.

Verder kan de intrekking van een onwettige rechtshandeling die rechten verstrekt, volgens de klassieke theorie ook buiten deze drie gevallen om worden ingetrokken zolang die niet definitief is (nl. zolang de beroepstermijn bij de Raad van State nog niet verstreken is of, als er een beroep werd ingesteld bij de Raad van State, tot aan de sluiting van de debatten). De Raad van State heeft in zijn rechtspraak enkele nuances aangebracht op die intrekkingsmogelijkheid tijdens een vernietigingsberoep. Die nuances lijken weinig relevant in een algemeen advies en worden daarom niet verder behandeld.

5. **Afwijkende theorie** - De afwijkende theorie gaat ervan uit dat het rechtsverlenend karakter van een rechtshandeling niet relevant is voor het beoordelen van de vraag of de handeling nog kan worden ingetrokken. Volgens deze leer is de wettigheid van de rechtshandeling het enige relevante criterium.

Deze leer stelt dat een regelmatige overheidshandeling nooit³ kan worden ingetrokken, zelfs niet wanneer zij geen rechten verleent.

Een onregelmatige overheidshandeling daarentegen kan volgens de afwijkende theorie worden ingetrokken onder dezelfde voorwaarden als in de klassieke theorie voor rechtsverlenende handelingen het geval is. In zijn meest verregaande strekking argumenteert de afwijkende theorie echter dat een onwettige bestuurshandeling te allen tijde kan worden ingetrokken.

² Deze leer is quasi-ongewijzigd gebleven sinds het arrest *Dilien* van de Raad van 20 december 1960.

³ Met uitzondering van de (hier irrelevante) tuchtsancties.

6. **Relevantie van de klassieke theorie** - De intrekking van de bandingfactor (voorlopig of definitief) is een rechtshandeling die onderworpen is aan het toezicht van de Raad van State. Als het de bedoeling is om een intrekkingbeslissingen te nemen die een zo beperkt mogelijke kans hebben om vernietigd te worden, lijkt het dus te volstaan om het intrekkingbeleid te voeren aan de hand van de (soepelere) criteria van de klassieke leer.

Om die leer op een correcte manier toe te passen, zal de belangrijkste kwestie zijn om te bepalen welke rechtshandeling worden geacht “rechten te verlenen” en welke niet⁴.

7. **Rechtsverlenend karakter** – Voor het vervolg van dit advies staat de vraag dan ook voorop wanneer een rechtshandeling kan worden gekwalificeerd als “rechtsverlenend”. Dit wordt in de rechtsleer erkend als een zeer moeilijk definieerbaar begrip, dat enkel inductief kan worden vormgegeven vanuit de casuïstiek in de rechtspraak van de Raad van State.⁵ Met andere woorden: omdat de Raad van State nooit een definitie heeft vooropgesteld van wat een rechtsverlenende rechtshandeling is, moeten we dat begrip proberen te ‘(re)construeren’ op basis van de uitspraken die de Raad al heeft gedaan in concrete gevallen.

Hoewel de analyse juist is dat de Raad van State nooit een concrete definitie van het begrip “rechtsverlenende handeling” heeft vooropgesteld, bevat zijn rechtspraak wel aanwijzingen van wat we kunnen beschouwen als onderdelen van die definitie. Zo stelde de Raad in een arrest van 2003 (dat een auditoraatsverslag citeert en volgt) dat uit de eerdere rechtspraak afgeleid kan worden dat “handelingen die een specifieke rechtssituatie wijzigen, toekennen of herstellen, op zijn minst onder het klassieke concept van de rechtscheppende rechtshandeling vallen”.⁶

8. **Niet-rechtsverlenende beslissingen** - Het wordt als evident beschouwd dat een beslissing van de overheid, waarmee een vraag van de burger (bijvoorbeeld een vergunningsaanvraag) wordt geweigerd, geen rechten verleent. Hetzelfde geldt voor tuchtsancties, die geen recht toekennen maar een nadeel opleggen.

De beslissingen waarmee de overheid slechts een recht *erkent*, maar waarbij dat recht zelf zijn grondslag vindt in een wettelijke of reglementaire bepaling, zijn evenmin rechtsverlenend. Deze beslissingen vallen grotendeels samen met een volstrekt gebonden bevoegdheid voor de overheid.

⁴ De drie criteria waaronder de handelingen die rechten verlenen, ingetrokken kunnen worden, zijn zodanig specifiek dat zij in dit algemene advies niet behandeld kunnen worden en ook weinig relevant zouden zijn.

⁵ M. VAN DAMME, F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, die Keure, 1994, 48.

⁶ RvS 19 februari 2003, nr. 116.127 (vertaling).

Handelingen zonder rechtsgevolgen (zoals voorbereidende handelingen zoals een niet-bindend advies) zijn evenmin rechtsverlenend.⁷ Ook rechtshandelingen onder een opschortende of ontbindende voorwaarde worden als niet rechtsverlenend beschouwd.

Vervolgens komen we aan de (vage) grens met de rechtshandelingen die de bestuurse een voordeligere positie plaatsen. Zo kon een beslissing om een bepaalde examenvorm te gebruiken die een bestuurse een voordeel verschafte ten opzichte van andere kandidaten, niet meer worden ingetrokken om een examenvorm te hanteren die dat voordeel neutraliseerde.⁸

9. **Een voordeel vanuit het standpunt van de bestuurse** - Naar aanleiding van de vroege rechtspraak van de Raad van State op dit gebied merkte de rechtsleer reeds op dat de Raad zich leek te baseren op *“het verkrijgen van rechten, veeleer dan op het creëren ervan, naar het verstrijken van termijnen en niet naar de aard van de administratieve rechtshandeling; dat wil zeggen op het verkrijgen van een individuele juridische situatie die onmiddellijk onwrikbaar is op het moment waarop deze regelmatig en definitief onwrikbaar is geworden door het verstrijken van de termijn voor rechterlijke toetsing, wanneer zij onregelmatig is”*.⁹

Met andere woorden, uit de mogelijkheid tot intrekking tijdens de beroepstermijn voor de Raad van State of, hangende een beroep, tot aan de sluiting van de debatten, leidt DELAHAUT af dat het determinerende element schuilt in de mate waarin diegene die uit een bestuurshandeling een voordeel put, ervan uit kan gaan dat dit voordeel niet langer juridisch in vraag gesteld kan worden.

De vraag of een bestuurshandeling een recht verleent, moet dus niet vanuit het standpunt van het bestuur, maar wel vanuit het standpunt van de bestuurse worden geanalyseerd.

In het verlengde daarvan komen ABBA, MOLITOR en WILLEMART na een onderzoek van de recente rechtspraak van de Raad van State tot de conclusie dat het rechtsverlenend karakter van een overheidsbeslissing het best kan worden beoordeeld, niet door de mate waarin het nemen ervan de bestuurse een recht of een voordeel oplevert, maar veeleer door de mate waarin het intrekken ervan de bestuurse grieft.¹⁰ Die benadering sluit ons inziens goed aan bij de vaststelling dat een bestuurshandeling rechtsverlenend is, niet

⁷ Nochtans stelt de rechtsleer zich wel vragen bij hoe deze categorie van rechtshandelingen zich dan precies verhoudt tot het criterium dat de juridische positie van de bestuurse niet wordt gewijzigd. Een voorbereidende handeling kan immers eveneens de situatie van de bestuurse positief of negatief beïnvloeden, zelfs voordat dat er een definitieve beslissing op gevolgd is.

⁸ RvS 20 mei 1952, nr. 1.578, Maes.

⁹ Vertaald, naar P.J. DELAHAUT, “Réflexions sur la théorie du retrait des décisions administratives”, APT 1978-1979, afl. 1, (40) 47.

¹⁰ P. ABBA, C. MOLITOR, E. WILLEMART, “L’acte créateur de droits” in D. RENDERS (ed.), *La théorie du retrait d’acte administratif*, Brussel, Larcier, 2019, (65) 131.

slechts wanneer zijn de rechtspositie van de bestuurde wijzigt, maar zelfs wanneer zij de juridische werkelijkheid beïnvloedt.

II. TOEPASSING OP DE BEOOGDE HYPOTHESES

10. In dit luik worden de bovenstaande principes toegepast op de concrete vraagstelling.

II.1 De verschillende hypotheses verwijzen naar een rechtsverlenende situatie

11. De toekenning van een bandingfactor, zowel voor de voorlopige- als voor de definitieve bandingfactor, is een rechtsverlenende beslissing. De vraag of de installatie al dan niet in dienst werd genomen, speelt op dat vlak geen rol.
12. **Voorlopige bandingfactor** – De toekenning van een voorlopige bandingfactor is gebaseerd op artikel 6.2/1.7, §1, derde tot vijfde lid van het Energiebesluit, waarin wordt bepaald:

“De eigenaar van de productie-installatie of de natuurlijke persoon of rechtspersoon die daartoe door hem werd aangewezen dient hiertoe bij het Vlaams Energieagentschap een principe-aanvraag in.

Op eenvoudig verzoek van het Vlaams Energieagentschap stelt de eigenaar van de productie-installatie of de natuurlijke persoon of rechtspersoon die daartoe door hem werd aangewezen binnen een door het Vlaams Energieagentschap gestelde termijn alle noodzakelijke informatie ter beschikking van het agentschap.

Het Vlaams Energieagentschap neemt binnen de 6 weken na ontvangst van de informatie bedoeld in het vorige lid een principebeslissing over een voorlopige bandingfactor en legt de berekening van de voorlopige bandingfactor alsook de berekeningsmethodiek van de definitieve bandingfactor ter goedkeuring voor aan de minister. De minister valideert bij ministerieel besluit de in het voorstel van het Vlaams Energieagentschap vervatte berekening en voorlopige bandingfactor binnen de 30 dagen. Als de minister wenst af te wijken van dit voorstel, dan legt zij aan de Vlaamse Regering een gemotiveerd voorstel tot beslissing voor. De beslissing van de minister of van de Vlaamse Regering wordt vervolgens betekend aan de aanvrager wat expertisedossiers betreft aan de VREG, en wat standaarddossiers betreft aan de beheerder van het net waarop de installatie is aangesloten of aan de beheerder van het net dat gekoppeld is aan het gesloten distributienet of gesloten industrieel net waarop de installatie is aangesloten of als het installaties in eilandwerking betreft aan de netbeheerder die overeenkomstig de federale Elektriciteitswet ook als transmissienetbeheerder is aangewezen.”

De tweede paragraaf van datzelfde artikel stelt nog:

“Projecten die na het toekennen van de voorlopige bandingfactor, vermeld in § 1, vijfde lid, niet aan de volgende voorwaarden voldoen verliezen hun recht op steun volgens deze voorlopige bandingfactor:

1° indien nodig, uiterlijk binnen een jaar na de datum van de principebeslissing een bewijs van de start van de procedure tot het bekomen van een milieueffectrapport, als vermeld in titel IV van het DABM, of een ontvankelijk verklaarde aanvraag tot het bekomen van een milieuvergunning, een stedenbouwkundige vergunning of een omgevingsvergunning voorleggen;

2° uiterlijk binnen twee jaar na de datum van de principebeslissing voor de verdere duur van de periode van steuntoekenning beschikken over de vereiste milieuvergunningen, stedenbouwkundige vergunningen of omgevingsvergunningen in eerste aanleg of in beroep.”

De achterliggende idee van het toekennen van een voorlopige bandingfactor is vast te stellen hoe de finale berekening zal worden uitgevoerd. De berekening geeft een indicatie weer van de te verwachten bandingfactor, doordat een aantal parameterwaarden op dat moment nog niet kunnen definitief worden vastgesteld.

De werking in twee stappen is het gevolg van het volgende: zolang de steun niet definitief gekend is, kan een project niet worden gefinancierd en via contracten worden geconcretiseerd; maar zolang de precieze modaliteiten van het project niet gekend zijn, kan de overheid geen gepaste steun bepalen. De oplossing bestaat erin om, via een voorlopige bandingfactor, aan de projectontwikkelaar te laten weten hoe de steun zal worden berekenend en (onder voorbehoud van de evolutie van de betrokken parameters) hoe hoog deze zal zijn. Zo kan de projectontwikkelaar de ontwikkeling van zijn project afwerken, onder voorbehoud van de evolutie van de gekende parameters¹¹. Het stelsel is

¹¹ Zie in dat verband (*mutatis mutandis* – het ging niet over de intrekking van een voorlopige bandingfactor, maar het verval ervan), RvS nr. 236.909 van 22 december 2016 in de (door ons voor het Gewest behandelde) zaak van *Bee Power Gent*. Het Gewest benadrukte dat de definitieve vaststelling van de bandingfactor niet louter een rekenkundige oefening is. De omstandigheden die de betwiste positie van de Vlaamse overheid in deze zaak hadden veroorzaakt, hadden echter een kapstok in de beslissing over de voorlopige bandingfactor. De positie van het Gewest kon dus worden gezien als zijnde in overeenstemming met die beslissing:

“Over de grond van de zaak zetten de verwerende partijen uiteen dat zij niet over alle gegevens beschikten om de definitieve bandingfactor te berekenen. Zij wijzen in dit verband op de niet-actualisatie van het Veolia-contract en het contract met Ghent Coal Terminal. Uit artikel 7.1.4/1, § 1, van het Energiedecreet volgt dat voor bedoelde projecten “steun op maat” geldt, waarbij de omvang van steun ertoe strekt het project rendabel te maken, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het project.

De bepaling van de definitieve bandingfactor is volgens de verwerende partijen [nl. het Vlaams Gewest “en” het VEA] geen louter rekenkundige oefening. Bij de goedkeuring van de voorlopige bandingfactor

met andere woorden ontworpen om een bepaalde zekerheid in hoofde van de projectontwikkelaar te creëren.

Uit de hogervermelde elementen kan het gevolg van de toekenning van een voorlopige bandingfactor als volgt worden afgeleid:

- projecten die voldoen aan de hierboven vermelde voorwaarden uit artikel 6.2/1.7, §2, eerste lid van het Energiebesluit, hebben een *“recht op steun volgens deze voorlopige bandingfactor”*;

waren bijvoorbeeld geen gegevens bekend over de kenmerken van de productie-installatie die aanvankelijk door Abengoa zou worden ontwikkeld, over de precieze brandstofmix, dit is de aard van de biomassa die in aanmerking zou komen voor de bevoorrading van de centrale, over de identiteit van de leveranciers van biomassa, met inbegrip van RIS, en a fortiori over de overeenkomsten met die leveranciers. De principebeslissing, samengelezen met artikel 6.2/1.7, § 2, van het Energiebesluit, vormt een afdoende rechtsgrond van de bestreden handelingen. De principebeslissing bepaalt immers dat de geloofwaardigheid van de leverancier van biomassa, alsook de leveringszekerheid, belangrijke elementen zijn die in aanmerking genomen moeten worden bij de bepaling van de definitieve bandingfactor. Bij de vaststelling van de definitieve bandingfactor gaat het dus niet louter om het actualiseren van cijfers. Niet enkel de brandstofprijzen, maar ook de brandstofmix moet bij die beoordeling betrokken worden. De leveringscontracten waren nog niet gesloten op het ogenblik dat de principebeslissing werd genomen.”

De Raad heeft en gebalanceerd oordeel hierover, maar lijkt toch impliciet ervan uit te gaan dat (buiten bijzondere omstandigheden) een definitieve bandingfactor na de voorlopige factor moet komen. Dit lijkt te bevestigen dat een voorlopige bandingfactor “rechtsverlenend” (in de zin van de rechtspraak van de Raad van State) is: met een voorlopige bandingfactor worden minstens verwachtingen over de toekenning van een definitieve bandingfactor opgewekt (ook al is die toekenning niet volledig zeker):

“Artikel 7.1.4/1, § 1, van het Energiedecreet verleent aan het VEA of de Vlaamse regering niet de bevoegdheid om op grond van opportuniteitsoverwegingen bepaalde categorieën van projecten de facto uit te sluiten voor de toekenning van GSC's door de berekening van een bandingfactor te weigeren. Daaruit volgt evenwel niet dat het VEA of de Vlaamse regering in alle omstandigheden ertoe gehouden zijn om voor een welbepaald project een definitieve bandingfactor vast te stellen.

Artikel 6.2/1.7, § 2, derde lid, van het Energiebesluit legt aan de steunaanvrager immers de verplichting op om binnen een termijn van maximaal zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor - zoals in randnummer 3.3 werd opgemerkt kunnen de verzoekende partijen aanspraak maken op de overgangsregeling van artikel 34, § 1, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 juli 2015 - de definitieve gegevens van de installatie bij het VEA in te dienen op straffe van verval van de voorlopige bandingfactor. Deze definitieve gegevens moeten het VEA, mede op basis van de actuele energie- en brandstofprijzen, toelaten haar berekeningen te actualiseren volgens de gevalideerde berekeningsmethode. De aldus berekende definitieve bandingfactor wordt vervolgens ter goedkeuring aan de bevoegde Vlaamse minister voorgelegd (artikel 6.2/1.7, § 2, vierde lid, van hetzelfde besluit).

De in het Energiebesluit bedoelde actualisering verleent op het eerste gezicht aan het VEA de bevoegdheid om te onderzoeken of de aangeleverde definitieve gegevens voldoende bevoorradingszekerheid garanderen die van essentieel belang is voor een rendabele exploitatie van de biomassacentrale.[...]

13. In dit geval is er op het eerste gezicht geen sprake van een categorische weigering om een definitieve bandingfactor vast te stellen. Uit de bestreden beslissingen blijkt dat de ververende partijen, op grond van een in concreto onderzoek van het dossier, hebben besloten dat geen definitieve bandingfactor kan worden toegekend”.

- in de principebeslissing wordt, behalve de voorlopige bandingfactor en zijn berekeningswijze, ook de berekeningswijze van de definitieve bandingfactor bepaald.

Deze bewoordingen wijzen er dus op dat de voorlopige bandingfactor wel degelijk ‘rechten’ verleent, of minstens dat zij de juridische werkelijkheid beïnvloedt waardoor het intrekken ervan de bestuurse greift.

Het feit dat het Energiedecreet bepaalt dat de voorlopige bandingfactor in bepaalde omstandigheden verval, leunt hierbij aan. A contrario, buiten de hypothesen van verval, kan de projectontwikkelaar blijven rekenen op de voorlopige bandingfactor (zolang de definitieve bandingfactor niet is bepaald).

Het feit dat een nota aan de Vlaamse regering heeft gesteld dat de principebeslissing “*enkel een indicatie is van wat de bandingfactor conform de berekeningen zou zijn*”¹² doet geen afbreuk aan het voorgaande.

Een andere relevante indicator is het feit dat de Vlaamse regering bij de schrapping van de niet-representatieve projectcategorie van de groenestroomprojecten (andere dan deze op basis van zonne- of windenergie) boven 20 MW_e een overgangsbepaling voorzag voor die projecten waarvoor reeds een voorlopige bandingfactor was toegekend, omdat zij de *legitieme verwachting* konden koesteren dat er ook daadwerkelijk een definitieve bandingfactor zou worden opgelegd.¹³

“Parallel hiermee wordt er in het kader van de rechtszekerheid echter in een overgangsmaatregel voorzien voor projecten waarop op datum van de bekendmaking van dit besluit in het Belgisch Staatsblad reeds een voorlopige bandingfactor (...) is vastgelegd.”

Op basis van de voorgaande elementen lijkt het ons *niet* verdedigbaar te stellen dat de voorlopige bandingfactor slechts een voorbereidende handeling is die geen eigen rechtsgevolgen sorteert. De voorlopige bandingfactor sorteert zelf rechtsgevolgen – zij het beperkter in de tijd dan de definitieve.

Zelfs indien de Vlaamse overheid erin zou slagen voor de Raad van State te argumenteren dat de voorlopige bandingfactor géén rechtsgevolgen sorteert, moet minstens worden vastgesteld dat de intrekking van de beslissing tot toekenning van de voorlopige bandingfactor de begunstigde ervan griefft, waardoor die beslissing te kwalificeren is als

¹² T. VERMEIR, “De (ijdele) zoektocht naar rechtszekerheid voor hernieuwbare energie” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2012*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (339) 359.

¹³ F. DEWAELE en K. NIJS, “Recente ontwikkelingen in het Vlaamse energierecht anno 2015” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (65) 114.

“rechtsverlenend” in de rechtspraak van de Raad van State. Zonder de voorlopige bandingfactor weet de projectontwikkelaar niet meer hoe zijn definitieve bandingfactor zal worden bepaald (en grosso modo hoe hoog het zal zijn), met als gevolg moeilijkheden om zijn project te financieren.

Een beslissing tot toekenning van een voorlopige bandingfactor kan dus slechts worden ingetrokken in de omstandigheden waarin een rechtsverlenende rechtshandeling kan worden ingetrokken.

- 13. Definitieve bandingfactor** - Het voorgaande geldt *a fortiori* voor de beslissing tot toekenning van de definitieve bandingfactor.

Het lijkt niet ernstig betwistbaar dat een dergelijke factor een essentieel punt is voor de rendabiliteit van een project. De bandingfactor bepaalt de steun waarop het betrokken project recht heeft. De intrekking ervan zou de projectontwikkelaar grieven, zodat er sprake is van een rechtsverlenende beslissing.

- 14. Project in dienst** - Het is niet relevant of de installatie waarop de beslissing betrekking heeft, al of niet in dienst werd genomen.

Een installatie in dienst genomen betreft per hypothese een installatie waarvoor een (voorlopige dan definitieve) bandingfactor werd toegekend.

Een intrekking van de bandingfactor is dus slechts mogelijk in de beperkte hypothesen bepaald in de rechtspraak van de Raad van State voor de intrekking van rechtsverlenende beslissingen.

- 15. Versterking van de conclusie via de HER-richtlijn** - Tevens kan worden verwezen naar art. 6(1) en overweging 29 van HER-richtlijn 2018/2001¹⁴ (die tegen 30 juni 2021 moet worden omgezet¹⁵). Deze bepalingen gaan in tegen wijzigingen van toegekende steun die verleende rechten en de leefbaarheid van het betrokken project in vraag stellen. Art.6(1) bepaalt immers:

“Onverminderd de nodige aanpassingen om te voldoen aan de artikelen 107 en 108 VWEU¹⁶] zorgen de lidstaten ervoor dat de herziening van het niveau van en de voorwaarden voor de steun die is toegekend aan projecten op het gebied van hernieuwbare energie geen negatieve

¹⁴ Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking).

¹⁵ Zie art. 36(1) HER-Richtlijn.

¹⁶ Dit betreft bepalingen inzake staatssteun. O.i. vormen deze bepalingen geen autonome rechtsgrond om toegekende steun in te trekken.

gevolgen heeft voor de in dat kader verleende rechten en de economische levensvatbaarheid van reeds gesteunde projecten niet ondermijnt¹⁷.

Zeker voor projecten met een definitieve bandingfactor is dit een aanvullend motief (naast de Belgische leer van de intrekking van de administratieve handelingen) die ingaat tegen de mogelijkheid om – behalve in uitzonderlijke omstandigheden zoals bedrog¹⁸ – op een toegekende bandingfactor terug te komen.

II.2 Omstandigheden die een intrekking mogelijk zouden maken

16. Gelet op het feit dat de beslissingen inzake de toekenning van een bandingfactor rechtsverlenend zijn, kan (volgens de klassieke theorie van de intrekking van administratieve rechtshandelingen) een intrekking ervan slechts in beperkte limitatieve omstandigheden gebeuren.
17. **Wettelijke regeling** – Een eerste mogelijkheid tot intrekking bestaat wanneer er een rechtsnorm is die in die mogelijkheid voorziet.

In het geval van de toekenning van de bandingfactor bestaat die rechtsnorm niet, waardoor deze hypothese niet van toepassing is.

¹⁷ Overweging (29) van HER-Richtlijn bepaalt:

“Onverminderd de artikelen 107 en 108 VWEU moeten beleidsmaatregelen ter ondersteuning van hernieuwbare energie voorspelbaar en stabiel zijn en moet worden vermeden dat deze voortdurend of met terugwerkende kracht worden gewijzigd. Onvoorspelbaar en instabiel beleid heeft een rechtstreeks effect op de kapitaalkosten, de projectontwikkelingskosten en bijgevolg op de totale kosten voor de inzet van hernieuwbare energie in de Unie. De lidstaten moeten voorkomen dat de herziening van steun die is toegekend aan projecten op het gebied van hernieuwbare energie, een negatief effect heeft op de economische levensvatbaarheid van die projecten. In dit verband moeten de lidstaten kosteneffectieve steunmaatregelen bevorderen en de financiële duurzaamheid ervan garanderen. Bovendien dient een indicatieve langetermijnplanning van de belangrijkste aspecten van de verwachte steun bekendgemaakt te worden, zonder dat daarbij afbreuk wordt gedaan aan het de mogelijkheid van de lidstaten om te beslissen over de toewijzing van begrotingsmiddelen tijdens de jaren die door de planning bestreken worden”.

¹⁸ Ook het Unierecht bevat immers het beginsel “*fraus omnia corrumpit*”. Zie bv. HvJ C-356/15 van 15 juli 2018, *Commissie t. België*, § 99:

“ Het is inderdaad zo dat volgens vaste rechtspraak van het Hof justitiabelen zich door middel van fraude of misbruik niet kunnen beroepen op het Unierecht daar het beginsel dat fraude en misbruik van recht verboden zijn een algemeen beginsel van Unierecht vormt dat justitiabelen dienen na te leven. De Unieregelgeving mag immers niet zo ruim worden toegepast dat zij handelingen zou dekken die zijn verricht met het doel om door fraude of misbruik te profiteren van de door het Unierecht toegekende voordelen (arrest van 6 februari 2018, *Altun e.a.*, C-359/16, EU:C:2018:63, punten 48 en 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak) ”.

Het zou *zeer* delicaat zijn¹⁹, ook al theoretisch niet volledig uitgesloten²⁰, om in een nieuwe wettelijke regeling inzake intrekking te voorzien, voor zover die niet retroactief is.

18. ***Onbestaande rechtshandeling*** – Een tweede mogelijkheid bestaat erin dat de ingetrokken rechtshandeling zodanig grof en manifest onwettig is dat zij door burger en bestuur genegeerd mag worden. Een typevoorbeeld is een beslissing door een overheid die duidelijk onbevoegd is.

In de praktijk zal een dergelijke hypothese (bijna) nooit voorkomen.

19. ***Bedrog*** – Een derde mogelijkheid is de intrekking van een rechtshandeling die werd uitgelokt door bedrog. Indien de begunstigde van de bandingfactor, deze heeft verkregen door bewust foutieve gegevens te verstrekken, dan kan deze beslissing steeds worden ingetrokken.

In de praktijk zal het in de meerderheid van de gevallen niet evident zijn om een dergelijk bewijs te verschaffen. In omstandigheden waarin het bedrog kennelijk is, kan die mogelijkheid wel een nuttige piste zijn om een bandingfactor in te trekken.

20. ***Beroep bij de Raad van State*** – Een *onregelmatige* beslissing tot toekenning van de bandingfactor kan ook worden ingetrokken zolang de beroepstermijn bij de Raad van State niet verstreken is of, als er een vernietigingsberoep werd ingesteld, tot aan de sluiting van de debatten.

In de praktijk biedt ook een dergelijke toestand weinig “intrekkingsruimte”. Het veronderstelt dat de Vlaamse overheid onwettig heeft gehandeld (en dit wil laten weten). Verder is het een mogelijkheid die slechts binnen een bepaalde termijn bestaat. Het zal de facto worden gereserveerd aan hypothesen waarin het Gewest niet aan het initiatief ligt van de intrekking.

¹⁹ Zie de verwijzing naar art. 6(1) HER-Richtlijn hierboven, en ruimer de rechts- en investeringszekerheid die de projectontwikkelaar zouden invoeren.

²⁰ Men zou kunnen argumenteren dat een van de geldigheidsvoorwaarden van een stelsel van GSC is dat er geen sprake is van ‘oversubsidiëring’. Een (op een algemene regeling gebaseerde) herziening van de bandingfactoren van specifieke projecten zou kunnen worden voorgesteld als een manier om de regels inzake staatsteun na te leven. Het Grondwettelijk Hof heeft al de vermindering van de toekenningsperiode van GSC’s (met onmiddellijke toepassing op lopende projecten) gevalideerd (GwH 8/2014 van 23 januari 2014). Dit blijft echter in dit geval uiterst delicaat (zo niet de facto quasi uitgesloten) mede gelet op het feit dat projectspecifieke bandingfactoren precies “op maat” worden bepaald om oversubsidiëring te vermijden.