

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.002 van 3 maart 2016
in de zaak A. 210.151/VII-38.896.**

In zake : de INTERCOMMUNALE VERENIGING HOOGE MAEY
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Wouter Geldhof en Marthe Maselis
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Loksumstraat 25
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de VLAAMSE REGULATOR VAN DE ELEKTRICITEITS-
 EN GASMARKT (VREG)
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Damien Verhoeven
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Keizerslaan 3
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 september 2013, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna: VREG) van 9 juli 2013 waarbij niet wordt ingegaan op het verzoek om een aantal biogasmotoren, gelegen op de site Moerstraat 55, Haven 550 te Antwerpen, te beschouwen als nieuwe productie-installaties in de zin van artikel 7.1.1 van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (hierna: Energiedecreet).

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2016.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Geldhof, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Damien Verhoeven en Amaury Verhoustraeten, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij is een opdrachthoudende intercommunale vereniging die tot doel heeft om de stortplaats “Hooge Maey” die gelegen is in de Antwerpse haven te saneren en op “duurzame wijze” te exploiteren met “minimale risico’s voor de omgeving”. Centraal in het saneringsproject staat het valoriseren

van het methaangas of biogas dat vrijkomt bij afbraak van het gestorte afval (het zogenaamde “stortgas”).

3.2. Op 25 juni 2004 dient de verzoekende partij een aanvraag in tot toekenning van groenestroomcertificaten voor een productie-installatie van elektriciteit uit stortgas met een nominaal vermogen van 944 kW gelegen aan de Moerstraat 55, Haven 550 te Antwerpen. In bijlage 1 “Technische beschrijving van de installatie” wordt aangegeven dat deze aanvraag past in een groter project: “In totaal worden 5 gasmotoren voorzien met een totaal vermogen van 5MWatt. In deze eerste fase is sprake van de eerste motor van 1 MWatt”.

3.3. Bij beslissing van 31 augustus 2004 keurt de VREG voormelde aanvraag goed.

3.4. Nadien, meer bepaald op 9 mei 2006, 11 maart 2008 en 10 mei 2010 neemt de VREG beslissingen waarbij bijkomend geplaatste gasmotoren voor de toekenning van groenestroomcertificaten in aanmerking komen. Uiteindelijk bedraagt het totaal vermogen van de gasmotoren 4.093 kW.

3.5. In mei 2012 meldt de verzoekende partij de indienststelling van een nieuwe fotovoltaïsche installatie. Naar aanleiding van deze melding beslist de VREG om de basisbeslissing van 31 augustus 2004 andermaal te wijzigen.

3.6. Bij decreet van 13 juli 2012 houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie wordt de periode voor de toekenning van groenestroomcertificaten beperkt tot in principe 10 jaar.

3.7. Volgens de verzoekende partij zijn er drie stortgasinstallaties geplaatst in 2005, 2007 en 2009 waardoor het telkens om een “nieuwe productie-installatie” gaat die elk afzonderlijk recht geven op stroomcertificaten gedurende een periode van 10 jaar.

3.8. Met een e-mail van 28 februari 2013 vraagt de verzoekende partij aan de VREG om hieromtrent standpunt in te nemen. Zij schrijft:

“Als Hooge Maey doen we aan stortgasrecuperatie (uw kenmerk BGS-0033) en bezitten vandaag vier motoren die elk op een latere datum in gebruik werden genomen.

Aansluitend op de wijzigingen omtrent de startdatum van de installaties en de tienjarigheid in het decreet en uitvoeringsbesluit, vernemen we informeel dat er geen onderscheid meer wordt gemaakt naar de latere onderdelen van de installaties.

Dit betekent dat in onze installatie de motoren die later zijn toegevoegd dan de eerste motor evenwel beoordeeld worden als zouden ze gebouwd zijn op het ogenblik van de initiële motor!

Indien deze zienswijze zou worden gevolgd dan betekent dit concreet dat de investeringen van de latere motoren niet afgedekt zijn door inkomsten waardoor het hele investeringsplan in duigen valt.

We namen deze investeringsbeslissing trouwens op een tijdstip dat voor elke motor een tienjarigheid gold waarbinnen er groene stroom certificaten over dezelfde periode werden toegekend.

Het eventueel beschouwen als éénzelfde startdatum voor alle motoren is derhalve onrealistisch en economisch onaanvaardbaar.

Graag vernamen we jullie standpunt in deze teneinde hier duidelijkheid te hebben omtrent de acties die we moeten nemen om deze investeringen veilig te stellen”.

3.9. Met een aangetekende brief van 25 maart 2013 antwoordt de VREG dat “[w]ijzigingen of uitbreidingen van een productie-installatie [...] geen invloed [hebben] op deze tienjarige periode” en dat “[d]it [...] nader [wordt] toegelicht in mededeling MEDE-2011-3. <http://www.vreg.be/mede-2011-3>”. Tevens wijst zij op de mogelijkheid om op grond van artikel 7.1.1, derde en vierde lid, van het Energiedecreet een verlenging van de steunperiode te verkrijgen.

3.10. Op 12 april 2013 tekent de verzoekende partij bezwaar aan tegen voormeld standpunt. Zij stelt het volgende:

“Zo lezen we in de mededeling 2011-3 onder 1.3.2: ‘Ook voor uitbreidingen van productie-installaties geldt dat slechts een volledig nieuwe, zelfstandig functionerende productie-installatie naast de bestaande - die nog steeds op regelmatige basis op haar volledig mechanisch vermogen (in de toepasselijke

normcondities) in bedrijf zal zijn - in aanmerking komt voor een nieuwe periode van minimumsteun’.

Hieruit blijkt duidelijk dat de verschillende productie-installaties op de Hooge Maey voldoen aan de wettelijke bepalingen van het energiedecreet en de mededeling 2011-3.

Op basis van voorgaande gaan we er van uit dat elke productie-installatie gebouwd in 2004, 2005, 2007 en 2009 recht geeft op GSC tot respectievelijk 2014, 2015, 2017 en 2019.

Deze aanpak is volledig in lijn met de beoogde investeringszekerheid voor initiatiefnemers door het Vlaams Parlement beslist”.

3.11. Vervolgens deelt de VREG op 16 mei 2013 aan de verzoekende partij haar bereidheid mee om te onderzoeken of de in 2005, 2007 en 2009 geplaatste stortgasmotoren als nieuwe productie-installaties kunnen worden beschouwd. De verzoekende partij wordt verzocht allerhande documenten over te maken.

3.12. Op 29 mei 2013 dient de verzoekende partij verscheidene stukken in.

3.13. Op 9 juli 2013 deelt de VREG mee dat zij niet kan ingaan op het verzoek om de betrokken installaties met de gasmotoren 2 tot 4 te beschouwen als “nieuwe productie-installaties”.

Dit is de bestreden beslissing die luidt als volgt:

“De VREG meldt u de goede ontvangst van uw brief van 29 mei 2013 waarin u betoogt dat de bijkomende biogasmotoren op uw site als nieuwe productie-installaties dienen te worden aanzien.

De VREG heeft uw argumenten onderzocht, maar kan helaas niet ingaan op uw verzoek.

In artikel 1 van de beslissing van 31 augustus 2004 met betrekking tot de toekenning van groenestroomcertificaten voor de productie-installatie ‘BGS-0033 Hooge Maey’, bestaande uit de stortgasinstallatie met een totaal vermogen van 4.093 kW, gelegen te Moerstraet 55, Haven 550, 2030 Antwerpen, en in de latere wijzigingen daarvan, wordt de Productie-installatie die het voorwerp uitmaakt van de betreffende beslissing voldoende duidelijk omschreven.

U heeft zich tegen deze beslissing of de wijzigingen ervan destijds niet verzet. De VREG ziet daarom ook geen reden om hier post factum toch nog van

af te wijken.

De VREG heeft vanzelfsprekend begrip voor uw bezorgdheid om de economisch rendabele exploitatie van uw Productie-installatie en wenst u uitdrukkelijk te wijzen op de bepalingen van artikel 7.1.1, §1, 3^e en 4^e lid van het Energiedecreet. Mogelijk komt uw Productie-installatie op die basis in aanmerking voor een verlenging van de steunperiode, zoals ook toegelicht in onze brief van 25 maart 2013”.

3.14. In een brief van 9 augustus 2013 stelt de raadsman van de verzoekende partij dat de beslissing van 9 juli 2013 onwettig is en verzoekt hij de VREG om haar standpunt te herzien.

3.15. De VREG deelt op 8 oktober 2013 mee niet op dit verzoek te kunnen ingaan. Zij wijst erop dat de stortgasinstallatie Hooge Maey steeds beschouwd werd als één installatie.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie

4. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij zich in werkelijkheid beroept op een subjectief recht omdat zij immers meent, op grond van bepalingen uit het Energiedecreet, aanspraak te kunnen maken op een recht om een aparte minimumsteunperiode van tien jaar te verkrijgen, voor elk van haar vier biogasmotoren afzonderlijk, in plaats van haar stortgasinstallatie globaal te beschouwen. Overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet is de justitiële rechter bevoegd voor geschillen van gemeen recht over subjectieve rechten en a contrario de Raad van State dus niet bevoegd is om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring waarvan het werkelijke en rechtstreekse voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft.

5. De verzoekende partij stelt in haar memorie van wederantwoord dat het annulatieberoep niet werkelijk en rechtstreeks betrekking heeft op een subjectief recht, maar dat de centrale vraag in voorliggende zaak is of de

stortgasinstallaties die in 2005, 2007 en 2009 in gebruik werden genomen al dan niet beschouwd kunnen worden als “productie-installatie” en in bevestigend geval als een “nieuwe productie-installatie”. Het werkelijke voorwerp van het annulatieberoep is aldus de kwalificatie van de in 2005, 2007 en 2009 in gebruik genomen stortgasinstallaties. Het antwoord op deze vraag heeft weliswaar een weerslag op de periode gedurende dewelke de stortgasinstallaties in aanmerking komen voor de toekenning van groenestroomcertificaten. De toekenning ervan vormt evenwel niet het rechtstreekse en werkelijke voorwerp van voorliggend beroep.

De begrippen “productie-installatie” en “nieuwe productie-installatie” worden noch in het Energiedecreet noch in het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 houdende algemene bepalingen over het energiebeleid gedefinieerd. De verwerende partij heeft bijgevolg een zekere discretionaire bevoegdheid bij het invullen van deze begrippen.

Voor het begrip “nieuwe productie-installatie” heeft de verwerende partij het zelfs nodig geacht dit te verduidelijken in haar mededeling MEDE-2011-3 en later in haar mededeling MEDE-2013-3. Zij stelt in voormelde mededelingen dat een nieuwe productie-installatie een nieuw opgerichte productie-installatie is die zelfstandig elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen kan opwekken en die daarnaast niet samengesteld is uit tweedehandsonderdelen (p. 7, MEDE-2011-3). In MEDE-2013-3 wordt de vereiste van de afwezigheid van tweedehandsonderdelen vervangen door de voorwaarde dat de installatie geen onderdelen mag bevatten die reeds eerder gebruikt zijn in een groene-stroomproductie-installatie op dezelfde site of een andere site die eigendom is van hetzelfde bedrijf. Om dit vast te kunnen stellen, voorziet de mededeling enerzijds dat de VREG alle aankoopfacturen van de onderdelen kan opvragen en bevat zij anderzijds een niet-exhaustieve lijst van onderdelen die zeker tot de productie-installatie moeten behoren. Door een niet-exhaustieve opsomming te voorzien, kan de verwerende partij ook andere elementen in aanmerking nemen bij haar beslissing omtrent de kwalificatie van een

installatie. Zij behoudt bijgevolg haar discretionaire bevoegdheid om na te gaan of er al dan niet sprake is van een “nieuwe productie-installatie”.

Niet elke productie-installatie is dus een nieuwe productie-installatie. Zo kan een productie-installatie die geheel of gedeeltelijk is samengesteld uit onderdelen die voorheen reeds gebruikt werden op een andere site van de aanvrager volgens voormelde mededelingen niet beschouwd worden als een nieuwe productie-installatie.

Daarenboven doet een gebeurlijke vernietiging van de bestreden beslissing geen enkel subjectief recht ontstaan in hoofde van de verzoekende partij. Een vernietiging zou enkel tot gevolg hebben dat de verwerende partij op basis van de stavingsstukken die de verzoekende partij heeft overgemaakt bij haar schrijven van 29 mei 2013 (facturen, offertes, beslissingen raad van bestuur, keuringsverslagen, foto's, ...) een nieuwe beslissing moet nemen met betrekking tot de vraag of de in 2005, 2007 en 2009 geplaatste stortgasinstallaties al dan niet beschouwd moeten worden als een “nieuwe productie-installatie”.

Voor zover als nodig merkt de verzoekende partij op dat in de kennisgeving van de bestreden beslissing sprake is van een beroepsmogelijkheid bij de Raad van State.

6. In haar laatste memorie doet de verzoekende partij nog gelden dat de VREG een onafhankelijk orgaan is dat beschikt over een verregaande autonomie en beleidsbevoegdheid ter regulering van de energiemarkt, dat aan dit beleid onder meer gestalte wordt gegeven door zogenaamde “mededelingen” waarbij de bepalingen van het Energiedecreet concreet worden ingevuld, dat in artikel 7.1.1, § 1, van het Energiedecreet de begrippen “nieuwe installatie” of “zelfstandige installatie” niet worden omschreven en dat het begrip “nieuwe productie-installatie” precies wordt gedefinieerd in de mededelingen MEDE-2011-3 en MEDE-2013-3 waaruit blijkt dat de VREG wel degelijk een discretionaire bevoegdheid uitoefent. Voorts verwijst de verzoekende partij naar

arrest nr. 231.090 van 30 april 2015 waarbij de Raad van State in een vergelijkbare zaak zijn rechtsmacht heeft erkend. In ondergeschikte orde vraagt de verzoekende partij de volgende prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: “Is artikel 7.1.1, § 1 van het Energiedecreet wanneer het wordt uitgelegd op een manier dat de regulator geen discretionaire bevoegdheid mag uitoefenen (i.e. geen beoordelingsvrijheid heeft) bij de invulling van het begrip ‘installatie’, maar daarbij slechts over een gebonden bevoegdheid beschikt, conform de vereiste van onafhankelijkheid van de regulator zoals voorzien in de Derde Elektriciteitsrichtlijn 2009/72/EG, meer bepaald artikel 35 (4) van deze richtlijn?”.

7. De verwerende partij betoogt in haar laatste memorie dat haar bevoegdheid te dezen gebonden is, dat het statuut van onafhankelijk regulator daar niets aan verandert, dat de toekenning van groenestroomcertificaten niet gebeurt in uitvoering van de Derde Elektriciteitsrichtlijn, dat zij bij de toekenning van deze certificaten een louter technische, uitvoerende functie vervult, dat haar mededelingen interpretatieve documenten zijn in het kader van de toepassing van de betrokken wetgeving, dat de bestreden beslissing ook niet gestoeld is op die mededelingen, dat in voorliggend geval niet nuttig verwezen kan worden naar arrest nr. 231.090 van 30 april 2015 omdat het bestaan van een subjectief recht een casuïstische aangelegenheid is en met het vermelde arrest geen uitspraak wordt gedaan over een identieke feitelijke en juridische toestand, dat de omstandigheden die geleid hebben tot arrest nr. 231.280 van 21 mei 2015 waarbij de Raad van State zijn rechtsmacht heeft afgewezen meer vergelijkbaar zijn, en, ten slotte, dat de justitiële rechter recent heeft geoordeeld dat een geschil omtrent de toekenning van groenestroomcertificaten een subjectief recht tot voorwerp heeft.

Beoordeling

8. Uit de artikelen 144 en 145 van de Grondwet volgt dat de geschillen over subjectieve rechten - altijd, wat de geschillen over burgerlijke rechten betreft, en in principe, wat de geschillen over politieke rechten betreft - tot

de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoren. Onder voorbehoud van een toewijzing van bevoegdheid inzake politieke rechten, is de Raad van State dan ook niet bevoegd om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring waarvan het werkelijke en rechtstreekse voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft. Dat is het geval wanneer het annulatieberoep gericht is op de erkenning van een subjectief recht waaromtrent het bestuur geen discretionaire, maar slechts een gebonden bevoegdheid bezit.

Opdat er sprake zou zijn van een vordering op grond van een subjectief recht, en dus van de onbevoegdheid van de Raad van State, is vereist dat de verzoekende partij zich beroept op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht rechtstreeks aan een derde oplegt en bij de nakoming waarvan de verzoekende partij belang heeft.

De bevoegdheid van de Raad van State hangt aldus af van de vraag of wat bestreden wordt een beslissing is waarbij de overheid gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid, of integendeel een beslissing waarbij de overheid vaststelt dat de betrokkene al dan niet voldoet aan de wettelijke en reglementaire voorwaarden waardoor hij zich kan beroepen op een welbepaald recht.

9. Artikel 7.1.1, § 1, van het Energiedecreet, zoals gewijzigd bij decreet van 13 juli 2012 houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie, luidt als volgt:

“Wat betreft installaties met startdatum voor 1 januari 2013 en gelegen in het Vlaamse Gewest, kent de VREG een groenestroomcertificaat toe aan de eigenaar van de productie-installatie of de natuurlijke persoon of rechtspersoon die daartoe door hem werd aangewezen, voor iedere 1000 kWh elektriciteit die in de installatie wordt opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen.

Een productie-installatie met startdatum voor 1 januari 2013 krijgt enkel groenestroomcertificaten gedurende de periode van tien jaar. Indien de installatie in aanmerking komt voor de minimumsteun, vermeld in artikel 7.1.6, en die periode langer is dan tien jaar, krijgt de installatie groenestroomcertificaten gedurende de periode dat de installatie in aanmerking komt voor de minimumsteun. [...]”.

Uit de aangehaalde bepaling volgt dat aan een productie-installatie met startdatum voor 1 januari 2013 in principe gedurende een periode van tien jaar groenestroomcertificaten worden toegekend. Ten aanzien van die in het decreet vastgestelde periode beschikt de verwerende partij over geen appreciatiemarge en is haar bevoegdheid volstrekt gebonden. Te dezen handelt de betwisting evenwel over de “eindigheid van de steunperiode” en meer bepaald over de vraag of de latere wijzigingen of uitbreidingen van de productie-installatie, waarvoor in 2004 het oorspronkelijke recht op de toekenning van groenestroomcertificaten werd gevestigd, al dan niet in aanmerking komen voor een afzonderlijke steunperiode van tien jaar.

In zoverre artikel 7.1.1, § 1, tweede lid, van het Energiedecreet bepaalt dat “een” productie-installatie met startdatum voor 1 januari 2013 enkel groenestroomcertificaten krijgt gedurende een periode van tien jaar, verschaft deze bepaling geen ondubbelzinnig antwoord op de kern van voorliggende betwisting. Op grond van deze decretale bepaling kan immers evengoed aangenomen worden dat de kwestieuze stortgasmotoren, die in 2005, 2007 en 2009 in dienst werden genomen, eveneens te beschouwen zijn als productie-installaties waarvan de startdatum gesitueerd is voor 1 januari 2013. De bestreden beslissing verwijst naar de initiële beslissing van 31 augustus 2004 tot toekenning van groenestroomcertificaten voor een productie-installatie van elektriciteit uit stortgas. Impliciet maar zeker, heeft de verwerende partij de mededeling “MEDE-2011-3” toegepast, zoals ten andere uitdrukkelijk blijkt uit de brief van 25 maart 2013 waarin, onder verwijzing naar voormelde mededeling, wordt gesteld dat “[w]ijzigingen of uitbreidingen van een productie-installatie [...] geen invloed [hebben] op deze tienjarige periode”. Zodoende blijkt dat de bestreden beslissing niet genomen werd op grond van de louter gebonden toepassing of interpretatie van reglementair vastgestelde voorwaarden, maar op grond van een eigen beoordeling of invulling door de verwerende partij van het begrip “productie-installatie”, die via een “mededeling” aan de betrokkenen ter kennis werd gebracht. De verwerende partij heeft derhalve bij het nemen van de bestreden

beslissing gehandeld in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid. Zulks volstaat opdat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van voorliggende betwisting.

De door de verwerende partij opgeworpen exceptie van onbevoegdheid wordt verworpen.

V. Heropening van de debatten

10. Het verslag van de auditeur is beperkt tot de problematiek van de bevoegdheid van de Raad van State. Het onderzoek van de zaak moet bijgevolg worden voortgezet.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent de debatten.

2. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat het onderzoek van de zaak voort te zetten.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drie maart tweeduizend zestien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys