

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.003 van 3 maart 2016
in de zaak A. 211.733/VII-39.051.**

In zake : de NV INDAVER
 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 21 februari 2014, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna: VREG) van 23 december 2013 tot wijziging van de beslissing van 20 juli 2004 met betrekking tot de toekenning van garanties van oorsprong voor elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en tot de toekenning van groenestroomcertificaten voor de productie-installatie “BMS-0006 Indaver”, bestaande uit een thermische elektriciteitscentrale op restafval met stoomcyclus naar aftap-condensatiestoomturbines met een vermogen van 21.455 kW uit hernieuwbare energiebronnen op een totaal elektrisch vermogen van 44.975 kW, gelegen aan de Molenweg - Haven 1940 te Beveren, vallend onder de noemer “biomassa uit huishoudelijk afval”.

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 4 februari 2016.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

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

Auditeur Dieter Decock 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. Op de betrokken site waar restafval wordt verwerkt en elektriciteit wordt geproduceerd zijn zes verbrandingsovens in gebruik:

a) de dubbele roosteroven RO1/2 produceert stoom die wordt omgezet in

elektriciteit in de stoomturbine ST1/2;

b) de roosteroven RO3 produceert stoom die vroeger rechtstreeks werd geleverd aan het naburige bedrijf Ineos Phénol dat een grote warmtebehoefte had; sinds 2012 wordt de stoom grotendeels omgezet in elektriciteit in de stoomturbine ST3;

c) de wervelbedovens WBO1, WBO2 en WBO3 produceren stoom die wordt omgezet in elektriciteit in de stoomturbine (ST)WBO. Deze installaties behoren toe aan de NV Slib en Co-verwerkings Centrale, SLECO genaamd.

3.2. Op 16 april 2004 heeft de NV Electrabel een aanvraag ingediend tot toekenning van groenestroomcertificaten voor de elektriciteitsproductie bij de verbrandingsinstallatie van Indaver te Beveren. De NV Electrabel was de eigenaar van de productie-installatie en de verzoekende partij was toen exploitant. Onder de algemene beschrijving staat in de aanvraag onder meer het volgende:

“Drie roosterovens die huishoudelijk afval verbranden, leveren rookgassen boven de 850 °C die worden gebruikt om stoom te produceren. Een gedeelte van de geproduceerde stoom wordt gebruikt voor de aandrijving van een condensatieturbine, de rest voor de voeding van een stoomnet voor industrieel warmtegebruik (INEOS-PHENOL) met terugkeer van condensaten”.

Ingevolge deze aanvraag heeft de VREG op 20 juli 2004 beslist om groenestroomcertificaten toe te kennen voor de productie-installatie, bestaande uit een restafvalverbrandingsinstallatie met een totaal vermogen voor het opwekken van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen van 8,6 MW.

3.3. De afvalverbrandingsinstallatie RO3 werd in 2001 in dienst gesteld zonder stoomturbine ST3. De reden hiervoor was dat de stoom die RO3 produceerde, op dat ogenblik voornamelijk gebruikt werd als proceswarmte door het bedrijf Ineos Phénol en andere industriële stoomafnemers in de omgeving. Volgens de verzoekende partij is het rechtstreekse gebruik van warmte, een efficiëntere toepassing van energiestromen dan de productie van elektriciteit, waarbij er steeds verliezen optreden.

Uit de aanvraag van 6 december 2011 tot het verkrijgen van groenestroomcertificaten blijkt dat de installatie RO3 ongeveer 75 ton/uur aan stoom produceert. Dertig tot veertig ton daarvan dient voor de verwarming van het bedrijf Ineos Phénol. De overige stoom is bestemd voor de aandrijving van de turbines RO1/2 en WBO en voor intern gebruik. Het resterende gedeelte van de stoom wordt uiteindelijk gecondenseerd.

Het verlies van een gedeelte van de geproduceerde stoom brengt de verzoekende partij tot de indienststelling van een bijkomende stoomturbine ST3 voor de opwekking van elektriciteit.

3.4. Op 6 december 2011 dient de verzoekende partij een aanvraagdossier in tot “toekenning van groenestroomcertificaten voor de roosteroven 3 van Indaver nv”.

3.5. De VREG meldt bij brief van 14 februari 2012 de goede ontvangst van het aanvraagdossier en verzoekt het te vervolledigen.

3.6. Tussen 3 en 7 september 2012 is er e-mailverkeer tussen de partijen omtrent de primaire energiebesparing door roosteroven 3 (RO3) en de bijhorende stoomturbine ST3.

3.7. Uit een e-mail van 21 januari 2013 van de VREG blijkt dat de startdatum van de installatie wordt vastgelegd op 14 juni 2012.

3.8. Op 15 februari 2013 bezorgt de verzoekende partij aan de VREG bijkomende stukken ter vervollediging van het aanvraagdossier. Daarop vraagt de VREG nieuwe inlichtingen. Op 3 juni 2013 worden die inlichtingen verschaft.

3.9. De partijen overleggen op 2 september 2013. Er wordt een ontwerp van beslissing overgemaakt.

3.10. Met een brief van 3 september 2013 deelt de VREG mee dat de nieuwe turbine niet kan worden beschouwd als een onafhankelijke productie-installatie, los van de bestaande verbrandingsoven RO3. RO3 maakt volgens de VREG reeds deel uit van de productie-installatie BMS-0006 Indaver, samen met RO1, RO2 en de bestaande turbine. De verzoekende partij wordt verzocht om te antwoorden op een aantal bijkomende vragen.

3.11. De verzoekende partij verzet zich met een omstandig schrijven van 3 oktober 2013 tegen het standpunt van de VREG.

3.12. Daarop volgt een brief van 12 november 2013 waarbij de VREG opnieuw aandringt op bijkomende inlichtingen.

3.13. Er vindt op geregelde tijdstippen overleg plaats tussen de beide partijen, zoals onder meer op 25 september en 27 november 2013.

3.14. Op 23 december 2013 neemt de VREG een beslissing tot wijziging van de beslissing van de VREG van 20 juli 2004 met betrekking tot de toekenning van garanties van oorsprong voor elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en tot de toekenning van groenestroomcertificaten voor de productie-installatie “BMS-0006 Indaver”, bestaande uit een thermische elektriciteitscentrale op restafval met stoomcyclus naar aftap-condensatiestoomturbines met een vermogen van 21.455 kW uit hernieuwbare energiebronnen op een totaal elektrisch vermogen van 44.975 kW, gelegen aan de Molenweg - Haven 1940 te Beveren, vallend onder de noemer “biomassa uit huishoudelijk afval”.

Dit is de thans bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Ambtshalve exceptie

4. In het verslag van de auditeur wordt ambtshalve opgeworpen dat de Raad van State zonder rechtsmacht is omdat het rechtstreeks en werkelijk voorwerp van het annulatieberoep handelt over de vaststelling van subjectieve rechten.

5. In haar laatste memorie zet de verzoekende partij uiteen 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 decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (hierna: Energiedecreet) concreet worden ingevuld, dat in artikel 7.1.1, § 1, van het Energiedecreet de begrippen “nieuwe installatie” of “zelfstandige/onafhankelijke installatie” niet worden omschreven en dat het begrip “nieuwe 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?”.

6. De verwerende partij sluit zich in haar laatste memorie aan bij de ambtshalve exceptie van de auditeur en betoogt 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 om ST3 niet als een afzonderlijke productie-installatie te beschouwen ook niet gestoeld is op die mededelingen, dat het feit dat deze stoomturbine geen productie-installatie is berust op een technische werkelijkheid, 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 die in concreto moet worden beoordeeld en met het vermelde arrest geen uitspraak wordt gedaan over een identieke feitelijke en juridische context, 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

7. 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.

8. 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 vraag of voor stoomturbine ST3, die in 2012 in dienst

werd gesteld, een nieuwe termijn van tien jaar begint te lopen, zowel om groenestroomcertificaten als om minimumsteun te verkrijgen.

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 stoomturbine te beschouwen is als een zelfstandige productie-installatie waarvan de startdatum gesitueerd is voor 1 januari 2013. De bestreden beslissing werd bijgevolg niet genomen 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”. 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 in het verslag van de auditeur ambtshalve opgeworpen exceptie van onbevoegdheid wordt verworpen.

V. Heropening van de debatten

9. 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 Lefranc,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys