RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 234.696 van 12 mei 2016
in de zaak A. 211.711/VII-39.045.

In zake : de NV BOREALIS KALLO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom Schoors en tevens door
advocaat Gauthier van Thuyne
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 268 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steve Ronse en Gilles Dewulf
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 februari 2014, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 17 december 2013 “betreffende de definitieve jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten voor de tweede verbintenisperiode 2013-2020 voor Borealis Kallo NV, voor de BKG-installatie ‘Borealis Kallo N.V.’ gelegen te 9130 Kallo Kieldrecht, Sint Jansweg 2 - Haven 1568”.

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.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 november 2015.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Veerle Pissierssens, die loco advocaat Gauthier van Thuyne verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Meindert Gees, die loco advocaat Steve Ronse verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Peter Provoost 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. Artikel 4 van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van

richtlijn 96/61/EG van de Raad (hierna: richtlijn 2003/87/EG), gewijzigd door richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009, schrijft voor dat bepaalde activiteiten die de emissie van broeikasgassen (hierna: BKG) tot gevolg hebben door de lidstaten moeten worden onderworpen aan een vergunning voor broeikasgasemissies.

In het Vlaamse Gewest werd de vergunning voor broeikasgasemissies geïntegreerd in de milieuvergunning (zie onder meer artikel 1, 38°, van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (Vlarem I)).

3.2. Om gebruik te kunnen maken van deze vergunning moeten de exploitanten beschikken over emissierechten, waarbij dit recht door artikel 3, a), van richtlijn 2003/87/EG wordt gedefinieerd als een "overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn overdraagbaar recht om, uitsluitend teneinde aan de eisen van deze richtlijn te voldoen, gedurende een bepaalde periode één ton kooldioxide-equivalent uit te stoten".

Emissierechten worden onder bepaalde voorwaarden kosteloos toegewezen aan exploitanten. Daarnaast worden er ook emissierechten geveild. Overeenkomstig artikel 9 van richtlijn 2003/87/EG neemt de hoeveelheid emissierechten die voor de hele Europese Unie wordt verleend elk jaar af volgens een vastgestelde lineaire factor.

3.3. Het besluit van de Commissie van 27 april 2011 (2001/278/EU) tot vaststelling van een voor de hele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10bis van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad, stelt de berekening vast van de hoeveelheid emissierechten die in beginsel kosteloos kan worden toegewezen aan individuele BKG-installaties. Deze berekening neemt de historische productie van de bestaande installaties tijdens een

bepaalde referentieperiode in aanmerking, en relateert deze aan een ex-antebenchmark, zijnde een standaard die door de Commissie wordt bepaald voor de betreffende bedrijfstak of deeltak (artikel 10bis van richtlijn 2003/87/EG, lid 1 en 2, zoals gewijzigd door richtlijn 2009/29/EG). De ex-antebenchmarks moeten verzekeren dat de kosteloze toewijzing van emissierechten plaatsvindt op een manier die aanzet tot reductie van broeikasgasemissies en tot energiezuiniger technologieën.

3.4. Artikel 10bis, lid 5, van richtlijn 2003/87/EG bepaalt:

> "5. De maximale jaarlijkse hoeveelheid emissierechten die de basis vormt voor de berekening van toewijzingen aan installaties die niet onder lid 3 vallen en die geen nieuwkomers zijn is niet hoger dan de som van:
>
> a) de jaarlijkse totale hoeveelheid voor de hele Gemeenschap als vastgesteld overeenkomstig artikel 9 vermenigvuldigd met het aandeel van de emissies van installaties die niet onder de lid 3 vallen in het totaal van de gemiddelde geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 afkomstig van installaties die in de periode van 2008 tot en met 2012 onder de Gemeenschapsregeling vallen, en
>
> b) het totaal van de gemiddelde jaarlijkse geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 van de installaties die pas vanaf 2013 in de Gemeenschapsregeling worden opgenomen en die niet onder lid 3 vallen, aangepast met de in artikel 9 bedoelde lineaire factor.
>
> Waar nodig wordt een uniforme correctiefactor voor alle bedrijfstakken toegepast".

In voornoemde bepaling wordt de berekeningswijze van het zogenaamde industrieplafond vastgesteld.

Als volgens de toe te passen berekeningswijze de totale hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten hoger zou zijn dan dat plafond, moet een door de Commissie te bepalen uniforme transsectorale correctiefactor worden toegepast op de berekende hoeveelheden.

3.5. De lidstaten wijzen in eerste instantie de kosteloze emissierechten voorlopig toe, volgens de voorgeschreven berekeningsmethode. Ze

verstrekken aan de Commissie de lijst met installaties op hun grondgebied die onder de richtlijn vallen en alle kosteloze toewijzingen aan elke installatie (artikel 11 van richtlijn 2003/87/EG). De Commissie controleert of de voorlopige toewijzing correct is en ze gaat na of door de correct verrichte voorlopige toewijzingen het industrieplafond al dan niet wordt overschreden. Als dit het geval is, bepaalt ze de toe te passen correctiefactor. Vervolgens wijzen de lidstaten de kosteloze emissierechten definitief toe aan de installaties die door de Commissie niet werden geweigerd, waarbij desgevallend de door de Commissie bepaalde correctiefactor wordt toegepast op de voorlopig toegewezen hoeveelheid.

3.6. Overeenkomstig artikel 28 van het besluit van de Vlaamse regering van 20 april 2012 inzake verhandelbare emissierechten voor broeikasgassen voor vaste installaties, luchtvaartactiviteiten en de inzet van flexibele mechanismen (hierna: besluit van de Vlaamse regering van 20 april 2012) berekent de afdeling van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie, bevoegd voor luchtverontreiniging, voor ieder kalenderjaar van de tweede verbintenisperiode de voorlopige hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten. Ze stuurt deze berekening toe aan de bevoegde Vlaamse minister.

3.7. Met toepassing van artikel 30, § 1, van het besluit van de Vlaamse regering van 20 april 2012 beslist de Vlaamse minister op 18 mei 2012 over de voorlopige jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten. Op 1 juni 2012 worden deze voorlopige toewijzingen genotificeerd aan de Europese Commissie.

3.8. Na onderzoek door de Commissie van de nationale uitvoeringsmaatregelen (hierna: NUM’s) wordt voor een beperkt aantal Belgische installaties de voorlopige toewijzing aangepast. De aldus aangepaste NUM’s worden genotificeerd aan de Commissie.

3.9. Op 5 september 2013 neemt de Commissie het besluit 2013/448/EG betreffende nationale uitvoeringsmaatregelen voor de voorlopige

kosteloze toewijzing van broeikasgasemissierechten overeenkomstig artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad. De door België genotificeerde NUM's worden goedgekeurd. In artikel 4 en bijlage II van dit besluit wordt voor elk jaar van de tweede verbintenisperiode de uniforme transsectorale correctiefactor bepaald die moet worden toegepast op de voorlopige jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten. Conform bijlage II bedraagt de correctiefactor voor 2013 94,272151 %. Dit percentage neemt in de volgende jaren af naar 82,438204 % in 2020.

3.10. Met verscheidene besluiten van 17 december 2013 beslist de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur over de definitieve jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten aan exploitanten van een BKG-installatie, waarbij de door de Commissie bepaalde correctiefactor wordt toegepast.

De thans bestreden beslissing betreft de BKG-installatie "Borealis Kallo N.V.", gelegen aan de Sint Jansweg 2 - Haven 1568 te Kallo Kieldrecht.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Ambtshalve exceptie

4. Het verslag van de auditeur stelt in essentie dat de Raad van State zonder rechtsmacht is omdat de bevoegde Vlaamse minister "geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid heeft wat betreft de hoeveelheid toe te wijzen emissierechten", zodat de betwisting handelt over "een subjectief recht, en […] de hoven en rechtbanken bevoegd [zijn]".

Beoordeling

5. Met betrekking tot beslissingen tot toewijzing van kosteloze

emissierechten voor de periode 2013-2020, heeft de Raad van State in zijn arresten nrs. 231.211 en 231.212 van 12 mei 2015, respectievelijk gewezen in de zaken A. 211.258/XIII-6858 en A. 211.260/XIII-6859, geoordeeld dat het aangewezen is de definitieve beoordeling van de annulatieberoepen uit te stellen in afwachting van de antwoorden op de prejudiciële vragen die aan het Hof van Justitie van de Europese Unie werden voorgelegd door onder meer het Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (zaken C-191/14 en C-192/14), de Nederlandse Raad van State (zaak C-295/14), het Italiaanse Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (zaken C-389/14, C-391/14 en C-393/14) en de Finse Korkein hallinto-oikeus (zaak C-506/14). Om niet tekort te doen aan de eisen van een behoorlijke rechtsbedeling, is het aangewezen de beoordeling van voorliggende zaak eveneens uit te stellen, te meer omdat niet volledig uitgesloten kan worden dat de antwoorden die het Hof van Justitie zal verstrekken van invloed kunnen zijn op de beoordeling van de rechtspunten die in het verslag van de auditeur worden behandeld. In de huidige stand van de procedure bestaat er vooralsnog geen noodzaak om het Hof van Justitie te adiëren met bijkomende prejudiciële vragen.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent de debatten.

2. De uitspraak wordt uitgesteld in afwachting van de antwoorden van het Hof van Justitie van de Europese Unie op de prejudiciële vragen in de zaken vermeld in dit arrest.

3. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat met het verder onderzoek van de zaak in het licht van de antwoorden die Hof van Justitie zal verstrekken.

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

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Peter Sourbron,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,

bijgestaan door

Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Elisabeth Impens	**Eric Brewaeys**