RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 241.780 van 14 juni 2018
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
advocaten Damien Verhoeven en Stijn Maeyaert
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. Bij arrest nr. 234.003 van 3 maart 2016 is het debat heropend en werd het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat gelast het onderzoek van de zaak voort te zetten.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een aanvullend 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 1 juni 2017.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Wouter Geldhof en Marthe Maselis, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Maeyaert, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest andersluidend 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. De gegevens van de zaak werden reeds uiteengezet in tussenarrest nr. 234.003 van 3 maart 2016.

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel (eerste onderdeel)

Standpunt van de partijen

4. In het eerste onderdeel van het eerste middel wordt de schending ingeroepen van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: motiveringswet), de materiëlemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij bekritiseert in essentie dat de VREG geen rekening heeft gehouden met de opmerkingen die zij heeft laten gelden en dat de bestreden beslissing op dit punt onvoldoende is gemotiveerd. Zij wijst erop dat zij onder meer met een brief van 3 oktober 2013 de nodige informatie en een gemotiveerd standpunt ten aanzien van ST3 heeft overgemaakt om aan te tonen dat ST3 beantwoordt aan de invulling van het begrip productie-installatie. In de bestreden beslissing wordt met geen woord gerept over de informatie en het gemotiveerde standpunt dienaangaande. Hierdoor heeft de VREG haar argumentatie dus nooit afdoende weerlegd, schriftelijk noch mondeling. Voorts stelt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing niet met de vereiste zorgvuldigheid werd genomen aangezien sprake is van drie in de plaats van twee aftap-condensatiestoomturbines. Ook zou de formule voor de berekening van het intern verbruik foutief zijn.

5. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij de motieven van de bestreden beslissing kent zodat zij geen belang heeft bij het

middel. Bij brieven van 14 februari 2012 en 3 september 2013 heeft zij namelijk haar motieven reeds meegedeeld en uit de inhoudelijke kritiek van het verzoekschrift tot nietigverklaring blijkt dat de verzoekende partij die motieven heeft begrepen. In ondergeschikte orde antwoordt de verwerende partij dat die motieven afdoende zijn omdat in de bestreden beslissing wordt verwezen naar de brieven van 14 februari 2012 en 3 september 2013 en rekening werd gehouden met de opmerkingen van de verzoekende partij, zoals meegedeeld in de brief van 3 oktober 2013. Zij benadrukt dat een stoomturbine slechts een onderdeel is van een productie-installatie en dat zij geen schijn heeft gecreëerd dat een gunstige beslissing zou worden genomen. De verwerende partij ontkent niet dat de bestreden beslissing een materiële fout bevat, maar stelt tegelijk dat niet duidelijk is hoe zulks tot de vernietiging van de bestreden beslissing kan leiden.

6. In haar memorie van wederantwoord dupliceert de verzoekende partij dat de verwerende partij voor het eerst aangeeft dat een stoomturbine volgens haar geen onafhankelijke productie-installatie vormt, dat in voorliggend geval de motivering via verwijzing niet kan volstaan omdat de indirecte motivering in de voornoemde brieven uiterst beperkt is en die brieven helemaal geen inhoudelijke motivering bevatten. Wat dat laatste betreft, betoogt de verzoekende partij dat louter een conclusie wordt getrokken maar dat de bouwstenen waarop die conclusie is gebaseerd ontbreken, dat een passage in de brief van 14 februari 2012 enkel betrekking heeft op de minimumsteun en daaruit geen gevolgen kunnen worden afgeleid voor de toekenning van groenestroomcertificaten (hierna: GSC's), dat het begrip "datum van indienstname" inherent verbonden is aan de minimumsteun, dat in de brief van 3 september 2013 enkel verwezen wordt naar de brief van 14 februari 2012 en dat de motivering door verwijzing te dezen geheel onduidelijk is omdat niet concreet wordt aangegeven op welke correspondentie de verwerende partij de bestreden beslissing precies steunt. Ook meent de verzoekende partij dat er ernstige vragen rijzen bij het feit dat de beslissing omtrent de toekenning van GSC's het afgelopen decennium vijfmaal werd geamendeerd en die beslissing daardoor onleesbaar is geworden. Tot slot beklemtoont zij dat haar hoofdargument er op neerkomt dat RO3-ST3 een

productie-installatie is die volledig los staat van de productie-installatie RO1/2-ST1/2 en dit niettegenstaande de stoomverbinding tussen beide installaties. De verwerende partij zou dit argument niet hebben beantwoord.

7. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij dat de verwerende partij "gewoonweg geen antwoord geeft op het hoofdargument […] dat luidt dat RO3-ST3 een onafhankelijke productie-installatie is ten opzichte van de productie-installatie RO1/2-ST1/2, en dit niettegenstaande de stoomverbinding tussen beide", dat in de wetgeving noch in de beleidsmededelingen van de VREG "staat dat op zichzelf staande productie-installaties niet occasioneel 'brandstof' (of zoals in casu, stoom) kunnen of mogen uitwisselen met het oog op de optimalisering van elektriciteitsproductie", dat de VREG "in haar brief van 5 september 2013 zelf [heeft] verklaard dat 'het uitwisselen van stoom tussen twee onafhankelijke productie-installaties op zich geen probleem is'" en dat in de bestreden beslissing niet wordt toegelicht waarom van deze stelling wordt afgestapt. Voorts stelt zij dat "pas tijdens onderhavige procedure […] de redenering en motivering van de VREG binnen dit dossier [voor haar] volledig duidelijk is geworden".

8. De verwerende partij laat in haar laatste memorie nog gelden dat reeds in de brief van 3 september 2013 erop gewezen werd dat "RO3 deel uitmaakt van 'de productie-installatie BMS-006 Indaver'", dat zij niet is afgeweken van het standpunt dat stoom tussen twee onafhankelijke productie-installaties kan worden uitgewisseld, dat zij de uitwisseling van stoom precies heeft toegelicht met betrekking tot de verhouding tussen de productie-installaties BMS-0006 Indaver en BMS-0028 Sleco en dus niet met betrekking tot de verhouding tussen onderdelen binnen dezelfde productie-installatie waartoe RO3 en ST3 behoren, en, tot slot, dat zij "bijkomende vragen heeft gesteld naar aanleiding van onduidelijkheden in de aanvraag van verzoekster, en dit terwijl ze geen enkele verplichting had om in die omstandigheden bijkomende vragen te stellen".

Beoordeling

9. Met een brief van 14 februari 2012 heeft de verwerende partij aan de verzoekende partij onder andere het volgende meegedeeld: “De principes uit Mededeling 2011-3 van 1 augustus 2011 ‘de concrete toepassing door de VREG van een aantal recente decreetswijzigingen met betrekking tot de toekenning van groenestroomcertificaten, op het vlak van de minimumsteun en de bijstook van biomassa in kolencentrales’ zijn van toepassing op dit dossier. Bijgevolg maakt de roosteroven integraal deel uit van uw productie-installatie. Als datum van indienstname beschouwt de VREG de datum waarop er voor het eerst electriciteitsproductie plaatsvond (mede) op basis van de stoom gegenereerd door roosterover 3”.

Later laat de verwerende partij bij brief van 3 september 2013 het volgende weten: “Zoals reeds in onze brief van 14 februari 2012 gemeld kan de VREG uw nieuwe turbine niet zien als een onafhankelijke productie-installatie, los van de bestaande verbrandingsoven RO3. RO3 maakt echter reeds deel uit van de productie-installatie BMS-0006 Indaver, samen met RO1, RO2 en de bestaande turbine. Dat maakt dat de bouw van uw nieuwe turbine niet anders kan dan gezien worden als een uitbreiding van de bestaande installatie BMS-0006 Indaver”.

10. Op 3 oktober 2013 reageert de verzoekende partij in de volgende bewoordingen op het standpunt van de verwerende partij:

> “Wij lezen in de ontwerpbeslissing dat de VREG roosterovern 3 (‘RO3’) en stoomturbine 3 (‘ST3’) enerzijds, samen met RO1/2/-ST1/2 anderzijds, als één productie-installatie aanziet, omdat deze niet onafhankelijk zouden zijn. Met andere woorden aanziet de VREG de bouw van ST3 als wijziging van een bestaande productie-installatie. Om die reden zou de 10-jarige periode waarin GSC worden toegekend, net zoals voor de productie-installatie RO1/2/-ST1/2, ook voor de productie-installatie RO3-ST3 reeds ingaan op 1 juli 2004 en eindigen op 30 juni 2014.
>
> Sta ons toe uiteen te zetten waarom dit niet correct is. Ten eerste stelt de VREG de voorwaarde dat RO3-ST3 onafhankelijk dient te zijn van RO1/2-ST1/2. De VREG stelt hier een voorwaarde die niet in het Energiedecreet of -Besluit voorkomt. Ten tweede, zelfs al zou deze voorwaarde

van onafhankelijkheid gelden - quod non, zie hiervoor - dan nog blijkt duidelijk uit de stukken en de historiek van het dossier dat RO3-ST3 wel degelijk onafhankelijk is van RO1/2-ST1/2. Dit wordt hierna in detail uitgewerkt".

Vervolgens zet zij op omstandige wijze uiteen waarom naar haar oordeel de onafhankelijksvoorwaarde niet decretaal is voorgeschreven, en, ingeval zulks toch het geval zou zijn, waarom RO3-ST3 als een technisch onafhankelijke installatie moet worden beschouwd.

De verzoekende partij vat haar standpunten als volgt samen:

"[…] Onafhankelijkheidsvoorwaarde niet decretaal voorgeschreven

[…] De onafhankelijkheidsvoorwaarde die de VREG voorop stelt is niet in het Energiedecreet ingeschreven. Bovendien past de VREG in haar ontwerpbeslissing het Artikel 6.1.7 van het Energiebesluit niet toe dat bepaalt dat GSC worden toegekend vanaf de datum van het volledige keuringsverslag.

[…] Bovendien vult de VREG de - niet bestaande - onafhankelijkheidsvoorwaarde dan nog bijzonder strikt [in] door de definitie van 'nieuwe installatie' van toepassing te maken. De 'nieuwe installatie'-voorwaarde kan echter louter het minimumsteunregime betreffen en niet het regime van de toekenning van GSC.

[…] In elk geval dient de VREG het Energiedecreet met grote terughoudendheid te interpreteren, aangezien zij de bevoegdheid betreedt van de Besluitgever en aangezien de door de VREG voorgestane lezing van het Energiedecreet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Ten slotte kan de VREG niet enerzijds beweren dat het Energiebesluit dient te worden aangepast om nuttige investeringen het recht te geven op de toekenning van in casu WKC en anderzijds door een te strikte interpretatie/invulling van het Energiedecreet nuttige investeringen in groenestroomproductie het recht op toekenning van GSC onredelijk te beperken.

[…] RO3-ST3 is technisch onafhankelijk

[…] De productie-installatie R03-ST3 is technisch onafhankelijk van de productie-installatie RO1/2-ST1/2 en die onafhankelijkheid is inherent aan het initiële bouwconcept. De bouw van ST3 is slechts de vervollediging van de onafhankelijke productie-installatie RO3-ST3. De strikte invulling van de niet in het Energiedecreet opgenomen onafhankelijkheidsvoorwaarde, mag er niet toe leiden dat Indaver zich in het door de decreetgever en de VREG opgewekte vertrouwen geschaad ziet:

- Door de inachtname van energie-efficiëntie handelde Indaver als goede huisvader bij het nemen van de beslissing
    - o om de bouw van ST3 uit te stellen en de stoom van RO3 via een directe stoomleiding aan Ineos Phenol te leveren en
    - o om een beperkte koppeling tussen RO3 en ST1/2 te voorzien (met als voornaamste doel stoom van RO1/2 aan Ineos Phenol

te kunnen leveren).

- Indaver kon geen rekening houden met de latere visie van de VREG dat een wijziging slechts als ‘aparte installatie’ wordt beschouwd indien aan de omschrijving van ‘nieuwe installatie’ is voldaan, omdat de VREG deze visie nog niet kenbaar had gemaakt.
- Indaver hield rekening met het feit dat
    - o de VREG uitwisseling van stoom tussen verschillende productie-installaties mogelijk acht;
    - o de VREG de installaties RO3-ST3 en RO1/2-ST1/2 als onafhankelijke installaties beschouwde door het toekennen van twee verschillende dossiernummers;
    - o zelfverbruik bij afvalverbrandingscentrales niet de afname van elektriciteit omvat van de afvalverbrandingscentrale zelf aangezien deze BBT hanteert;
    - o het VEA tot en met 2013 van oordeel was dat bij de OT-berekening enkel met de stoomturbine dient rekening te worden gehouden en niet met de afvalverbrandingscentrale;
    - o het VEA vaststelde dat ‘uitsluitend essentiële componenten met het oog op groenestroomproductie’ niet investeringen in de verbrandingsinstallatie zelf of bv in de rookgasreinigingsinstallatie betroffen”.

11. De Raad van State ziet in de bestreden beslissing geen werkelijk uitgedrukte redenen waaruit kan worden afgeleid op grond waarvan de verwerende partij heeft geoordeeld waarom de ingebruikname van stoomturbine ST3 met startdatum vóór 1 januari 2013 overeenkomstig artikel 7.1.1, § 1, tweede lid, van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid geen nieuwe periode van tien jaar doet starten waarbij GSC’s worden toegekend. De loutere verwijzing naar standpunten die werden uitgedrukt in vroegere briefwisseling, volstaat niet ter beantwoording van de brief van de verzoekende partij van 3 oktober 2013 die er precies toe strekte die standpunten op onderbouwde wijze te weerleggen. Uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt zelfs niet dat de verwerende partij voornoemde brief van 3 oktober 2013 bij haar beoordeling heeft betrokken.

12. Nochtans verplicht de motiveringswet het bestuur om de betrokkene afdoende in kennis te stellen van de precieze redenen waarop een administratieve rechtshandeling is gebaseerd, zodat hij op doelmatige wijze die rechtshandeling in rechte kan bestrijden. De verzoekende partij is wel degelijk in

haar belangen geschaad door de miskenning van de formele motiveringsverplichting.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt 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".

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als de vernietigde beslissing.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien juni tweeduizend achttien, 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**