

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 198.897 van 15 december 2009
in de zaak A. 181.514/IX-5585**

In zake : de BV BIOPETROL ROTTERDAM, vennootschap naar
 Nederlands recht
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Barteld Schutyser
 kantoor houdend te Brussel
 Louizalaan 106
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
 Financiën

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 maart 2007, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van onbekende datum, zoals meegedeeld bij brief van de Directeur-generaal van de Administratie der Douane en Accijnzen en Voorzitter van de Commissie tot erkenning van biobrandstoffen van 3 januari 2007, waarbij, overeenkomstig de aankondiging van de opdracht nr. 2006/S 124-132164, fiscale erkenningen van productie-eenheden van biobrandstoffen worden verleend en de aanvraag tot fiscale erkenning van de B.V. Biopetrol Rotterdam als onontvankelijk wordt aanzien”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 172.833 van 28 juni 2007 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

 De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Adjunct-auditeur Ines Martens 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 30 november 2009.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Callebaut, die loco advocaat Barteld Schutyser verschijnt voor de verzoekende partij, en inspecteur Jan De Vleeschouwer die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Walter Van Noten heeft een met dit arrest eensluidend 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. Bij artikel 2, § 1, van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen zijn een aantal wijzigingen aangebracht in artikel 419 van de programmawet van 27 december 2004. Het gewijzigde artikel 419, f), i), voorziet in gewone tarieven inzake accijnzen voor onvermengde gasolie gebruikt als motorbrandstof en in verlaagde tarieven inzake accijnzen voor gasolie gebruikt als motorbrandstof (diesel) die is aangevuld met een bepaalde hoeveelheid “FAME” (“fatty acid methyl ester”), een biobrandstof. Andere bepalingen van het gewijzigde artikel 419 hebben betrekking op de tarieven inzake accijnzen voor benzine, al dan niet aangevuld met een bepaalde hoeveelheid bio-ethanol.

De verlaagde tarieven zijn volgens artikel 3 van de wet van 10 juni 2006 enkel “van toepassing op de energieproducten waarop ze betrekking hebben waarvan het percentage biobrandstof dat zij bevatten exclusief voortkomt van productie-eenheden die werden erkend door de administratie der douane en

accijnzen na aanwijzing door de Commissie tot erkenning, en na het akkoord van de Ministerraad, op basis van een procedure tot oproep van kandidaten, gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie”.

Artikel 4, § 1, van de wet van 10 juni 2006 bepaalt dat de Commissie tot erkenning van biobrandstoffen (hierna : de Commissie) is samengesteld uit vier ambtenaren, respectievelijk aangeduid door de federale minister van Financiën, de federale minister van Leefmilieu, de federale minister van Economie en de federale minister van Landbouw. Volgens artikel 4, § 2, tweede streepje, stelt de Commissie het “handboek” op, bestemd voor de operatoren die zich kandidaat hebben gesteld (lees : die zich kandidaat stellen). Volgens artikel 4, § 2, derde streepje, selecteert de Commissie de operatoren die aanspraak kunnen maken op een erkenning, stelt ze die operatoren aan de Ministerraad voor, en kent ze hen een volume biobrandstof toe dat de vrijstelling bij de inverbruikstelling ervan in België kan genieten. Artikel 4, § 5, stelt de totale maximale volumes bio-ethanol en FAME vast, waarvoor de erkenningen toegekend worden.

Artikel 5 van de wet van 10 juni 2006 somt de gegevens op die het dossier tot kandidaatstelling moet bevatten. Artikel 5, d, voorziet aldus onder meer in de verplichting voor de kandidaten om een nota in te dienen betreffende de CO₂-balans per liter geproduceerde biobrandstof.

Artikel 6, § 1, van de wet van 10 juni 2006 bevat een opsomming van negen criteria, op basis waarvan de operatoren die een regelmatige kandidaatstelling hebben ingediend worden geselecteerd. Artikel 6, § 2, bepaalt hoe het klassement op basis van de genoemde criteria tot stand komt. Artikel 6, § 3, bepaalt dat het volume biobrandstof dat de vrijstelling van accijnzen bij de inverbruikstelling in België kan genieten, “wordt toegekend aan minstens twee operatoren zonder vier operatoren te overschrijden”.

3.2. Voor de erkenning van productie-eenheden voor de productie van FAME worden in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen twee oproepen bekendgemaakt: de ene heeft betrekking op de periode van 1 november 2006 tot 30 september 2007 (oproep 2006/S 123-301210) (FAME I), de andere op de periode van 1 oktober 2007 tot 30 september 2013 (oproep 2006/S 124-132164) (FAME II). De voorliggende vordering heeft betrekking op de tweede oproep (FAME II).

In het kader van die oproepen worden 34 dossiers ingediend, waaronder één door de verzoekende partij. De verzoekende partij is een vennootschap naar Nederlands recht, dochteronderneming van een Zwitsers bedrijf. Zij verklaart een productie-eenheid in Rotterdam te willen oprichten.

Voor elk van de kandidaten is door de Commissie een individuele evaluatiefiche opgemaakt, met samenvatting van alle relevante gegevens. De fiche voor de verzoekende partij beperkt zich tot het vermelden dat het dossier niet ontvankelijk is. Als reden wordt vermeld : “Tabel van de CO₂-balans niet ingevuld - art. 5, d)”. Op de achterzijde van de individuele evaluatiefiche over de verzoekende partij wordt in dit verband opgemerkt :

“De tabellen opgenomen in de nota van de CO₂-balans zijn niet ingevuld, wel worden gegevens verstrekt uit een Duitse studie die een algemene analyse maakt voor de belangrijkste landbouwgebieden van koolzaad in Europa. Verder merkt de firma op dat zij plantaardige olie aankoopt bij groothandelaars en crushers die hun producten uit de voornaamste koolzaadproducerende gebieden in de EU verkrijgen.”

Na een onderzoek van de dossiers beslist de Commissie om in het kader van de oproep FAME II de kandidaturen van tien kandidaten ontvankelijk te verklaren en daarvan een klassement op te stellen. Op basis van dat klassement worden twee alternatieve lijsten van telkens vier kandidaten voor erkenning voorgesteld. Met een nota van 10 oktober 2006 worden alle voorstellen van de Commissie, zowel met betrekking tot de productie van bio-ethanol als met betrekking tot de productie van FAME, aan de Ministerraad overgemaakt. De individuele evaluatiefiches van alle kandidaten en een samenvattende fiche worden bij die nota gevoegd. Die voorstellen worden op 17 oktober 2006 door de Ministerraad besproken. De voorstellen in verband met bio-ethanol en FAME I worden, al dan niet met aanpassingen, goedgekeurd. Met betrekking tot FAME II neemt de Ministerraad de volgende beslissing:

“Voor FAME (oproep van kandidaten 2006/S 124-132164) geeft de Raad, op basis van het standpunt dat de Commissie tot erkenning inneemt onder punt 2 van haar verslag van 10 oktober 2006, die Commissie de opdracht om haar analyse van een aantal cijfergegevens te verfijnen in het licht van de aanvullende informatie die ze nog zou kunnen krijgen bij een direct contact met de 10 operatoren waarvan de kandidaturen ontvankelijk werden geacht.

De Minister van Financiën wordt ermee belast om een nieuw verslag voor te leggen aan de Raad van 17 november 2006 en om zijn betrokken Collega's te verzoeken de leden van de Commissie toe te staan dit werk binnen de gestelde termijnen uit te voeren.”

Bij schrijven van 20 oktober 2006 deelt de Commissie aan de verzoekende partij mee dat het onderzoek van de dossiers van de verschillende kandidaten nog niet kon worden afgesloten, en vraagt zij of de verzoekende partij nog steeds geïnteresseerd is in de erkenning. Het gaat om een standaardschrijven, dat naar alle kandidaten in het kader van de oproep FAME II is verstuurd. Bij schrijven van 24 oktober 2006 antwoordt de verzoekende partij dat zij “nog steeds bijzonder geïnteresseerd is”.

Op 25 oktober 2006 bespreekt de Commissie de opdracht die de Ministerraad haar heeft verleend. Zij beslist om de bijkomende informatie bij de tien betrokken operatoren in te winnen door middel van interviews met elk van hen. Op 19 december 2006 worden de resultaten door de Commissie besproken. De Commissie besluit vervolgens om vier operatoren voor erkenning voor te stellen : BIORO nv (Gent), PROVIRON FINE CHEMICALS nv (Oostende), NEOCHIM nv (Feluy) en OLEON BIODIESEL nv (Ertvelde). Ook worden de toe te kennen volumes verdeeld over die operatoren. Met een nota van dezelfde dag worden de voorstellen van de Commissie aan de Ministerraad overgemaakt. De individuele evaluatiefiches van de tien kandidaten waarvan het dossier ontvankelijk was bevonden en een samenvattende fiche worden bij die nota gevoegd.

Op 21 december 2006 keurt de Ministerraad de voorstellen van de Commissie goed.

Op 3 januari 2007 verleent de Administratie van de douane en accijnzen een erkenning aan de vier hiervóór genoemde operatoren. Bij schrijven van dezelfde dag deelt de Commissie aan de verzoekende partij mede dat aan haar aanvraag tot erkenning geen gunstig gevolg gegeven kon worden. Deze laatste beslissing vormt het voorwerp van de voorliggende vordering.

3.3. Op een vraag van de verzoekende partij van 12 januari 2007 om kennis te krijgen van de motieven waarop de weigeringsbeslissing is gesteund, antwoordt de Commissie met een schrijven van 30 januari 2007:

“Uw aanvraag tot erkenning van een productie-eenheid van biobrandstoffen, ingediend in het kader van de aankondiging van opdracht nr. 2006/S 124-132164, werd niet in aanmerking genomen door de Commissie tot erkenning van biobrandstoffen aangezien uw aanvraag als niet ontvankelijk werd aanzien.

De volgende tekortkomingen werden vastgesteld: de elementen met betrekking tot de CO₂-balans bedoeld in artikel 5, d), van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen waren onvolledig.”

Bij schrijven van 20 februari 2007 vraagt de verzoekende partij om een nadere motivering. Hierop antwoordt de Commissie met een schrijven van 6 maart 2007, dat onder meer de volgende toelichtingen bevat :

“Met betrekking tot het onvolledig zijn van de elementen betreffende de CO₂-balans bedoeld in artikel 5, d), van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen kan ik u meedelen dat de motivering terug te vinden is in artikel 5, d), van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen en in de leidraad die ter beschikking werd gesteld op de website Finform. De leidraad vermeldt onder punt III. Dossier van de kandidaatstelling, dat het formulier opgenomen in de leidraad moet gebruikt worden door de geïnteresseerden. In punt II, d), van het te gebruiken formulier wordt een nota betreffende de CO₂-balans gevraagd. Deze nota moet aangevuld worden met het document in bijlage aan deze leidraad.

Dit document werd door uw bedrijf niet ingevuld waardoor uw aanvraag als niet ontvankelijk werd beschouwd.

Deze gevolgtrekking vloeit voort uit :

- artikel 4, § 2, van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen. Deze paragraaf stelt dat de Commissie tot erkenning het handboek opstelt, bestemd voor de operatoren die zich kandidaat hebben gesteld.
- de bewoording van dit ‘handboek’, dit is de leidraad die ter beschikking werd gesteld op de website Finform, onder punt III. Dossier van de kandidaatstelling : ‘Om te antwoorden op de oproep tot kandidaatstelling, moeten de geïnteresseerden gebruik maken van het formulier (‘aanvraag tot erkenning’) opgenomen in deze leidraad en het geheel van stukken toevoegen vermeld in de punten III.2.2) en III.2.3) van de aankondiging van een opdracht gepubliceerd in het PBEU.’”

Ondertussen had de verzoekende partij, bij een op 5 maart 2007 ter post aangetekend verzoekschrift, reeds de voorliggende vordering tot nietigverklaring ingesteld.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 3 en 4, § 2, van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen en van het verbod op machtsoverschrijding.

In haar memorie van wederantwoord doet zij evenwel afstand van dit middel.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partij roept een tweede middel in, afgeleid uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de materiële motiveringsplicht.

In een eerste onderdeel voert zij aan dat zij uit de motivering enkel kan afleiden dat haar CO₂-balans “onvolledig” zou zijn geweest, maar dat zij daaruit niet kan afleiden waarom haar CO₂-balans als onvolledig werd aangemerkt, noch in welk opzicht de CO₂-balans van de andere aanvragers wel volledig was. Volgens de verzoekende partij is dit laatste relevant, omdat een aantal aanvragers, zoals de verzoekende partij, plantaardige olie bij groothandelaars en zogenaamde crushers kopen, die op hun beurt die producten uit de voornaamste koolzaadproducerende gebieden in de Europese Unie verkrijgen. Gelet op dat aankoopmodel moeten ook die ondernemingen, zoals de verzoekende partij, moeilijkheden hebben ondervonden om gedetailleerde informatie over een volledige CO₂-balans van productie tot aankoop te verschaffen. De verzoekende partij meent dan ook dat een motivering die aan de vereisten van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 voldoet, haar moet toelaten inzicht te verkrijgen in de wijze waarop de offertes van de andere inschrijvers op dit punt zijn beoordeeld.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat zij in de bestreden beslissing evenmin de juridische of feitelijke overwegingen kan terugvinden die verantwoorden dat aan de zogenaamde onvolledigheid van haar CO₂-balans verregaande rechtsgevolgen worden gehecht. De onvolledigheid heeft immers tot gevolg dat de aanvraag van de verzoekende partij “onontvankelijk” is, en derhalve niet in aanmerking is genomen. De verwerende partij diende nochtans, overeenkomstig de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, op concrete wijze te motiveren en aan te tonen dat het ontbreken van een CO₂-balans tot gevolg heeft dat de kandidatuur van de verzoekende partij niet in aanmerking kon worden genomen. Zij moest de redenen tot uitdrukking brengen die haar binnen de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid ertoe hebben gebracht te oordelen dat de zogenaamde onvolledigheid van de CO₂-balans de onontvankelijkheid van de aanvraag van de verzoekende partij tot gevolg heeft. Volgens de verzoekende partij

geldt dit des te meer nu een dergelijke gevolgtrekking noch uit de wet van 10 juni 2006, noch uit de besluiten genomen ter uitvoering ervan, noch uit de parlementaire voorbereiding kan worden afgeleid.

5.2. De verwerende partij antwoordt dat de verplichting tot het indienen van een CO₂-balans voorzien is in artikel 5 van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen. Zij wijst er op dat om de producenten te helpen bij het indienen van hun dossier, in een bijlage bij de leidraad voor de kandidaten een overzicht werd gegeven van de ter zake nuttige gegevens. Tenzij alle kandidaten de nodige gegevens meedelen, kan volgens haar niet met kennis van zaken op een evenwichtige wijze worden overgegaan tot de rangschikking van de kandidaten. Zij betoogt dat de aanvraag van de verzoekende partij geen concrete berekening bevatte van de CO₂-balans per geproduceerde liter brandstof, maar enkel een aantal algemene gegevens die het aan de Commissie niet toelaten om de aanvraag van de verzoekende partij op te nemen in een rangschikking voor het criterium “CO₂-balans”. Uit de bewoordingen van de aanvraag blijkt volgens de verwerende partij trouwens dat de verzoekende partij er zelf van uitgaat dat de door haar ingediende gegevens met betrekking tot de CO₂-balans niet volstonden.

Voorts houdt de verwerende partij voor dat de aangevochten beslissing formeel gemotiveerd is, nu de reden waarom de aanvraag onontvankelijk werd verklaard, is meegedeeld aan de verzoekende partij. Zij meent dat uit artikel 5, d, van de wet van 10 juni 2006 volgt dat wanneer gegevens met betrekking tot de CO₂-balans onvolledig zijn, de aanvraag buiten beschouwing moet worden gelaten. Het feit dat de CO₂-balans zoals zij door de verzoekende partij werd ingediend onvolledig is, blijkt volgens de verwerende partij uit de aanvraag zelf. Aangezien de aanvraag van de verzoekende partij niet voldeed aan de vereisten die gesteld worden aan een ontvankelijke kandidatuur, diende de Commissie volgens de verwerende partij niet uitdrukkelijk op te geven welke beslissing werd genomen ten opzichte van de aanvragen van de andere kandidaten en welke de redenen waren waarom de aanvragen van de andere kandidaten wel werden weerhouden.

5.3. De verzoekende partij repliceert dat zij in haar offerte de redenen heeft uiteengezet waarom zij de gevraagde CO₂-balans niet kon toevoegen en dat de verwerende partij op grond van de formele motiveringsplicht er dan ook toe was gehouden in de motieven van de bestreden beslissing aandacht te besteden aan deze verantwoording. Daarnaast stelt de verzoekende partij dat de formele motiverings-

plicht ook impliceert dat zij weet hoe de verwerende partij de aanvragen van de andere kandidaten die niet zelf plantaardige olie produceren en die om die reden ook geen CO₂-balans kunnen voorleggen, beoordeeld heeft en of de verwerende partij heeft nagegaan of de CO₂-balansen die wel zijn voorgelegd met de werkelijkheid overeenstemmen. De verzoekende partij herhaalt ook omstandig haar standpunt dat de verwerende partij de sanctie van onontvankelijkheid die ze heeft verbonden aan de onvolledigheid van de aanvraag uitdrukkelijk diende te motiveren en te rechtvaardigen, nu deze niet voorzien was in de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen, noch in de aankondiging van de opdracht of in de leidraad voor de kandidaten. Voorts argumenteert de verzoekende partij dat zich in het administratief dossier een aantal documenten bevinden waarin een a posteriori-motivering is opgenomen en dat geen enkel stuk wordt voorgelegd waaruit enige vorm van vergelijking van de aanvragen blijkt of waaruit blijkt dat een gemotiveerd evaluatieverslag werd opgesteld.

5.4. In haar laatste memorie schrijft de verzoekende partij dat overeenkomstig artikel 6, § 1, van de wet de selectie diende te gebeuren op grond van negen criteria, waaronder het criterium van “de gunstigste CO₂-balans”, en dat door te oordelen dat een onvolledige CO₂-balans tot de onmogelijkheid leidt om de aanvraag aan de overige criteria te toetsen, de verwerende partij gehandeld heeft op een wijze die niet is voorgeschreven en aan het criterium van “de gunstigste CO₂-balans” een groter gewicht heeft toegekend dan aan de andere criteria, wat in strijd is met het publicatiebericht waarin aan alle criteria een weging van 1 wordt toegekend.

Voorts meent de verzoekende partij dat er ook sprake is van een schending van de materiële motiveringsplicht, nu de verwerende partij het bijvoegen van de CO₂-balans als een substantiële ontvankelijkheidsvoorwaarde kwalificeert, terwijl dit nergens bepaald is en er verder niets op wijst dat dit een substantiële vormvereiste zou zijn. De verzoekende partij is dan ook van mening dat de sanctie van de onontvankelijkheid van de aanvraag kennelijk onredelijk is, in het bijzonder nu de verwerende partij bijkomende informatie had kunnen vragen of had kunnen volstaan met een minder gunstige beoordeling voor dat criterium. Ook het feit dat de verwerende partij de verklaring voor de onvolledige CO₂-balans geheel niet in aanmerking neemt, getuigt volgens de verzoekende partij niet van een behoorlijke besluitvorming.

Beoordeling

5.5.1. Volgens de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen moet elke eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuurden of voor een ander bestuur, in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en moet die motivering “afdoende” zijn.

Bij schrijven van 30 januari 2007 is aan de verzoekende partij medegedeeld om welke reden haar aanvraag niet in aanmerking is gekomen. De verzoekende partij betwist niet dat de aldus gegeven motivering kan doorgaan voor de uitdrukkelijke motivering vereist bij de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

Uit het genoemde schrijven blijkt dat de Commissie de aanvraag als onontvankelijk heeft beschouwd op grond dat de elementen met betrekking tot de CO₂-balans, bedoeld in artikel 5, d, van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen, onvolledig waren. Aldus werden de feitelijke overweging (onvolledigheid van de elementen met betrekking tot de CO₂-balans) en de juridische overweging (onregelmatigheid van de aanvraag, gelet op artikel 5, d), van de wet van 10 juni 2006) vermeld, waarop de genomen beslissing (onontvankelijkheid van de aanvraag) is gesteund. Ook al zijn die overwegingen beknopt, toch volstaan zij vanuit het oogpunt van de formele motiveringsplicht.

Anders dan de verzoekende partij voorhoudt, houdt de formele motiveringsplicht niet in dat de Commissie uitdrukkelijk diende uit te leggen waarom zij van oordeel was dat de door de verzoekende partij verstrekte gegevens met betrekking tot de CO₂-balans onvolledig waren. Het volstond dat die verduidelijking kon blijken uit de gegevens van het dossier. Evenmin diende de Commissie in het kader van de formele motiveringsplicht in te gaan op de verklaring van de verzoekende partij waarom zij de gevraagde gegevens met betrekking tot de CO₂-balans niet kon toevoegen. Voorts moest de Commissie niet aan de verzoekende partij mededelen welke beslissing zij ten aanzien van de andere kandidaten had genomen, en nog minder op grond van welke redenen zij voor elk van die kandidaten tot een bepaalde beslissing was gekomen.

Ten slotte was de Commissie evenmin verplicht om uitdrukkelijk de redenen uiteen te zetten die haar ertoe gebracht hadden om de bepalingen van de wet van 10 juni 2006 zo te interpreteren dat een onregelmatigheid in de vermelding van de gegevens vermeld in artikel 5, d), van de wet tot de onontvankelijkheid van de kandidatuur leidde.

In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, kan het dan ook niet worden aangenomen.

5.5.2. In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van de materiële motiveringsplicht, wordt die schending slechts voor het eerst verduidelijkt in de laatste memorie van de verzoekende partij. Een middel, dat niet van openbare orde is, kan niet op ontvankelijke wijze voor het eerst in de laatste memorie worden uiteengezet.

In die mate is het middel dan ook onontvankelijk.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

6.1. De verzoekende partij roept een derde middel in, afgeleid uit de schending van de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de materiële motiveringsplicht.

Volgens de verzoekende partij bepaalt artikel 5 van de wet van 10 juni 2006 dat ieder dossier tot kandidaatstelling elf documenten moet bevatten, waaronder de nota betreffende de CO₂-balans (littera d). Overeenkomstig artikel 6, § 1, van de wet worden de operatoren geselecteerd op basis van negen criteria, waaronder “de gunstigste CO₂-balans” (eerste lid, littera f). Uit de parlementaire voorbereiding van de wet blijkt voorts dat de documenten ingediend overeenkomstig artikel 5 het mogelijk moeten maken inlichtingen te verschaffen die dienstig zijn voor de beoordeling van de criteria voor de selectie van de kandidaten die een geldige kandidatuur hebben ingediend.

Artikel 6, § 2, van de wet bepaalt vervolgens op gedetailleerde wijze de manier waarop de operatoren volumes toegekend krijgen. Volgens die bepaling worden de volumes toegekend aan de kandidaten die het best zijn gerangschikt in een klasement dat is opgemaakt op grond van de criteria bedoeld in artikel 6, § 1. Te dezen oordeelt de verwerende partij dat de beweerde onvolledigheid van de CO₂-balans tot gevolg heeft dat de aanvraag van de verzoekende partij onontvankelijk is. Dit is volgens de verzoekende partij evenwel niet in overeenstemming met de draagwijdte en de inhoud van de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 juni 2006. Artikel 5 laat immers in het geheel niet toe aan de vaststelling dat één van de stukken die daarin worden opgesomd onvolledig zou zijn, het besluit te verbinden dat de aanvraag in zijn geheel onontvankelijk is. Die bepaling somt enkel de stukken op die een aanvrager moet overleggen om de toetsing aan de in artikel 6 bedoelde criteria mogelijk te maken. Daarenboven miskent de zogenaamde onontvankelijkheid van de aanvraag van de verzoekende partij kennelijk het selectiemechanisme dat in artikel 6 is vervat. Dat systeem bestaat er immers in dat de operatoren eerst op basis van de criteria a) tot c) moeten aantonen dat zij de vereiste industriële en commerciële capaciteit hebben om biobrandstof te produceren, en dat de aanvragen vervolgens worden getoetst aan de criteria d) tot i). Voor de criteria d) tot g), en dus ook voor het criterium f), “de gunstigste CO₂-balans”, wordt één rangschikkingstabel opgesteld. Voor de criteria h) en i) worden telkens drie rangschikkingstabellen opgesteld. Uiteindelijk worden drie eindtabellen verkregen. Die tabellen zijn voor de criteria d) tot g) gelijk, maar kunnen voor de criteria h) en i) verschillen. De operator die op één van de aldus verkregen tabellen de laagste score haalt, omdat hij het meest voor de diverse criteria als eerste, tweede of derde is geklasseerd, komt in aanmerking voor de toewijzing van een volume. Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij, in het licht van hetgeen voorafgaat, gehandeld op een wijze die in een dubbel opzicht met dat mechanisme in strijd is. Eerst en vooral heeft de verwerende partij nagelaten de industriële of commerciële capaciteit van de verzoekende partij op grond van de criteria a) tot c) te toetsen, en heeft zij de aanvraag van de verzoekende partij onmiddellijk getoetst aan het criterium f), “de gunstigste CO₂-balans”. Vervolgens heeft zij aan dat criterium f) een draagwijdte gegeven dat het niet heeft. De beweerde onvolledigheid van de informatie die het mogelijk moet maken dit criterium te toetsen zou immers de verwerende partij, in haar zienswijze, vrijstellen van de wettelijke verplichting om de aanvraag niet alleen aan het criterium f) , maar ook aan alle andere criteria te toetsen en op grond daarvan een rangschikking tot stand te brengen. Door aan de vermeende onvolledigheid van de informatie over dit criterium de onontvankelijk-

heid van de aanvraag te verbinden, heeft de verwerende partij de facto en de iure aan het criterium f) een absolute waarde en bijgevolg preëminentie over alle andere criteria toegekend. Uit artikel 6 is in het geheel niet af te leiden dat het toegestaan zou zijn om aan één van de criteria een uitsluitingswaarde te verbinden, of nog, dat er tussen die criteria geen gelijkwaardigheid zou bestaan. Uit het publicatiebericht is integendeel af te leiden dat dit criterium f), zoals alle andere criteria, een weging van 1 heeft, en dus aan alle andere criteria gelijk is. De verwerende partij was verplicht om de aanvraag aan elk van de criteria te toetsen. Indien zij van oordeel was dat de informatie met betrekking tot het criterium f) onvolledig was, had zij die beoordeling in een minder gunstig klassement voor dat criterium tot uiting moeten brengen; zij was echter niet gerechtigd om aan de vermeende onvolledigheid van de informatie om het criterium f) te beoordelen het besluit te verbinden dat de aanvraag van de verzoekende partij onontvankelijk was en dat zij aldus van de toetsing aan enig ander criterium was vrijgesteld.

Volgens de verzoekende partij geldt het voorgaande des te meer nu zij er in haar nota in verband met de CO₂-balans uitdrukkelijk op gewezen heeft dat zij plantaardige olie aankoopt bij groothandelaars en crushers, die op hun beurt die producten uit de voornaamste koolzaadproducerende gebieden in de Europese Unie verkrijgen. Dit impliceert noodzakelijk dat de verzoekende partij geen gedetailleerde informatie over haar CO₂-balans kan verschaffen, aangezien zij niet kan beschikken over een aantal basisgegevens die van derden (de producenten) afkomstig zijn. De verzoekende partij heeft een Duitse studie met een algemene analyse betreffende CO₂ voor de belangrijkste gebieden in Europa voorgelegd, en voor het overige gemeend geen verdere informatie te kunnen verschaffen. Indien die informatie op straffe van onontvankelijkheid toch noodzakelijk zou zijn, zou dit impliceren dat alle bedrijven die hun olie aankopen bij andere bedrijven, en die bijgevolg niet over gedetailleerde gegevens inzake CO₂ beschikken, van de erkenningsprocedure zijn uitgesloten. Dit zou neerkomen op een discriminatie.

Het motief voor de beslissing om haar aanvraag onontvankelijk te verklaren, is volgens de verzoekende partij dan ook geen deugdelijk motief.

6.2. De verwerende partij antwoordt dat op grond van artikel 5 en 6 van de wet van 10 juni 2006 iedere kandidatuur om regelmatig te zijn, vergezeld moet zijn van een nota betreffende de CO₂-balans. Deze CO₂-balans per liter geproduceerde biobrandstof is het verschil tussen uitstoot en opnamen van CO₂

tijdens het gehele productieproces, te weten vanaf de teelt van de grondstoffen tot en met het gebruik van de biobrandstof (artikel 5, d)). De verzoekende partij heeft volgens de verwerende partij wel een nota bijgevoegd, maar geen nota die het verschil vermeldt tussen uitstoot en opname van CO₂ tijdens het gehele productieproces. Artikel 5 schrijft imperatief voor dat het aanvraagdossier deze gegevens “moet” bevatten. Zelfs al zou de verzoekende partij niet uitgesloten kunnen worden vooraleer de rangschikking wordt opgesteld, dan nog is het middel volgens de verwerende partij niet dienstig. Op basis van de gegevens die de verzoekende partij verstrekt heeft, kon ze immers niet gerangschikt worden voor het criterium bepaald in artikel 6, f) “de gunstigste CO₂-balans”. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij stelt, laat het feit dat er geen voldoende gegevens voorliggen, en de eigen gunstige appreciatie van de kandidaat de overheid niet toe om de verzoekende partij “dan maar” op een “minder gunstige” plaats te klasseren voor dit criterium.

6.3. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij nog dat haar aanvraag als regelmatig diende te worden gekwalificeerd, aangezien zij alle vereiste documenten volgens artikel 5 van de wet van 10 juni 2006 betreffende de biobrandstoffen bij haar aanvraag had gevoegd. Zij stelt dat, aangezien artikel 5 van deze wet zelf niet voorziet in een sanctie van onontvankelijkheid bij het ontbreken van de gevraagde informatie, deze informatie niet als substantieel voor de regelmatigheid van de aanvraag kan worden beschouwd. Daarnaast gaat de verzoekende partij nog verder in op de vermeende schending van het gelijkheidsbeginsel. Zij werpt op dat het meedelen van een CO₂-balans die betrekking heeft op de uitstoot tijdens het gehele productieproces tot en met het verbruik, overeenkomstig artikel 5 van de wet van 10 juni 2006, een voorwaarde is waaraan zij niet kan voldoen. Bijgevolg zou deze vereiste indirect ondernemingen discrimineren zoals de verzoekende partij, die niet verticaal geïntegreerd zijn. Het onderscheid dat aldus wordt gemaakt ten aanzien van ondernemingen die wel verticaal geïntegreerd zijn, kan volgens haar niet gerechtvaardigd worden.

Beoordeling

6.4.1. Artikel 3 van de wet van 10 juni 2006 bepaalt dat de productie-eenheden worden erkend “door de administratie der douane en accijnzen na aanwijzing door de Commissie tot erkenning, en na het akkoord van de Ministerraad”. Artikel 4, § 2, derde streepje, bepaalt dat de Commissie de kandidaten “selecteert”. Overeenkomstig artikel 6, § 1, eerste lid, heeft die selectie betrekking

op “de operatoren die een regelmatige kandidaatstelling hebben ingediend”. Uit het geheel van die bepalingen volgt dat de Commissie in eerste instantie oordeelt over de regelmatigheid van de kandidaturen; vervolgens selecteert of rangschikt zij de kandidaten waarvan de kandidatuur regelmatig is bevonden, doet zij op basis daarvan een voorstel tot erkenning aan de Ministerraad, verleent de Ministerraad zijn akkoord met dat voorstel, en wordt de uiteindelijke beslissing, dit wil zeggen de beslissing om de geselecteerde kandidaten al dan niet te erkennen, door de administratie der douane en accijnzen genomen.

De wet verleent aldus rechtstreeks een bevoegdheid aan de Commissie om zich uit te spreken over de regelmatigheid van de kandidaturen. Dit betekent dat de Commissie de ontvankelijkheid van de ingediende kandidaturen beoordeelt.

De wet van 10 juni 2006 bepaalt niet uitdrukkelijk aan welke ontvankelijkheidsvereisten een kandidatuur moet voldoen. Artikel 5 bepaalt echter welke stukken een dossier tot kandidaatstelling moet bevatten. Zoals de verzoekende partij terecht aanvoert, is het indienen van die stukken vereist om het de Commissie mogelijk te maken de kandidatuur te toetsen aan de in artikel 6, § 1, bedoelde criteria. Daaruit volgt dat een kandidatuur onontvankelijk verklaard moet worden als in het dossier één of meer van de in artikel 5 opgesomde stukken ontbreken, of nog, als één of meer van die stukken van die aard zijn dat ze het niet mogelijk maken om de kandidaat voor elk van de criteria te beoordelen. Dat de beoordeling van de kandidaat op grond van de criteria waarvoor de nodige informatie wordt bezorgd nog wel mogelijk zou zijn, doet aan die conclusie geen afbreuk.

Te dezen is artikel 5, d), van de wet van belang. Volgens die bepaling moet het dossier van een kandidaat een “nota betreffende de CO₂-balans” bevatten, en moet die balans worden opgevat als volgt: “Deze CO₂-balans per liter geproduceerde biobrandstof is het verschil tussen uitstoot en opname van CO₂ tijdens het gehele productieproces, te weten vanaf de teelt van de grondstoffen tot en met het gebruik van de biobrandstof.” In overeenstemming met deze wetsbepaling werd in de door de Commissie opgestelde leidraad voor de kandidaten, die een modelformulier bevatte voor het indienen van een aanvraag tot erkenning, onder rubriek II, punt d), melding gemaakt van twee bij de aanvraag te voegen stukken: de bedoelde “nota betreffende de CO₂-balans”, alsmede een document waarvan het

model als bijlage bij de leidraad was gevoegd (bijlage met als opschrift “CO₂-balans”). Die laatste bijlage bevatte, onder meer voor FAME, vier tabellen waarin een aantal cijfergegevens ingevuld moesten worden.

6.4.2. De aanvraag van de verzoekende partij is ingediend volgens het genoemde modelformulier. Onder punt II, d), wordt verwezen naar bijlage F, die de gevraagde nota betreffende de CO₂-balans bevat. Voorts wordt voorgehouden dat het in die bijlage gaat om de vertaling van een bepaalde, in het Duits gestelde studie, die een algemene analyse geeft van de CO₂- en energiebalans voor biodiesel voor de drie belangrijkste landbouwgebieden van koolzaad in Europa. Ten slotte wordt uitgelegd dat de verzoekende partij plantaardige olie opkoopt van derden (groothandelaars en zgn. crushers) die hun producten uit de voornaamste koolzaad-producerende gebieden in de Europese Unie verkrijgen, dat zij om die reden niet bij machte is om zeer gedetailleerde informatie te geven, maar dat zij niettemin om nader uiteengezette redenen van oordeel is dat de CO₂-balans “goed tot zeer goed” zal zijn. De bij de leidraad gevoegde bijlage met als opschrift “CO₂-balans” is niet als bijlage bij de aanvraag gevoegd.

Zoals uit het antwoord op het tweede middel blijkt, heeft de Commissie de kandidatuur van de verzoekende partij onontvankelijk verklaard op grond dat de elementen met betrekking tot de CO₂-balans onvolledig waren.

De Raad van State neemt aan dat de Commissie in redelijkheid kon oordelen dat de aanvraag van de verzoekende partij op het punt van de CO₂-balans niet voldeed aan de vereisten van artikel 5, d), van de wet. De aanvraag bevatte immers geen concrete cijfergegevens over de CO₂-balans per geproduceerde liter brandstof, maar beperkte zich tot een verwijzing naar een algemene studie, waarvan een vertaling als bijlage gevoegd was, en tot het opsommen van een aantal redenen die volgens de verzoekende partij toelieten te verwachten dat de CO₂-balans positief zou uitvallen. Met die gegevens kon de Commissie de verzoekende partij niet rangschikken voor het criterium bepaald in artikel 6, § 1, eerste lid, f), van de wet, “de gunstigste CO₂-balans”.

In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 juni 2006, kan het middel niet worden aangenomen .

6.4.3. Volgens de verzoekende partij zou er sprake zijn van discriminatie indien gedetailleerde informatie met betrekking tot de CO₂-balans in elk geval vereist zou zijn, nu zulks tot gevolg zou hebben dat bedrijven die hun olie aankopen van andere bedrijven, en om die reden niet over gedetailleerde gegevens terzake beschikken, van de erkenningsprocedure uitgesloten zijn.

Het enkele feit dat de verzoekende partij voor het verstrekken van een gedeelte van de gevraagde gegevens afhankelijk zou zijn van inlichtingen die zij zelf bij derden moest inwinnen, maakt nog niet aannemelijk dat het voor haar onmogelijk was om concrete gegevens te verschaffen en om de tabellen in te vullen. De Raad van State kan dan ook niet uitgaan van een verschil in behandeling tussen verschillende categorieën van producenten. In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, mist het bijgevolg feitelijke grondslag.

6.4.4. In zoverre de verzoekende partij een schending van de materiële motiveringsplicht aanvoert, voegt zij niets toe aan wat zij aanvoert in verband met de schending van de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 juni 2006 en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Om dezelfde redenen als hiervóór ontwikkeld, kan het middel in zoverre dan ook evenmin aangenomen worden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 december 2009, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
met bijstand van	
Wim Geurts,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Wim Geurts

André Vandendriessche