RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.909 van 22 december 2016
in de zaak A. 219.316/VII-39.682.

In zake : 1. de NV BELGIAN ECO ENERGY
2. de NV BEE POWER GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Goossens en tevens door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

1. het VLAAMSE GEWEST
2. het VLAAMS ENERGIEAGENTSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindmans en Damien Verhoeven
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 juni 2016, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van:

"[…] het besluit van de Vlaamse Regering van 2 mei 2016 waarbij werd vastgesteld dat 'de definitieve gegevens van de installatie door de steunaanvrager niet binnen een termijn van uiterlijk zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor zijn aangeleverd', dat de reeds vastgestelde voorlopige bandingfactor conform artikel 6.2/1.7. § 2, derde lid van het Energiebesluit vervalt en de actualisatie van de voorlopige bandingfactor, c.q. de berekening van een definitieve bandingfactor op grond van artikel 6.2/1.7, § 2, vierde lid, van het

Energiebesluit geen voorwerp meer heeft, zoals de verzoekende partijen daarvan werden ‘geïnformeerd’ door de Minister-president van de Vlaamse Regering, de heer Geert BOURGEOIS, met een brief van 4 mei 2016, ontvangen op 9 mei 2016 […] en
[…] het ‘advies’ of ‘voorstel tot beslissing’ van het Vlaams Energieagentschap van 14 april 201[6], zoals de verzoekende partijen daarvan werden in kennis gesteld met een brief van de Administrateur-generaal van het Vlaams Energieagentschap van 11 mei 2016, ontvangen op 13 mei 2016 […]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 235.011 van 9 juni 2016 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verwerende partijen hebben een nota ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

Met toepassing van artikel 90, § 1, vierde lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, is de zaak verwezen naar een kamer met drie leden.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 oktober 2016.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Barteld Schutyser, Wim Goossens, Sofie Mombaerts en Bram Delvaux, die verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaat Damien Verhoeven, die verschijnt voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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. Met het project "BEE Power Gent" wordt de bouw en exploitatie beoogd van een biomassacentrale te Gent. De installatie dient voor de opwekking van zogenaamde "groene stroom" uit de verbranding van biomassa.

3.2. Overeenkomstig de in het Vlaamse Gewest geldende regelgeving worden voor de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen groenestroomcertificaten (hierna: GSC's) toegekend.

Artikel 7.1.1, § 2, van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (hierna: Energiedecreet) bepaalt dat voor installaties die elektriciteit opwekken uit hernieuwbare energiebronnen met startdatum vanaf 1 januari 2013 en die gelegen zijn in het Vlaamse Gewest, GSC's worden toegekend aan de eigenaar van een productie-installatie of de natuurlijke persoon of rechtspersoon die daartoe door hem werd aangewezen.

Een installatie met startdatum vanaf 1 januari 2013 krijgt enkel GSC's "gedurende de afschrijvingsperiode die in de berekeningsmethodiek van de onrendabele top voor die hernieuwbare energietechnologie wordt gehanteerd" (artikel 7.1.1, § 2, derde lid, van het Energiedecreet). Artikel 1.1.3, 95°, van het Energiedecreet omschrijft de "onrendabele top" als "het productieafhankelijk gedeelte van de inkomsten dat nodig is om de netto contante waarde van een investering op nul te doen uitkomen en die berekend wordt aan de hand van een

cashflowberekening". De subsidiëring op basis van de onrendabele top komt er in wezen op neer dat de hoogte van de steun afhankelijk wordt gemaakt van de rendabiliteit van de betrokken installatie.

Het aantal GSC's dat wordt toegekend voor elke 1.000 kWh elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen is "gelijk aan 1, vermenigvuldigd met de van toepassing zijnde bandingfactor" (artikel 7.1.1, § 2, vierde lid, van het Energiedecreet). Volgens artikel 1.1.3, 13°/2, van het Energiedecreet is de bandingsfactor de "onrendabele top gedeeld door de bandingdeler". De bandingdeler is gelijk aan "97 euro per groenestroomcertificaat voor de berekening van de bandingfactor voor de toekenning van groenestroomcertificaten" (artikel 1.1.3, 13°/1, van het Energiedecreet).

3.3. De berekening van de onrendabele toppen en bandingfactoren wordt geregeld door de bepalingen van Titel VI, Hoofdstuk II/1, Afdeling II van het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 houdende algemene bepalingen over het energiebeleid (hierna: Energiebesluit van 19 november 2010).

In uitvoering van artikel 7.1.4/1, § 1, tweede lid, in fine, van het Energiedecreet wordt in artikel 6.2/1.7 van het Energiebesluit van 19 november 2010 een regeling opgenomen omtrent de berekening van projectspecifieke onrendabele toppen en bandingfactoren voor projecten uit niet-representatieve projectcategorieën met startdatum vanaf 1 januari 2013.

Het project "BEE Power Gent" valt onder de niet-representatieve projectcategorie "groenestroominstallaties, voor zover ze niet tot 1° en 2° of tot de vastgelegde representatieve projectcategorieën, vermeld in artikel 6.2/1.2, behoren en een minimaal vermogen hebben van meer dan 20 MWe" (artikel 6.2/1.7, § 1, 3°, van het Energiebesluit van 19 november 2010, vóór de opheffing ervan door artikel 38 van het besluit van de Vlaamse regering van 9 mei 2014 tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de instanties bevoegd voor de behandeling van de dossiers inzake de toekenning van

groenestroomcertificaten, warmte-krachtcertificaten en garanties van oorsprong; de opheffing is, overeenkomstig artikel 55, derde lid, van het besluit van de Vlaamse regering van 9 mei 2014, voor het eerst van toepassing op projecten waarvoor op datum van de bekendmaking van het besluit in het Belgisch Staatsblad nog geen voorlopige bandingfactor werd vastgelegd).

Voor niet-representatieve projectcategorieën gebeurt de berekening van de bandingfactor in twee fasen: in een eerste fase wordt een voorlopige bandingfactor berekend, later volgt een tweede fase die leidt tot de vaststelling van de definitieve bandingfactor.

Met betrekking tot de vaststelling van de definitieve bandingfactor bepaalt artikel 6.2/1.7, § 2, van het Energiebesluit van 19 november 2010 onder meer:

> "De steunaanvrager dient binnen een maand na het verkrijgen van de laatste vergunning een definitieve aanvraag in bij het Vlaams Energieagentschap. Op eenvoudig verzoek van het Vlaams Energieagentschap stelt de eigenaar van de productie-installatie of de natuurlijke persoon of rechtspersoon die daartoe door hem werd aangewezen hiervoor binnen een door het Vlaams Energieagentschap gestelde termijn alle noodzakelijke informatie ter beschikking van het agentschap.
>
> Als de definitieve gegevens van de installatie door de steunaanvrager niet binnen een termijn van uiterlijk zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor zijn aangeleverd, of als de steunaanvrager geen aanvraag heeft ingediend binnen een maand na het verkrijgen van de laatste vergunning, vervalt de voorlopige bandingfactor, vermeld in paragraaf 1, vijfde lid.
>
> Het Vlaams Energieagentschap actualiseert vervolgens op basis van de actuele energie- en brandstofprijzen en definitieve gegevens van de installatie binnen de 30 dagen haar berekeningen volgens de gevalideerde berekeningsmethode en legt de berekende definitieve bandingfactor ter goedkeuring voor aan de minister. De minister valideert bij ministerieel besluit de in het voorstel van het Vlaams Energieagentschap vervatte berekening en definitieve bandingfactor binnen de 30 dagen, en legt dit ministerieel besluit als mededeling voor aan de Vlaamse Regering. Als de minister wenst af te wijken van dit voorstel, dan legt zij aan de Vlaamse Regering een gemotiveerd voorstel tot beslissing voor. De beslissing van de minister of van de Vlaamse Regering wordt vervolgens betekend aan de aanvrager en aan de VREG".

Wat betreft de in artikel 6.2/1.7, § 2, derde lid, van het Energiebesluit van 19 november 2010 vermelde termijn van zes maanden, geldt voor projecten waarvoor reeds een voorlopige bandingfactor werd vastgelegd een overgangsregeling (artikel 34, § 1, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 juli 2015 houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft diverse bepalingen inzake energie). Overeenkomstig deze overgangsregeling neemt de termijn van zes maanden voor het indienen van de definitieve gegevens van de installatie pas een aanvang vanaf 20 augustus 2015.

3.4. Op 30 augustus 2013 neemt het Vlaams Energieagentschap (hierna: VEA) een principebeslissing omtrent de voorlopige bandingfactor voor de biomassa-installatie "BEE Power Gent". De voorlopige bandingfactor wordt vastgesteld op 0,939.

In bijlage 1 bij deze principebeslissing wordt het volgende gesteld:

> "De brandstof die BEE voor ogen heeft om te kunnen gebruiken in de installatie zijn (gepelletiseerd): dennenhout, agro-biomassa (zonnebloempit-schillen, olijfcake en -pitten en pindanoten schillen) en korte-omloophout (Miscanthus, bamboe en wilgen). De brandstof die uiteindelijk gebruikt zal worden in de centrale hangt af van verschillende aspecten, hieronder kort toegelicht.
>
> In de eerste plaats moet vastgesteld dat er technische beperkingen zijn op de kwaliteit van de biomassa die gebruikt kan worden. Dit heeft te maken met de chemische samenstelling van de biomassa en de mogelijke effecten hiervan op de goede werking van de boiler. Problemen zoals corrosie en dichtslibbing van de ketel hebben immers een negatieve impact op het aantal draaiuren, het rendement en de effectieve levensduur van de installatie.
>
> Een tweede aspect is de zekerheid van levering door de biomassaleverancier. Grotere biomassa-leveranciers met verschillende jaren ervaring in deze markt kunnen meer zekerheid geven op leveringszekerheid op lange termijn. Met deze partijen kan men bvb. lange termijn contracten afsluiten voor periodes tot 10 jaar. Het gaat hierbij om leveranciers van houtpellets afkomstig van (hoofdzakelijk) dennnenhout.
>
> Er zijn evenwel ook andere leveranciers die biomassa kunnen aanleveren, afkomstig van afvalproducten van de landbouw. Deze leveranciers hebben volgens BEE momenteel niet de nodige ervaring in biomassalevering op grote schaal en moeten vaak zelf nog investeringen doen op vlak van pelletiseermachines. Zij bieden meestal contracten op korte termijn aan

(maximum 2 jaar). De prijzen hiervoor zijn een stuk lager dan deze voor de houtpellets.

Een derde type leverancier zijn projectontwikkelaars die zich bezig houden met het opzetten van plantages voor korte-omloophout. Deze partijen zijn echter meestal nog niet gefinancierd en zoeken eerst een afnamecontract om dit rond te krijgen. Deze leveranciers kunnen goede prijzen aanbieden voor de biomassa maar kunnen volgens BEE een grote mate van onzekerheid geven rond effectieve levering op het moment van opstart van de installatie.

De brandstofmix die uiteindelijk gebruikt zal worden, zal dus een afweging worden tussen zekerheid van levering, prijsniveau en technische mogelijkheden.

De prijs van de brandstof in jaar 0 wordt voorlopig vastgelegd op basis van inschattingen van BEE na overleg met leveranciers van biomassa. De inschattingen betreffen de prijs van de verschillende biomassabrandstoffen en een aanname van de brandstofmix".

In bijlage 2 bij deze principebeslissing wordt beklemtoond dat de definitieve contracten met de biomassaleveranciers moeten worden voorgelegd in het kader van de berekening van de definitieve bandingfactor:

"De brandstofmix die uiteindelijk gebruikt zal worden, zal een afweging worden tussen zekerheid van levering, prijsniveau en technische mogelijkheden.

Voor de finale berekening zal BEE de definitieve contracten met de biomassaleveranciers voorleggen aan het VEA. Hieruit kan de kost van de brandstof en de uiteindelijke brandstofmix afgeleid worden".

3.5. Bij besluit van 30 september 2013 valideert de Vlaamse minister van Energie de door het VEA voorgestelde voorlopige bandingfactor. Artikel 1 van deze beslissing luidt als volgt:

"De in het voorstel van het Vlaams Energieagentschap vervatte berekening en voorlopige bandingfactor van 0,939 voor een groenestroomproductie-installatie bestaande uit een thermische elektriciteitscentrale met stoomcyclus naar een aftapcondensatiestoomturbine, waarbij minstens 40% op energiebasis van de brandstof houtpellets betreft, aangevuld met

1) overige producten, bestaande uit plantaardige materialen of delen daarvan van landbouw of bosbouw,
2) organisch-biologische afvalstoffen die selectief ingezameld werden en niet in aanmerking komen voor materiaalrecyclage of worden verwerkt conform de bepalingen van het van toepassing zijnde sectorale

uitvoeringsplan, voor maximaal 60%,

3) korteomloophout,

en met aardgas of diesel als opstart- en ondersteuningsbrandstof, met een totaal vermogen van maximaal 230.000 kW uit hernieuwbare energiebronnen op een totaal elektrisch vermogen van 230.000 kW, gelegen in de Haven van Gent en gekend als 'BEE Power Gent', te valideren".

3.6. De stedenbouwkundige vergunning voor het bouwen van de installatie wordt verleend op 17 december 2014. Op 29 januari 2015 wordt ook de vereiste milieuvergunning verleend.

3.7. Vervolgens dient de tweede verzoekende partij op 23 februari 2015 een aanvraag in voor het berekenen van de definitieve bandingfactor voor het project.

3.8. In een nota "betreffende berekening van de definitieve bandingfactor voor de biomassa-installatie 'Bee Power Gent'" van 14 april 2016 stelt het VEA voor "de Vlaamse minister bevoegd voor het Energiebeleid vast te laten stellen dat de noodzakelijke definitieve gegevens van de installatie door de steunaanvrager niet binnen de wettelijke termijn van uiterlijk zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor zijn aangeleverd, dat hiermee de iure de voorlopige bandingfactor vervalt en dat zodoende de actualisatie van de voorlopige bandingfactor, c.q. de berekening van een definitieve bandingfactor, cfr. het daartoe bepaalde in artikel 6.2/1.7, § 2, vierde lid van het Energiebesluit, geen voorwerp meer heeft".

Dit is de tweede bestreden akte.

3.9. Op 2 mei 2016 beslist de Vlaamse regering dat "aangezien de noodzakelijke definitieve gegevens van de installatie door de steunaanvrager niet binnen de wettelijke termijn van uiterlijk zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor zijn aangeleverd, de voorlopige bandingfactor de iure hierdoor vervalt en dat zodoende de actualisatie van de voorlopige bandingfactor, c.q. de berekening van een definitieve bandingfactor door het Vlaams

Energieagentschap, cfr. het daartoe bepaalde in artikel 6.2/1.7, § 2, vierde lid van het Energiebesluit, geen voorwerp meer heeft". De minister-president van de Vlaamse regering wordt gelast de steunaanvrager op de hoogte te brengen van deze beslissing.

Dit is de eerste bestreden beslissing, die als volgt is gemotiveerd:

"Ik verwijs naar uw aanvraag, door het Vlaams Energieagentschap op 23 februari 2015 in ontvangst genomen, voor een definitieve bandingfactor voor het biomassa-project, gekend als Bee Power Gent. Voor dit project werd op 30 september 2013 het ministerieel besluit houdende vaststelling van een voorlopige bandingfactor voor deze biomassa-installatie getekend.

1. Artikel 6.2/1.7, §2, derde lid van het Energiebesluit bevat een deadline van zes maanden voor het opleveren van de definitieve gegevens van de installatie door de steunaanvrager: 'Als de definitieve gegevens van de installatie door de steunaanvrager niet binnen een termijn van uiterlijk zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor zijn aangeleverd, of als de steunaanvrager geen aanvraag heeft ingediend binnen een maand na het verkrijgen van de laatste vergunning, vervalt de voorlopige bandingfactor, vermeld in paragraaf 1, vijfde lid.'

Deze termijn werd ingevoerd via artikel 11 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2015 houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft diverse bepalingen inzake energie. Voor projecten die reeds een voorlopige bandingfactor hadden bekomen (waaronder uw project) werd in artikel 34 van hetzelfde besluit een overgangsbepaling voorzien, die de termijn van zes maanden pas deed starten bij publicatie van het wijzigingsbesluit (zijnde 20 augustus 2015): '§ 1. De termijn, vermeld in artikel 6.2/1.7, § 2, [derde] lid van het Energiebesluit van 19 november 2010, ingevoegd bij artikel 11 van dit besluit, begint voor projecten waarvoor op datum van de bekendmaking van dit besluit in het Belgisch Staatsblad reeds een voorlopige bandingfactor, als bedoeld in artikel 6.2/1.7, § 1 vijfde lid, door de minister of de Vlaamse Regering is vastgelegd, pas te lopen op dag van publicatie van dit besluit in het Belgisch Staatsblad.' U had aldus tot 20 februari j.l. de tijd om de definitieve gegevens van de installatie ter beschikking van het Vlaams Energieagentschap te stellen. Zo niet vervalt de voorlopige bandingfactor voor het voorliggende project, o.b.v. artikel 6.2/1.7, §2, derde lid van het Energiebesluit.

2. Bij het onderzoek naar deze gegevens, werd door het Vlaams Energieagentschap vastgesteld, en aan mij gemeld, dat ernstige problemen zijn opgedoken, meer bepaald voor wat betreft bepaalde biomassacontracten die ter onderbouwing werden aangeleverd. Met betrekking tot de firma die instaat voor de levering van houtchips uit Namibië (Rhino Investments seven Pty Ltd) werd door het Vlaams Energieagentschap een rapport besteld bij een gereputeerde 'risk & compliance'-onderneming (zie bijlage 1). Deze bestempelde het risico als 'onbekend', in de eerste plaats omdat de handelsactiviteiten door de firma

Rhino Investments seven pas zeer recent werden opgestart (2016) en omdat er geen financiële achtergrondinformatie beschikbaar was.

3. Uit verder onderzoek dat hierna werd opgestart bleek daarenboven dat de bedrijfsleider van de betrokken onderneming (de heer Gershon Ben-Tovim, met Israëlische en Zuid-Afrikaanse nationaliteit), op ernstige wijze verdacht kan worden van dubieuze praktijken. Dhr. Gershon Ben-Tovim wordt nl. geciteerd in zaken van georganiseerd misdaad, in het bijzonder economische fraude in de handel van grondstoffen in Namibië, met gebruik van dekmantelbedrijven […]. Hij zou in relatie staan met dhr. Vito Pallazolo, die sinds 2014 in Italië een gevangenisstraf uitzit van 9 jaar voor associatie met de Maffia. Deze relatie heeft te maken met gezamenlijke participaties in de Namibische struisvogelfarm Nacoco Ostrich Farm, het verkrijgen van concessies in de Russische diamantmijn van Lomonosov en contacten in de Angolese diamantindustrie. Volgens onze zaakgelastigde te Zuid-Afrika, alsook onze Belgische Ambassadeur daar en de Belgische Ereconsul te Namibië, kan dhr. Gershon Ben-Tovim in verband worden gebracht met corruptie en illegale diamantzwendel. Er werd ten sterkste afgeraden om de persoon als zakenpartner in aanmerking te nemen. Zie daartoe ook de mail tussen het VEA en de Ambassade van België in Pretoria op 23 maart 2016 (bijlage 2).

4. De vaststelling van een definitieve bandingfactor voor een project dat bevoorraad wordt door twijfelachtige bronnen, zou tegen het beginsel van behoorlijk bestuur ingaan.

Dit beginsel moet immers samen met de normen ter bestrijding van fraude worden gelezen.

Art. 6.1.12/1, § 2, tweede lid, van het Energiebesluit verwijst in dat verband naar de 'betrouwbaarheid en fraudebestendigheid van de door de marktpartijen gebruikte systemen'.

Het Verdrag van de Verenigde Naties van 31 oktober 2003 tegen corruptie bepaalt dat het beleid en de praktijken van de overheden terzake een afspiegeling moeten vormen van het wettigheidsbeginsel, integriteit, transparantie en verantwoording (artikel 5 van het Verdrag, zoals toegelicht in de 'Legislative Guide' voor de implementering van het Verdrag). Dit Verdrag beoogt niet enkel corruptie sensu stricto, maar ook andere strafbare feiten inclusief het witwassen van geld (zie artikel 3.1 van het Verdrag). Conform artikel 12 van hetzelfde Verdrag impliceert dit o.m. maatregelen betreffende het voorkomen van misbruik van procedures inzake subsidies die door overheidsinstanties worden verleend voor commerciële activiteiten. Punt 125 van de 'Legislative Guide' ter toelichting van het Verdrag preciseert dat de toekenning van subsidies bijzonder gevoelig is t.o.v. corruptie en abusieve praktijken, zodat de overheden bijzonder aandachtig moeten zijn wanneer zij over dergelijke subsidies beslissen: '125. The areas of subsidies and licensing for certain commercial activities, as with other areas where the State intervenes in one way or another in economic life and the private sector, have been shown to be vulnerable to corrupt practices or other abuse. States are encouraged to pay particular attention to the prevention of corrupt conduct in those areas.'

In deze context kan ook worden herhaald dat de toekenning van subsidies aan biomassaprojecten onrechtstreeks tot gevolg heeft dat het Gewest de doelstellingen van aandeel hernieuwbare energie in 2020 al dan niet behaalt en

zo geldboetes al dan niet vermijdt.

In het licht van voornoemde bepalingen, zou het tegen het beginsel van behoorlijk bestuur ingaan dat de Vlaamse Regering een subsidie van honderden miljoenen euro's toekent aan een project dat voor een groot deel op een twijfelachtige leverancier steunt.

Indien men het contract met deze Namibische firma buiten beschouwing laat, komt men niet langer aan de helft van de benodigde biomassa voor normale exploitatie (op basis van energie-inhoud). De overige contracten staan (gemiddeld) dan immers slechts meer in voor 40,1% van de totale energiebehoefte. Bij maximaal gebruik van de contractueel bedongen opties voor bijkomende afname (telkens 15%), komt men alsnog slechts uit op 46,1% (opnieuw op energiebasis).

Dit betekent dat een berekening niet kan opgesteld worden, aangezien 60% (dus meer dan de helft) van de biomassa die nog moet aangekocht worden geen gekende prijs heeft, en daarenboven ook dat het tot op heden onduidelijk is op welke wijze het project zich zou kunnen bevoorraden van voldoende bruikbare biomassa voor een rendabele exploitatie.

5. Het VEA bracht u via e-mail d.d. 25 maart 2016 (14:13) op de hoogte van het feit dat er een ernstig probleem was opgedoken met één van de biomassacontracten. Het stelde vast een ernstig voorbehoud te moeten maken bij het Namibisch contract. U liet daarop onmiddellijk weten reeds op de hoogte te zijn van de problematiek rond dhr. Gershon Ben-Tovim. Dit werd door u evenwel niet eerder aan het VEA gesignaleerd.

Er werd bij deze e-mail een mailwisseling tussen uzelf en een derde partij, dhr. Adrian Boodt aangehaald. Hierbij worden enkele bijlagen meegestuurd, m.n.:

- Een 'printscreen' van een negatief zoekresultaat op een Interpol-databank, gedateerd op 3 augustus 2011 (de status van dit document is niet eenduidig af te leiden uit de printscreen);
- Alsook een briefwisseling tussen Green Coal (met als directeur G. Ben-Tovim) en NamPower, gedateerd 2011, waarbij verwezen wordt naar de bovenvermelde 'Certificate of Good standing'.

Een meegezonden e-mail van dhr. G. Ben-Tovim zelf stelt dat de internet-publicaties dateren van 20 jaar geleden. De connecties met maffialeden worden ontkend. Het verhaal zou zijn opgeblazen door de ex-vrouw van dhr. G. Ben-Tovim.

Hierbij zijn evenwel bedenkingen te noteren. Zo is de status van het document van Interpol onduidelijk. Het betreft een printscreen zonder verdere verwijzing naar enige oorsprong en met generlei bewijswaarde. De zoekopdracht (voor zover waardevol) is ook niet actueel en dateert reeds van 2011. Het feit dat iemand niet in een bepaalde Interpol-databank zou verschijnen, is trouwens geen bewijs van zijn geloofwaardigheid. Dit is nog minder het geval van de geloofwaardigheid van een vennootschap die vijf jaar later werd opgericht en door dezelfde persoon wordt beheerd.

De briefwisseling tussen Green Coal en NamPower is meegedeeld zonder achterliggende context, is evenmin actueel, en werd ondertekend door een persoon bij NamPower die zelf recent geschorst werd n.a.v. vastgestelde onregelmatigheden […]. Het feit dat één bedrijf geen negatieve zaken in een

bepaald project heeft vastgesteld, is nogmaals geen bewijs van de geloofwaardigheid van iemand of van een vennootschap die vijf jaar later werd opgericht.

De gehanteerde internetpublicaties tenslotte dateren niet ‘van 20 jaar geleden’. Het meest recente artikel werd zelfs gepubliceerd op 16 april 2015. Belangrijker nog, is dat we onze analyse niet enkel baseren op internetbronnen. Deze bronnen hebben aanleiding gegeven tot een verder onderzoek, nl. op analyses van de lokale vertegenwoordiging van de Belgische staat en een financiële achtergrondanalyse door de firma Graydon.

Wij achten de aangeleverde stukken daarmee niet als voldoende bewijskrachtig om de ernstige en diverse aantijgingen tegen de betrouwbaarheid van dhr. G. Ben-Tovim en van de firma Rhino Investments seven Pty Ltd te weerleggen.

6. Op 5 april 2016 stuurde u het VEA een tweede e-mail m.b.t ditzelfde onderwerp. In deze e-mail laat u weten verwonderd zijn om te vernemen dat er eventueel opmerkingen zouden zijn met betrekking tot een biomassaleverancier. De identiteit van de betreffende leverancier én het contract zelf werden immers eerder ter beschikking van het VEA gesteld en het contract was een bijlage bij de eenzijdige wilsverbintenis die eveneens eerder werd overgemaakt. Deze wilsverbintenis werd ten andere op vraag en op voorstel van VEA opgemaakt én voorzag op vraag van VEA dat de betreffende contracten met de biomassaleveranciers, waaronder de leverancier waarvan sprake, zouden worden verlengd. Er zou eveneens zijn bevestigd dat het dossier volledig was. U wijst er op dat de eventuele opmerkingen geen enkele grond vinden in het Decreet of het Besluit.

Het VEA heeft daarop (dezelfde dag) een reactie verstuurd om (niet-limitatief) bepaalde opmerkingen in de e-mail te weerleggen. Zo werd expliciet gesteld dat er géén formele bevestiging gegeven was van de volledigheid van het dossier. De laatste e-mail over dit onderwerp dateert volgens het VEA van 20 februari jl. en vermeldt zeer duidelijk: ‘De finale garantie volledigheid van het dossier vraagt een dieper onderzoek ten gronde, dat we zo snel mogelijk zullen afronden.’ Voor het onderzoek naar de biomassacontracten werd door het VEA gebruik gemaakt van interne en externe onderzoeksmogelijkheden. Het VEA wijst erop dat dit de nodig tijd in beslag heeft genomen. Gelet op de substantiële steun die voor dit project zou kunnen gelden, moest in ieder geval een grondige doorlichting van het dossier georganiseerd kunnen worden.

Opnieuw herhalen we hierbij ons standpunt dat - gelet op de feitelijke omstandigheden, waarbij de heer Gershon Ben-Tovim, CEO van de firma Rhino Investments seven Pty Ltd, door onze afvaardiging te Zuid-Afrika bestempeld wordt als een malafide persoon, die met corruptie in verband wordt gebracht - de Vlaamse Overheid geen goedkeuring voor toekenning van een definitieve bandingfactor kan verlenen, op basis van een berekening die zou gebeuren op basis van (onder meer) dit contract. Indien men het contract met deze Namibische firma buiten beschouwing laat, komt men echter niet langer aan de helft van de benodigde biomassa voor normale exploitatie. Daarmee was het dossier op 20 februari 2016 dan ook niet volledig. Dit vormt de grond voor de toepassing van de vervaltermijn, vermeld in artikel 6.2/1.7, §2, derde lid van

het Energiebesluit.

7. Zelfs los van de identiteit van bedrijfsleider Gershon Ben-Tovim, blijft dat de firma Rhino Investments seven zeer recent werd opgestart en dat indicaties van een werkelijke activiteit ervan ontbreken.

De Vlaamse Overheid kan geen goedkeuring voor toekenning van een definitieve bandingfactor verlenen, op basis van een berekening die zou gebeuren op basis van een contract waarvan de toepassing hypothetisch is.

Op 20 februari 2016 ontbraken immers financiële achtergrondinformatie en garanties over de firma Rhino Investments seven Pty Ltd en waren er (op zijn minst) ernstige twijfels over de daadwerkelijke bevoorrading in biomassa van de centrale.

In deze omstandigheden kan men niet spreken over 'definitieve gegevens van de installatie' in de zin van artikel 6.2/1.7, §2, derde lid van het Energiebesluit.

8. Ten overvloede moet worden opgemerkt dat, naar aanleiding van de opstart van de procedure tot bescherming tegen zijn schuldeisers door Abengoa (de door u aanvankelijk geselecteerde EPC-contractor) op 26 november 2015, een alternatieve EPC-contractor door u werd gezocht en aan het Vlaams Energieagentschap aangemeld. Omdat het nieuwe contract voor de ontwikkeling en het bouwen van de installatie niet tegen 20 februari 2016 kon worden gesloten, werd dit gedaan onder de vorm van een 'bindende Term Sheet'. Het 'Operations and Maintenance Agreement' voor het onderhoud van de centrale d.d. 17 juli 2015 vermeldt echter nog steeds Abengoa als EPC-contractor. Via schrijven d.d. 19 februari 2016 laat de N.V. VEOLIA (de contractant voor O&M) weten dat de nodige contractuele amenderingen zullen gemaakt worden om de nodige relevante technische en operationele aanpassingen door te voeren (rekening houdend met de vervanging van EPC-contractor en de gepaard gaande aanpassing van het project). Wijzigingen die aan het contract aangebracht moeten worden, kunnen een invloed hebben op de bandingfactor-berekening, maar zijn op heden niet bekend. Ook om die reden was er dus geen sprake, op 20 februari 2016, van 'definitieve gegevens van de installatie'.

9. Ik zie mij dan ook genoodzaakt u te informeren dat, op basis van de hierboven vermelde feiten, de Vlaamse Regering op 2 mei 2016 vaststelde dat 'de definitieve gegevens van de installatie door de steunaanvrager niet binnen een termijn van uiterlijk zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor zijn aangeleverd'. Hiermee vervalt de reeds vastgestelde voorlopige bandingfactor, conform artikel 6.2/1.7, §2, derde lid van het Energiebesluit. Zodoende heeft de actualisatie van de voorlopige bandingfactor, c.q. de berekening van een definitieve bandingfactor op grond van artikel 6.2/1.7, §2, vierde lid van het Energiebesluit, geen voorwerp meer".

3.10. Met een schrijven gedagtekend op 4 mei 2016, dat volgens de verzoekende partijen door hen werd ontvangen op 9 mei 2016, deelt de minister-president van de Vlaamse regering voormelde beslissing mee aan de verzoekende partijen.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partijen hebben een pleitnota neergelegd "in antwoord op het verslag van het auditoraat".

5. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een pleitnota als een processtuk neer te leggen. Deze nota is derhalve geen ontvankelijk processtuk. Voor zover ze evenwel de neerslag vormt van de uiteenzetting van de verzoekende partijen ter terechtzitting, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

6. De verwerende partijen werpen verscheidene ontvankelijkheidsexcepties op.

7. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de opgeworpen excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over deze excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn. Hierna zal blijken dat dit niet het geval is.

VI. Onderzoek van de vordering

8. Krachtens artikel 17, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement prima facie kan verantwoorden.

Ernst van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

9. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van "het legaliteitsbeginsel, artikel 7.1.4/1, § 1, van het Energiedecreet, artikel 6.2/1.7, § 2, derde en vierde lid, en 6.1.12/1, § 2, tweede lid, van het Energiebesluit, het Verdrag van de Verenigde Naties van 31 oktober 2003 tegen corruptie, de materiële motiveringsplicht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids- en het vertrouwensbeginsel".

Het middel, dat uit twee onderdelen bestaat, wordt door de verzoekende partijen als volgt samengevat:

> "[…]. Uit de eerste bestreden beslissing blijkt dat de eerste verwerende partij het toekennen van een definitieve bandingfactor heeft geweigerd omdat, overeenkomstig artikel 6.2./1.7, § 2, derde lid van het Energiebesluit de definitieve gegevens van de installatie door de steunaanvrager niet binnen een termijn van uiterlijk zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor zijn aangeleverd en zij dus de definitieve bandingfactor niet kan berekenen.
>
> Het besluit van de eerste verwerende partij dat zij de bandingfactor niet kan berekenen, vindt grondslag in een redenering die in drie onderdelen uiteenvalt.
>
> Ten eerste stelt de eerste verwerende partij vast dat 'ernstige problemen' zouden zijn opgedoken met bepaalde biomassacontracten die ter onderbouwing van het Project door de verzoekende partijen werden aangeleverd. De Vlaamse Regering meent immers dat de bedrijfsleider van één van de partijen die zou instaan voor de levering van houtchips uit Namibië, de partij Rhino lnvestments seven Pty Ltd, 'op ernstige wijze verdacht kan worden van dubieuze praktijken'. De Vlaamse Regering leidt haar verdenking van dubieuze praktijken af uit een aantal internetbronnen die zij geconsulteerd heeft en een aantal verklaringen die de zaakgelastigde van Vlaanderen te Zuid-Afrika, de Belgische ambassadeur en de Belgische ereconsul te Namibië daarover hebben afgelegd.
>
> Vervolgens meent de eerste verwerende partij dat de overeenkomst met de Namibische firma, op basis van de twijfels die over de eerbaarheid van haar bedrijfsleider gerezen zijn, buiten toepassing moet worden gelaten.
>
> Ten derde overweegt de eerste verwerende partij dat het gehele project

daarmee vervalt omdat ‘men niet langer aan de helft van de benodigde biomassa voor de normale exploitatie (op basis van energie-inhoud) (komt). De overige contracten staan (gemiddeld) dan immers slechts meer in voor 40,1% van de totale energiebehoefte. Bij maximaal gebruik van de contractueel bedongen opties voor bijkomende afname (telkens 15%) komt men alsnog slechts uit op 46,1% (opnieuw op energiebasis)’.

De eerste verwerende partij besluit dan ook ‘dat een berekening niet kan opgesteld worden’ en haalt daarvoor twee redenen aan: ‘aangezien 60% (dus meer dan de helft) van de biomassa die moet worden aangekocht geen gekende prijs heeft en daarenboven ook dat het tot op heden onduidelijk is op welke wijze het project zich zou kunnen bevoorraden van voldoende bruikbare biomassa voor een rendabele exploitatie’.

Die overwegingen vinden slechts gedeeltelijk grondslag in een voorstel van beslissing van de tweede verwerende partij waarin de tweede verwerende partij, eveneens, oordeelt dat er ‘ernstige en diverse aantijgingen tegen de betrouwbaarheid van de heer Ben Tovim en van de firma Rhino Investements seven Pty Ltd’ zouden bestaan. In tegenstelling tot de eerste verwerende partij meent de tweede verwerende partij evenwel dat de vaststelling dat de heer Ben Tovim onvoldoende betrouwbaar zou zijn, op zich genomen, reeds zou volstaan om de aanvraag als onvolledig te beschouwen. De tweede verwerende partij onderzoekt dus niet wat de concrete impact van die vaststelling op de aanvraag zou kunnen zijn. Zij onderzoekt dus niet op concrete wijze of zij, op basis van de aangeleverde gegevens, nog de definitieve bandingfactor kan berekenen.

[…]. Hierna zal, eerste onderdeel, worden aangetoond dat de verwerende partijen, overeenkomstig artikel 6.2/1.7, § 2, vierde lid, Energiebesluit, uitsluitend de bevoegdheid hadden om na te gaan of ‘definitieve gegevens’ werden aangeleverd. Bij de beoordeling van die vraag hebben zij geen bevoegdheid om, na het verstrijken van de termijn van zes maanden, op eigen initiatief en zonder dat de aanvrager daarvan op de hoogte is, een onderzoek naar de betrouwbaarheid van de leveranciers van de aanvrager uit te voeren. Nog veel minder hadden de verwerende partijen op basis van de door hen ingeroepen rechtsgronden de bevoegdheid om, op basis van de niet-tegensprekelijke resultaten van dat onderzoek, de contracten die met sommige leveranciers gesloten werden, buiten beschouwing te laten. Integendeel was de enige vraag die de verwerende partijen zich konden of mochten stellen de vraag of zij op basis van de aangeleverde definitieve gegevens de mogelijkheid had om, overeenkomstig artikel 6.2/1.7, § 2, vierde lid, Energiebesluit, de definitieve bandingfactor voor het Project op basis van de door haar vastgestelde parameters te berekenen, en haar berekeningen volgens ‘de gevalideerde berekeningsmethode’ te ‘actualiseren’.

[…]. Zelfs indien de verwerende partijen over de bevoegdheid zouden beschikken om de definitieve gegevens te beoordelen in het licht van de betrouwbaarheid van de leveranciers van de aanvrager en, op basis daarvan, bepaalde contracten buiten beschouwing te laten (quod certe non) dienden de verwerende partijen nog altijd, tweede onderdeel, aan te tonen dat zij als gevolg daarvan niet over alle gegevens beschikten om de definitieve bandingfactor te berekenen. Welnu, het VEA en dus ook de eerste verwerende partij beschikten,

zoals onder hoofdstuk III.B.6 van het feitenrelaas omstanding is uiteengezet, wel degelijk over alle gegevens om de berekening van de bandingfactor te maken en zij hebben die berekening ook daadwerkelijk gemaakt. Nu die 'actualisering' op grond van definitieve gegevens in casu mogelijk was, en zelfs door het VEA werd uitgevoerd, werd kennelijk onterecht toepassing van artikel 6.2/17, § 2, derde en vierde lid, Energiebesluit gemaakt".

10. De verwerende partijen werpen in de eerste plaats op dat het middel niet ontvankelijk is en zelfs "geen voorwerp meer [heeft]". Volgens de verwerende partijen "rijst de vraag" of de verzoekende partijen beschikken over een wettig belang bij het ingeroepen middel, nu zij zelf hebben verklaard geen enkele relatie te willen hebben met "mensen met een vermeende dubieuze achtergrond", terwijl hun verwijten precies gericht zijn tegen het niet valideren van een toestand die ze voor zichzelf onaanvaardbaar achten. Bovendien heeft het middel geen voorwerp meer aangezien de verzoekende partijen inmiddels hebben verklaard geen beroep te zullen doen op de kwestieuze leverancier van biomassa. Voorts zou het middel uitgaan van een volledig gebonden bevoegdheid van het VEA. Rekening houdend met dit uitgangspunt heeft de Raad van State geen rechtsmacht om kennis te nemen van de vordering. Ten slotte zou het middel gericht zijn tegen een overtollig motief. De bestreden handelingen zijn immers mede gesteund op de niet-actualisatie van de overeenkomst met de NV Veolia, na het faillissement van de oorspronkelijke EPC-contractor Abengoa, en het ontbreken op 20 februari 2016 van de financiële achtergrondinformatie over en garanties van de firma Rhino Investments seven Pty Ltd (hierna: RIS).

Over de grond van de zaak zetten de verwerende partijen uiteen dat zij niet over alle gegevens beschikten om de definitieve bandingfactor te berekenen. Zij wijzen in dit verband op de niet-actualisatie van het Veolia-contract en het contract met Ghent Coal Terminal. Uit artikel 7.1.4/1, § 1, van het Energiedecreet volgt dat voor bedoelde projecten "steun op maat" geldt, waarbij de omvang van steun ertoe strekt het project rendabel te maken, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het project. Het feit dat een contract buiten beschouwing wordt gelaten, is niet in strijd met het Energiedecreet. Dit is precies het gevolg van een steunregeling die in functie staat van de werkelijke

omstandigheden van een bepaald project. De standpunten van de voormalige minister van Energie, waarnaar verwezen wordt, zijn niet onverenigbaar met de door de verwerende partijen gehanteerde werkwijze. Het ingeroepen advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State is te dezen niet pertinent omdat het gaat over een ontwerpbesluit dat strekt tot wijziging van artikel 6.2/1.7, § 1, van het Energiebesluit waardoor bepaalde categorieën van hernieuwbare energieprojecten vanaf 3 juni 2014 geen recht meer geven op de toekenning van GSC's. De bepaling van de definitieve bandingfactor is volgens de verwerende partijen geen louter rekenkundige oefening. Bij de goedkeuring van de voorlopige bandingfactor waren bijvoorbeeld geen gegevens bekend over de kenmerken van de productie-installatie die aanvankelijk door Abengoa zou worden ontwikkeld, over de precieze brandstofmix, dit is de aard van de biomassa die in aanmerking zou komen voor de bevoorrading van de centrale, over de identiteit van de leveranciers van biomassa, met inbegrip van RIS, en a fortiori over de overeenkomsten met die leveranciers. De principebeslissing, samengelezen met artikel 6.2/1.7, § 2, van het Energiebesluit, vormt een afdoende rechtsgrond van de bestreden handelingen. De principebeslissing bepaalt immers dat de geloofwaardigheid van de leverancier van biomassa, alsook de leveringszekerheid, belangrijke elementen zijn die in aanmerking genomen moeten worden bij de bepaling van de definitieve bandingfactor. Bij de vaststelling van de definitieve bandingfactor gaat het dus niet louter om het actualiseren van cijfers. Niet enkel de brandstofprijzen, maar ook de brandstofmix moet bij die beoordeling betrokken worden. De leveringscontracten waren nog niet gesloten op het ogenblik dat de principebeslissing werd genomen. Meer nog: de principebeslissing verwees zelfs niet naar "invasieve houtstromen" omdat destijds er een voornemen was om met minstens 40% houtpellets te werken. Het feit dat de principebeslissing naar de bevoorradingskosten verwijst, kan uiteraard niet worden gelezen als een voorafgaande goedkeuring van elk contract, ongeacht de achtergrond van de betrokken leverancier. Wat betreft de beginselen van behoorlijk bestuur, samengelezen met het Verdrag van de Verenigde Naties van 31 oktober 2003 tegen corruptie en artikel 6.1.12/1, § 2, van het Energiebesluit, wordt door de verwerende partijen opgemerkt dat de eerste bestreden beslissing geen directe en geïsoleerde toepassing van deze normen

maakt. Voorts ontkennen de verwerende partijen dat het VEA het belang van vaste leveringscontracten geminimaliseerd zou hebben. Zij verwijzen naar een vergelijkingsmodel van het VEA waarbij in een eerste scenario de volledige brandstofbevoorrading wordt gedekt door contracten en in een tweede scenario deze dekking bestaat uit 68% van de brandstofbevoorrading. Hieruit afleiden dat het VEA geen bezwaren had tegen het feit dat minder dan 50% van de brandstofbevoorrading door contracten gedekt zou zijn, is onjuist. De vergelijking met de biomassacentrale te Langerlo gaat niet op omdat er een objectieve verantwoording bestaat voor het theoretische verschil tussen Langerlo en Bee Power Gent. De eerste centrale werkt met houtpellets, de tweede met invasieve houtstromen. Er kan rekening worden gehouden met de marktwaarde van houtpellets, terwijl er geen referentieprijs bestaat voor invasieve houtstromen. Daarenboven is het begrip "invasieve houtstromen" niet duidelijk gedefinieerd, wat noodzakelijkerwijze een volledige individualisatie vereist. Een tweede objectief verschil is dat in Langerlo wordt gewerkt met optie-contracten.

Beoordeling

a. Ontvankelijkheid van het middel

11. De verzoekende partijen stellen in hun verzoekschrift uitdrukkelijk dat zij "geen afstand [hebben] gedaan van de betrokken leverancier" van biomassa. Bovendien is die kwestie, en de verklaringen die daaromtrent zouden zijn afgelegd in de media, niet relevant voor de beoordeling van het belang bij het middel. De verzoekende partijen betwisten immers principieel de bevoegdheid van de Vlaamse regering om naar aanleiding van de vaststelling van de definitieve bandingfactor een onderzoek uit te voeren naar de betrouwbaarheid van de leveranciers van de biomassa. Om dezelfde reden wordt niet aangenomen dat het "voorwerp" van het middel zou zijn verdwenen.

In zoverre de verwerende partijen poneren dat het middel gebaseerd is op een gebonden bevoegdheid van het VEA, noopt de exceptie tot een onderzoek van het middel. Zoals hierna zal blijken deelt de Raad van State de zienswijze omtrent een volstrekt gebonden bevoegdheid niet. Bij het onderzoek ten gronde komt eveneens de vraag aan bod of voldoende definitieve gegevens beschikbaar waren om de definitieve bandingfactor te berekenen.

In de bestreden beslissing wordt "ten overvloede" opgemerkt dat de "Operations and Maintenance Agreement" (hierna: O&M-overeenkomst) na het faillissement van Abengoa, niet werd geactualiseerd, zodat "[o]ok om die reden […] er dus geen sprake [was], op 20 februari 2013, van 'definitieve gegevens van de installatie'".

Op het eerste gezicht duiden de gebruikte bewoordingen "ten overvloede" op het overtollig karakter van het betrokken motief. In de huidige stand van de rechtspleging wordt dan ook niet aangenomen dat dit motief op zich een afdoende verantwoording vormt om niet tot de berekening van de definitieve bandingfactor over te gaan. Waar de verwerende partijen wijzen op het ontbreken in het dossier van de vereiste financiële achtergrondinformatie over en garanties van de firma RIS, volstaat de vaststelling dat die kwestie onderdeel vormt van het eerste middel waarin de vermeende onbetrouwbaarheid van een biomassaleverancier door de verzoekende partijen wordt bekritiseerd.

De excepties worden verworpen.

b. Ernst van het middel

Eerste onderdeel

12. Artikel 7.1.4/1, § 1, van het Energiedecreet verleent aan het VEA of de Vlaamse regering niet de bevoegdheid om op grond van opportuniteitsoverwegingen bepaalde categorieën van projecten de facto uit te

sluiten voor de toekenning van GSC's door de berekening van een bandingfactor te weigeren. Daaruit volgt evenwel niet dat het VEA of de Vlaamse regering in alle omstandigheden ertoe gehouden zijn om voor een welbepaald project een definitieve bandingfactor vast te stellen.

Artikel 6.2/1.7, § 2, derde lid, van het Energiebesluit legt aan de steunaanvrager immers de verplichting op om binnen een termijn van maximaal zes maanden na de aanvraag van de definitieve bandingfactor - zoals in randnummer 3.3 werd opgemerkt kunnen de verzoekende partijen aanspraak maken op de overgangsregeling van artikel 34, § 1, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 juli 2015 - de definitieve gegevens van de installatie bij het VEA in te dienen op straffe van verval van de voorlopige bandingfactor. Deze definitieve gegevens moeten het VEA, mede op basis van de actuele energie- en brandstofprijzen, toelaten haar berekeningen te actualiseren volgens de gevalideerde berekeningsmethode. De aldus berekende definitieve bandingfactor wordt vervolgens ter goedkeuring aan de bevoegde Vlaamse minister voorgelegd (artikel 6.2/1.7, § 2, vierde lid, van hetzelfde besluit).

De in het Energiebesluit bedoelde actualisering verleent op het eerste gezicht aan het VEA de bevoegdheid om te onderzoeken of de aangeleverde definitieve gegevens voldoende bevoorradingszekerheid garanderen die van essentieel belang is voor een rendabele exploitatie van de biomassacentrale. Daarbij lijkt ook niet te kunnen worden uitgesloten dat het VEA in het bijzonder acht slaat op de betrouwbaarheid van de leveranciers van de biomassa.

13. In dit geval is er op het eerste gezicht geen sprake van een categorische weigering om een definitieve bandingfactor vast te stellen. Uit de bestreden beslissingen blijkt dat de verwerende partijen, op grond van een in concreto onderzoek van het dossier, hebben besloten dat geen definitieve bandingfactor kan worden toegekend.

Het Energiedecreet noch het Energiebesluit lijken te zijn geschonden doordat de verwerende partijen bij hun onderzoek bijzonder belang hebben gehecht aan de bevoorradingszekerheid en de betrouwbaarheid van de leveranciers. In elk geval blijkt dat het VEA in de "Principebeslissing biomassa-installatie BEE Power Gent" van 30 augustus 2013 een parameter heeft gehanteerd met betrekking tot de prijs van de brandstof in jaar 0 (bijlage 1, parameter 24). Daarbij wordt uitdrukkelijk gewezen op de "zekerheid van levering door de biomassaleverancier". De prijs van de brandstof in jaar 0 werd voorlopig vastgelegd "op basis van inschattingen van BEE na overleg met leveranciers van biomassa". De inschattingen betreffen "de prijs van de verschillende biomassabrandstoffen en een aanname van de brandstofmix". In bijlage 2 van de principebeslissing die handelt over de "Methodiek voor parameters finale berekening bandingfactor" wordt voorts gesteld dat "[d]e brandstofmix die uiteindelijk gebruikt zal worden, […] een afweging [zal] worden tussen zekerheid van levering, prijsniveau en technische mogelijkheden", dat "[v]oor de finale berekening […] BEE de definitieve contracten met de biomassaleveranciers [zal] voorleggen" en dat "[h]ieruit […] de kost van de brandstof en de uiteindelijke brandstofmix [kan] afgeleid worden". Aldus kan uit deze principebeslissing afgeleid worden dat de bevoorradingszekerheid en de betrouwbaarheid van leveranciers, belangrijke te appreciëren elementen vormden in het kader van de vaststelling van de definitieve bandingfactor, te meer omdat bij het bepalen van de voorlopige bandingfactor nog geen sprake was van de biomassaleverancier RIS en blijkbaar uitgegaan werd van een andere brandstofmix.

14. Uit wat voorafgaat volgt dat de bestreden beslissingen rechtsgrond vinden in artikel 6.2/1.7, § 2, derde en vierde lid, van het Energiebesluit. Derhalve moet niet worden onderzocht of deze beslissingen mogelijks rechtsgrond kunnen vinden in "het beginsel van behoorlijk bestuur, samengelezen met de normen ter bestrijding van de fraude die de Vlaamse Regering meent te moeten herkennen in artikel 6.1.12/1, § 2, tweede lid van het Energiebesluit of van het Verdrag van de Verenigde Naties van 31 oktober 2003 tegen corruptie".

Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

15. Zoals reeds bij de beoordeling van het eerste onderdeel werd aangegeven, wordt in bijlage 2 van de principebeslissing van 30 augustus 2013 gesteld dat de definitieve contracten met de biomassaleveranciers aan het VEA moeten worden voorgelegd "voor de finale berekening". Volgens bijlage 1 bij dezelfde principebeslissing zal de uiteindelijke brandstofmix het resultaat zijn van een afweging tussen "zekerheid van levering, prijsniveau en technische mogelijkheden". Hieruit lijkt op het eerste gezicht te moeten worden besloten dat de bevoorradingszekerheid van in den beginne een belangrijke factor was voor de vaststelling van de definitieve bandingfactor. Het komt aan de aanvrager van GSC's toe om deze bevoorradingszekerheid aan te tonen.

De omstandigheid dat in tegenstelling tot de vaststelling van de voorlopige bandingfactor in een ander project, geen bepaald percentage van een onderhandeld bevoorradingsvolume werd opgelegd, is op het eerste gezicht niet van aard om het belang van de bevoorradingszekerheid in voorliggend project te relativeren. Evenmin doet het feit dat het VEA via een e-mail van 7 december 2015 zou hebben bevestigd dat de verzoekende partijen tussen het vastleggen van de voorlopige en definitieve bandingfactor goedkopere inputstromen als brandstof kunnen aanwenden, afbreuk aan de eis dat uit de door de initiatiefnemer ingediende definitieve gegevens blijkt dat er voldoende garanties zijn voor de bevoorradingszekerheid.

16. Voorts heeft het VEA in haar nota van 14 april 2016 benadrukt dat "veel aandacht [gaat] naar een correcte waardering van de brandstof en de garanties dat de gehanteerde contracten voldoende representatief en zeker zijn, teneinde de bevoorrading van de centrale gedurende de steunperiode op een kostenefficiënte wijze te kunnen verzekeren". Ook merkt het VEA op dat

overeenkomstig artikel 6.1.16, § 1, van het Energiebesluit alleen “aanvaardbare” GSC’s worden toegekend voor elektriciteit opgewekt uit onder meer “houtstromen die niet gebruikt worden als industriële grondstof”. Deze houtstromen zouden “niet regulier op de markt aangeboden worden”, wat “algemeen kostenverhogend” werkt aangezien “procuratiekosten daardoor navenant stijgen”. In dit verband preciseert het VEA dat het project in kwestie voor “een aanzienlijk gedeelte van de gecontracteerde biomassa (55% op energiebasis)” gebruik maakt van zogenaamde “conservation biomass”, dit is brandstof “bestaande uit het rooien en verhakselen van invasieve houtsoorten” afkomstig uit Namibië en Zuid-Afrika. Op grond van de vaststelling dat deze contracten ongeveer 36% van de totale energiebehoefte van de centrale invullen, concludeert het VEA dat “de bevoorradingszekerheid en betrouwbaarheid van deze leveranciers essentieel is voor de rendabiliteit van de centrale en dus het niveau van de steun”.

Door het contract met een essentiële leverancier van biomassa niet in aanmerking te nemen, heeft de Vlaamse regering op het eerste gezicht terecht kunnen oordelen dat “een berekening niet kan opgesteld worden, aangezien 60% (dus meer dan de helft) van de biomassa die nog moet aangekocht worden geen gekende prijs heeft, en daarenboven ook dat het tot op heden onduidelijk is op welke wijze het project zich zou kunnen bevoorraden van voldoende bruikbare biomassa voor een rendabele exploitatie”. Het motief dat voor minder dan 50% van de energiebehoefte van de centrale is gecontracteerd, vormt aldus een in rechte aanvaardbaar motief om niet tot de berekening van de definitieve bandingfactor over te gaan.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

17. In het tweede middel wordt in een eerste onderdeel de schending aangevoerd van de hoorplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel, en, in een tweede onderdeel, van "het wettigheidsbeginsel, een gebrek aan rechtsgrond en, als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel".

De verzoekende partijen stellen in het eerste middelonderdeel dat de hoorplicht van toepassing is omdat de vaststelling dat de vereiste gegevens voor het berekenen van de definitieve bandingfactor niet werden aangeleverd een zaak van discretionaire beoordeling is en dat de genomen maatregel uit zijn aard een ernstige maatregel is die de belangen van de verzoekende partijen schaadt en gegrond is op hun persoonlijk gedrag. Er wordt hen immers verweten dat de definitieve gegevens van de installatie laattijdig zouden zijn ingediend, en bovendien blijkt uit de motivering van de bestreden beslissingen overduidelijk dat de verwerende partijen van oordeel zijn dat dit te wijten is aan nalatigheden die de verzoekende partijen zouden hebben begaan bij de samenstelling van hun dossier. In het bijzonder wordt hen verweten dat zij hebben gecontracteerd met een partij die (beweerdelijk) onbetrouwbaar zou zijn en waarvan de zaakvoerder malafide zou zijn, dat zij op de hoogte zouden zijn geweest van de onbetrouwbaarheid van één van hun contractpartijen en dat zij dit niet (tijdig) aan de verwerende partijen hebben gemeld.

Voorts beklemtonen de verzoekende partijen dat zij niet in de gelegenheid zijn gesteld om hun standpunten op nuttige wijze te doen kennen en dat zij geen kennis hadden van de gegevens waarop het bestuur zich voornemens was te steunen. Die gegevens hebben nochtans zonder meer betrekking op de morele integriteit en betrouwbaarheid van de bestuurder van één van de

toeleveranciers van het project. In de (eerste) bestreden beslissing wordt niet geaarzeld om deze persoon als een “malafide persoon” te omschrijven die “met corruptie in verband wordt gebracht”.

Ook zou in het e-mailverkeer dat heeft plaatsgevonden tussen 25 maart en 6 april 2016, door het bestuur nooit zijn gesuggereerd dat het beroep op de leverancier RIS problematisch zou zijn omdat de activiteiten van die onderneming nog maar recent waren opgestart. De verzoekende partijen stellen dat zij geen inzage hebben gehad in de documenten waarop de bestreden beslissingen zijn gesteund. Zulks valt niet te verantwoorden aangezien het VEA reeds lang in het bezit was van de betrokken documenten. Ook wat betreft de motieven die betrekking hebben op de O&M-overeenkomst met de NV Veolia, is de hoorplicht, minstens het zorgvuldigheidsbeginsel, geschonden omdat hen geen enkele gelegenheid is geboden daarover tegenspraak te voeren.

In het tweede middelonderdeel bekritiseren de verzoekende partijen achtereenvolgens de motieven die betrekking hebben op de persoon van Gershon Ben-Tovim, de beweerde afwezigheid van activiteit van de firma RIS en de actualisatie van de O&M-overeenkomst met de NV Veolia.

De motieven omtrent de betrouwbaarheid van Gershon Ben-Tovim zijn volgens de verzoekende partijen “onrechtmatig” omdat de tegen deze persoon gerichte “aantijgingen” niet “met objectieve stukken konden worden onderbouwd”. Zij stellen dat “[d]e motivering […] eerst en vooral gesteund [is] op een aantal internetpublicaties” en dat “er in het gehele administratief dossier geen sprake is van enige daadwerkelijke tenlastelegging, laat staan van een vervolging, een formele strafrechtelijke veroordeling of enige andere sanctionering door een officiële (publiekrechtelijke) instantie (die met eerbied van de rechten van verdediging uitspraak heeft kunnen doen)”. Zij verwijzen in dit verband naar arrest nr. 185.388 van 14 juli 2008. Volgens de verzoekende partijen zijn “[d]e verwerende partijen […] daarbij uit het oog verloren dat niet de verzoekende partijen maar wel zijzelf de bewijslast van hun beweringen dragen”. Daarenboven

is naar hun oordeel "[d]e wanverhouding tussen de (onbehoorlijke) motivering en de draagwijdte en gevolgen van de bestreden beslissing, […] stuitend".

Voorts beklemtonen de verzoekende partijen dat de motieven over de firma RIS ondeugdelijk zijn omdat "[u]it het Graydon-rapport […] immers [blijkt] dat RIS reeds werd opgericht op 27 juli 2010, wat bezwaarlijk recent kan worden genoemd én dat RIS actief was in de sector van biomassa". Er is volgens de verzoekende partijen "geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling" die verhindert om voor een nieuwkomer op de markt te kiezen. In het Graydon-rapport zijn er "talrijke indicaties te vinden van de 'werkelijke activiteit' van die onderneming". Ten slotte "gaf RIS verregaande financiële garanties onder de vorm van bankgaranties". Uit de bestreden beslissingen "blijkt niet waarop de verwerende partijen zich steunen om 'twijfels' laat staan '(op zijn minst) ernstige' twijfels te hebben over de bevoorrading". Daarenboven worden de "letters of credit" verstrekt bij elk van deze contracten, door de bestreden besluiten erkend. Er kan dan ook niet worden aangenomen dat "de financiële achtergrondinformatie en garanties" zouden ontbreken. Er is geen sprake van "ernstige en diverse aantijgingen tegen de betrouwbaarheid van [RIS]". Opnieuw is er een kennelijke wanverhouding tussen de motieven en de draagwijdte van de bestreden beslissingen. De verzoekende partijen stellen eveneens dat "[d]oor de plotse wending in de houding van het VEA, vanaf 25 maart 2016, onder meer met betrekking tot de leverancier RIS, […] het vertrouwensbeginsel [werd] geschonden".

De motieven met betrekking tot de O&M-overeenkomst met de NV Veolia zouden volgens de verzoekende partijen "worden […] tegengesproken door het administratief dossier". Na de noodgedwongen vervanging van de EPC-contractor werd nauw overleg gepleegd met het VEA om de weerslag van deze vervanging op de O&M-overeenkomst te vermijden. Zo stellen de verzoekende partijen: "[n]iet alleen werd afgesproken dat de nv Veolia een schrijven zou richten waarin het bevestigde nog steeds gebonden te zijn door het O&M-contract èn werd dit schrijven door het VEA goedgekeurd […]. Ook werd in

overleg met het VEA een bindende ‘term sheet’ opgesteld, waarvan de inhoud werd overgenomen in een eenzijdige verbintenis van de tweede verzoekende partij, op al de punten die, volgens het VEA zelf, een invloed zouden kunnen hebben op de berekening van de definitieve bandingfactor”. Het valt bijgevolg “niet in te zien hoe zelfs een eventuele wijziging van het EPC-contract en daardoor een eventuele wijziging van het O&M-contract, op de bandingfactorberekening enige invloed zou kunnen hebben”. Er is een kennelijke wanverhouding tussen de motieven en de draagwijdte van de bestreden beslissingen. Er bestaat buiten de context van de vervanging van de EPC-contractor, de mogelijkheid dat tijdens de uitvoering van het contract “omstandigheden plaatsvinden die een wijziging van het O&M Contract noodzakelijk maken”. Deze procedure wordt in de O&M-overeenkomst vastgelegd. Dit motief blijkt een overtollig motief te zijn. Het wordt in de eerste bestreden beslissing immers “ten overvloede” bij de motivering betrokken. Het vertrouwensbeginsel is geschonden omdat de brief van 19 februari 2016 in nauw overleg werd opgesteld met het VEA en deze brief heeft dan ook de instemming van het VEA verkregen. Hierop terugkomen is strijdig met het vertrouwensbeginsel.

18. De verwerende partijen antwoorden dat de hoorplicht niet van toepassing is omdat (1) er geen maatregelen werden getroffen wegens een persoonlijke tekortkoming of het persoonlijk gedrag van de verzoekende partijen, (2) de bestreden handelingen geen voordeel ontnemen noch weigeren en (3) aangenomen moet worden dat de verzoekende partijen werden gehoord doordat zij in het aanvraagdossier alle nuttige elementen hebben kunnen laten gelden. Zelfs indien aangenomen zou worden dat de hoorplicht van toepassing is, dan nog is aan die plicht voldaan omdat de bijgebrachte stukken en verklaringen aantonen dat de verzoekende partijen hun standpunten op nuttige wijze hebben kunnen laten gelden.

Met betrekking tot het tweede onderdeel van het middel repliceren de verwerende partijen dat het middel in werkelijkheid uitnodigt tot een beoordeling ten gronde van het aanvraagdossier, wat niet de taak van de Raad van

State is. Zij beklemtonen dat er in ieder geval geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout.

De bezwaren ten aanzien van dhr. Ben-Tovim zouden niet steunen op enkele internetpublicaties maar op een diepgaand en grondig onderzoek waarbij beroep werd gedaan op de Vlaamse zaakgelastigde in Zuid-Afrika, de Belgische Ambassadeur in Zuid-Afrika en de Belgische Ereconsul te Namibië. Het probleem werd aan de verzoekende partijen gesignaleerd en zij hebben daarop gereageerd. De verwerende partijen wijzen op de principebeslissing waarin wordt gesteld dat de bevoorrading van de installatie zal worden beoordeeld in functie van de leverancierscontracten. Ben-Tovim is de oprichter en bestuurder van de vennootschap die 25 % van de benodigde biomassa zou aanleveren. Dit aspect is derhalve pertinent voor de berekening van de definitieve bandingfactor. Artikel 6.2/1.7, § 2, derde lid, van het Energiebesluit bevat geen proportionaliteitsvereiste voor de beoordeling die aan het VEA en de Vlaamse regering is opgedragen. Deze reglementaire bepaling mag niet terzijde worden gelaten, zelfs niet indien de toepassing ervan zou leiden tot onbillijke gevolgen. Tot slot wijzen de verwerende partijen erop dat de verzoekende partijen ruim twee jaar de tijd hebben gehad om een aanvraagdossier voor te bereiden en te verfijnen.

Wat RIS betreft, merken de verwerende partijen op dat de werkelijke activiteiten pas in 2016 een aanvang hebben genomen en dat de ingewonnen informatie over dit bedrijf verontrustend is. Hoewel het in beginsel niet verboden is om een project met een “nieuwkomer” uit te voeren, moeten er toch voldoende garanties voorliggen. De kritiek op het motief betreffende de onbetrouwbaarheid van RIS zou ongegrond zijn omdat Ben-Tovim de bestuurder is van deze vennootschap. Er is nooit enige toezegging of belofte gedaan, zodat het vertrouwensbeginsel niet kan zijn geschonden. Op geen enkel moment werd gesteld dat de gegevens definitief zijn waar zij handelen over de biomassaleveringen door RIS. Integendeel heeft het VEA in e-mailberichten gesteld dat het dossier nog niet helemaal rond was. Evenmin kan uit de brief van

11 maart 2016 of de e-mail van 20 maart 2016 worden afgeleid dat het VEA de biomassa in kwestie heeft aanvaard. Daarenboven is het op basis van eigen demarches dat de achtergrond van de vennootschap ter sprake is gekomen.

Aangaande de O&M-overeenkomst zetten de verwerende partijen uiteen dat de "term sheet" en de eenzijdige verbintenis niets te maken hebben met de O&M-overeenkomst met de NV Veolia, dat in de brief van de NV Veolia van 19 februari 2016 duidelijk wordt aangegeven dat het contract aangepast moet worden om rekening te houden met de relevante technische en operationele veranderingen en dat het VEA na ontvangst van deze brief geenszins heeft bevestigd dat de "definitieve gegevens van de installatie" zouden zijn ingediend. Zij wijzen erop dat de O&M-overeenkomst met de NV Veolia een potentiële invloed heeft op verscheidene parameters in de OT-berekening, in de eerste plaats op de variabele kosten en draaiuren.

Beoordeling

Eerste onderdeel

19. De hoorplicht houdt in dat het bestuur in beginsel tegen niemand een ernstige maatregel kan worden genomen die gegrond is op zijn persoonlijk gedrag en die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder dat hem vooraf de gelegenheid wordt geboden om zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen. In dergelijk geval moet de betrokkene de gelegenheid krijgen zich uit te spreken, niet alleen over het bestaan en de ernst van de feiten die aan de basis liggen van de voorgenomen maatregel, maar ook over de noodzaak om die maatregel te nemen. Dit impliceert dat de betrokkene vooraf moet kunnen weten welke maatregel tegen hem wordt overwogen en welke feiten en grieven tegen hem worden ingebracht. Daarenboven moet aan de betrokkene een redelijke termijn worden verleend om zijn verweer voor te bereiden.

20. Te dezen volstaat de vaststelling dat de bestreden beslissingen

niet zijn ingegeven door een persoonlijke gedraging van de verzoekende partijen, waardoor de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur niet van toepassing is.

De beoordeling of er al dan niet sprake is van definitieve gegevens die toelaten om een definitieve bandingfactor te berekenen, zoals bepaald in artikel 6.2/1.7, § 2, derde en vierde lid, van het Energiebesluit, slaat op het eerste gezicht niet op het persoonlijk gedrag van de verzoekende partijen. Ernstige twijfels, ongeacht of zij terecht zijn, over de bevoorradingszekerheid en de betrouwbaarheid van een biomassaleverancier, betekenen op zich niet dat ook de betrouwbaarheid of zorgvuldigheid van de verzoekende partijen als afnemer van de biomassa in vraag worden gesteld. De bestreden beslissingen lijken op het eerste gezicht niet te zijn gestoeld op feiten die worden aangemerkt als een persoonlijke tekortkoming van de verzoekende partijen.

Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

21. De materiëlemotiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen, met name in redelijkheid aanvaardbaar zijn. Die motieven moeten steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. Deze moeten blijken uit het administratief dossier. De materiëlemotiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur houdt aldus in dat iedere bestuurshandeling moet worden gedragen door deugdelijke motieven die, naar aanleiding van het wettigheidstoezicht, kunnen worden gecontroleerd.

De vraag of het redelijkheidsbeginsel werd geschonden, is pas aan de orde wanneer vaststaat dat de bestreden beslissing op zorgvuldige wijze tot

stand is gekomen en op deugdelijke motieven steunt, waarna beoordeeld kan worden of er een kennelijke wanverhouding bestaat tussen de genomen beslissing en de motieven waarop zij steunt.

Het vertrouwensbeginsel houdt in dat het bestuur moet vermijden dat de rechtmatige verwachtingen die een persoon uit het bestuursoptreden put, tekort worden gedaan. Dit houdt in dat de persoon moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan.

22. Bij de beoordeling van het eerste middel wordt aangenomen dat uit de samenlezing van artikel 6.2/1.7, § 2, derde en vierde lid, van het Energiebesluit en de principebeslissing van 30 augustus 2013 volgt dat het aan de verzoekende partijen toekomt om de bevoorradingszekerheid aan te tonen. Het bestaan van gerede twijfels over de bevoorradingszekerheid en/of de betrouwbaarheid van de leveranciers, kan dan ook een deugdelijk motief vormen om de definitieve bandingfactor niet te berekenen.

Dergelijke gerede twijfels blijken prima facie uit de motieven van de eerste bestreden beslissing:

> "Uit verder onderzoek dat hierna werd opgestart bleek daarenboven dat de bedrijfsleider van de betrokken onderneming (de heer Gershon Ben-Tovim, met Israëlische en Zuid-Afrikaanse nationaliteit), op ernstige wijze verdacht kan worden van dubieuze praktijken. Dhr. Gershon Ben-Tovim wordt nl. geciteerd in zaken van georganiseerd misdaad, in het bijzonder economische fraude in de handel van grondstoffen in Namibië, met gebruik van dekmantelbedrijven […]. Hij zou in relatie staan met dhr. Vito Pallazolo, die sinds 2014 in Italië een gevangenisstraf uitzit van 9 jaar voor associatie met de Maffia. Deze relatie heeft te maken met gezamenlijke participaties in de Namibische struisvogelfarm Nacoco Ostrich Farm, het verkrijgen van concessies in de Russische diamantmijn van Lomonosov en contacten in de Angolese diamantindustrie. Volgens onze zaakgelastigde te Zuid-Afrika, alsook onze Belgische Ambassadeur daar en de Belgische Ereconsul te Namibië, kan dhr. Gershon Ben-Tovim in verband worden gebracht met corruptie en illegale diamantzwendel. Er werd ten sterkste afgeraden om de persoon als zakenpartner in aanmerking te nemen. Zie daartoe ook de mail tussen het VEA en de Ambassade van België in Pretoria op 23 maart 2016 (bijlage 2)".

Deze motieven vinden steun in de stukken van het administratief dossier die handelen over het antecedentenonderzoek, uitgevoerd door "Flanders Investment & Trade", naar onder meer het bedrijf RIS, en over de achtergrond van de bedrijfsleider Gershon Ben-Tovim waarbij beroep werd gedaan op de diensten van de Vlaamse zaakgelastigde in Zuid-Afrika, de Belgische Ambassadeur in Zuid-Afrika en de Belgische Ereconsul in Namibië. Deze onderzoeken blijken zich niet te beperken tot het louter verzamelen van gegevens die op het internet consulteerbaar zijn, maar steunen mede op bevindingen van contacten ter plaatse. Uit het administratief dossier blijkt eveneens dat de verzoekende partijen vóór het nemen van de bestreden beslissingen werden geconfronteerd met de resultaten van deze onderzoeken en dat zij daarop hebben gereageerd.

Artikel 6.2/1.7, § 2, derde lid, van het Energiebesluit laat de verwerende partijen geen keuzemogelijkheid wanneer wordt vastgesteld dat er geen definitieve gegevens voorhanden zijn om de definitieve bandingfactor te berekenen. Uit deze bepaling volgt dat het gebrek aan definitieve gegevens leidt tot het verval van de voorlopige bandingfactor. Het redelijkheidsbeginsel kan dus niet geschonden zijn.

23. Tevens blijken er gerede twijfels te bestaan over de bevoorraderingszekerheid die RIS kan bieden. De tweede bestreden beslissing stelt in dit verband:

> "Uit deze navraag weerhouden we volgende informatie:
> […]
> - M.b.t. de firma die instaat voor de levering van houtchips uit Namibië (Rhino Investments seven Pty Ltd); 'Graydon Credit Rating: 8 / Graydon Risk: Unclassified Risk - As the company has recently started trading and has no financial or payment track record, we recommend only dealing on fully secured terms.' De activiteiten als leverancier van biomassa zijn pas formeel in 2016 opgestart.
> - De gecontracteerde leveranciers hebben, volgens de beste inschatting die wij op basis van beperkt beschikbare informatie hebben kunnen maken, geen enkele ervaring met het aanleveren van

> de volumes die contractueel door BPG werden bedongen. Het is dan ook zeer onduidelijk of deze volumes effectief zullen kunnen worden aangeleverd. Indien uiteindelijk zou moeten worden overgestapt naar andere biomassamaterialen, zal dit hoogst waarschijnlijk tegen minder gunstige voorwaarden zijn die de rendabiliteit van het project verder in het gedrang zullen brengen. Hierbij moet opgemerkt worden dat BPG bij elk van deze contracten aanzienlijke garanties heeft gevraagd in de vorm van zgn. 'letters of credit', die bij niet-levering aangewend kunnen worden om vervangende brandstof op de markt te gaan zoeken".

Deze motieven vinden steun in het administratief dossier. Uit het Graydon-rapport blijkt immers dat RIS op 27 juli 2010 werd opgericht, maar haar activiteiten pas gestart zijn in januari 2016. Aangezien het om een "nieuw" bedrijf gaat, waarvan de activiteiten alleszins pas recent zijn opgestart en er geen financiële achtergrondinformatie beschikbaar is, wordt het kredietrisico in het rapport als onbekend beschouwd. Daarbij komt dat Gershon Ben-Tovim zowel de enige aandeelhouder als de managing director is.

Er kan op het eerste gezicht worden aangenomen dat in weerwil van de zogenaamde "letters of credit" de bevoorradingszekerheid niet is aangetoond. Hoewel geen wettelijke bepaling er aan in de weg staat om met een nieuwkomer op de markt te contracteren, neemt zulks niet weg dat de Vlaamse regering uit dit feit, samengelezen met de in de tweede bestreden beslissing opgegeven beschouwingen over de te leveren volumes en de rendabiliteit van het project, terecht heeft kunnen concluderen dat het risico voor de bevoorradingszekerheid te hoog is.

Het redelijkheidsbeginsel kan niet geschonden zijn om dezelfde als de in randnummer 22 uiteengezette redenen.

De verzoekende partijen tonen ten slotte niet aan dat van de verwerende partijen eerdere toezeggingen of beloften zijn uitgegaan met betrekking tot de bevoorradingszekerheid die RIS kan bieden. Uit de brief van het VEA van 11 maart 2016 kan enkel worden afgeleid dat de door RIS aangeleverde

houtstromen beschouwd kunnen worden als niet in de industrie gebruikte grondstof, zoals bedoeld in artikel 6.1.16, § 1, eerste lid, 7°, c), van het Energiebesluit. Evenmin hebben de verzoekende partijen uit de e-mails van het VEA van 18 en 21 maart 2016, die slechts een voorlopig inzicht geven in de administratieve vooruitgang bij de berekening van de definitieve bandingfactor, een gewettigd vertrouwen kunnen putten dat de bevoorradingszekerheid geen probleem zou vormen bij de vaststelling van de definitieve bandingfactor.

24. In randnummer 11 werd geoordeeld dat de motieven met betrekking tot de O&M-overeenkomst overtollig zijn. Zelfs gegronde kritiek op een overtollig motief kan niet tot de vernietiging leiden van een voor het overige regelmatige bestuursbeslissing. De door de verzoekende partijen aangevoerde grieven worden derhalve niet onderzocht.

Het tweede onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

C. Conclusie

25. Er is bijgevolg niet voldaan aan één van de voorwaarden van artikel 17, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

VII. Kosten

26. De bijdrage in de betaling van de kosten, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding, wordt bepaald in het arrest waarin uitspraak wordt gedaan over het beroep tot nietigverklaring.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tweeëntwintig december 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**