

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 166.645 du 12 janvier 2007

A. 179.861/XV-538

En cause :

la S.A. BIOFUEL,

ayant élu domicile
rue du Maka 7
1370 Jauchelette,

contre :

l'Etat belge, représenté par :

- 1. le Premier Ministre,**
- 2. le Ministre des Finances,**

Parties intervenantes :

1. la S.A. BIORO,

ayant élu domicile chez
Mes G. VAN THUYNE et J. EVERAERT, avocats,
avenue de Tervueren 268A
1150 Bruxelles,

2. la S.A. NEOCHIM,

ayant élu domicile chez
Mes P. SCULIER, D. FESLER et G. LEBRUN, avocats,
avenue Louise 149
1050 Bruxelles,

3. la S.A. OLEON BIODIESEL,

ayant élu domicile chez
Me C. DE WOLF, avocat,
Etikhovestraat 6
9680 Maarkedal.

LE PRÉSIDENT DE LA XV^e CHAMBRE DES RÉFÉRÉS,

Vu la demande introduite le 29 décembre 2006 par la société anonyme BIOFUEL, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution :

- " 1. De la proposition de la Commission d'agrément des biocarburants de l'administration des douanes et accises du 19 décembre 2006 (pièce 2) et de la

note du 20 décembre 2006 (pièce 3), faites au terme de la procédure de sélection initiée par avis de marché portant la référence 2006/S 124-132164.

2. De la décision du 21 décembre 2006 du Conseil des ministres du Gouvernement fédéral belge, qui marque son accord sur la sélection des opérateurs pouvant prétendre à un agrément pour produire des biocarburants et pour bénéficier de l'exonération d'accise lors de leur mise à la consommation en Belgique (pièce 1).";

Vu la demande de mesures provisoires introduite le 29 décembre 2006 par la société anonyme BIOFUEL selon la procédure de l'extrême urgence;

Vu la demande introduite le 3 janvier 2007 d'étendre l'objet des recours à la décision du 3 janvier 2007 du directeur général de l'Administration des Douanes et Accises, Président de la Commission d'agrément des biocarburants, de refuser l'agrément à la requérante;

Vu les requêtes introduites le 9 janvier 2007 par lesquelles la S.A. BIORO, la S.A. NEOCHIM, et la S.A. OLEON BIODIESEL demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence;

Vu le dossier administratif;

Vu l'ordonnance du 3 janvier 2007 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 9 janvier 2007 à 14 heures;

Entendu, en son rapport, M. HANOTIAU, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Mes DEPRE et BROUHNS, avocats, comparaisant pour la partie requérante, M. GROBELNY, inspecteur, comparaisant pour la partie adverse, Mes VAN THUYNE et VANDEN ACKER, avocats, comparaisant pour la première partie intervenante, Mes FESLER et LEBRUN, avocats, comparaisant pour la deuxième partie intervenante, et Mes DEWOLF et BLOCKEEL, avocats, comparaisant pour la troisième partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que la requérante expose comme suit les éléments de la cause :

" 1. Rappel de la législation applicable.

1. L'article 30 de la loi programme du 11 juillet 2005 prévoit la modification de taux d'accise repris à l'article 419 de la loi programme du 27 décembre 2004 en vue d'appliquer un différentiel fiscal en faveur des produits énergétiques fossiles mélangés à des biocarburants.

Bien que la loi programme du 11 juillet 2005 prévoyait que la plupart de ses dispositions feraient l'objet d'arrêtés d'exécution, le législateur est finalement intervenu suite aux recommandations du Conseil d'Etat et a adopté la loi du 10 juin 2006 concernant les biocarburants (pièce 7).

2. Cette loi du 26 juin 2006 concernant les biocarburants (ci-après «la loi») prévoit notamment la création d'une Commission d'agrément chargée de rédiger l'appel à candidatures, de sélectionner et de proposer au Conseil des ministres les opérateurs pouvant prétendre à un agrément pour produire un volume déterminé de biocarburants et pour bénéficier de l'exonération d'accise lors de leur mise à la consommation en Belgique. Dans ce contexte, le paragraphe 5 de l'article 4 de la loi établit les volumes maximaux et les périodes concernées par ces agréments.

S'agissant du gasoil relevant du code NC 2710 19 41, d'une teneur en poids de soufre n'excédant pas 50 mg/kg et utilisé comme carburant (biodiesel), ces volumes sont fixés comme suit (4, § 5, b, de la loi).

- du 1^{er} novembre 2006 au 30 septembre 2007 : 286 000 000 litres;
- du 1^{er} octobre 2007 au 31 décembre 2008: 475 000 000 litres;
- pour les années 2009 à 2012: 380 000 000 litres par an;
- du 1^{er} janvier 2013 au 30 septembre 2013 : 284 000 000 litres.

La loi définit la procédure de sélection des opérateurs (art. 5 et 6), au terme de laquelle «le volume de biocarburant pouvant bénéficier de l'exonération de l'accise lors de la mise en consommation en Belgique est attribuée à au moins deux opérateurs sans excéder quatre opérateurs» (art. 6, § 3, al. 1^{er}, de la loi, nous soulignons).

Les règles de sélection des opérateurs telle que définie par la loi peuvent être synthétisées comme suit (nous soulignons).

«Art. 3. Les taux d'accise visés à l'article 419, b) ii), c) ii) et f) i), de la loi-programme du 27 décembre 2004, tels que modifiés par l'article 2, § 1^{er}, ainsi que ceux fixés conformément à l'article 8, § 2, sont appliqués aux produits énergétiques qu'ils visent dont le pourcentage de biocarburant qu'ils contiennent provient exclusivement d'unités de production agréées par l'administration des douanes et accises après avis de la Commission d'agrément et après accord du Conseil des ministres, sur procédure d'appel à candidature publiée au Journal officiel de l'Union européenne.

Art. 4. § 1^{er} (...)

§ 2. La Commission d'agrément:

- rédige l'appel à candidatures destiné aux opérateurs et procède à sa publication au Journal officiel de l'Union européenne;
- établit le guide destiné aux opérateurs candidats;
- sélectionne et propose au Conseil des Ministres, les opérateurs pouvant prétendre à un agrément et leur attribue un volume de biocarburant pouvant bénéficier de l'exonération de l'accise lors de leur mise à la consommation en Belgique;
- examine toutes questions et procède à tous contrôles relatifs à l'application du présent article.

(...). »

3. Il y a lieu de souligner que cette procédure ne prévoit pas de délais, tant dans le cadre de la procédure de sélection que dans le cadre de l'octroi des agréments par l'administration des douanes et accises aux opérateurs sélectionnés, suite à l'accord du Conseil des ministres.

4. La procédure de sélection aboutit à l'établissement d'un classement général des candidats en fonction de leur classement pour chacun des six critères énumérés aux d) à i) de l'article 6, § 1^{er}, de la loi, soit:

- l'approvisionnement en matières premières d'origine agricole obtenues par l'application la plus faible d'engrais et de pesticide,
- la distance la plus courte entre les surfaces de culture et l'unité de production;
- le bilan CO2 le plus favorable;
- l'efficacité énergétique de l'unité de production la plus élevée;
- le prix de revient prévisionnel du biocarburant le plus faible;
- la valeur commerciale de vente la plus faible, lors de la mise sur le marché.

Ainsi, par exemple, le candidat qui obtiendrait la première place pour chacun des critères obtiendrait une note finale de 6 (1+1+1+1+1+1); le candidat qui obtiendrait la deuxième place pour chacun des critères, une note finale de 12 (2+2+2+2+2+2), etc. En pratique, les performances des candidats varient naturellement d'un critère à l'autre (par ex.: 3+4+8+9+2+6), étant entendu que les scores ex aequo sont possibles. En l'espèce, les candidats sélectionnés sont donc ceux qui ont obtenu les quatre notes finales les moins élevées.

5. En mettant en place ce système, le législateur a donc déclaré son intention d'agréer un nombre limité d'unités de production de biocarburants, lesquelles sont seules à commercialiser, pendant une période donnée, un volume limité de biocarburants qui, après avoir été mélangés à des carburants d'origine fossile, bénéficieront des taux d'accise réduits.

2. La procédure de sélection.

6. Le 4 Juillet 2006, la Commission d'agrément des biocarburants a émis un avis d'appel à candidatures pour l'obtention des agréments fiscaux d'unités de production de biocarburants (biodiesel) durant la période s'écoulant entre le 1^{er} octobre 2007 et le 30 septembre 2013 (avis de marché 2006/S 124-132164, pièce 8), accompagné d'un guide pour les candidats (pièce 9).

7. Le 20 août 2006, la partie requérante a introduit une «demande d'agrément d'une unité de production de biocarburants dont le mélange avec des carburants fossiles bénéficiera d'un taux réduit d'accise lors de la mise à la consommation en Belgique» sous la référence 2006/S 124-132164, pour la période d'exonération s'étalant du 1^{er} octobre 2007 au 30 septembre 2013 (pièce 4), dont il est accusé réception le 23 août 2006 (pièce 10).

8. Le 10 octobre 2006, la Commission d'agrément propose un classement duquel il apparaît que la partie requérante est classée en troisième position et, à tout le moins, en quatrième position qualificative. (pièce 5)

9. A la même date, la Commission établit un second classement qui tient compte d'un nouveau critère non prévu par les dispositions de la loi du 10 juin 2006, à savoir la «date d'opérationnalité» dans lequel ne figure plus la partie requérante. (pièce 6)

10. Le 20 octobre 2006, la Commission d'agrément informe la partie requérante que la clôture de l'examen des dossiers de candidatures est

retardée, et lui demande de confirmer son intérêt pour le marché (pièce 11). La partie requérante répond positivement par lettre du 25 octobre 2006 (pièce 12).

11. Le 27 octobre 2006, la Commission d'agrément invite la partie requérante à participer à un entretien au cours duquel des questions complémentaires seront abordées (pièce 13). La liste de ces questions lui est adressée par lettre du 14 novembre 2006, dans laquelle elle est invitée à communiquer ses réponses par écrit (courriel) pour le 20 novembre 2006 (pièces 14 et 15).

12. Le 21 novembre 2006, à 10 heures, la partie requérante est entendue par la Commission d'agrément. Suite à cet entretien, elle adresse un courriel au président de la Commission d'agrément en réponse aux questions soulevées lors de l'audition (pièce 16), accompagnées de deux pièces jointes (pièce 17 a) et b).

13. La 19 et 20 décembre 2006, selon les informations dont dispose la partie requérante, la Commission d'agrément remet son avis, constitué d'une proposition d'agrément et d'un rapport d'évaluation (pièce). Il s'agit des deux premiers actes attaqués.

14. Le 21 décembre 2006, le Conseil des ministres approuve la proposition d'agrément qui désigne les producteurs de biodiesel retenus pour alimenter le marché belge, sur la base du classement des offres établi par la Commission d'agrément, écartant l'offre de la partie requérante:

- 1°: Bioro n.v. (2+1+1+2+3+1=10);
- 2°: Provion Fine Chemicals n.v. (5+3+3+1+3+1=16);
- 3°: NEOCHIM s.a. (4+2+5+4+4+2=21);
- 4°: OLEON BIODIESEL nv. (3+4+6+3+7+7=30).

La partie requérante occupe, quant à elle, la cinquième place, avec une note finale de 32 (7+6+4+5+5+5).

Cette décision, fondement des agréments ultérieurs à délivrer aux candidats retenus par l'administration des douanes et accises, constitue le second acte attaqué.";

Considérant que, par requêtes introduites le 29 décembre 2006, la S.A. BIORO, la S.A. NEOCHIM, et la S.A. OLEON BIODIESEL demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence; qu'il y a lieu d'accueillir ces requêtes;

Considérant que la requérante expose dans les termes suivants le préjudice grave difficilement réparable que risque de lui causer l'exécution immédiate des actes critiqués :

" Comme évoqué précédemment, le deuxième acte attaqué a pour effet de définir les limites strictes du bénéfice du taux d'accise réduit pour la production de biocarburants à partir du 1^{er} octobre 2007 jusqu'au 30 septembre 2013. La fabrication de biodiesel emporte des coûts sensiblement plus élevés que ceux nécessaires à l'extraction, au raffinage et à la mise sur le marché de carburants fossiles. Le régime fiscal prévu par la loi du 10 juin 2006 vise dès lors à favoriser l'intégration progressive de biocarburants dans les produits proposés aux consommateurs.

Eu égard à ces coûts de production élevés, la production de biodiesel qui ne donnerait pas lieu à l'application d'un taux d'accise réduit est économiquement non rentable en Belgique.

Aux termes de ses statuts, la partie requérante a pour objet

- “ - la production et le négoce d'ester méthylique d'huiles végétales (biodiesel), d'huiles végétales et de graines oléagineuses;
- et généralement la production et le négoce de toutes matières premières et produits se rapportant au secteur des biocarburants, des carburants, de la biomasse et des énergies renouvelables;
- l'importation et l'exportation de ces matières et produits;

et ce pour compte propre ou pour compte de tiers ou en participations, en Belgique et à l'étranger.”

Dès lors que l'exécution de la décision du Conseil des ministres querellée aura pour effet d'exclure la partie requérante du marché des biocarburants et ce, jusqu'au 30 septembre 2013, son existence est mise en péril par les actes attaqués.

En effet, en marge des importants investissements consentis en vue de solliciter l'agrément pour le bénéfice du taux d'accise réduit, la participation à un marché de référence national constitue, pour une entreprise belge, l'opportunité unique d'établir sa crédibilité et de se développer.

A contrario, le rejet de sa candidature exclut la partie requérante de son propre marché national pendant six années consécutives, ce qui réduit à néant ses perspectives d'établissement et de croissance dans le secteur des biocarburants en Belgique.

Comme l'a estimé votre Conseil dans son arrêt n° 163.472 du 11 octobre 2006:

“ Considérant, en ce qui concerne la perte d'un marché de références, que constituent tel marché celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise au oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; qu'en l'espèce, les demanderesse démontrent à suffisance que le marché public querellé peut être considéré comme tel; que la partie adverse ne le conteste d'ailleurs pas en soi; que, pour ces raisons, le marché litigieux constitue de ce fait une «vitrine» pour la prestataire de service qui le réalisera; qu'ainsi, la décision d'attribution du marché risque de comporter pour les demanderesse des conséquences graves difficilement réparables.”

En outre, la création de la s.a. BIOFUEL le 20 juin 2006 est le fruit d'un très long travail qui a débuté au mois de février 2004 et qui a nécessité plus de 152 prestations enregistrées en vue notamment d'établir des contacts avec les futurs partenaires financiers (la s.a. Alcofinance et la s.a. Florinvest), dont la partie requérante perdrait le soutien en cas d'exécution de l'acte attaqué.

La partie requérante joint à la présente demande en suspension un inventaire des prestations effectuées depuis février 2004.

Enfin, ces décisions mettent à néant un projet industriel générateur de vingt-cinq emplois directs, dont le chiffre d'affaire annuel est estimé à 80.000.000 EUR pour des investissements initiaux de 27.500.000 EUR, destinés à la mise en exploitation d'installations neuves.”;

Considérant que le 3 janvier 2007, les agréments ont été délivrés à quatre sociétés, dont les intervenantes dans la présente procédure, à l'exclusion de la requérante;

Considérant que la suspension de l'exécution des actes critiqués n'aurait pas pour effet d'empêcher la survenance du préjudice grave difficilement réparable évoqué par la requérante dans sa demande puisque les deux premiers actes ont été exécutés d'une part par l'octroi des quatre agréments et d'autre part par le refus d'accorder un tel agrément à la requérante;

Considérant que ce sont les agréments eux-mêmes, dont le nombre est limité à quatre, qui actuellement peuvent entraîner des conséquences pour la requérante, dès lors qu'ils ont été accordés à quatre bénéficiaires autres que la requérante, ce qui a entraîné le refus d'en octroyer un à la requérante;

Considérant qu'il s'ensuit que la requérante n'a dès lors plus intérêt à la suspension de l'exécution des deux actes critiqués dans la demande de suspension;

Considérant qu'en ce qui concerne le refus de lui accorder un agrément, lequel fait l'objet de la demande d'extension de l'objet de la demande de suspension, d'une part l'exposé de l'extrême urgence contenue dans la demande de suspension n'est pas adéquat à ce sujet et d'autre part, la requérante n'y a pas intérêt s'il n'est pas accompagné d'une demande de suspension de l'exécution des agréments accordés puisque le nombre de ceux-ci est limité à quatre;

Considérant que la demande de suspension et par conséquent la demande de mesures provisoires sont irrecevables,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les requêtes en intervention introduites par la S.A. BIORO, la S.A. NEOCHIM et la S.A. OLEON BIODIESEL dans la procédure en référé d'extrême urgence sont accueillies.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence et la demande de mesures provisoires sont rejetées.

Article 3.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 550 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre des référés, le douze janvier deux mille sept par :

M. HANOTIAU,	président de chambre,
M. DUPONT,	greffier assumé.

Le Greffier ass.,	Le Président,
-------------------	---------------

X. DUPONT.	M. HANOTIAU.
------------	--------------