

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 171.484 du 23 mai 2007

A. 179.861/XV-538

En cause :

la S.A. BIOFUEL,

ayant élu domicile chez
Mes B. et L. CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill 253
1180 Bruxelles,

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, V. VANDEN ACKER &
J. EVERAERT, avocats,
avenue de Tervueren 268A
1150 Bruxelles,

2. la S.A. PROVIRON FINE CHEMICALS,

ayant élu domicile chez
Mes D. & E. RYCKBOST, avocats,
Beernaertstraat 80
8400 Ostende,

3. la S.A. NEOCHIM,

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

4. la S.A. OLEON BIODIESEL,

ayant élu domicile chez
Mes C. DE WOLF & J. BLOCKEEL, avocats,
Etikhovestraat 6
9680 Maarkedal.

LE PRESIDENT DE LA XV^e CHAMBRE DES REFERES,

Vu la demande introduite le 2 mars 2007 par la s.a. Biofuel, qui tend à la suspension de l'exécution de:

1. la proposition de la Commission d'agrément des biocarburants du 19 décembre 2006 au terme de la procédure de sélection commencée par l'avis de marché 2006/S 124-132164;

2. la décision du Conseil des ministres du 21 décembre 2006 approuvant la proposition de la Commission d'agrément;

3. la décision de l'administration des Douanes et Accises, notifiée par lettre du 3 janvier 2007, lui refusant l'octroi d'un agrément pour produire des biocarburants et bénéficier de l'exonération d'accises lors de leur mise à la consommation en Belgique au cours des années 2007 à 2013;

4. et quatre décisions de l'administration des Douanes et Accises, apparemment notifiées le même jour, aux sociétés «Oleon Biodiesel n.v.», «Proviron Fine Chemicals n.v.», «Bioro n.v.» et «Neochim s.a.» leur accordant les agréments précités ainsi que les volumes maximaux de production pour les années 2007 à 2013;

Vu la requête en annulation introduite simultanément par la même requérante à l'égard des mêmes décisions;

Vu les requêtes introduites les 26 et 27 mars 2007 par lesquelles la S.A. Bioro, la S.A. Proviron Fine Chemicals, la S.A. Neochim, et la S.A. Oleon Biodiesel demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes;

Vu l'arrêt n/ 166.645 du 12 janvier 2007 qui rejette la demande de suspension d'extrême urgence de l'exécution des deux premières décisions attaquées dans le cadre de la présente demande et la demande de mesures provisoires d'extrême urgence introduite simultanément;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu le rapport de M. THIBAUT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 24 avril 2007 fixant l'affaire à l'audience du 7 mai 2007 à 9 heures 30, et la mise en continuation de cette affaire à l'audience du 15 mai 2007 à 11 heures;

Vu la notification aux parties du rapport et de l'avis de fixation à l'audience;

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

Entendu, en leurs observations, Mes L. CAMBIER et R. BORN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M. GROBELNY, inspecteur d'administration fiscale, et MM. M. DEGAILLER, J. HOTS et P. VANDERBECQ, conseillers scientifiques, comparaissant pour la partie adverse, Me G. VAN THUYNE, avocat, comparaissant pour la première partie intervenante, Me D. RYCKBOST, avocat, comparaissant pour la deuxième partie intervenante, Mes D. FESLER et G. LEBRUN, avocats, comparaissant pour la troisième partie intervenante, et Mes C. DE WOLF et J. BLOCKEEL, avocats, comparaissant pour la quatrième partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, M. THIBAUT, auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

L'article 2 de la loi du 10 juin 2006 concernant les biocarburants modifie l'article 419, b) ii) **, c) ii) et f) i) **, de la loi-programme du 27 décembre 2004 en telle sorte que le «droit d'accises spécial» soit réduit pour certains produits énergétiques dans la composition desquels entre une certaine proportion de biocarburant (bioéthanol, ETBE ou EMAG).

L'article 3 de la même loi est rédigé comme suit:

«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 candidatures publiée au Journal officiel de l'Union européenne».

L'article 4 traite de la Commission d'agrément et des agréments; l'article 5 fixe la composition des dossiers à introduire en vue de solliciter un agrément.

L'article 6, § 1^{er}, fixe les critères de sélection comme suit:

«Les opérateurs qui ont introduit une candidature régulière, sont sélectionnés sur la base des critères suivants :

- a) capacité réelle à produire un biocarburant répondant aux spécifications techniques imposées par la Belgique dans le respect des réglementations sociales, fiscales et environnementales de l'Etat membre concerné;
- b) sécurité d'approvisionnement de l'unité de production en matières premières d'origine agricole;
- c) capacité à livrer du biocarburant à des entreprises situées en Belgique en vue de la mise à la consommation;
- d) approvisionnement en matières premières d'origine agricole obtenues par l'application la plus faible d'engrais et de pesticide;
- e) distance la plus courte entre les surfaces de culture et l'unité de production;
- f) bilan CO₂ le plus favorable;
- g) efficacité énergétique de l'unité de production la plus élevée;
- h) prix de revient prévisionnel du biocarburant le plus faible;
- i) valeur commerciale de vente la plus faible, lors de la mise sur le marché.

Les critères visés aux h) et i) sont évalués dans les hypothèses où l'opérateur reçoit entre 0 et 25 %, entre 25 et 50 % ou entre 50 et 75 % du volume de biocarburant à attribuer».

Le § 3 du même article porte:

«Le volume de biocarburant pouvant bénéficier de l'exonération de l'accise lors de la mise à la consommation en Belgique est attribué à au moins deux opérateurs sans excéder quatre opérateurs.

Ce volume est attribué selon les règles de proportionnalité. Aucune attribution ne peut être supérieure à 75 % du volume de biocarburant à attribuer».

Le 4 juillet 2006, le *Journal officiel des Communautés européennes* publie un avis de marché (2006/S 124-132164) portant sur les agréments fiscaux d'unités de production de biocarburants (en l'occurrence, du biodiesel) auxquelles les opérateurs souhaitant bénéficier d'une réduction de l'accise sur les biocarburants doivent acheter le biodiesel fabriqué à partir d'esther méthylique d'acides gras (EMAG). Les offres doivent être introduites au plus tard le 21 août. Un «guide pour les candidats» est établi. Les critères d'attribution mentionnés dans l'avis sont la reproduction de ceux de l'article 6, § 1^{er}, de la loi, avec cette précision que les six derniers critères sont affectés d'une «pondération: 1», alors qu'aucune pondération n'est mentionnée pour les trois premiers.

Trente-quatre candidatures sont introduites. Le 10 octobre, le président de la Commission d'agrément adresse au ministre des Finances des propositions d'agréments pour les trois types de biocarburants dont l'EMAG. Il expose que, pour celui-ci, trente-quatre dossiers ont été introduits mais que certains candidats ont indiqué ne pas être à même de produire du biocarburant à la date prévue; la Commission, laissant au Conseil des ministres le soin d'apprécier s'il faut exclure les candidats incapables de produire dès cette date, présente deux listes de candidats pour chaque appel aux candidatures, l'une tenant compte de la date de production, l'autre non. La requérante est classée en quatrième position sur la liste «sans date», et elle n'est pas classée sur celle «avec date». La note du président de la Commission contient l'observation suivante: «Dans le court délai imparti, la Commission d'agrément a procédé uniquement à une étude des candidatures sur la base des seuls dossiers introduits. Force lui a été de constater que certaines données chiffrées auraient mérité cependant une analyse plus fine le cas échéant, par un contact direct avec les opérateurs. Cette restriction l'a conduite à constater que les objectifs en termes de biodiversité (déforestation) ou de diversification rentable à apporter à l'agriculture de l'Union européenne ne seront pas entièrement rencontrés. C'est ainsi qu'il apparaît que pour l'EMAG, par exemple, un meilleur classement a été donné aux opérateurs qui importent leurs matières premières de pays tiers».

Ces propositions sont accompagnées des fiches individuelles, d'une fiche récapitulative, d'un tableau comparatif et d'un tableau des candidats sélectionnés avec mention des quantités proposées. Le même jour, le ministre des Finances soumet au Conseil des ministres les propositions de la Commission. Après une remise, le Conseil des ministres approuve le 17 octobre les propositions de la Commission pour le bioéthanol et l'EMAG (2006/S 123-301210) en retenant le classement sur la base des listes «avec date». Pour ce qui concerne l'EMAG faisant l'objet de l'appel à candidatures dans la présente affaire (2006/S 124-132164), le Conseil des ministres, sur la base de la proposition précitée de la Commission, charge celle-ci d'affiner son analyse de certaines données chiffrées à la lumière d'informations complémentaires qu'elle pourrait obtenir dans un contact direct avec les dix opérateurs dont les candidatures ont été jugées recevables, et le ministre des Finances de présenter un nouveau rapport le 17 novembre.

Le 25 octobre, la Commission décide d'approfondir l'analyse des candidatures en procédant à l'audition des candidats. Le 27 octobre, la requérante est convoquée à un entretien fixé au 21 novembre suivant, pour lequel il lui est annoncé qu'une liste de questions complémentaires lui serait communiquée. Le 14 novembre, elle reçoit la liste

des questions complémentaires, auxquelles elle répond le 20 novembre. Entre le 14 novembre et le 12 décembre, les candidats dont l'offre a été considérée comme recevable sont auditionnés par la Commission; la requérante l'est le 21 novembre. Le 27 novembre, elle transmet des réponses aux questions posées lors de l'audition.

Le 19 décembre, la Commission établit un classement des offres en lice. Afin de tenir compte de la dynamique du marché des matières premières pour le biocarburant et de l'évolution technologique future, elle décide de prendre en considération l'ensemble des informations transmises par les candidats. Elle propose de retenir quatre candidats: la s.a. Oleon Biodiesel, la s.a. Neochim, la s.a. Bioro, et la s.a. Proviron Fine Chemicals. Il s'agit du premier acte attaqué.

Le même jour, le président de la Commission envoie au ministre des Finances la proposition d'agréer ces quatre candidats. Le 20 décembre, le ministre transmet au Conseil des ministres la proposition de la Commission, avec, en annexe, un tableau récapitulatif des offres où la requérante figure en cinquième position avec 32 points de «handicap», le quatrième classé (la s.a. Oleon Biodiesel) obtenant 30 points, le troisième classé (la s.a. Neochim) 21, le deuxième (la s.a. Proviron Fine Chemicals) 16, et le premier (la s.a. Bioro) 10.

Le 21 décembre, le Conseil des ministres approuve ces propositions. Il s'agit du deuxième acte attaqué.

Le 29 décembre, la requérante saisit le Conseil d'Etat, selon la procédure d'extrême urgence, d'une demande de suspension de l'exécution des deux premiers actes attaqués. Cette demande sera rejetée par l'arrêt n° 166.645 du 12 janvier 2007, au motif principal que les agréments avaient été délivrés le 3 janvier 2007, et que le préjudice grave difficilement réparable invoqué était réalisé; la demande d'extension de la demande à la décision refusant l'agrément à la requérante n'étant pas assortie d'une justification adéquate de l'extrême urgence.

Le 3 janvier 2007, le président de la Commission informe la requérante que sa demande d'agrément n'a pas reçu une suite favorable et que, si elle souhaite connaître les éléments sur la base desquels la décision a été prise, elle doit introduire une demande auprès de ses services. Il s'agit du troisième acte attaqué.

Le même jour, la s.a. Oleon Biodiesel, la s.a. Neochim, la s.a. Bioro, et la s.a. Proviron Fine Chemicals sont informées de leur agrément du 1^{er} octobre 2007 au 30

septembre 2013, chacune d'entre elles recevant un volume de production d'EMAG. Il s'agit des quatrième, cinquième, sixième et septième actes attaqués.

Le 4 janvier, la requérante demande à connaître les éléments du dossier sur la base desquels la décision de refus d'agrément a été prise. Le 5, le président de la Commission lui transmet la décision du Conseil des ministres du 21 décembre 2006, la note au Conseil des ministres du 20 décembre 2006, la proposition de la Commission d'agrément du 19 décembre 2006 ainsi que la fiche individuelle d'évaluation de son dossier. Le 26 janvier, la requérante, demande l'accès aux documents administratifs ayant conduit aux actes attaqués, en application de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration; le 2 février, elle étend la demande d'accès à l'ensemble du dossier administratif déposé au Conseil d'Etat. Le 16 février, la Commission envoie les pièces demandées, à l'exception des offres des sociétés concurrentes en estimant que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection du caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité.

Le 5 mars 2007, la s.a. Proviron Fine Chemicals introduit un recours en annulation contre la décision l'agréant en qualité d'unité de production de l'EMAG en ce que cette décision lui attribue un volume inférieur à ce qu'elle avait demandé (recours pendant sous le n° de rôle 181.452/IX-5.580).

Considérant que la s.a. Bioro, la s.a. Proviron Fine Chemicals, la s.a. Neochim et la s.a. Oleon Biodiesel, demandent à intervenir dans la procédure en référé; qu'elles sont les bénéficiaires des actes attaqués; qu'il y a lieu d'accueillir leurs demandes d'intervention;

Considérant que la s.a. Proviron Fine Chemicals, deuxième intervenante, demande que la présente demande de suspension soit renvoyée à la chambre bilingue en application de l'article 61 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en raison de sa connexité avec le recours en annulation partielle des premier, deuxième et cinquième actes attaqués;

Considérant que ce dernier recours tend à obtenir une redistribution des volumes pour lesquels l'agrément est donné; que son objet présente un caractère subsidiaire par rapport à celui de la présente demande de suspension, qui est dirigée contre un refus d'agrément et des agréments; que, de ce fait, il se justifie de traiter en premier lieu le présent recours, et l'intérêt d'une bonne justice ne commande pas de

joindre les deux affaires; qu'il n'y a pas lieu de renvoyer l'examen de la présente demande de suspension à la chambre bilingue;

Considérant que, ainsi que le font observer les parties adverse et intervenantes, dans le mécanisme instauré par l'article 3 de la loi du 10 juin 2006 concernant les biocarburants, l'agrément des unités de production qui peuvent fabriquer du biocarburant en bénéficiant du taux d'accises spécial est décidé «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 candidatures publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*»; que la décision attaquée est prise par l'administration; que l'avis de la Commission est un acte préparatoire qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation; qu'il en va de même de la décision du Conseil des ministres quand celle-ci est favorable; que sont seuls des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation, et, partant, d'une demande de suspension, les décisions de l'administration des douanes et accises et les délibérations du Conseil des ministres refusant l'accord requis; qu'en égard à la nature des actes attaqués, la demande de suspension n'est recevable que dans cette mesure, soit en ses troisième et quatrième objet ainsi qu'en son deuxième objet en tant que la délibération du Conseil des ministres attaquée refuse l'accord à l'agrément de la requérante;

Considérant que la requérante a eu connaissance de la décision du Conseil des ministres du 21 décembre au plus tard le 29, date à laquelle elle a saisi le Conseil d'Etat d'une demande de suspension d'extrême urgence; que le présent recours, introduit le 2 mars 2007, l'a été plus de 60 jours après que la requérante a eu connaissance de l'acte attaqué; qu'il est irrecevable *ratione temporis* en tant qu'il est dirigé contre cette décision;

Considérant que la partie adverse et les trois premières intervenantes contestent la recevabilité du recours au motif que la requérante a introduit le 29 décembre une demande de suspension d'extrême urgence dont, par requête du 3 janvier 2007, elle a étendu l'objet à la décision par laquelle l'administration des douanes et accises lui a refusé l'agrément, demande qui a été rejetée par l'arrêt du Conseil d'Etat n° 166.645 du 12 janvier 2007; que, se fondant sur l'article 17, § 1^{er}, alinéas 4 et 5, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, elles soutiennent que la demande de suspension ultérieurement introduite selon la procédure ordinaire est irrecevable dans la mesure où elle porte sur des actes qui ont fait l'objet de la demande de suspension d'extrême urgence;

Considérant que l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, a été modifié sur six points par l'article 6 de la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du contentieux des étrangers:

par la nouvelle loi:

1. la compétence de suspension est expressément étendue aux décisions implicites de rejet (article 6, 1^o, a, de la loi du 15 septembre 2006),

2. les nouveaux alinéas 5 et 6 du § 1^{er}, interdisent de cumuler la procédure ordinaire de suspension avec celle d'extrême urgence (sauf rejet de celle-ci pour défaut d'extrême urgence) (article 6, 1^o, b);

3. le § 2 est complété par l'exclusion du recours en révision à l'encontre des arrêts statuant sur une demande de suspension (article 6, 2^o);

4. le nouveau § 3 modifie la forme d'introduction des demandes de suspension, qui devra dorénavant se faire par le même acte que le recours en annulation, sauf en extrême urgence (article 6, 3^o);

5. le § 4 est complété par une disposition qui habilite le Roi à dispenser l'auditeur d'établir un nouveau rapport après un arrêt statuant sur la demande de suspension (article 6, 4^o);

6. au § 6, la faculté qui était donnée au requérant de demander le renvoi de l'affaire à l'assemblée générale lorsque la suspension a été ordonnée pour violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution est supprimée (article 6, 5^o);

Considérant que selon l'article 243, alinéa 2, les modifications apportées par l'article 6, 3^o et 4^o – soit le mode d'introduction de la demande de suspension et la dispense de rapport après un arrêt sur la suspension – entrent en vigueur à une date à déterminer par arrêté royal; que les autres dispositions entrent en vigueur le 1^{er} décembre 2006;

Considérant que l'article 216 de la loi du 15 septembre 2006, alinéa 1^{er}, est rédigé comme suit:

«Les dispositions de l'article 17, § 1^{er}, alinéas 5 et 6, § 3, alinéa 1^{er}, des mêmes lois (c'est-à-dire les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat), telles que modifiées par l'article 6, 3^o de la présente loi, sont d'application aux recours introduits après l'entrée en vigueur de la présente disposition»;

que l'entrée en vigueur de cet article 216 est, elle aussi, de celles qui doivent être déterminées par arrêté royal, aux termes de l'article 243 de la loi du 15 septembre;

Considérant qu'il y a manifestement une erreur dans l'article 216: l'article 17, § 1^{er}, alinéas 5 et 6, n'a pas été modifié par l'article 6, 3^o, de la nouvelle loi, mais

par son article 6, 1^o, b; que l'intention est clairement de viser aussi la modification apportée par l'article 6, 1^o, b; qu'à défaut de la comprendre ainsi, la disposition serait inintelligible, vu que l'article 17, § 1^{er}, ne comportait que quatre alinéas avant sa modification par la loi du 15 septembre 2006; qu'il n'en reste pas moins une discordance entre les articles 216 et 243 quant à l'entrée en vigueur de l'article 17, § 1^{er}, alinéas 5 et 6, c'est-à-dire de l'obligation d'opter pour la procédure ordinaire ou la procédure d'extrême urgence; que d'après l'article 243, les nouvelles dispositions s'appliquent à partir du 1^{er} décembre 2006, mais d'après l'article 216, elles valent pour les recours introduits après l'entrée en vigueur de cet article-ci, laquelle sera déterminée par le Roi;

Considérant que dans les travaux préparatoires, le seul commentaire de l'article 216 (alors numéroté 215) figure dans l'exposé des motifs: «Le premier alinéa stipule que les dispositions du projet selon lesquelles la possibilité de soumettre simultanément ou successivement des demandes de suspension doit être limitée, qu'il s'agisse de la procédure ordinaire ou de la procédure en extrême urgence, et selon lesquelles la demande de suspension de la mise à exécution et le recours en annulation doivent être introduits sous la forme d'un seul acte, s'appliquent aux recours introduits après l'entrée en vigueur de cette disposition» (*Doc. parl.* Chambre 2479/001 DOC 51, p. 151); que les derniers mots de ce commentaire sont équivoques: «cette disposition» est-elle celle qui interdit le cumul des procédures, ou celle qui contient la disposition transitoire ? que le texte de la loi, lui, ne prête pas à équivoque: quand l'article 216 porte «la présente disposition», c'est lui-même qu'il vise;

Considérant que cette disposition transitoire concerne spécifiquement l'entrée en vigueur de l'article 17, § 1^{er}, alinéas 5 et 6, c'est-à-dire notamment de la règle qui interdit l'introduction d'une demande de suspension ordinaire après le rejet d'une demande de suspension d'extrême urgence, sauf si le rejet de celle-ci est dû au défaut d'extrême urgence; que l'article 243 ne contient pas de disposition spécifique régissant l'entrée en vigueur des mêmes dispositions, qui ont été introduites dans les lois coordonnées par l'article 6, 1^o, de la loi du 15 septembre 2006; qu'il ne régit cette entrée en vigueur qu'au travers de son alinéa 3, qui vise «les autres articles»; que, par application du principe d'interprétation «*specialia generalibus derogant*», il convient de donner la préférence à l'article 216, qui subordonne l'entrée en vigueur de l'article 17, § 1^{er}, alinéas 5 et 6 à un arrêté royal;

Considérant l'exception d'irrecevabilité n'est pas fondée;

Considérant que la partie adverse conteste que la requérante ait intérêt au recours en faisant valoir que, dans son arrêt du 12 janvier 2007, le Conseil d'Etat a constaté qu'elle n'avait pas intérêt à la suspension de l'exécution du refus d'agrément qui lui a été opposé dès lors qu'elle n'avait pas demandé la suspension de l'exécution des agréments accordés;

Considérant que la présente demande de suspension porte également sur les agréments accordés; que l'exception n'est pas fondée;

Considérant que la troisième intervenante, la s.a. Neochim, conteste que le recours ait été valablement introduit au motif que la preuve de la décision d'ester en justice n'est pas valablement rapportée faute d'indication de quorum, de majorité ou de convocation régulière;

Considérant que la requérante est constituée sous la forme d'une société anonyme dont les statuts ont été publiés aux annexes du *Moniteur belge* le 29 juin 2006 en même temps que les nominations des administrateurs et de l'administrateur délégué; qu'à la suite d'une augmentation de capital, un troisième administrateur a été nommé, mais sa nomination n'a pas été publiée; que, conformément à ses statuts, la requérante est représentée en justice par deux administrateurs agissant conjointement ou par l'administrateur délégué; que la décision d'ester a été prise notamment par l'administrateur délégué qui avait le pouvoir d'agir seul; que le recours est dès lors régulièrement introduit;

Considérant que la troisième intervenante conteste la recevabilité de la demande de suspension au motif que la requérante ne prouve pas son intérêt à la requête;

Considérant que l'intérêt d'un requérant à demander la suspension d'une décision qui lui refuse un agrément qu'elle a sollicité et qui l'accorde à des concurrents est évident;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 33, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, de la loi du 10 juin 2006 concernant les biocarburants, notamment de ses articles 3, 4 et 6, des principes généraux du droit européen dont ceux de l'égalité de traitement et de transparence, des principes généraux du droit dont ceux de bonne administration,

d'impartialité et *patere legem quam ipse fecisti* et de l'absence, l'erreur, l'insuffisance ou la contrariété dans les causes ou les motifs; qu'elle expose en substance que, pour le critère de l'efficacité énergétique où tant la requérante que Neochim obtiennent 2,5, la première se voit attribuer 5 points alors que la seconde obtient seulement 4 points alors que, d'une part, pour le critère du prix de revient le plus faible et, d'autre part, pour le critère de la valeur commerciale la plus faible, Bioro et Proviron se voient toutes deux attribuer une valeur de 62 et obtiennent l'une et l'autre, pour chacun des deux critères, le classement identique de 3, que le principe d'égalité de traitement impose de traiter de manière identique des catégories de personnes se trouvant dans des situations comparables, qu'en l'espèce, en l'absence de toute justification, c'est un traitement différencié qui a été appliqué à deux catégories de situations comparables et qu'elle a été discriminée;

Considérant qu'il résulte du dossier, tel qu'il a été complété à la demande de l'auditeur rapporteur, que les notes de 2,5 que tant la requérante que la s.a. Neochim obtiennent pour le critère de l'efficacité énergétique résultent de l'arrondissement des notes de 2,47 et 2,49 que la requérante et cette intervenante ont respectivement obtenues; que l'attribution d'un nombre de points différent pour le critère en cause correspond à une différence dans l'appréciation portée sur les offres et n'est point dépourvue de justification; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 33, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, de la loi du 10 juin 2006 concernant les biocarburants, notamment de ses articles 3, 4 et 6, de l'arrêté royal du 22 juin 2006 relatif au fonctionnement de la commission d'agrément des biocarburants, des principes généraux du droit européen dont ceux de l'égalité de traitement et de transparence, des principes généraux du droit dont ceux de bonne administration, de légitime confiance, d'impartialité et d'audition préalable et *patere legem quam ipse fecisti* et de l'absence, l'erreur, l'insuffisance ou la contrariété dans les causes ou les motifs;

qu'en une première branche intitulée «modification des offres», elle expose

a) que la Commission a, de sa propre initiative, modifié plusieurs paramètres des offres des candidats, en ce compris la sienne sans y être habilitée,

b) que la Commission aurait dû en aviser les sociétés concernées et leur demander leur accord préalable sur d'éventuelles corrections ou modifications,

c) que ni la motivation des actes attaqués ni le dossier administratif de la partie adverse ne permettent de comprendre les choix opérés par la Commission et qu'il

ressort des décisions litigieuses de l'Etat belge que la Commission a modifié au moins quatre des données de l'offre de la requérante, sans avoir au préalable obtenu l'accord de cette dernière, ni l'avoir avisée desdits changements, à savoir qu'ils ont retenu:

1. un bilan CO₂ de 1.628,9 grammes eq/L alors que l'offre était fondée sur la démonstration que le processus n'engendrerait pas plus de 990 grammes eq/L,

2. une efficacité énergétique de l'unité de production de 2,5 alors que l'offre était fondée sur le ratio de 3,13,

3. un prix de revient prévisionnel de 64,5 €/hectolitre alors que l'offre était fondée sur une hypothèse de 53,97 €/hectolitre produit,

4. une valeur commerciale de 74,175 €/hectolitre vendu alors que l'offre était fondée sur une hypothèse de 70,629 €/hectolitre vendu,

d) que la Commission d'agrément a décidé que « (...) faute de données homogènes et suffisamment exploitables, il a été décidé de ne pas tenir compte du facteur "pesticides" (piste déjà retenue pour l'éthanol) et pour ce qui concerne les engrais, seule la référence au colza est utilisée»,

e) que, à la suite de son interview du 21 novembre 2006, seul le procès-verbal de la partie relative à l'agriculture a été joint à son dossier administratif, que les synthèses des réponses aux questions relatives à l'environnement ou aux affaires économiques n'y sont pas jointes, qu'elle ne peut dès lors vérifier si ses propos ont été correctement actés et pris en compte,

f) que, dans le procès-verbal du 19 décembre 2006, la Commission d'agrément indique qu'il a été fait usage de la même méthodologie de travail que celle appliquée aux dossiers «FAME¹ I» et «Bioéthanol», que cette méthodologie est inconnue et qu'un membre a considéré que certaines données mentionnées n'étaient pas «objectives» et proposé de les corriger, sur la base des normes «standard» en sa possession, ce que la Commission a accepté sans indiquer ces normes «standard»;

qu'en une deuxième branche intitulée «modification et/ou ajout de nouveaux critères», elle expose

a) que la Commission a décidé, à l'unanimité, qu'afin de tenir compte de la dynamique du marché du biocarburant et de l'évolution technique future en la matière, il convenait de prendre en considération pour le réexamen qui lui est demandé, l'ensemble des informations transmises par les postulants interviewés,

b) qu'un traitement spécifique a été réservé à certaines situations, que, ce faisant et sans la moindre habilitation légale, la Commission d'agrément a modifié les critères prévus par la loi et en a fait une application illégale, voire a rajouté de nouveaux critères, en ce qui concerne

1. la création d'un «handicap» pour la cote «engrais» et

2. l'application d'un «facteur correctif calculé en fonction de la “qualité”»;

c) qu'à la supposer compétente pour modifier les critères de la loi, la Commission ne donne pas de justification objective et raisonnable à la modification ou l'ajout desdits critères, qu'elle ne justifie pas que les données communiquées par son offre seraient irréalistes et de nature à justifier l'application de ces handicaps ou pénalités, qu'au contraire, l'application de ces nouveaux critères ne fait que traduire un manque d'impartialité et une discrimination à l'égard de la requérante,

d) subsidiairement, qu'il n'apparaît pas que ces modifications ou ajouts de nouveaux critères seraient pertinentes et raisonnablement justifiés;

Considérant, sur la première branche, a), que la loi du 10 juin 2006 a déterminé, en son article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, neuf critères destinés à sélectionner les opérateurs candidats à l'agrément; que la Commission d'agrément est chargée de départager les candidatures et de faire des propositions, ce qui implique qu'elle procède à une sélection des offres; qu'une telle sélection n'est possible que sur des bases offrant suffisamment de comparabilité pour que le classement opéré en exécution de l'article 6, § 2, reflète la valeur des candidatures les unes par rapport aux autres; qu'il n'est pas contesté que les candidats ont présenté certains des facteurs à prendre en considération selon leurs propres méthodes; qu'il incombait à la Commission de faire en sorte que les offres soient comparables ce qui, dans certains cas, impliquait des transpositions, extrapolations ou ajustements par rapports aux données communiquées par les candidats;

Considérant, sur la première branche, b), qu'aucune disposition n'imposait à la Commission de soumettre aux candidats les opérations auxquelles elle s'est livrée pour assurer la comparabilité des offres, et encore moins d'obtenir leur accord à ce sujet, dès lors qu'il ne s'agissait pas de modifier la teneur de leurs propositions, mais seulement de les exprimer d'une manière qui permette de les comparer;

Considérant, sur la première branche, c), 1, que le procès-verbal de l'audition des représentants de la requérante au cours de la réunion du 21 novembre comporte le passage suivant:

«Par rapport aux informations transmises, les éléments suivants doivent être revus pour BIOFUEL:

- distance maritime: prendre en considération 15.000 kms au lieu de 10.000 kms (tableau CO₂ et efficacité énergétique à revoir);

- nouveau tableau devant prendre en considération l'aspect utilisation “énergie renouvelable”: glycérine sera utilisée pour la cogénération»;

Considérant que la requérante a fait parvenir le 27 novembre un document adaptant son offre initiale en fonction de ces critères; dans ce document elle chiffre la production de gaz à effet de serre à 990 gr.eq.CO₂/litre, au lieu de 1916 dans l'offre initiale; qu'au cours de la réunion du 19 décembre, des propos relatés comme suit dans le procès-verbal ont été tenus: «Peter Wittoeck communique pour chaque postulant interviewé les chiffres en matière de bilan CO₂ et d'efficacité énergétique comme calculé sur la base des données communiquées et, dans la mesure du possible, en recherchant une harmonisation de paramètres exogènes tels que par exemple les facteurs d'émissions; en fonction de ces chiffres, il communique également le classement obtenu par chacun des postulants (*voir annexe 2*). En l'occurrence, il a été fait usage de la même méthodologie de travail que celle appliquée aux dossiers "FAME I" et "Bioéthanol"; que, dans l'annexe 2 à laquelle il est renvoyé, le «bilan CO₂» de la requérante est de 1628,9;

Considérant que le détail du calcul apparaît dans un document déposé à l'audience du 7 mai et sur lequel les parties ont pu s'expliquer à celle du 15 mai; que ce document, dont le Conseil d'Etat ne serait pas en mesure d'apprécier la correction en pleine connaissance de cause sans recourir à une expertise peu compatible avec le principe même du référé administratif, indique qu'au terme du nouveau calcul auquel la Commission d'agrément a procédé, le «bilan CO₂» de la requérante s'établit à 1629,8 gr.eq.CO₂/litre; que rien ne permet à ce stade de la procédure de mettre en doute l'affirmation de la partie adverse que le même mode de calcul a bien été appliqué à tous les candidats; que rien ne permet de supposer que des données erronées auraient été introduites;

Considérant qu'il est ressorti des débats à l'audience que dans le calcul du «bilan CO₂», aucune valeur n'a été comptée pour les étapes de production de l'huile recyclée utilisée par certains candidats; qu'en particulier, le poste «agriculture», qui comporte des valeurs fort élevées pour toutes les huiles «fraîches», est nul pour l'huile recyclée, ce qui a pour effet d'avantager les candidats qui ont proposé d'intégrer une part d'huile recyclée dans leur production; que cette différence paraît réelle, mais qu'elle paraît également justifiée, non pas tellement par la difficulté d'établir la provenance de l'huile recyclée et, par là, la quantité d'«intrants» (engrais, pesticides...) à prendre en compte, comme le suggère la partie adverse, mais surtout par la circonstance que cette huile n'a pas été produite en vue de fabriquer du biocarburant, et que les «intrants» qui ont été utilisés pour sa production l'ont été dans la perspective d'une autre utilisation; que cette huile a de toute manière été fabriquée en vue de cette autre utilisation, qu'elle a été employée aux fins en vue desquelles elle a été fabriquée, de sorte qu'il se justifie de comptabiliser les «intrants» utilisés pour la fabrication de cette huile dans le «bilan

CO₂» de cette activité, et qu'elle constitue un déchet de celle-ci; que si, au lieu d'éliminer ce déchet par les voies usuelles, l'occasion est offerte de le recycler, il peut être justifié de ne pas incorporer dans le «bilan CO₂» de l'activité recyclante les intrants de sa production) ce qui reviendrait à les compter une seconde fois), même si cela aboutit à conférer un avantage pour les producteurs qui, se servant d'une matière première qui n'a pas été élaborée en vue de la fabrication de biocarburant, n'ont pas provoqué, en amont de leur industrie, l'emploi d'«intrants» générateurs de gaz à effet de serre; qu'il se justifierait seulement de comptabiliser l'émission de gaz provoquée par l'activité déployée en vue de convertir ce «déchet» en une matière première de la fabrication de biocarburant, ce qui semble bien se limiter à un transport sur une faible distance, dont l'impact sur le «bilan CO₂» paraît négligeable;

Considérant, sur la première branche, c), 2, que l'«efficacité énergétique» a été recalculée par la Commission en même temps que le «bilan CO₂» et selon la même méthode; que, pour les mêmes motifs, l'irrégularité dénoncée ne paraît, à ce stade de la procédure, pas établie;

Considérant, sur la première branche, c), 3, qu'en ce qui concerne le prix de revient, la partie adverse expose que les données fournies par les différents candidats ont été établies selon des méthodes différentes, ce qui avait pour effet que les données des uns et des autres n'étaient pas comparables; qu'afin d'assurer la comparabilité des offres, une méthode de calcul uniforme du prix de revient a été appliquée à toutes les offres, intégrant un facteur correctif lié à la qualité de la matière première utilisée (huile de colza pure, autre huile végétale ou huile recyclée); qu'en outre, compte tenu des variations fréquentes du prix des matières premières, les prix de référence retenus par les différents candidats ont été remplacés par les même prix pour tous, tirés de la cotation des matières premières sur les marchés internationaux; que ceci a provoqué une modification du prix de revient des différentes offres, et notamment de celle de la requérante, sans qu'une violation du principe d'égalité en résulte;

Considérant que les mêmes circonstances expliquent la modification de la valeur commerciale du produit fini, critiquée dans la première branche, c), 4;

Considérant, sur la première branche, d), que parmi les critères de sélection que détermine la loi figure, à l'article 6, § 1^{er}, d, l'«approvisionnement en matières premières d'origine agricole obtenues par l'application la plus faible d'engrais et de pesticide»; que cette disposition justifie que la partie adverse ait fait intervenir les quantités d'engrais et de pesticides utilisées pour la culture des matières premières; qu'il peut raisonnablement être admis que ces quantités soient difficiles à évaluer pour

les cinq années à venir, qu'elles aient été présentées de manière fort disparate par les différents candidats, et qu'en outre certaines d'entre elles, particulièrement celles qui ont trait aux cultures dans des pays lointains peu sensibles aux préoccupations écologiques soient d'une fiabilité incertaine; que ces circonstances autorisaient la partie adverse à apprécier les offres en fonction des normes connues pour les pays de l'Union européenne, où il peut être considéré comme établi que des contrôles relativement fiables existent, et en fonction de normes tirées des critères de référence d'organismes internationaux pour les denrées importées d'autres pays; que la circonstance que le détail de la méthode utilisée n'apparaisse pas ou que ce qui en est exposé soit incompréhensible à tout personne qui n'est pas experte en la matière, est impuissante à établir que la partie adverse aurait commis là une violation d'une des règles invoquées au moyen;

Considérant, sur la première branche, e), que le procès-verbal de la réunion du 19 novembre 2006 mentionne les précisions apportées par la requérante quant à l'«agriculture», l'«environnement» et les «affaires économiques»; qu'il n'apparaît pas qu'aucun élément aurait été omis;

Considérant, sur la première branche, f), que la référence à la même méthodologie de travail que celle appliquée à deux dossiers comparables pour l'appréciation du critère «environnement» soulève le même problème que celui qui est critiqué par la première branche, c), 1, et appelle la même analyse;

Considérant, sur la seconde branche, a), que le procès-verbal de la réunion de la Commission du 19 décembre 2006 porte notamment le passage suivant:

«Avant tout classement, Pascal Vanderbecq pose la question préalable de principe de savoir quelles informations transmises par les postulants interviewés peuvent être prises en considération; en effet, certaines informations transmises en octobre-novembre sont de nature à modifier profondément le dossier introduit initialement en août (changement de matières premières utilisées, lieux d'approvisionnement...). La Commission décide, à l'unanimité, qu'afin de tenir compte de la dynamique du marché des matières premières pour le biocarburant et de l'évolution technologique future en la matière, il convient de prendre en considération pour le réexamen qui lui est demandé, l'ensemble des informations transmises par les postulants interviewés»;

Considérant que la Commission étant appelée à préparer une décision dans une matière où les informations qui étaient disponibles avaient révélé que les circonstances s'étaient modifiées substantiellement depuis le dépôt des offres, notamment quant aux sources d'approvisionnement, elle pouvait légitimement se

soucier de ne pas proposer une décision qui soit en porte-à-faux par rapport à la réalité et tenir compte de l'évolution du contexte ainsi que des modifications qui lui étaient signalées; qu'agir autrement l'aurait en effet conduite à proposer une décision inadéquate; qu'il n'apparaît nullement que l'offre de la requérante et celles des autres candidats auraient été traitées de manière différente, ni que toutes les informations recueillies en novembre et décembre 2006 n'auraient pas été retenues;

Considérant, sur la seconde branche, b), 1, que le «handicap» lié à la quantité d'engrais utilisée pour la production des matières premières constitue l'application du critère de l'«approvisionnement en matières premières d'origine agricole obtenues par l'application la plus faible d'engrais et de pesticide» énoncé à l'article 6, § 1^{er}, d, de la loi; que la partie adverse était tenue d'y avoir égard, et que la prise en compte de ce «handicap» ne constitue pas une modification des critères de sélection;

Considérant, sur la seconde branche, b), 2, que le «facteur correctif calculé en fonction de la “qualité”» constitue une application du premier critère fixé par la loi, à savoir la production d'un «biocarburant répondant aux spécifications techniques imposées», mis en corrélation avec les matières premières utilisées;

Considérant, sur la seconde branche, c), que l'application de ces critères et de ce «handicap» a été justifiée par Commission par le souci d'assurer la comparabilité des offres qui n'étaient pas présentées de la même manière; que le reproche de partialité que la requérante adresse à la partie adverse apparaît comme une affirmation dénuée de fondement; que la seule circonstance que l'application de la méthode de comparaison affinée qui a été utilisée à la suite de la délibération du Conseil des ministres du 17 octobre a eu pour effet que la requérante n'est plus classée en ordre utile alors qu'elle l'était précédemment n'implique nullement que cet effet aurait été le but recherché; que lorsque le Conseil des ministres a demandé d'affiner l'analyse, il a nécessairement considéré que la première proposition qui lui était faite était susceptible d'être remise en cause, et que le classement retenu dans un premier temps n'était peut-être pas le plus adéquat, de sorte qu'aucune présomption d'irrégularité ne peut être tirée du seul fait que le classement des offres s'en est trouvé modifié;

Considérant, sur la seconde branche, d), que la partie adverse donne aux «modifications» apportées aux offres l'explication plausible qu'elle a voulu rendre les offres comparables pour les traiter en connaissance de cause, de manière égale; que cette justification est admissible et pertinente, quand bien même le détail des opération

accomplies dans ce but relève d'une technicité peu accessible à qui n'est pas expert en la matière;

Considérant que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 33, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, de la loi du 10 juin 2006 concernant les biocarburants, notamment de ses articles 3, 4 et 6, de l'arrêté royal du 22 juin 2006 relatif au fonctionnement de la commission d'agrément des biocarburants, des principes généraux du droit européen dont ceux de l'égalité de traitement et de transparence, des principes généraux du droit dont ceux de bonne administration, de légitime confiance, d'impartialité et d'audition préalable et *patere legem quam ipse fecisti* et de l'absence, l'erreur, l'insuffisance ou la contrariété dans les causes ou les motifs;

qu'elle expose que la Commission a permis à certains des candidats, dont Neochim et Oleon, de modifier substantiellement leur offre en cours de procédure en y incluant des éléments nouveaux alors que ni la loi du 10 juin 2006 ni la procédure prévue par l'arrêté royal du 22 juin 2006 n'offrent de telles possibilités, que le respect du principe d'égalité entre les candidats exigeait qu'ils soient tous avisés en temps utile de telles possibilités, que dans le procès-verbal de la Commission d'agrément du 14 novembre 2006, il apparaît que tant la société Oleon que la société Neochim ont pu substantiellement modifier leur offre en cours de procédure, que, pour Oleon, ce procès-verbal relève expressément que, par rapport aux informations transmises par la société en réponse au questionnaire transmis par la Commission, chaque membre a sollicité des précisions, qu'un élément nouveau est mis en évidence dans le dossier, étant que la société va utiliser de l'huile de colza «recyclée» (à concurrence de 30%), que, pour Neochim, il en résulte également que les données initiales ont été fournies sur la base d'une culture à 100 % sur le territoire belge, qu'il est apparu, suite à des informations transmises par le fournisseur – à savoir Cargill – que la livraison se ferait pour 88 % au départ de cultures situées en France, qu'en conséquence, la rubrique «fertilisant» a été revue en fonction des pratiques françaises, lesquelles requièrent moins de fertilisants qu'en Belgique, qu'on a également relevé que la société Dow Haltermann avait procédé de la même façon, que, dans tous les cas, des précisions ont également été demandées pour adapter les résultats de l'offre initiale à ceux résultant de ces modifications, qu'elle ignore sur quelle base de telles modifications, portant non pas sur de simples erreurs matérielles mais sur des éléments substantiels de l'offre, ont bien pu être apportées, que ni la loi du 10 juin 2006 ni son arrêté royal d'exécution ne prévoient de disposition à cet égard, que l'avis de marché paru au *J.O.C.E.* du 4 juillet 2006 ne prévoyait aucune

faculté de ce type alors qu'il précisait clairement que la date ultime pour le dépôt des offres était fixée au 21 août 2006, qu'autoriser des modifications aussi importantes que celles énoncées ci-après revient à passer outre cette date ultime et toute la procédure ainsi mise en place, que, lors de sa séance du 19 décembre 2006, la Commission d'agrément s'est posé la question de savoir quelles informations transmises par les postulants interviewés peuvent être prises en considération en relevant que certaines informations transmises étaient de nature à modifier profondément le dossier introduit initialement (changement matières premières utilisées, lieux d'approvisionnement, ...), que la Commission a décidé, à l'unanimité, qu'afin de tenir compte de la dynamique du marché du biocarburant et de l'évolution technique future en la matière, de prendre en considération pour le réexamen l'ensemble des informations transmises par les postulants interviewés, qu'on a, toutefois, déjà eu l'occasion de relever que «la dynamique du marché du biocarburant et de l'évolution technique future en la matière» étaient de nouveaux critères qui ne figurent pas dans la loi du 10 juin 2006 et qui ne pouvaient, dès lors, pas être pris en compte pour accepter de telles modifications, que la prise en compte de ces critères est, d'ailleurs, contradictoire dès lors que la Commission d'agrément a, par ailleurs, décidé de pénaliser les offres telles que celle de la requérante, dont on a montré le caractère beaucoup plus réaliste en incluant la donnée de l'évolution du marché du colza et, partant, la nécessité de prévoir d'autres sources d'approvisionnement (huiles de palme ou de soja), qu'on ne comprend dès lors nullement les raisons qui ont conduit la Commission d'agrément à agir de la sorte, qu'en toute hypothèse, la faculté qui a ainsi été concédée à certains des concurrents en cours de procédure est tout à fait inadmissible vu qu'elle n'a, manifestement, pas été accordée à tous les concurrents, que la requérante n'a jamais été informée de telles possibilités alors que certains autres candidats ont, ainsi, pu être fortement avantagés, suite à de telles modifications, que Neochim a gagné 14 points au total tandis qu'Oleon en a gagné 5, que, pour rappel, avec ses 32 points, la requérante n'a manqué la 4^{ème} place qu'à raison des deux points supplémentaires par rapport à l'offre d'Oleon (30 points), que leur position s'en est donc trouvée renforcée par rapport à leurs concurrents et, partant, les règles d'égalité et de non-discrimination s'en trouvent, dès lors, également viciées, que, pour autant que de besoin, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, les règles d'égalité de traitement et de transparence sont érigées en principes généraux de droit européen, que cette juridiction en a dégagé une obligation de mise en concurrence qui vise non seulement les marchés publics en tant que tels mais, aussi les marchés ou contrats non visés par les marchés publics et qu'en prenant en considération des modifications des offres initiales qui ont eu d'importantes répercussions sur les critères d'évaluation des offres, la Commission d'agrément et, à sa suite, le Conseil des ministres et l'administration des Douanes et Accises ont porté atteinte aux règles d'égalité et de transparence;

Considérant que le moyen se confond largement avec la seconde branche du deuxième moyen; que les «modifications» dénoncées par le moyen apparaissent plutôt comme une mise à jour des offres remises en leur temps, compte tenu de l'évolution rapide du marché des matières premières qui entrent en ligne de compte pour la production de biocarburant; que la requérante a, elle aussi, été invitée à apporter des modifications à son offre, en ce qui concerne la distance sur laquelle l'huile de palme doit être transportée (ce qui apparaît plutôt comme une rectification) et en ce qui concerne l'utilisation de glycérine pour la cogénération (ce qui semble bien constituer une modification du procédé de fabrication); que des modifications pareilles ne sont interdites par aucune disposition; qu'il n'apparaît pas que la requérante ait été traitée différemment des autres candidats; qu'en particulier, aucune pièce du dossier ne contredit l'affirmation de la partie adverse selon laquelle c'est bien le même questionnaire qui a été remis à tous les candidats; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11, 33, 37, 96, 105, 107 et 108, de la loi du 10 juin 2006 concernant les biocarburants, notamment de ses articles 3, 4 et 6, des arrêtés royaux du 12 juillet 2003 «gouvernement) démissions) nominations», des principes généraux du droit, dont ceux de bonne administration et d'indépendance et d'impartialité; qu'elle expose que les troisième et quatrième actes attaqués émanent du Service Public Fédéral «Finances») Service «Impôt et recouvrement») Administration des Douanes et Accises et sont signés par Marc Vandenborre, en sa double qualité de Directeur général et de Président de la Commission d'agrément des Biocarburants,

en ce que, première branche, en l'absence d'acte de délégation valablement établi, seul le ministre des Finances pourrait adopter une telle décision, que, conformément aux articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, le Roi a la responsabilité du pouvoir exécutif, qu'en application de l'arrêté royal du 12 juillet 2003 visé au moyen, c'est le Vice-Premier ministre et ministre des Finances qui est à la tête du Service public «Finances», que c'est, dès lors, à lui que revient, en principe, la compétence de prendre et signer les décisions incombant à son administration, si la loi ne prévoit aucune dérogation à ce principe, que les pouvoirs du Roi et de ses ministres sont d'attribution, que la répartition des compétences dans le secteur public est d'ordre public, que des délégations de compétences sont, certes, possibles, que plusieurs conditions encadrent ces délégations et sont de stricte interprétation, que l'autorité qui délègue doit être habilitée pour le faire par le texte légal qui lui attribue ses propres compétences, qu'il faut qu'elle mette effectivement en œuvre l'autorisation qui lui a été accordée par une décision expresse, que, pour cela, la doctrine rappelle qu'il faut un texte écrit portant l'acte de délégation, que l'acte de délégation doit encore être publié au *Moniteur* et cette publication doit avoir lieu avant que les délégués puissent poser un acte rentrant

dans le champ d'application de la délégation, que la sanction d'un défaut de publication, c'est l'inopposabilité pure et simple de l'acte de délégation, que la délégation ne peut avoir lieu que dans des limites de temps et de pouvoirs bien déterminées, qu'elle ne peut donner lieu à un dessaisissement complet de la compétence, qu'en l'espèce, l'article 3 de la loi du 10 juin 2006 prévoit que l'octroi des agréments est décidé par l'administration des Douanes et Accises, sur une proposition de la Commission d'agrément sur laquelle le Conseil des ministres a, au préalable, marqué son accord, que le mécanisme ainsi mis en place est, en lui-même, assez curieux dans la mesure où c'est à l'administration qu'il appartient de prendre ces décisions alors que le Conseil des ministres est uniquement habilité à donner son accord préalable, qu'il y a là une inversion des rôles assez étonnante dont, cependant, ni le Conseil d'Etat, ni même la Cour d'arbitrage, ne pourraient *a priori* connaître, qu'en revanche, la critique formulée dans cette première branche du moyen procède de la question de savoir qui est cette «administration des Douanes et Accises» et, partant, qui est formellement habilité à la diriger et à la représenter, que faute d'un acte de délégation établi dans le respect des règles énoncées ci-dessus, cette administration reste dirigée et représentée par le ministre des Finances en sorte que c'est à lui que revient le pouvoir de décision, que les troisième et quatrième actes attaqués sont donc irréguliers en ce qu'ils ont été adoptés par une autorité incompétente,

en ce que, deuxième branche, il n'est pas admissible que ce soit la même personne qui siège, à la fois, comme président de l'organe d'avis et comme responsable de l'administration chargée de délivrer les agréments litigieux, que, du point de vue de l'auteur des actes précités, l'irrégularité découle également de la circonstance que Marc Vandenborre a siégé dans la Commission d'agrément en tant que président alors qu'il est par ailleurs directeur général de l'administration des Douanes et Accises, qu'à ce titre, l'indépendance et l'impartialité de l'autorité qui doit prendre formellement la décision ne sont plus assurés à l'égard de cette Commission chargée de formuler des propositions puisque c'est la même personne qui a dirigé les deux instances, que c'est en contradiction avec la jurisprudence du Conseil d'Etat qui considère que les principes d'indépendance et d'impartialité trouvent à s'appliquer «à tout organe de l'administration active, qu'il soit de nature individuelle ou collégiale et ce, même s'il ne s'agit que d'un organe consultatif chargé d'éclairer les autorités compétentes par de simples avis»;

Considérant, sur la première branche, que le texte même de la loi du 10 juin 2006 (article 3) prévoit que l'agrément est donné «par l'administration des douanes et accises après avis de la Commission d'agrément, et après accord du Conseil des ministres»; qu'il attribue ainsi directement compétence à l'«administration», de sorte qu'il est oiseux de s'interroger sur les conditions dans lesquels des compétences

peuvent être déléguées à des agents de l'administration; que si le mécanisme mis en place par la loi est qualifié de «curieux» par la requérante, celle-ci n'en conteste pas explicitement la constitutionnalité et ne demande pas qu'une question soit posée à la Cour constitutionnelle; que le plus haut fonctionnaire de l'administration des douanes et accises, à savoir son directeur général, est habilité à prendre les décisions qui ressortissent à la compétence de son administration; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la seconde branche, que la décision attaquée n'a rien de juridictionnel; qu'aucune des règles visées au moyen n'interdit que la directeur général de l'administration des Douanes et Accises exerce la présidence de la Commission d'agrément et prenne la décision; qu'il paraît au contraire de bonne administration que la décision soit prise par une personne qui a suivi le dossier de près en présidant aux travaux de la commission qui l'a préparée; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un cinquième moyen de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 33, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, de la loi du 10 juin 2006 concernant les biocarburants, notamment de ses articles 3, 4 et 6, et de l'absence, l'erreur, l'insuffisance ou la contrariété dans les causes ou les motifs; qu'elle expose que le troisième acte attaqué l'invite à introduire une demande pour connaître les éléments sur la base desquels cette décision a été prise, que les éléments de réponse communiqués à la suite de cette demande ont consisté en la décision du Conseil des ministres du 21 décembre 2006 approuvant la proposition de la Commission d'agrément du 19 décembre 2006, la note au Conseil des ministres du 20 décembre 2006 lui proposant d'approuver ladite proposition du 19 décembre 2006, la proposition précitée du 19 décembre 2006 et la fiche individuelle d'évaluation du dossier de la requérante,

alors que la motivation formelle des actes administratifs doit, en principe, permettre à leurs destinataires d'en comprendre les justifications, qu'en toute hypothèse, même la communication ultérieure du dossier administratif à la requérante ne lui a pas permis de comprendre tous les motifs des décisions prises, qu'il n'est pas exclu, pour une autorité, de procéder à une motivation par référence, sous réserve de conditions énoncées par la jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment du point de vue de la motivation de l'avis ou de la proposition auxquels il est renvoyé, que force est, toutefois, de constater qu'en l'espèce, l'obligation de motivation qui subsiste, même en cas de motivation par référence, n'a pas été respectée, que les deux seuls éléments qui ont été communiqués à la requérante pour justifier les décisions litigieuses sont, d'une

part, la proposition de la Commission d'agrément du 19 décembre 2006 et, d'autre part, la fiche individuelle de la requérante, que, s'agissant de la proposition du 19 décembre 2006, sa motivation) requise tant par sa nature d'acte interlocutoire que par sa nature de motivation du refus d'agrément), ne vise aucune considération de droit et, en termes de considérations de fait, se limite à un exposé succinct et partiel du déroulement de la procédure, ainsi qu'à quelques vagues critères d'appréciation des candidatures) la dynamique du marché des matières premières et les évolutions technologiques dans les processus de fabrication) qui sont deux critères non prévus par la loi et présentant par ailleurs un caractère éminemment spéculatif, voire anticipatif, que, si ces deux critères ont permis de comprendre, *a posteriori* et en lisant les procès-verbaux des séances de la Commission d'agrément, les raisons qui l'ont conduite à accepter des offres modifiées substantiellement en cours de procédure, ils ne justifient nullement les classements établis ni *a fortiori* les causes de rejet de l'offre de la requérante, qu'étant nouveaux, ils ne sont, du reste, pas légalement admissibles, que, quant à la fiche individuelle établie à propos de l'offre de la requérante, on relèvera que la pondération appliquée au critère «engrais», à la supposer admissible, n'en est pas moins incompréhensible à défaut des explications figurant dans le procès-verbal de la séance de la Commission d'agrément du 19 décembre 2006, que le facteur correctif appliqué à la valeur commerciale de vente la plus faible n'est même pas signalé et encore moins compréhensible, qu'on ignore, d'ailleurs, l'unité de mesure utilisée pour ce facteur, tout comme celle utilisée pour le prix de revient, que ce tableau n'a pas permis de comprendre les raisons des modifications opérées par la Commission d'agrément quant aux valeurs communiquées dans l'offre initiale de la requérante (bilan CO₂, efficacité énergétique, prix de revient, valeur commerciale), que le caractère lacunaire de la motivation contenue dans ce document est donc tout aussi établi, que cette situation n'est pas admissible, ce d'autant que la sélection des candidats s'est opérée en deux temps et que, la première sélection du 10 octobre 2006 plaçant la requérante en ordre utile pour l'octroi d'un agrément, que la sélection transmise au Conseil des ministres le 19 décembre 2006 s'en écarte, sans qu'il ne soit donné d'explication sur les motifs qui ont conduit à modifier cette première sélection, que, s'agissant de l'issue d'une procédure de sélection de plusieurs mois, au cours de laquelle les candidats ont été invités à répondre à des questions complémentaires, suite à l'examen d'imposants dossiers de candidatures par une commission spécialisée visant l'octroi des quatre seuls agréments à délivrer pour la production de biodiesel défiscalisé en Belgique pour les six années à venir, il y a lieu d'examiner la qualité de la motivation à la lueur du principe de proportionnalité, d'où il découle que l'étendue de la motivation doit être proportionnelle à l'importance de la décision, que ce n'est qu'au terme d'une troisième demande accompagnée, au demeurant, d'une mise en demeure d'y donner suite que la requérante a eu copie du dossier administratif et des pro-

cès-verbaux des séances de la Commission d'agrément et qu'elle a pu comprendre certains éléments sur la base desquels les actes attaqués ont été adoptés, que la motivation formelle des actes administratifs est, en principe, conçue pour permettre aux destinataires de ces actes de mieux en comprendre la portée, que le moins que l'on puisse dire est que cette obligation n'a pas été respectée, que la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs a été méconnue en ce que ni les décisions litigieuses ni leurs annexes ne sont correctement motivées et en ce qu'il aura fallu trois demandes pour obtenir des bribes de réponses aux questions soulevées par ces décisions, que, sur le fond, même le dossier administratif qui a finalement été communiqué à la requérante ne lui permet pas de comprendre les décisions litigieuses, que plusieurs des modifications apportées par la Commission d'agrément aux offres des concurrents – et, en tout cas, à la sienne – et aux critères de sélection n'y trouvent pas le moindre élément d'explication, que ce dossier administratif est lacunaire en ce qu'il ne comporte pas les synthèses des réponses aux questions relatives à l'environnement ou aux affaires économiques, que la Commission d'agrément a accepté de corriger les données jugées non objectives pour les critères d'ordre environnemental, qu'outre qu'elle ne pouvait le faire, à tout le moins, de façon unilatérale, elle s'est fondée sur des normes «standard» en la possession de l'un de ses membres, qu'elle reste toutefois dans l'ignorance de ces normes et qu'il est incontestable que les actes attaqués ne répondent nullement aux exigences de motivation formelle et matérielle qui s'imposent à tout acte administratif de portée individuelle;

Considérant qu'en tant que le moyen dénonce des insuffisances de la motivation de l'acte attaqué quant au fond, il se confond avec le deuxième moyen; que, dans cette mesure, il n'est pas sérieux pour les motifs indiqués lors de l'examen de ce moyen;

Considérant, en tant que le moyen se fonde sur le défaut de motivation formelle de l'acte attaqué, que celui-ci est contenu dans une lettre du 3 janvier 2007, laquelle fait suite à un échange fourni de documents et correspondances entre la requérante et la partie adverse; qu'à la date du 3 janvier, c'est-à-dire avant même d'avoir reçu cette lettre, la requérante a saisi le Conseil d'Etat d'une demande de suspension d'extrême urgence à laquelle étaient annexés 23 documents, dont plus de la moitié sont les principaux actes de la procédure ayant abouti à l'acte attaqué; qu'on y trouve notamment:

-) la première évaluation des dossiers de candidatures du 10 octobre 2006,
-) le classement du 10 octobre 2006 reprenant un critère d'attribution supplémentaire,

-) les lettres de la Commission d'agrément à la requérante du 20 octobre et du 27 octobre 2006,
-) l'avis de la Commission d'agrément,
-) les propositions d'agrément du 19 décembre 2006,
-) la décision du Conseil des ministres du 21 décembre 2006;

Considérant que lorsqu'un acte attaqué s'insère dans un échange suivi de correspondances, l'*instrumentum* de la décision ne peut être dissocié des documents qui l'ont précédé et par référence auxquels il doit être compris; que même si la lettre du 3 janvier 2007 ne comporte elle-même aucune motivation formelle, il n'a pu échapper à la requérante, compte tenu de son contexte, qu'elle était la suite donnée à sa demande d'agrément, qu'elle constituait donc une application de la loi du 10 juin 2006 (motivation en droit), et qu'elle s'appropriait les considérations retenues par la Commission d'agrément dont la requérante avait en grande partie connaissance (motivation en fait); que par sa seule insertion dans cet échange de correspondances, elle contient une référence implicite à des documents connus de son destinataire; qu'une telle référence faite par une lettre qui est elle-même dépourvue de motivation formelle peut valablement en tenir lieu;

Considérant que dans la mesure où la décision attaquée se fonde sur des éléments dont la requérante n'avait pas connaissance, la lettre contenant l'acte attaqué qui lui a été adressée le 3 janvier l'invitait à introduire une demande en vue de «connaître les éléments sur la base desquelles cette décision a été prise»; qu'ainsi rédigée, cette lettre n'est pas conforme à l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; que, toutefois, par la communication qui a été faite ultérieurement des «éléments sur la base desquels cette décision a été prise», l'irrégularité a été couverte, ou, en d'autres termes, de même qu'une décision insérée dans un échange de courriers ne peut être séparée des correspondances qui l'ont précédée, une décision qui annonce la possibilité pour son destinataire d'être informé des éléments sur la base desquels elle a été prise ne peut l'être de ceux qui la suivent immédiatement et qui font corps avec elle; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des conditions requises pour que le Conseil d'Etat puisse suspendre l'exécution de l'acte attaqué n'est pas remplie; que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les requêtes en intervention introduites par la S.A. Bioro, la S.A. Proviron Fine Chemicals, la S.A. Neochim et la S.A. Oleon Biodiesel dans la procédure en référé sont accueillies.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre des référés, le vingt-trois mai deux mille sept par :

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

Le Greffier ass.,

Le Président,

X. DUPONT.

M. LEROY.