



Datum van
inontvangstneming

:

22/09/2022

Zaak C-413/22

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

21 juni 2022

Verwijzende rechter

Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

26 mei 2022

Verzoekster en rekwirante:

Vapo Atlantic, S.A.

Verweersters en geïntimeerden in cassatie

Entidade Nacional Para o Setor Energético E.P.E.

Fundo de Eficiência Energética

Fundo Ambiental

Voorwerp van het hoofdgeding

Bestuursrechtelijk beroep tegen een administratieve handeling van de Entidade Nacional para o Setor Energético (nationale toezichthouder voor de energiesector; hierna: „ENSE”), voorheen „ENMC”, waarbij rekwirante is veroordeeld tot betaling van een compensatie van 5 702 000,00 EUR wegens gestelde niet-nakoming van haar verplichtingen tot bijmenging van biobrandstoffen voor het jaar 2016.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Verenigbaarheid met artikel 3, lid 4, en artikel 18 van richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en

intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG (PB 2009, L 140, blz. 16) van nationale wetgeving die, met het oog op het behalen van de streefcijfers voor de bijmenging van biobrandstoffen, bepaalt dat marktpartijen de naleving van die maatstaven kunnen aantonen aan de hand van de fysieke bijmenging van biobrandstoffen in fossiele brandstoffen of de aankoop van biobrandstofcertificaten van andere marktpartijen die daarvan een overschot hebben, en die de mogelijkheid van fysieke bijmenging van biobrandstoffen beperkt tot producenten van biobrandstoffen die de status van belastingentrepot voor verwerking hebben, terwijl die mogelijkheid niet openstaat voor entiteiten die brandstof invoeren op grond van hun status van geregistreerde geadresseerde, en uitlegging van artikel 18, lid 3, van die richtlijn om te bepalen of de uitvoering van onafhankelijke audits een voorwaarde voor de toepassing van de duurzaamheidsregeling is en of deze bepaling zich verzet tegen een nationale regeling die marktpartijen verplicht om aan te tonen dat zij voldoen aan de duurzaamheidscriteria zonder dat zij onafhankelijke controles hoeven te laten uitvoeren, terwijl die bepaling, ook al voorziet zij in de accreditatie van controle-entiteiten om onafhankelijke controles van de naleving van die duurzaamheidscriteria uit te voeren, in de praktijk de selectie van dergelijke entiteiten niet mogelijk maakt door het ontbreken van een aanbestedingsprocedure.

Verenigbaarheid van die wetgeving met artikel 34 VWEU in geval van een ontkennend antwoord op de overige vragen.

Prejudiciële vragen

1) Moeten artikel 3, lid 4, en artikel 18 van richtlijn 2009/[28] aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die, met het oog op het behalen van de streefcijfers voor de bijmenging van biobrandstoffen, bepaalt dat marktpartijen, als alternatieve mogelijkheid, kunnen aantonen dat zij aan die criteria voldoen door (i) biobrandstoffen fysiek bij te mengen in fossiele brandstoffen, of door (ii) biobrandstofcertificaten aan te kopen van andere marktpartijen, die een overschot aan certificaten bezitten?

2) Moeten artikel 3, lid 4, en artikel 18 van richtlijn 2009/[28] aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan de mogelijkheid tot fysieke bijmenging van biobrandstof is voorbehouden aan producenten van biobrandstoffen die de status van belastingentrepot voor verwerking hebben, terwijl dat is verboden voor tot bijmenging verplichte entiteiten die brandstof invoeren op grond van hun status van geregistreerde geadresseerde, die gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om biobrandstofcertificaten te kopen, op straffe van de betaling van een compensatie (die materieel kan worden gelijkgesteld aan een geldboete)?

- 3) Verandert het antwoord op de vorige prejudiciële vraag, indien er ten tijde van de feiten geen biobrandstofcertificaten werden aangeboden op de markt, zodat een kleine marktpartij deze niet kon aankopen – of dat alleen met grote moeite kon doen – en de Direção-Geral de Energia e Geologia (directoraat-generaal Energie en Geologie, Portugal; hierna: „DGEG”) geen veilingen van biobrandstofcertificaten organiseerde, waardoor het betalen van een compensatie (die materieel kan worden gelijkgesteld aan een geldboete) als enige optie overbleef?
- 4) Moet artikel 18, lid 3, van richtlijn 2009/28 aldus worden uitgelegd dat het de uitvoering van onafhankelijke audits (onafhankelijke controles in het geval van de nationale wetgeving) vereist als voorafgaande voorwaarde voor de toepassing van de duurzaamheidsregeling?
- 5) Staat artikel 18, lid 3, van richtlijn 2009/28 in de weg aan een nationaal systeem voor de controle van de naleving van duurzaamheidscriteria dat voorziet in de accreditatie van controle-entiteiten om onafhankelijke controles van de naleving van de duurzaamheidscriteria uit te voeren (krachtens artikel 18, lid 3, van die richtlijn), maar in de praktijk de selectie van die entiteiten niet mogelijk maakt, door het ontbreken van een aanbestedingsprocedure, en tegelijkertijd van marktpartijen verlangt dat zij aantonen dat zij voldoen aan die criteria zonder dat zij een onafhankelijke audit hoeven te laten uitvoeren?
- 6) Indien de voorgaande prejudiciële vragen ontkennend worden beantwoord, moet artikel 34 VWEU dan aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, zoals uitgelegd in de vorige prejudiciële vragen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikelen 34 en 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Richtlijn 2009/28: overwegingen 9, 13, 14, 16, 36, 65 en 82; artikel 3, lid 4, artikel 4, lid 3, artikel 8, artikel 17, artikel 18, leden 1, 3, 4 en 7, en bijlage IX, deel A.

Mededeling van de Commissie over vrijwillige regelingen en standaardwaarden in de EU-regeling betreffende de duurzaamheid van biobrandstoffen en vloeibare biomassa (PB 2010, C 160, blz. 1), punten 2.2.1, 2.2.2 en 2.2.3.

Mededeling van de Commissie over de praktische tenuitvoerlegging van de duurzaamheidsregeling van de EU voor biobrandstoffen en vloeibare biomassa en over boekingsregels voor biobrandstoffen (PB 2010, C 160, blz. 8): punt 2.1.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Decreto-Lei n.º 117/2010, de 25 de outubro (wetsbesluit nr. 117/2010 van 25 oktober 2010), zoals gewijzigd bij Decreto-Lei n.º 6/2012, de 17 de janeiro (wetsbesluit nr. 6/2012 van 7 januari 2010) en bij Decreto-Lei n.º 69/2016, de 3 de novembro (wetsbesluit nr. 69/2016 van 3 november 2016) (hierna: „wetsbesluit nr. 117/2010”):

„Artikel 10

[...]

2. Het is producenten van biobrandstoffen toegestaan om biobrandstoffen in zuivere vorm te verkopen voor gebruik in wagenparken voor het vervoer van passagiers of goederen.

3. Producenten van biobrandstoffen kwalificeren alle entiteiten die biobrandstoffen produceren en die zijn geregistreerd bij de ENMC — Entidade Nacional para o Mercado dos Combustíveis, E.P.E. (nationale toezichthouder voor de markt voor biobrandstoffen; hierna: „ENMC”) ten behoeve van het centrale nationale register van het Sistema Petrolífero Nacional (Portugees nationaal aardoliesysteem), overeenkomstig artikel 13, onder a), van Decreto-Lei n.º 31/2006, de 15 de fevereiro (wetsbesluit nr. 31/2006 van 15 februari 2006), zoals gewijzigd bij Decreto-Lei n.º 244/2015, de 19 de outubro (wetsbesluit nr. 244/2015 van 19 oktober 2015).

Artikel 11

1. Entiteiten die motorbrandstof uitslaan tot verbruik door het indienen van aangiften van uitslag tot verbruik overeenkomstig het bepaalde in de Código dos Impostos Especiais sobre o Consumo (Portugees wetboek bijzondere belastingen op consumptie), vastgesteld bij Decreto-lei n.º 73/2010, de 21 de Junho (wetsbesluit nr. 73/2010 van 21 juni 2010), zoals gewijzigd bij Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (wet nr. 55-A/2010 van 31 december 2010), kortweg aangeduid als tot bijmenging verplichte entiteiten, moeten bijdragen aan het behalen van de streefcijfers voor bijmenging van biobrandstof, overeenkomstig de hiernavolgende percentages, uitgedrukt in energie-inhoud, in verhouding tot de hoeveelheden motorbrandstoffen die zij hebben uitgeslagen tot verbruik, met uitzondering van vloeibaar petroleumgas (LPG) en aardgas:

[...]

Artikel 13

1. De bijmenging van biobrandstoffen wordt aangetoond met behulp van biobrandstofcertificaten, die een geldigheidsduur van twee jaar hebben.

[...]

4. Biobrandstofcertificaten kunnen door producenten en tot bijmenging verplichte entiteiten worden verhandeld [...].

Artikel 14

[...]

2. De biobrandstofcertificaten worden afgegeven aan producenten van biobrandstoffen of tot bijmenging verplichte entiteiten zoals omschreven in respectievelijk artikel 10, lid 3, en artikel 11, lid 1.

Artikel 15

1. De afgifte van biobrandstofcertificaten is onderworpen aan de controle van de naleving van de in de artikelen 4, 6, 7 en 8 vastgestelde duurzaamheidscriteria.

Artikel 24

1. Op niet-nakoming van de verplichting om biobrandstofcertificaten te overleggen ter staving van de bijmenging van biobrandstoffen overeenkomstig artikel 11, lid 2, en de artikelen 13 en 18, staat de sanctie van betaling van een compensatie ten bedrage van 2 000 EUR voor elk ontbrekend biobrandstofcertificaat.

2. Als alternatief voor het bepaalde in het vorige lid kan de ENMC, op verzoek van de tot bijmenging verplichte entiteit, toestaan dat de verplichting tot bijmenging wordt nagekomen in het volgende kwartaal; in dat geval wordt de verplichting beschouwd als nagekomen na de overlegging van 1,5 keer het aantal ontbrekende biobrandstofcertificaten.

6. Bij toepassing van lid 2 annuleert de ENMC een aantal biobrandstofcertificaten dat gelijk is aan het aantal ontbrekende biobrandstofcertificaten; het restant gaat terug naar Direção-Geral de Geologia e Energia, die ze ter veiling kan aanbieden samen met de certificaten voor de biobrandstoffen die zijn uitgeslagen tot verbruik door kleine producenten waarop de Imposto Sobre os Produtos Petrolíferos (belasting op aardolieproducten; hierna: „ISP”) van toepassing is.

Decreto-Lei n.º 62/2006 [de 21 de Março] (wetsbesluit nr. 62/2006 van 21 maart 2006), met ingang van 1 januari 2018 ingetrokken bij Decreto-lei n.º 152-C/2017 [de 11 de dezembro] (wetsbesluit nr. 152-C/2017 van 11 december 2017):

„Artikel 6

1. Producenten en importeurs van biobrandstoffen die zijn bestemd om te worden bijgemengd in aardolieproducten leveren alle biobrandstoffen uitsluitend aan houders van belastingentrepots van aardolieproducten of energieproducten die het verkregen product op de markt brengen.”

Código dos Impostos Especiais de Consumo (Portugees wetboek bijzondere belastingen op consumptie) [Decreto-lei n.º 73/2010, de 21 de Junho (wetbesluit nr. 73/2010 van 21 juni 2010)]:

„Artikel 96

[...]

6. Het mengen van biobrandstoffen met, of het bijmengen ervan in, andere aardolie- en energieproducten moet verplicht plaatsvinden in een belastingentrepot.”

Portaria 8/2012 de 4 de Janeiro (ministerieel besluit 8/2012 van 4 januari 2012):

„Artikel 2

[...]

g) controle-entiteit: entiteit die door de marktpartij is gecontracteerd om onafhankelijke jaarlijkse controles achteraf van de naleving van de duurzaamheidscriteria uit te voeren;

h) importeurs van biobrandstoffen: aan bijmengverplichtingen onderworpen entiteiten die, overeenkomstig artikel 15, lid 2, van wetsbesluit nr. 117/2010 niet op het nationale grondgebied geproduceerde biobrandstoffen aankopen in andere lidstaten en derde landen om aan hun bijmengverplichtingen te voldoen;

i) importeurs: entiteiten die motorbrandstoffen uitslaan tot verbruik door aangiften van uitslag tot verbruik in te dienen overeenkomstig het bepaalde in de Código dos Impostos Especiais de Consumo en andere toepasselijke voorschriften;

[...]

q) biobrandstofcertificaat: certificaat ter staving van de bijmenging van één ton olie-equivalent (toe) aan biobrandstoffen die zijn bestemd om te worden opgenomen in het nationale verbruik en die voldoen aan de in de artikelen 4, 6, 7 en 8 van wetsbesluit nr. 117/2010 vastgestelde duurzaamheidscriteria, onverminderd het bepaalde in artikel 34 van die tekst;

[...]

u) onafhankelijke controles: activiteiten van controle-entiteiten die het mogelijk maken om door middel van specifieke technische procedures aan te tonen dat in de waardeketen van de productie van biobrandstoffen of vloeibare biomassa is voldaan aan de duurzaamheidscriteria overeenkomstig artikel 9 van wetsbesluit nr. 117/2010.

[...]

Artikel 5

[...]

5. De controle van de naleving van de duurzaamheidscriteria geschiedt met een terugwerkende kracht over een periode van maximaal één jaar, nadat de marktpartijen eerst aantoonbaar onafhankelijke controles hebben laten uitvoeren overeenkomstig artikel 10 [...]

[...]

Artikel 8

[...]

4. De verklaringen en inlichtingen inzake de naleving van de duurzaamheidscriteria, overeenkomstig het vorige lid, met betrekking tot broeikasgasemissies bij de teelt van grondstoffen en het landgebruik, worden specifiek gestaafd door middel van de volgende documenten, die jaarlijks moet worden ingediend bij de [Entidade Coordenadora do Cumprimento dos Critérios de Sustentabilidade (coördinerende entiteit voor de naleving van de duurzaamheidscriteria; hierna: „ECS”)].

[...]

b) voor uit lidstaten van de Unie afkomstige biobrandstoffen, vloeibare biomassa of grondstoffen die worden gebruikt bij de productie ervan, het certificaat van naleving van de duurzaamheidsvereisten dat is afgegeven door het bevoegde nationale systeem van de lidstaat of door een door de Europese Commissie erkende vrijwillige regeling;

[...]

5. Indien er geen verklaring wordt ingediend die is afgegeven door de bevoegde nationale entiteit van een lidstaat, een vrijwillige regeling of een derde land dat overeenkomstig lid 4, onder b) en c), een overeenkomst met de Europese Commissie heeft gesloten, of indien er geen standaardwaarde als bedoeld in deel A of D van bijlage I bij wetsbesluit nr. 117/2010 bestaat, verstrekken geregistreerde marktpartijen de ECS volledige en geverifieerde gegevens, overeenkomstig artikel 10, over de teelt van die grondstoffen, met inachtneming van de berekening van broeikasgasemissies volgens de in deel C van bijlage I bij wetsbesluit nr. 117/2010 vastgestelde methode, alsmede bewijs dat de voor de teelt van grondstoffen gebruikte grond voldoet aan het bepaalde in de artikelen 7 en 8 van wetsbesluit nr. 117/2010.

[...]

Artikel 10

1. De marktpartij dient jaarlijks vóór eind februari een verslag over de controle van de naleving van de duurzaamheidscriteria in bij de ECS, overeenkomstig de artikelen 8 en 9, dat is gebaseerd op onafhankelijke, door de controle-entiteit uitgevoerde controles om te waarborgen dat in de hele waardeketen van de productie van biobrandstoffen of vloeibare biomassa de duurzaamheidscriteria worden nageleefd, op basis van de massabalansmethode.”

Korte beschrijving van de feiten en van het hoofdgeding

1. Rekwirante is een kleine onderneming die actief is in de aardolie- en biobrandstoffensector en de status heeft van „geregistreerde geadresseerde” in de zin van artikel 28 van de Código dos Impostos Especiais de Consumo (Portugees wetboek bijzondere belastingen op consumptie; hierna: „CIEC”).

2. Op 25 juni 2015 heeft de toenmalige „ENMC – ENTIDADE NACIONAL PARA O MERCADO DE COMBUSTÍVEIS, E.P.E.”, thans verweester ENTIDADE NACIONAL PARA O SETOR ENERGÉTICO, E.P.E., per e-mail aan rekwirante het volgende meegedeeld:

„Wij erkennen dat kleine marktpartijen diverse moeilijkheden ondervinden bij het verkrijgen van biobrandstofcertificaten, gegeven de wettelijk vastgestelde bijmengingsstreefcijfers, en zijn ons er ook terdege van bewust dat het houden van een veiling van biobrandstofcertificaten niet haalbaar is gezien de geringe omvang van sommige marktpartijen die op de nationale markt actief zijn, reden waarom wij het in dit verband passend achten om aan kleine gespecialiseerde producenten voor te stellen dat zij op basis van hun productie afgegeven biobrandstofcertificaten rechtstreeks voor verkoop/aankoop ter beschikking stellen aan kleine marktpartijen.”

3. In september 2015 heeft rekwirante verweester verzocht om toestemming voor het starten van een procedure om te voldoen aan de duurzaamheidscriteria, die bestond uit de volgende handelingen: a) het bijmengen van ingevoerde en reeds tot verbruik uitgeslagen biobrandstoffen in fossiele brandstoffen voor latere verkoop op de binnenlandse markt, en b) de rechtstreekse verkoop van ingevoerde zuivere biobrandstoffen aan binnenlandse marktpartijen.

4. Op 11 november 2015 heeft verweester geantwoord met de weigering om rekwirante van die mogelijkheid gebruik te laten maken, op grond dat een door rekwirante overeenkomstig artikel 96 CIEC verrichte bijmenging niet wordt aangemerkt als productie van aardolie-en energieproducten.

5. Op 28 april 2016 heeft de Europese Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht waarin zij Portugal verzocht om binnen twee maanden volledig te voldoen aan richtlijn 2009/28 – op straffe van de inleiding van een procedure tegen Portugal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie – op grond dat wetsbesluit nr. 117/2010 volgens haar op dat moment in twee opzichten in strijd was met die richtlijn, namelijk door: a) in Portugal geproduceerde biobrandstoffen

te bevoordelen ten opzichte van in andere landen geproduceerde biobrandstoffen, ook als die laatste brandstoffen even duurzaam waren, en b) aan sommige biobrandstoffen strengere duurzaamheidseisen te stellen, terwijl die richtlijn daarin niet voorzag.

- 6 Om te voldoen aan het in punt 5 genoemde advies van de Commissie heeft de Portugese regering wetsbesluit nr. 69/2016 van 3 november 2016 vastgesteld en bekendgemaakt, waarbij onder meer artikel 15, leden 2 en 3, wetsbesluit nr. 117/2010 werd ingetrokken.
- 7 In de loop van 2016 heeft rekwirante honderdduizenden liters brandstof ingevoerd, waaronder bijgemengde biobrandstoffen die waren gecertificeerd door „CLH — Companhia Logística de Hidrocarburos”.
- 8 De door rekwirante ingevoerde en in het vorige punt bedoelde biobrandstoffen zijn door verweerster niet aanvaard met het oog op de naleving van de duurzaamheidscriteria door rekwirante.
- 9 Hoewel rekwirante een advies van een hoogleraar heeft overgelegd, heeft verweerster haar standpunt in een e-mail van 18 januari 2017 gehandhaafd.
- 10 In 2017 heeft rekwirante 26 644 liter biobrandstoffen gekocht van de onderneming [„SAIPOL”], die haar statutaire zetel heeft in Frankrijk en is gecertificeerd in het kader van de ISCC (International Sustainability and Carbon Certification), welke biobrandstoffen op 27 juni 2017 werden geladen en vervoerd naar door rekwirante gebruikte installaties.
- 11 Deze aankoop was onderworpen aan de heffing van de toepasselijke belastingen, en rekwirante heeft daartoe bij de Autoridade Tributária [e Aduaneira] (belasting- en douanediens, Portugal; hierna: „AT”) een aanvraag voor de status van tijdelijk toegelaten geadresseerde voor als brandstof gebruikte biodiesel ingediend, welk verzoek door de Alfândega de Braga (douanekantoor van Braga, Portugal) werd ingewilligd. Bij het lossen van de door verzoekster ingevoerde biobrandstoffen waren medewerkers van de Alfândega de Leixões (douanekantoor van Leixões, Portugal) aanwezig.
- 12 Naar aanleiding van de in de voorgaande punten beschreven feiten heeft rekwirante overeenkomstig artikel 76, lid 1, van wetsbesluit nr. 62/2006, gelezen in samenhang met artikel 96 CIEC, een deel van de aangekochte biobrandstof (16 644 liter) vermengd met aardolieproducten.
- 13 Na deze operatie heeft rekwirante verweerster bij mededeling van 30 juni 2017 verzocht de bijbehorende biobrandstofcertificaten af te geven ten behoeve van het behalen van de bijmengingsstreefcijfers voor het tweede kwartaal van 2017.
- 14 Bij brief van 28 juli 2017 heeft verweerster rekwirante geantwoord, waarbij zij de volgende argumenten heeft aangevoerd: a) de onderneming „SAIPOL” had de registratieprocedure bij de ENCM niet voltooid, aangezien er nog documenten

ontbraken; b) de lijst van door rekwirante toegezonden documenten bevatte niet het PoS [Proof of Sustainability (bewijs van duurzaamheid)], dat bevestigt dat de bijgemengde brandstoffen duurzaam zijn en zonder hetwelk geen biobrandstofcertificaten kunnen worden afgegeven, en c) de biobrandstofcertificaten moesten door rekwirante worden aangevraagd en dienovereenkomstig moest een afgiftevergoeding van 1,2 EUR per certificaat worden betaald.

- 15 In antwoord op die mededeling heeft rekwirante verweerster een brief gezonden, onder bijvoeging van het ontbrekende PoS, waarin zij verklaarde dat de onderneming „SAIPOL — BU DIESTER” naar behoren was geregistreerd, zoals bleek uit de door verweerster gepubliceerde en op 9 juni 2017 geactualiseerde lijst van „bij de ENMC geregistreerde marktpartijen in de sector biobrandstoffen”.
- 16 Op 4 augustus 2017 heeft verweerster de wijziging van de lijst van „bij de ENMC geregistreerde marktpartijen in de sector biobrandstoffen” gepubliceerd, waarin werd vermeld dat de registratieprocedure voor de onderneming [„]SAIPOL[”] nog liep.
- 17 Vervolgens heeft rekwirante verweerster verzocht de overeenkomstige biobrandstofcertificaten af te geven en haar het document voor de betaling van de afgiftevergoeding overeenkomstig artikel 12, lid 5, van ministerieel besluit 8/2012 van 4 januari 2012 (hierna: „ministerieel besluit 8/2012”) toe te zenden.
- 18 In antwoord op dat verzoek heeft verweerster rekwirante uitdrukkelijk meegedeeld dat zij op grond van de mengingsactiviteiten biobrandstofcertificaten zou afgeven, en heeft zij rekwirante te dien einde verzocht om medewerking te verlenen teneinde de registratieprocedure voor de onderneming „SAIPOL” te bespoedigen.
- 19 Op 12 oktober 2017 heeft verweerster rekwirante per e-mail meegedeeld dat zij uiteindelijk toch niet zou overgaan tot de afgifte van biobrandstofcertificaten zonder dat de [AT] zich had uitgesproken over de mogelijkheid om biobrandstof bij te mengen in het kader van de door verweerster ingeleide procedure.
- 20 Naar aanleiding van het door verweerster ingenomen standpunt heeft rekwirante de [AT] verzocht om bindende inlichtingen over de mogelijkheid voor entiteiten die niet de status van belastingentrepot hebben om brandstoffen te mengen met biobrandstoffen buiten de accijnsschorsingsregeling, waarna die dienst bindende inlichtingen heeft verstrekt volgens welke, vanuit belastingoogpunt, niets zich verzette tegen de menging/bijmenging door geregistreerde geadresseerden van biobrandstoffen met/in dieselolie.
- 21 Tot 2017 was er geen aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de selectie van controle-entiteiten, hoewel een dergelijke aanbesteding verplicht was ingevolge ministerieel besluit 8/2012, aangezien het een essentiële procedure was voor het controleren van de naleving van de duurzaamheidscriteria.

- 22 Voor de jaren 2016 en 2017 heeft verweerster de marktpartijen verplicht tot het uitvoeren van procedures voor controle van de naleving van de duurzaamheidscriteria, waarvoor nog geen controleprocedure bestond, op grond van wetsbesluit nr. 117/2010 en ministerieel besluit 8/2012.
- 23 Op 15 september 2017 heeft verweerster, in het kader van de controleprocedure voor het behalen van de streefcijfers voor de bijmenging van biobrandstoffen voor het jaar 2016, rekwirante in de volgende bewoordingen in kennis gesteld van het definitieve besluit:

„[...] hierbij wordt u in kennis gesteld van het definitieve besluit tot oplegging van de betaling van een compensatie van 5 702 000,00 EUR wegens het niet voldoen aan de verplichtingen tot bijmenging van biobrandstoffen, overeenkomstig artikel 24, lid 1, van wetsbesluit nr. 117/2010.

Marktpartij	Niet-overgelegde biobrandstofcertificaten	Compensatie (EUR)	Totaal (EUR)
Vapo Atlantic S.A	2 851	2 000	5 702 000,00

[...][”]

Eindverslag van de procedure [UB/09/2017] — Vapo Atlantic S.A. (Vapo Atlantic)

1. In wetsbesluit nr. 117/2010, zoals gewijzigd bij wetsbesluit nr. 6/2012 van 17 januari 2012 en wetsbesluit nr. 69/2016 van 3 november 2016, is een reeks duurzaamheidscriteria voor de productie en het gebruik van biobrandstoffen en vloeibare biomassa vastgesteld, evenals verplichte grenswaarden voor de bijmenging van biobrandstoffen voor de jaren 2011-2020.

2. In dat wetsbesluit worden aan entiteiten die brandstoffen uitslaan tot verbruik in de sector van het wegvervoer bindende streefcijfers, uitgedrukt in energie-inhoud, opgelegd voor de bijmenging van biobrandstoffen in brandstoffen (diesel, benzine) die zij in voornoemde sector hebben uitgeslagen tot verbruik, met uitzondering van LPG en aardgas.

3. In artikel 11, lid 1, DL 17/2010 worden „tot bijmenging verplichte entiteiten” gedefinieerd als entiteiten die motorbrandstof uitslaan tot verbruik door het indienen van aangiften van uitslag tot verbruik overeenkomstig het bepaalde in de CIEC, zoals vastgesteld bij wetsbesluit nr. 73/2010 van 21 juni 2010 en gewijzigd bij wet nr. 55-A/2010 van 31 december 2010, [...] die moeten bijdragen tot het behalen van de streefcijfers voor de bijmenging van biobrandstof overeenkomstig de volgende percentages, uitgedrukt in energie-inhoud, in verhouding tot de hoeveelheden motorbrandstoffen die zij tot verbruik hebben uitgeslagen, met uitzondering van vloeibaar petroleumgas (LPG) en aardgas:

- a) 2011 en 2012 — 5,0 %;
- b) 2013 en 2014 — 5,5 %;
- c) 2015 en 2016 — 7,5 %;
- d) 2017 en 2018 — 9,0 %;
- e) 2019 en 2020 — 10,0 %.

4. De nakoming van deze verplichtingen moet worden aangetoond door de overlegging van biobrandstofcertificaten. Tot bijmenging verplichte entiteiten moeten de bijmenging van biobrandstoffen aantonen door voor het einde van de maand volgend op het rapportagekwartaal biobrandstofcertificaten over te leggen aan de ENMC, overeenkomstig artikel 11, lid 2, artikel 13 en artikel 18 van wetsbesluit nr. 117/2010 in de thans geldende versie.

5. Om de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de toepassing van die wetteksten te controleren, ontvangt de ENMC langs elektronische weg de maandelijkse aangiften van marktpartijen, waarin producenten van biobrandstoffen en tot bijmenging verplichte entiteiten maandelijks verslag uitbrengen over het aantal geleverde/gekochte biobrandstoffencertificaten, de uitgevoerde transacties met biobrandstofcertificaten, de hoeveelheden bijgemengde biobrandstoffen en de hoeveelheden tot verbruik uitgeslagen motorbrandstoffen (zie artikel 17 van wetsbesluit nr. 117/2010).

6. Vapo Atlantic valt onder het hierboven beschreven begrip „tot bijmenging verplichte entiteiten” en is daarom verplicht om bovengenoemde streefcijfers te behalen.

7. Na het verzamelen en analyseren van de maandelijkse aangiften van de verschillende marktpartijen, en op basis van de door de AT en de ECS verstrekte informatie, kan worden geverifieerd dat Vapo Atlantic in 2016 circa 38 017 ton olie-equivalent [toe] aan motorbrandstoffen heeft uitgeslagen tot verbruik.

8. Aan de hand van de in artikel 11 van wetsbesluit nr. 117/2010 omschreven methode is berekend hoeveel biobrandstofcertificaten nodig zijn om het vorengenoemde streefcijfer voor bijmenging te behalen; de resultaten van die berekening worden vermeld in tabel 1:

Tabel 1: Algemeen streefcijfer van 7,5 % voor de bijmenging van alternatieve brandstoffen voor diesel en benzine, uitgedrukt in energie-inhoud (EI), voor de periode van 1 januari 2016 tot en met 31 december 2016

Markt- partijen	Uitgeslagen tot verbruik		Biobrandstofcertificaten		
	Totale hoeveelheid	Algemene verplichting	Certificaten- rekening van	Algemene verplichting –	Afwijking van de

	biobrandstoffen (diesel en benzine)	7,5 % (EI)	de marktpartij	te annuleren biobrandstof- certificaten	algemene verplichting
	(toe)		Hoeveelheid		
Vapo Atlantic	38 017	2 851	0	2 851	2 851

9. Op basis van de door de marktpartijen verstrekte informatie en de vergelijking van de in het ene loket opgeslagen gegevens is vastgesteld dat Vapo Atlantic onvoldoende biobrandstofcertificaten heeft overgelegd om aan te tonen dat voornoemd streefcijfer is behaald.

10. De certificatenrekening van de tot bijmenging verplichte entiteit is gebaseerd op de maandelijks verstrekte elektronische informatie over de maanden januari tot en met december (na validatie), uitgaande van een „beginsaldo” aan biobrandstofcertificaten, dat wordt gevormd door het aantal biobrandstofcertificaten dat is overgedragen uit het voorgaande jaar, na annulering van de certificaten die nodig waren om te voldoen aan de verplichtingen voor 2015.

11. Elk biobrandstofcertificaat, dat staat voor de bijmenging van één ton olie-equivalent aan biobrandstoffen die zijn bestemd om te worden opgenomen in het nationale verbruik, heeft een geldigheidsduur van twee jaar en kan door producenten en tot bijmenging verplichte entiteiten worden verhandeld.

12. Het systeem van biobrandstofcertificaten heeft tot doel om een markt voor deze certificaten te creëren, zodat tot bijmenging verplichte entiteiten meer flexibiliteit bij het behalen van hun streefcijfers wordt geboden, door het in te dienen biobrandstofcertificaat los te koppelen van de partij biobrandstof die daadwerkelijk is bijgemengd. Deze wens blijkt duidelijk uit de toelichting van wetsbesluit nr. 117/2010, waarin wordt verklaard dat het systeem elke tot bijmenging verplichte entiteit „[...] de keuze [biedt] tussen het verkrijgen van de benodigde biobrandstofcertificaten door biobrandstoffen bij te mengen en het verkrijgen van die certificaten van marktpartijen die een overschot aan certificaten bezitten”.

13. Dientengevolge, en gezien het feit dat dit systeem niet alleen een geldigheidsduur van twee jaar toekent aan elk biobrandstofcertificaat, maar ook een geldelijke waarde, met name wanneer marktpartijen moeten betalen voor de afgifte ervan (de vergoedingen waarin wordt voorzien in ministerieel besluit 8/2012), moeten bij de berekening van de certificatenrekening van elke tot bijmenging verplichte entiteit de uit voorgaande jaren overgedragen certificaten worden meegeteld, op voorwaarde dat deze nog wettelijk geldig zijn.

14. Gelet op dit alles moet worden geconcludeerd dat in de certificatenrekening van elke tot bijmenging verplichte entiteit niet alleen de hoeveelheid in een bepaald jaar verworven en afgegeven biobrandstofcertificaten moet worden meegeteld, maar ook met het aantal uit het voorgaande jaar overgedragen biobrandstofcertificaten, na annulering van de certificaten die nodig zijn om aan te tonen dat de wettelijke verplichtingen voor het voorgaande jaar zijn nagekomen.

15. Volgens artikel 24 van wetsbesluit nr. 117/2010 moeten tot bijmenging verplichte entiteiten die hun streefcijfer voor de bijmenging van biobrandstoffen niet behalen, een compensatie ten bedrage van 2 000 EUR betalen voor elk ontbrekend biobrandstofcertificaat.

[...]

18. Om te beginnen veronderstelt de uitlegging van artikel [11], lid 1, van wetsbesluit nr. 117/2010, zoals gewijzigd bij wetsbesluit nr. 6/2012 van 17 januari 2012, dat de definitie van „tot bijmenging verplichte entiteit” rechtstreeks is gekoppeld aan de aangiften van uitslag tot verbruik, ongeacht de fiscale status die de betrokken entiteit geniet. Aangezien dit de enige wettelijk toelaatbare uitlegging is, is Vapo Atlantic, door deze aangiften in te dienen bij het uitslaan tot verbruik van fossiele brandstoffen, automatisch onderworpen aan de verplichting om een bepaald percentage biobrandstoffen bij te mengen.

19. Het staat derhalve buiten kijf dat Vapo Atlantic is onderworpen en gehouden aan de in voornoemde bepaling voorziene verplichting om biobrandstoffen bij te mengen, alsook dat het de ENMC is verboden om over te gaan tot een handeling die strekt tot het niet toepassen van de regel op de situatie van rekwirante, aangezien dat een bevoegdheid is waarover de ENMC niet beschikt.

20. Het argument van Vapo Atlantic betreffende de mogelijkheid om biobrandstofcertificaten te verhandelen is onjuist, aangezien er andere spelers op de markt zijn die deze certificaten onderling verhandelen, los van de mogelijkheid om certificaten te kopen op de jaarlijkse, overeenkomstig artikel 19 van wetsbesluit nr. 117/2010 door het [DGEG] te organiseren veiling.

[...]

22. Tezelfdertijd heeft de ENMC een reeks maatregelen vastgesteld ten aanzien van het IPAC [Instituto Português de Acreditação (Portugees accreditatie-instantie)] inzake het uitschrijven van een aanbestedingsprocedure voor de accreditatie van onafhankelijke controle-entiteiten overeenkomstig artikel 10 van ministerieel besluit 8/2012. Dat proces is inmiddels afgerond, en het IPAC heeft reeds de bijbehorende accreditatiecriteria geformuleerd, die het heeft gepubliceerd op http://www.ipac.pt/docs/publicdocs/requisitos/ÓEC022_Biocombustiveis_v20161230.pdf zijn website:

23. Maar ook indien de aanbestedingsprocedure voor de accreditatie van controle-entiteiten niet zou zijn uitgeschreven, dient te worden gepreciseerd dat die onafhankelijke controles geen voorwaarde zijn voor de toepassing van de duurzaamheidsregeling, aangezien in artikel 10, lid 10, het volgende wordt bepaald:

„Marktpartijen die in het kader van een door de Europese Commissie erkende vrijwillige regeling, bilaterale overeenkomst of multilaterale overeenkomst een verklaring overleggen die strekt tot certificering van de gehele waardeketen van de productie van biobrandstoffen of vloeibare biomassa, zijn vrijgesteld van de uitvoering van de in lid 1 bedoelde controles.”

24. Vapo Atlantic heeft evenwel op geen enkel moment een dergelijke verklaring overgelegd, noch enig ander document dat is afgegeven door een erkende vrijwillige regeling betreffende de duurzaamheid van biobrandstoffen, ook al is dit sinds het tweede kwartaal van 2014, toen de duurzaamheidsregeling in werking trad, een vereiste.

Dit leidt tot de hiernavolgende conclusies.

25. Gelet op bovenstaande overwegingen, heeft Vapo Atlantic niet voldoende biobrandstofcertificaten op haar certificatenrekening om het streefcijfer voor het bijmengen van biobrandstoffen in voor verbruik uitgeslagen fossiele brandstoffen in 2016 te behalen.

26. Bijgevolg moet Vapo Atlantic ingevolge artikel 24 van wetsbesluit nr. 117/2010 worden verplicht tot de betaling van een compensatie van 5 702 000,00 EUR.

[...]”

24 In 2016 bedroeg de marktwaarde van elk biobrandstofcertificaat tussen 300,00 EUR (driehonderd euro) en 400,00 EUR (vierhonderd euro) [...].

25 Er is rekening gehouden met de inhoud van alle stukken van de onderhavige procedure (en van de daarmee verband houdende procedure) en van de precontentieuze procedure [...].

26 Op 21 april 2016 heeft de ENMC een e-mail gezonden met de volgende tekst:

„Geachte heer/mevrouw,

[...]

„Wij erkennen dat kleine marktpartijen diverse moeilijkheden ondervinden bij het verkrijgen van biobrandstofcertificaten, gegeven de wettelijk vastgestelde bijmengingsstreefcijfers, en zijn ons er ook terdege van bewust dat het houden van een veiling van biobrandstofcertificaten niet haalbaar is gezien de geringe omvang

van sommige partijen die op de nationale markt actief zijn, reden waarom wij het in dit verband passend achten om aan kleine gespecialiseerde producenten voor te stellen dat zij op basis van hun productie afgegeven biobrandstofcertificaten rechtstreeks voor verkoop/aankoop ter beschikking stellen aan kleine marktpartijen.

Indien ons voorstel volgens u dient te worden aanvaard, zouden producenten van biobrandstoffen niet langer in aanmerking komen voor de vrijstelling van de ISP (artikel 19 van wetsbesluit nr. 117/2010) en zouden zij overgaan tot de rechtstreekse verhandeling van biobrandstofcertificaten aan geïnteresseerde marktpartijen.

Met het oog daarop, en in de veronderstelling dat het interessant kan zijn dat certificaten voor biobrandstoffen op de markt worden verhandeld zoals voorgesteld, bevat de bijlage een lijst van marktpartijen die belangstelling hebben voor het aankopen van deze certificaten, waarmee rechtstreeks contact kan worden opgenomen. [...]

- 27 Op 26 juni 2015 heeft de [ENMC] Vapo Atlantic, Lda, een brief gezonden met de volgende inhoud:

„Onderwerp: Mogelijkheid om biobrandstofcertificaten te kopen en te verkopen

Geachte heer/mevrouw,

[...]

Een van de voornaamste functies van de ENMC is derhalve het stroomlijnen van de hele procedure voor het verhandelen van biobrandstofcertificaten, met als uiteindelijk doel om daaraan een zodanige bijdrage te leveren dat de nationale streefcijfers voor bijmenging kunnen worden behaald.

Zoals u weet, kan de verhandeling van biobrandstofcertificaten op nationaal niveau worden uitgevoerd door middel van rechtstreekse aankoop bij producenten of via een jaarlijkse veiling.

Kleine gespecialiseerde producenten hebben echter de mogelijkheid om de biobrandstofcertificaten die worden afgegeven op basis van hun productie (dubbele telling — 100 % residuen) te behouden door de overeenkomstige belasting op aardolieproducten te betalen. In die omstandigheid kunnen deze biobrandstofcertificaten op de markt voor certificaten worden aangeboden, waar een grote vraag van de zijde van marktpartijen bestaat in verband met het behalen van hun streefcijfers voor bijmenging (7,5 % van de energie-inhoud, overeenkomstig artikel 11 van wetsbesluit nr. 117/2010).

Met het oog daarop, ervan uitgaande dat het interessant kan zijn dat certificaten voor biobrandstoffen op de markt worden verhandeld zoals voorgesteld, en met als doel om deze procedure efficiënter te maken en de naleving van de wet te

vergemakkelijken, bevat de bijlage een lijst van kleine gespecialiseerde producenten waarmee rechtstreeks contact kan worden opgenomen.”

- 28 Rekwirante heeft bij de Tribunal administrativo e fiscal van Braga (bestuurs- en belastingrechter Braga, Portugal; hierna: „TAF”) bestuursrechtelijk beroep ingesteld tegen de administratieve handeling bestaande uit het besluit van de ENMC (thans ENSE [...]), in welke procedure zij werd veroordeeld tot betaling van een compensatie van 5 702 000,00 EUR wegens kennelijke niet-nakoming van haar verplichtingen tot bijmenging van biobrandstoffen voor het jaar 2016.
- 29 Op 29 maart 2021 heeft de TAF het bestuursrechtelijk beroep toegewezen en het bestreden besluit nietig verklaard.
- 30 De ENSE heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de Tribunal Central Administrativo Norte (centrale bestuursrechter Noord-Portugal, Portugal; hierna: „TCAN”), die het beroep heeft toegewezen en de betrokken administratieve handeling heeft gehandhaafd door het bestreden vonnis te vernietigen. Ook heeft de TCAN geweigerd om de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof een aantal prejudiciële vragen te stellen, ondanks een daartoe strekkend verzoek van rekwirante.
- 31 Rekwirante heeft cassatieberoep ingesteld bij de Supremo Tribunal Administrativo (hoogste bestuursrechter, Portugal), de verwijzende rechter, die dat beroep bij beslissing van 27 januari 2022 ontvankelijk heeft verklaard.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 32 Rekwirante stelt dat het bestreden besluit onrechtmatig is omdat daarin de artikelen 34 en 36 VWEU, de artikelen 17, 18 en 19 van richtlijn 2009/28/EG en de beginselen van vrij verkeer van goederen (artikel 34 VWEU), goede trouw, bescherming van het gewettigd vertrouwen, rechtszekerheid en evenredigheid onjuist worden uitgelegd en toepast.
- 33 Rekwirante beroept zich op het vonnis in eerste aanleg, waarin wordt verklaard dat de bestreden handeling, die door het bestreden arrest is bevestigd, een schending van richtlijn 2009/28/EG en van de beginselen van vrij verkeer van goederen en gelijke behandeling tussen de lidstaten inhoudt.
- 34 Uit dat vonnis kan ook worden opgemaakt dat de duurzaamheidscriteria die hebben geleid tot de vaststelling van de handeling niet zijn voorafgegaan door een controleprocedure, na de selectie van controle-entiteiten via een aanbestedingsprocedure overeenkomstig van wetsbesluit nr. 117/2010 en ministerieel besluit 8/2012, en dat rekwirante, gezien haar fiscale status als „geregistreerde geadresseerde”, niet onder het begrip „tot bijmenging verplichte entiteit” zoals bedoeld in van wetsbesluit nr. 117/2010 valt, zodat het daarin voorziene stelsel van compensaties en sancties op haar niet van toepassing is.

- 35 Ook wordt in het vonnis verklaard dat die handeling in strijd is met de beginselen van goede trouw, bescherming van het gewettigd vertrouwen, rechtszekerheid, evenredigheid, redelijkheid en rechtvaardigheid.
- 36 Rekwirante betoogt dat de conclusie die in het bestreden arrest wordt getrokken, namelijk dat het feit dat de door haar ingevoerde brandstoffen niet vergezeld gingen van de door artikel 18, lid 4, van richtlijn 2009/28/EG vereiste certificering geen schending van die richtlijn of van het beginsel van vrij verkeer opleverde, voortkomt uit een onjuiste uitlegging van de regels in kwestie door de TCAN.
- 37 Die uitlegging lijkt voorbij te gaan aan het feit dat artikel 18, lid 3, van richtlijn 2009/28 de lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat de in te voeren nationale systemen voldoen aan de vereisten inzake onafhankelijke audits die moeten zijn vervuld om te worden erkend als vrijwillige regeling, zodat dit voor de lidstaten niet louter een optie is die kan worden genegeerd vanwege het bestaan van door de Europese Commissie erkende vrijwillige regelingen.
- 38 Omdat de uitvoering van een audit een essentieel vereiste voor de controle is, kan een marktpartij dergelijke bewijzen niet verstrekken indien er geen door het IPAC geaccrediteerde controle-entiteit is, hetgeen een belangrijke overweging is bij de beoordeling of de Portugese regeling verenigbaar is met het beginsel van vrij verkeer van goederen.
- 39 Het Portugese controlesysteem is kennelijk onverenigbaar met de uit richtlijn 2009/28 voortvloeiende voorwaarden, zelfs wanneer rekening wordt gehouden met de beoordelingsmarge waarover de lidstaten op dat gebied beschikken. Dat wil zeggen dat het ontbreken van bewijs dat aan de duurzaamheidscriteria is voldaan, voor de Portugese wetgeving niet alleen impliceert dat de betrokken biobrandstof niet kan worden meegeteld voor de doelstellingen van richtlijn 2009/28 (blijkens artikel 17, lid 1, van die richtlijn), maar ook dat de marktpartij de bijmengingsstreefcijfers niet behaalt, met de daaruit voortvloeiende verplichting tot betaling van een compensatie tot gevolg.
- 40 Aangezien de wijzen waarop de doelstellingen van richtlijn 2009/28 kunnen worden verwezenlijkt niet uitputtend zijn geharmoniseerd, zijn ook de gevolgen van het niet behalen van die doelstellingen uitgesloten van de bij richtlijn 2009/28 tot stand gebrachte harmonisatie. Kortom, noch de voor marktpartijen bindende streefcijfers voor de bijmenging van biobrandstoffen in fossiele brandstoffen, noch de compensatieregeling in geval van het niet behalen van die streefcijfers, zijn door de Uniewetgever opgelegd.
- 41 Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat de verenigbaarheid van een nationale maatregel op een gebied dat het voorwerp is van uitputtende harmonisatie moet worden beoordeeld in het licht van de richtlijn die de harmonisatie van dat gebied tot stand heeft gebracht, en niet op basis van de verdragsregels inzake vrij verkeer. Aangezien het in casu daarentegen gaat om een gebied dat niet uitputtend is geharmoniseerd, moet de betrokken maatregel worden beoordeeld in het licht van

de verdragsregels inzake de fundamentele vrijheden, in dit geval het vrije verkeer van goederen.

- 42 In dit verband voldoen de Portugese wetgeving en administratieve praktijk niet aan de vereisten die voortvloeien uit het beginsel van vrij verkeer van goederen, daar zij marktpartijen die niet de fiscale status van belastingentrepot hebben, verhinderen om biobrandstoffen bij te mengen in fossiele brandstoffen en biobrandstoffen in zuivere staat te verkopen, daar zij de aankoop van biobrandstofcertificaten onuitvoerbaar maken, en daar zij exorbitante compensatiebedragen opleggen.
- 43 In casu is voldaan aan de voorwaarden waaronder nationale bepalingen of nationale administratieve praktijken niet in overeenstemming zijn met het beginsel van vrij verkeer van goederen, aangezien het in casu met name gaat om:
- a) een grensoverschrijdende situatie, daar rekwirante brandstof uit Spanje invoert, zodat aan deze voorwaarde is voldaan;
 - b) een belemmering van het vrije verkeer, aangezien artikel 96, lid 6, CIEC, door de verkoop van pure biobrandstoffen te beperken „tot entiteiten die op het nationale grondgebied biobrandstoffen produceren in een belastingentrepot voor verwerking”, een rechtstreeks discriminerende maatregel vormt, hetgeen blijkt uit een eenvoudige analyse van de betrokken bepaling, en die belemmering ook duidelijk tot uiting komt in de praktijk, aangezien de invoer van biobrandstoffen voor uitslag tot verbruik in Portugal feitelijk zeer klein is;
 - c) het ontbreken van een rechtvaardiging van de belemmering om de redenen van algemeen belang waarin wordt voorzien in artikel 36 VWEU of op grond van andere dwingende vereisten, aangezien de toegepaste regeling duidelijk onevenredig is aan de streefcijfers voor bijmenging en de hoogte van de compensaties, terwijl daarenboven uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat een nationaal systeem dat niet alleen niet voorziet in marktmechanismen die marktpartijen in staat stellen hun verplichting [om groenestroomcertificaten te verkrijgen] tegen doeltreffende en billijke voorwaarden na te komen, maar daarnaast ook voorziet in hoge sancties, als buitensporig en bijgevolg onevenredig kan worden beschouwd. Het verbod op vermenging en op het op de markt brengen van biobrandstoffen in zuivere staat, is een duidelijk discriminerende maatregel, omdat de maatregel op gedifferentieerde wijze wordt toegepast op binnenlandse producten en ingevoerde producten. Het moet dan ook worden onderworpen aan een „versterkte” evenredigheidstoets.
- 44 De discriminatie wordt evenmin gerechtvaardigd door andere redenen van algemeen belang, inzonderheid redenen die verband houden met de veiligheid van de installaties, die reeds naar behoren is geregeld in artikel 99 CIEC, noch door belangen in verband met de traceerbaarheid en de bestrijding van fraude, die reeds naar behoren zijn geregeld in artikel 28, lid 3, en artikel 29 CIEC.

- 45 Het bestaan van een onevenredige beperking van het beginsel van vrij verkeer van goederen is duidelijk aangetoond, zodat de door de ENMC vastgestelde administratieve handeling in strijd is met richtlijn 2009/28, wegens schending van het beginsel van vrij verkeer van uit lidstaten van de Europese Unie afkomstige producten.
- 46 In het vonnis in eerste aanleg wordt als grond voor de nietigverklaring van de bestreden handeling gepreciseerd dat in de onderhavige zaak kleine marktpartijen objectief gezien geen biobrandstofcertificaten kunnen verkrijgen als gevolg van de onuitvoerbaarheid van het houden van veilingen, hetgeen door de ENMC zelf werd erkend door niet alleen toe te geven dat „het verkrijgen van biobrandstofcertificaten op diverse moeilijkheden stuit”, maar ook dat het houden van een veiling „onuitvoerbaar” was.
- 47 In feite heeft het mechanisme van rechtstreekse aankoop van biobrandstofcertificaten van kleine gespecialiseerde producenten tot dusver (2021) in de praktijk nooit gewerkt, vanwege de schaarste aan grondstoffen op de markt, en is het nooit een levensvatbaar alternatief mechanisme voor het verwezenlijken van de duurzaamheidsdoelstellingen geweest.
- 48 Ook indien zou worden geoordeeld dat er in casu geen objectieve belemmering bestaat, draagt het bestaan van diverse moeilijkheden bij het verkrijgen van biobrandstofcertificaten er immers rechtstreeks toe bij dat de nationale regeling op dit gebied niet evenredig is, en onderstreept het de conclusie dat dit een belemmering van het vrije verkeer van goederen vormt die is verboden door artikel 34 VWEU en die niet wordt gerechtvaardigd door artikel 36 VWEU, noch door andere in de rechtspraak van het Hof erkende dwingende vereisten, gelet op het duidelijk onevenredige karakter ervan, zoals hierboven is beschreven.
- 49 Rekwirante had de ENSE (ENMC) reeds in september 2015 gevraagd om toestemming voor het starten van een procedure om te voldoen aan de duurzaamheidscriteria door middel van mengoperaties overeenkomstig artikel 96 CIEC, en vaststaat dat verweerster rekwirante die mogelijkheid heeft geweigerd, met als argument dat een dergelijke operatie overeenkomstig artikel 96 CIEC niet zou kwalificeren als vervaardiging door een kleine gespecialiseerde producent. Bijgevolg is bewezen dat rekwirante sinds 2015 tevergeefs had getracht om naar de wensen van de ENMC te voldoen aan de duurzaamheidscriteria door middel van een bij wet voorziene procedure, zodat kan worden gesteld dat rekwirante, indien de ENMC haar die mogelijkheid wel had geboden, vanaf 2015 volledig had kunnen voldoen aan de litigieuze duurzaamheidsdoelstellingen voor het jaar 2016, die in casu aan de orde zijn, en dat het uitsluitend aan het optreden van de ENMC is te wijten dat dit niet is gebeurd.
- 50 Bijgevolg is in het bestreden arrest ten onrechte voorbijgegaan aan het feit dat rekwirante sinds 2015 had verzocht om aanvaarding van die mengingsoperatie, en kan met zekerheid worden gesteld dat een juiste beoordeling van de bewezen geachte feiten een andere beslissing vereiste, houdende dat het besluit van

verweerster de facto in strijd was met de beginselen van goede trouw, bescherming van het gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid.

- 51 Een ander argument dat in het bestreden besluit is aangevoerd, is dat zowel de bindende inlichting als het in casu in rechte ingenomen standpunt van de belastingdienst was gebaseerd op de regeling die was ingesteld bij wetsbesluit nr. 152-C/2017, waarbij wetsbesluit nr. 62/2006 van 21 maart 2006 werd ingetrokken, terwijl de in laatstgenoemde tekst vervatte regeling tot januari 2018 werd gehandhaafd.
- 52 Zoals echter terecht tot uiting komt in het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg, noopt de gezamenlijke lezing van artikel 6, lid 1, van wetsbesluit nr. 62/2006 van 21 maart 2006 en artikel 96 CIEC tot de conclusie dat het mengen van biobrandstoffen met reeds tot verbruik uitgeslagen aardolieproducten kan worden uitgevoerd door geregistreerde geadresseerden buiten het belastingentrepot, en dat de uitlegging volgens welke artikel 6, lid 1, van wetsbesluit nr. 62/2006 van 21 maart 2006 de intrekking van artikel 96 CIEC vereist, bovendien duidelijk ongrondwettelijk is, gegeven de organische ongrondwettigheid van die bepaling, daar wetsbesluit nr. 62/2006 van 21 maart 2006 door de regering is vastgesteld zonder dat eerst een parlementaire goedkeuringswet was aangenomen.
- 53 Wetsbesluit nr. 117/2010 en Portaria n.º 301/2012 (ministerieel besluit nr. 301/2012) kennen, voor de toepassing van de compensatie, aan elk biobrandstofcertificaat een waarde van 2 000,00 EUR (tweeduizend euro) toe, hoewel de marktwaarde, zoals blijkt uit de informatie in de processtukken, ergens tussen 300,00 EUR (driehonderd euro) en 400,00 EUR (vierhonderd euro) ligt, waarbij moet worden opgemerkt dat die waarde ook wordt beïnvloed door het optreden van speculanten die gebruikmaken van het tekort aan biobrandstofcertificaten, hetgeen bijdraagt aan een exponentiële stijging van de prijs ervan.
- 54 De sancties zijn derhalve duidelijk buitensporig en niet passend, en vormen een kennelijke schending van het in artikel 266, lid 2, van de grondwet van de Portugese Republiek verankerde evenredigheidsbeginsel, overwegende dat het verschil tussen de werkelijke waarden van de biobrandstofcertificaten en de aan de compensaties gekoppelde bedragen impliceert dat die sancties feitelijk niet het karakter van een „compensatie” hebben, maar van duidelijk buitensporige geldboeten die geen enkele rechtvaardiging vinden in de feiten en in het recht.
- 55 Anders dan kan worden afgeleid uit het bestreden arrest, heeft de toepassing van compensaties op rekwirante niet tot doel om milieuschade te compenseren, aangezien in casu niet aan de orde is dat de door rekwirante ingevoerde brandstoffen geen biobrandstoffen zouden bevatten, maar dat de ENMC de door Spanje ten aanzien van die biobrandstoffen verleende certificering niet heeft aanvaard.

- 56 De argumenten van verweerster ENSE zijn reeds weergegeven in het bestreden besluit zelf.
- 57 In de memorie van antwoord op de hogere voorziening voert verweerster de hiernavolgende argumenten aan.
- 58 Rekwirante heeft in 2016 geen enkel certificaat van op de Portugese markt tot verbruik uitgeslagen biobrandstof overgelegd dat was afgegeven door een door de Europese Commissie erkende certificeringsinstantie, aangezien de in het dossier opgenomen documenten overeenkomen met leveringscertificaten en niet met certificeringen van biobrandstoffen, waarbij zij opgemerkt dat CLH Compañía Logística de [Hidrocarburos] niet een door de Europese Commissie erkende certificeringsinstantie is.
- 59 Het feit dat er geen entiteiten bestonden die door het IPAC waren geaccrediteerd voor het uitvoeren van de in artikel 10, lid 10, van ministerieel besluit 8/2012 bedoelde onafhankelijke controles, doet geenszins af aan de rechtmatigheid van de procedure en bijgevolg van het bestreden besluit, omdat uit die bepaling ook blijkt dat certificeringen door door de Europese Commissie erkende entiteiten een toegestaan alternatief vormen, aangezien deze entiteiten bestonden en de certificeringen derhalve ter beschikking van rekwirante stonden.
- 60 Het opleggen van de certificering van biobrandstof en het ontbreken van door het IPAC geaccrediteerde controle-entiteiten wijzen niet op een schending van artikel 18, leden 3 en 4, van richtlijn 28/2009/EG, aangezien daarin enkel wordt bepaald dat de lidstaten marktpartijen [moeten] verplichten tot het laten uitvoeren van onafhankelijke audits en het verstrekken van nauwkeurige gegevens waaruit blijkt dat de in de richtlijn vastgestelde duurzaamheidscriteria zijn nageleefd, zodat die bepalingen geen effecten sorteren die onverenigbaar zijn met de Portugese wettelijke regeling.
- 61 Evenzo is de wettelijke regeling inzake de duurzaamheidscriteria, van de vaststelling van bijmengingsstreefcijfers tot de certificering van biobrandstof, de aangevoerde moeilijkheden bij het aankopen van biobrandstofcertificaten op de markt en het vermeende gebrek aan evenredigheid van de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende compensatie, op geen enkele wijze in strijd met het [Unierechtelijke] beginsel van vrij verkeer van goederen, aangezien in die regeling geen beperking wordt gesteld aan de invoer van brandstof, terwijl ook moet worden bedacht dat deze maatregelen van toepassing zijn op alle entiteiten die verplicht zijn tot bijmenging van brandstof op de Portugese markt, die zowel importeurs als producenten omvatten.
- 62 De ENSE heeft niet erkend dat het verkrijgen van biobrandstofcertificaten objectief onmogelijk is en wijst alleen op de natuurlijke moeilijkheden die kleine marktpartijen kunnen ondervinden in het kader van een veiling, waarvan de mededingingsstructuur en de logica van toekenning op basis van de hoogste prijs

met zich meebrengen dat marktpartijen met een grotere koopkracht hogere biedingen kunnen doen en op die manier de certificaten kunnen aankopen.

- 63 Het doel van de tot rekwirante gerichte communicaties was zelfs om bekendheid te geven aan andere methoden voor de aan- en verkoop van overtollige biobrandstofcertificaten dan veilingen, als alternatief, terwijl rekwirante niet heeft aangetoond dat zij met de grootst mogelijke voortvarendheid heeft gehandeld om van deze mogelijkheid gebruik te maken, hetgeen slechts bekrachtigt dat, zoals reeds is uiteengezet, niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een objectieve belemmering.
- 64 Om te beginnen is het schaarse aanbod van biobrandstofcertificaten op de markt een natuurlijk en te verwachten gevolg van de werking van het systeem waarin deze certificaten moeten worden overgelegd, omdat alleen biobrandstofcertificaten van producenten die meer biobrandstof bijmengen dan het voor hun verplichte percentage, de certificaten daarom niet nodig hebben om aan te tonen dat zij hebben voldaan aan hun verplichtingen en ervoor kiezen om deze te verkopen, te koop zullen worden aangeboden. Deze beschikbaarheid van biobrandstofcertificaten is echter volledig afhankelijk van de specifieke omstandigheid dat producenten meer biobrandstof hebben bijgemengd dan zij verplicht waren.
- 65 Het evenredigheidsbeginsel vereist dat maatregelen die van een partij een offer vragen passend, noodzakelijk en evenredig zijn aan het doel dat ermee wordt nagestreefd. De in artikel 24 van wetsbesluit nr. 117/200 bedoelde compensaties fungeren als een oplossing die moet worden toegepast in een situatie waarin tot bijmenging verplichte entiteiten brandstof op de markt brengen zonder de vastgestelde bijmengingsstreefcijfers te behalen, of zonder aan te tonen dat zij die behalen, en daardoor milieuschade veroorzaken en een onrechtmatig economisch voordeel verkrijgen ten opzichte van andere tot bijmenging verplichte entiteiten die wel voldoen aan de bijmengingsverplichtingen en zich gesteld zien voor de daaraan inherente kosten, die 2 % tot 4 % van de uiteindelijke prijs van de brandstof bedragen.
- 66 Aangezien die oplossing echter geenszins ideaal is, in die zin dat de bijmengingsstreefcijfers, die geschikte maatregelen voor de bescherming van het milieu vormen, nog steeds niet worden behaald, zal de waarde van de compensatie in ieder geval hoog genoeg moeten zijn om ervoor te zorgen dat de marktpartijen niet liever betalen dan de milieuregels naleven.
- 67 De betaling van een compensatie van 2 000 EUR lijkt daarom passend om het zojuist beschreven doel te bereiken, te weten het bieden van een oplossing, in een situatie waarin geen biobrandstof wordt bijgemengd, die een economische last vertegenwoordigt die noopt tot de keuze voor het behalen van de bijmengingsstreefcijfers. Deze noodzaak wordt ook ingegeven door het feit dat de vaststelling van de juiste waarden eenvoudig noch lineair is, en vereist dat rekening wordt gehouden met een redelijk geachte prijsmarge. Aldus is de

compensatie ook evenredig in strikte zin, aangezien de financiële inspanning die zij vertegenwoordigt niet zo groot is dat de uitoefening van de activiteit wordt verhinderd, en zeker niet belastender is dan de milieuschade die de compensatie beoogt te voorkomen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 68 In de onderhavige zaak zijn er vragen gerezen omtrent de uitlegging van Unierechtelijke regels, met name de artikelen 17 en 18 van richtlijn 2009/28, die betrekking hebben op de duurzaamheidsvereisten voor biobrandstoffen en de wijze waarop de naleving daarvan moet worden gecontroleerd. Ook zijn er vragen gerezen omtrent de uitlegging van artikel 34 VWEU inzake het vrije verkeer van goederen.
- 69 Wat de duurzaamheidscriteria betreft, heeft het Hof tot dusver verklaard dat i) de Uniewetgever de duurzaamheidscriteria uitputtend heeft geharmoniseerd bij artikel 17, leden 2 tot en met 5, van richtlijn 2009/28, en ii) de lidstaten, zoals bepaald in artikel 17, lid 8, van de richtlijn, marktpartijen bijgevolg geen aanvullende duurzaamheidscriteria mogen opleggen [arresten van 22 juni 2017, E.ON Biofor Sverige AB, (C-549/15, EU:C:2017:490, punt 32), en 4 oktober 2018, Legatoria Editoriale ██████████ ██████████ (L.E.G.O.) (C-242/17, EU:C:2018:804, punt 29)].
- 70 Wat betreft de methode voor het controleren van de naleving van voornoemde duurzaamheidscriteria overeenkomstig artikel 18, lid 1, van richtlijn 2009/28, heeft het Hof gepreciseerd dat die bepaling „de verificatiemethode voor het massabalanssysteem echter niet volledig [heeft] geharmoniseerd, zodat de lidstaten, mits zij de in de punten a) tot en met c) van die bepaling vermelde algemene eisen in acht nemen, een aanzienlijke manoeuvreerruimte behouden wanneer zij de voorwaarden waaronder de betrokken marktpartijen een dergelijk systeem moeten gebruiken, nader moeten vaststellen” (arrest van 22 juni 2017, E.ON Biofor Sverige AB, C-549/15, EU:C:2017:490, punt 77).
- 71 Deze verduidelijkingen van het Hof zijn weliswaar relevant voor de uitlegging van het bij richtlijn 2009/28 ingevoerde systeem, maar nemen de in casu opgeworpen twijfels niet weg.
- 72 Vaststaat dat de betaling van een compensatie is opgelegd omdat rekwirante niet had aangetoond dat zij had voldaan aan de duurzaamheidscriteria voor de biobrandstoffen die waren bijgemengd in de uit Spanje ingevoerde brandstoffen.
- 73 In haar verzoekschrift verklaart de ENMC ook dat CLH — Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH), de entiteit die verantwoordelijk is voor de certificering van de biobrandstof die wordt bijgemengd in de door rekwirante ingevoerde brandstof, in het bezit is van een certificering uit hoofde van een vrijwillige, door de Europese Commissie erkende regeling (ISCC — International Sustainability and Carbon Certification), in overeenstemming met het vereiste in artikel 18,

lid 4, tweede alinea, en lid 7, van richtlijn 2009/28. Dit certificaat is gebaseerd op de massabalansmethode, zoals wordt vereist door artikel 18, lid 1, van de richtlijn. De ENMC stelt echter dat dit certificaat niet volstaat om aan te tonen dat is voldaan aan de duurzaamheidscriteria, aangezien het alleen van toepassing is op activiteiten van logistieke centra en handelaren, en niet op productieactiviteiten.

- 74 Bijgevolg moet worden verduidelijkt of de niet-aanvaarding van de bijgemengde biobrandstof in het kader van het behalen van de bijmengingsstreefcijfers, om de door de ENSE opgegeven redenen, verenigbaar is met de vereisten die voortvloeien uit richtlijn 2009/28.
- 75 Indien het Hof van oordeel is dat dit het geval is, rijst de vraag of die niet-aanvaarding verenigbaar is met het beginsel van vrij verkeer van goederen (artikel 34 VWEU).
- 76 In deze context staat het Verdrag toe dat er beperkingen worden gesteld aan het beginsel van vrij verkeer van goederen, mits deze worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang (artikel 36 VWEU), waaronder de „bescherming van [...] de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten”. Naast de belangen waarin artikel 36 VWEU voorziet, zijn in de rechtspraak van het Hof andere dwingende redenen erkend, waaronder de bescherming van het milieu.
- 77 Elke beperking van het vrije verkeer van goederen kan echter slechts gerechtvaardigd zijn voor zover zij voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit het evenredigheidsbeginsel (geschiktheid en noodzakelijkheid).
- 78 In een situatie als die welke aan de orde is in het hoofdgeding, waarin de mogelijkheid dat de tot bijmenging verplichte entiteit een fysieke bijmenging uitvoert is uitgesloten omdat zij niet de status van belastingentrepot heeft, en waarin er geen biobrandstofcertificaten te koop zijn van producenten die een overschot aan certificaten hebben, lijkt de nationale maatregel niet evenredig te zijn.
- 79 Het Hof heeft verklaard dat „de goede werking van een dergelijke regeling per definitie marktmechanismen vereist die de quotumplichtige marktdeelnemers die nog niet over de nodige groenestroomcertificaten beschikken om aan die quotumverplichting te voldoen, in staat stellen zich op doeltreffende wijze en onder billijke voorwaarden van certificaten te voorzien” (zie in die zin arresten van 11 september 2014, Essent Belgium NV, C-204/12, EU:C:2014:2192, punt 111, en 1 juli 2014, Ålands Vindkraft, C-573/12, punten 113-115).
- 80 De vraag rijst echter of de Portugese nationale regeling, die stoelt op de afgifte van biobrandstofcertificaten als middel om de bijmenging van biobrandstoffen op de markt te controleren, is uitgerust met de marktmechanismen die in het licht van de rechtspraak van het Hof zijn vereist om de belemmering van het vrije verkeer van goederen die die regeling met zich meebrengt als evenredig te kunnen aanmerken, en of een nationaal systeem dat, naast het in de voorgaande punten

genoemde kenmerk, voorziet in het opleggen van hoge geldboeten, als buitensporig en bijgevolg onevenredig kan worden beschouwd.

- 81 In dit verband heeft het Hof verklaard dat, „[h]oewel de oplegging van een dergelijk recht inderdaad kan worden geacht noodzakelijk te zijn om de producenten aan te sporen om hun groenestroomproductie te verhogen en om de quotumplichtige marktdeelnemers aan te sporen om de vereiste certificaten effectief aan te kopen, mogen de berekeningswijze en het bedrag van dat recht echter niet verder gaan dan noodzakelijk is voor dergelijke stimulerende doelstellingen door met name te vermijden dat de betrokken marktdeelnemers overdreven worden gestraft” (zie in deze zin arresten van 11 september 2014, Essent Belgium NV, C-204/12, EU:C:2014:2192, punt 11[4], en 1 juli 2014, Ålands Vindkraft, C-573/12, punt 116).
- 82 In casu is het compensatiebedrag (2 000 EUR voor elk ontbrekend biobrandstofcertificaat) veel hoger dan de (variabele) marktwaarde van de biobrandstofcertificaten van tussen 300 en 400 EUR, wat erop lijkt te wijzen dat de maatregel niet evenredig is.
- 83 Tot slot moet daaraan worden toegevoegd dat rekwirante importeur is van bij de ECS [...] geregistreerde biobrandstoffen. Bijgevolg is zij ingevolge artikel 8 van ministerieel besluit 8/2012 verplicht een aantal documenten over te leggen.
- 84 In het geval van biobrandstoffen uit EU-landen komt deze documentatie overeen met de certificering van de naleving van de duurzaamheidscriteria die is afgegeven door het bevoegde nationale systeem, in het kader van een door de Europese Commissie erkende vrijwillige regeling of uit hoofde van een bilaterale of multilaterale overeenkomst (artikel 8, lid 4, onder b), van ministerieel besluit 8/2012).
- 85 Indien de door de nationale entiteit afgegeven verklaring echter niet wordt ingediend in het kader van een vrijwillige regeling of uit hoofde van een bilaterale of multilaterale overeenkomst, hebben marktdeelnemers nog steeds de mogelijkheid om de bevoegde entiteit (in het geval van Portugal de ECS) volledige geverifieerde gegevens te verstrekken overeenkomstig artikel 8, lid 5, van ministerieel besluit 8/2012.
- 86 In dat geval moet gebruik worden gemaakt van de procedure van artikel 10 van dat ministerieel besluit, waarin wordt bepaald dat de marktpartij jaarlijks een controleverslag over de duurzaamheidscriteria moet indienen bij de ECS, dat gebaseerd moet zijn op onafhankelijke, door de controle-entiteit uitgevoerde controles.
- 87 Om aan deze regels te voldoen, zijn marktpartijen verplicht om een onafhankelijke controle-entiteit te contracteren die voldoet aan de in voornoemd ministerieel besluit vastgestelde vereisten, inzonderheid accreditatie door het [...] IPAC.
- 88 Tot op heden is er echter nog geen enkele controle-entiteit geaccrediteerd.

- 89 Artikel 18, lid 3, van richtlijn 2009/28 is duidelijk in de zin dat de lidstaten, om na te gaan of aan de duurzaamheidscriteria voor biobrandstoffen zijn nageleefd, de marktpartijen moeten verplichten tot het nemen van de nodige maatregelen om een passende norm op te stellen voor onafhankelijke audits van de door hen ingediende informatie, en om aan te tonen dat dit gebeurd is.
- 90 Aangezien de uitvoering van een audit een essentiële vereiste van de controle is, kan een marktpartij die toetsing niet verrichten zonder de door het IPAC geaccrediteerde controle-entiteit.
- 91 Bijgevolg rijst nog een andere vraag met betrekking tot de uitlegging van artikel 18, lid 3, van richtlijn 2009/28.
- 92 De gerezen twijfels kunnen niet worden weggenomen door een eenvoudige verwijzing naar de rechtspraak van het Hof betreffende de artikelen 17 of 18 van richtlijn 2009/28, hetzij omdat de in die zaken gestelde prejudiciële vragen niet dezelfde waren, hetzij omdat de feitelijke omstandigheden niet volledig met elkaar overeenkomen.
- 93 Op grond van het voorgaande bestaan er twijfels in verband met de uitlegging van regels van het recht van de Europese Unie, hetgeen rechtvaardigt dat er een reeks prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt voorgelegd.