

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 141.876 van 11 maart 2005
in de zaak A. 157.994/XII-4315.**

In zake : de INTERCOMMUNALE VERENIGING VOOR ENERGIE-
LEVERINGEN IN MIDDEN-VLAANDEREN (INTERGEM),
die woonplaats kiest bij
advocaten X. Remy en K. Peetermans,
kantoor houdende te Brussel,
Louizalaan 65, bus 2

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat B. Staelens,
kantoor houdende te Brugge,
Canadesen Hof,
Bevrijdingslaan 4, bus 1.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de Intercommunale vereniging voor energieleveringen in Midden-Vlaanderen op 1 december 2004 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 7 oktober 2004 van de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering waarbij vernietigd worden de beslissingen van 24 juni 2004 van haar algemene vergadering tot vaststelling van de jaarrekening 2003 en tot het verlenen van kwijting aan de bestuurders en de commissarissen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur H. Colin;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 14 januari 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 1 februari 2005;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaten X. Remy en K. Peetermans, die verschijnen voor verzoekster, en van advocaat B. Staelens, die verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur H. Colin;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat verzoekster, een opdrachthoudende vereniging, beheerder is van een distributienet voor elektriciteit; dat de regeringscommissaris met brief van 7 mei 2004 aan verzoekster vraagt de ontwerprekening 2003 aan te passen; dat hij meedeelt dat er blijkbaar “belangrijke wijzigingen in het waarderings- en afschrijvingsbeleid van uw vereniging werden aangebracht, ingevolge de door de CREG [zijnde de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas] verstrekte richtlijnen met betrekking tot de berekening van de billijke winstmarge”, dat hij ernstige bedenkingen heeft onder meer bij een afschrijving van 2 % op de distributieleidingen, in plaats van 3 %, en bij een afschrijving op de aanschaffingswaarde en niet op de geherwaardeerde waarde, en dat het “niet [is] omdat de CREG bij de berekening van de billijke winstmarge principes hanteert die een volledige breuk met het verleden betekenen, dat de netbeheerders die principes in hun eigen boekhouding moeten toepassen, waarbij de richtlijnen van de toezichthoudende overheden worden veronachtzaamd, de boekhoudwetgeving wordt genegeerd en het jarenlang door alle spelers van de energiesector aanvaarde waarderings- en afschrijvingsbeleid wordt overboord gegooid”; dat de algemene vergadering het ontwerp van jaarrekening op 24 juni 2004 ongewijzigd goedkeurt;

dat tevens kwijting wordt verleend aan de bestuurders voor hun bestuur en aan de commissarissen voor hun toezicht gedurende het boekjaar 2003;

Overwegende dat de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering bij besluit van 7 oktober 2004 de beslissingen tot vaststelling van de jaarrekening 2003 en tot het geven van kwijting aan de bestuurders en de commissarissen vernietigt, op grond van de volgende motivering :

“Overwegende dat in de jaarrekeningen 2003 van INTERGEM het waarderings- en afschrijvingsbeleid met betrekking tot de activiteit elektriciteit ingrijpend gewijzigd werd door toepassing van de instructies van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas - CREG, in het bijzonder wat betreft de afschrijving van de distributieleidingen elektriciteit tegen een afschrijvingsvoet van 2 % in plaats van 3 %, de wijze van herwaardering van de materiële, vaste activa en de afschrijving op historische waarde van de materiële, vaste activa in plaats van op de geherwaardeerde waarde;

Overwegende dat de instructies van de CREG inzake de waardering en de afschrijving van de materiële, vaste activa, enkel specifieke regels opleggen voor de berekening en bepaling van de billijke winstmarge en van de nettarieven; dat die richtlijnen evenwel niet reglementair of dwingend van aard zijn;

Overwegende dat door de toepassing van de instructies van de CREG de jaarrekeningen 2003 van INTERGEM in strijd zijn met de artikelen 35 en 57 van het KB van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van Vennootschappen, in het bijzonder met artikel 57 § 2 dat bepaalt dat, wanneer de herwaardering betrekking heeft op materiële, vaste activa met beperkte gebruiksduur, er op basis van die geherwaardeerde waarde planmatig wordt afgeschreven, teneinde de toerekening van de geherwaardeerde waarde over de vermoedelijke residuele gebruiksduur van de betrokken activa te spreiden;

Overwegende dat artikel 125 van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt dat enkel van het KB van 30 januari 2001 kan afgeweken worden na akkoord van de minister die de Economische Zaken onder zijn bevoegdheid heeft, op grond van een met redenen omkleed advies van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen; dat ter zake door de Commissie geen advies verleend werd en er geen afwijking op artikel 57 § 2 van het KB van 30 januari 2001 door de minister van Economische Zaken werd toegestaan;

Overwegende dat het door INTERGEM in de jaarrekeningen 2003 toegepaste waarderings- en afschrijvingsbeleid niet in overeenstemming is met de richtlijnen ter zake van de toezichthoudende overheid, zoals geformuleerd in de omzendbrief BA 2003/02 van 25 april 2003 betreffende de afschaffing van de jaarlijkse herwaardering van de materiële, vaste activa van de intercommunale verenigingen en van de gemeentebedrijven en waarin richtlijnen worden verstrekt met betrekking tot de boekhoudkundige gevolgen van de afschaffing van de jaarlijkse herwaardering;

Overwegende dat artikel 64 van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking bepaalt dat : 'De boekhouding wordt gevoerd

overeenkomstig de boekhouding van de ondernemingen en met naleving van de richtlijnen die de overheid uitvaardigt met betrekking tot de boekhoudkundige verrichtingen'.

Overwegende dat de statuten van INTERGEM, laatst gewijzigd door de buitengewone algemene vergadering van 6 november 2003 en gedeeltelijk goedgekeurd bij ministerieel besluit van 1 maart 2004, in artikel 22 bepalen dat 'De boekhouding wordt gevoerd volgens de wetgeving op de boekhouding van de ondernemingen met naleving van de richtlijnen die de overheid ter zake uitvaardigt';

Overwegende dat in de waarderingsregels bij de jaarrekening 2003 van INTERGEM de wijziging van het afschrijvingsritme van 33 jaar naar 50 jaar van de distributieleidingen voor elektriciteit enkel wordt verantwoord door verwijzing naar de door de CREG gehanteerde berekeningwijze van de distributievergoeding;

Overwegende dat de afschrijvingstermijn van 33 jaar voor de distributieleidingen elektriciteit steeds door de gehele elektriciteitssector én door het Controlecomité voor de Elektriciteit en het Gas én door de respectieve toezichthoudende overheden als norm werd aanvaard; dat er geen technisch-economische argumenten worden verstrekt die de wijziging van de afschrijvingstermijn naar 50 jaar verantwoorden;

Overwegende dat de verlenging van de afschrijvingstermijn van de distributie-installaties tot een aanzienlijke vermindering van de jaarlijkse afschrijvingslasten en bij gevolg tot een sterk gereduceerde autofinanciering aanleiding geeft; dat dit op termijn tot een substantiële vertraging van het investeringsritme kan leiden, waardoor uiteindelijk de bevoorradingszekerheid en de veiligheid van de distributienetten in het gedrang kan komen”;

2. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat verzoekster in een eerste van drie middelen aanvoert wat volgt :

“Het eerste middel is geput uit een schending van artikel 12, §§ 1 en 2, 1°, 2° en 3° van de Elektriciteitswet, van artikel 6, § 1, VII, BWHI, en van de richtlijnen van de CREG van 18 juni 2003 met betrekking tot de billijke winstmarge toepasselijk op de transmissie- en de distributienetbeheerders van elektriciteit actief op het Belgische grondgebied, uit de schending van artikel 5, §2 en 22 § 1 van het Tariefbesluit en uit machtsoverschrijding;

doordat, de Minister in de bestreden beslissing een termijn van 33 jaar oplegt voor de afschrijving van distributieleidingen en schijnt te eisen dat deze afschrijvingen in de boekhouding van de netbeheerder als een reële kost zouden worden opgenomen;

terwijl de CREG bij de tariefstelling, welke een aan haar exclusief toegekende bevoegdheid betreft, afschrijvingen over 50 jaar voorschrijft en zij bij de tariefstelling rekening dient te houden met de reële kosten van de netbeheerder, inclusief de bepaling van de afschrijvingen en de vaststelling van de realiteit ervan;

terwijl de CREG, door afschrijvingen over 50 jaar voorop te stellen, deze afschrijvingen als een reële kost, gebaseerd op de economische levensduur van het netwerk, beschouwt en de CREG hiervoor ook technisch-economische criteria hanteert;

terwijl de afschrijving in de tarieven en de afschrijvingen in de boekhouding van de netbeheerder gebaseerd zijn op hetzelfde criterium van de 'economische levensduur' van het actief zodat er noodzakelijkerwijze een uniciteit tussen beide systemen is;

terwijl de Minister, door afschrijvingen voorop te stellen welke afwijken van de door de CREG vooropgestelde afschrijvingen, het bevoegdheidsterrein van de CREG betreedt door op een indirecte manier in te grijpen in het tariefbeleid van de CREG welke echter exclusief aan deze laatste is voorbehouden;

terwijl de beslissing van de Minister de uniciteit tussen afschrijvingen in de tarieven en afschrijvingen in de boekhouding tenietdoet zonder geldig argument noch voldoende motivatie welke de door de Minister vooropgestelde afschrijvingen kunnen rechtvaardigen en aldus ingaat tegen de principes van de boekhoudwetgeving; dat de beslissing van de Minister daarenboven aanleiding geeft tot een verarming van de netbeheerder en van zijn aandeelhouders waardoor de beslissing ingaat tegen het recht vervat in artikel 12 van de Elektriciteitswet op een billijke vergoeding in hoofde van de netbeheerder en de aandeelhouders;

zodat de Minister met de bestreden beslissing zich bijgevolg schuldig maakt aan machtsoverschrijding en aan wetsovertreding”;

3.2. Overwegende dat de bestreden beslissing op het eerste gezicht op twee afzonderlijke motieven steunt; dat zij elk op zich het aangevochten besluit lijken te kunnen verantwoorden; dat zij dan ook beide onwettig moeten zijn om een vernietiging bij gebrek aan deugdelijke grond te verantwoorden; dat een eerste motief is dat artikel 57, § 2, van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen wordt geschonden doordat er niet is afgeschreven op basis van de geherwaardeerde waarde van de materiële vaste activa met beperkte gebruiksduur; dat een tweede motief lijkt te zijn dat de wijziging van het afschrijvingsritme voor de distributieleidingen, van 33 jaar naar 50 jaar, niet in overeenstemming is met de richtlijnen van de toezichthoudende overheid;

Overwegende dat, eveneens op het eerste gezicht, het eerste middel wezenlijk alleen het tweede vernietigingsmotief van de bestreden beslissing bekritiseert, in verband met de miskennen van de verplichting om een afschrijvingstermijn van 33 jaar toe te passen; dat die kritiek, aangezien -zoals hierna wordt vastgesteld- ook het tweede en derde middel ogenschijnlijk alleen het tweede vernietigingsmotief betreffen, geen vernietiging van het aangevochten besluit lijkt te kunnen verantwoorden, en derhalve niet ernstig is;

3.3. Overwegende, weliswaar, dat verzoekster ter terechtzitting er op wijst dat dan toch het vermelde in fine van punt (2) van de toelichting bij het eerste middel, op pp. 21 en 22 van het verzoekschrift, op het eerste vernietigingsmotief kan worden betrokken; dat daarin ter sprake komt dat het doel van artikel 57, § 2, van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen er in bestaat een overwaardering van de activa tegen te gaan, dat het de taak van de revisor is de waardering van de activa na te gaan en eventueel een opmerking of voorbehoud te maken in geval van een overwaardering, dat te dezen de revisor de waardering van de activa zoals opgenomen in de jaarrekening heeft nagegaan en tot de conclusie is gekomen dat er geen overwaardering is gebeurd, en dat er bijgevolg niet gesteld kan worden dat er een inbreuk is op de bepalingen van de boekhoudwetgeving en dat er grond is tot vernietiging van de jaarrekening;

Overwegende dat vooralsnog in het bezwaar geen zelfstandige kritiek op het eerste vernietigingsmotief van de bestreden beslissing wordt gezien, maar alleen een uitweiding in verband met het tweede vernietigingsmotief, ter staving dat verzoekster haar netwerk niet heeft overgewaardeerd door met een economische levensduur van 50 jaar, in plaats van 33 jaar, rekening te hebben gehouden; dat, overigens, het bezwaar ook inhoudelijk niet overtuigt;

Overwegende dat wanneer de materiële vaste activa met een beperkte gebruiksduur in de jaarrekening geherwaardeerd worden -zoals te dezen het geval is-, artikel 57, § 2, vereist dat op basis van de geherwaardeerde waarde wordt afgeschreven; dat verzoekster hieraan niet voldaan lijkt te hebben; dat het verslag

van de revisor, waarop verzoekster steunt om te stellen dat tenminste het doel van het voorschrift is bereikt, voorlopig niet tot een andere conclusie doet leiden; dat integendeel uit het verslag wordt opgemaakt dat er voor het boekjaar 2003 inderdaad niet (meer) werd afgeschreven op de herwaarderingsmeerwaarde met betrekking tot de materiële vaste activa, dat hierdoor de jaarrekening niet overeenstemt met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften, maar dat hieromtrent een adviesaanvraag “lopende” is “bij de bevoegde voogdijoverheid”; dat daarmee blijkbaar bedoeld wordt op een aanvraag tot het verkrijgen van de in artikel 125, § 1, van het Wetboek van vennootschappen bedoelde toestemming vanwege de minister die Economische Zaken onder zijn bevoegdheden heeft om af te wijken van de koninklijke besluiten ter uitvoering van titel VI van het Wetboek van vennootschappen, over de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening; dat evenwel, zoals de bestreden beslissing uitdrukkelijk en niet zonder grond overweegt, “er geen afwijking op artikel 57 § 2 van het KB van 30 januari 2001 door de minister van Economische Zaken werd toegestaan”;

Overwegende dat in de gegeven omstandigheden moet worden vastgesteld dat de vernietigde jaarrekening van het artikel 57, § 2, afweek zonder dat daarvoor de minister bevoegd voor Economische Zaken zijn toestemming had gegeven; dat niet wordt beweerd, noch blijkt dat de CREG verzoekster van de vereiste van artikel 57, § 2, kon vrijstellen, laat staan nog dat zij zulks ook effectief gedaan zou hebben; dat alleszins de CREG, in haar “richtlijnen” van 18 juni 2003, zelf benadrukt “dat haar bevoegdheden begrensd zijn door de wet” en dat de richtlijnen “niet reglementair of dwingend van aard” zijn; dat, mede gelet op artikel 74 van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, in de huidige stand van de procedure wordt aangenomen dat verwerende partij zich voor de bestreden vernietiging op goede grond heeft kunnen bedienen van het motief van de schending van artikel 57, § 2, van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen;

Overwegende dat ook nog na verzoeksters betoog ter terechtzitting, de Raad het eerste middel niet ernstig bevindt;

4. Overwegende dat verzoekster in een tweede middel betoogt dat de verwerende partij “heeft gehandeld als een onzorgvuldige overheid, met schending van het redelijkheids-, het zorgvuldigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel”; dat nader wordt uiteengezet dat verzoekster verplicht is de richtlijnen van de CREG “en bijgevolg ook de afschrijvingstermijn van 50 jaar voor distributieleidingen” toe te passen, wyl de verwerende partij een afschrijvingstermijn van 33 jaar wil toegepast zien, dat de regeringscommissaris en de Vlaamse minister hebben nagelaten de problematiek met de CREG te bespreken en een oplossing te zoeken, dat verzoekster hiervan het slachtoffer is, dat zij bij gebreke aan goedgekeurde jaarrekening in een juridisch vacuüm terechtkomt, dat de houding van verwerende partij getuigt van een onzorgvuldig en onvoorzichtig beleid;

Overwegende dat het middel in essentie het tweede vernietigingsmotief lijkt te beogen; dat, zoals gezien, de kritiek die er alleen toe strekt het tweede vernietigingsmotief in het gedrang te brengen, niet tot vernietiging kan leiden; dat immers de bestreden vernietiging op het eerste gezicht reeds voldoende steun vindt in het eerste vernietigingsmotief; dat het tweede middel niet ernstig is;

5. Overwegende dat verzoekster in een derde middel de bestreden beslissing verwijt niet aan te geven op grond van welke feitelijke en juridische argumenten zij een afschrijvingspercentage van 3 % in plaats van 2 % dient te hanteren voor de afschrijving van distributieleidingen;

Overwegende dat het middel om dezelfde reden als het tweede middel niet ernstig is;

6. Overwegende dat geen ernstige middelen worden aangevoerd; dat niet aan de eerste grondvoorwaarde voor een schorsing is voldaan;

7. Overwegende dat in haar pleidooi op de terechtzitting verzoekster aandringt op een “gedeeltelijke schorsing”; dat zij betoogt dat de bestreden vernietiging in werkelijkheid neerkomt op, en moet worden beschouwd als, een

dubbele instructie vanwege de toezichthoudende overheid, dat feitelijk die overheid haar opdraagt, ten eerste, bij het opstellen van een nieuwe jaarrekening 2003 de afschrijvingen op de geherwaardeerde waarde van de materiële vaste activa te steunen en, ten tweede, bij het opstellen van die jaarrekening uit te gaan van een afschrijvingstermijn voor de distributieleidingen van 33 jaar, en dat er in elk geval reden is de tenuitvoerlegging van de laatstgenoemde opdracht te schorsen;

Overwegende dat, daargelaten de ontvankelijkheid van de uiteenzetting, zij hoe dan ook niet tot een schorsing kan bewegen; dat immers het beweerde bevel om een nieuwe jaarrekening 2003 op te stellen en daarbij te steunen op een afschrijvingsritme voor de distributieleidingen van 3 %, slechts geschorst zou kunnen worden indien in het verzoekschrift aannemelijk werd gemaakt dat de tenuitvoerlegging ervan verzoekster een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te doen lijden; dat zulks niet het geval is; dat de uiteenzetting van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in het verzoekschrift er toe beperkt is de vennootschapsrechtelijke, administratiefrechtelijke en strafrechtelijke moeilijkheden aan te geven doordat verzoekster “niet over een goedgekeurde jaarrekening 2003 beschikt”; dat met geen woord echter wordt toegelicht welk nadeel verzoekster zou lijden, laat staan nog waarom het én ernstig én moeilijk herstelbaar zou zijn, indien zij de besproken instructie om in de jaarrekening een afschrijvingsritme voor de distributieleidingen van 3 % te hanteren, ten uitvoer zou leggen; dat met betrekking tot die instructie of opdracht tenminste niet aan de tweede grondvoorwaarde voor een schorsing is voldaan;

8. Overwegende dat in elk geval één van de twee cumulatieve grondvoorwaarden voor een schorsing niet is vervuld; dat deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf maart 2005, door :

de HH. J. LUST,

wnd. kamervoorzitter,

staatsraad,

F. BONTINCK,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

J. LUST.