

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 214.291 van 30 juni 2011
in de zaak A. 165.945/VII-37.516.**

In zake : het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF
 ELECTRICITEITSNET IZEGEM (ETIZ)
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Ivan Lietaer
 kantoor houdend te 8500 Kortrijk
 President Rooseveltplein 1
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de COMMISSIE VOOR DE REGULERING VAN DE
 ELEKTRICITEIT EN HET GAS (CREG)
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Dirk Lindemans
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Keizerslaan 3
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 september 2005, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing (B)050707-CDC-158/13 van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna : CREG) van 7 juli 2005 over de vaststelling van een bonus of malus resulterend uit de tarieven toegepast tijdens het exploitatiejaar 2004.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 maart 2010.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ivan Lietaer, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Aube Wirtgen, die loco advocaat Dirk Lindemans verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Werner Weymeersch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij is distributienetbeheerder.

3.2. In het kader van de toepassing van het koninklijk besluit van 11 juli 2002 betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven voor de aansluiting op de distributienetten en het gebruik ervan, de ondersteunende diensten geleverd door de beheerders van deze netten en inzake de boekhouding van de beheerders van de distributienetten voor

elektriciteit, bezorgt de verzoekende partij op 11 februari 2005 aan de CREG een aantal verslagen en gegevens.

Op 14 maart 2005 verstuurt de verzoekende partij een dossier met bijkomende inlichtingen omtrent de jaarlijkse rapportering voor het exploitatiejaar 2004.

3.3. De CREG neemt op 2 juni 2005 een beslissing over de vaststelling van een bonus of malus resulterend uit de tarieven toegepast door de verzoekende partij tijdens het exploitatiejaar 2004. De CREG concludeert dat het exploitatiejaar 2004 geen aanleiding geeft tot het vaststellen van een bonus of malus, maar dat een bedrag van 877.020,29 euro moet worden overgedragen om in mindering gebracht te worden van de kosten die via de tarieven kunnen worden gecupereerd in de volgende jaren.

3.4. Met een brief van 16 juni 2005 reageert de verzoekende partij als volgt :

"In het besluit van het Directiecomité van de CREG dd. 2 juni 2005 werd beslist dat ETIZ een bedrag van € 877.020,29 dient over te dragen via vermindering van de kosten in de volgende dienstjaren.

Deze kostenvermindering is onder andere het gevolg van uw berekening in punt 23 van uw schrijven (€ 585.971,61).

Na analyse blijkt dat er dit jaar veel projecten in uitbreiding OV werden uitgevoerd en gefactureerd werden aan bestekprijzen zonder definitieve nacalculatie.

Dit werd voorgelegd in ons directiecomité van 15 juni en er werd beslist dat de Stad Izegem in werkelijkheid teveel betaalde in 2004 en dat het billijk zou zijn dit teveel te crediteren voor € 319.000. Op de balans van 2004 werd dit dan ook gecorrigeerd als nog op te maken CN2004. Wij verzoeken dan ook dit bedrag in mindering te nemen.

In punt 26 werden andere bedrijfsopbrengsten gecorrigeerd voor € 1.102,91. Dit bedrag vertegenwoordig(t) gestorte bedragen van handelsvorderingen (vóór de vrijmaking) die in het verleden reeds als onwaarde werden afgeboekt en een bedrag schroot van volledig afgeschreven activa (zie grootboekrekening).

In punt 28 werden ook uitzonderlijke opbrengsten bijgevoegd voor € 3.027,79. Zoals uit de grootboekrekening blijkt zijn dit ook bedragen van niet afgehaalde cheques voor teveel betaalde voorschotfacturen van vóór de liberalisering.

In de vergoeding voor gebruik installaties HS/MS werd een bedrag

ingebracht van € 135.678,78 waarin er echter 2 bedragen zitten voor het gebruik van de steunen op OV-palen die Telenet betaal(t) aan ETIZ (€ 16.011,68 - kabel distributie).

Mogen wij verzoeken deze 3 bedragen ook in mindering te brengen".

3.5. Op 7 juli 2005 beslist de CREG dat over het exploitatiejaar 2004 geen bonus wordt vastgesteld, dat de verzoekende partij een totaalbedrag van 45.790,08 euro op de overgangsrekening met betrekking tot de REG-activiteiten mag plaatsen en deze kosten mag inbrengen wanneer de distributienetbeheerder beroep doet op zijn bankingtegoed in kWh om te voldoen aan de door de Vlaamse regering opgelegde besparingsverplichtingen en dat een bedrag van 971.411,14 euro wordt overgedragen en in mindering zal worden gebracht van de kosten die via de tarieven kunnen worden gerecupereerd in de volgende jaren.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel roept de verzoekende partij de schending in van artikel 24 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna : elektriciteitswet), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna : motiveringswet) en van de artikelen 4, §§ 1 tot 3, van het huishoudelijk reglement van de CREG, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 10 oktober 2001.

In het verzoekschrift tot nietigverklaring zet de verzoekende partij het volgende uiteen :

"In de bestreden beslissing wordt vermeld dat deze beslissing werd goedgekeurd door het directiecomité van de CREG op 7 juli 2005 (...).

Nochtans moet in een eerste onderdeel, in hoofddorde, van dit middel worden aangevoerd tegen de bestreden beslissing dat naar luid van de in de aanhef van dit middel aangehaalde bepaling van de electriciteitswet de voorzitter en de leden van het directiecomité van de CREG worden benoemd bij een in ministerraad overlegd koninklijk besluit. De voorzitter en de leden van de CREG zijn benoemd door de koninklijke besluiten van 9 januari 2000 (B.S., 20 januari 2000) en van 11 december 2000 (B.S., 25 december 2002). Van deze koninklijke besluiten is niet vermeld in de publicaties in deze edities van het Belgisch staatsblad of zij zijn genomen na overleg in de Ministerraad. Deze voorafgaande formaliteit werd door de electriciteitswet nochtans verbonden aan de uitoefening van de verordenende bevoegdheid van de Koning terzake van de benoeming van de voorzitter en van de leden van het directiecomité van de CREG.

De vereiste van overleg in de Ministerraad houdt verband met de inrichting van de openbare machten. Deze vereiste is een substantieel voorschrift, waarvan de miskennis de onwettigheid van de benoemingen impliceert. In het kader van het huidig annulatieberoep tegen de bestreden beslissing beroept de verzoekende partij zich hierbij dan ook bij deze op de onwettigheidsexceptie van art. 159 van de Grondwet wat deze benoemingsbesluiten betreft. Indien de benoemingen van de leden van het directiecomité onwettig zijn, dan is de bestreden beslissing, die door leden van dit directiecomité is genomen, ook onwettig.

Bij afwezigheid van geldige benoeming van leden van een administratieve commissie met beslissingsbevoegdheid zijn de voor de rechtsonderhorige negatieve beslissingen nietig en onwettig (vgl. omtrent de kansspelcommissie in dezelfde zin : R.v.St., nr. 127.482, 27 januari 2004, p. 3-6).

In een tweede, subsidiair, onderdeel van dit middel wordt aangevoerd dat, zelfs indien de voorzitter en de leden van het directiecomité van de CREG wettig zouden zijn benoemd (hetgeen niet het geval is, zoals in het eerste (onderdeel) van dit middel in hoofddorde werd uiteengezet), dan nog de bestreden beslissing ook om de volgende reden onwettig en dus nietig is. Luidens de in de aanhef van dit middel aangehaalde bepaling van de electriciteitswet moet de CREG een huishoudelijk reglement opstellen, dat aan de goedkeuring van de Koning is onderworpen. Dit huishoudelijk reglement werd ook aldus opgesteld en goedgekeurd, zoals eveneens in de aanhef van dit middel is aangehaald. Luidens dezelfde bepaling van de electriciteitswet vergadert het directiecomité van de CREG als college volgens de gewone regels van beraadslagende vergaderingen. Luidens de in de aanhef van dit middel aangehaalde artikels van het huishoudelijk reglement van de CREG kan het directiecomité in principe alleen geldig beraadslagen als zij bestaat uit de voorzitter en ten minste drie directeuren of, wanneer de voorzitter niet aanwezig is, ten minste vier directeuren, met dien verstande dat de bevoegde directeur in principe dient aanwezig te zijn. Er moet worden beslist bij consensus of minsten(s) bij gewone meerderheid van uitgebrachte stemmen.

In casu wordt in de bestreden beslissing enkel vermeld dat deze beslissing werd goedgekeurd door het directiecomité van de CREG op 7 juli 2005. In

strijd met de in de aanhef van dit middel aangehaalde wet van 1991 is dit echter geen afdoende motivering, gezien nergens uit de bestreden beslissing zelf blijkt door wie deze is genomen. De bestreden beslissing is enkel door de voorzitter en één directeur van het directiecomité van de CREG ondertekend, en er zijn aan de bestreden beslissing geen stukken gehecht waaruit de verzoekende partij als rechtsonderhorige kan afleiden dat deze beslissing conform de in de aanhef van dit middel aangehaalde en hiervoor in dit tweede onderdeel van dit middel besproken bepalingen van de electriciteitswet en van het huishoudelijk reglement van de CREG is genomen. Dit moet nochtans blijken uit de bestreden beslissing zelf, en kan nadien niet meer aangevuld worden.

Bovendien is de bestreden beslissing in elk geval onwettig omdat niet bewezen is dat deze wel werd genomen overeenkomstig dezelfde bepalingen van de electriciteitswet en het huishoudelijk reglement van de CREG. Dit is nochtans essentieel voor de wettigheid ervan.

De slotsom is dan ook dat, gezien niet bewezen is dat de benoemingen wettig zijn, de bestreden beslissing nietig is omdat het directiecomité niet wettig was samengesteld, gezien de leden ervan niet wettig waren benoemd (eerste onderdeel). Tevens is niet aangetoond noch gemotiveerd in de bestreden beslissing dat deze is genomen met naleving van de wettelijke regels omtrent quorum en stemming binnen het directiecomité van de CREG (tweede onderdeel)".

5. De verzoekende partij stelt in haar memorie van wederantwoord dat niet bewezen wordt dat in de ministerraad overleg heeft plaatsgevonden over de benoeming van de voorzitter en de leden van het directiecomité van de CREG en dat haar voorstelling van de feiten als zou de bestreden beslissing niet genomen zijn conform de regels van het huishoudelijk reglement van de CREG als wettelijk bewezen moet worden geacht.

6. In haar laatste memorie betoogt de verzoekende partij nog dat een benoemingsbesluit algemene effecten sorteert die niet beperkt zijn tot de betrokken personen zelf maar alle rechtsonderhorigen aanbelangen en dat, hoewel de CREG in principe geen onwettigheidsexceptie mag invoeren, dergelijke exceptie wel kan worden opgeworpen in het kader van een jurisdictioneel beroep bij de Raad van State.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7. Artikel 24, § 2, van de elektriciteitswet bepaalt dat de voorzitter en de leden van het directiecomité van de CREG benoemd worden bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit voor een hernieuwbare termijn van zes jaar.

De benoeming van de voorzitter en van de leden van het directiecomité van de CREG bij de koninklijke besluiten van 9 januari 2000 en 11 december 2002, respectievelijk bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 20 januari 2000 en 25 december 2002, heeft geen verordenend karakter. De exceptie van onwettigheid overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet, kan niet op ontvankelijke wijze worden ingeroepen tegen individuele administratieve rechtshandelingen.

Tweede onderdeel

8. Artikel 4, § 1, eerste lid, van het huishoudelijk reglement van de CREG, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 10 oktober 2001, bepaalt dat het directiecomité alleen geldig kan beraadslagen als zij bestaat uit de voorzitter en ten minste drie directeuren of, wanneer de voorzitter niet aanwezig is, ten minste vier directeuren. Inzake de stemming schrijft paragraaf 2 van dezelfde bepaling voor dat het directiecomité bij consensus beslist en dat, indien geen consensus wordt bereikt, de beslissingen bij gewone meerderheid van uitgebrachte stemmen tot stand komen.

Uit het proces-verbaal van de vergadering van het directiecomité van de CREG van 7 juli 2005, waarop de bestreden beslissing met 5 ja-stemmen tegen 1 neen-stem werd goedgekeurd (punt 10.15), blijkt de aanwezigheid van de voorzitter alsook van vijf directeuren van de CREG.

De formele motiveringsplicht reikt niet zover dat de bestreden beslissing zelf gegevens dient te bevatten waaruit blijkt dat het vereiste aantal leden van het directiecomité aanwezig was om geldig te kunnen beraadslagen. Evenmin is vereist dat opgave wordt gedaan van de uitslag van de stemming in de schoot van het directiecomité. Voor de wettigheidscontrole van de bestreden beslissing volstaat het dat deze gegevens kunnen worden aangetroffen in het administratief dossier.

Conclusie

9. Het eerste middel is deels niet ontvankelijk en deels ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij roept in een tweede middel de schending in van artikel 84 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van artikel 12, § 4, van de elektriciteitswet.

Het middel wordt in het verzoekschrift als volgt toegelicht :

"In de bestreden beslissing wordt herhaaldelijk vastgesteld (...) dat de beslissing is genomen in toepassing inzonderheid van de bepalingen van de artikels 13 § 3 en 24 (van) het koninklijk besluit van 11 juli 2002 'betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven voor de aansluiting op de distributienetten en het gebruik ervan, de ondersteunende diensten geleverd door de beheerders van deze netten en inzake de boekhouding van de beheerder van de distributienetten voor electriciteit', verder afgekort tot 'tariefbesluit'.

Volgens art. 159 van de Grondwet is een individuele overheidsbeslissing (zoals in dit geval de bestreden beslissing) die toepassing maakt van een uitvoeringsbesluit (in casu van het tariefbesluit) nochtans slechts wettig indien het uitvoeringsbesluit zelf wettig is. Dit argument kan voor de Raad van State worden aangevoerd tegen het tariefbesluit in het kader van het huidige annulatieberoep.

Het tariefbesluit is blijkens de aanhef ervan genomen na gemotiveerd verzoek om spoedbehandeling. Dit werd, blijkens de in de aanhef van het

tariefbesluit overgenomen motivering, in essentie gebaseerd op de overweging dat de omzettingstermijn van de Europese richtlijn van 19 december 1996 'betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt van electriciteit' sinds 19 februari 2000 was verstreken, en dat elke vertraging in de omzetting (die op wetgevend federaal vlak reeds was gebeurd door ondermeer de electriciteitswet) de concurrentiepositie van de Belgische industrie kan schaden en een bedreiging vormt voor de effectieve openstelling van de electriciteitsmarkten voor concurrentie. Aldus moest het tariefbesluit zo spoedig mogelijk worden genomen.

Het beroep op de spoedeisendheid, dat sinds de wet van 9 augustus 1980 moet gemotiveerd worden, moet pertinent zijn, en tevens mag de spoedeisendheid niet het gevolg zijn van de inertie van de administratie, of indien de situatie waaraan men beoogt te verhelpen door de uitvaardiging van het koninklijk besluit sinds enige tijd bestaat (R.v.St., nr. 79.811, B.S., 24 juni 1999, p. 23.879). Ook het feit dat er rechtsonzekerheid zou bestaan is geen voldoende reden om zich hierop te roepen (R.v.St., nr. 69.395, 4 november 1997, B.S., 7 februari 1998, p. 3.579), evenmin als de opgave van de redenen waarom een snelle publicatie van het uitvoeringsbesluit nodig zou zijn (cass., 9 september 2002, J.L.M.B., 2003,1176). Daarbij kan enkel worden rekening gehouden met de motivering (of het gebrek daaraan) zoals dit is opgegeven in de preambule van het koninklijk besluit (R.v.St., nr. 49.432, 5 oktober 1994, B.S., 14 januari 1995, p. 768). Dit is een substantiële vormvereiste, die door de onwettigheid of de nietigheid is gesanctioneerd (cass., 25 november 2002, J.T.T., 2003, 272 ; R.v.St., nrs. 87.739 en 87.740 van 31 mei 2000, R.W., 2000-01, 945). Overigens is zowel bij onterecht beroep op de hoogdringendheid als op de spoedeisendheid de sanctie dezelfde, nl. de onwettigverklaring, de nietigheid of de toepassing van de exceptie van onwettigheid (R.v.St., nr. 70.502, 23 december 1997, J.T., 1998, 306). 'De hoven en rechtbanken van hun kant - doch ook de administratieve rechters - zullen in voorkomend geval met toepassing van art. 159 van de Grondwet moeten weigeren toepassing te maken van de verordening m.b.t. dewelke ten onrechte een beroep is gedaan op de dringende noodzakelijkheid om aan de afdeling wetgeving een spoedadvies te vragen' (aldus staatsraad M. Van Damme, Raad van State - Afdeling wetgeving, Brugge, 1998, nr. 218, in fine).

Zo heeft de afdeling administratie van de Raad van State bij arrest nr. 126.817 van 5 januari 2004 een koninklijk besluit van 2003 omtrent de doorvoernetten van aardgas geschorst in de tenuitvoerlegging wegens de onwettigheid ervan, omdat in een bepaald opzicht werd voorbijgegaan aan de voorafgaande adviesverplichting van de afdeling wetgeving van de Raad van State.

In casu was omtrent het tariefbesluit het beroep op de spoedeisendheid onterecht, want het gevolg van inertie van de overheid, die immers heeft stilgezeten, ook na de uitvaardiging van de electriciteitswet (in 1999), en ook nog lang na het verstrijken van de omzettingstermijn (begin 2000) van de Europese richtlijn, die reeds dateerde van 1996. Dit is het eerste onderdeel van dit middel.

In een tweede onderdeel van dit middel wordt tevens aangevoerd dat het tariefbesluit onwettig is, in de mate dat het ook toepasselijk is op de tarieven

voor de aansluiting op de distributienetten en het gebruik ervan. Immers, voor deze uitbreiding van het toepassingsgebied was, overeenkomstig art. 12 § 4 van de electriciteitswet, een voorafgaand overleg met de gewestregeringen vereist. Dit is een wettelijke voorwaarde voor de uitoefening van de bevoegdheid van de Koning terzake. Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State stelde in het advies van 8 mei 2002 voorafgaand aan het tariefbesluit dat niet uit de hem voorgelegde stukken blijkt dat dit wettelijk vereiste overleg met de gewestregeringen heeft plaatsgevonden (advies gepubliceerd in B.S., 27 juli 2002). Dat het van groot belang zou zijn dat dit tariefbesluit toen spoedig werd aangenomen doet geen afbreuk aan deze wettelijke verplichting tot voorafgaand overleg.

Ook om deze reden is het tariefbesluit onwettig, evenals de bestreden beslissing, die er toepassing van maakte.

De slotsom is dan ook dat het tariefbesluit onwettig is wegens het ontbreken van beroep op de spoedeisendheid (eerste onderdeel) en wegens het gebrek aan voorafgaand overleg met de gewestregeringen (tweede onderdeel), zodat het buiten toepassing diende te worden gelaten. De bestreden beslissing, waarin dit onwettig tariefbesluit werd toegepast, is dan ook onwettig".

11. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij met betrekking tot het eerste onderdeel dat de ingeroepen spoedeisendheid precies het gevolg is van de inertie van het bestuur.

Beoordeling

12. Artikel 12, § 5, van de elektriciteitswet, zoals gewijzigd door artikel 53 van de wet van 21 december 2007 houdende diverse bepalingen (I) (hierna : wet van 21 december 2007), bepaalt het volgende :

"Het koninklijk besluit van 11 juli 2002 betreffende de algemene tariefstructuur en de basisprincipes en procedures inzake de tarieven voor de aansluiting op de distributienetten en het gebruik ervan, de ondersteunende diensten geleverd door de beheerders van deze netten en inzake de boekhouding van de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit, bedoeld in § 4, wordt bekrachtigd".

Krachtens artikel 54 van de wet van 21 december 2007 heeft de bekrachtiging uitwerking met ingang van 27 juli 2002, zijnde de datum van inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 11 juli 2002 (hierna : tarievenbesluit).

Door de wetgevende validatie met terugwerkende kracht is het tarievenbesluit vanaf de inwerkingtreding ervan te beschouwen als een handeling van de wetgevende macht.

De wettigheidsbezwaren van de verzoekende partij zijn niet gericht tegen de validatiebepalingen van de wet van 21 december 2007. Ofschoon in het auditoraatsverslag wordt gewezen op de tussengekomen bekrachtiging van het tarievenbesluit, heeft de verzoekende partij in haar laatste memorie geen kritiek geformuleerd ten aanzien van bedoelde wetgevende validatie in het licht van de terzake relevante grondwettelijke beginselen. Het middel, zoals uiteengezet door de verzoekende partij, kan er niet toe leiden dat de Raad van State op grond van artikel 159 van de Grondwet het tarievenbesluit wegens onwettigheid buiten toepassing zou laten.

Het middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij roept in een derde middel de schending in van de artikelen 13, § 5, en 24 van het tarievenbesluit, van de rechten van verdediging, inzonderheid het recht om gehoord te worden, en van het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het fair play-beginsel.

In haar verzoekschrift betoogt de verzoekende partij het volgende :

"In de bestreden beslissing (...) wordt vastgesteld dat de verzoekende partij bij brief van de CREG van 3 juni 2005 in de gelegenheid werd gesteld om ondermeer de bevindingen omtrent het alsdan meegedeeld ontwerp van beslissing dd. 2 juni 2002 (welke ontwerpbeslissing overigens in bijlage is gehecht aan de bestreden beslissing, zoals vermeld in de bestreden beslissing :

stuk 1, p. 3/10, voorlaatste alinea) schriftelijk over te maken aan het directiecomité van de CREG. De verzoekende partij heeft de bevindingen overgemaakt bij brief van 16 juni 2005 (...), waarvan in de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat deze bevindingen werden afgeleverd aan de CREG op 20 juni 2005 (...).

In de bestreden beslissing wordt (...) vastgesteld dat de verzoekende partij in 2004 voor 1.588.261 kWh meer heeft bespaard da(n) decretaal vereist was. Om die reden wordt een bedrag van 45 790,08 € uit de kosten van 2004 weggehaald en als tegenhanger van 1.558.261 kWh op de overgangsrekening geboekt.

Nochtans heeft de CREG aldus gehandeld in strijd met de in de aanhef van dit middel aangehaalde artikels, minstens met de aldaar aangehaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Inderdaad, als rechtsonderhorige mocht de verzoekende partij verwachten dat de CREG in de overigens lijvige ontwerpbeslissing van 2 juni 2002, waaromtrent zij opmerkingen mocht formuleren en ook heeft geformuleerd, reeds alle welkdanige verrekeningen of wijzigingen zou vermelden. Men ziet in casu niet in waarom de CREG eerst in de bestreden beslissing plots gewag maakt van het weghalen van 45 790,08 € uit de kosten van het exploitatiejaar 2004. Door aldus te handelen is de verzoekende partij niet in de mogelijkheid geweest om hieromtrent opmerkingen te formuleren. En dat de verzoekende partij wat dat betreft opmerkingen had wordt hieronder in het vijfde middel van dit verzoekschrift (...) nader uiteengezet, waarnaar hier kortheidshalve wordt verwezen. Aldus zijn de in de aanhef van dit middel aangehaalde wettelijke rechten van de verzoekende partij beknot in de bestreden beslissing.

Nochtans wordt in het in de aanhef van dit middel aangehaalde artikel van het tariefbesluit bepaald dat de CREG, indien zij, bij haar onderzoek van de jaarlijkse rapportering door de distributienetbeheerder over de exploitatieresultaten van het distributienet van het voorbije exploitatiejaar, vaststelt dat de tarieven toegepast tijdens het voorbije exploitatiejaar geresulteerd hebben in een bonus, zij de betrokken distributienetbeheerder hiervan onverwijld op de hoogte brengt bij een ter post aangetekend schrijven. Bovendien heeft de CREG de verzoekende partij in elk geval in de gelegenheid gesteld om bevindingen mee te delen omtrent de ontwerpbeslissing, en heeft de verzoekende partij deze gelegenheid ook te baat genomen.

De CREG kan geen nieuwe elementen in het nadeel van de verzoekende partij weerhouden eerst in de bestreden beslissing, zonder dat hiervan sprake was in de voorbereidende beslissing van 2 juni 2005, of zonder dat de verzoekende partij anderszins in de mogelijkheid is gesteld om voorafgaand aan de eindbeslissing van de CREG hieromtrent een standpunt uiteen te zetten. Deze beginselen zijn volgens de rechtspraak van de Raad van State in principe niet alleen toepasselijk bij gerechtelijke procedures en administratieve rechtscolleges, doch ook voor organen van actief bestuur zoals de CREG.

Door de verzoekende partij een lijvig ontwerp van beslissing over te maken, met mogelijkheid om ondermeer opmerkingen te formuleren, verkeerde de verzoekende partij te goeder trouw in de overtuiging dat de CREG in de eindbeslissing - in casu de thans bestreden beslissing - geen nieuwe elementen voor het eerst in aanmerking zou nemen waaromtrent de verzoekende partij niet

voorafgaand in de mogelijkheid was geweest om tegenspraak te voeren of om dienaangaande standpunt in te nemen. Aldus zijn ook de andere in de aanhef van dit middel aangehaalde rechtsregels geschonden, en is het vertrouwen van de verzoekende partij verschalkt. Er was geen reden om ook dit punt niet reeds in de ontwerpbeslissing van 2 juni 2005 te vermelden.

De slotsom is dan ook dat in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het recht om zijn standpunt uiteen te zetten, de bestreden beslissing de verzoekende partij niet in de gelegenheid heeft gesteld om opmerkingen te geven omtrent het weghalen van 45 790,08 € uit de kosten van het exploitatiejaar 2004".

14. De verzoekende partij benadrukt in de memorie van wederantwoord dat een verschuiving in de tijd van kosten ook als een nadeel in haren hoofde moet worden beschouwd.

Beoordeling

15. Uit de bestreden beslissing blijkt dat het weghalen van een bedrag van 45.790,08 euro uit de exploitatiekosten van 2004 om het te boeken op de overgangsrekening, voortvloeit uit de regeling waarbij "om de continuïteit van de openbare dienstverplichting te bewaren en een stop-and-go-effect te vermijden, (...) de gemaakte kosten (in het kader van het rationeel energiegebruik, REG) die boven de kosten nodig om het resultaat te bereiken uitstijgen, op een overgangsrekening worden geboekt" en dat "deze overgangsrekening (...) de financiële uitdrukking (is) van het banking-systeem dat door de Vlaamse regelgeving werd ingesteld voor kWh".

Artikel 2, § 10, van het besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002 inzake de openbaredienstverplichtingen ter bevordering van het rationeel energiegebruik, zoals vervangen door artikel 2 van het besluit van de Vlaamse regering van 26 september 2003, nadien opgeheven door het besluit van de Vlaamse regering van 2 maart 2007, bepaalde dat "als de gerealiseerde primaire energiebesparing hoger ligt dan de resultaatsverplichtingen, bedoeld in § 1 tot en met § 4 en § 8, tweede lid, (...) het overschot (kan) worden overgedragen naar het

volgende jaar om te voldoen aan de resultaatsverplichting voor de betreffende doelgroep".

De verzoekende partij betwist niet dat de voor de toepassing van voormelde bepaling noodzakelijke definitieve gegevens voor het jaar 2004 pas op 4 juli 2005, dit is na de kennisgeving van de ontwerpbeslissing van 2 juni 2005, aan de CREG werden bezorgd. De CREG diende de verzoekende partij niet te horen omtrent het (over)boeken van de betrokken kosten op een overgangsrekening. Het gaat immers om een louter boekhoudkundige operatie die geen verwerping van kosten impliceert. Er wordt derhalve niet aangenomen dat het overbrengen van de bedoelde REG-overschotten op een overgangsrekening, neerkomt op een maatregel die de belangen van de verzoekende partij zwaar heeft aangetast.

Het derde middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

16. In een vierde middel roept de verzoekende partij de schending in van de artikelen 1, § 1, 1° en 2°, 41, 42 en 58, van de gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken en van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

In het verzoekschrift tot nietigverklaring wordt het volgende uiteengezet :

"In de bestreden beslissing worden herhaaldelijk anderstalige termen of een letterwoord gebruikt, zoals 'banking', 'stop-and-go', 'FIFO', 'embedded (financial) costs' en 'embedded costs' (...).

Nochtans is de CREG een openbare dienst van de staat, of minstens een rechtspersoon die belast is met een taak die de electriciteitswet haar heeft toevertrouwd, die haar zetel heeft in het administratief arrondissement Brussel-hoofdstad, en waarvan de werkring het ganse land bestrijkt. De verzoekende partij, die gevestigd is te Izegem en dus in het Vlaamse gewest,

heeft zich, evenals de CREG, in deze steeds van het Nederlands bediend. De CREG, en ook haar beheerscomité, is gebonden bij het nemen en motiveren van beslissingen zoals de thans bestreden beslissing, aan de verplichting om daarin het Nederlands te gebruiken. Het Engels is overigens geen taal waarvan sprake is in de in de aanhef van dit middel aangehaalde wet, en het gebruik ervan is niet toegelaten.

De administratieve handelingen die strijdig zijn met de bepaling van deze taalwetten zijn nietig, en de nietigheid daarvan kan ondermeer op verzoek van iedere belanghebbende worden vastgesteld door ondermeer de Raad van State. De verzoekende partij vordert bij dit middel van dit annulatieverzoek de nietigheid van de bestreden beslissing om deze reden. De verzoekende partij heeft er uiteraard belang bij dat er geen Engelse termen worden gebruikt, die zij niet kent, bij het nemen van een administratieve beslissing betreffende haar rechtspositie als distributienetbeheerder.

Overigens is aldus ook de in de aanhef van dit middel aangehaalde wet van 1991 geschonden, gezien door het gebruik van deze Engelstalige termen en letterwoord, zonder nadere definitie, de verzoekende partij geen afdoende motivering van de beslissing in deze beslissing kan terugvinden.

De slotsom is dan ook dat de bestreden beslissing naar vorm en inhoud nietig is wegens schending van de taalwetgeving, doordat er Engelstalige termen en letterwoord worden gebruikt, en doordat aldus ook niet voldaan is aan de wettelijke vereiste van afdoende motivering".

17. De verzoekende partij stelt in de memorie van wederantwoord dat haar kennis van Engelstalige termen niet ter zake doet en dat zij daaromtrent geen uitleg moet vragen omdat de verwerende partij deze termen niet wettelijk mag gebruiken.

Beoordeling

18. De bestreden beslissing is in het Nederlands gesteld. Ze bevat evenwel ook een beperkt aantal anderstalige begrippen, uitdrukkingen en letterwoorden, zoals "banking", "stop-and-go", "FIFO", "embedded (financial) costs" en "embedded costs".

Aangezien de verzoekende partij als distributienetbeheerder actief is in een sector die onderworpen is aan een jaarlijkse controle van het exploitatieresultaat, mag in redelijkheid aangenomen worden dat zij genoegzaam vertrouwd is, of geacht moet worden te zijn, met de gespecialiseerde financiële en

boekhoudkundige terminologie die, ook buiten het oorspronkelijke Engelse taalgebied, algemeen ingeburgerd is geraakt. Het gebruik van deze begrippen en uitdrukkingen in de specifieke technische context van het betrokken vakgebied, maakt de bestreden beslissing dan ook niet onbegrijpelijk voor degene tot wie ze is gericht. Bovendien wordt vastgesteld dat de verzoekende partij met voldoende kennis van zaken haar opmerkingen heeft laten kennen bij de ontwerpbeslissing van de CREG van 2 juni 2005 waarin dezelfde terminologie werd gehanteerd. Het gebruik van kwestieuze technische termen heeft de verzoekende partij bijgevolg niet verhinderd op nuttige wijze voor haar belangen op te komen.

Het vierde middel is ongegrond.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

19. De verzoekende partij roept in een vijfde middel de schending in van artikel 12, §§ 1 en 2, 1° tot 3°, van de elektriciteitswet, de artikelen 5, § 2, en 22, § 1, van het tarievenbesluit, de motiveringswet, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, van richtlijn (B) 030618-CDC-218 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 en van het beginsel "patere legem quem ipse fecisti".

Het middel wordt in het verzoekschrift als volgt geadstrueerd :

"In de bestreden beslissing wordt spijs de opmerkingen van de verzoekende partij gedaan bij brief van 16 juni 2005 (...) een bedrag van 585 971,61 € in mindering gebracht van de goedgekeurde gebudgetteerde kosten, teneinde een aantal niet opgenomen kosten en opbrengsten te regulariseren (...). Eveneens wordt de opbrengst met 16 011,68 € verhoogd in de bestreden beslissing (...) uit hoofde van door Telenet betaalde vergoedingen, waaromtrent de verzoekende partij herhaaldelijk opmerkingen formuleerde (...).

Nochtans moet daartegen vooreerst worden aangevoerd dat de verzoekende partij in de brief van 16 juni 2005, waarbij opmerkingen werden gemaakt op de

ontwerpbeslissing van 2 juni 2005 (...), gemotiveerd had uiteengezet waarom zich een vermindering van dit bedrag van 585 971,61 € met een bedrag van 319 000 € opdroeg. Er is de verzoekende partij ook geen rechtsregel bekend die een autonoom gemeentebedrijf zou beletten om een creditnota op te maken ten voordele van de stad Izegem, indien dit gebeurt ingevolge een definitieve nacalculatie waaruit blijkt dat er voor dit bedrag op basis van de aanvankelijke bestekprijzen teveel werd betaald in 2004 door de stad Izegem omtrent projecten van uitbreiding van openbare verlichting.

Ten onrechte werd dus in de bestreden beslissing dit bedrag van 319 000 € niet in mindering gebracht. De verzoekende partij heeft ook wel degelijk aangeduid in de opmerkingen bij brief dd. 16 juni 2005 op welke manier dit bedrag van 319 000 € werd bekomen, namelijk op basis van de nacalculatie waaruit gebleken is dat ten belope van dit bedrag er een verschil in het voordeel van de stad Izegem bestaat, die dus ten belope van dit bedrag in 2004 als klant teveel betaalde aan de verzoekende partij voor de projecten van uitbreiding van de openbare verlichting. Dit werd in detail weergegeven in de berekeningen die in bijlage bij deze brief van 16 juni 2005 van de verzoekende partij waren gevoegd en overgemaakt aan de CREG.

Vervolgens heeft de verzoekende partij zowel in een e-mailbericht van 26 mei 2005 (...) als in de brief van 16 juni 2005 (...) benadrukt dat de steunvergoedingen van 7 956 € en 8 055,68 € of in totaal van 16 011,68 € die de verzoekende partij ontving van Telenet moeten worden uitgetrokken of in mindering worden gebracht. Dit betrof inderdaad vergoedingen voor het gebruik van installaties HS/MS, met name voor steunen op palen van openbare verlichting ('OV') die Telenet aan de verzoekende partij betaalde voor het leggen van haar kabeldistributie. Dit bedrag van 16 011,68 € maakte deel uit van het bedrag van 135 678,78 € waarvan sprake in tabel 13 van de rapportering van 14 maart 2005 die de verzoekende partij aan de CREG had overgemaakt (...), en waarnaar ook telkenmale werd verwezen in de voornoemde stukken 5 en 7 van de verzoekende partij. Dit bedrag van 16 011,68 € moest worden afgetrokken, omdat deze vergoeding toekomt aan de eigenaar van deze openbare verlichting, zijnde niet de verzoekende partij.

Het toppunt is dat in de bestreden beslissing niet alleen dit bedrag van 16 011,68 € ten onrechte niet wordt afgetrokken (zoals nochtans gemotiveerd gevraagd door de verzoekende partij), doch dat dit bedrag dan ook nog eens wordt bijgeteld. Met andere woorden, niet alleen werd dit bedrag ten onrechte niet afgetrokken : Het werd in elk geval tevens ten onrechte nog eens bijgeteld door verhoging van de opbrengsten van de klantengroep. Dit klopt zeker niet, nu dit bedrag van 16 011,68 € reeds was inbegrepen in het voornoemde bedrag van 135 678,78 €.

Ten slotte is het niet duidelijk op basis van welke gegevens in de bestreden beslissing (...) een percentage van 7,31 % als gemiddelde correctie wat de verzoekende partij betreft voor de 100 kWh gratis werd doorgevoerd. De extrapolering naar de volledige markt is niet bewezen en is arbitrair, evenals de kostenvermindering voor een bedrag van 35 650,96 € van de post 'diensten en diverse goederen'.

Aldus is de bestreden beslissing zoals hiervoor in dit middel aangegeven genomen met schending van de in de aanhef van dit middel aangehaalde

artikels van de electriciteitswet en van het tariefbesluit. Immers, door aldus geen rekening te houden met de opmerkingen van de verzoekende partij is geen rekening gehouden met de in de electriciteitswet voorzien(e) richtsnoeren noch met het principe van de billijke winstmarge. Deze regels dienen door de CREG nochtans in acht worden genomen bij het bepalen van de tarieven. Het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot instelling van de tarieven voor de aansluiting op de distributienetten van electriciteit en het gebruik ervan breidt het toepassingsgebied van art. 12 § 2 van de electriciteitswet uit tot de tarifiering betreffende de electriciteitsdistributienetten, zodat ook bij het bepalen van de tarieven daarvan het richtsnoer van de billijke winstmarge in acht diende te worden genomen.

Aldus is de bestreden beslissing ook niet afdoende gemotiveerd, gezien een actief bestuur bij het nemen van een beslissing uiteraard moet acht slaan op de gegevens die de rechtsonderhorige en belanghebbende voorafgaandelijk heeft meegedeeld, en de motivering van de beslissing daarvan moet doen blijken. Het zorgvuldigheidsbeginsel is ook geschonden, gezien uit deze misslagen van de CREG bij het nemen van de bestreden beslissing duidelijk blijkt dat het dossier onzorgvuldig werd voorbereid.

De slotsom is dan ook dat in de bestreden beslissing de correctie op de kosten ten onrechte op 585 971,61 € wordt behouden, dat de door Telenet betaalde vergoeding ten onrechte niet in mindering wordt gebracht en ten onrechte nog eens wordt bijgeteld door verhoging van de opbrengsten van de klantengroep, en dat de extrapolering van een percentage als gemiddelde correctie voor de 100 kWh gratis (en de hieruit voortvloeiende kostenvermindering voor 35 650,96 €) niet bewezen en arbitrair is".

20. In de memorie van wederantwoord en de laatste memorie herhaalt de verzoekende partij in essentie haar standpunten met betrekking tot de regularisatie van de kosten met de bedragen die betrekking hebben op de afrekening van de projecten van uitbreiding van de openbare verlichting in de stad Izegem en de steunvergoedingen die zij heeft ontvangen van Telenet.

Beoordeling

21. In de ontwerpbeslissing van 2 juni 2005 heeft de CREG een verschil van 585.971,61 euro vastgesteld tussen de door de verzoekende partij gebudgetteerde kosten en de werkelijke kosten. Dat verschil is volgens de CREG het gevolg van de situatie (ii) die vermeld wordt in paragraaf 12 van haar ontwerp van beslissing.

In paragraaf 12 wordt onder meer het volgende uiteengezet :

"Bij wijze van voorbeeld kunnen de volgende oorzaken van afwijkingen van de werkelijkheid ten opzichte van het budget voorkomen :

- (i) (...);
- (ii) niet in het budget voorziene budgetkosten of budgetposten die hoger uitvallen dan geraamd, kunnen, indien verantwoord, door de CREG als redelijke kosten en/of opbrengsten aanvaard worden, maar kunnen ook als onredelijk verworpen worden;
- (iii) (...);
- (iv) (...).

In deze beslissing wordt nagegaan, aan de hand van concrete vaststellingen of de afwijkingen tussen begroting en werkelijkheid aanleiding geven tot een bonus of een malus enerzijds of de afwijking tussen begroting en werkelijkheid moet overgedragen worden naar de kosten die via de tarieven van de volgende jaren mogen gerecupereerd worden".

De verzoekende partij wenst van het vastgestelde verschil een bedrag van 319.000 euro in mindering te brengen dat zou overeenstemmen met het bedrag van een creditnota ten voordele van de stad Izegem wegens een te hoge facturatie van projecten voor de uitbreiding van de openbare verlichting.

In de bestreden beslissing stelt de CREG vast dat de verzoekende partij "geen enkele informatie (geeft) in verband met de manier waarop het bedrag van € 319.000,00 werd bekomen".

De verzoekende partij toont niet aan dat haar brief met opmerkingen van 16 juni 2005 en de in bijlage gevoegde boekhoudkundige stukken, de CREG hebben toegelaten concreet inzicht te krijgen in het bedrag van de gevraagde kostenvermindering.

Met betrekking tot de van Telenet ontvangen steunvergoedingen voor een bedrag van 16.011,68 euro, heeft de CREG in de bestreden beslissing geantwoord dat deze vergoedingen betaald werden voor "het gebruik van een deel van de infrastructuur van de distributienetbeheerder" en dat deze opbrengsten bijgevolg "wel degelijk moeten worden in rekening gebracht" door de werkelijke opbrengsten van de klantengroep "Transformatie naar MS" te verhogen met het

voormelde bedrag. Uit de door de CREG verstrekte motieven blijkt geen kennelijke beoordelingsfout op het vlak van de vaststelling van de werkelijke opbrengsten van de klantengroep "Transformatie naar MS".

In de bestreden beslissing merkt de CREG vooreerst op dat de verzoekende partij geen gegevens heeft verstrekt in verband met een mogelijke herberekening van de kosten voor het verstrekken van de 100 kWh-gratis.

Zij stelt eveneens het volgende :

"Teneinde een zo correct mogelijk beeld te krijgen van de werkelijke kosten van de distributienetbeheerder, heeft de CREG op basis van de voor haar beschikbare gegevens van andere distributienetbeheerders een gemiddeld percentage berekend van de correctie die dient te gebeuren op de kost van de 100kWh-gratis. Deze gegevens hadden betrekking op de afrekening die één leverancier met een marktaandeel bij de gemengde intercommunales in 2004 van 89,39% volgens de gegevens van de VREG, aan de gemengde intercommunales heeft gestuurd; de percentages voor de samenloop met het sociaal tarief van deze leverancier werden geëxtrapoleerd naar de volledige markt. Deze gemiddelde correctie bedraagt 7,31%, wat voor ETIZ wil zeggen dat de kosten voor de 100kWh-gratis worden verminderd met een bedrag van € 35.650,96. Dit bedrag wordt in mindering gebracht van de post 'Diensten en diverse goederen'".

De toepassing door de CREG van een "gemiddelde correctie" is in de eerste plaats het gevolg van het feit dat de verzoekende partij zelf niet is overgegaan tot een kostenberekening die toegespitst is op haar individuele situatie. Voor het overige maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de door de CREG doorgevoerde gemiddelde correctie, die gebaseerd is op de gegevens van andere distributienetbeheerders, manifest onredelijk is.

Het vijfde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig juni tweeduizend en elf, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin