

Rolnummer 6384
Arrest nr. 66/2017 van 1 juni 2017

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag over artikel 26 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, gesteld door de Rechtbank van eerste aanleg Waals-Brabant.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters J. Spreutels en E. De Groot, en de rechters L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet en R. Leysen, bijgestaan door de griffier F. Meersschaut, onder voorzitterschap van voorzitter J. Spreutels,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging

Bij vonnis van 17 maart 2016 in zake de cvba « Provinciale Brabançonne d’Energie » tegen de gemeente Perwijs, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 25 maart 2016, heeft de Rechtbank van eerste aanleg Waals-Brabant de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Is artikel 26 van de wet van 22 december 1986 ‘ betreffende de intercommunales ’, indien het in die zin moet worden gelezen dat het elke vorm van belasting van de intercommunales uitsluit, zelfs met betrekking tot commerciële activiteiten in rechtstreekse concurrentie met de privésector, bestaanbaar met de artikelen 10, 11, 170 en 172 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 101, lid 1, d), van het VWEU ? ».

Memories zijn ingediend door :

- de cvba « Provinciale Brabançonne d’Energie », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. C. Coen, advocaat bij de balie te Antwerpen;
- de gemeente Perwijs (vertegenwoordigd door haar gemeentecollege), bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. D. Renders, advocaat bij de balie te Brussel;
- de Waalse Regering, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. A. Hirsch en Mr. V. Delcuve, advocaten bij de balie te Brussel;
- de Vlaamse Regering, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. B. Martel, advocaat bij de balie te Brussel.

Memories van antwoord zijn ingediend door :

- de cvba « Provinciale Brabançonne d’Energie »;
- de gemeente Perwijs;
- de Vlaamse Regering.

Bij beschikking van 22 februari 2017 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers J.-P. Snappe en L. Lavrysen te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij een partij binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 8 maart 2017 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtzitting werd ingediend, is de zaak op 8 maart 2017 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

De eisende partij voor de verwijzende rechter, de cvba « Provinciale Brabançonne d’Energie » (hierna : de PBE) is een intercommunale die, onder meer, de productie, de aankoop en de omzetting van elektrische energie tot doel heeft, en dat binnen de context van de regelgeving inzake liberalisering van de elektriciteitsmarkt.

In het kader van die activiteiten heeft de PBE, in 2000, op het grondgebied van de gemeente Perwijs, verwerende partij voor de verwijzende rechter, een windmolen van 0,6 MW laten bouwen. Die gemeente is één van de vennoten van de PBE.

Op 30 augustus 2012 voert de gemeente Perwijs een reglement in waarbij masten van windmolens worden belast.

Op 19 april 2013 dient de PBE een bezwaarschrift in tegen de geldigheid van het gemeentelijk reglement, waarbij zij de toepassing ervan, te haren aanzien, betwist. De redenen hiervoor bevinden zich in de statuten van de PBE (verbintenis van de gemeenten om geen belasting te heffen) en in artikel 26 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales (vrijstelling van alle belastingen te hunnen aanzien). Zij wordt niet in het gelijk gesteld, waarna de raad van bestuur van de PBE bij de Raad van State een beroep instelt tot nietigverklaring van het reglement.

Op 8 mei 2014 verwerpt de Raad van State het beroep, waarbij hij zich onbevoegd verklaart om kennis te nemen van de schending van de wet op de intercommunales.

Nadat, op 17 september 2014, haar bezwaarschrift, ingediend voor het gemeentecollege van de gemeente Perwijs, onontvankelijk is verklaard, verzoekt de PBE de Rechtbank van eerste aanleg Waals-Brabant, het verwijzende rechtscollege, de beslissing van het gemeentecollege te herzien, het inkohieringsbesluit nietig te verklaren en voor recht te zeggen dat de PBE de in het geding zijnde belasting niet verschuldigd is.

De gemeente Perwijs vraagt de Rechtbank dat verzoek onontvankelijk en minstens ongegrond te verklaren en dat, in voorkomend geval, nadat zij aan het Hof de voormelde prejudiciële vraag heeft gesteld.

III. In rechte

- A -

A.1. De PBE stelt vast dat de prejudiciële vraag er geen rekening mee houdt dat de vrijstelling waarin artikel 26 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales voorziet, tot doel heeft te vermijden dat die laatsten worden belast op activiteiten waarvoor de gemeente zelf niet zou worden belast. In wezen heeft een intercommunale geen commercieel doel, ook al kunnen haar activiteiten rechtstreeks in concurrentie treden met de privésector. Zij herinnert eraan dat artikel 3 van dezelfde wet elk commercieel karakter voor de activiteit van een intercommunale verbiedt en dat, krachtens de artikelen 41 en 162, vierde lid, van de Grondwet, de gemeenten het recht hebben om zich te verenigen, maar uitsluitend met het oog op een gemeenschappelijk beheer van aangelegenheden van gemeentelijk belang.

In haar memorie van antwoord steunt de PBE het standpunt van de Vlaamse Regering volgens hetwelk de prejudiciële vraag geen betrekking heeft op de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), en niet ontvankelijk is in zoverre zij artikel 101, lid 1, d), van hetzelfde Verdrag beoogt.

De PBE besluit dat de prejudiciële vraag dus zonder voorwerp is en herinnert eraan dat het Hof, in verschillende arresten, heeft geoordeeld dat artikel 26 van de wet van 22 december 1986 in overeenstemming is met de Grondwet, aangezien de reden voor de uitzondering gerechtvaardigd is.

A.2. Na de wetgevende context waarin de fiscale vrijstelling van de intercommunales moet worden begrepen te hebben gesitueerd, brengt de gemeente Perwijs in herinnering dat, in zijn arrest nr. 148/2012 van 6 december 2012, het Hof heeft beslist, rekening houdend met de in het geding zijnde bepaling, dat het in strijd

is met het gelijkheidsbeginsel de autonome gemeentebedrijven niet vrij te stellen van de vennootschapsbelasting in aangelegenheden waarin zij zich in de plaats stellen van de gemeenten om een opdracht uit te oefenen die aan die laatste is voorbehouden. In zijn arrest nr. 114/2014 van 17 juli 2014 heeft het Hof die vrijstelling nogmaals als grondwetsconform beschouwd omdat de intercommunales in een bepaald opzicht het verlengstuk vormen van de gemeenten, die niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

Ingevolge dat arrest heeft de federale wetgever beslist een einde te maken aan de vrijstelling van de vennootschapsbelasting waarin artikel 180 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992) ten gunste van de intercommunales voorziet. Voortaan worden alleen de intercommunales waarvan het maatschappelijk doel hoofdzakelijk de uitbating van een ziekenhuis is of die van een instelling die oorlogsslachtoffers, mindervaliden, bejaarden, beschermde minderjarigen of behoeftigen bijstaat, ervan vrijgesteld.

Daaruit kan worden afgeleid, volgens de gemeente Perwijs, dat de wetgever niet langer van oordeel is dat de intercommunales automatisch dezelfde fiscale regeling als de gemeenten zouden moeten genieten. Dat standpunt strekt ertoe de eerlijke concurrentie tussen de privésector en de overheidssector te bewerkstelligen.

In haar memorie van antwoord benadrukt de gemeente Perwijs dat de prejudiciële vraag niet opnieuw ter discussie stelt dat intercommunales eenzelfde doel van gemeentelijk belang nastreven. Er wordt eenvoudigweg opgemerkt dat die intercommunales bepaalde activiteiten uitoefenen in concurrentie met de privésector en dat, bijgevolg, de vrijstelling die is vastgelegd bij artikel 26 van de wet van 22 december 1986 de regel van gelijkheid schendt in zoverre zij de concurrentie tussen de intercommunales en de marktdeelnemers van de privésector die dezelfde activiteiten uitoefenen, verstoort.

De gemeente Perwijs herinnert vervolgens eraan dat artikel 107, lid 1, van het VWEU steunmaatregelen van de Staten, die de mededinging zouden kunnen vervalsen, verbiedt en dat artikel 108 van hetzelfde Verdrag de lidstaat, die overweegt een dergelijke maatregel te nemen, verplicht om vooraf ervan kennis te geven aan de Europese Commissie.

Het Hof heeft, bij zijn arrest nr. 15/2015 van 5 februari 2015, geoordeeld dat de toekenning van een steunmaatregel een schending kan vormen van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Samengevat kan een fiscale maatregel een staatssteun vormen. De gemeente Perwijs merkt dan ook op dat de in het geding zijnde bepaling de regels van gelijkheid en niet-discriminatie alsook de eerlijke concurrentie tussen intercommunales en privé-ondernemingen schendt.

Te dezen is de PBE actief in de sector van de industriële productie van elektriciteit, en baat zij een windmolen uit op haar grondgebied. Die activiteit, die volledig geliberaliseerd is, moet dus, volgens haar, worden uitgeoefend met inachtneming van de meest volkomen gelijkheid tussen concurrenten.

Bijgevolg schendt de toekenning van een bevoorrechte fiscale regeling aan de intercommunales, voor de activiteiten die zij in dat type van sector uitoefenen, klaarblijkelijk de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en dat zonder enige objectieve en redelijke verantwoording.

De prejudiciële vraag dient dus ontkennend te worden beantwoord.

A.3. De Waalse Regering merkt op dat het Hof heeft geoordeeld, bij zijn arrest nr. 166/2004 van 28 oktober 2004, dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 december 1986 kan worden afgeleid dat de wetgever tot doel had de intercommunales vrij te stellen van de belastingen waaraan de gemeenten niet waren onderworpen, en dit omdat de intercommunales activiteiten vervullen die betrekking hebben op de verwezenlijking van doelstellingen van gemeentelijk belang.

De Waalse Regering besluit dat de prejudiciële vraag dus zonder voorwerp is en geen antwoord behoeft.

A.4.1. De Vlaamse Regering is van oordeel dat de prejudiciële vraag niet ontvankelijk is en dat zij, minstens, ontkennend moet worden beantwoord.

Uitgaande van het arrest van het Hof nr. 8/2004 van 21 januari 2004 herinnert zij eraan dat het Hof, volgens een vaste rechtspraak, heeft geoordeeld dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 december 1986 volgt dat artikel 26 de regels van gelijkheid en niet-discriminatie niet schendt in zoverre de vrijstelling, voor de

intercommunales, van de vennootschapsbelasting past in het kader van dezelfde doelstelling als de vrijstelling die aan de gemeenten wordt toegekend.

De prejudiciële vraag is niet ontvankelijk omdat, volgens de Vlaamse Regering, de formulering ervan het niet mogelijk maakt te weten uit welk oogpunt artikel 26 van de wet van 22 december 1986 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en, in het bijzonder, artikel 101, lid 1, d), van het VWEU zou schenden. De verwijzende rechter legt evenmin uit hoe, noch in welk opzicht de in het geding zijnde bepaling artikel 170 van de Grondwet zou schenden.

Hoe dan ook dient het Hof, indien het de prejudiciële vraag ontvankelijk zou verklaren, ze ontkennend te beantwoorden, volgens de Vlaamse Regering.

Allereerst zou het in het geding zijnde artikel 26, artikel 170 van de Grondwet niet kunnen schenden, vermits de federale wetgever een bevoegdheid heeft uitgeoefend die hem toekomt overeenkomstig paragraaf 4, tweede lid, van dat laatste artikel.

Dezelfde bepaling schendt evenmin de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, en de Vlaamse Regering herinnert eveneens aan het voormelde arrest van het Hof nr. 166/2004.

A.4.2. De Vlaamse Regering voert in haar memorie van antwoord aan dat de gemeente Perwijs de draagwijdte van de prejudiciële vraag niet heeft begrepen. Zij is van oordeel dat aan het Hof een vraag wordt gesteld over het verschil in behandeling dat zou kunnen voortvloeien uit artikel 26 van de wet van 22 december 1986 in zoverre het de intercommunales fiscaal vrijstelt zonder onderscheid naargelang zij traditionele opdrachten van openbare dienst uitvoeren of andere taken verrichten die niet tot die laatste behoren.

De gemeente Perwijs plaatst de prejudiciële vraag in de context van de arresten van het Hof nrs. 148/2012 en 114/2014, en ook in die van de programmwet van 10 augustus 2015 die de principiële vrijstelling van de vennootschapsbelasting, ten gunste van de intercommunales, heeft afgeschaft. Volgens de Vlaamse Regering heeft de wetswijziging waarnaar wordt verwezen echter enkel betrekking op de belastingregeling van de intercommunales op het gebied van de inkomstenbelasting. Die wijziging brengt echter geen principiële afschaffing met zich mee van elke andere vorm van fiscale vrijstelling te hunnen gunste. Men zou met andere woorden uit de wijziging die is aangebracht in het WIB 1992 en die overigens gepaard gaat met talrijke uitzonderingen wanneer wordt aangetoond dat de intercommunales opdrachten van openbare dienst uitvoeren, niet kunnen afleiden dat de federale wetgever het in het geding zijnde artikel 26 van de wet van 22 december 1986 impliciet zou hebben gewijzigd.

De Vlaamse Regering besluit dat dit artikel enkel een vrijstelling zou kunnen beogen, voor de intercommunales, van het stelsel van de belastingen die eventueel door een gemeente worden opgelegd, en geen vrijstelling van de belastingen die de federale Staat zou kunnen heffen.

- B -

B.1.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op artikel 26 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales. Dat artikel bepaalt :

« Onverminderd de bestaande wetsebepalingen zijn de intercommunales vrijgesteld van alle belastingen ten gunste van de Staat, evenals van alle belastingen ingevoerd door de provincies, de gemeenten of enig andere publiekrechtelijke persoon ».

B.1.2. De gemeente Perwijs doet gelden dat de in het geding zijnde bepaling niet van toepassing is op het voor de verwijzende rechter hangende geschil omdat de wetgever heeft

beslist, in de programmawet van 10 augustus 2015, een einde te maken aan de vrijstelling van de vennootschapsbelasting bedoeld in artikel 180 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992) ten gunste van de intercommunales. De wetgever zou hebben geoordeeld dat, om een andere fiscale regeling te genieten dan die van de private marktdeelnemers, een intercommunale moet aantonen dat haar hoofddoel erin bestaat in behoeften van algemeen belang te voorzien en dat zij bijgevolg niet in concurrentie treedt met de privésector. De gemeente Perwijs voegt eraan toe dat elke andere interpretatie van de in het geding zijnde bepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 107, lid 1, en 108, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), zou schenden.

B.2. De opheffing van artikel 180 van het WIB 1992 door artikel 17 van de programmawet van 19 december 2014, die vervolgens werd gewijzigd door de programmawet van 10 augustus 2015, heeft enkel tot doel de automatische vrijstelling, voor intercommunales, samenwerkingsverbanden en projectverenigingen, van de vennootschapsbelasting, af te schaffen. De twee voormelde programmawetten hebben artikel 26 van de wet van 22 december 1986, de enige bepaling die te dezen voor onderzoek aan het Hof wordt voorgelegd, niet opgeheven.

B.3.1. Het Hof wordt ondervraagd over de bestaanbaarheid van artikel 26 van de wet van 22 december 1986 met de artikelen 10, 11, 170 en 172 van de Grondwet, indien die bepaling wordt geïnterpreteerd in die zin dat de erin bedoelde vrijstelling ook geldt voor commerciële activiteiten die rechtstreeks concurreren met de privésector.

De prejudiciële vraag strekt dus ook ertoe de grenzen te bepalen van de fiscale bevoegdheid van de federale wetgever ten opzichte van de in artikel 170, § 4, eerste lid, van de Grondwet verankerde fiscale autonomie van de gemeenten.

B.3.2. Artikel 170, § 4, van de Grondwet bepaalt :

« Geen last of belasting kan door de agglomeratie, de federatie van gemeenten en de gemeente worden ingevoerd dan door een beslissing van hun raad.

De wet bepaalt ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde belastingen, de uitzonderingen waarvan de noodzakelijkheid blijkt ».

Krachtens die bepaling beschikken de agglomeratie, de federatie van gemeenten en de gemeente over een autonome fiscale bevoegdheid, behoudens wanneer de wet uitzonderingen heeft bepaald of nadien bepaalt waarvan de noodzakelijkheid wordt aangetoond.

B.3.3. Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 170 van de Grondwet kan worden afgeleid dat de Grondwetgever met de in het tweede lid van artikel 170, § 4, vervatte regel wou voorzien in een « soort verdedigingsmechanisme » voor de Staat « t.o.v. de verschillende andere bestuurslagen, om een eigen fiscale materie te behouden » (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1979, nr. 10-8/4°, p. 4).

Die regel werd door de Eerste Minister eveneens omschreven als een « regulerend mechanisme » :

« De wet moet dat regulerend mechanisme zijn en moet kunnen zeggen welke belastbare materie wordt voorbehouden aan de Staat. Indien men dat niet zou doen komt men in een chaos en in alle mogelijke verwickelingen terecht, die niets meer te maken hebben met een goed georganiseerde federale Staat of goed georganiseerde Staat » (*Hand.*, Kamer, 22 juli 1980, p. 2707. Zie ook : *ibid.*, p. 2708; *Hand.*, Senaat, 28 juli 1980, pp. 2650-2651).

« [Ik zou] willen stellen [...] dat in dit nieuw systeem van bevoegdheidsverdeling op fiscaal vlak tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten en de nevengeschikte instellingen, de provincies en de gemeenten, het laatste woord bij de Staat ligt. Het is wat ik heb genoemd het reguleringsmechanisme » (*Hand.*, Senaat, 28 juli 1980, p. 2661).

Luidens de Grondwet is de uitoefening van de in artikel 170, § 4, beoogde bevoegdheid van de federale wetgever evenwel verbonden aan de voorwaarde dat van de « noodzakelijkheid » ervan blijkt moet worden gegeven.

De op deze grondwettelijke grondslag aangenomen wet moet restrictief worden geïnterpreteerd, aangezien zij de fiscale autonomie van de gemeenten beperkt.

B.4. De federale wetgever heeft, doordat hij artikel 26 van de wet van 22 december 1986 heeft aangenomen, gebruik gemaakt van de bevoegdheid die hem wordt verleend in artikel 170, § 4, tweede lid, van de Grondwet om te vermijden dat het gunstige statuut dat hij door de wet van 1 maart 1922 aan de intercommunales had toegekend op de helling zou worden gezet door de belastingen die aan andere belastingheffende overheden verschuldigd

zijn. Hij vermocht in 1986 te oordelen dat de noodzakelijkheid om die vrijstelling te handhaven aangetoond was zoals in 1922.

B.5. Artikel 26 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales vervangt artikel 17 van de wet van 1 maart 1922 « omtrent de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen », met dien verstande dat de woorden « of enig andere publiekrechtelijke persoon » zijn toegevoegd.

De in het geding zijnde bepaling, net als de bepaling die zij heeft vervangen, gaat terug op artikel 13 van de wet van 18 augustus 1907 « betreffende de vereenigingen van gemeenten en van particulieren tot het inrichten van waterleidingen » (*Belgisch Staatsblad* van 5 september 1907). De fiscale vrijstelling van de intercommunales werd tijdens de parlementaire voorbereiding van die wet als volgt toegelicht :

« De maatschappijen waarop dit wetsontwerp betrekking heeft, zijn opgericht met een doel van algemeen belang; zij nemen de taak op zich een gemeentelijke plicht te vervullen : het lijkt rechtmatig hun het vervullen van die taak te vergemakkelijken door hun de fiscale voordelen toe te kennen die de gemeenten, in wier plaats zij optreden, zouden genieten » (*Pasin.*, 1907, p. 206 – eigen vertaling).

Uit die toelichting kan worden afgeleid dat de wetgever de intercommunales wilde vrijstellen van belastingen waaraan de gemeenten niet waren onderworpen. Daar ze activiteiten vervulden die betrekking hadden op de behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang, had de wetgever het rechtmatig geacht de intercommunales aan hetzelfde fiscaalrechtelijke stelsel te onderwerpen als de gemeenten.

B.6. Recenter heeft de wetgever die keuze echter heroverwogen. Ten aanzien van de fiscale regeling ervan heeft hij immers vastgesteld dat de automatische vrijstelling van de intercommunale structuren van de vennootschapsbelasting in het verleden concurrentievervalsingen met privéoperatoren heeft kunnen doen ontstaan. De verruiming van het werkterrein van de intercommunale structuren heeft tot gevolg gehad dat sommige van die structuren thans als economische operatoren kunnen worden beschouwd die concurreren met privéondernemingen. De wetgever behoudt het voordeel van een gunstigere fiscale regeling voortaan uitsluitend voor aan de intercommunale structuren die geen onderneming exploiteren of zich niet bezighouden met verrichtingen van winstgevende aard.

B.7. Uit hetgeen voorafgaat, vloeit voort dat de noodzakelijkheid van een algemene uitzondering op de fiscale bevoegdheid van de gemeenten ten aanzien van de intercommunales wat commerciële activiteiten betreft die zij in rechtstreekse concurrentie met de privésector uitoefenen, niet meer is aangetoond.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Aldus geïnterpreteerd dat het elke vorm van belasting van de intercommunales, met betrekking tot commerciële activiteiten die rechtstreeks concurreren met de privésector, uitsluit, schendt artikel 26 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales de artikelen 10, 11 en 170 van de Grondwet.

Aldus gewezen in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 1 juni 2017.

De griffier,

De voorzitter,

F. Meersschaut

J. Spreutels