RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 178.740 van 21 januari 2008
in de zaak A. 116.902/IX-3227.

In zake : 1. de VZW Federatie van Onafhankelijke Seniorenzorg,
2. de VZW 't Smeedeshof,
3. de NV Speciale Woningbouw voor Bejaarden Home Laarsveld,
4. de BVBA De Vlietoever,
die woonplaats kiezen bij
advocaten L. SCHUERMANS en J. SURMONT,
kantoor houdende te TURNHOUT,
de Merodelei 112

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat P. PEETERS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpsesteenweg 177, bus 6.

D E R A A D V A N S T A T E, IXe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de VZW Federatie van Onafhankelijke Seniorenzorg, de VZW 't Smeedeshof, de NV Speciale Woningbouw voor Bejaarden Home Laarsveld en de BVBA De Vlietoever op 15 februari 2002 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 30 november 2001 van de Vlaamse regering houdende de toekenning van een subsidie aan openbare centra voor maatschappelijk welzijn en verenigingen zonder winstoogmerk als tegemoetkoming in de vergoeding voor de verwerving van de eigendom van de serviceflatgebouwen die op hun grond zijn opgericht in het kader van een onroerende leasingovereenkomst met de BEVAK;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur-afdelingshoofd W. VAN NOTEN;

Gelet op de beschikking van 11 oktober 2006 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 24 oktober 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 3 december 2007;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. SURMONT, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat A. VANDAELE die, loco advocaat P. PEETERS verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het advies van eerste auditeur-afdelingshoofd W. VAN NOTEN;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De feiten.

1.1. Artikel 5, § 1, van de decreten inzake voorzieningen voor bejaarden, gecoördineerd op 18 december 1991, zoals gewijzigd bij decreten van 23 februari 1994 en 14 juli 1998 (hierna: de gecoördineerde decreten van 18 december 1991), luidt :

> "§ 1. Alleen lokale en provinciale besturen, verenigingen zonder winstoogmerk en instellingen van openbaar nut in de zin van de wet van 27 juni 1921 kunnen subsidies krijgen voor het bouwen, het uitbreiden, het verbouwen en het inrichten van serviceflatgebouwen, woningcomplexen met dienstverlening en rusthuizen of voor de aankoop van gebouwen bestemd om als serviceflatgebouw, als woningcomplex met dienstverlening, of als rusthuis te worden ingericht of als tegemoetkoming in de kosten van huur, huurkoop, leasing of lening voor het aankopen, het bouwen, het inrichten en het in gebruik nemen van serviceflatgebouwen, woningcomplexen met dienstverlening en rusthuizen. Beide subsidies kunnen niet gecumuleerd worden."

1.2. Met een besluit van 3 mei 1995 tot regeling van de vrijstelling inzake successierechten verbonden aan de maatschappelijke rechten in vennootschappen opgericht in het kader van de realisatie en/of financiering van investeringsprogramma's van serviceflats, heeft de Vlaamse regering een regeling uitgewerkt waarbij maatschappelijke rechten in een erkende vastgoedbeleggingsvennootschap met vast kapitaal (BEVAK), die actief is op het vlak van projecten voor het oprichten van serviceflatgebouwen, vrijgesteld kunnen worden van successierechten.

1.3. Daarbij aansluitend regelt een besluit van de Vlaamse regering van 3 mei 1995 de tussenkomst van de Vlaamse Gemeenschap in de kosten voor het onderhoud en de kleine en grote herstellingen die door de OCMW's en VZW's verricht worden voor het in stand houden van de serviceflatgebouwen die op hun grond zijn opgericht in het kader van een erfpacht- en huur- of een gelijkaardige overeenkomst met de BEVAK.

Dit besluit is bij arrest nr. 106.999 van 27 mei 2002 door de Raad van State vernietigd, omdat het ten onrechte niet aan het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd was.

1.4. Met artikel 7 van het decreet van 6 juli 2001 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2001 (hierna : het decreet van 6 juli 2001) is voor de subsidiëring een nieuwe regeling uitgewerkt : een OCMW of een VZW ontvangt, volgens de regeling uitgewerkt door de Vlaamse regering, een jaarlijkse subsidie per flat in een serviceflatgebouw dat opgericht is in het kader van een leasingovereenkomst afgesloten met een BEVAK. Deze subsidie wordt verleend "als een tegemoetkoming in de vergoeding die het centrum of de vereniging bij het einde van de onroerende leasingovereenkomst aan de beleggingsvennootschap moet betalen voor het verwerven van de eigendom van de serviceflats in kwestie" (artikel 7, § 1); de kredieten die in de uitgavenbegroting 2001 van de Vlaamse Gemeenschap ingeschreven zijn om in 2001 een onderhoudssubsidie toe te kennen worden aangewend voor het hoger vermeld doel (artikel 7, § 3); de onderhouds-subsidie die voor de jaren voorafgaand aan 2001 aan een OCMW of een VZW verleend zijn, wordt geacht de in § 1 bedoelde subsidie te zijn en de Vlaamse regering bepaalt de nadere regels voor de uitwerking van deze bepaling (artikel 7, § 4);

1.5. Het thans bestreden besluit van de Vlaamse regering van 30 november 2001, dat met ingang van 1 januari 2001 in werking getreden is, voert artikel 7 van het decreet van 6 juli 2001 uit.

1.6. Bij artikel 36 van het besluit van de Vlaamse regering van 31 maart 2006 betreffende het Departement Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, betreffende de inwerkingtreding van regelgeving tot oprichting van agentschappen in het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en betreffende de wijziging van regelgeving met betrekking tot dat beleidsdomein, zijn in artikel 1, punt 1/ van het bestreden besluit de woorden "de administratie Gezin en Maatschappelijk Welzijn van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap" vervangen door de woorden "het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid of het intern verzelfstandigd agentschap inspectie Welzijn, Volksgezondheid en Gezin".

De grond van de zaak.

2. Het eerste middel steunt op de schending van het legaliteitsbeginsel en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en op de bevoegdheidsoverschrijding door de Vlaamse regering. Volgens de verzoekende partijen heeft het bestreden besluit geen wettelijke grondslag, aangezien het voorziet in een subsidie voor OCMW's en VZW's die een overeenkomst met onroerende leasing hebben afgesloten met een erkende BEVAK als tegemoetkoming voor de kosten van aankoop van de serviceflatgebouwen die op hun grond zijn opgericht, terwijl artikel 5, § 1, van de gecoördineerde decreten van 18 december 1991 en artikel 7 van het decreet van 6 juli 2001, waarin het besluit zijn rechtsgrond vindt, strijdig zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de Vlaamse regering haar bevoegdheid overschreden heeft.

Volgens de verzoekende partijen wordt het gelijkheidsbeginsel op dubbele wijze geschonden. Vooreerst houdt de decretale regeling in dat enkel OCMW's en VZW's recht hebben op een subsidie en dat burgerlijke en commerciële vennootschappen die een vergunning bezitten voor het oprichten van serviceflats geen aanspraak kunnen maken op deze subsidie. Voor dat onderscheid bestaat geen redelijke en objectieve verantwoording. Vervolgens houdt deze regeling in dat VZW's geen subsidie kunnen krijgen wanneer zij een onroerende leasingovereenkomst afsluiten met een financiële instelling die geen erkende BEVAK is. Er bestaat geen enkele redelijke en objectief verantwoorde reden om een onderscheid te maken

tussen een VZW die een dergelijke overeenkomst afsluit met een BEVAK en een VZW die een overeenkomst afsluit met een andere financiële instelling.

De verzoekende partijen vragen om terzake een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

3. De verwerende partij antwoordt dat voor de door de verzoekende partijen opgeworpen ongelijke behandeling een redelijke en objectieve verantwoording bestaat, maar dat de Raad van State toch verplicht is om terzake een prejudiciële vraag te richten tot het Grondwettelijk Hof.

4. In hun memorie van wederantwoord stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij niet concreet uiteenzet waarin de redelijke en objectieve verantwoording van de ongelijke behandeling bestaat.

5. Artikel 5, § 1, van de gecoördineerde decreten van 18 december 1991 en artikel 7 van het decreet van 6 juli 2001 vormen de rechtsgrond van het bestreden besluit. Er is reden om aan het Grondwettelijk Hof de door de verzoekende partijen geformuleerde vraag te stellen over de schending door die bepalingen van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

6. Een tweede middel steunt op de schending van het legaliteitsbeginsel, van artikel 7 van het decreet van 6 juli 2001, van het verbod van retroactiviteit en van de beginselen van behoorlijk bestuur. De verzoekende partijen betogen dat artikel 7 van het bestreden besluit de krachtens het besluit van 3 mei 1995 toegekende subsidies gelijkstelt met de subsidies bedoeld in artikel 2 van het hier bestreden besluit, terwijl in artikel 7 van het decreet van 6 juli 2001 geen rechtsgrond kan gevonden worden om de nieuwe regeling retroactief toe te passen op subsidies, die op grond van een onwettig besluit toegekend zijn. Volgens de verzoekende partijen is het de bedoeling om de onwettige regeling uit het verleden te omzeilen, maar artikel 7 van het decreet van 6 juli 2001 geldt enkel voor de toekomst. Het opnieuw invoeren via een nieuwe regeling die quasi identiek is, van een onwettige regeling uit het verleden getuigt niet van behoorlijk bestuur en schendt minstens het niet-retroactiviteitsbeginsel.

7. De verwerende partij antwoordt dat de bestreden bepaling haar rechtsgrond vindt in artikel 7, § 4, van het decreet van 6 juli 2001 waarvan zij de bijna woordelijke overname is. Daarbij komt dat bestuurshandelingen een retroactieve werking kunnen hebben, mits daarvoor een wettelijke of decretale basis bestaat, en dat is hier het geval.

8. In hun memorie van wederantwoord stellen de verzoekende partijen dat een bestuurshandeling mag terugwerken wanneer daarvoor een wettelijke basis bestaat -hier artikel 7, § 4, van het decreet van 6 juli 2001- maar dat die wettelijke basis ook wettig moet zijn, wat hier niet het geval is. De enige en ware bedoeling van de decreetgever bestond erin de gevolgen van de vernietiging door de Raad van State van het besluit van 3 mei 1995, met name de vaststelling dat de subsidies onwettig waren toegekend, te omzeilen. Dat blijkt uit het feit dat de nieuwe regeling quasi identiek is aan de oude, dat het bedrag van de subsidie gelijk blijft, dat de nieuwe regeling dateert van na het auditoraatsverslag waarin de vernietiging van het besluit van 3 mei 1995 geadviseerd werd en dat de verwerende partij tijdens de behandeling van het beroep tegen het besluit van 3 mei 1995 er bij de Raad van State op aangedrongen heeft om de zaak zonder voorwerp te verklaren wegens de intrekking van dat besluit van 3 mei 1995.

Aangezien de terugwerkende kracht van een wet enkel verantwoord is wanneer de terugwerking onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, kan zij enkel toegelaten worden wanneer uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven aanwezig zijn. Het doel van de wetgever mag er niet in bestaan de werking van de Raad van State te dwarsbomen of het gezag van zijn arresten te schenden. Nochtans maakt artikel 7, § 4, van het decreet van 6 juli 2001 de uitvoering van het arrest waarmee de Raad van State het besluit van 3 mei 1995 vernietigt, de facto onmogelijk, zonder dat de verwerende partij blijk geeft van het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden die de ongelijke behandeling van een bepaalde categorie rechtssubjecten verantwoorden. Het bevoordelen van OCMW's en van VZW's, door hen toe te laten in het verleden onrechtmatig uitgekeerde subsidies te behouden, is ook geen doelstelling van algemeen belang.

De verzoekende partijen vragen dienvolgens om ook daarover een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof :

"Schendt artikel 7, §4 van het Decreet van 6 juli 2001 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2001 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 6, lid 1 en 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden in de mate daarin voorzien wordt dat de onderhoudssubsidie, verleend voor de jaren vóór 2001, wordt geacht een subsidie te zijn als bedoeld in artikel 7, §1 van voormeld Decreet"?

9. In haar laatste memorie repliceert de verwerende partij op de stelling van de verzoekende partijen dat de decreetgever met artikel 7, § 4 van het decreet van 6 juli 2001 ingegrepen heeft in een hangend geschil en daardoor het gezag van gewijsde van arrest nr.106.999 van 27 mei 2002 miskend heeft. Zij betoogt dat met het arrest nr. 106.999 uitspraak gedaan is over het annulatieberoep en dat de Raad van State vastgesteld heeft dat het besluit van 3 mei 1995 genomen werd zonder het verplicht advies van de afdeling Wetgeving in te winnen zodat het de decreetgever niet verboden was om met terugwerkende kracht wegens dringende redenen van algemeen belang een nieuwe regeling in te voeren. Zulks betekent dat de prejudiciële vraag geen voorwerp heeft en dat er geen schending kan vastgesteld worden van de artikelen 6 en 14 EVRM. Bovendien laten de verzoekende partijen na om in de prejudiciële vraag aan te geven welke categorieën van personen ten aanzien van elkaar gediscrimineerd worden, zodat een pertinente vergelijking tussen de categorie van personen ten aanzien van wie een discriminatie wordt aangevoerd en een andere categorie niet mogelijk is.

10. Het middel heeft betrekking op artikel 7 van het bestreden besluit. Het gegrond bevinden ervan kan enkel de nietigverklaring van die bepaling tot gevolg hebben.

11. Artikel 7 van het bestreden besluit luidt :

"De subsidie die overeenkomstig het in artikel 6 vermelde besluit werd verleend voor de jaren die de datum van inwerkingtreding van dit besluit voorafgaan, wordt gelijkgesteld met een subsidie als bedoeld in dit besluit.

De initiatiefnemer levert vóór 31 januari 2002 het bewijs dat hij voor de jaren, bedoeld in het eerste lid, op de in artikel 4, tweede lid, bedoelde rekening een bedrag heeft gestort dat minstens gelijk is aan de hem uitbetaalde subsidie voor die jaren."

Deze bepaling vindt haar rechtsgrond in artikel 7, § 4, van het decreet van 6 juli 2001, dat luidt :

> "De onderhoudssubsidie die, voor de jaren die 2001 voorafgaan, ten laste van de algemene uitgavenbegroting van de Vlaamse Gemeenschap aan een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn of een vereniging zonder winstoogmerk werd verleend voor serviceflats die zijn opgericht in het kader van een overeenkomst als bedoeld in § 1, eerste lid, wordt geacht een subsidie te zijn als bedoeld in § 1. De Vlaamse regering bepaalt de nadere regels."

12. Artikel 7, § 4, van het decreet van 6 juli 2001 vormt de rechtsgrond van artikel 7 van het bestreden besluit. Enkel het Grondwettelijk Hof is bevoegd om uit te maken of de decretale bepaling in overeenstemming is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De ongrondwettigheid van artikel 7, § 4, van het decreet van 6 juli 2001 heeft tot gevolg dat de bestreden bepaling geen rechtsgrond heeft. Er is reden om aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen.

13. Volgens de verwerende partij is de prejudiciële vraag niet ontvankelijk omdat de verzoekende partijen niet uiteenzetten ten aanzien van welke categorie rechtssubjecten zij zich ongelijk behandeld voelen.

Volgens de verzoekende partijen was de enige bedoeling van de decreetgever, wanneer hij terugwerkende kracht toekende aan een nieuwe bepaling die quasi identiek is aan de voorheen bestaande regeling, te anticiperen op de vernietiging van het besluit van 3 mei 1995, en heeft hij de uitvoering van het vernietigingsarrest onmogelijk gemaakt. Dergelijke regeling betreft een inbreuk op fundamentele jurisdictionele waarborgen van de burgers en zij treft slechts een bepaalde categorie rechtssubjecten. Daarom schendt de nieuwe regeling volgens de verzoekende partij het gelijkheidsbeginsel wanneer zij niet door uitzonderlijke omstandigheden verantwoord kan worden.

De verzoekende partijen maken aldus aannemelijk dat het besluit een onderscheid maakt tussen de burgers die door het optreden van de wetgever een jurisdictionele waarborg verliezen of aan wie het rechtsherstel dat zij van een vernietigingsarrest konden verwachten ontnomen wordt en de burgers die deze voordelen niet verliezen. De exceptie wordt verworpen

14. Het auditoraatsverslag is beperkt tot het onderzoek van de zaak in de mate er prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof gesteld moeten worden. Het onderzoek van de zaak moet nadien voortgezet worden.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Aan het Grondwettelijk Hof worden volgende prejudiciële vragen gesteld :

1. Schenden artikel 5, § 1, van de decreten inzake voorzieningen voor bejaarden gecoördineerd op 18 december 1991 en artikel 7 van het decreet van 6 juli 2001 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2001, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in de mate dat de daarin voorziene subsidie enkel kan worden toegekend aan OCMW's en VZW's die een overeenkomst van onroerende leasing afsluiten met een door de Vlaamse Regering erkende BEVAK ?
2. Schendt artikel 7, § 4, van het decreet van 6 juli 2001 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2001 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 6, lid 1, en 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, in de mate daarin voorzien wordt dat de onderhoudssubsidie verleend voor 2001 wordt geacht een subsidie te zijn als bedoeld in artikel 7, § 1, van voormeld decreet ?

Artikel 3.

Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt er mee belast, na ontvangst van het arrest van het Grondwettelijk Hof het onderzoek van de zaak voort te zetten.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 21 januari 2008, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad, wnd. kamervoorzitter,
	D. MOONS,	staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
	W. GEURTS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

W. GEURTS. **A. VANDENDRIESSCHE.**