

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 189.569 van 19 januari 2009
in de zaak A. 189.181/IX-5992.**

In zake : 1. de BVBA D&D INVEST,
 2. de BVBA D-INVEST,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat C. GYSEN,
 kantoor houdende te MECHELEN,
 Antwerpsesteenweg 16-18,

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat F. LEMAIRE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
René Berrewaertslaan 34.

DE RAAD VAN STATE, IXe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA D&D INVEST en de BVBA D-INVEST op 28 juli 2008 hebben ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van het Agentschap Economie, Afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid d.d. 28 mei 2008 tot vernietiging van de beslissing tot toekenning van een groeipremie d.d. 3 juni 2005 en tot terugbetaling van de reeds uitbetaalde schijven voor een totaal bedrag van 107.993 euro”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur
L. VERMEIRE;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 24 september 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 oktober 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad B. THYS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat G. LAENEN die, loco advocaat C. GYSEN, verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat F. LEMEIRE, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidende advies van eerste auditeur L. VERMEIRE;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Feiten

1.1.1. Krachtens artikel 2, § 1, van het decreet van 31 januari 2003 betreffende het economisch ondersteuningsbeleid (hierna: het decreet van 31 januari 2003), kan de Vlaamse regering met betrekking tot de in dit decreet vermelde categorieën van steun en met inachtneming van de in dit decreet bepaalde regels, steun verlenen aan projecten die passen in het ruimtelijk economisch beleid en het ondernemingsbeleid met aandacht voor ecologie, sociale en economische aspecten, kwantitatieve en kwalitatieve aspecten van werkgelegenheid, duurzaamheid, innovatie en kennisbevordering, binnen de voorziene begrotingskredieten.

Krachtens artikel 9 van het genoemde decreet kan de Vlaamse regering aldus steun verlenen aan kleine en middelgrote ondernemingen voor investeringen in het Vlaamse Gewest onder de voorwaarden vermeld in verordening nr. 70/2001/EG van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen, het decreet van 31 januari 2003 zelf en zijn uitvoeringsbesluiten. De Vlaamse regering kan ook steun verlenen aan grote ondernemingen, maar enkel voor investeringen in de regionale steungebieden onder de voorwaarden vermeld in het decreet van 31 januari 2003 en zijn uitvoeringsbesluiten.

Krachtens artikel 10 van het decreet van 31 januari 2003 kan de Vlaamse regering, als materiële investeringen, investeringen in grond, gebouwen, machines, installaties en uitrusting in aanmerking nemen.

1.1.2. Het ter uitvoering van het genoemde decreet genomen besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor investeringen in het Vlaamse Gewest (hierna: het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003) bepaalt dat de steun wordt toegekend in de vorm van een subsidie, die wordt berekend als een percentage van de subsidiabele investeringen, dit zijn de investeringen die in aanmerking komen, waaronder deze bedoeld in artikel 10 van het decreet van 31 januari 2003, verminderd met de afschrijvingsaftrek en de B.T.W.

In het oorspronkelijke artikel 13, § 4, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 was bepaald dat deze investeringen ook kunnen worden uitgevoerd door een patrimoniumvennootschap die tot dezelfde groep als de aanvragende onderneming behoort. Onder een patrimoniumvennootschap dient te worden verstaan: een onderneming die onder meer, maar niet uitsluitend, tot doel heeft de activa te beheren die worden gebruikt door de aanvragende onderneming.

Artikel 13, § 4, werd met ingang van 1 januari 2007 opgeheven bij besluit van de Vlaamse regering van 17 november 2006. Die opheffing is echter te dezen niet van belang, omdat de aanvraag van de zogenaamde groeipremie, waarvan de terugvordering het voorwerp uitmaakt van de voorliggende vordering tot schorsing, van voordien dateert en daarom nog onder de oorspronkelijke regeling valt.

De groeipremie wordt, voor subsidieaanvragen met een subsidiabel investeringsbedrag tot en met 8 miljoen euro, toegekend volgens een wedstrijdformule, waarbij de bevoegde Vlaamse minister, na een periodiek georganiseerde oproep, een vooraf bepaalde subsidie-enveloppe verdeelt over de best gerangschikte subsidieaanvragen.

Met het oog op het opstellen van een rangschikking worden de subsidieaanvragen individueel getoetst aan een aantal criteria. Deze worden genormaliseerd door middel van een gemiddelde en een standaardafwijking volgens de in artikel 18, § 2, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 bepaalde formule met “li” als de te normaliseren waarde van een criterium. Artikel 19, § 1, van hetzelfde besluit bepaalt de criteria die in aanmerking komen, waaronder het percentage van de autofinanciering ten opzichte van het bedrag van

de in aanmerking komende investeringen. De bevoegde Vlaamse minister bepaalt bij elke oproep welke inhoud en welk gewicht aan deze criteria wordt gegeven en maakt, op basis van de door hem vastgestelde criteria, de normalisatie overeenkomstig artikel 18, § 2, en het resultaat van de toegepaste wegingscoëfficiënt, een rangschikking op van alle subsidieaanvragen. De subsidie wordt vervolgens toegekend volgens de plaats in de rangschikking, in afnemende volgorde, te beginnen bij de eerste tot uitputting van het budget dat beschikbaar is.

Overeenkomstig artikel 22 van het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 wordt de subsidie uitbetaald in drie schijven van respectievelijk 30 %, 30 % en 40 %. De laatste schijf wordt pas uitbetaald wanneer het Agentschap Economie, een intern verzelfstandigd agentschap dat ressorteert onder het beleidsdomein Economie, Wetenschap en Innovatie van de Vlaamse Overheid, vaststelt, onder meer, dat de investeringen volledig zijn uitgevoerd en in de onderneming worden geëxploiteerd en dat aan alle voorwaarden van het decreet van 31 januari 2003 en het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 is voldaan.

Artikel 24 van het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 bepaalt ten slotte dat de volledige subsidie wordt teruggevorderd binnen 10 jaar na het beëindigen van de investeringen, onder voorbehoud van de toepassing van de wetten op de Rijkscomptabiliteit en de wet van 7 juni 1994 tot wijziging van het koninklijk besluit van 31 mei 1933 betreffende de verklaringen te doen in verband met subsidies, vergoedingen en toelagen van elke aard, die geheel of gedeeltelijk ten laste zijn van de Staat (lees : het koninklijk besluit van 31 mei 1933 betreffende de verklaringen af te leggen in verband met subsidies, vergoedingen en toelagen), in geval van, onder meer, “vermindering van de li-waarde van een criterium met meer dan 20 % en 30 % bij startende ondernemingen”.

1.1.3. Een ministerieel besluit van 18 november 2003 voert het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 uit. Het bevat nadere regels betreffende onder meer de oproep- en aanvraagprocedure, de beslissingsprocedure, de uitbetaling, de verjaring en de terugvordering van de subsidie.

1.2. In het Belgisch Staatsblad van 22 februari 2005 wordt het ministerieel besluit van 1 februari 2005 tot uitvoering van artikel 3 van het ministerieel besluit van 18 november 2003 bekendgemaakt, waarbij een oproep

wordt gedaan tot het indienen van de subsidieaanvragen door kleine en middelgrote ondernemingen in het Vlaamse Gewest. Onder de criteria die in aanmerking zullen worden genomen bij de beoordeling van de subsidieaanvragen, wordt onder meer de autofinanciering ten opzichte van de in aanmerking komende investeringen vermeld.

1.3. Op 23 maart 2005 dient de bvba Solindus, waarvan de benaming op 14 augustus 2007 door een buitengewone algemene vergadering wordt gewijzigd in bvba D-Invest, de tweede verzoekende partij, een subsidieaanvraag in.

Deze aanvraag betreft investeringen voor een bedrag van 1.800.000 euro in de aankoop van een grond, het oprichten van een gebouw en de aanschaf van materieel.

Het aanvraagformulier vermeldt een bedrag van 250.000 euro eigen middelen, wat resulteert in een autofinancieringspercentage van 13,89% ($250.000/1.800.000$). Het maakt ook melding van de bvba D&D Invest, de eerste verzoekende partij, als patrimoniumvennootschap.

1.4. Bij besluit van 3 juni 2005 van de Vlaamse minister van Economie, Ondernemen, Wetenschap, Innovatie en Buitenlandse Handel wordt de definitieve rangschikking van de subsidieaanvragen in het kader van deze oproep opgesteld.

De bvba Solindus, thans de bvba D-Invest, wordt als 42^{ste} gerangschikt op 165 gunstig gerangschikte ondernemingen.

1.5. Met een brief van dezelfde datum wordt haar meegedeeld dat haar een groeipremie wordt toegekend ten bedrage van 179.988,53 euro (10 % van het subsidiabel investeringsbedrag van 1.799.885,26 euro), “voor zover het ingediend investeringsprogramma volledig wordt uitgevoerd en aan alle overige voorwaarden voldaan werd”.

1.6. Op 3 januari 2006 en 23 februari 2006 worden respectievelijk de eerste en de tweede schijf ten bedrage van telkens 53.996,56 euro uitbetaald. Dit is in het totaal 107.993,12 euro.

1.7. Op 13 februari 2007 wordt een aanvraag ingediend tot uitbetaling van de derde schijf.

1.8. Op 9 augustus 2007 houdt de inspectie van het Agentschap Economie een controle ter plaatse, waarbij onder meer de geraamde autofinancieringsgraad wordt getoetst aan de werkelijkheid op basis van de jaarrekeningen van 2005 en 2006. In het inspectieverslag wordt vastgesteld dat voor een bedrag van 1.634.969 euro aanvaardbare investeringen werden uitgevoerd, maar ook dat slechts 80.389 euro eigen middelen werden gerealiseerd in de plaats van de vooropgestelde 250.000 euro. Er wordt voorts opgemerkt: “Er zijn te weinig eigen middelen. Men dacht dat eigen middelen van PV [lees: patrimoniumvennootschap] meetelden”.

In de nota die zij in het kader van het administratief kort geding heeft ingediend, merkt de verwerende partij in dit verband op dat bij de berekening van de eigen middelen, waarbij enkel de cijfers van de balansen van de bvba Solindus, thans de bvba D-Invest, werden gebruikt en niet deze van de patrimoniumvennootschap, de bvba D & D Invest, een materiële fout werd gemaakt doordat “het kapitaal ad 18.600 euro [...] ten onrechte [werd] bijgeteld”. Het correcte bedrag van de gerealiseerde aangroei van eigen middelen zou 58.671 euro bedragen en niet 80.389 euro. Dit leidt tot een uiteindelijk gerealiseerd autofinancieringspercentage van 3,59 % ($58.671/1.634.969$) in de plaats van de voorziene 13,89 % ($250.000/1.800.000$) terwijl, rekening houdende met de in artikel 24, 5/, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 maximaal toegelaten afwijking van 30 % van de li-waarde voor startende ondernemingen, minstens 9,72 % (70 % van 13,89 %) diende te worden gehaald. Ook met eigen middelen ten belope van 80.389 euro zou dit percentage niet worden gehaald.

1.9. Met een brief van 28 mei 2008 deelt het Agentschap Economie aan de bvba Solindus dan ook mede dat de autofinanciering of de aangroei van de eigen middelen ten opzichte van de opgegeven eigen middelen minder dan de vereiste 70% bedraagt. Onder verwijzing naar artikel 24, 5/, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003 wordt daaraan toegevoegd dat de beslissing van 3 juni 2005 tot toekenning van een groeipremie wordt vernietigd, dat geen derde schijf zal worden uitbetaald en dat de eerste twee uitbetaalde schijven voor een totaal bedrag van 107.993 euro dienen te worden terugbetaald.

Deze beslissing maakt het voorwerp uit van de voorliggende vordering tot schorsing.

De bevoegdheid van de Raad van State

2.1. Overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet zijn de hoven en rechtbanken uitsluitend of in beginsel bevoegd om kennis te nemen van geschillen over subjectieve rechten. Onder voorbehoud van een -te dezen niet bestaande- toewijzing van bevoegdheid inzake politieke rechten, is de Raad van State dan ook niet bevoegd om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring waarvan het werkelijke en rechtstreekse voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft. Dat is het geval wanneer het annulatieberoep gericht is op de erkenning van een subjectief recht waaromtrent het bestuur geen discretionaire, maar slechts een gebonden bevoegdheid bezit.

2.2. Te dezen moet worden vastgesteld dat op 3 juni 2005 een groeipremie van 179.988,53 euro werd toegekend, formeel enkel aan de bvba Solindus, thans de bvba D-Invest.

Daargelaten of bij de toekenning van de premie zelf een discretionaire bevoegdheid werd uitgeoefend, houdt deze beslissing hoe dan ook in dat voor de tweede verzoekende partij een recht op de uitbetaling van deze premie bestaat, luidens de kennisgevingsbrief van 3 juni 2005 “voor zover het ingediend investeringsprogramma volledig wordt uitgevoerd en aan alle overige voorwaarden voldaan werd”.

Van de genoemde premie werden reeds de eerste en de tweede schijf, ten belope van in het totaal 107.993 euro, uitbetaald.

De bestreden beslissing, weliswaar geformuleerd als een vernietiging ab initio van die beslissing tot toekenning van de groeipremie, houdt in feite in dat de derde schijf, het saldo, niet wordt uitbetaald en dat het reeds betaalde wordt teruggevorderd, en dit omdat de li-waarde van het criterium autofinanciering met meer dan 30 % is verminderd.

2.3. Overeenkomstig artikel 22, 3/, van het besluit van de Vlaamse regering van 10 oktober 2003, zoals van toepassing op de datum van de subsidie-

aanvraag van de bvba Solindus, wordt de derde schijf of het saldo van de premie uitbetaald op zijn vroegst 30 dagen na de beslissing tot toekenning van de subsidie en na beëindiging van de investeringen op voorwaarde dat :

- “a) de onderneming de uitbetaling van de subsidie aanvraagt;
- b) de administratie volgende 3 punten vaststelt :
 - 1) de geraamde investeringen zijn volledig uitgevoerd en worden door de onderneming geëxploiteerd. Indien de werkelijk uitgevoerde investeringen minder dan 80 % bedragen van de bij de steunaanvraag geraamde investeringen vervalt de laatste schijf volledig;
 - 2) er zijn geen achterstallige schulden bij de Rijksdienst voor de Sociale Zekerheid, de Belastingdienst Vlaanderen inzake onroerende voorheffing of in het kader van steunmaatregelen in toepassing van het decreet. Als er achterstallige schulden zijn, wordt de uitbetaling opgeschort tot de onderneming het bewijs levert dat deze schulden werden aangezuiverd;
 - 3) aan alle voorwaarden, bepaald in het decreet en in dit besluit, is voldaan.”

Artikel 24 van het genoemde besluit bepaalt dat “de volledige subsidie wordt teruggevorderd binnen 10 jaar na het beëindigen van de investeringen”, in geval van, onder meer, “vermindering van de li-waarde van een criterium met meer dan 20 % en 30 % bij startende ondernemingen”.

Aangezien te dezen werd vastgesteld dat de li-waarde van het criterium autofinanciering met meer dan 30 % was verminderd, was de verwerende partij overeenkomstig het voormelde artikel 24, ertoe gehouden de volledige subsidie terug te vorderen, wat inhield dat het saldo niet kon worden betaald en de reeds betaalde eerste twee schijven dienden te worden teruggevorderd. Zij beschikte daarbij over geen discretionaire bevoegdheid, ook niet bij het bepalen van de eigen middelen die bij de berekening van de autofinanciering in aanmerking dienden te worden genomen, vermits dit uitsluitend diende te gebeuren overeenkomstig de ter zake vastgestelde reglementering.

In de huidige stand van het geding moet dan ook, zo lijkt, ambtshalve worden vastgesteld dat het werkelijke en rechtstreekse voorwerp van de voorliggende vordering een geschil over een subjectief recht betreft, namelijk het recht op uitbetaling van de toegekende groeipremie en de niet-terugvordering daarvan. Bij gebreke aan een uitdrukkelijke bevoegdheidstoewijzing aan de Raad van State, behoort dit geschil tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken.

Derhalve is de Raad van State zonder rechtsmacht om van de voorliggende vordering tot schorsing kennis te nemen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 19 januari 2009, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	D. MOONS,	staatsraad,
	B. THYS,	staatsraad,
	W. GEURTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

W. GEURTS.

P. LEMMENS.