

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.858 van 20 december 2010
in de zaak A. 197.593/IX-6926**

In zake : de CVBA TYPOGRAFICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kristof Salomez
kantoor houdend te Gent
Driekoningenstraat 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

1. het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de
Vlaamse Regering
2. het AGENTSCHAP ONDERNEMEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Francine Lemaire
kantoor houdend te Brussel
René Berrewaertslaan 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 september 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 13 juni 2010 van het Agentschap Ondernemen van het Vlaamse Gewest waarbij onterecht betaalde steun in het kader van de kmo-portefeuille wordt teruggevorderd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Adjunct-auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 december 2010.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Nicolas Berben, die loco advocaat Kristof Salomez verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Francine Lemaire, die verschijnt voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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 een bedrijf dat actief is in de grafische sector. Zij concentreert zich voornamelijk op het geven van opleidingen inzake grafische toepassingen en op grafische interventies. De opleidingen worden verzorgd door de afdeling Typographics Academy, de interventies door de afdeling Grafische Interventies. Dit laatste betreft interventies van grafische vormgevers in de bedrijfsgebouwen van de cliënten van de verzoekende partij om een piekbelasting of onderbezetting bij de cliënt op te vangen.

3.2. Op 4 februari 2009 wordt de verzoekende partij erkend als dienstverlener voor de kmo-portefeuille voor de pijler advies en op 17 februari 2009 als dienstverlener voor de kmo-portefeuille voor de pijler opleiding.

3.3. Op 18 maart 2009 stuurt de verwerende partij een e-mailbericht naar de verzoekende partij waarbij zij de verzoekende partij erop attent maakt dat

op haar website ten onrechte vermeld wordt dat grafische interventies in aanmerking komen voor subsidies in het kader van de kmo-portefeuille. Er wordt gewezen op wat volgens de toepasselijke regelgeving als subsidieerbaar advies kan worden beschouwd. Gevraagd wordt dat de verzoekende partij haar website zou aanpassen en er wordt op gewezen dat onterecht toegekende subsidies worden teruggevorderd en dat de erkenning kan ingetrokken worden.

Blijkens een brief van 20 maart 2009 gaat de verzoekende partij niet akkoord met het standpunt van het bestuur. Nadat de verwerende partij van een bedrijf dat met de verzoekende partij samenwerkt de vraag had gekregen of grafische interventies voor subsidiëring in aanmerking kwamen, wordt opdracht gegeven om bij de verzoekende partij een grondige controle uit te voeren.

3.4. De controle bij de verzoekende partij en bij twee klanten van haar heeft plaats op 15 oktober 2009. Er worden 5 dossiers van de pijler “opleiding” en 12 dossiers van de pijler “advies” onderzocht en op 10 december 2009 wordt daarover verslag opgesteld.

Als besluit stelt de inspectie dat de verzoekende partij als adviesverstrekker de geldende regelgeving niet correct toepast, dat de geleverde prestaties niet beschouwd kunnen worden als “advies”, dat ondanks eerdere waarschuwingen de niet-subsidiabele grafische interventies als subsidiabele diensten aan klanten worden aangeboden en dat de aangehaalde argumentatie waarbij met de vinger naar de Qfor-audit wordt gewezen, de dienstverstrekker niet ontslaat van zijn eindverantwoordelijkheid voor de correcte toepassing van de regelgeving i.c. de inhoudelijke invulling van het begrip “advies”.

3.5. Ten gevolge van deze inspectie worden de lopende en bevestigde dossiers in de pijler “advies” op 25 februari 2010 voorlopig geblokkeerd. De betrokken klanten worden daarvan op de hoogte gebracht.

Bij mail van 26 februari 2010 wordt de verzoekende partij hiervan op de hoogte gebracht. Er wordt gesteld:

“Hierbij deel ik u mee dat naar aanleiding van de verwerking van de inspectiecontrole bij dienstverlener Typografics alle steundossiers, waarin nog geen uitbetaling via de kmo-portefeuille is gebeurd, geblokkeerd werden. De administratie heeft immers het recht om naar aanleiding van een controle te beslissen of een subsidie wordt toegekend of niet. Dit betekent dat in deze dossiers geen uitbetaling kan gebeuren totdat een beslissing genomen is nav. deze inspectiecontrole. Van zodra de verwerking is gebeurd, zal u hiervan op de hoogte worden gebracht.
...”

Bij schrijven van 1 maart 2010 vraagt de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij om de motivering mee te delen op basis waarvan de beslissing tot blokkering van de lopende steundossiers werd genomen.

3.6. Bij brief van 10 maart 2010 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij de steun terugvordert die werd uitbetaald in twaalf dossiers waarvoor ten onrechte subsidies werden aangevraagd onder de pijler “advies” binnen de kmo-portefeuille. Daarnaast wordt ook meegedeeld dat, gelet op de ernst van de inbreuken, de verzoekende partij bij hoogdringendheid wordt geschorst als dienstverlener voor de kmo-portefeuille in afwachting van een beslissing tot uitsluiting.

Tegen deze beslissing dient de verzoekende partij bij de Raad van State een schorsings- en vernietigingsberoep in. Bij arrest nr. 207.443 van 20 september 2010 wordt de vordering tot schorsing verworpen bij gebrek aan een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel.

3.7. Bij brief van 15 maart 2010 laat de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij weten dat hij de schorsing van de erkenning van de verzoekende partij betwist bij gebreke aan een beslissing ter zake, dat hij nog steeds geen motivering heeft ontvangen voor de beslissing tot terugvordering van de toegekende subsidies en dat de verzoekende partij wenst gehoord te worden.

3.8. In het kader van de schorsing van de verzoekende partij als dienstverlener voor de kmo-portefeuille wordt op 1 april 2010 een hoorzitting gehouden waarop de verzoekende partij en haar raadsman aanwezig zijn.

3.9. Bij e-mailbericht van 6 april 2010 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij weten dat de schorsing van de verzoekende partij als dienstverlener onder pijler “opleiding” zal worden opgeheven indien zij zich schikt naar de gestelde voorwaarden, hetgeen de verzoekende partij aanvaardt.

Bij e-mailbericht van 9 april 2010 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij weten dat de schorsing van de verzoekende partij als dienstverlener in de pijler “opleiding” werd opgeheven. Verder stelt de verwerende partij dat de beslissing inzake de erkenning voor de pijler “advies” slechts kan genomen worden nadat alle informatie opgevraagd naar aanleiding van de mail van de raadsman van de verzoekende partij, werd bekomen en verwerkt.

3.10. Bij beslissing van 29 juli 2010 wordt de verzoekende partij definitief uitgesloten als dienstverlener in de kmo-portefeuille, zowel voor de pijler advies als voor de pijler opleiding. Tegen deze beslissing zou de verzoekende partij een administratief beroep hebben ingesteld op grond van artikel 49 van het ministerieel besluit van 1 januari 2009. Over dit beroep is nog geen uitspraak gedaan.

3.11. Bij beslissing van 13 juli 2010 vordert de verwerende partij, naar aanleiding van de controle van 26 steundossiers waarvoor bijkomende documenten werden opgevraagd, de uitgekeerde steun terug van de dienstverlener.

De beslissing luidt:

“In de schorsingsbeslissing d.d. 10 maart 2010 werden voor 26 steundossiers bijkomende stavingsdocumenten opgevraagd. U vindt deze lijst als bijlage 1. Een begeleidend schrijven d.d. 26 maart 2010 van uw raadsman bevestigt dat de verleende prestaties grafische interventies betreffen en er bijgevolg geen adviesverslagen kunnen worden voorgelegd. Deze vaststelling is in strijd met artikel 1, 10° dat het subsidieerbaar advies beschrijft. Voor twee

dossiers werden documenten voorgelegd. Het betreft de steunaanvragen met nummer 2009KMO027613 (voor de onderneming Cools Concepts) en 2009KMO026613 (voor de onderneming Proximity BBDO).

Uit een evaluatie van de voorgelegde documenten blijkt dat voor het verlenen van grafisch advies aan de onderneming Cools Concepts onterecht een steunaanvraag werd ingediend en goedgekeurd. Een grafische interventie is een niet-subsidiabele dienstverlening, wat op de factuur (en overeenkomst) moet vermeld worden. Deze opmerking is ook van toepassing op de bij mail van 12 april 2010 nagestuurde overeenkomsten en facturen met betrekking tot deze 26 steundossiers inzake de grafische interventies, waarbij geen onderscheid gemaakt wordt naar aanvaardbare en niet-aanvaardbare kosten. De voorgelegde overeenkomsten zijn bovendien niet ondertekend door de klant. Deze vaststellingen zijn in strijd met artikel 10 en 11 van het ministerieel besluit van 1 januari 2009 tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en latere wijzigingen.

Voor de onderneming Proximity BBDO bestaat het grafisch advies uit een screening van 10 personen. Hiervoor wordt een screeningsrapport voorgelegd. Op de overeenkomst zijn ook de kosten voor de huur van vijf computers onterecht als subsidiabele kost opgenomen. De factuur, die dateert van 12 mei 2009, heeft betrekking op een screening die voorzien is voor 12 juni 2009.

Zowel inhoudelijk als vormelijk voldoen de twee voorgelegde dienstprestaties, net als de kosten van de huur van een computer, niet aan de definitie van subsidieerbaar advies, zoals gesteld in de artikelen 1, 10° en 17 van het besluit van de Vlaamse Regering d.d. 19 december 2008 en latere wijzigingen. Bovendien komen de kosten van voorschotfacturen niet voor subsidiëring in aanmerking, cf. artikel 15, 2° van het ministerieel besluit d.d. 01/01/2009 tot uitvoering van bovenvermeld besluit. Enkel facturen waartegenover geleverde prestaties staan kunnen betaald worden via de kmo-portefeuille.

Uit een analyse van de steunaanvragen voor de pijler advies is gebleken dat meerdere ondernemingen meerdere steunaanvragen hebben ingediend. Uit de voorgelegde documenten blijkt dat voor eenzelfde soort dienstverlening meermaals steunaanvragen worden ingediend en goedgekeurd. Als dienstverlener bent u door artikel 20 van bovenvermeld ministerieel besluit verantwoordelijk voor een correcte beoordeling van de steunaanvragen. Op basis van de vermeldingen m.b.t. de kmo-portefeuille op de voorgelegde facturen worden de klanten immers misleid bij hun steunaanvragen. Los van het feit of de prestatie op zich voor steun via de kmo-portefeuille in aanmerking komt, is dit strijdig met artikel 17, 2° van bovenvermeld besluit van de Vlaamse Regering dat stelt dat steunaanvragen voor adviezen van permanente of periodieke aard uitgesloten zijn.

Op basis van deze vaststellingen wordt, door toepassing van artikel 32, 2° van voormeld besluit van de Vlaamse Regering d.d. 19 december 2008, de

onterecht uitgekeerde steun teruggevorderd van de dienstverlener, m.n. Typographics CVBA.

Gelieve het verschuldigde bedrag van 19.165,61 euro binnen 30 kalenderdagen te storten op rekeningnummer 435-4518971-15 van het Hermesfonds, Koning Albert II-laan 35 bus 12, 1030 Brussel met vermelding van: ‘2009KM0999994’”.

Deze beslissing vormt het voorwerp van de onderhavige vordering.

IV. Onderzoek van de vordering

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

V. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

5. De verzoekende partij omschrijft haar moeilijk te herstellen nadeel als volgt:

“De verzoekster ziet zich geconfronteerd met een uitzonderlijk moeilijke markt voor de afname van haar diensten. Zij ziet haar omzet in aanzienlijke mate (met maar liefst 40 procent) dalen en heeft reeds diverse maatregelen te nemen, anti-crisismaatregelen tot ontslag van personeel.

Wanneer zij verzocht wordt om de toegekende bedragen terug te betalen, en dus eigenlijk een subsidie waarvan wordt beweerd dat deze onterecht werd toegekend aan haar cliënteel ten laste moet nemen, verkleint dit haar slagkracht in een tijd van economische recessie, hetgeen uiteindelijk tot haar faillissement kan leiden. Dat dit niet ongedaan gemaakt wordt wanneer na verloop van tijd de beslissing tot terugvordering ongedaan gemaakt wordt, spreekt voor zich.

Gelet op bovenstaande staat het dan ook vast dat de uitvoering van de bestreden maatregel een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel kan berokkenen

dienen de bestreden beslissingen ook geschorst te worden in afwachting van de afhandeling van het vernietigingsberoep.”

Beoordeling

6. Het door verzoekende partij ingeroepen nadeel, betreft een financieel nadeel.

Een zuiver financieel nadeel kan in principe worden hersteld met een nietigverklaring en de daaruit voortvloeiende vordering tot schadevergoeding.

Uit de bij het verzoekschrift gevoegde tabel met beknopte gegevens inzake haar omzet blijkt niet dat deze dermate laag is dat het betalen van een bedrag van 19.165,61 euro haar voortbestaan onmiddellijk in gevaar brengt. Daarnaast bevat de tabel ook geen recente gegevens met betrekking tot de omzet van de verzoekende partij nu de vermelde cijfers betrekking hebben op de periode januari 2008-december 2009. In ieder geval verwijst de verzoekende partij zelf naar de impact van de actuele economische recessie op haar zakencijfer. De door de verzoekende partij verstrekte gegevens laten derhalve niet toe uit te maken welke gevolgen het betalen van 19.165 euro heeft op haar financiële situatie.

De verzoekende partij maakt dan ook niet aannemelijk dat de bestreden beslissing haar voortbestaan in gevaar brengt, noch toont zij aan dat de bestreden beslissing haar een ander nadeel berokkent dat niet door een gewone annulatieprocedure kan worden hersteld.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 december 2010, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

André Vandendriessche