

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.681 van 5 december 2011
in de zaak A. 195.865/IX-6761**

In zake : de BVBA BIOMASSA CENTRALE IEPER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steve Ronse en Kaat Decock
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
Regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Francine Lemaire
kantoor houdend te 1070 Brussel
René Berrewaertslaan 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 maart 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het Agentschap Ondernemen, afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid van 13 januari 2010 houdende terugvordering van de groeipremie 2006-GP-KMO-01-00161 en ecologiepremie 2005-EP-00206.

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.

Adjunct-auditeur Frederic Eggermont 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 21 november 2011.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Arne Devriese, die loco advocaat Steve Ronse verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Francine Lemaire, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven, behoudens wat de kosten betreft.

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. Op 13 maart 2006 wordt aan de verzoekende partij een ecologiepremie van 1.403.500 euro toegekend voor verscheidene investeringen in technologieën die voorkomen op de limitatieve technologieënlijst, nadat zij daarvoor op 14 september 2005 een aanvraag had ingediend. Daarnaast wordt op 8 juni 2006 ook een groeipremie van 644.998 euro toegekend, nadat de verzoekende partij daarvoor op 8 februari 2006 een aanvraag had ingediend.

3.2. De ecologiepremie wordt in twee schijven uitbetaald voor een totaal bedrag van 842.100 euro. Ook de groeipremie wordt in twee schijven uitbetaald voor een totaal bedrag van 386.999 euro.

3.3. Op 17 november 2006 laat de verzoekende partij weten dat de tweede schijf van de ecologie- en groeipremie te vroeg werd aangevraagd. Zij verduidelijkt op 19 december 2006 dat een vertraging was opgetreden in het investeringsprogramma door problemen met milieuvergunningen.

3.4. Bij een vergadering op 27 augustus 2007 meldt de verzoekende partij dat de situatie helemaal is veranderd. Het investeringsproject zal niet worden uitgevoerd door de verzoekende partij, maar door een nieuw op te richten onderneming waarin de aandeelhouders van de verzoekende partij een minderheidsparticipatie zullen hebben.

3.5. In een brief van 13 november 2007 vraagt de afgevaardigd bestuurder van nv Bineryg Ieper aan de verwerende partij toestemming om de aan de verzoekende partij toegekende steun over te mogen dragen aan de nieuw opgerichte nv Bineryg Ieper.

3.6. In een verslag van de afdeling Inspectie Economie van 16 december 2008 wordt naar aanleiding van een controle het volgende vermeld:

“Uit het boekhoudkundig onderzoek blijkt dat slechts een deel van de uitbetaalde subsidies werd gebruikt voor de betaling van investeringen die rechtstreeks aan de BVBA Biomassa Centrale Ieper gefactureerd werden.

Het gros van de uitbetaalde subsidies werd aangewend om facturen te betalen die geadresseerd zijn aan de BV Biomassa Holding Nederland.

Deze werden in de boekhouding van de BVBA Biomassa Centrale Ieper gedebiteerd als vaste activa in aanbouw en gecrediteerd als te ontvangen facturen BV Biomassa Holding.

Een effectieve factuur van de BV Biomassa Holding, die inmiddels failliet is, werd nooit ontvangen.

Wel werden de meeste van deze facturen betaald en werd de RC van de Biomassa Holding gecrediteerd telkens een betaling gebeurde.

Voor een meerderheid van de voorgelegde facturen is het twijfelachtig of deze betrekking hebben op de BVBA Biomassa Centrale Ieper.

De ter zake gevraagde bijkomende inlichtingen werden tot op heden niet bekomen.

Voor andere facturen blijkt uit de informatie die op deze facturen vermeld is dat deze niets te maken hebben met de BV Biomassa Centrale Ieper.

Verder werden de ontvangen subsidies gebruikt voor de betaling van een aantal facturen die eveneens gefactureerd werden aan de BV Biomassa Ieper en die niet geactiveerd werden in de boekhouding van de BVBA Biomassa Centrale Ieper.

Ook deze betalingen werden op de RC van de BV Biomassa Holding gecrediteerd.

Voor sommige van deze betalingen konden geen verantwoordingsstukken voorgelegd worden, voor andere is het duidelijk dat deze geen betrekking hebben op de BVBA Biomassa Centrale Ieper.

Er werden geen investeringen overgedragen van de BVBA Biomassa Ieper aan de NV Bineryg Ieper.

Uit de rekening 2 van het grootboek die als bijlage bij de mail van 19.12.2008 van de heer Wim Samyn (Thenergo) gevoegd werd blijkt dat de NV Bineryg Ieper op heden 9.157.661 euro investeerde in het geplande project.

In een eerdere mail vermeldt de heer Samyn dat het niet de bedoeling is van de NV Bineryg Ieper dat de BVBA Biomassa Centrale Ieper de reeds uitbetaalde subsidie overdraagt aan de NV Bineryg Ieper.

Wel vraagt de NV Bineryg Ieper om eventueel de nog te ontvangen steun (ecologie- en/of groeipremie - 3de schijf) uit te betalen aan Bineryg Ieper.”

3.7. Het Agentschap Economie, afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid beslist op 13 januari 2010 om de ecologie- en groeipremies terug te vorderen. Het Agentschap overweegt het volgende:

“Op 13 maart 2006 werd een ecologiepremie ad 1.403.500 euro toegekend, waarvan de 2 schijven werden aangevraagd en uitbetaald op resp. 27 april 2006 en 16 mei 2006, samen ad 842.100,00 euro.

Op 6 juni 2006 werd een groeipremie toegekend ad 644.998,92 euro, waarvan 2 schijven samen ad 386.999,00 euro werden aangevraagd en uitbetaald op 2 augustus 2006.

In oktober 2006 werd de administratie door uw onderneming op de hoogte gebracht dat de uitbetaling van de steun te vroeg werd uitbetaald en verzocht u om hiervoor niet gepenaliseerd te worden vermits de uitbetalingsaanvraag per vergissing gebeurde. De administratie heeft haar antwoord toen in beraad gehouden tot uw onderneming een duidelijk zicht gaf op het uit te voeren investeringsprogramma en de planning ervan.

Met haar schrijven van 13 november 2007 verzocht NV Bineryg Ieper om een overdracht van de steun vermits zij het project zou realiseren i.p.v. uw onderneming.

Gelet op de belangrijkheid van het project, niet enkel economisch, maar ook naar tewerkstelling en milieu toe was toenmalig minister Ceysens bereid om deze zaak voor te leggen aan de Vlaamse Regering na positief advies van de Inspecteur van Financiën onder de volgende voorwaarden:

- een officieel verzoek om overdracht van de steun aan NV Binergy Ieper met uitgebreide motivering, ruimer dan het economische;
- inzake de groeipremie: uit een simulatie op basis van het financieel plan van NV Binergy Ieper moet blijken dat de overnemende onderneming ook gunstig gerangschikt zou worden;
- NV Binergy Ieper dient zowel de rechten als plichten over te nemen van BVBA Biomassa Centrale Ieper.

Evenwel uit een grondig boekhoudkundig onderzoek, mede op verzoek van de Inspecteur van Financiën, blijkt het volgende:

- 1) de uitbetaalde subsidies werden aangewend om voornamelijk facturen te betalen die geadresseerd zijn aan de aanverwante BV Biomassa Holding Nederland, die inmiddels failliet verklaard werd;
- 2) de facturen geen betrekking hebben op het investeringsproject Biomassa Ieper;
- 3) geen investeringen werden overgedragen aan NV Binergy Ieper.

Op een overleg op het kabinet van Vlaams minister-president Kris Peeters dd 4/12/2009 met NV Thenergo, moedermaatschappij van NV Binergy Ieper, blijkt dat zij geen vragende partij zijn om de reeds uitbetaalde steun te verkrijgen van BVBA Biomassa Centrale Ieper en er effectief geen overdracht van investeringen gebeurd is.

Gelet op voormelde blijven de toegekende subsidies zonder voorwerp.

Bijgevolg dient conform artikel 24 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 1 oktober 2004 tot toekenning van steun aan ondernemingen voor ecologie-investeringen in het Vlaamse Gewest en artikel 24 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 10 oktober 2003 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor investeringen in het Vlaamse Gewest de reeds uitbetaalde steun teruggevorderd te worden.

Ik verzoek u dan ook het ten onrechte uitbetaalde bedrag van 1.229.099 euro binnen de dertig dagen vanaf heden terug te storten op rekeningnummer 435-4518971-15 van het Hermesfonds, Koning Albert II-laan 35 bus 12 te 1030 Brussel met volgende vermelding: 'terugbetaling groeipremie: dossier 2006-GP-KM0-01-00161 en ecologiepremie: dossier 2005-EP-00206'."

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

4. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord op dat de Raad van State niet bevoegd is om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring waarvan het werkelijke en rechtstreekse voorwerp een geschil over subjectieve rechten inhoudt. Indien de verzoekende partij niet voldoet aan de wettelijk bepaalde subsidievoorwaarden, zoals te dezen het geval is, is de

verwerende partij ertoe gehouden de toegekende steun terug te vorderen. De overheid beschikt ter zake over een gebonden bevoegdheid en niet over een discretionaire bevoegdheid. In dit geschil is de vraag aan de orde of de verzoekende partij al dan niet investeringen heeft uitgevoerd die beantwoorden aan de wettelijk bepaalde voorwaarden om in aanmerking te komen voor de subsidie. Er moet worden uitgemaakt of voldaan is aan de voorwaarden om subsidies te krijgen en of de subsidies al dan niet ten onrechte worden teruggevorderd.

5. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij over een heel ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikte, aangezien zij niet is overgegaan tot de eenvoudige uitvoering van de bepalingen inzake de terugvordering van subsidies, maar op eigen initiatief bijkomend onderzoek heeft verricht en voorwaarden heeft opgelegd.

In haar laatste memorie voegt de verzoekende partij daar nog aan toe dat de voorwaarden die de aanvrager moest vervullen zo ruim geformuleerd zijn, dat er sprake is van een discretionaire bevoegdheid van de overheid en dat er niet van een subjectief recht kan worden gesproken. De verwerende partij is overgegaan tot een concrete appreciatie van het dossier waarbij aan de verzoekende partij bijkomende voorwaarden werden opgelegd opdat zij de reeds toegekende steun zou kunnen behouden. De verwerende partij heeft de toegekende steun teruggevorderd omdat de nv Thenergo “geen vragende partij was om de reeds uitbetaalde steun te verkrijgen van bvba Biomassa Centrale Ieper en er effectief geen overdracht van investeringen is gebeurd”. Het gaat bijgevolg duidelijk om bijkomende voorwaarden die werden opgelegd, die tot de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij moeten worden gerekend.

6. 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.

Het bestaan van een geschil over een subjectief recht met betrekking tot handelingen van de overheid veronderstelt dat de eiser zich beroept op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht aan het bestuur oplegt. Opdat een partij zich ten aanzien van de bestuurlijke overheid op een dergelijk recht zou kunnen beroepen, dient de bevoegdheid van die overheid gebonden te zijn of dient de overheid reeds het bestaan van een recht vastgesteld te hebben.

De bevoegdheid van de Raad van State hangt aldus af van de vraag of wat bestreden wordt een constitutieve beslissing is waarbij de overheid gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid, dan wel een beslissing waarbij de overheid vaststelt dat de betrokkene voldoet aan de wettelijke en reglementaire voorwaarden waardoor de betrokkene zich kan beroepen op een welbepaald recht.

7. Naar luid van artikel 2, § 1, van het decreet van 31 januari 2003 betreffende het economisch ondersteuningsbeleid kan de Vlaamse Regering binnen de voorziene begrotingskredieten met betrekking tot de in dat 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. Overeenkomstig artikel 9 van het decreet kan de Vlaamse Regering steun verlenen aan kleine en middelgrote ondernemingen voor investeringen, onder de

voorwaarden vermeld in het voormelde decreet en in zijn uitvoeringsbesluiten. Overeenkomstig artikel 13 van het decreet kan de Vlaamse Regering steun verlenen aan ondernemingen voor ecologie-investeringen in het Vlaamse Gewest, onder de voorwaarden vermeld in het voormelde decreet en in zijn uitvoeringsbesluiten.

Artikel 10 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 oktober 2003 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor investeringen in het Vlaamse Gewest bepaalt het volgende:

“Art. 10. Er wordt steun verleend aan kleine en middelgrote ondernemingen voor investeringen in het Vlaamse Gewest onder de voorwaarden, vermeld in het decreet en in dit besluit.”

Artikel 10 van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 oktober 2004 tot toekenning van steun aan ondernemingen voor ecologie-investeringen in het Vlaamse Gewest bepaalde ten tijde van het indienen van de steunaanvraag het volgende:

“Art. 10. Er wordt steun verleend aan ondernemingen voor ecologie-investeringen in het Vlaamse Gewest onder de voorwaarden, vermeld in het decreet en in dit besluit.”

Artikel 14 van hetzelfde besluit luidde toentertijd als volgt:

“Art. 14. § 1. Van de aanvaarde ecologie-investeringen, bedoeld in artikel 12 en 13, kunnen enkel de volgende materiële en immateriële investeringen in aanmerking komen voor steun:

- 1° gebouwen die onlosmakelijk verbonden zijn met ecologie-investeringen en die nutteloos worden als die investeringen buiten dienst gesteld worden;
- 2° installaties en uitrustingen die erop gericht zijn vervuiling of hinder te beperken of te beëindigen of de productiemethoden aan te passen met het oog op de milieubescherming, met uitzondering van end-of-pipe technologieën waarvoor een alternatieve procesgeïntegreerde technologie bestaat;
- 3° immateriële investeringen, bepaald in artikel 14, § 2, van het decreet.

[...]

§ 3. De volgende investeringen komen niet in aanmerking :

- 1° de investeringen die door de steunaanvragende onderneming gratis of onder bezwarende titel ter beschikking worden gesteld aan derden;
- 2° de investeringen, voorheen geactiveerd en opgenomen in de afschrijvingstabel, die verworven worden van :
 - a) een onderneming waarin de steunaanvragende onderneming rechtstreeks of onrechtstreeks participeert;
 - b) een onderneming die rechtstreeks of onrechtstreeks participeert in de steunaanvragende onderneming;
 - c) een verwante patrimoniumvennootschap;
- 3° de investeringen die verworven worden van een zaakvoerder, een bestuurder of een aandeelhouder van de steunaanvragende onderneming;
- 4° de investeringen die in geval van aankoop niet verworven worden in volle eigendom;
- 5° de investeringen waarvan de eigendom behouden blijft via een recht van opstal of een verzaking aan het recht van natrekking.”

Het bij artikel 6, 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2007 ingevoegde artikel 14, § 3, 5°, van het voornoemde besluit van 1 oktober 2004 werd evenwel vernietigd bij 's Raads arrest nr. 216.678 van heden.

Naar luid van artikel 38 van het voornoemde decreet bepaalt de Vlaamse Regering de gevallen van terugvordering, de termijnen waarbinnen de feiten die aanleiding geven tot terugvordering zich moeten voordoen en de intrestvoet die in dit geval verschuldigd is.

Artikel 24, 4°, van het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering van 10 oktober 2003 luidt als volgt:

“Art. 24. 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, gecoördineerd op 17 juli 1991 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, in geval van:

[...]

4° niet-naleving van de bij het decreet, dit besluit, de oproep en de rangschikking opgelegde voorwaarden;

[...]”

Artikel 24, 5°, van het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering van 1 oktober 2004 luidde toentertijd als volgt:

“Art. 24. 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, gecoördineerd op 17 juli 1991 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, in geval van :

[...]

5° niet-naleving van de bij het decreet of dit besluit opgelegde voorwaarden”.

8. Uit de bewoordingen van artikel 10 van de twee voornoemde besluiten van de Vlaamse Regering kan worden opgemaakt dat wie aan de voorwaarden voldoet voor de toekenning van de steun voor ecologie-investeringen, respectievelijk voor investeringen in kleine en middelgrote ondernemingen, volgens die toentertijd geldende regeling een subjectief recht heeft op deze steun en dat de verwerende partij ter zake geen discretionaire bevoegdheid meer heeft en ertoe gehouden is de steun toe te kennen, althans wanneer vaststaat dat de voorwaarden in het voornoemde decreet en in de voornoemde besluiten van de Vlaamse Regering zijn nageleefd. Uit de bewoordingen van artikel 24 van de voornoemde besluiten van de Vlaamse Regering kan dan weer worden afgeleid dat indien aan die voorwaarden niet is voldaan en indien nog geen tien jaar zijn verstreken na het beëindigen van de investeringen, de toegekende steun moet worden teruggevorderd. Ook hierover heeft de verwerende partij geen discretionaire bevoegdheid die haar zou toelaten om in het zo-even geschetste geval niet over te gaan tot de terugvordering van de reeds toegekende steun.

9. De bestreden beslissing houdt bijgevolg niet meer in dan de toepassing op een concreet geval van hetgeen vervat is in artikel 24 van de voornoemde besluiten, dat de verwerende partij ertoe verplicht de ten onrechte uitgekeerde steun terug te vorderen.

Er moet dan ook 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 steun 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.

De stelling van de verzoekende partij dat de verwerende partij gebruik zou maken van een discretionaire bevoegdheid doordat zij bijkomende voorwaarden hanteert, kan niet worden gevolgd. Indien die bijkomende voorwaarden afgeleid kan worden uit de bestaande regelgeving, binden ze de verwerende partij en is er geen sprake van een discretionaire bevoegdheid. Indien die bijkomende voorwaarden daarentegen niet kunnen worden afgeleid uit de bestaande regelgeving, heeft de verwerende partij ten onrechte voorwaarden toegevoegd aan de bestaande regelgeving en staat het aan de burgerlijke rechter om dit vast te stellen. Een betwisting met betrekking tot de interpretatie van de bestaande regelgeving kan evenwel niet gelijkgesteld worden met het bestaan van een discretionaire beoordelingsbevoegdheid in hoofde van de verwerende partij, nu uit het voorgaande is gebleken dat de toepasselijke regelgeving geen dergelijke beoordelingsbevoegdheid biedt.

10. De Raad van State is bijgevolg zonder rechtsmacht om van het beroep tot nietigverklaring kennis te nemen.

V. Kosten

11. In de gegeven omstandigheden past het de kosten ten laste te leggen van de verwerende partij, aangezien de verwerende partij in de bestreden beslissing gewag heeft gemaakt van de mogelijkheid om een annulatieberoep in te dienen bij de Raad van State. Ook al wordt tevens gewezen op de bevoegdheid van de gewone burgerlijke rechtbank indien het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de betwisting betrekking heeft op een subjectief recht, toch kan

worden aangenomen dat de verzoeker door deze onduidelijke wijze van vermelding van de beroepsmogelijkheden misleid kon worden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verwerende 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 5 december 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad,
bijgestaan door	
Wim Geurts,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Wim Geurts

André Vandendriessche