

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE IXe KAMER

A R R E S T

nr. 217.932 van 14 februari 2012

in de zaak A. 202.255/IX-7460

In zake : de NV WESTSITE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anne Vannieuwkerke
kantoor houdend te 9000 Gent
Visserij 41
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 de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 oktober 2011, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 2 september 2011 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 Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 februari 2012.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anne Vannieuwkerke, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Francine Lemaire, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederic Eggermont, gemachtigd om ter terechtzitting advies te verlenen, heeft een met dit arrest andersluidend 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 blijkens haar statuten een vennootschap die onder meer tot doel heeft de creatie en de ontwikkeling van sites op het internet, met als service het onderhoud van deze sites en het verlenen van consultancy zowel op technologisch vlak als op vlak van de marketing, dit alles in de meest ruime zin. Zij is sinds 2006 erkend als dienstverlener in de pijler advies.

3.2. Op 27 april 2006 ondertekent de verzoekende partij een verklaring op eer, waarin zij erkent het decreet van 31 januari 2003, het besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2005 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten, de uitvoeringsbesluiten “en latere wijzigingen” te zullen naleven.

3.3. Op 16 juli 2008 wordt in de kantoren van de verzoekende partij door de afdeling Inspectie Economie een op 4 juli 2008 aangekondigd controlebezoek gehouden, blijkbaar naar aanleiding van een algemene screening van vermeldingen op websites van erkende dienstverleners met betrekking tot subsidies van de Vlaamse overheid.

In het inspectieverslag wordt melding gemaakt van een aantal tekortkomingen, maar er worden na dat verslag geen maatregelen genomen, volgens de verwerende partij omdat vanaf 1 januari 2009 de tot dan toe geldende regeling inzake het budget voor economisch advies (BEA) vervangen zou worden door een nieuwe regeling inzake de kmo-portefeuille.

3.4. Op 5 januari 2011 beslist het Agentschap Ondernemen om de aanvraag van de verzoekende partij tot hernieuwing te weigeren van haar erkenning als dienstverlener voor de pijler advies, die afliep op 31 december 2010. In die beslissing wordt gesteld dat “uw aanvraag tot erkenning als dienstverlener voor de pijler advies [wordt] geweigerd vermits u geen subsidiabele diensten verleent”.

3.5. De verzoekende partij stelt op 3 februari 2011 administratief beroep in tegen deze beslissing, die op 3 mei 2011 door het Agentschap Ondernemen wordt bevestigd. In die beslissing worden enkele algemene conclusies weergegeven van het inspectieverslag en wordt geconcludeerd dat “een aanvraag geweigerd kan worden indien de dienstverlener bij een eerdere erkenning de voorwaarden van de opgegeven besluiten [...] niet heeft nageleefd”. Er wordt tevens gesteld dat inbreuken zijn vastgesteld van de BEA dossiers ten opzichte van de toentertijd toepasselijke regelgeving.

Deze laatste beslissing wordt door de verzoekende partij niet verder in rechte aangevochten.

3.6. Op 27 mei 2011 wordt bij de verzoekende partij door de Afdeling Inspectie Economie een nieuw controlebezoek uitgevoerd, waarbij 60 gesubsidieerde adviesprojecten worden nagezien.

3.7. Op 2 september neemt het Agentschap Ondernemen de volgende bestreden beslissing:

“De organisatie Westsite nv was in het kader van de kmo-portefeuille erkend als dienstverlener voor de pijlers advies (DV.A105094) en is momenteel nog erkend voor de pijler opleiding (DV.O105095).

Deze erkenningen werd[en] verleend op basis van een CEDEO kwaliteitscertificaat, waarbij voldaan werd aan de gestelde voorwaarden conform artikels 30, 31 en 33 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.

Door de ondertekening van de verklaring op eer bij uw erkenningsaanvragen als dienstverlener heeft u zich uitdrukkelijk akkoord verklaard om de wetgeving m.b.t. de kmo-portefeuille na te leven. U kunt de wetteksten raadplegen op de website www.kmo-portefeuille.be.

Op 27 mei 2011 werd, in het kader van de kmo-portefeuille, een controle uitgevoerd door de afdeling Inspectie Economie van het Agentschap Ondernemen bij Westsite nv. Er werden in totaal 60 gesubsidieerde adviesprojecten beoordeeld.

Bij 4 van deze adviesprojecten werd vastgesteld dat de aanvragers grote ondernemingen zijn. De onterecht verkregen subsidie van deze projecten zal bij deze aanvragers teruggevorderd worden. (projecten 2009KMO028778, 2009KMO054395, 2010KMO038480 en 2010KMO042628)

Voor de andere 56 ingediende adviesprojecten zijn verschillende inbreuken vastgesteld. U vind[t] in bijlage de inbreuken per project.

Als dienstverlener hebt u deze steunaanvragen ten onrechte bevestigd hetgeen in strijd is met artikel 20 van het bovenvermeld ministerieel besluit. Als dienstverlener had u immers de verantwoordelijkheid om te controleren of de steunaanvragen conform de regelgeving waren uitgevoerd.

Als dienstverlener wordt u geacht de regelgeving te kennen en te respecteren. Bij het ondertekenen van de verklaring op eer hebt u op erewoord aangegeven de regelgeving te kennen en te zullen respecteren.

Aangezien de geleverde diensten niet voldoen aan de minimumeisen van subsidieerbaar advies, aangezien u de projectaanvragen ten onrechte bevestigd hebt en gelet op de vastgestelde inbreuken op de vigerende wetgeving wordt de onterecht ontvangen subsidie bij u teruggevorderd conform artikel 32, tweede lid, van bovenvermeld besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008.

Gelieve het verschuldigde bedrag van 136.646,45 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: 'DV.A105094'.

Beroepsmogelijkheden

Tegen onderhavige beslissing kunnen volgende beroepen worden ingesteld:

1. Het 'willig en oneigenlijk' beroep: in te leiden, bij middel van een gewone geargumenteerde brief, bij de Vlaamse Overheid, Agentschap Ondernemen, Afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid, Koning Albert II-laan 35 bus 12. 1030 Brussel;

2. Het 'Hiërarchisch' beroep: in te leiden bij middel van een gewone geargumenteerde brief, bij de Vlaamse minister bevoegd voor het Economisch beleid, Martelaarsplein 19, 1000 Brussel;

3. Het 'eindberoep': in te leiden, bij middel van een aangetekende brief, binnen de 60 dagen na de kennisgeving van onderhavige beslissing, bij de Raad van State, Wetenschapsstraat 33, 1040 Brussel.

Indien het werkelijke en rechtstreekse voorwerp van de betwisting betrekking heeft op een subjectief recht is de Raad van State onbevoegd en moet de onderneming zich wenden tot de gewone burgerlijke rechtbanken."

3.8. Op 30 september 2011 stelt de verzoekende partij een willig en oneigenlijk beroep in tegen de bestreden beslissing. De verwerende partij blijkt over dit administratief beroep vooralsnog nog geen beslissing te hebben genomen.

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.

A. Ernst van het eerste en het derde onderdeel van het eerste middel

Standpunten van de partijen

5. In een eerste onderdeel van het eerste middel wordt de schending aangevoerd van de hoorplicht. In een derde onderdeel wordt de schending aangevoerd van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij stelt met betrekking tot het eerste middelonderdeel dat de bestreden beslissing voor haar een ernstig nadeel inhoudt, aangezien de toegekende subsidies worden teruggevorderd omdat de door de verzoekende partij geleverde diensten niet zouden voldoen aan de minimumeisen van subsidieerbaar advies en aangezien aan de verzoekende partij tevens wordt verweten de projectaanvragen ten onrechte te hebben bevestigd en diverse inbreuken te hebben gepleegd op de vigerende regelgeving. Aangezien de verzoekende partij niet de gelegenheid kreeg om op nuttige wijze haar standpunt naar voor te brengen vooraleer de bestreden beslissing werd genomen, ligt een inbreuk voor op de hoorplicht.

Betreffende het derde middelonderdeel argumenteert de verzoekende partij dat de verwerende partij beschikt over een discretionaire bevoegdheid inzake de terugvordering van de subsidies. Een administratieve overheid moet bij het nemen van een bepaalde beslissing objectieve criteria in overweging nemen, een objectieve afweging maken van alle betrokken belangen en bij haar besluitvorming naar een redelijk evenwicht streven tussen alle betrokken belangen. De bestreden beslissing werd geenszins afgewogen aan de hand van werkelijk bestaande feiten waarvan de verwerende partij zich een duidelijke voorstelling heeft kunnen vormen en die van zulke aard zijn dat zij de genomen beslissing naar recht en redelijkheid kunnen dragen. Bij het nemen van

de bestreden beslissing werden niet alle belangen beoordeeld die betrokken zijn bij de beslissing, hetgeen strijdig is met het zorgvuldigheidsbeginsel.

6. De verwerende partij repliceert met betrekking tot het eerste middelonderdeel dat artikel 47 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 het hoorrecht uitdrukkelijk regelt. De verzoekende partij heeft in haar beroepschrift van 3 februari 2011 haar argumenten uiteengezet, maar zij heeft geen beroep gedaan op het recht te worden gehoord. De terugvordering is bovendien niet gesteund op de tekortkomingen van de verzoekende partij, maar op de schending van de ter zake geldende decretale en reglementaire bepalingen. Uit het inspectieverslag blijkt dat de feiten vatbaar zijn voor directe en eenvoudige constatacie. De feitelijke vaststellingen door de Afdeling Inspectie Economie worden weergegeven in de bijlage bij de bestreden beslissing en werden op geen enkel ogenblik door de verzoekende partij betwist. De verzoekende partij heeft haar standpunt reeds uiteengezet in haar beroepschrift tegen de beslissing van 5 januari 2011 om haar erkenning als dienstverlener voor de pijler advies niet te verlengen. Zij heeft op dat ogenblik geen gebruik gemaakt van haar recht om gehoord te worden. Aangezien de verwerende partij uitdrukkelijk en uitvoerig heeft geantwoord op het standpunt van de verzoekende partij dat in dat beroepschrift werd verwoord, was het niet nodig om de verzoekende partij nogmaals de gelegenheid te bieden om haar standpunt ten aanzien van die feiten uiteen te zetten. De bestreden beslissing is immers gesteund op dezelfde motieven als de beslissing om de erkenning van de verzoekende partij niet te verlengen. Uit niets blijkt dat het effectief horen van de verzoekende partij nodig was om de aangehaalde argumentatie nader te begrijpen.

Wat betreft het derde middelonderdeel stelt de verwerende partij dat zij de nodige zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd om tot haar beslissing te komen. De bestreden beslissing werd genomen nadat de verwerende partij kennis had gekregen van het inspectieverslag van 15 juli 2011 over een

controle ter plaatse. Bovendien heeft de verwerende partij kennis genomen van het standpunt van de verzoekende partij.

Beoordeling

7. Met de verwerende partij moet worden vastgesteld dat artikel 47, tweede lid, 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 uitdrukkelijk de hoorplicht regelde ten tijde van de beslissing van 3 mei 2011, waarbij de aanvraag tot verlenging van de erkenning van de verzoekende partij als dienstverlener in de pijler “advies” werd geweigerd. Die bepaling, die overigens werd opgeheven bij het ministerieel besluit van 5 juli 2011, had evenwel enkel betrekking op de hoorplicht voor beslissingen over de erkenning van dienstverleners, en niet op de hoorplicht voor beslissingen met betrekking tot de terugvordering van subsidies, zoals de bestreden beslissing. Aangezien er in dit geval geen uitdrukkelijke regeling bestaat met betrekking tot de hoorplicht, is het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur inzake de hoorplicht wel degelijk toepasselijk.

8. De hoorplicht houdt in dat tegen niemand een ernstige maatregel kan worden getroffen die is gegrond op zijn persoonlijk gedrag en die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder dat hem vooraf de mogelijkheid wordt geboden om op een nuttige wijze zijn standpunt te doen kennen. Het doel van deze hoorplicht bestaat enerzijds in het vrijwaren van de belangen van de bestuurde, door hem de mogelijkheid te bieden zijn opmerkingen te doen kennen en aldus een voor hem ongunstige beslissing te vermijden. Anderzijds wordt met de hoorplicht beoogd te vermijden dat het bestuur een onzorgvuldige beslissing zou nemen omdat het niet beschikt over een volledige kennis van zaken.

9. Artikel 32 van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote

ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten luidde ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing als volgt:

“Art. 32. De subsidie kan geheel of gedeeltelijk teruggevorderd worden, binnen vijf jaar na de datum van de subsidieaanvraag, met behoud van de toepassing van de bepalingen in 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 :

[...]

2° respectievelijk van de onderneming of de dienstverlener in geval van niet-naleving van de bij het decreet of dit besluit opgelegde voorwaarden door de onderneming of de dienstverlener.”

Uit deze bepaling blijkt dat de verwerende partij over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikt, onder meer om te bepalen of de subsidie geheel, dan wel gedeeltelijk wordt teruggevorderd, rekening houdende met de feitelijke vaststellingen, en om te bepalen of de niet-naleving van de subsidievoorwaarden aan de onderneming, dan wel aan de dienstverlener moet worden toegerekend. De bestreden beslissing wordt bijgevolg niet volledig gedetermineerd door de geldende regelgeving.

10. De bestreden beslissing is gesteund op feitelijke gegevens die de verzoekende partij als een tekortkoming worden aangerekend. Dat die feiten eventueel eenvoudig zouden kunnen worden vastgesteld, zoals de verwerende partij voorhoudt, doet daar geen afbreuk aan. Tevens komt de maatregel neer op het ontnemen van een eerder verleend voordeel, zodat het, mede gelet op de omvang van het terug te vorderen bedrag, om een ernstige maatregel gaat.

Aangezien de verwerende partij beschikte over een discretionaire bevoegdheid voor het nemen van een beslissing die de belangen van de verzoekende partij ernstig kan aantasten en die gesteund is op tekortkomingen die de verzoekende partij kunnen worden aangerekend, moest de verzoekende partij worden gehoord, zodat zij haar standpunt omtrent de beoordeling van de feitelijke vaststelling en de vaststelling van het bedrag van de

gebeurlijk terug te vorderen subsidies kon laten kennen, vooraleer de verwerende partij hierover een beslissing neemt.

Het gegeven dat de verzoekende partij destijds geen gebruik heeft gemaakt van het hoorrecht bedoeld in het toentertijd geldende artikel 47, tweede lid, en - in het kader van een administratief beroep - in de toentertijd geldende artikelen 49 en 50 van het voormelde ministerieel besluit, lijkt voor de onderhavige zaak niet relevant, aangezien de beslissing van 3 mei 2011 betrekking had op de aanvraag tot vernieuwing van de erkenning als dienstverlener en niet - zoals de bestreden beslissing - op de terugvordering van subsidies. Ook het gegeven dat de beslissing van 3 mei 2011 en de bestreden beslissing grotendeels op dezelfde feitelijke vaststellingen en op dezelfde motieven gesteund zijn, doet daaraan geen afbreuk, nu de gevolgen van de twee beslissingen voor de verzoekende partij zeer verschillend zijn. De stelling van de verwerende partij dat de hoorplicht reeds zou zijn nagekomen naar aanleiding van de beslissing van 3 mei 2011, lijkt dan ook niet op te gaan.

11. Het zorgvuldigheidsbeginsel bij de feitenvinding en de beoordeling van de feiten vereist onder meer dat de overheid geen ernstige maatregel neemt die is gegrond op het persoonlijk gedrag van een rechtsonderhorige en die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder eerst aan de betrokkene de mogelijkheid te bieden om zijn standpunt te doen kennen. De verwerende partij kon in dit geval niet volstaan met de conclusies van het inspectieverslag van 15 juli 2011 en - om de hiervóór aangehaalde redenen - met de argumentatie van de verzoekende partij in de administratieve beroepsprocedure die heeft geleid tot de beslissing van 3 mei 2011.

12. Het eerste en het derde onderdeel van het eerste middel zijn ernstig.

B. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

13. De verzoekende partij stelt dat de betaling van het bedrag van 136.646,45 euro zal leiden tot een faillissement. Tijdens het laatste jaar lijdt zij onder de huidige crisistoestand en de economische recessie. De onmiddellijke uitvoering van de bestreden beslissing zal onmiskenbaar tot gevolg hebben dat de zaakvoerder van de verzoekende partij genoodzaakt zal zijn om andere beslissingen te nemen dan in andere omstandigheden en dat bepaalde of in het slechtste geval zelfs alle werknemers zullen moeten worden ontslaan.

14. De verwerende partij repliceert dat een dienstverlener, die ten onrechte gesubsidieerde prestaties aan zijn klanten aanbiedt, oneerlijke concurrentie bedrijft. De verzoekende partij beroept zich op een zuiver financieel nadeel, waarbij zij gewag maakt van een eventuele falings. Er wordt niet aangetoond dat de verzoekende partij geen lening zou kunnen aangaan om de gevorderde som te betalen. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat de verzoekende partij sinds 1 januari 2011 niet meer is erkend als dienstverlener binnen de pijler “advies”, zodat zij uit haar activiteiten als dienstverlener binnen deze pijler geen inkomsten meer kan verwerven. De terugvordering van de steun zal de levensvatbaarheid van de verzoekende partij beslist niet in het gedrang brengen.

Beoordeling

15. Het door de verzoekende partij ingeroepen nadeel betreft een financieel nadeel, dat enkel als moeilijk te herstellen worden aangemerkt indien bijzondere omstandigheden worden aangevoerd waaruit blijkt dat het nadeel wel degelijk moeilijk te herstellen is. In het onderhavige geval blijkt dat de bestreden beslissing tot gevolg heeft dat de verzoekende partij op zeer korte termijn een bedrag zal moeten terugbetalen van 136.646,45 euro, dat een belangrijke fractie inhoudt van de activa van de verzoekende partij, die op 31 juli 2011 458.916,50 euro bedragen. Mede gelet op de in het boekjaar 2010 gerealiseerde winst van slechts 14.772,20 euro en het in de periode van 1 januari 2011 tot 31 juli 2011

gerealiseerde verlies van 61.879,78 euro, alsook op de relatief beperkte omvang van de verzoekende partij, kan worden aangenomen dat de terugvordering van subsidies voor een bedrag van 136.646,45 euro de financiële positie van de verzoekende partij ernstig in gevaar brengt, in die mate dat het financieel nadeel wel degelijk moeilijk te herstellen is. Het gegeven dat de verzoekende partij sinds 1 januari 2011 niet langer erkend is als dienstverlener binnen de pijler “advies”, doet allerminst afbreuk aan die vaststelling.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 2 september 2011 van het Agentschap Ondernemen van het Vlaamse Gewest, waarbij onterecht betaalde steun in het kader van de kmo-portefeuille wordt teruggevorderd.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 februari 2012, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Jeroen Van Nieuwenhove