

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.428 van 12 maart 2012
in de zaak A. 196.597/IX-6811**

In zake : de NV ASAP
 gevestigd te 2018 Antwerpen
 Brederodestraat 172/2
 waar 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 1070 Brussel
René Berrewaertslaan 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 mei 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing “betreffende de terugvordering van volgens hen onterecht uitgekeerde subsidies voor een totaal bedrag van 164.654.68 euro”, aan de NV ASAP ter kennis gebracht bij schrijven van het Agentschap Ondernemen van 9 maart 2010.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Wouter De Cock heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 februari 2012.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Francine Lemaire, die verschijnt voor de verwerende partijen, is gehoord.

Auditeur Wouter De Cock 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 ontvangt twee certificaten voor dienstverlening in het kader van het “Budget voor Economisch Advies” (BEA), meer bepaald voor wat betreft de pijler “advies” (die bestaat naast de andere pijler “advies internationaal ondernemen”). Het eerste certificaat met erkenningsnummer DV.A102318 is geldig van 6 juni 2006 tot 4 augustus 2006. Het tweede certificaat met erkenningsnummer DV.A103440 is geldig van 19 september 2006 tot 1 oktober 2009.

Op grond van die beide certificaten kan de verzoekende partij steun ontvangen voor de ondernemerschapsbevorderende diensten die zij verstrekt in de vermelde periodes overeenkomstig het decreet van 31 januari 2003

betreffende het economisch ondersteuningsbeleid, het besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2005 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten, alsook het ministerieel besluit van 31 maart 2006 tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2005 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten, met betrekking tot de subsidieverlening.

3.2. Het besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2005 wordt opgeheven bij artikel 34 van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten. Bij wijze van overgangsregeling wordt in artikel 36 van hetzelfde besluit bepaald dat de dienstverleners die erkend zijn overeenkomstig het besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2005, in de pijler opleiding of advies, hun erkenning voor de resterende geldigheidsduur blijven behouden.

De erkenning van de verzoekende partij als dienstverlener binnen de pijler “advies” overeenkomstig het tweede in punt 3.1 vermelde certificaat wordt omgezet in een erkenning als dienstverlener in het kader van de “KMO-portefeuille”, eveneens binnen de pijler “advies”.

Met toepassing van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 en het ministerieel besluit van 1 januari 2009 tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 wordt de verzoekende partij eveneens erkend als dienstverlener in het kader van de “KMO-portefeuille” binnen de pijler “advies internationaal ondernemen”. Zij ontvangt daarvoor een certificaat met erkenningsnummer DV.I106097, dat geldig is voor de periode van 12 januari 2009 tot 2 oktober 2009.

3.3. Een controlebezoek door de afdeling Inspectie Economie op 18 september 2009 mondt uit in een inspectieverslag van 5 oktober 2009 waarin de volgende conclusies worden geformuleerd:

“C. Besluit:

Op basis van de verstrekte inlichtingen en documenten voldoet NV ASAP formeel aan de geldende regelgeving.

De afdeling Inspectie stelt zich vragen bij het systematisch vroegtijdig factureren. Omdat er echter al gestart is met de adviesverlening op het moment van facturatie is er geen sprake van niet aanvaardbare voorschotfacturen. De door ASAP toegepaste praktijk is niet expliciet verboden door de regelgeving.

Ook de inhoudelijke bemerkingen m.b.t. het al dan niet terugkerende of permanente karakter van de adviezen kunnen niet voldoende hard gemaakt worden”.

3.4. Een tweede controlebezoek door de afdeling Inspectie Economie op 16 december 2009 mondt uit in een tweede inspectieverslag van 18 februari 2010, waarin verscheidene onregelmatigheden worden vastgesteld met betrekking tot de door de verzoekende partij op grond van haar beide erkenningen uitgevoerde adviesverleningen. Van de 47 gecontroleerde projecten zouden er volgens de afdeling Inspectie Economie voor 43 projecten gehele of gedeeltelijke terugvorderingen moeten gebeuren.

3.5. Bij een brief van 9 maart 2010 van het Agentschap Ondernemen, wordt aan de verzoekende partij het volgende meegedeeld:

“A.S.A.P. NV was in het kader van de maatregel BEA (Budget voor Economisch Advies) erkend in de pijler advies onder de nummers DV.A102318 (als individuele dienstverlener Eric Ysebaert) en DV.A103440 (als organisatie A.S.A.P. NV). De erkenning DV.A103440 werd overgedragen naar de maatregel kmo-portefeuille. Binnen deze maatregel verkreeg A.S.A.P. NV ook een erkenning voor de pijler Advies Internationaal Ondernemen (DV.I106097).

Op 18 september 2009 en 16 december 2009 werden, in het kader van de maatregelen kmo-portefeuille en BEA, controles uitgevoerd door de afdeling Inspectie Economie van het Agentschap Ondernemen bij de dienstverlener A.S.A.P. NV.

Een derde controle werd uitgevoerd op 22 januari 2010 door zowel de afdeling Inspectie Economie van het Agentschap Ondernemen als door het Vlaams Agentschap voor Internationaal Ondernemen, publiekrechtelijk

vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap van de Vlaamse overheid bij A.S.A.P. NV. Ook bij enkele klanten werd een controle uitgevoerd.

U vindt als bijlage 1 een overzicht van de vastgestelde inbreuken tegen de voorwaarden van de maatregelen BEA en kmo-portefeuille. Op basis hiervan wordt de onterecht uitgekeerde steun ten bedrage van 164.654,68 euro teruggevorderd door toepassing van artikel 32, 2° van het besluit van de Vlaamse Regering d.d. 19 december 2008 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemersschapsbevorderende diensten en latere wijzigingen. Dit bedrag is samengesteld uit 22.530,00 euro voor de pijler Advies Internationaal Ondernemen en 142.124,68 euro voor de pijler Advies. U vindt hiervan een overzicht in bijlage 2.

Gelieve het verschuldigde bedrag voor de pijler Advies Internationaal Ondernemen van 22.530,00 euro binnen 30 kalenderdagen te storten op rekeningnummer 435-4528061-84, Gaucheretstraat 90, 1030 Brussel met vermelding van 'Terugstorting KMO-P dos. ASAP'.

Gelieve het verschuldigde bedrag voor de pijler Advies van 142.124,68 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: '2009KMO009011'.

U vindt als bijlage 3 de beroepsmogelijkheden tegen deze terugvordering.

Louter ter informatie wordt u meegedeeld dat wij ons het recht voorbehouden om op grond van de gedane vaststellingen elke erkenningsaanvraag als dienstverlener in het kader van de kmoportefeuille voor zowel de heer Ysebaert Eric als voor de organisatie A.S.A.P. NV steeds te weigeren".

In bijlage 3 van deze brief worden de beroepsmogelijkheden aldus weergegeven:

"BEROEPEN

Tegen onderhavige beslissing kunnen de volgende beroepen worden ingesteld:

1. Het 'willig en oneigenlijk beroep': in te leiden bij de bevoegde administratie, bij middel van een gewone geargumenteerde brief, te richten aan het Agentschap Ondernemen, afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid, Koning Albert II-laan 35, bus 12 te 1030 Brussel voor wat betreft de pijler 'advies' en te richten aan het Vlaams Agentschap voor Internationaal Ondernemen, Gaucheretstraat 90, 1030 Brussel voor wat betreft de pijler 'advies voor internationaal ondernemen'.

2. Het 'hiërarchisch beroep': in te leiden bij middel van een gewone geargumenteerde brief, te richten aan de Vlaamse minister bevoegd voor het economisch beleid, Martelaarsplein 19 te 1000 Brussel voor wat betreft de pijler 'advies' en te richten aan de Vlaams minister bevoegd voor buitenlands beleid, Martelaarsplein 19 te 1000 Brussel voor wat betreft de pijler 'advies voor internationaal ondernemen'.

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

Indien het werkelijk en rechtstreeks 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”.

3.6. De verzoekende partij stelt op 6 april 2010 administratief beroep in bij het Agentschap Ondernemen, afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid en bij de Vlaamse minister bevoegd voor het economisch beleid, voor wat betreft de pijler “advies”, alsook bij het Vlaams Agentschap voor Internationaal Ondernemen en bij de Vlaamse minister bevoegd voor het buitenlands beleid, voor wat betreft de pijler “advies internationaal ondernemen”.

Deze administratieve beroepen hebben niet geleid tot een reactie of een nieuwe beslissing vanwege de voormelde instanties.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Op 7 mei 2010, daags na het instellen van het onderhavige beroep, bezorgt de verzoekende partij de Raad van State een brief waarin wordt verwezen naar “het schrijven van het Agentschap Ondernemen van 9 maart 2010 betreffende de terugvordering van volgens hen onterecht uitgekeerde subsidies voor een totaal bedrag van 164.654.68 euro” en waarin bijkomende grieven worden geformuleerd met betrekking tot de terugvordering van de verleende subsidies, naast diegene die reeds in het verzoekschrift aan bod komen.

Aangezien het algemeen procedurereglement niet in een dergelijk stuk voorziet, wordt deze brief uit de debatten geweerd.

5. Het vaststellingsbericht werd door de griffie bij een aangetekende brief tegen ontvangstbewijs gestuurd aan de verzoekende partij. Blijkens de gegevens van bpost was de bestemming afwezig bij het aanbieden

van de brief en werd op 9 februari 2012 een bericht gelaten dat de brief kon worden opgehaald in het postkantoor. Het staat vervolgens aan de verzoekende partij of aan de persoon die eventueel haar zaken behartigt om zo spoedig mogelijk die brief op het postkantoor te gaan afhalen. Hierdoor heeft de Raad van State het nodige gedaan om de verzoekende partij behoorlijk op te roepen voor de terechtzitting, gelet op de artikelen 28 en 84 van het algemeen procedurereglement.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

6. De verwerende partijen werpen op dat het verzoekschrift betiteld is als “eindberoep” en dat het voor het grootste gedeelte een herneming is van het op 6 april 2010 door de verzoekende partij ingestelde willig en oneigenlijk beroep. Uit de tekst van het verzoekschrift kan bovendien niet worden opgemaakt wat de verzoekende partij vraagt, omdat de tekst zeer verwarrend en ongestructureerd is.

Het verzoekschrift bevat een aantal algemene kritieken ten aanzien van de door de verwerende partijen vastgestelde inbreuken, alsook kritiek op het systeem en de regelgeving als dusdanig, waarbij zelfs suggesties worden gedaan voor een betere regeling. Voor bepaalde dossiers stelt de verzoekende partij dat er geen terugbetaling kan worden gevraagd, voor andere dossiers stelt zij dat er geregulariseerd kan worden in afwachting dat de prestaties volledig zijn uitgevoerd en voor nog andere dossiers stelt de verzoekende partij dat er slechts een gedeelte terugbetaald moet worden of dat er al werd terugbetaald. Als conclusie stelt de verzoekende partij dat een deel van het teruggevorderde bedrag reeds werd teruggevorderd, dat zij akkoord gaat met de terugbetaling van een deel van het bedrag, dat zij voor de nog niet afgewerkte dossiers een regularisatie vraagt en dat het resterende bedrag onrechtmatig wordt teruggevorderd. Voorts stelt de verzoekende partij dat zij misleid is over een aantal aspecten van de

regeling, dat de overheid bij een vorige controle geen opmerkingen heeft geformuleerd, waardoor de regularisatie voor een deel van de dossiers niet meer mogelijk is, dat onvoldoende duidelijk is waaraan een door haar aan een onderneming bezorgd advies inhoudelijk moet voldoen, dat de terugvordering niet aanvaardbaar is, dat haar beroepschrift niet tijdig werd beantwoord door de verwerende partijen en dat de regelgeving niet naar de letter maar naar de geest moet worden toegepast. Nergens wordt de nietigverklaring van enige overheidsbeslissing gevraagd. Bovendien is de Raad van State niet bevoegd om een dergelijke beslissing te “herzien” of om tot een “regularisatie” over te gaan.

7. De verzoekende partij stelt dat zij op 6 april 2010 administratief beroep heeft ingesteld bij het Agentschap Ondernemen, afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid en bij de Vlaamse minister bevoegd voor het economisch beleid, voor wat betreft de pijler “advies”, alsook bij het Vlaams Agentschap voor Internationaal Ondernemen en bij de Vlaamse minister bevoegd voor het buitenlands beleid, voor wat betreft de pijler “advies internationaal ondernemen”. Hierop werd op geen enkele wijze gereageerd, zodat de verzoekende partij zich verplicht zag om een eindberoep in te dienen bij de Raad van State. Het zijn overigens de verwerende partijen zelf die van dit eindberoep melding maken in bijlage 3 bij de bestreden beslissing. In het verzoekschrift wordt duidelijk gevraagd om uitspraak te doen over de gebrekkige, eenzijdige en discriminerende reglementering aan de hand van zestien verscheidene bezwaren. Aan de Raad van State wordt gevraagd om te beslissen dat de toepasselijke besluiten van de Vlaamse Regering en ministeriële besluiten beschouwd moeten worden als discriminerend, onduidelijk en eenzijdig, om deze besluiten nietig te verklaren of minstens te laten herschrijven, rekening houdend met de hierboven aangehaalde punten en het verzoekschrift als ontvankelijk en gegrond te beschouwen.

In haar laatste memorie preciseert de verzoekende partij nog de vier reglementaire besluiten van de Vlaamse Regering en ministeriële besluiten (die worden weergegeven in de punten 3.1 en 3.2 van het feitenrelaas) en waarvan zij de nietigverklaring vraagt.

Beoordeling

8. Anders dan de verwerende partijen voorhouden, is de betiteling van het verzoekschrift niet doorslaggevend voor de beoordeling van de ontvankelijkheid ervan. Het loutere gegeven dat op het verzoekschrift “eindberoep” wordt vermeld, veeleer dan “verzoekschrift tot nietigverklaring”, zoals voorgeschreven bij artikel 2, § 1, 1°, van het algemeen procedurereglement, kan op zich beschouwd niet tot de onontvankelijkheid van het annulatieberoep leiden, omdat die vermelding niet op straffe van nietigheid wordt voorgeschreven.

9. Het gegeven dat het verzoekschrift grotendeels de herneming bevat van argumenten die de verzoekende partij in haar administratieve beroepschriften van 6 april 2010 heeft vermeld, is evenmin doorslaggevend voor de beoordeling van de ontvankelijkheid. Er is immers geen bepaling die een verzoekende partij voor de Raad van State verbiedt om dezelfde kritiek te uiten in een verzoekschrift in het kader van een annulatieberoep die eerder reeds werd geformuleerd in een administratief beroepschrift.

Overigens zijn de verwerende partijen slecht geplaatst om de verzoekende partij te verwijten deze kritiek te herhalen in haar verzoekschrift, nu de verwerende partijen hebben nagelaten te reageren op de voormelde administratieve beroepschriften die werden ingediend door de verzoekende partij conform de door de verwerende partijen zelf in bijlage 3 van de brief van 9 maart 2010 vermelde beroepsmogelijkheden. Die beroepschriften werden overigens ingediend vooraleer die administratieve beroepsmogelijkheden werden opgeheven bij artikel 6 van het ministerieel besluit van 5 juli 2011 tot wijziging van het ministerieel besluit van 1 januari 2009, wat betreft de blokkering van de subsidie en de opheffing van het georganiseerd beroep van de dienstverlener.

10. Met de verwerende partijen moet evenwel worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet verduidelijkt wat precies het

voorwerp en de draagwijdte is van haar beroep. De kritiek die zij formuleert betreft tekortkomingen in de geldende regeling, alsook de wijze waarop die regeling door de verwerende partijen wordt toegepast, gecontroleerd en gesanctioneerd ten aanzien van de verzoekende partij.

11. In zoverre de kritiek van de verzoekende partij betrekking lijkt te hebben op de terugvordering van de volgens de verwerende partijen onterecht uitgekeerde subsidies, stelt zij dat zij akkoord kan gaan met de terugbetaling van een beperkt deel van deze subsidies, maar vraagt zij onder meer voor niet afgewerkte dossiers een “regularisatie”. Voorts geeft zij voor elk van de betwiste dossiers aan wat haar standpunt is over het al dan niet terugbetalen van de subsidies. Hieruit blijkt dat de verzoekende partij er ten onrechte van uitgaat dat de Raad van State over deze terugvorderingen een volwaardige beslissingsbevoegdheid heeft in de plaats van het bestuur, terwijl de Raad van State enkel kan oordelen over de wettigheid van overheidshandelingen en deze desgevallend kan vernietigen indien de onwettigheid is aangetoond door de verzoekende partij. De verzoekende partij laat evenwel na te vermelden welke overheidsbeslissing met betrekking tot de terugvordering door haar precies met een annulatieberoep wordt aangevochten, zoals de beslissing in de brief van 9 maart 2010. Evenzeer, en meer fundamenteel, laat zij na de rechtsregels te vermelden waarmee een dergelijke overheidsbeslissing in strijd zou zijn en hoe die rechtsregels geschonden zouden zijn.

Bij dit alles moet nog abstractie worden gemaakt van de vraag of de Raad van State wel bevoegd is om kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring, gericht tegen de laatstgenoemde beslissing van 9 maart 2010, gelet op de gebonden bevoegdheid van de overheid inzake de erkenning van dienstverleners en steun voor adviesverleningen, zoals die naar voor komt uit de in de randnummers 3.1 en 3.2 van het feitenrelaas aangehaalde reglementaire besluiten.

12. Voor het overige heeft de kritiek van de verzoekende partij in het verzoekschrift betrekking op de vigerende regeling inzake steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten. In haar memorie van wederantwoord preciseert de verzoekende partij immers het voorwerp van haar beroep als volgt:

“Hiervoor wordt dan ook aan de Raad van State gevraagd om te beslissen dat de MB en BVR van zowel BEA als KMOP moeten beschouwd worden als

- Discriminerend (voor KMO in financiële moeilijkheden en zonder ICT infrastructuur);
- onduidelijk (ruimte laten voor interpretatie van verschillende artikelen);
- eenzijdig (door het ontbreken van duidelijke werkwijze en termijnen voor beroepsprocedures waardoor er in feite geen beroep mogelijk is).

En daarom te beslissen om deze wetgeving nietig te verklaren of minstens te laten herschrijven rekening houdend met hierboven aangehaalde punten en het verzoekschrift als ontvankelijk en gegrond te beoordelen”.

In haar laatste memorie, nadat zij kennis had genomen van het auditorsverslag waarin besloten werd tot de onontvankelijkheid van het beroep omdat het voorwerp van het beroep niet wordt verduidelijkt, volhardt zij in die stelling en expliciteert zij het voorwerp van het beroep nog verder als volgt:

“Daarom verzoekt de verzoekende partij om de wetgeving en de daarbij horende uitvoeringsbesluiten nietig te verklaren. Het gaat hier over:

- het Besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2005 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten
- het MB van 31 maart 2006 (volgens mijn gegevens 11 mei 2006) tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2005 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten.
- Het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten.
- het MB 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”.

Uiteraard behoort een vernietiging van de wetgeving in de formele zin van het woord, in dit geval, het decreet van 31 januari 2003 betreffende het economisch ondersteuningsbeleid, tot de exclusieve bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof. Uit dit alles blijkt voorts dat het verzoekschrift, mede gelezen in het licht van de zo-even aangehaalde preciseringen in de memorie van wederantwoord en in de laatste memorie, niet anders geïnterpreteerd kan worden dan dat de nietigverklaring van de door de verzoekende partij opgesomde reglementaire besluiten wordt gevraagd, waarvoor de beroepstermijn reeds geruime tijd is verstreken.

13. De exceptie is in de aangegeven mate gegrond en het beroep is onontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende 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 12 maart 2012, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

André Vandendriessche