

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.459 van 22 november 2012
in de zaak A. 202.291/IX-7464**

In zake : de BVBA DELTACOMMUNICATIONS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Jean-François De Bock en Joy Moens
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Waterloosesteenweg 612
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 en
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Frank Van Der Schueren
 kantoor houdend te 1853 Grimbergen
 Sint-Amandsplein 1a

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 2 november 2011, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van 2 september 2011 van het Agentschap
Ondernemen van het Vlaamse Gewest, waarbij onterecht betaalde steun in het
raam van de kmo-portefeuille wordt teruggevorderd.

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 laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 november 2012.

Staatsraad Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die loco advocaten Jean-François De Bock en Joy Moens verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Francine Lemaire, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 in het raam van de kmo-portefeuille erkend als dienstverlener voor de pijler advies (DV.A104930) tot 21 november 2010.

3.2. In de loop van oktober 2010 dient de verzoekende partij een aanvraag in tot verlenging van haar erkenning. Naar aanleiding van deze aanvraag voert op 23 december 2010 de Afdeling Inspectie Economie een onderzoek ter plaatse uit. In het daarop volgende inspectieverslag van 25 maart 2011 worden verschillende tekortkomingen vastgesteld.

Op 6 april 2011 wordt de verzoekende partij gehoord door het Agentschap Ondernemen.

3.3. Op 2 september 2011 wordt de aanvraag tot erkenning als dienstverlener voor de pijlers advies en strategisch advies van de kmo-portefeuille geweigerd.

Deze beslissing wordt door de verzoekende partij niet voor de Raad van State aangevochten.

3.4. Op 2 september 2011 neemt het Agentschap Ondernemen de beslissing tot terugvordering van onterecht verkregen subsidies. Deze beslissing is als volgt gemotiveerd:

“De organisatie Deltacommunications was in het kader van de kmo-portefeuille erkend voor de pijler advies (DV.A104930)

Deze erkenning werd verleend op basis van een Qfor certificaat, waarbij voldaan werd aan de gestelde voorwaarden conform artikels 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 23 december 2010 werd, in het kader van de kmo-portefeuille, een controle uitgevoerd door de afdeling Inspectie Economie van het Agentschap Ondernemen bij Deltacommunications. Er werden in totaal 48 gesubsidieerde adviesprojecten beoordeeld. Bij 42 van deze projecten werden inbreuken vastgesteld.

Tijdens deze controle konden geen gepersonaliseerde adviezen worden voorgelegd. De voorgelegde stavingsdocumenten bestaan uit gestandaardiseerde handboeken rond SEO en kleur- en stijladvies. Dit is telkens standaard informatie en geen advies op maat van de onderneming.

De vastgestelde inbreuken kan u, per project, in bijlage vinden.

Naar aanleiding van deze vaststellingen werd Deltacommunications uitgenodigd voor een horing. Tijdens deze horing werd de mogelijkheid geboden om meer toelichting te geven over de dienstverlening van Deltacommunications. In bijlage kunt u dit verslag vinden.

Tijdens deze hoorzitting werd duidelijk dat de core-business van Deltacommunications het bouwen van websites is. Het adviesgedeelte in deze projecten beperkt zich tot hoe een implementatie van een website of webshop het best kan uitgevoerd worden, welke terminologie er het best gebruikt wordt, hoe de database het best gestructureerd wordt voor gebruik na implementatie. Layout, SEO en SEA advies.

Het doel van de kmo-portefeuille op vlak van advies is het financieel ondersteunen van kmo's met als doel het inkopen van professioneel, onafhankelijk en neutraal advies.

Adviezen die gesteund kunnen worden via de kmo-portefeuille zijn steeds op organisatieniveau, schriftelijk opgesteld en bestaan uit een analyse van het probleem, een eigenlijk advies en een stappenplan. Ze moeten gespecialiseerd en op maat van de onderneming geschreven zijn. De ondernemer moet op basis van het advies intelligente beslissingen en/of keuzes kunnen maken.

Het is echter niet mogelijk om op basis van de adviesverslagen van de gecontroleerde projecten een keuze te maken, de gecontroleerde projecten zijn ook niet op maat van de onderneming maar bestaan uit algemene informatie.

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 101.498,75 euro binnen 30 kalenderdagen te storten op rekeningnummer (...) van het Hermesfonds (...).

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.”

Dit is de bestreden beslissing

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

4. Ambtshalve wordt in het verslag van het auditoraat gesteld dat de Raad van State zonder rechtsmacht is om kennis te nemen van het beroep tot nietigverklaring omdat het in wezen betrekking heeft op een geschil over een subjectief recht, namelijk over het recht op uitbetaling van de subsidie en de plicht tot terugvorderen van onterecht verkregen subsidies.

5. De verzoekende partij verwijst in haar laatste memorie wat dit betreft naar de wijsheid van de Raad van State. Ze verzoekt wel om, indien de Raad van State het beroep afwijst wegens een gebrek aan rechtsmacht, de kosten van het geding ten laste van de verwerende partij te leggen. Ze wijst erop dat de verwerende partij in de bestreden beslissing immers de Raad van State had aangewezen als bevoegd rechtscollege, waardoor zij werd misleid.

6. In de laatste memorie betwist de verwerende partij dat zij de verzoekende partij op het verkeerde been heeft gezet door de Raad van State als bevoegde rechtsmacht aan te wijzen. Volgens haar volstaat de mededeling dat “indien het werkelijke en rechtstreeks voorwerp van de betwisting betrekking heeft op een subjectief recht, (...) de Raad van State onbevoegd (is) en moet de onderneming zich wenden tot de gewone burgerlijke rechtbanken”, opdat de verzoekende partij zelf de aangelegenheid zou onderzoeken. Ze besluit dat er geen reden is om de kosten van het geding ten hare laste te leggen.

7. 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 constitutionele 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.

8. Het op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing toepasselijke decreet van 31 januari 2003 betreffende het economisch ondersteuningsbeleid (hierna: decreet van 31 januari 2003) voorzag onder meer dat de Vlaamse regering steun kon verlenen aan kleine en middelgrote ondernemingen voor extern advies en studie (artikel 17) en voor interne en externe opleiding van werkenden (artikel 22). Het besluit van de Vlaamse regering van 19 december 2008 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten (hierna: besluit van 19 december 2008), dat het voormelde decreet uitvoert, bepaalde in artikel 11 – zoals het van toepassing was op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing – dat er steun wordt verleend aan kleine en middelgrote ondernemingen voor de ondernemerschapsbevorderende diensten, verleend door een dienstverlener onder de voorwaarden, vermeld in het voornoemde decreet en in dit besluit. De steun wordt toegekend in de vorm van een subsidie (artikel 16 van het besluit van 19 december 2008). Als de onderneming voldoet aan de voorwaarden, wordt de subsidie toegekend (artikel 24 van het besluit van 19 december 2008).

Artikel 31 van het besluit van 19 december 2008 zoals het gold ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing, luidde als volgt:

“Art. 31. Het Agentschap Ondernemen in de pijler opleiding en advies, het Vlaams Agentschap voor Internationaal Ondernemen in de pijler advies voor internationaal ondernemen en het Instituut voor de Aanmoediging van Innovatie door Wetenschap en Technologie in Vlaanderen in de pijler technologieverkenning kunnen, vanaf de indiening van de subsidieaanvraag, controleren of het decreet, het besluit van de Vlaamse Regering en de uitvoeringsbesluiten worden nageleefd door de onderneming en de dienstverlener, vermeld in artikel 13. De voornoemde agentschappen kunnen voor deze controletaak een beroep doen op derden.

Die controle kan het volgende tot gevolg hebben :

1° de gevraagde subsidie wordt niet toegekend;

2° de toegekende subsidie wordt teruggevorderd als vermeld in hoofdstuk VII;

3° de toegekende subsidie wordt geblokkeerd;

- 4° de erkenning wordt geweigerd of de dienstverlener, vermeld in artikel 13, wordt geschorst of uitgesloten;
- 5° de onderneming of dienstverlener krijgt een waarschuwing of een uitnodiging om een infosessie te volgen.

De minister voor de pijler opleiding en advies, de Vlaamse minister, bevoegd voor het afzet- en uitvoerbeleid, voor de pijler advies voor internationaal ondernemen en de Vlaamse minister, bevoegd voor het technologisch innovatiebeleid, voor de pijler technologieverkenning bepaalt de voorwaarden met betrekking tot de maatregelen, vermeld in punt 1° tot en met 5°”.

Hoofdstuk VII van het besluit van 19 december 2008 omvat de artikelen 32 en 33 die betrekking hebben op de terugvordering van steun. Ze vinden rechtsgrond in het toentertijd geldende artikel 38 van het decreet van 31 januari 2003.

Artikel 32 van het besluit van 19 december 2008 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 :

- 1° van de onderneming in geval van niet-naleving van de wettelijke informatie- en raadplegingsprocedures bij collectief ontslag door de onderneming;
- 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.”

9. Uit de aangehaalde bepalingen van het besluit van 19 december 2008 kan worden afgeleid dat de steun, die de vorm van een subsidie heeft, wordt toegekend indien aan de voorwaarden van het decreet van 31 januari 2003 en van het besluit van 19 december 2008 is voldaan. Het recht op uitbetaling van de toegekende subsidie is een subjectief recht in hoofde van de betrokken onderneming.

Indien na controle blijkt dat het decreet van 31 januari 2003 en de uitvoeringsbesluiten niet worden nageleefd, dan kan die controle één van de in artikel 31 van het besluit van 19 december 2008 opgesomde gevolgen hebben, waaronder het terugvorderen van de toegekende subsidie “als vermeld in hoofdstuk VII” van het besluit van 19 december 2008. Luidens artikel 32 van dit besluit kan deze subsidie geheel of gedeeltelijk worden teruggevorderd, binnen vijf jaar na de datum van de subsidieaanvraag, van de onderneming of de dienstverlener in geval van niet-naleving van de bij het decreet van 31 januari 2003 of het besluit van 19 december 2008 opgelegde voorwaarden door de onderneming of de dienstverlener.

Op de enkele lezing van de voornoemde artikelen 31, tweede lid, en 32 zou kunnen besloten worden dat het bevoegde bestuur over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikt, onder meer inzake de keuze om als maatregel, al dan niet de subsidie terug te vorderen, alsook 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 ondernemer dan wel aan de dienstverlener moet worden toegerekend.

De voornoemde artikelen 31, tweede lid, en 32 moeten evenwel worden geïnterpreteerd rekening houdend met het bepaalde in artikel 50, § 2, derde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, luidens hetwelk de federale wet de algemene bepalingen vaststelt op het stuk van de controle inzake het verlenen en het gebruik van subsidies. Krachtens artikel 71, § 1, van diezelfde bijzondere wet zijn “tot de inwerkingtreding van de wet bedoeld in artikel 50, § 2, (...) de vigerende bepalingen betreffende (...) de controle op het verlenen en het gebruik van subsidies (...) van overeenkomstige toepassing op de Gemeenschappen en de Gewesten”.

Ter uitvoering van artikel 50, § 2, derde lid, van de voornoemde bijzondere wet van 16 januari 1989 heeft de federale wetgever de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof, aangenomen. De artikelen 11 tot 14 van de voornoemde wet van 16 mei 2003 bevatten algemene bepalingen inzake de controle op het verlenen en het gebruik van de door de gemeenschappen en gewesten toegekende subsidies. Aangezien deze wet echter wat de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest betreft, in werking trad op 1 januari 2012, bleven tot 31 december 2011, overeenkomstig artikel 71 van de voornoemde bijzondere wet van 16 januari 1989, de artikelen 55 tot 58 van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit verder van kracht.

Uit die bepalingen van de bijzondere financieringswet en uit de parlementaire voorbereiding ervan kan worden afgeleid dat het de gemeenschappen en de gewesten niet toekomt inzake de controle op het verlenen en het gebruik van subsidies “algemene bepalingen” vast te stellen, zelfs niet door de bestaande algemene bepalingen te hernemen, maar dat ze alleen bevoegd zijn om “buiten dit wettelijk kader (...) in deze materies specifieke regels te bepalen” (Zie memorie van toelichting bij het ontwerp dat de bijzondere wet van 16 januari 1989 is geworden (*Parl. St.*, Kamer, 1988-89, nr. 635/1, p. 37)), die evenwel geen afbreuk mogen doen aan de bestaande algemene regels die, op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing, vervat waren in de artikelen 55 tot 58 van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit.

De bevoegdheid om ter zake “specifieke regels” vast te stellen moet - volgens de verklaringen van de minister van Financiën in de bevoegde Kamercommissie - in die zin worden begrepen dat “de gemeenschappen en gewesten die (door de federale wetgever vastgestelde) regels (eigenlijk) alleen maar strenger (kunnen) maken (en er) niet (kunnen van) afwijken” (*Parl. St.*, Kamer, 1988-89, nr. 635/18, p. 543).

De artikelen 55 en 57 van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit, luiden als volgt:

“Art. 55. Iedere toelage verleend door het Rijk of door een rechtspersoon, die rechtstreeks of onrechtstreeks door het Rijk gesubsidieerd wordt, daarin begrepen ieder door hen zonder interest verleend terugvorderbaar voorschot, moet aangewend worden voor de doeleinden, waarvoor zij verleend werd.

Iedere toelagetrekker is ertoe gehouden verantwoording te verstrekken over de aanwending van de ontvangen bedragen, tenzij de wet hem daarvan vrijstelling verleent.

(...).

Art. 57. Tot onmiddellijke terugbetaling van de toelage is gehouden de toelagetrekker :

1° die de voorwaarden niet naleeft, waaronder de toelage verleend werd;

2° die de toelage niet aanwendt voor de doeleinden, waarvoor zij verleend werd;

3° die de in artikel 56 bedoelde controle verhindert.

Blijft de toelagetrekker in gebreke de in artikel 55 bedoelde verantwoording te verstrekken, dan is hij gehouden tot terugbetaling ten belope van het deel dat niet werd verantwoord.

(...).”

Uit het hiervoor aangehaalde artikel 57 blijkt dat elke toelagetrekker principieel verplicht is de toelage onmiddellijk terug te betalen wanneer de toekenningsvoorwaarden niet worden nageleefd of de toelage niet wordt aangewend voor de doeleinden waarvoor zij verleend werd. In het geval dat de toelagetrekker in gebreke blijft de verantwoording te verstrekken over de aanwending van de ontvangen subsidies, is hij gehouden tot terugbetaling ervan ten belope van het deel dat niet werd verantwoord. Dit betekent dat de verwerende partij over geen enkele discretionaire bevoegdheid beschikt, noch met betrekking tot het principe van de terugbetaling, noch met betrekking tot het bedrag ervan.

Aangezien zoals hierboven is opgemerkt de gemeenschappen en de gewesten enkel strengere regels inzake de controle op het verlenen en het gebruik van subsidies kunnen vaststellen, betekent dit dat de enige wettig mogelijke interpretatie van de artikelen 31 en 32 van het besluit van 19 december 2008 moet worden ingepast in die van de artikelen 55 en 57 van de gecoördineerde

wetten op de Rijkscomptabiliteit. Dit houdt in dat - hoewel de bewoordingen van beide bepalingen en met name het gebruik van het werkwoord “kan”, het mogelijk lijken te maken dat de overheid een keuzevrijheid heeft inzake het al dan niet terugvorderen van de subsidie en het bedrag ervan - die bepalingen, teneinde in overeenstemming te zijn met de voormelde bepalingen uit de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit, in die zin moeten worden gelezen dat een echte verplichting tot terugvordering wordt opgelegd aan de verwerende partij indien zoals te dezen, de dienstverlener de voorwaarden van het decreet van 31 januari 2003 en de uitvoeringsbesluiten niet naleeft.

10. De volstrekt gebonden bevoegdheid van de verwerende partij in deze aangelegenheid leidt tot de conclusie dat de Raad van State geen rechtsmacht heeft inzake de bestreden beslissing. De exceptie is gegrond.

V. Kosten

11. Bij de kennisgeving van de bestreden beslissing is de verzoekende partij medegedeeld dat zij bij de Raad van State in beroep kon komen. Ook al werd tevens gewezen op de bevoegdheid van de gewone burgerlijke rechtbanken indien het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de betwisting betrekking heeft op een subjectief recht, rechtvaardigt de verwarring die door deze onduidelijke wijze van vermelding van de beroepsmogelijkheden is kunnen ontstaan, dat de kosten van het geding ten laste van de verwerende partij worden gelegd.

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 22 november 2012, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

André Vandendriessche