

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.264 van 28 januari 2013
in de zaak A. 203.256/IX-7526**

In zake : de BVBA PHARMACEUTICAL HUMAN RESOURCES
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Leo Bouteligier
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Louizastraat 32 bus 1
 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 16 januari 2012, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van 16 november 2011 van het Agentschap
Ondernemen van het Vlaamse Gewest, waarbij onterecht betaalde steun in het
raam van de steunmaatregel “Budget voor Economisch Advies” (BEA) 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 verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2013.

Staatsraad Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Natalie Van Dyck, die loco advocaat Leo Bouteligier 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. Op 18 maart 2010 brengt het Agentschap Ondernemen, Afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid, het volgende ter kennis van de verzoekende partij:

“Op 22 mei 2006 heeft u in het kader van de steunmaatregel BEA (Budget voor Economisch Advies), sinds 1 januari 2009 opgevolgd door de kmo-portefeuille, een steunaanvraag ingediend voor de aankoop van een advies bij dienstverlener Lakewood University NV. Voor deze steunaanvraag, met nummer 2006BEA000010 gaf u volgende omschrijving op ‘Overname outplacementkantoor’.

Ter betaling van de factuur voor geleverde prestaties gaf u op 17 januari 2007 via de portefeuille de betaalopdracht voor een bedrag van 4.642,86 euro, waarvan 35% subsidies (= 2.500,00 euro).

Aangezien de uitbetaalde steun enkel gebruikt mag worden ter betaling van geleverde prestaties die voldoen aan de voorwaarden, opgenomen in het besluit d.d. 16/12/2005 van de Vlaamse Regering tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en latere wijzigingen, wordt u m.b.t. bovenvermeld project gevraagd volgende stavingsdocumenten aangetekend vóór 29 maart 2010 te bezorgen op bovenvermeld adres:

- een kopie van het adviesverslag;
- een kopie van de overeenkomst;
- een kopie van de factuur.

Bij niet-reactie of niet-aanlevering van de gevraagde documenten vóór 29 maart 2010 zal de uitbetaalde steun t.b.v. 2.500,00 euro teruggevorderd worden op basis van artikel 31 van bovenvermeld besluit aangezien niet kan worden vastgesteld of aan de gestelde voorwaarden voldaan is”.

3.2. Op 25 maart 2010 antwoordt de verzoekende partij dat zij geen steunaanvraag heeft ingediend voor de aankoop van het betrokken advies bij dienstverlener nv Lakewood University. Ze antwoordt tevens dat ze op 3 november 2006 een factuur heeft ontvangen van Kerylos (een handelsmerk van Lakewood University) voor zogenaamd advies, maar dat deze factuur door haar op 29 december 2006 werd geprotesteerd. De verzoekende partij is volgens haar door het parket op de hoogte gebracht van een gerechtelijk onderzoek naar vermeend oneigenlijk gebruik van cheques door de nv Lakewood University. Op 24 april 2008 stelt zij, verklaarde zij aan het parket dat zij geen aanvraag deed voor dit project en dat de ter zake aan haar gerichte factuur werd geprotesteerd omdat er geen prestaties geleverd werden.

3.3. Op 16 november 2011 beslist het Agentschap Ondernemen tot terugvordering van onterecht uitbetaalde steun. Deze beslissing is als volgt gemotiveerd:

“In antwoord op de vraag naar stavingsdocumenten d.d. 23 maart 2010 m.b.t. de steunaanvraag voor een via de maatregel Budget voor Economisch Advies (BEA) gesubsidieerde aankoop van een adviesverslag (geregistreerd

onder projectnummer 2006BEA000010) bij dienstverlener Kerylos (Lakewood University NV) meldt u in uw brief van 25 maart 2010 dat de onderneming Pharmaceutical Human Sources BVBA (Phuso) geen steunaanvraag heeft ingediend, zoals door u verklaard aan het parket, en dat u de betrokken factuur geprotesteerd heeft omdat er geen prestaties geleverd werden.

Uit onderzoek stel ik het volgende vast:

Na bevestiging door de dienstverlener van de steunaanvraag werd op 23 mei 2006 een mail verstuurd met de stortingsgegevens naar fons.mertens@freeagentnation.be. Op 26 mei 2006 werd een herinneringsmail verstuurd naar fons.mertens@freenagentnation.be. Na ontvangst in de elektronische portefeuille van de eerste storting van het eigen aandeel kreeg u op datzelfde mailadres de bevestiging op 31 mei 2006. De bevestiging van de tweede storting kreeg u, opnieuw op datzelfde mailadres op 27 oktober 2006 om vervolgens op 3 november 2006 een melding te krijgen van de via de portefeuille gegeven betaalopdracht. Ook deze melding werd verstuurd naar fons.mertens@freeagentnation.be.

Op 12 december 2006 om 14:18 u. werd u verhoord door de heer V. (Federale Gerechtelijke Politie Antwerpen - Afdeling Ecofin). Uw verhoor werd geregistreerd onder bijlage 4 van het proces verbaal 18672/07. Hierin heeft u verklaard dat u samen met de heer Bart Orgaer in 2001 de onderneming Phuso heeft overgenomen en dat, op het moment van verhoor (12 december 2006), u beiden voor de helft aandeelhouder was. Vermits de steunaanvraag gebeurd is op 22 mei 2006, was de onderneming Phuso geen derde ten opzichte van de dienstverlener Kerylos aangezien Kerylos onrechtreeks, via de heer Bart Orgaer, 25 % van de aandelen van de onderneming Phuso in handen had. Deze vaststelling is in strijd met artikel 6, 2° van het ministerieel besluit van de Vlaamse Regering d.d. 31 maart 2006.

In uw schrijven geeft u ook aan dat er geen prestaties, waarvoor de subsidie werd ontvangen, zijn verleend en verwijst u naar de brief waarin u een creditnota vraagt. De al dan niet ontvangen creditnota voegt u niet toe. Uw onderneming heeft m.a.w. subsidie ontvangen voor niet-geleverde prestaties. Niet-geleverde prestaties kunnen vanzelfsprekend niet gesubsidieerd worden. Bijgevolg heeft de onderneming Phuso steun ontvangen zonder dat er een adviesverslag, zoals bepaald in artikel 1,11° van bovenvermeld besluit, werd geleverd.

Uit bovenvermelde vaststellingen blijkt dat de steun onterecht werd uitbetaald.

Gelieve het verschuldigde bedrag van 2.500 euro binnen 30 kalenderdagen te storten op rekeningnummer (...) van het Hermesfonds, (...) 1030 Brussel met vermelding van: '2006BEA000010'."

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State - ambtshalve onderzoek

4. Ambtshalve onderzoekt de Raad van State of hij rechtsmacht heeft om kennis te nemen van het beroep tot nietigverklaring.

5. De verzoekende partij anticipeerde in de memorie van wederantwoord op de problematiek van de rechtsmacht van de Raad van State. Zij stelt dat het beroep “tot voorwerp heeft vast te stellen dat de bestreden beslissing onredelijk is”. Ze is immers van oordeel dat de verwerende partij een beslissing tot terugvordering neemt ten aanzien van een verkeerde persoon. De verwerende partij kan geen subsidies terugvorderen van een persoon die deze niet heeft ontvangen. Verder meent de verzoekende partij dat de verwerende partij een discretionaire bevoegdheid heeft inzake het al dan niet terugvorderen van de subsidies. Tot slot wenst ze te benadrukken dat, indien een rechtscollege van de rechterlijke macht bevoegd zou zijn uit te maken of de verwerende partij zich richtte tot de juiste persoon, de verzoekende partij na de beslissing van dit rechtscollege niet meer tijdig een beroep tot nietigverklaring kan instellen voor de beoordeling van de geldigheid van de terugvordering van de subsidies. *In fine* van dit procedurestuk vraagt ze, aangezien de verwerende partij zelf in de bestreden beslissing verwees naar de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State, dat de kosten ten laste van de verwerende partij dienen te worden gelegd.

In de laatste memorie herneemt de verzoekende partij de voornoemde argumenten die volgens haar doen besluiten dat de Raad van State rechtsmacht heeft ter beoordeling van de bestreden beslissing.

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. 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 decreet van 31 januari 2003 werd uitgevoerd door het besluit van de Vlaamse regering van 16 december 2005 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten (hierna: besluit van 16 december 2005). Dit besluit werd met ingang van 1 januari 2009 opgeheven bij besluit van 19 december 2008 tot toekenning van

steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten. Luidens artikel 34/1 van dit laatste besluit blijft op de subsidieaanvragen die voor 1 januari 2009 werden ingediend, het besluit van 16 december 2005 van toepassing, met behoud van de toepassing van (het te dezen niet in het geding zijnde) artikel 35 van het voornoemde besluit van 19 december 2008. Aangezien de subsidieaanvraag waarover het geschil gaat voor 1 januari 2009 werd ingediend, moet te dezen getoetst worden aan het besluit van 16 december 2005.

Het besluit van 16 december 2005 dat het voormelde decreet uitvoert, bepaalde in artikel 10 dat er steun wordt verleend aan kleine en middelgrote ondernemingen voor de ondernemerschapsbevorderende diensten, verleend door een dienstverlener onder de voorwaarden, vermeld in het decreet van 31 januari 2003 en in dit besluit. De steun wordt toegekend in de vorm van een subsidie (artikel 17 van het besluit van 16 december 2005). Als de onderneming voldoet aan de voorwaarden, wordt de subsidie toegekend aan de onderneming door de toekenning van het aanvaardbare projectbedrag in een ondernemerschapsportefeuille op naam van de onderneming (artikel 23 van het besluit van 16 december 2005).

Artikel 31 van het besluit van 16 december 2005, dat “Hoofdstuk VI – Terugvordering” omvat, luidde als volgt:

“Art. 31. De subsidie wordt geheel of gedeeltelijk teruggevorderd, 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, als niet voldaan werd aan de informatie- en raadplegingsprocedures in geval van collectief ontslag binnen een periode van vijf jaar die ingaat op de datum van de subsidieaanvraag.

De steun kan eveneens teruggevorderd worden als de voorwaarden van het decreet of dit besluit niet nageleefd worden.

Bij de terugvordering is de Europese referentierentevoet van toepassing.”

8. Uit de aangehaalde bepalingen van het besluit van 16 december 2005 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 16 december 2005 is voldaan. Het recht op uitbetaling van de toegekende subsidie is een subjectief recht in hoofde van de betrokken onderneming.

Op de enkele lezing van het hiervoor aangehaalde artikel 31, tweede lid, van het besluit van 16 december 2005, zou kunnen besloten worden dat het bevoegde bestuur over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikt om de subsidie al dan niet terug te vorderen indien de voorwaarden van het decreet van 31 januari 2003 of van het besluit van 16 december 2005 niet nageleefd worden.

Deze bepalingen 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 inwerking-treding 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, 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, 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 toekenningvoorwaarden 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, tweede lid, van het besluit van 16 december 2005 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 deze bepaling 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 steun - 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 de ondernemer de voorwaarden van het decreet van 31 januari 2003 en het uitvoeringsbesluit niet naleeft.

9. 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 omstandigheid dat, naar de verzoekende partij betoogt, de bestreden beslissing is genomen ten aanzien van een verkeerde (rechts)persoon, betreft kritiek op de wettigheid van de bestreden beslissing waarvan het onderzoek juist door het gebrek aan rechtsmacht aan de Raad van State is ontzegd. Ook het gegeven dat de rechtspleging voor de Raad van State zich kenmerkt door korte vervaltermijnen, maakt niet dat van het voorgaande kan worden afgeweken.

De ambtshalve exceptie is gegrond.

V. Kosten

10. 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 28 januari 2013, 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