

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.494 van 12 maart 2015
in de zaak A. 205.009/XIV-35.149**

In zake : de NV LAMBERT, DRY CLEANING AND
LAUNDRY EQUIPMENT (“LDL-EQUIPMENT”)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te 9000 Gent
Recollettenlei 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
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 29 mei 2012, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van 28 maart 2012 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 memorie van antwoord
ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord
ingediend.

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 17 december 2014.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evert Vervaeke, die *loco* advocaat Konstantijn Roelandt 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 een vennootschap die onder meer tot doel heeft het uitbaten van een werkplaats voor de nieuwstrijk en de droogwas, het inrichten en uitbaten van wassalons, alsook het verlenen van adviezen. Zij is sinds 2005 erkend als dienstverlener in de pijlers training (technieken in het gebruik van professionele machines voor textielonderhoud) en consulting (advies en begeleiding in het opstarten en exploiteren van bedrijven actief in textielonderhoud op technisch, commercieel en financieel vlak).

3.2. Naar aanleiding van een klacht wordt de verzoekende partij door de afdeling Inspectie Economie gecontroleerd. In het inspectieverslag van 22 juni 2010 wordt melding gemaakt van tekortkomingen.

3.3. Bij beslissing van 20 oktober 2010 van de afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid van het Agentschap Ondernemen wordt de verzoekende partij geschorst als dienstverlener voor de kmo-portefeuille.

3.4. Bij beslissing van 3 mei 2011 van de afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid van het agentschap Ondernemen wordt de verzoekende partij uitgesloten als dienstverlener in de pijler advies, terwijl de schorsing van de erkenning als dienstverlener in de pijler opleiding wordt beëindigd.

3.5. De verzoekende partij stelt op 25 mei 2011 administratief beroep in tegen voormelde beslissing.

3.6. Op 1 december 2011 wordt door de afdeling Inspectie Economie een nieuw inspectieverslag opgesteld, waarin wordt vastgesteld dat geen enkel project voldoet aan de regelgeving.

3.7. Op 3 februari 2012 beslist de Vlaamse minister van Economie om het beroep te verwerpen.

Op 17 november 2014 verwerpt de Raad van State het beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen voornoemde beslissing van 3 februari 2012 bij arrest nr. 229.179.

3.8. Bij beslissing van 28 maart 2012 wordt tevens de onterecht uitbetaalde steun teruggevorderd. Deze beslissing wordt gemotiveerd als volgt:

“Bij onderzoek van de Afdeling Inspectie Economie van het Agentschap Ondernemen werd vastgesteld dat de door LDL nv uitgevoerde projecten onterecht werden gesubsidieerd met de kmo-portefeuille.

Vermits u als dienstverlener, conform artikel 20 van het ministerieel besluit van 1 januari 2009 en latere wijzigingen verantwoordelijk bent voor de correcte beoordeling van de dossiers, wordt de onterecht uitgekeerde subsidie t.w.v. 134.380,00 euro bij u teruggevorderd conform artikel 32, tweede lid, 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.

U kunt de motivering hieronder terugvinden.

Historiek

Uw organisatie Lambert, Dry Cleaning and Laundry Equipment NV (LDL nv) was tussen 22 mei 2006 en 20 oktober 2010 erkend als dienstverlener voor de pijlers advies en opleiding van zowel de steunmaatregel Budget voor Economisch Advies (BEA) als de steunmaatregel kmo-portefeuille, dewelke BEA opvolgde vanaf 1 januari 2009.

Op 20 oktober 2010 werden uw erkenningen geschorst naar aanleiding van de vaststellingen gedaan door de Afdeling Inspectie Economie van het Agentschap Ondernemen.

Op 3 mei 2011 werd beslist dat u als dienstverlener opnieuw erkend kon worden voor de pijler opleiding en dat u definitief werd uitgesloten als dienstverlener voor de pijler advies.

Op 25 mei 2011 heeft u beroep aangetekend tegen de weigeringsbeslissing van 3 mei 2011. Naar aanleiding van dit beroep werd beslist dat een verdergaande analyse van de vaststellingen door inspectie vereist was.

Rekening houdende met de conclusies van het aanvullende onderzoek en de argumenten zoals door u uiteengezet in uw beroep heeft de Vlaamse minister van Economie op 3 februari 2012 beslist om de uitsluiting voor de pijler advies te bevestigen.

Controle

Door de Afdeling Inspectie Economie werden 29 dossiers van de pijler advies gecontroleerd. Van geen enkel van de 29 gecontroleerde dossiers wordt gesteld dat ze beantwoorden aan de definitie van subsidiabel advies zoals opgenomen in artikel 1, 10° van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008. Een gedetailleerd overzicht van alle inbreuken kunt u terugvinden in het inspectierapport in bijlage, dat integraal deel uitmaakt van deze beslissing.

Voor alle rapporten wordt gesteld dat er geen individuele probleemstelling, analyse of implementatieplan voor de onderneming is opgenomen. De rapporten zijn geen gepersonaliseerde adviezen maar algemene informatiebrochures die niet op maat van de onderneming zijn geschreven.

Een adviesverslag is een uniek document dat op maat van de onderneming wordt geschreven.

De bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 omtrent de inhoud van de term "subsidiabel advies" zijn duidelijk. Artikel 1, 10° omschrijft wat een subsidiabel advies is :

‘10° advies : schriftelijke, specifieke, waardevolle raadgevingen en aanbevelingen, verleend door de dienstverlener, die bestaan uit het in kaart brengen en onderzoeken van problemen (een analyse van de probleemstelling), een eigenlijk advies (oplossingen en waardevolle raadgevingen), en een implementatieplan, en die uitsluitend of hoofdzakelijk gericht zijn op het verbeteren van het huidige of het toekomstige bedrijfsfunctioneren van de onderneming;’

Bovendien moet rekening worden gehouden met het artikel 17 van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 waarin staat welke adviezen niet in aanmerking komen:

Artikel 17 :

‘ [...]

De volgende diensten komen niet in aanmerking:

1° wettelijk verplichte adviezen

2° adviezen van permanente of periodieke aard

3° adviezen die behoren tot de gewone bedrijfsuitgaven van de onderneming en niet gespecialiseerde adviezen

4° diensten met betrekking tot subsidies

5° technische analyses die geen deel uitmaken van een advies

Daarnaast wordt ook op de website van de kmo-portefeuille [uitvoerig] beschreven wat een advies is.

‘Een advies is steeds schriftelijk en omvat principieel drie aspecten:

1. een analyse van de probleemstelling;

2. een eigenlijk advies: dit luik heeft betrekking op een aantal suggesties, voorstellen of raadgevingen m.b.t. het bedrijfsfunctioneren van de organisatie. Dit advies laat de zaakvoerder toe een correcte en (fundamenteel onderbouwde) keuze te maken.

3. een implementatieplan: met het implementatieplan wordt aangegeven hoe het advies kan worden vertaald in concrete acties. Een implementatieplan is dus een stappenplan of actieplan dat deel uitmaakt van het adviesrapport. De implementatie zelf kan niet gesubsidieerd worden met de kmo-portefeuille.

Een powerpointsamenvatting van een mondeling gegeven advies is geen schriftelijk advies. Het adviesrapport moet zonder mondelinge duiding begrijpbaar zijn voor de onderneming en derden.

[...]

Volgende diensten komen evenwel niet in aanmerking voor steun (niet limitatieve lijst):

- [...]

- Niet-gespecialiseerde adviezen (ze moeten gepersonaliseerd zijn, op maat van de onderneming);

Uit de onderzochte overeenkomsten blijkt dat de adviezen steeds gepaard gaan met plaatsbezoeken van een medewerker van LDL-Equipment. Uit tien van de onderzochte overeenkomsten blijkt dat het plaatsbezoek van de medewerker dient om de bij LDL-equipment aangekochte machines te programmeren.

Zo staat er in de overeenkomst van project 2009KM000167:

‘Bezoek van onze adviseur en optimalisatie van de programmatie van de wasmachines ter plaatse. Hiervoor kan u data vastleggen met onze adviseur. Tevens garanderen wij u een follow-up van deze programmatie en tevens zullen verdere aanpassingen van programmatie in dit kader onder het adviesproject vallen’

In het adviesrapport van datzelfde project 2009KM000167 staat:

‘Vanuit LDL concretiseren wij ons advies in een persoonlijke ondersteuning. Dit impliceert dat we samen met u de optimalisatie verzorgen van uw programma's in uw wasmachines. Dit impliceert dat we bij u zullen langskomen en machine per machine de wasprocessen per wasmachine zullen overlopen en de wasprogramma's zullen aanpassen ivm het beperken van water en stroomverbruik.’

Deze dienstverlening is duidelijk niet in overeenstemming met bovenstaande definitie ‘subsidiabel advies’ zoals opgenomen in artikel 1, 10° van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008.

Het doel van de kmo-portefeuille in de pijler advies bestaat erin om kmo's financieel te ondersteunen bij het inkopen van professioneel, onafhankelijk en neutraal advies. De effectieve uitvoering of de opvolging van het advies als dusdanig komen niet in aanmerking.

Het programmeren van was- of droogmachines is geen advies maar de effectieve uitvoering of implementatie. Aangezien conform artikel 15, 2° van het ministerieel Besluit van 1 januari 2009 tot uitvoering van voormeld besluit van de Vlaamse Regering enkel advies in aanmerking komt voor subsidiëring kunnen de kosten die worden aangerekend voor deze implementatiefase niet worden gesubsidieerd met de kmo-portefeuille.

Voor 24 projecten werd bovendien vastgesteld dat de factuur werd opgesteld voorafgaandelijk aan de start van de prestaties, voor de andere 5 projecten werden niet alle gegevens opgeleverd. Conform datzelfde artikel 15, 2° mogen voorschotfacturen niet worden betaald met de kmo-portefeuille.

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 opgeleverde adviesverslagen 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 134.380,00 euro binnen 30 kalenderdagen te storten op rekeningnummer (KREDBEBB) BE83 4354 5189 7115 van het Hermesfonds, Koning Albert II-laan 35 bus 12, 1030 Brussel met vermelding van: "DV.A104910".

[...]

Beroepen

Tegen onderhavige beslissing kunnen de volgende beroepen worden ingesteld:

- Het 'willig en oneigenlijk beroep': in te leiden bij de bevoegde administratie bij middel van een gewone geargumenteerde brief, te richten aan de Vlaamse Overheid, Agentschap Ondernemen, Afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid, Koning Albert II-laan 35 bus 12 - 1030 Brussel.
- 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.
- Als het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de betwisting betrekking heeft op een subjectief recht zijn de gewone burgerlijke rechtbanken bevoegd.
- Als het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de betwisting geen betrekking heeft op een subjectief recht kan u tegen de beslissing een beroep tot nietigverklaring instellen bij de afdeling administratie van de Raad van State wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht.

Dit beroep moet, op straffe van onontvankelijkheid, ingediend worden binnen de 60 dagen na de kennisgeving van de beslissing. Het wordt ingediend bij middel van een aangetekende brief gericht aan de Raad van State, Wetenschapstraat 33 te 1040 Brussel".

Dit is de thans bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Standpunt van de partijen

4. De verwerende partij werpt een exceptie op wegens gebrek aan rechtsmacht van de Raad van State. Zij adstrueert deze exceptie als volgt. In het

arrest nr. 218.454 van 13 maart 2012 was de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van oordeel dat de terugvordering van tegemoetkomingen vanwege de Staat in het systeem van de dienstencheques als een betwisting omtrent subjectieve rechten moet worden beschouwd. Wanneer er een recht is op subsidie, bestaat er tegelijkertijd een plicht tot aanwending van die subsidie volgens de toekenningsvoorwaarden. De vraag of de subsidie al dan niet is aangewend volgens de toekenningsvoorwaarden ervan betreft een betwisting omtrent een subjectief recht. Wanneer de regelgeving opsomt in welke gevallen de verkregen steun onrechtmatig werd aangewend dan heeft het bestuur de plicht om die steun in die gevallen terug te vorderen. In artikel 31, alinea 2 van het besluit van de Vlaamse regering van 19 december 2008 staat dat de overheid een aantal mogelijke maatregelen kan treffen, waaronder eveneens een beslissing tot terugvordering. De vraag is of het woord "kan" wijst op een beoordelingsvrijheid. Artikel 32 van het besluit van de Vlaamse regering van 19 december 2008 stelt uitdrukkelijk dat de terugvordering plaatsgrijpt "met behoud van de toepassing van de bepalingen van de wetten op de rijkscomptabiliteit". Meer bepaald kan worden verwezen naar artikel 57 dat bepaalt dat tot onmiddellijke terugbetaling van de steun moet worden overgegaan indien de steun niet wordt aangewend voor de doeleinden waarvoor hij werd verleend of indien de voorwaarden waaronder de steun werd verleend niet werden nageleefd. Bovendien werd het besluit van 19 december 2008 genomen in uitvoering van artikel 38 van het decreet van 31 januari 2003, dat stelt dat de Vlaamse regering de gevallen van terugvordering bepaalt. Het decreet laat bijgevolg geen ruimte voor een discretionaire bevoegdheid aan het bestuur. De term "kan", althans in de hypothese van een beslissing van terugvordering (artikel 31, alinea 2, 2° en artikel 32), wijst louter op het bestaan van verschillende feitelijke omstandigheden. Gezien de regelgeving opsomt in welke gevallen de verkregen steun onrechtmatig werd aangewend, heeft het bestuur de plicht om die steun terug te vorderen. Wanneer artikel 32 van het besluit van de Vlaamse regering van 19 december 2008 stelt dat er geheel of gedeeltelijk kan teruggevorderd worden, zou dit er enkel op wijzen dat de overheid in voorkomend geval enkel het onterechte toegekende of uitbetaalde gedeelte van de subsidie zal terugvorderen (en niet de gehele subsidie).

5. De verzoekende partij stelt in haar memorie van wederantwoord dat zij zich gedraagt naar de wijsheid van de Raad van State. Ingeval de Raad zonder rechtsmacht zou zijn, dienen de kosten wel ten laste van de verwerende partij te worden gelegd.

Beoordeling

6. Het auditoraat besluit dat de Raad van State geen rechtsmacht heeft met betrekking tot de bestreden beslissing op basis van de volgende overwegingen die worden overgenomen uit het arrest nr. 221.458 van 22 november 2012 in zake de nv Westsite die luiden:

“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.

[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.

De omstandigheid dat, zoals de verzoekende partij betoogt, de verwerende partij in het verleden niet tot terugvordering is overgegaan, leidt niet tot een andere conclusie. Het is immers niet uit te sluiten dat het vermeende feitelijk optreden van een bestuur op zich kan strijden met de toepasselijke regelgeving. Voorts stelt de verzoekende partij terecht dat de regelgeving waarop het arrest dat de verwerende partij ter adstructie van haar exceptie aanvoert, andere regelgeving betreft dan die inzake de kmo-portefeuille, doch dit belet niet dat de Raad van State, desgevallend ambtshalve, zijn rechtsmacht dient te onderzoeken.

[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.
[...].”

7. In de laatste memorie sluit de verzoekende partij zich aan bij het auditoraatsverslag.

8. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, besluit tot de gegrondheid van de exceptie, opgeworpen door de verwerende partij en tot de afwezigheid van rechtsmacht van de Raad van State.

V. Kosten

9. 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 twaalf maart tweeduizend vijftien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Carlo Adams,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques