

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.701/3
VAN 24 JUNI 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 9 juni 2008 door de Vlaamse minister van Cultuur, Jeugd, Sport en Brussel verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "ter uitvoering van het decreet van 23 mei 2008 betreffende een inhaalbeweging in sportinfrastructuur via alternatieve financiering", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt ertoe uitvoering te geven aan het decreet van 23 mei 2008 betreffende een inhaalbeweging in sportinfrastructuur via alternatieve financiering ¹.

Het ontwerp bevat een artikel met definities (artikel 1), regelt de oprichting, de samenstelling en de werking van de selectieadviescommissie bedoeld in de artikelen 5 en 6 van het decreet van 23 mei 2008 (artikelen 2 tot 8), regelt de oproep tot indiening van de subsidieaanvragen, de indiening en de behandeling ervan door het secretariaat, de ontvangsttermijn, de ontvankelijkheid en de inhoud ervan (artikelen 9 tot 14), regelt de advisering van de selectiecommissie en de beslissing van de Vlaamse Regering over ontvankelijkheid en de volledigheid van de subsidieaanvragen en over de rangschikking en de selectie ervan (artikelen 15 en 16), bepaalt de inhoud van de subsidieovereenkomst, de looptijd van de subsidieverplichting en regels inzake de aanwending van de subsidies en de opschorting of de stopzetting ervan (artikelen 17 tot 19), bepaalt de types van sportinfrastructuur die in aanmerking komen voor subsidiëring, specificeert bepaalde selectiecriteria, regelt het basisbouwprogramma per type sportinfrastructuur, bepaalt wat dient te worden verstaan onder het subsidiabel gedeelte van de beschikbaarheidsvergoeding en het subsidiepercentage voor de geregelde types van sportinfrastructuur, en bepaalt de duurtijd van de subsidieverplichting voor die types

⁽¹⁾ Dit decreet werd op 14 mei 2008 aangenomen in de plenaire zitting van het Vlaams Parlement (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2007-08, nr. 1541/4) en is nog niet in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt. Volgens de nota aan de Vlaamse Regering, gevoegd bij de adviesaanvraag, werd het decreet afgekondigd op 23 mei 2008.

(artikelen 20 tot 22), regelt het model van DBFM(O)-overeenkomst ² voor elk type van sportinfrastructuur (artikel 23), richt bij het Departement Cultuur, Jeugd, Sport en Media een cel op, Sportfacilitator genaamd, regelt de samenwerking van deze cel met het Vlaams Kenniscentrum PPS, de Participatiemaatschappij Vlaanderen en het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid BLOSO (artikel 24), en bevat ten slotte een overgangsbepaling en een inwerkingtredingsbepaling (artikelen 25 en 26).

3. Het ontworpen besluit vindt, globaal genomen, rechtsgrond in uitdrukkelijke delegatiebepalingen uit het decreet van 23 mei 2008 en in de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Vlaamse Regering ontleent aan artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gelezen in samenhang met een aantal bepalingen uit dat decreet.

3.1. Een uitdrukkelijke rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt geboden door de artikelen 3, §§ 1 en 2, 4, 3/, 5, 7, § 2, 8, 9, § 2, eerste lid, 2/, 10, tweede lid, 11, 13, § 2, 14 en 15 van het decreet van 23 mei 2008.

3.1.1. Een afzonderlijk onderzoek in dit verband dient evenwel vooreerst te worden gewijd aan artikel 22, § 1, eerste lid, van het ontwerp, krachtens hetwelk de minister, bevoegd voor de lichamelijke opvoeding, de sport en het openluchtlevens (hierna: de minister), het basisbouwprogramma vaststelt.

Over deze bepaling om toelichting gevraagd, antwoordde de gemachtigde als volgt:

"Hierbij kan worden verwezen naar de memorie van toelichting bij het decreet met betrekking tot artikel 14 en 15: «De Vlaamse Regering wordt gemachtigd per type sportinfrastructuur het subsidiepercentage vast te stellen. In functie van het type sportinfrastructuur kan de nood tot subsidiëring immers groter of kleiner zijn. De subsidie mag in geen geval meer bedragen dan 30 % van het subsidiabele gedeelte van de beschikbaarheidsvergoeding. De Vlaamse Regering bepaalt welk gedeelte van de beschikbaarheidsvergoeding in aanmerking komt voor subsidiëring en dus het subsidiabel gedeelte uitmaakt. Tevens is het cruciaal dat vaststaat waarvoor precies een financiële tussenkomst wordt toegekend. Het kostenplaatje en dus de beschikbaarheidsvergoeding is verschillend naargelang de

⁽²⁾ Die overeenkomst wordt gedefinieerd in artikel 2, 9/, van het decreet van 23 mei 2008.

voorzieningen (aantal kleedkamers, sauna, cafetaria, edm.) die al dan niet opgenomen zijn in de te realiseren sportinfrastructuur. Teneinde het gelijkheidsbeginsel te waarborgen evenals rekening te houden met de budgettaire implicaties heeft de Vlaamse Regering de taak om vooraf het type werken en diensten dat kan worden gesubsidieerd vast te stellen».

Aldus wordt in het decreet aangegeven dat het essentieel is dat wordt vastgesteld «waarvoor precies een financiële tussenkomst wordt toegekend». In het besluit wordt dit vertaald in het basisbouwprogramma. Hiervoor kan aanspraak worden gedaan op een tussenkomst.

Binnen de beschikbaarheidsvergoeding wordt een onderscheid gemaakt tussen dat deel ervan dat in verband staat met de werken en diensten die de Vlaamse Regering in aanmerking neemt voor subsidiëring en het overige deel. De subsidie kan maximaal 30 % bedragen van het te subsidiëren gedeelte".

Aldus beschouwd, kan artikel 22, § 1, eerste lid, van het ontwerp effectief rechtsgrond vinden in artikel 14 van het decreet van 23 mei 2008.

3.1.2. Wat betreft de rechtsgrond voor artikel 22, §§ 2, tweede volzin, en 3, van het ontwerp, waarin subsidieplafonds en de periodes van subsidiëring worden bepaald, gaf de gemachtigde de volgende toelichting:

"Artikel 14 van het decreet bepaalt «Het subsidiepercentage bedraagt maximaal 30 % van het subsidiabel gedeelte van de beschikbaarheidsvergoeding». De kwalificatie «maximaal» houdt in dat er nog andere elementen kunnen meespelen om het subsidiepercentage te bepalen, met name een absoluut plafond. Er wordt dus eerst 30 % van de beschikbaarheidsvergoeding bepaald en vervolgens wordt dit afgewogen ten opzichte van een bovengrens, vooraleer uitkering van de subsidiëring plaatsvindt.

Rechtsgrond voor de maxima is voorzien in artikel 14 van het decreet: «Het subsidiepercentage bedraagt maximaal 30 percent van het subsidiabel gedeelte van de beschikbaarheidsvergoeding». Er werden een aantal simulaties uitgevoerd op basis van marktconforme te verwachten beschikbaarheidsvergoedingen voor de verschillende types van sportinfrastructuur. Om het volledige vooropgestelde Sportinfrastructuurplan te kunnen realiseren werden de subsidiebedragen geplafonneerd tot maximaal 30 procent.

Onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij artikel 14 van het decreet, verduidelijkt artikel 22 van het uitvoeringsbesluit expliciet voor welke delen en over welke periode de subsidie kan worden verleend in het kader van de realisatie van sportinfrastructuur".

Om rechtsgrond te kunnen vinden in artikel 14 van het decreet van 23 mei 2008, dienen de genoemde bepalingen in die zin te worden geherformuleerd dat ze betrekking hebben op het subsidiabel gedeelte van de beschikbaarheidsvergoeding.

.../...

3.2. De artikelen 10, 13, § 2, 15, 16, 17, §§ 1, tweede lid, en 2, 18 en 19, eerste lid, van het ontwerp vinden rechtsgrond in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met de artikelen 3, 6, 7, § 1, 9, 10, 12, 13 en 14 van het decreet van 23 mei 2008.

3.3. In zoverre bij artikel 24, eerste lid, de cel "Sportfacilitator" binnen het Departement Cultuur, Jeugd, Sport en Media wordt opgericht, dient als rechtsgrond een beroep te worden gedaan op artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Voor de in artikel 24, tweede lid, van het ontwerp bedoelde samenwerking tussen deze cel, het Vlaams Kenniscentrum PPS en de Participatiemaatschappij Vlaanderen kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 3, § 2, van het decreet van 23 mei 2008 en bovendien, wat het Kenniscentrum PPS en de Sportfacilitator betreft, in artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 nu het gaat om diensten van de Vlaamse Regering³.

Voorts kan voor artikel 24, tweede en derde lid, van het ontwerp bijkomend rechtsgrond worden gevonden in:

- artikel 4, § 2, derde lid, van het decreet van 18 juli 2003 betreffende de publiek-private samenwerking, wat betreft de samenwerking met het Vlaams Kenniscentrum PPS;
- artikel 9, § 1, 8/, *juncto* artikel 10, § 4, van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003, gelezen in samenhang met artikel 5, eerste lid, 9/, van het decreet van 7 mei 2004 tot omvorming van de Vlaamse openbare instelling Commissariaat-generaal voor de Bevordering van de Lichamelijke Ontwikkeling, de Sport en de Openluchtrecreatie tot het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid BLOSO en in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid, voor wat betreft de samenwerking met BLOSO;

⁽³⁾ Met het "Vlaams Kenniscentrum PPS" wordt luidens artikel 1, 4/, van het ontwerp verwezen naar de dienst voor het algemeen Regeringsbeleid, vermeld in artikel 4, § 1, van het decreet van 18 juli 2003 betreffende de publiek-private samenwerking. Het betreft een dienst zonder eigen rechtspersoonlijkheid die dus deel uitmaakt van de diensten van de Vlaamse Regering.

- de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met artikel 5, § 2, eerste lid, 4/, van het decreet van 7 mei 2004 betreffende de investeringsmaatschappij van de Vlaamse overheid.

3.4. Er moet worden vastgesteld dat het door de gemachtigde ingeroepen artikel 15 van het decreet van 23 mei 2008 geen rechtsgrond kan bieden voor de opschorting of de stopzetting van de uitbetaling van de in artikel 19 van het ontwerp bedoelde subsidies. De in artikel 15 van het decreet van 23 mei 2008 vervatte delegatie betreft immers enkel de wijze en de procedure van de uitbetaling van de subsidies, en dus niet de opschorting en de stopzetting ervan. In ieder geval kan artikel 19, tweede lid, van het ontwerp, omwille van de *sub* 10 aangegeven reden, geen doorgang vinden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. Conform hetgeen is opgemerkt omtrent de rechtsgrond van het ontworpen besluit, dient de aanhef te worden aangevuld met een lid (dat het eerste lid wordt) waarin wordt verwezen naar de artikelen 20 en 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

5. Aan de aanhef dienen leden te worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar de in de opmerking 3.3, derde alinea, vermelde bepalingen.

6. In het huidige tweede lid van de aanhef (dat het zevende lid wordt) moet worden verwezen naar de "Sectorraad Sport van de Raad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media" in plaats van naar de "Vlaamse Sportraad".

Artikel 2

7. In artikel 2, § 7, zou de zinsnede "die de nieuw voorgedragen kandidaat aanstelt" de indruk kunnen geven dat de minister geen beoordelingsbevoegdheid meer heeft betreffende de erin bedoelde aanwijzing. De gemachtigde verklaarde dienaangaande dat het niet in de bedoeling ligt om de appreciatievrijheid van de minister dienaangaande uit te schakelen, en stelt voor te schrijven "die beslist over de aanstelling van de nieuw voorgedragen kandidaat als lid van de selectiecommissie". Met dit voorstel kan worden ingestemd.

Artikel 12

8. Artikel 12 van het ontwerp is een onnodige herhaling van artikel 9, § 2, van het decreet van 23 maart 2008 en wordt derhalve beter weggelaten.

Artikelen 15 en 16

9. Artikel 15 van het ontwerp bepaalt dat de selectieadviescommissie adviseert omtrent de ontvankelijkheid, de volledigheid, en indien mogelijk gelijktijdig, omtrent de rangschikking en de selectie van de subsidieaanvragen. Luidens artikel 16 van het ontwerp beslist de Vlaamse Regering, op grond van het advies van de selectieadviescommissie en op voorstel van de minister, over de ontvankelijkheid en de volledigheid van de subsidieaanvragen en over de rangschikking en de selectie van de ontvankelijke en volledige subsidieaanvragen.

Artikel 6 van het decreet van 23 mei 2008 bepaalt dat de selectieadviescommissie de volledigheid en de ontvankelijkheid van de subsidieaanvragen onderzoekt en de ontvankelijke subsidieaanvragen selecteert en rangschikt op basis van de selectiecriteria vermeld in artikel 10 ervan. Artikel 9, § 1, van dat decreet bepaalt dat de selectieadviescommissie een onvolledige subsidieaanvraag onmiddellijk afwijst, terwijl artikel 9, § 2, tweede lid, ervan bepaalt dat de selectieadviescommissie een niet-ontvankelijke subsidieaanvraag onmiddellijk afwijst. Luidens artikel 12 van het decreet van 23 mei 2008 beslist de Vlaamse Regering, na advies van de selectiecommissie, over de selectie en de rangschikking van de subsidieaanvragen.

In het decreet van 23 mei 2008 lijkt ervan te worden uitgegaan dat de selectiecommissie beslist over de volledigheid en de ontvankelijkheid van de subsidieaanvragen, terwijl de Vlaamse Regering beslist over de selectie en de rangschikking ervan (na advies terzake van de selectiecommissie). De artikelen 15 en 16 van het ontwerp dienen gelet hierop te worden aangepast.

Artikel 19

10. Men kan ervan uitgaan dat artikel 57 van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit impliceert dat in de erin bedoelde gevallen de verdere uitbetaling van de subsidies wordt opgeschort of stopgezet. In zoverre bij artikel 19, tweede lid, van het ontwerp hiertoe slechts een mogelijkheid wordt ingesteld, is die bepaling minder streng dan het genoemde artikel 57, dat nog steeds geldt ten aanzien van de gemeenschappen en de gewesten op grond van artikel 71, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten. Artikel 19, tweede lid, dient, daargelaten de vaststelling dat ervoor geen rechtsgrond lijkt te bestaan, ook om deze reden te worden weggelaten.

Artikel 22

11. Er dient te worden verduidelijkt wat in artikel 22, § 1, eerste lid, van het ontwerp wordt bedoeld met de term "basisbouwprogramma". Tevens dienen de criteria te worden bepaald waardoor de minister zich dient te laten leiden wanneer hij het basisbouwprogramma vaststelt.

12. Met betrekking tot de in artikel 22, § 2, voorkomende zinsnede "zonder afbreuk te doen aan een vast te stellen indexering" verklaarde de gemachtigde wat volgt:

"Doelstelling van de indexering

De beschikbaarheidsvergoeding die door het lokaal bestuur aan de private partner wordt betaald, bevat zowel de vergoeding voor de financiering (eigen vermogen als leningen) als voor de onderhoudskosten van de infrastructuur en werkingskosten van de vennootschap. Op de laatste 2 componenten (onderhoud+werking), die samen ongeveer 30-40 % van de beschikbaarheidsvergoeding uitmaken, zal de private partner een indexering toepassen. Een constante beschikbaarheidsvergoeding waarbij het inflatierisico reeds op voorhand wordt doorgerekend, is weinig courant omdat dit de kostprijs de hoogte indrijft. Het inflatierisico kan immers moeilijk *ex ante* worden ingeschat door de private partner. Bijgevolg zullen de prijsstijgingen m.b.t. onderhoud en werkingskosten in de beschikbaarheidsvergoeding worden doorgerekend wanneer deze zich manifesteren. Het is dan ook logisch dat de tussenkomst van de Vlaamse overheid in die beschikbaarheidsvergoeding geïndexeerd wordt, zoniet zal bij een stijgende levensduurte het relatief aandeel van die tussenkomst in de vergoeding stelselmatig dalen.

Welke index

Momenteel wordt er, naar aanleiding van de begrotingsopmaak 2009, nog onderzocht welke indexformule zou worden toegepast. Een mogelijkheid bestaat erin om het onderhoudsgedeelte te indexeren conform ABEX, zijnde de bouwindex. Binnen het bestek is dit zeker ook vereist, omdat de wetgever voorschrijft dat een relevante index wordt toegepast.

Indexeringscode: neen, enkel de mogelijkheid tot indexering wordt hier vermeld, niet de wijze.

Met deze bepaling was het geenszins de bedoeling om de bevoegdheid van de decreetgever bij begrotingsopmaak te doorkruisen. Alleen wilde men hier aangeven dat een indexering zou kunnen toegepast worden, binnen de budgettaire limieten, zoals telkens bepaald bij begrotingsopmaak zonder ons al uit te spreken over de wijze van indexering (= indexcode). Indien we de mogelijkheid tot indexering echter helemaal niet zouden vermelden, dan zijn onverminderd de onder 1/-4/ vermelde, nominale basisbedragen van toepassing, dus zonder indexering".

Het verdient aanbeveling artikel 22, § 2, van het ontwerp in het licht van deze verduidelijking te expliciteren.

Artikel 24

13. In artikel 24, tweede lid, van het ontwerp is de laatste volzin ("De minister wordt belast met de nadere invulling van dit samenwerkingsprotocol") verwarrend aangezien het protocol wordt gesloten door de Vlaamse minister, bevoegd voor de

.../...

lichamelijke opvoeding, de sport en het openluchtlevens, de Vlaamse minister, bevoegd voor het Vlaams Kenniscentrum PPS, en de Participatiemaatschappij Vlaanderen.

Volgens de gemachtigde mag de genoemde zin worden weggelaten.

Artikel 25

14. De gemachtigde geeft de volgende toelichting bij artikel 25:

"In december 2007 werd aan alle lokale overheden de mogelijkheid geboden om een dossier met het oog op een subsidieaanvraag in te dienen in het kader van het Sportinfrastructuurplan. Na publicatie van het uitvoeringsbesluit en een oproep vanwege de minister, krijgen de lokale overheden gedurende 60 dagen de tijd om een nieuwe aanvraag in te dienen, dan wel om de reeds ingediende aanvraag van december 2007 te herbevestigen of aan te vullen. De mogelijkheid tot herbevestiging zal ook duidelijk worden aangegeven in de oproep die wordt uitgeschreven na publicatie van het decreet en het uitvoeringsbesluit. Met het oog op vereenvoudiging en de vermindering van de administratieve belasting van de lokale besturen en de Vlaamse overheid, moeten de lokale besturen de reeds ingediende dossiers niet volledig opnieuw indienen, maar volstaat de bevestiging van het ingediende dossier".

Indien het de bedoeling is dat de subsidieaanvraag hoe dan ook conform de bepalingen van het decreet van 23 mei 2008 en het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, moet zijn, dient hiervan melding te worden gemaakt in artikel 25 van het ontwerp. Zo niet zou ook de herbevestiging van een niet-conforme aanvraag volstaan, in welk geval een probleem kan rijzen gelet op het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie.

Artikel 26

15. Er dient voor te worden gewaakt dat het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, niet eerder in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt dan het ervoor rechtsgrond biedende decreet van 23 mei 2008.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

J. SMETS