KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.033/1/V
VAN 9 AUGUSTUS 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 18 juli 2011 door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot vaststelling van de voorwaarden waaronder investeringssubsidies kunnen worden toegekend aan toeristische logiezen', 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 toegespitst op 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 voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe de voorwaarden vast te stellen waaronder het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Toerisme Vlaanderen (hierna: Toerisme Vlaanderen) investeringssubsidies kan toekennen aan toeristische logies. Het ontwerp bevat daartoe bepalingen in verband met het toepassingsgebied van, de oproep voor en de omvang van de betrokken subsidies (hoofdstuk 1 van het ontwerp), de aanvraag (hoofdstuk 2), de eigenlijke toekenning en de uitbetaling ervan (hoofdstukken 3 en 4), en in verband met de controle op de naleving van de regeling (hoofdstuk 5).

Het ontworpen besluit is bedoeld om in de plaats te komen van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 2001 houdende de vaststelling van de voorwaarden waaronder premies kunnen worden toegekend voor het bouwen en moderniseren van hotels, in het bijzonder wat betreft de toegankelijkheid voor personen met een handicap, en van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2006 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder premies kunnen worden toegekend aan openluchtrecreatieve terreinen. Die besluiten worden dan ook opgeheven, behoudens voor de aanvragers aan wie met toepassing ervan reeds kennis is gegeven van de toekenning van een premie of van het in aanmerking komen daarvoor. Het te nemen besluit treedt in werking op 1 januari 2012 (hoofdstuk 6 van het ontwerp).

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt in beginsel[1] geboden door artikel 25 van het decreet van 10 juli 2008 betreffende het toeristische logies en, wat het optreden van Toerisme Vlaanderen betreft, door artikel 5, § 2, eerste en tweede lid, van het decreet van 19 maart 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid

[1] Zie evenwel de opmerking bij artikel 10 van het ontwerp.

“Toerisme Vlaanderen”, gelezen in samenhang met de artikelen 5, § 1, 2°, a) en i), en 6, §§ 1 en 2, eerste lid, van dat decreet.

Bij de eerstgenoemde bepaling wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om na advies van het adviescomité bedoeld in artikel 15, § 4, van het betrokken decreet, de voorwaarden te bepalen tot toekenning of weigering van premies voor het moderniseren en uitbreiden van bestaande toeristische logies, en voor het bouwen of aanleggen van nieuwe toeristische logies.

Op grond van artikel 5, § 2, eerste lid, van het decreet van 19 maart 2004 kan de Vlaamse Regering nadere regels uitvaardigen betreffende de in artikel 5, § 1, van het betrokken decreet opgesomde aangelegenheden, waaronder de taken van Toerisme Vlaanderen inzake de ontwikkeling en de ondersteuning van de ontwikkeling van het toeristisch productaanbod en het stimuleren van vernieuwing en creativiteit in dit aanbod, bedoeld in artikel 5, § 1, 2°, a) en i), van dat decreet. Naar luid van artikel 5, § 2, tweede lid, van hetzelfde decreet bepaalt de Vlaamse Regering, indien de uitvoering van de in artikel 5, § 1, vermelde taken gepaard gaat met onder meer het verstrekken van subsidies, op basis van dat decreet of desgevallend op basis van een specifiek decreet de regels en de voorwaarden ter zake.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

4. Indien het de bedoeling is van de stellers van het ontwerp om uit te sluiten dat de betrokken investeringssubsidie op enig ogenblik kan worden gecumuleerd, zelfs met een reeds toegekende (en niet louter aangevraagde) subsidie, premie of tegemoetkoming voor dezelfde aankopen en werken, met uitzondering van een belastingvermindering in het kader van de wetgeving op de inkomstenbelastingen, kan dit beter worden verduidelijkt in de artikelen 1, § 2, 3°, en 4, vijfde lid, 4°, van het ontwerp.

5. In de artikelen 4, eerste lid, 5, § 1, eerste lid, en 7, eerste lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van de kennisgeving van de subsidieaanvraag en van de beslissingen over de toekenning en over het bedrag van de subsidie. Die kennisgeving dient te gebeuren “met een

aangetekende brief, per fax of elektronisch, als dat een ontvangstbewijs van de geadresseerde oplevert".

Opdat een per fax of per elektronische post verzonden bericht zou kunnen worden beschouwd als het equivalent van een aangetekende brief, is evenwel vereist dat de datum van kennisgeving met zekerheid kan worden vastgesteld. Wellicht om die reden wordt een ontvangstbewijs van de geadresseerde vereist, maar dat leidt dan weer tot een ander verschil tussen de kennisgeving met een aangetekende brief en de twee andere wijzen van kennisgeving. In het geval van een aangetekende brief staat immers het tijdstip van de verzending ervan vast, terwijl in de twee andere gevallen enkel het tijdstip van ontvangst vast zou staan, hetgeen zeker in het geval van elektronische post tot aanmerkelijke verschillen kan leiden. Deze opmerking klemt des te meer nu uit artikel 2, eerste lid, 3°, van het ontwerp kan worden afgeleid dat de inachtneming van de termijn voor de indiening van de subsidieaanvragen een ontvankelijkheidsvereiste is. De zo-even geschetste discrepantie dient dan ook te worden verholpen, desnoods door te voorzien in slechts één wijze van kennisgeving.

Aanhef

6. In het eerste lid van de aanhef dient te worden verwezen naar de artikelen 5, § 1, 2°, a) en i), § 2, eerste en tweede lid, en 6, §§ 1 en 2, eerste lid, van het decreet van 19 maart 2004.

Artikel 1

7. Bij artikel 1, § 2, tweede lid, van het ontwerp wordt de Vlaamse minister bevoegd voor het toerisme (hierna: de minister) gemachtigd om de lijst van uitgaven die niet in aanmerking komen voor investeringssubsidie, bedoeld in het eerste lid van dezelfde paragraaf, verder aan te vullen. Op grond van artikel 1, § 3, eerste lid, van het ontwerp kan de minister na advies van het adviescomité van het toeristische logies de subsidiabele uitgaven bepalen en per oproep wijzigen.

Delegaties van regelgevende bevoegdheid aan een minister kunnen enkel betrekking hebben op maatregelen van bijkomstige of detailmatige aard. De ontworpen delegaties zijn duidelijk ruimer opgevat en maken het mogelijk om de draagwijdte van de subsidies in

belangrijke mate te wijzigen. Het gegeven dat, voor wat betreft de tweede aangehaalde delegatie, de doelstellingen van de door de minister te bepalen subsidiabele uitgaven worden vastgesteld in artikel 1, § 3, derde lid, van het ontwerp, doet geen afbreuk aan die vaststelling.

De eerste aangehaalde delegatie dient dan ook te worden weggelaten uit het ontwerp. Het staat aan de Vlaamse Regering om desgevallend de lijst bedoeld in artikel 1, § 2, eerste lid, van het ontwerp zelf aan te vullen middels een wijziging van het te nemen besluit. Voor wat betreft de tweede aangehaalde delegatie dient op zijn minst de categorieën van subsidiabele uitgaven in het ontworpen besluit zelf te worden omschreven en kan desgevallend de nadere uitwerking ervan aan de minister worden overgelaten.

Artikel 4

8. Het valt niet in te zien waarom in artikel 4, derde lid, van het ontwerp enkel voor de exploitant van het toeristische logies en niet voor de eigenaar ervan wordt voorzien in de mogelijkheid om de subsidieaanvraag door een gemachtigde te laten indienen. Tenzij indien daarvoor een overtuigende verantwoording zou bestaan, dient de bepaling onder artikel 4, derde lid, 1°, te worden aangevuld met de woorden “of zijn gemachtigde”.

9. In artikel 4, vijfde lid, 5°, van het ontwerp wordt als één van de categorieën van documenten, verklaringen en informatie die op straffe van onontvankelijkheid bij de subsidieaanvraag moeten worden gevoegd of in het aanvraagformulier moeten worden opgenomen, gewag gemaakt van “informatie over verkregen subsidies, premies en andere tegemoetkomingen voor het toeristische logies van andere overheidsinstanties dan Toerisme Vlaanderen tijdens een periode van drie jaar voor de huidige aanvraag voor zover zij vallen binnen het toepassingsgebied van de voorschriften van de Europese Commissie over de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie op de-minimissteun”.

Voor de toepassing van artikel 2, lid 2, van verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun is het doel of het voorwerp waarvoor in de voorafgaande periode van drie jaar steun is genoten echter niet relevant. De woorden “voor het toeristische logies” in artikel 4, vijfde lid, 5°, van het ontwerp dienen dan ook te worden weggelaten, zodat niet de

indruk ontstaat dat de ontworpen regeling ter zake soepeler zou zijn dan hetgeen in de voormelde verordening wordt bepaald.

Artikel 5

10. De tweede zin van artikel 5, § 2, vierde lid, kan beter worden weggelaten uit het ontwerp. Dat de Vlaamse overheid de bepalingen van verordening (EG) nr. 1998/2006 in acht dient te nemen, vloeit immers reeds voort uit de bepalingen van die verordening. Overeenkomstig artikel 288, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is een verordening verbindend in al haar onderdelen en is ze rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Behoudens in gevallen waarin de verordening enige marge laat voor verdere discretionaire uitvoering, betekent die rechtstreekse toepasselijkheid dat geen optreden van de lidstaten vereist is om de bepalingen ervan te integreren in hun interne rechtsorde. Bepalingen van een verordening moeten inzonderheid niet worden omgezet in het interne recht van de lidstaten. Niet alleen is een dergelijke werkwijze overbodig op het normatieve vlak aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien houdt ze het gevaar in dat verwarring ontstaat inzake het rechtskarakter van het in de internrechtelijke regeling opgenomen voorschrift en onder meer over de bevoegdheid van het Hof van Justitie van de Europese Unie om kennis te nemen van alle betwistingen in verband met de voorschriften van de verordening.

Het overnemen van bepalingen van een EU-verordening in een internrechtelijke regeling kan dan ook alleen worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van eventuele internrechtelijke uitvoeringsmaatregelen. Te dezen volstaat het dat in de eerste zin van artikel 5, § 2, vierde lid, van het ontwerp *in abstracto* wordt gerefereerd aan de betrokken verordening.

11. In artikel 5, § 3, eerste lid, 1°, a), schrijve men “*de kopieën van* de facturen en betalingsbewijzen (…)”, naar analogie van het erop volgende b).

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 7, eerste lid, van het ontwerp.

12. In artikel 5, § 3, eerste lid, 1°, b), van het ontwerp kan beter eveneens rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de handelingen waarvoor een investeringssubsidie is

toegekend, onderworpen zijn aan de meldingsplicht bedoeld in artikel 4.2.2 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, en niet aan een vergunningsplicht. De ontworpen bepaling zou bijvoorbeeld kunnen worden aangevuld met een verwijzing naar de akteneming door het college van burgemeester en schepenen van een melding in geval van dergelijke meldingsplichtige handelingen.

Artikel 7

13. In artikel 7, eerste lid, van het ontwerp, dient te worden verwezen naar artikel 5, § 3, *eerste lid*, 1°, a), en naar artikel 5, § 3, *eerste lid*, 1°, b).

Artikel 8

14. Naar luid van artikel 8, eerste lid, 2°, van het ontwerp dient de eigenaar of de exploitant van het gesubsidieerde toeristische logies een document te ondertekenen waarvan het model wordt bepaald door Toerisme Vlaanderen en waarin hij zich ertoe verbindt het bedrag van de subsidie terug te betalen indien hij bepaalde verplichtingen niet nakomt gedurende een periode van vijf jaar die ingaat op 1 januari van het jaar dat volgt op het jaar waarin de subsidie werd uitbetaald.

Indien in dit document niet meer wordt vermeld dan hetgeen reeds in het ontworpen besluit wordt bepaald, is de ondertekening ervan door de eigenaar of de exploitant overbodig, aangezien hierdoor niets wordt toegevoegd aan de verbindende kracht die reeds uitgaat van het ontworpen besluit.

Indien daarentegen in dat document bijkomende verplichtingen worden opgenomen, worden op onrechtstreekse wijze aan de eigenaar of de exploitant nieuwe rechtsregels opgelegd door een instantie zonder politieke verantwoordelijkheid, die in beginsel niet over regelgevende bevoegdheid beschikt en die ook niet kan opgedragen krijgen door de ontworpen bepaling. In dat geval dienen de beoogde bijkomende verplichtingen te worden opgenomen in het ontworpen besluit, dat in die gewijzigde versie opnieuw om advies zal moeten worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving. Indien het zou gaan om maatregelen van bijkomstige of detailmatige aard, zou de vaststelling ervan eventueel kunnen worden gedelegeerd aan de minister.

15. Eén van de verplichtingen die in artikel 8, eerste lid, 2°, van het ontwerp, namelijk in de bepaling onder b) wordt opgelegd aan de eigenaar en de exploitant, betreft het behoud van de hoedanigheid van eigenaar respectievelijk exploitant gedurende de in de vorige opmerking aangehaalde periode van vijf jaar.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet niet in welke motieven een dergelijke verregaande maatregel kunnen verantwoorden. Er kan weliswaar worden aangenomen dat de stellers van het ontwerp het misbruik van de ontworpen subsidieregeling wensen te voorkomen door uit te sluiten dat een eigenaar of exploitant kort na de toezegging van de subsidie zijn commercieel engagement intrekt of de handelszaak te gelde maakt met het loutere oogmerk om een meerwaarde te realiseren door de toegezegde subsidie, maar deze doelstelling kan op een meer proportionele wijze worden gerealiseerd. Het valt immers niet uit te sluiten dat een eigenaar of exploitant om andere dan de zo-even geschetste speculatieve redenen niet langer eigenaar of exploitant wenst te blijven. De verplichting voor eigenaars en exploitanten om gedurende een periode van vijf jaar die hoedanigheid te behouden, op straffe van terugbetaling van de betrokken subsidies, is in die omstandigheden een kennelijk onevenredige maatregel.

Het staat aan de stellers van het ontwerp om hetzij af te zien van de betrokken maatregel, hetzij een aangepaste maatregel uit te werken die meer is toegespitst op een effectief risico van speculatieve aanwending van de subsidie.

16. In artikel 8, eerste lid, 2°, c), van het ontwerp dient te worden verwezen naar de exploitatie op grond van een vergunning bedoeld in het decreet van 10 juli 2008 (naar analogie van artikel 4, vierde lid, van het ontwerp).

Artikel 10

17. Nog afgezien van de vraag of artikel 10 van het ontwerp wel rechtsgrond kan vinden in de in opmerking 3 aangehaalde decretale bepalingen, blijkt dat het eerste lid van de ontworpen bepaling ten dele overlapt met hetgeen bepaald wordt in artikel 19 van het decreet van 10 juli 2008 en er ten dele mee in strijd is, namelijk voor wat betreft de periode waarbinnen onderzoek ter plaatse kan worden uitgevoerd.

Voor wat betreft artikel 10, tweede lid, van het ontwerp dient te worden opgemerkt dat uit artikel 57, eerste lid, 3°, en tweede lid, van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991, voortvloeit dat de eigenaar of exploitant die de controle verhindert of die nalaat verantwoording te verstrekken over de aanwending van de subsidies, gehouden is tot de terugbetaling ervan. Het valt op het eerste gezicht niet in te zien wat artikel 10, tweede lid, van het ontwerp aan deze bepaling toevoegt[2], in welk geval de ontworpen bepaling overbodig is. Ze zou echter ook zo geïnterpreteerd kunnen worden dat ze een bijkomende maatregel inhoudt, waardoor de regeling inzake de controle op het gebruik van subsidies wordt verstrengd. Een dergelijke strengere maatregel kan echter enkel door de decreetgever worden vastgesteld en kan bijgevolg evenmin in het onderhavige ontworpen besluit worden opgenomen.

Artikel 10 dient bijgevolg te worden weggelaten uit het ontwerp.

Artikel 12

18. Naar luid van artikel 12 van het ontwerp wordt de toepassing van de besluiten van de Vlaamse Regering van 13 juli 2001 en 12 mei 2006, die bij artikel 11 van het ontwerp worden opgeheven, gehandhaafd voor de aanvragers die door Toerisme Vlaanderen in kennis zijn gesteld van de toekenning van een premie, respectievelijk van het gegeven dat zij voor een premie in aanmerking komen. Daardoor wordt een verschillende behandeling ingevoerd tussen de personen die vóór 1 januari 2012 een aanvraag hebben ingediend, naargelang zij al dan niet voor die datum in kennis zijn gesteld van de toekenning van een subsidie of van het in aanmerking komen ervoor.

De gemachtigde verklaarde dienaangaande het volgende:

> “Zowel het besluit van 13 juli 2001 als dat van 12 mei 2006 stellen een systeem in van semi-gereglementeerde subsidies die door Toerisme Vlaanderen KUNNEN worden toegekend binnen de perken van de daartoe bestemde kredieten (het beschikbare krediet voor de hotelpremieregeling is bijvoorbeeld voor dit jaar reeds opgebruikt). Aangezien de subsidiërende overheid nog over enige opportuniteitsbevoegdheid beschikt, kan een potentiële begunstigde die enkel een aanvraag heeft ingediend, geen subjectief recht op een subsidie laten gelden (D. De Keuster, ‘Het juridisch kader van een subsidie’, TBP 2009, 134). Dit subjectieve recht ontstaat pas indien er een precieze juridische verplichting bestaat op grond van een regel van objectief recht om een welbepaald bedrag en/of ander vermogensvoordeel onder welbepaalde voorwaarden aan de betreffende begunstigde toe te kennen en deze beslissing aan de begunstigde werd meegedeeld (Cass. 25 april 1996, Arr. Cass. 1996, nr. 137). De overgangsregeling maakt inderdaad bewust

[2] Overigens rijst de vraag of de verwijzing in de ontworpen bepaling naar artikel 1, § 2, eerste lid, 4°, van het ontwerp wel dienend is.

> een onderscheid tussen enerzijds personen die al een subjectief recht hebben op een subsidie (besluit van 13 juli 2001) of, op grond van een kennisgeving van Toerisme Vlaanderen, legitieme verwachtingen hebben om een subsidie te ontvangen (besluit van 12 mei 2006), en anderzijds personen die geen subjectief recht hebben of waarbij geen verwachtingen werden gewekt. Dit zijn twee categorieën die zich niet in een gelijke situatie bevinden, zodat een verschil in behandeling het gelijkheidsbeginsel niet schendt. Bovendien laat dit criterium toe om een correcte inschatting te maken van de toekomstige subsidie-uitgaven onder de afgeschafte regelingen."

De uitleg van de gemachtigde neemt niet weg dat personen die een subsidieaanvraag hebben ingediend, een legitieme verwachting hebben dat hun aanvraag zal worden behandeld en dat de overheid zich er over zal uitspreken. Ofwel moeten alle aanvragen die vóór 1 januari 2012 zijn ingediend volgens de regeling in de besluiten van de Vlaamse Regering van 13 juli 2001 en 12 mei 2006 worden behandeld, ofwel dient te worden voorzien in een bijkomende overgangsregeling waarbij wordt bepaald op welke wijze aanvragen die vóór 1 januari 2012 zijn ingediend en waarvoor niet tijdig een beslissing en een kennisgeving is kunnen gebeuren, volgens de nieuwe regeling worden behandeld.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. VAN NIEUWENHOVE, B. THYS,	staatsraden,
	J. VELAERS,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer P. T'KINDT, auditeur.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS M. VAN DAMME