RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 53.539/3
van 12 juli 2013

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot compensatie van de openbaredienstverplichting tot het vervoer van personen met een handicap of een ernstig beperkte mobiliteit’

Op 12 juni 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot compensatie van de openbaredienstverplichting tot het vervoer van personen met een handicap of een ernstig beperkte mobiliteit’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 2 en 9 juli 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Dries VAN EECKHOUTTE, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 juli 2013.

*

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.

*

RECHTSGROND

2. In de aanhef van het ontworpen besluit wordt de rechtsgrond ervoor gezocht in de artikelen 5 tot 11 van het decreet van 21 december 2012 ‘tot compensatie van de openbaredienstverplichting tot het vervoer van personen met een handicap of een ernstig beperkte mobiliteit’.

Sommige onderdelen van die artikelen bevatten effectief een relevante delegatiebepaling, terwijl anderzijds een beroep kan worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, gelezen in samenhang met (onderdelen van) de genoemde artikelen.

3. Voor andere onderdelen van het ontworpen besluit lijkt evenwel geen uitdrukkelijke rechtsgrond voorhanden of is het niet afdoende de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering in te roepen, of kan minstens worden getwijfeld over het voorhanden zijn van voldoende rechtsgrond.

3.1. In artikel 4, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de vervoerders die zijn opgenomen op de lijst van vervoerders belast met de openbaredienstverplichting, voor een periode van vijf jaar worden belast met de uitvoering van die verplichting. Die regel valt niet te beschouwen als een regel betreffende de procedure voor het opstellen van die lijst, maar kan wel sporen met het in artikel 8 van het ontwerp bedoelde systeem van kandidaatstelling waarbij door middel van een rangschikking op basis van een aantal criteria wordt bepaald welke vervoerders op de lijst worden opgenomen. De vraag naar de rechtsgrond voor artikel 4, eerste lid, van het ontwerp hangt derhalve samen met de vraag naar de rechtsgrond voor artikel 8 van het ontwerp, die *sub* 3.4 wordt behandeld.

3.2. Luidens artikel 4, tweede lid, van het ontwerp bevat de lijst van vervoerders belast met de openbaredienstverplichting in beginsel minimaal één vervoerder voor de vervoersgebieden opgenomen in bijlage 1 bij het te nemen besluit tenzij er zich geen kandidaten hebben aangeboden. In artikel 4, derde lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de Vlaamse minister bevoegd voor mobiliteit en vervoer bijkomend aan de vervoersgebieden die in bijlage 1 zijn opgenomen, (nieuwe) vervoersgebieden kan “definiëren” waarvoor minimaal één vervoerder wordt belast met de openbaredienstverplichting of de bestaande vervoersgebieden kan herschikken of aanvullen. Ook uit de in bijlage 1 bij het ontwerp opgenomen lijst en uit de in het aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, bezorgde dossier blijkt dat de openbaredienstverplichting tot het vervoer van personen met een handicap of met een ernstig beperkte mobiliteit niet het gehele grondgebied beslaat waarvoor het decreet geldt, en dat daarom

aan de minister de bevoegdheid wordt verleend om bijkomende vervoersgebieden te definiëren of de bestaande vervoersgebieden aan te vullen.

In het decreet van 21 december 2012 is evenwel nergens een duidelijke indicatie te vinden dat de decreetgever ervan is uitgegaan dat het systeem niet gebiedsdekkend is, wat overigens moeilijk te verzoenen zou zijn met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Artikel 4, tweede en derde lid, van het ontwerp dienen derhalve te worden herbekeken.

3.3. In artikel 5 van het ontwerp worden voorwaarden bepaald om te worden opgenomen in de lijst van vervoerders belast met de openbaredienstverplichting. De Vlaamse Regering wordt evenwel nergens gemachtigd om als zodanig zulke voorwaarden te bepalen, naast de in het decreet van 21 december 2012 (artikel 5, tweede lid) voorkomende basisvoorwaarde.

Artikel 5, 1°, van het ontwerp vloeit evenwel voort uit andere regelgeving, waarvan de decreetgever niet heeft willen en ook niet kan afwijken, zodat zou kunnen worden voorgehouden dat die bepaling kan worden genomen op grond van de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met artikel 5 van het decreet van 21 december 2012. Het ware evenwel raadzaam om alle voor de opname op de lijst gestelde voorwaarden te bepalen in het decreet van 21 december 2012 of erin een machtiging aan de Vlaamse Regering op te nemen om die voorwaarden te bepalen.

Artikel 5, 2°, van het ontwerp is een gedeeltelijke parafrasering van de in artikel 5, tweede lid, van het decreet van 21 december 2012 opgenomen basisvoorwaarde tot opname op de lijst van vervoerders die belast zijn met de openbaredienstverplichting. In beginsel dient de overname in een reglementair besluit van hogere rechtsnormen te worden vermeden. Zo men die opname voor een goed begrip van de ontworpen regeling toch noodzakelijk acht, dient de decretale oorsprong van de genoemde bepaling te worden aangegeven (“overeenkomstig artikel 5, tweede lid, van het decreet van 21 december 2012”).

In artikel 5, 3° en 4°, van het ontwerp wordt verwezen naar andere artikelen van het ontwerp waarin voorwaarden zijn opgenomen waarbij de vervoerders belast met de openbaredienstverplichting worden gecompenseerd voor het vervoer van personen met een handicap of met een ernstig beperkte mobiliteit. Die bepalingen horen derhalve niet thuis in een artikel waarin voorwaarden worden vastgesteld voor de opname in de lijst van vervoerders die zijn belast met de openbaredienstverplichting. Wat betreft de rechtsgrond van artikel 26 van het ontwerp, wordt verwezen naar opmerking 3.8.

3.4. In artikel 8 van het ontwerp worden criteria bepaald op grond waarvan tussen de kandidaat-vervoerders een rangschikking wordt opgesteld.[1] Die rangschikking bepaalt wie uiteindelijk zal worden opgenomen op de definitieve lijst van vervoerders belast met de openbaredienstverplichting.

[1] Die criteria hebben betrekking op het tarief dat aan de gebruiker zal worden aangerekend, het percentage gebruikers met een rolstoel dat de kandidaat-vervoerder verwacht te zullen vervoeren en de kwaliteit van de dienstverlening.

Vraag is of er voor het opleggen van deze criteria – en het eruit voortvloeiende gevolg – wel voldoende rechtsgrond bestaat. Het is niet evident dat ervoor een beroep kan worden gedaan op de in artikel 5, eerste lid, van het decreet van 21 december 2012 opgenomen delegatie, nu die delegatie slechts betrekking heeft op de procedure die moet worden gevolgd bij het opmaken van de genoemde lijst.

Men zou kunnen vooropstellen dat met de in artikel 8 van het ontwerp vermelde criteria op grond van de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering nadere uitwerking wordt gegeven aan het decretale vereiste dat het dient te gaan om een kwalitatief hoogstaande dienstverlening, al is het de vraag of de criteria aangaande de tarieven hierin wel volledig vallen in te passen. Hoe dan ook zou het ook hier raadzaam zijn een uitdrukkelijke decretale rechtsgrond of een meer expliciet decretaal aanknopingspunt in te voeren.

3.5. De Raad van State ziet niet welke de rechtsgrond is voor de in artikel 14, derde lid, van het ontwerp bedoelde sanctie.

3.6. Luidens artikel 19 van het ontwerp gebruikt de vervoerder voor gecompenseerde ritten enkel voertuigen die verzekerd zijn voor het vervoer van personen. Al vloeit dit vereiste voort uit andere regelgeving, het is niet meteen duidelijk op grond van welke bepaling uit het decreet van 21 december 2012 dit vereiste *als compensatievoorwaarde* kan worden opgelegd. Enerzijds zijn de compensatievoorwaarden in dat decreet zelf bepaald en kunnen ze slechts nader worden omschreven door de Vlaamse Regering (artikel 7, § 2, tweede lid, van het decreet van 21 december 2012), anderzijds lijkt de delegatie aan de Vlaamse Regering vervat in artikel 9, vierde lid, van het decreet van 21 december 2012, procedurele voorwaarden betreffende de aanvraag te betreffen.

3.7. Luidens artikel 24, § 2, van het ontwerp verschaft de bestuurder om de vijf jaar een uittreksel uit het strafregister. Ook voor het opleggen van dit vereiste lijkt geen rechtsgrond voorhanden te zijn, nu de vereisten waaraan de bestuurders dienen te voldoen in het decreet van 21 december 2012 worden bepaald (artikel 7, § 2, 7° en 8°) en nergens aan de Vlaamse Regering een delegatie wordt verleend om in hoofde van de bestuurders nog andere vereisten op te leggen.

3.8. In artikel 26 van het ontwerp wordt bepaald dat de gebruiker onder de erin bepaalde voorwaarden recht heeft op gratis begeleiding door een begeleider, en de vervoerder geen recht heeft op compensatie voor het vervoer van de begeleider. In het decreet van 21 december 2012 is evenwel geen enkele delegatiebepaling opgenomen op grond waarvan de Vlaamse Regering de genoemde regel zou kunnen stellen; integendeel wordt in artikel 6, vierde lid, 2°, a), ervan bepaald dat het vaste deel van de compensatie onder meer wordt toegekend voor de begeleiding bij het op- of afhalen van de persoon met een handicap of met een ernstig beperkte mobiliteit.

3.9. Luidens artikel 10, tweede lid, van het decreet van 21 december 2012 vordert de Vlaamse Regering de compensatie vermeld in artikel 6 van dat decreet geheel of gedeeltelijk terug als blijkt dat de vervoerder overgecompenseerd is voor de door hem verrichte openbaredienstverplichting. In artikel 29 van het ontwerp wordt naast in die terugvordering ook voorzien in de mogelijkheid om bij de volgende compensatie het toe te kennen bedrag te verminderen met het bedrag van de overcompensatie. Bij een strikte lezing van de genoemde

decreetsbepaling is voor dat laatste geen rechtsgrond voorhanden, maar men kan aannemen dat het procedé kan worden gelijkgesteld met een terugvordering omdat het tot hetzelfde resultaat leidt. Desalniettemin zou best bij een herziening van het decreet van 21 december 2012 uitdrukkelijk in die mogelijkheid worden voorzien.

VORMVEREISTEN

4. Het ontwerp lijkt te zijn vrijgesteld van de aanmelding bedoeld in artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie overeenkomstig artikel 3 van het besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 'betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen'. Het ontwerp kan immers worden beschouwd als inhoudende een "compensatie ten behoeve van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang waarmee wordt voldaan aan sociale behoeften wat betreft (…) sociale inclusie van kwetsbare groepen" (artikel 2, lid 1, c), van dat besluit en § 11 van de preambule ervan), voor zover de voorwaarden van het besluit worden vervuld.

Het ontwerp dient dan wel op grond van artikel 4, f), van het besluit 2012/12/EU te worden aangevuld met een verwijzing naar dat besluit.

ONDERZOEK VAN DE TEKST[2]

VOORDRACHT EN ONDERTEKENING

5. Het ontwerp is uitsluitend voorgedragen door de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken en, behoudens ook door de Minister-president van de Vlaamse Regering, uitsluitend door die minister ondertekend.

In artikel 1 van het decreet van 21 december 2012 wordt evenwel vermeld dat dit decreet een gemeenschapsaangelegenheid regelt, en in de memorie van toelichting bij het ontwerp dat ertoe heeft geleid, wordt vooropgesteld dat het meer bepaald gaat om de aangelegenheid van het beleid inzake mindervaliden (artikel 5, § 1, II, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).

Hoewel die bevoegdheidsrechtelijke kwalificatie voor kritiek vatbaar is,[3] kan de Vlaamse Regering niet anders dan uitvoering te geven aan het decreet van 21 december 2012 zoals het bestaat. Daaruit volgt dan dat het niet de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken, maar wel de Vlaamse Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin is die het ontwerp dient voor te dragen en dient (mede) te ondertekenen.

---

[2] Bij dit onderzoek wordt ervan uitgegaan dat de bepalingen van het ontwerp waarvoor geen rechtsgrond bestaat, uit het ontwerp zullen worden weggelaten. Ze worden dan ook niet nader onderzocht.

[3] Zie hierover adv.RvS 51.178/3 van 24 april 2012 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 21 december 2012 (*Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1719/1, p. 74, opmerking 4).

AANHEF

6. De aanhef dient te worden aangevuld met een lid (dat het eerste lid wordt) waarin wordt verwezen naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

DISPOSITIEF

Artikel 2

7. In artikel 2 van het ontwerp dient te worden bepaald aan welk indexcijfer de erin bedoelde bedragen worden gekoppeld.

Hoofdstuk 2

8. Uit de in hoofdstuk 2 van het ontwerp opgenomen bepalingen blijkt niet duidelijk hoe de lijst van vervoerders die belast zijn met de openbaredienstverplichting tot stand komt.

Hoewel er in de artikelen 4, tweede lid, en 5 van het ontwerp ook voor het opstellen van de oorspronkelijke lijst gewag wordt gemaakt van een kandidaatstelling, wordt in artikel 6 van het ontwerp gewag gemaakt van “een nieuwe vervoerder” die de minister wil belasten met de openbaredienstverplichting, wat aanleiding geeft tot een oproep tot kandidaatstelling. De artikelen 8 en 9 van het ontwerp lijken dan weer betrekking te hebben op de oorspronkelijke lijst van vervoerders, terwijl in artikel 10 van het ontwerp gewag wordt gemaakt van een “geactualiseerde lijst met vervoerders”.

Voorts lijkt het niet met elkaar te sporen dat enerzijds een rangschikking wordt opgemaakt waarbij enkel een vast aantal van de best gerangschikte kandidaten voor een periode van vijf jaar in de lijst wordt opgenomen, en anderzijds dat na het opstellen van die lijst op elk moment nog nieuwe vervoerders op die lijst kunnen worden geplaatst.

Uit wat voorafgaat volgt dat hoofdstuk 2 van het ontwerp grondig dient te worden herbekeken teneinde het om te vormen tot een duidelijk en coherent geheel.

Artikelen 4 en 17

9. Gevraagd of de term “maximale bedrag van de compensatie” bedoeld in de artikelen 4, vierde lid, en 17, tweede lid, van het ontwerp overeenstemt met dezelfde term gehanteerd in artikel 6, tweede lid, van het decreet van 21 december 2012, antwoordde de gemachtigde:

> “De termen uit het decreet en het besluit hebben betrekking op andere bedragen. Het maximale bedrag van de compensatie, vermeld in artikel 6, tweede lid, van het decreet, slaat op het compensatiebedrag dat door de Vlaamse Regering moet worden vastgesteld in artikel 16 van het ontwerp. Aangezien er gekozen werd om enkel de variabele compensatie op te nemen in het ontwerp werd dat bedrag vastgelegd op een

bedrag per kilometer. In het decreet is sprake van een maximaal bedrag van compensatie omdat in geval van overcompensatie een deel van die compensatie moet worden teruggevorderd. In het besluit heeft het maximale bedrag van de compensatie anderzijds betrekking op het totale bedrag dat een vervoerder jaarlijks kan verkrijgen als compensatie. Omwille van begrotingstechnische redenen werd in het besluit een jaarlijks plafond ingeschreven."

Het hanteren van dezelfde term in het decreet van 21 december 2012 en in het ontwerp intwee verschillende betekenissen geeft aanleiding tot verwarring. Het verdient dan ook aanbeveling om een andere term te hanteren in de artikelen 4, vierde lid, en 17, tweede lid, van het ontwerp, en in artikel 16 ervan te verwijzen naar artikel 6, tweede lid, van het decreet van 21 december 2012.

Artikel 7

10. Volgens de gemachtigde heeft het in artikel 7, eerste lid, 4°, van het ontwerp opgenomen element als doel dat de vervoerder aantoont dat hij voldoet aan de in artikel 5, 2°, opgenomen voorwaarde. Duidelijkheidshalve wordt dit best uitdrukkelijk zo bepaald in de eerstgenoemde bepaling.

Artikel 9

11. Onverminderd opmerking 8, dient in artikel 9 van het ontwerp te worden aangegeven hoeveel vervoerders zullen worden geselecteerd of op welke basis dat aantal wordt bepaald.

Artikel 12

12. In artikel 12, eerste lid, 1°, van het ontwerp dient het woord "langer" te worden weggelaten, terwijl in de eerste zin van artikel 12, tweede lid, van het ontwerp het woord "voorgenomen" dient te worden toegevoegd tussen de woorden "motieven van de" en het woord "schrapping".

Artikel 14

13. In artikel 14 van het ontwerp kunnen de redenen worden vermeld waarmee de bevoegde Vlaamse minister rekening dient te houden bij het bepalen van de datum van de erin bedoelde stopzetting van de dienstverlening.

Artikel 15

14. Artikel 15 van het ontwerp bepaalt slechts wat reeds voortvloeit uit artikel 6, eerste lid, *juncto* artikel 7, § 2, van het decreet van 21 december 2012 en is derhalve overbodig. Zo men

het toch nuttig acht die regel omwille van de leesbaarheid van het ontworpen besluit in herinnering te brengen, late men artikel 15 van het ontwerp, teneinde geen verwarring te doen ontstaan over de juridische aard van het betrokken voorschrift, aanvangen als volgt:

"Overeenkomstig de artikelen 6, eerste lid, en 7, § 2, van het decreet van 21 december 2012, kunnen alleen …".

Artikel 27

15. In artikel 27, derde lid, 8°, van het ontwerp wordt best verduidelijkt dat met het erin bedoelde bedrag wordt verwezen naar de extra compensatie bedoeld in artikel 16, vierde lid, van het ontwerp.

Artikel 39

16. Er dient te worden verduidelijkt waaruit de in artikel 39 van het ontwerp bedoelde maatregelen en beslissingen kunnen bestaan.

Artikel 40

17. Wat betreft het in artikel 40, 6°, van het ontwerp bedoelde gegeven verklaarde de gemachtigde wat volgt:

> "Het systeem waarmee de voertuigen worden getraceerd wordt niet als een verplichting ten aanzien van de vervoerders opgelegd. Een vervoerder moet daarover dan ook niet beschikken. Het is echter bekend dat verschillende vervoerders over zulke systemen beschikken. Die gegevens worden dan ook enkel informatief opgevraagd als statistische gegevens en kunnen eventueel in de toekomst gebruikt worden om de dienstverlening te optimaliseren door systemen aan elkaar te koppelen."

Gelet hierop dienen aan de genoemde bepaling de woorden "indien het voertuig over een dergelijk systeem beschikt" te worden toegevoegd.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS Jo BAERT