



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 57.757/1/V
van 28 juli 2015

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot regeling van de eenmalige uitbetaling van de alternatieve investeringssubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden'

Op 25 juni 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 11 augustus 2015,^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot regeling van de eenmalige uitbetaling van de alternatieve investeringssubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 23 juli 2015. De kamer was samengesteld uit Jan CLEMENT, staatsraad, voorzitter, Kaat LEUS en Wouter PAS, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 juli 2015.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering beoogt een regeling in te voeren die het mogelijk maakt om het kapitaalsaldo van de alternatieve investeringssubsidie die door het Vlaamse Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden (het VIPA) werd toegekend op grond van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 ‘tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’, in één keer uit te keren, in beginsel in de loop van 2015.

3.1. Voor de meeste bepalingen van het ontwerp kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 7bis, § 1, tweede lid, van het decreet van 23 februari 1994 ‘inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’. Dit artikel machtigt de Vlaamse Regering onder meer om de “wijze van toekenning en uitbetaling” en “het bedrag” van de alternatieve investeringssubsidie te bepalen.

3.2. Voor de artikelen 9 en 12, laatste lid, van het ontwerp die bepalingen bevatten die vastleggen onder welke voorwaarden de investeringswaarborg kan worden aangevraagd cq. kan vervallen, kan rechtsgrond gevonden worden in artikel 7bis, § 1, derde lid, van het decreet van 23 februari 1994 naar luid waarvan de Vlaamse Regering onder meer “bijkomende voorwaarden” kan bepalen voor het verlenen van de investeringswaarborg en “beperkingen [kan] stellen inzake de investeringswaarborg”.

3.3. Voor artikel 10 van het ontwerp dat betrekking heeft op de controle ter plaatse, kan rechtsgrond gevonden worden in artikel 7 van het decreet van 20 maart 2009 ‘houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’. Luidens laatstgenoemde bepaling zorgt de Vlaamse Regering voor “de organisatie en de coördinatie van de controle [ter plaatse op de aanwending van de toegekende gelden]”.

3.4. Artikel 12, eerste tot derde lid, van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 57 van het decreet van 8 juli 2011 ‘houdende regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle van het Rekenhof’. Naar luid van het genoemde artikel 57 stelt de Vlaamse Regering onder meer de regels vast voor “de terugvordering en de verantwoording van de subsidies” alsook “de procedure voor de controle op de aanwending van de subsidies”.

3.5. Aangezien voor alle bepalingen van het ontwerp voldoende rechtsgrond voorhanden is, dient geen beroep te worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid ex artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Aangezien geen enkele bepaling van het ontwerp specifieke opdrachten toekent aan diensten van

de Vlaamse Regering, biedt artikel 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 evenmin rechtsgrond voor het ontwerp.

Ook de artikelen 8, 10 en 12 van het decreet van 23 februari 1994 bevatten geen rechtsgrond voor het ontwerp. Het ontwerp vindt geen rechtsgrond in artikel 10 van het decreet van 23 februari 1994 t aangezien geen enkele bepaling ervan bouwfysische, technische of kwalitatieve normen bepaalt of voorwaarden waaraan een aankoop moet voldoen om voor een investeringssubsidie in aanmerking te komen, vastlegt. Het ontwerp vind ook geen rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 23 februari 1994 t, nu geen enkele bepaling ervan de duur van het genotsrecht of een ongeoorloofde verwantschapsband vastlegt. Dat sommige bepalingen van het ontwerp, onder meer in het kader van de toezichts- en sanctieregeling, verwijzen naar reglementaire besluiten die dergelijke normen vastleggen doet niets af aan deze vaststelling.

De artikelen 11 tot 13 van 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’ bieden evenmin rechtsgrond voor het ontwerp.

Artikel 7, eerste lid, van het decreet van 7 mei 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap’ biedt geen rechtsgrond voor het ontwerp, nu geen specifieke opdrachten aan het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap worden toegekend.

3.6. Artikel 11 van het ontwerp kent aan de inspectie van Financiën een adviesbevoegdheid toe in het kader van de vereiste toestemming van de minister bevoegd voor bijstand aan personen bij bepaalde gevallen van vervreemding of bestemmingswijziging van een onroerend goed waarvoor subsidies werden verleend. De decretale bepalingen die de rechtsgrond bieden voor het ontworpen besluit bevatten geen rechtsgrond voor deze bijzondere opdracht aan de inspectie van Financiën, zodat deze bepaling moet worden geschrapt.

VORMVEREISTEN

4.1. De regeling inzake de toekenning van een eenmalige investeringssubsidie dient, onder meer gelet op het voordelige karakter ervan ten opzichte van de basisregeling, beschouwd te worden als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (VWEU).¹

Volgens de bisnota aan de Vlaamse Regering van 19 juni 2015 (p. 11) is het ontwerp evenwel vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting bij de Europese Commissie. Artikel 13 van het ontwerp bepaalt immers dat de eenmalige investeringssubsidie wordt toegekend, met inachtneming 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

¹ Zie voor wat de alternatieve investeringswaarborg betreft, Adv.RvS 57.409/3 van 17 april 2015, over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest van 3 juli 2015 ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2015’, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-15, nr. 333/1, 63-83.

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' en in de genoemde bisnota wordt omstandig uiteengezet waarom de ontworpen regeling zou voldoen aan de voorwaarden van het besluit 2012/21/EU.

4.2. In advies 57.409/3 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, over ontwerpbepalingen die de regeling inzake de zgn. VIPA-investeringswaarborg uitbreidden, het volgende opgemerkt:

“Een (uitbreiding van een) dergelijke regeling kan worden beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (VWEU).² De gemachtigde verklaarde dat de ontworpen waarborgregeling ingepast kan worden in de voorwaarden vervat in 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’.³

De ontworpen regeling kan effectief worden beschouwd als een “compensatie ten behoeve van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang door ziekenhuizen die medische zorg bieden, daaronder begrepen, in voorkomend geval, spoedeisende hulp’, enerzijds, en als een ‘compensatie ten behoeve van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang waarmee wordt voldaan aan sociale behoeften wat betreft gezondheidszorg en langdurige zorg, kinderopvang, toegang tot de arbeidsmarkt en herintreding, sociale huisvesting en de zorg voor en sociale inclusie van kwetsbare groepen’, anderzijds (zie artikel 2, lid 1, b) en c), van dat besluit). De ermee gepaard gaande vrijstelling van aanmelding bij de Europese Commissie is echter enkel mogelijk indien voldaan is aan een aantal voorwaarden, waaronder de beperking in de tijd van de compensatie (artikel 2, lid 2), de omvang van de compensatie (artikel 5) en de tweejaarlijkse verslaglegging aan de Europese Commissie (artikel 9). De stellers van het ontwerp moeten erop toezien dat aan die voorwaarden is voldaan.”⁴

4.3. Ook al is het zo dat het besluit 2012/21/EU toepassing kan vinden in de VIPA-sectoren, en dat de betrokken voorzieningen belast zouden zijn met een dienst van algemeen economisch belang, dan betekent dit nog niet dat het eenmalig toekennen van de investeringssubsidies kan worden beschouwd als staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst verleend aan een onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, in de zin van het besluit 2012/21/EU. Niet alleen dient aan de in het hiervoor aangehaalde advies genoemde voorwaarden te zijn voldaan, de investeringssubsidies moeten ook effectief worden toegekend voor de compensatie van een welbepaalde dienst van algemeen economisch belang.

² Voetnoot 12 uit het geciteerde advies: HvJ 19 maart 2013, C-399/10 P en C-401/10 P, *Bouygues v. Commissie*, punten 89-114, in het bijzonder punt 107, waar verwezen wordt naar HvJ 1 december 1998, C-200/97, *Ecotrade*, punt 43, en HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, punten 39-42.

³ Voetnoot 13 uit het geciteerde advies: Zie, in verband met de diensten van algemeen economisch verband, ook mededeling 2012/C 8/02 van de Commissie ‘betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie’.

⁴ Adv.RvS 57.409/3 van 17 april 2015, *l.c.*, 79-80.

Weliswaar wordt in de bisnota aan de Vlaamse Regering betoogd dat de openbare dienstverplichting zou worden geregeld in de erkenningsbesluiten waarnaar wordt verwezen in artikel 1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011, maar bij nader toezien wordt in die bepaling naar geen enkel erkenningsbesluit verwezen. Er kan bovendien worden betwijfeld of de erkenning van de betrokken voorzieningen in alle gevallen kan worden beschouwd als een “mandaat” in de zin van artikel 4 van besluit 2012/21/EU. In dat verband schrijft M. Dony het volgende:

“Un agrément ou une autorisation accordés par une autorité publique à un prestataire de services l’autorisant à fournir certains services ne correspondent pas à la notion de mandat parce que ce type d’acte ne crée pas une obligation pour l’opérateur de fournir les services concernés. Ceci est conforme à la jurisprudence du Tribunal qui a jugé que la simple circonstance que ‘le législateur national impose, dans l’intérêt général au sens large, certaines règles d’autorisation, de fonctionnement ou de contrôle à l’ensemble des opérateurs d’un secteur n’est, en principe pas constitutif d’une mission SIEG’ et que ‘le caractère obligatoire du service en cause constitue (...) une condition essentielle de l’existence d’une mission SIEG’. Le Tribunal a précisé que ce caractère obligatoire ‘doit être compris en ce sens que les opérateurs chargés de la mission SIEG par un acte de puissance publique sont, en principe, tenus d’offrir le service en cause sur le marché en respectant les obligations SIEG qui régissent la prestation dudit service’.^{5,6}

De alternatieve investeringssubsidies die krachtens het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 kunnen worden toegekend, worden niet toegekend voor de uitoefening van specifieke opdrachten van algemeen belang, maar ongeacht de opdrachten die de betrokken voorzieningen uitoefenen. Hierdoor kan worden betwijfeld of voldaan is aan de vereisten van artikel 5, lid 3, b), van het besluit 2012/21/EU. Ten slotte, blijkt uit geen enkele bepaling van het ontwerp dat de steun beperkt is tot het bedrag bepaald in artikel 2, lid 1, a), van het besluit 2012/21/EU.

4.4. Uit hetgeen voorafgaat moet worden afgeleid dat het geenszins duidelijk is of de ontworpen regeling volledig in overeenstemming is met het besluit 2012/21/EU. Het volstaat niet om in het ontworpen besluit een beginselbepaling op te nemen waarin wordt gesteld dat investeringssubsidies worden toegekend met inachtneming van het besluit 2012/21/EU om aan de geschetste problemen te verhelpen.

Gelet op de twijfel die bestaat over de toepasselijkheid van het besluit 2012/21/EU dient de ontworpen regeling alsnog te worden aangemeld bij de Europese Commissie. Die aanmelding is noodzakelijk om de sanctie te vermijden in geval van een onterechte niet-aanmelding, namelijk dat de steun *per se* nietig is (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden als ze correct werd aangemeld).

⁵ Voetnoot 133 van het artikel : Trib., 12 février 2008, BUPA, précité, points 178 et 188.

⁶ M. DONY, “Les règles régissant le financement public des services d’intérêt économique général après la réforme de 2011”, CDE 2014, (97) 133-134.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met de opmerkingen die *sub* 3 over de rechtsgrond zijn gemaakt.

Artikel 2

6. Artikel 2 van het ontwerp maakt het ontwerpbesluit van toepassing “binnen de perken ... en de kostenefficiënte toegang tot de financiële markten voor overheidsschulden”. Deze bepaling is dermate vaag dat het geen enkele duidelijkheid biedt over het toepassingsgebied van de regeling. Bovendien is onduidelijk wie bepaalt of de toegang tot de financiële markten kostenefficiënt is (de minister, het VIPA, de Vlaamse Regering?). Het begrip moet bijgevolg worden verduidelijkt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jan CLEMENT