



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 67.454/1
van 14 juli 2020

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering ‘over de regels voor de toewijzing van het gebruiksrecht op de scheepstijd van het onderzoeksschip Simon Stevin als een onrechtstreekse subsidiëring’

Op 20 mei 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse Minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en Landbouw verzocht binnen een termijn van zestig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering ‘over de regels voor de toewijzing van het gebruiksrecht op de scheepstijd van het onderzoeksschip Simon Stevin als een onrechtstreekse subsidiëring’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 9 juli 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 juli 2020.

*

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 onderzoeksschip ‘Simon Stevin’, waarvoor het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering in een regeling voorziet, wordt hoofdzakelijk ingezet voor academisch kustgebonden oceanografisch onderzoek in de zuidelijke bocht van de Noordzee en het oostelijk deel van het Kanaal.¹ Het onderzoeksschip is ondergebracht onder de Dienst Afzonderlijk Beheer Vloot (DAB Vloot)² die, overeenkomstig artikel 36, § 2, van het decreet van 20 december 2002 ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2003’ is belast met het beheer en de exploitatie van de Vlaamse vloot aan vaartuigen en het ter beschikking stellen van bedrijfsklare vaartuigen voor de diensten van de Vlaamse Regering en voor derden, evenals het verstrekken van diensten en adviezen die met deze bevoegdheid gepaard gaan. Het Vlaams Instituut voor de Zee (VLIZ) is, luidens het protocol van 12 juli 2009, verantwoordelijk voor de coördinatie van de oceanografische campagnes en onderzoeksopdrachten van het onderzoeksschip en voor het uitwerken van een gecoördineerd werkplan met betrekking tot het uitvoeren van onderzoeksopdrachten op zee. Het VLIZ zal hiertoe onderhandelen met de DAB Vloot teneinde alle nodige afspraken over planning en vaarschema’s op te stellen.³

Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe een regeling uit te werken voor het toekennen van scheepstijd van het onderzoeksschip aan Vlaamse Universiteiten en hogescholen, Vlaamse onderzoekscentra en entiteiten van de Vlaamse overheid, die de vorm aanneemt van een subsidie *in natura*.

Hiertoe worden een aantal begrippen gedefinieerd (artikel 1 van het ontwerp), worden de DAB Vloot en het VLIZ aangeduid als uitbaters van het onderzoeksschip en wordt bepaald dat het gebruik van de scheepstijd een subsidie *in natura* is (artikel 2), wordt de aanvraagprocedure geregeld, met name de opmaak van een schema waarin de jaarlijkse beschikbare scheepstijd wordt bepaald, alsmede de oproep bij mogelijke gebruikers en de minimale gegevens, zoals opgenomen in de bijlage 1 gevoegd bij het te nemen besluit, die een aanvraag moet bevatten (artikelen 3 en 4), worden de mogelijke gebruikers bepaald die een aanvraag kunnen indienen voor de subsidie *in natura* (artikel 5), wordt de toekenningsprocedure

¹ Nota aan de Vlaamse Regering (VR 2020 1505 DOC. 0460/1BIS).

² Protocol tussen de minister-president van de Vlaamse Regering, de Vlaamse minister van Institutionele Hervormingen, Landbouw, Zeevisserij en Plattelandsbeleid en de Vlaamse minister van Economie, Ondernemen, Wetenschap, Innovatie en Buitenlandse Handel van 12 juli 2009 dat de inzet van het onderzoeksschip Simon Stevin regelt.

³ Zie de overeenkomsten gesloten tussen de DAB Vloot en het VLIZ van 21 mei 2012, alsook de bijakten van 10 maart 2014 en 4 december 2015.

geregeld, met name de beoordeling van de aanvraag door het VLIZ, op basis van de criteria opgenomen in de bijlage 2 gevoegd bij het te nemen besluit (artikel 6), wordt een opsomming gegeven van begeleidende maatregelen die het VLIZ kan nemen om de planning van de scheepstijd te optimaliseren (artikel 7), wordt bepaald dat het VLIZ nagaat of de aanvraag uitgaat van een mogelijke gebruiker als vermeld in artikel 5 en indien dit niet het geval is, wordt erin voorzien dat de toewijzing van scheepstijd aan een dergelijke gebruiker wordt beschouwd als een onderdeel van een contractuele relatie tussen een derde en de DAB Vloot, die volledig instaat voor kostenrecuperatie, en niet als een subsidie van de Vlaamse overheid (artikelen 8 en 9), wordt bepaald dat de toewijzing van de scheepstijd geen recht op schadevergoeding geeft als de scheepstijd niet kan doorgaan (artikel 10) en wordt toegelaten dat het VLIZ een financiële waardebeoordeling hecht aan de scheepstijd (artikel 11).

3. De ontworpen regeling ontleent rechtsgrond aan artikel 56/1, § 1, laatste lid, van het decreet van 30 april 2009 ‘betreffende de organisatie en financiering van het wetenschaps- en innovatiebeleid’, waarbij de Vlaamse Regering gemachtigd wordt bijkomende regels te bepalen voor de terbeschikkingstelling van grote mariene onderzoeksinfrastructuur, inclusief onderzoeksvaartuigen, aan derden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. Gelet op hetgeen *sub* 3 in verband met de rechtsgrond is opgemerkt, dient in de aanhef onder de rubriek “Rechtsgrond” meer specifiek te worden verwezen artikel 56/1, § 1, laatste lid, van het decreet van 30 april 2009.

5. In de aanhef dient nog te worden verwezen naar het akkoord van de Minister, bevoegd voor de Begroting, van 14 mei 2020.

Artikel 2

6. In artikel 2, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat het gebruiksrecht van de scheepstijd een subsidie is in de zin van artikel 73 van het decreet van 29 maart 2019 ‘houdende de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën’ (hierna: Vlaamse Codex Overheidsfinanciën) die de vorm aanneemt van een voordeel *in natura*.

Artikel 73 van de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën luidt:

“Een subsidie kan worden toegekend aan:

- 1° een natuurlijk persoon die optreedt in eigen naam, of aan zijn lasthebber;
- 2° een vereniging of entiteit zonder rechtspersoonlijkheid;
- 3° een rechtspersoon.

In het geval, vermeld in het eerste lid, 2°, kan elke natuurlijke of rechtspersoon die ten opzichte van de subsidiërende entiteit optreedt als vertegenwoordiger van de vereniging of entiteit, hoofdelijk en onverdeeld aansprakelijk worden gesteld bij alle betwistingen over of terugvorderingen van de toegekende subsidie.

Begunstigden kunnen voor de realisatie van een activiteit een samenwerkingsverband vormen dat als dusdanig evenwel niet in de plaats treedt van de begunstigden die erin coöpereren”.

Artikel 2, 34°, van de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën omschrijft de term “subsidie” als volgt:

“elke vorm van financiële ondersteuning, ongeacht de benaming en vorm ervan, en met inbegrip van de voorschotten die zonder interest teruggevorderd kunnen worden, die als kapitaal- of inkomensoverdracht wordt verstrekt door een entiteit die tot de Vlaamse deelstaatoverheid behoort, voor een activiteit die het algemeen belang dient, met uitsluiting van de prijzen, giften en dotaties, alsook van de kapitaal- of inkomensoverdrachten die de tegenprestatie uitmaken van een werk of goed dat, of een levering of dienst die een derde aan die overheid heeft verstrekt”.

6.1. Gevraagd of het gebruiksrecht van de scheepstijd onder de voormelde definitie van subsidie kan worden gevat, antwoordde de gemachtigde:

“Het ontwerp van besluit werd opgemaakt nog voor de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën in werking trad. De toepasselijke wetgeving was op dat moment het rekendecreet van 7 november 2011 dat in artikel 53 een subsidie op soortgelijke wijze definieerde, maar daar aan toevoegde dat onder ‘financiële ondersteuning’ ook het verlenen van voordelen *in natura* diende begrepen te worden:

‘elke vorm van financiële ondersteuning die wordt verstrekt door een instantie die tot de overheid behoort, voor een door derden georganiseerde activiteit die het algemeen belang dient, ongeacht de benaming die aan die ondersteuning wordt gegeven, en ongeacht de benaming of de aard van de akte waarmee ze wordt toegekend, met uitsluiting evenwel van de dotaties die door de Vlaamse Gemeenschap worden verstrekt aan het Vlaams Parlement of aan de Vlaamse Gemeenschapscommissie, en van de toelagen die worden toegekend aan de Vlaamse rechtspersonen vermeld in artikel 4, § 1, 2°.

De financiële ondersteuning kan bestaan uit de toekenning van gelden of uit het verlenen van voordelen *in natura* in de vorm van de uitvoering van werkzaamheden, het overdragen van goederen of het verstrekken van diensten waarvan de financiële lasten gedragen worden door de Vlaamse overheid.’

In de codex overheidsfinanciën werd het lid mbt het verlenen van voordelen *in natura* niet weerhouden, maar dat betekent ons inziens niet dat voordelen *in natura* niet meer onder het begrip ‘financiële ondersteuning’ zou vallen. Dit zou immers tot gevolg hebben dat het verlenen van voordelen *in natura* zonder directe tegenprestatie niet als subsidie dient gekwalificeerd te worden, en dat bijgevolg ook de regels waaraan subsidiering onderhevig is, niet van toepassing zouden zijn.

Ons inziens bestaat de essentie van subsidiering er in dat een voordeel gegeven wordt zonder directe tegenprestatie, dit in tegenstelling tot overheidsopdrachten waar wel een tegenprestatie wordt verwacht. Indien een voordeel *in natura* zonder tegenprestatie geen subsidiëring zou zijn, en ook geen overheidsopdracht aangezien er geen

tegenprestatie is, dan zou er geen enkel regelgevend kader op van toepassing zijn, wat ons inziens niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest”.⁴

6.2. Het opheffen artikel 53 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 door het Rekenhof’ luidde als volgt:

“Voor de toepassing van dit hoofdstuk dient onder subsidie te worden verstaan: elke vorm van financiële ondersteuning die wordt verstrekt door een instantie die tot de overheid behoort, voor een door derden georganiseerde activiteit die het algemeen belang dient, ongeacht de benaming die aan die ondersteuning wordt gegeven, en ongeacht de benaming of de aard van de akte waarmee ze wordt toegekend, met uitsluiting evenwel van de dotaties die door de Vlaamse Gemeenschap worden verstrekt aan het Vlaams Parlement of aan de Vlaamse Gemeenschapscommissie, en van de toelagen die worden toegekend aan de Vlaamse rechtspersonen vermeld in artikel 4, § 1, 2°.

De financiële ondersteuning kan bestaan uit de toekenning van gelden of uit het verlenen van voordelen *in natura* in de vorm van de uitvoering van werkzaamheden, het overdragen van goederen of het verstrekken van diensten waarvan de financiële lasten gedragen worden door de Vlaamse overheid”.

In de omschrijving van het begrip “subsidie” in artikel 2, 34°, van de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën worden de elementen uit het voormelde artikel 53, tweede lid, van het decreet van 8 juli 2011 niet meer opgenomen.

In de memorie van toelichting wordt over de definitie van subsidie in artikel 2, 34°, van de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën onder meer het volgende gesteld:⁵

“‘elke vorm van financiële ondersteuning’ zonder dat hiertegenover een rechtstreekse tegenprestatie staat: de financiële ondersteuning kan bestaan uit de toekenning van gelden of uit de verlening van voordelen *in natura* in de vorm van de uitvoering van werkzaamheden, de overdracht van goederen of dienstverstrekking waarvan de Vlaamse Gemeenschap of een Vlaamse rechtspersoon de financiële lasten draagt”.

De Raad van State, afdeling Wetgeving heeft in advies 64.849/1 van 4 januari 2019 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën over de omschrijving van de term “subsidie” opgemerkt:

“De omschrijving die in artikel 2, 33°, van het voorontwerp, wordt gegeven van het begrip ‘subsidie’ is beperkter dan de definitie die in artikel 53 van het Rekendecreet van 8 juli 2011 van dat begrip wordt gegeven. De elementen die worden vermeld in artikel 53, tweede lid, van het Rekenhof, zijn niet hernomen in het voorontwerp van decreet. De omschrijving van het begrip ‘subsidie’ is nochtans determinerend voor de toepassing van de bepalingen van hoofdstuk 8 van het voorontwerp (‘Subsidies’),

⁴ In artikel 2 van het oorspronkelijke ontwerp (63.423/1) werd het volgende bepaald:

“Het gebruiksrecht van de scheepstijd van het onderzoeksschip Simon Stevin is een subsidie die de vorm aanneemt van een voordeel *in natura* als vermeld in artikel 53 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 door het Rekenhof, en die onrechtstreeks aan de begunstigde wordt toegekend als vermeld in artikel 55 van het voormeld decreet, voor de gebruikers die niet tot de Vlaamse overheid behoren.”

⁵ *Parl.St.* VI Parl. 2018-19, nr. 1820/1, 21.

waaronder artikel 76 waarin wordt bepaald dat de artikelen 11 tot en met 14 van de algemenebepalingenwet van toepassing zijn op subsidies die zijn verleend door een entiteit van de Vlaamse deelstaatoverheid of door een andere rechtspersoon die rechtstreeks of onrechtstreeks van de Vlaamse Gemeenschap een subsidie krijgt. De toepassing van de voornoemde artikelen van de algemenebepalingenwet impliceert dat wordt uitgegaan van een ruimere omschrijving van het begrip ‘subsidie’ dan die welke in artikel 2, 33°, van het voorontwerp van het voorontwerp van dat begrip wordt gegeven.⁶

Uit wat voorafgaat lijkt er dan ook van te moeten worden uitgegaan dat de definitie van ‘subsidie’, in artikel 2, 33°, van het voorontwerp, onvoldoende ruim is geformuleerd om in overeenstemming te zijn met de algemenebepalingenwet waarvan de toezichtsbepalingen dienen te gelden voor alle subsidies in de zin van die wet⁷.”

In antwoord daarop werd in de memorie van toelichting de volgende duiding gegeven:⁸

“Bij artikel 2, 33°, (randnr. 4 van het advies 64.849/1) is de Raad van State van oordeel dat de omschrijving van het begrip subsidie onvoldoende ruim is, zonder dat duidelijk wordt aangegeven waarin precies de discrepantie schuilt. Het lijkt dat de Raad van State zich vergist. Hij verwijst naar artikel 53, tweede lid, van het [Rekendecreet] dat niet hernomen is. Uit de memorie van toelichting blijkt nochtans dat het begrip subsidies niet enger wordt ingevuld dan voordien het geval was. De louter indicatieve opsomming die voorzien was in voormelde bepaling van het Rekendecreet wordt daarbij zelfs hernomen. Gelet op het indicatieve karakter van de omschrijving werd het evenwel nuttiger geacht deze niet in de regelgeving, maar wel in de toelichting op te nemen”.

6.3. Gelet op het voorgaande kan bijgevolg worden aangenomen dat het gebruiksrecht van de scheepstijd kan worden begrepen als een subsidie zoals omschreven in artikel 2, 34°, van de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën.

⁶ Voetnoot 6 van het aangehaalde advies: Tijdens de parlementaire voorbereidende werkzaamheden van de betrokken artikelen van de algemenebepalingenwet werd in dat verband het volgende vermeld: “De notie ‘subsidies’ moet ruim worden geïnterpreteerd. Zo moet, zoals artikel 2 van de wet van 14 november 1983 betreffende de controle op de toekenning en op de aanwending van sommige toelagen preciseert, onder subsidie worden verstaan: ‘elke tegemoetkoming, elk voordeel of elke hulp, ongeacht de vorm of de benaming ervan, met inbegrip van de zonder interest verleende terugvorderbare voorschotten, toegekend ter bevordering van voor het algemeen belang dienstige activiteiten, maar met uitsluiting van de prijzen die aan geleerden en kunstenaars voor hun werken worden verleend” (<http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/50/1871/50K1871001.pdf> pag. 14 - 15). Uit de parlementaire voorbereiding bij de voornoemde wet van 14 november 1983 valt af te leiden dat het gaat om “elke tegemoetkoming, dotatie of bijdrage, zoals elke bijstand of hulp in geld of in natura verleend ter bevordering van andermans activiteiten die van algemeen belang worden geacht” (Parl.St. Senaat, 1982-1983, nr. 452/1, 3-4).

⁷ Voetnoot 7 van het aangehaalde advies: In dat verband werd aan de gemachtigde gevraagd of sommige andere, verwante begrippen zoals “dotatie” (artikel 2, 7°, van het voorontwerp), “gift” (artikel 2, 11°), “prijs” (artikel 2, 22°), of “toelage” (artikel 2, 34°), onder de subsidievoorschriften van de algemenebepalingenwet vallen. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt: “De termen subsidies en toelagen (vermeld in artikel 2, 33° en 34°) vallen onder de voorschriften van de algemene bepalingenwet. De termen prijzen en giften niet. Prijzen worden door de memorie van toelichting bij de algemene bepalingenwet expliciet uitgesloten van de term. De term giften heeft een gelijkaardige draagwijdte, ze dienen immers niet ‘ter bevordering van voor het algemeen belang dienstige activiteiten’. Dotaties die aan het Vlaams Parlement moeten worden verstrekt voor hun werking worden niet verantwoord. Deze term valt bijgevolg ook niet onder de algemene bepalingenwet.”

⁸ Parl.St. Vl. Parl. 2018-19, nr. 1820/1, 14.

Artikel 4

7. De machtiging die aan het bestuursorgaan van het VLIZ wordt toegekend om de “*nadere regels*” vast te leggen voor de vorm, inhoud, behandeling en selectie van de aanvragen binnen de voorwaarden die zijn vastgelegd in het ontworpen besluit, wordt door de gemachtigde als volgt verduidelijkt:

“Het gaat hier over de praktische uitvoeringsregels (formulier, kalender, interne rapportering, ...) voor de toepassing van het besluit. De programmatie van het schip gebeurt, op basis van [de] door DAB Vloot aangereikte beschikbaarheidsdatum, door VLIZ”.

Aangezien het een delegatie met een beperkte draagwijdte betreft en het VLIZ het best geplaatst is om de praktische regeling met kennis van zaken uit te werken, kan deze delegatie worden aanvaard.

Artikel 10

8. Deze bepaling voorziet erin dat gebruikers aan wie scheepstijd wordt toegewezen “geen recht op schadevergoeding hebben” als door “noodwendigheden” de scheepstijd die hen is toegewezen, niet kan of kon doorgaan. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt gesteld dat de toewijzing van scheepstijd “geen tegenstelbare rechten genereert”.

Gevraagd of, in zoverre het recht op schadevergoeding wordt uitgesloten, daarmee geen regeling inzake het burgerlijk recht wordt ingevoerd,⁹ waarvoor in principe de bevoegdheid bij de decreetgever ligt en niet bij de Vlaamse Regering,¹⁰ antwoordde de gemachtigde:

“Ons inziens valt dit niet onder overeenkomstenrecht en het burgerlijk wetboek aangezien het toewijzen van scheepstijd een subsidie is. Dit is een éézijdige beslissing van de overheid waarbij een voordeel gegeven wordt zonder dat een tegenprestatie wordt verwacht en dus geen overeenkomst waarbij twee partijen instemmen en allebei een prestatie leveren. We beschouwen het uitsluiten van schadevergoeding in dat opzicht als een voorwaarde waaronder de subsidie kan verleend worden en dus niet als een afwijking op het burgerlijk wetboek”.

Hoewel dit kan worden aangenomen voor de toewijzing van scheepstijd aan de gebruikers vermeld in artikel 5 van het ontwerp, kan deze verantwoording niet gelden voor de toewijzing van scheepstijd aan de gebruikers die niet zijn begrepen in dat artikel. Zoals artikel 9 van het ontwerp bepaalt, is de toewijzing van scheepstijd aan deze gebruikers een onderdeel van een contractuele relatie tussen de DAB Vloot en een derde en vormt dit geen subsidie.

⁹ In de adviespraktijk van de Raad van State wordt gesteld dat de gemeenschappen en gewesten regelingen inzake het burgerlijk recht kunnen uitvaardigen “voor zover deze geacht worden inherent te zijn aan de hun toegewezen bevoegdheden, of op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980”. Zie J. VAN PRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 545.

¹⁰ J. VAN PRAET, o.c., nr. 384.

Daarop gewezen, repliceerde de gemachtigde:

“Wij lezen art. 10 van het ontwerp BVR zo dat dit enkel betrekking heeft op de gebruikers als bepaald in art. 5 van het ontwerp BVR.

De tussen VLOOT en derden op te stellen contracten kunnen bepalingen m.b.t. schadevergoeding/herplannen van vaarten bevatten”.

Vermits in artikel 10 van het ontwerp wordt verwezen naar “mogelijke gebruikers aan wie scheepstijd wordt toegewezen” en de bepaling over de uitsluiting van het recht op schadevergoeding niet lijkt te zijn beperkt tot de gebruikers als vermeld in artikel 5 van het ontwerp, verdient het, gelet op het antwoord van de gemachtigde, aanbeveling de bepaling te verduidelijken in de zin dat de uitsluiting enkel betrekking heeft op de in artikel 5 van het ontwerp vermelde gebruikers.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME