



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 71.038/1
van 9 maart 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, tot intrekking van artikel 1 en 2 van het ministerieel besluit van 8 juni 2020 tot wijziging van artikel 12 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten en artikel 27 en 28 van het ministerieel besluit van 30 maart 2016 tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, wat betreft de steun voor ondernemerschapsbevorderende diensten en tot intrekking van het ministerieel besluit van 9 juli 2021 tot wijziging van de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten’

Op 14 februari 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en Landbouw verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, tot intrekking van artikel 1 en 2 van het ministerieel besluit van 8 juni 2020 tot wijziging van artikel 12 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten en artikel 27 en 28 van het ministerieel besluit van 30 maart 2016 tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, wat betreft de steun voor ondernemerschapsbevorderende diensten en tot intrekking van het ministerieel besluit van 9 juli 2021 tot wijziging van de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 3 maart 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 maart 2022.

*

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 om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt er in essentie toe om met terugwerkende kracht de regeling te vervangen die in de ministeriële besluiten van 8 juni 2020¹ en 9 juli 2021² is vervat met betrekking tot respectievelijk het invoegen en wijzigen van een lijst van uitgesloten diensten voor de kmo-portefeuille, en om de bestaande bepalingen waarin aan de Vlaamse minister, bevoegd voor de economie, sommige bevoegdheden worden gedelegeerd in verband met het wijzigen van de voornoemde lijst, aan te passen.

Daartoe worden een aantal wijzigingen aangebracht in het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016³ en de bijlagen ervan (artikelen 1 tot 3 van het ontwerp) en worden de artikelen 1 en 2 van het ministerieel besluit van 8 juni 2020 en het ministerieel besluit van 9 juli 2021 ingetrokken (artikelen 4 en 5 van het ontwerp). Er wordt tevens in een overgangsregeling voorzien voor subsidieaanvragen die zijn ingediend voor, al naargelang het geval, 1 juli 2020 en 13 juli 2021 (artikel 6 van het ontwerp). Er wordt aan het ontworpen besluit terugwerkende kracht verleend tot 1 juli 2020, met uitzondering van artikel 3 ervan, waarin bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 wordt vervangen door een nieuwe bijlage, en dat terugwerkt tot 13 juli 2021 (artikel 7 van het ontwerp).

3. De ontworpen regeling vindt rechtsgrond in artikel 37 van het decreet van 16 maart 2012 ‘betreffende het economisch ondersteuningsbeleid’, waarin wordt bepaald dat de Vlaamse Regering steun kan verlenen aan ondernemingen onder de voorwaarden vermeld in de *De-minimis*verordening.

¹ Ministerieel besluit van 8 juni 2020 ‘tot wijziging van artikel 12 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitracen en artikel 27 en 28 van het ministerieel besluit van 30 maart 2016 tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitracen, wat betreft de steun voor ondernemerschapsbevorderende diensten’.

² Ministerieel besluit van 9 juli 2021 ‘tot wijziging van de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitracen’.

³ Besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 ‘tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitracen’.

ALGEMENE OPMERKING

4.1. De artikelen 4 tot 7 van het ontwerp komen erop neer dat twee ministeriële besluiten geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken en, met terugwerkende kracht die teruggaat tot de data van inwerkingtreding van de betrokken ministeriële besluiten, worden vervangen door een regeling die in essentie hetzelfde voorwerp heeft, zij het dat die regeling niet langer in een ministerieel besluit wordt opgenomen, doch wel in een besluit van de Vlaamse Regering.

De gemachtigde deelde mee dat deze werkwijze is ingegeven door het feit dat het ministerieel besluit van 8 juni 2020 het voorwerp uitmaakt van een vernietigingsberoep bij de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak,⁴ en dat de met het onderzoek van dat beroep belaste auditeur in zijn verslag van 22 november 2021 tot de conclusie is gekomen dat het vernietigingsberoep gegrond zou moeten worden verklaard en dat de artikelen 1 en 2 van het bestreden ministerieel besluit van 8 juni 2020 en de bijlage hierbij zouden moeten worden vernietigd.

De gemachtigde deelde in dat verband ook nog het volgende mee:

“Zoals reeds aangegeven is voorliggend ontwerp van besluit, inbegrepen de retroactieve werking ervan, slechts bedoeld om tegemoet te komen aan de inhoud van voormeld auditoraatsverslag, zonder echter aan de reeds geldende regelgeving (m.n. het ministerieel besluit van 8 juni 2020) inhoudelijk enige wijziging aan te brengen. Het gaat slechts om de bevestiging, ten overvloede, van deze bestaande regelgeving bij besluit van de Vlaamse Regering. De terugwerkende kracht voorzien in voorliggend ontwerp is dus – in het licht van de inhoud van voormeld auditoraatsverslag – noodzakelijk om de goede werking en de continuïteit van de openbare dienst te verzekeren.

Zoals toegelicht (...) beoogt het voorliggende ontwerp een bevestiging van de ministeriële besluiten houdende de lijsten met niet voor ondersteuning in aanmerking komende diensten. Het ontwerp is op dat punt inhoudelijk identiek aan deze ministeriële besluiten. Om die reden is de terugwerkende kracht van het ontwerpbesluit noodzakelijk voor de goede werking van de kmo-portefeuille als subsidie-instrument en is het uitgesloten dat verkregen rechten zouden worden aangetast. Deze lijsten vormen bovendien slechts concrete toepassingen van het algemeen geldende criterium dat een dienst ondernemerschapsbevorderend dient te zijn om voor ondersteuning in aanmerking gekomen. Deze vereiste is op heden reeds verankerd in artikel 9, eerste lid, 2° van besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten. In die optiek vormt de lijst van uitgesloten diensten slechts een verduidelijking van diensten die in geen geval ondernemerschapsbevorderend kunnen zijn, en bijgevolg niet in aanmerking komen voor steun, zonder dat hierdoor verkregen rechten zouden kunnen worden aangetast.”

⁴ Het betreft de procedure 231.560/XIV-38.456, *bvba Insightsworld t. Vlaams Gewest*. Tegen het wijzigend ministerieel besluit van 9 juli 2021 werd geen vernietigingsberoep ingesteld.

4.2. Er kan begrip worden opgebracht voor het streven van de Vlaamse Regering om een eerdere bij ministerieel besluit vastgestelde regeling die door de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, onwettig wordt bevonden of – zoals in het voorliggende geval – mogelijk onwettig zou kunnen worden bevonden, hangende het geding voor deze laatste al retroactief te vervangen door middel van een besluit van de Vlaamse Regering, teneinde op die wijze te verhelpen aan de onbevoegdheid van de minister zoals die werd opgeworpen door de auditeur, belast met het onderzoek van het vernietigingsberoep. Er zou kunnen worden aangenomen dat de overheid, hangende het vernietigingsberoep en binnen de grenzen van de uitvoering van een eventueel vernietigingsarrest, proactief corrigeert wat door de rechter riskeert vernietigd te worden.⁵

Niettemin blijkt uit de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving dat van dergelijke werkwijze niet licht en onvoorwaardelijk gebruik kan worden gemaakt. Zo merkte de afdeling Wetgeving reeds in advies 27.215/3 van 18 december 1997⁶ het volgende op:

“Het intrekken van een besluit dat door een annulatieberoep is bestreden, en het terzelfdertijd invoeren, met terugwerkende kracht, van een regeling die in essentie hetzelfde voorwerp heeft, komt neer op een inmenging van het bestuur in een hangend geding. Aan de annulatierechter wordt immers de mogelijkheid ontnomen om zich nog over de betwiste regeling uit te spreken. Te dezen blijkt uit de motivering van het spoedeisend karakter van de adviesaanvraag dat dit effect ook uitdrukkelijk beoogd wordt.

De retroactieve wederinvoering van een betwiste regeling kan in dergelijke gevallen slechts als wettig beschouwd worden, als er uitzonderlijke omstandigheden zijn die zulks redelijkerwijze kunnen verantwoorden.⁷

Te dezen is door de gemachtigde ambtenaar de volgende verantwoording gegeven:

‘Deze inwerkingtreding met terugwerkende kracht is belangrijk met het oog op het garanderen van de continuïteit en de rechtszekerheid. Immers, inmiddels hebben de ziekenhuizen die structureel onderbezet waren op 1 oktober 1997, deze onderbezette bedden moeten inleveren (artikelen 16, 18bis en 21 van het koninklijk besluit van 30 januari 1989, zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 6 mei 1997). Wanneer het besluit niet met terugwerkende kracht wordt genomen, betekent dit dat ziekenhuizen die, omwille van

⁵ Een gelijkaardige binding tussen wat de overheid en de annulatierechter alsnog vermogen te doen maakt trouwens een vast onderdeel uit van de rechtspraak die de afdeling Bestuursrechtspraak heeft ontwikkeld bij het beoordelen van de toelaatbaarheid van de intrekking van bepaalde bestuurshandelingen (zie in dat verband o.m. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, nr. 1189, p. 1060-1063, en de door deze auteurs aangehaalde rechtspraak).

⁶ Adv.RvS 27.215/3 van 18 december 1997 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 21 januari 1998 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 30 januari 1989 houdende vaststelling van aanvullende normen voor de erkenning van ziekenhuizen en ziekenhuisdiensten alsmede tot nadere omschrijving van de ziekenhuisgroeperingen en van de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen’, algemene opmerking nr. 2, *Belgisch Staatsblad* 7 maart 1998, p. 6206-6207). Een gelijkaardige redenering komt ook in andere adviezen van de afdeling Wetgeving voor. Zie bvb. adv.RvS 31.118/3 van 10 juli 2001 over een ontwerp dat heeft geleid tot het ministerieel besluit van 4 oktober 2001 ‘houdende wijziging van het ministerieel besluit van 2 augustus 1986 houdende bepaling van de voorwaarden en regelen voor de vaststelling van de verpleegdagprijs, van het budget en de onderscheidene bestanddelen ervan, alsmede van de regelen voor de vergelijking van de kosten en voor de vaststelling van het quotum van verpleegdagen voor de ziekenhuizen en ziekenhuisdiensten’, Algemene opmerkingen, nr. 2.

⁷ Voetnoot (1) in het geciteerde advies: Arbitragehof, 4 april 1995, nr. 30/95, overw. B.14.

onderbezetting op 1 oktober 1997 bedden moesten inleveren, een schadevergoeding zouden kunnen vragen omdat deze beslissing genomen werd op grond van een inmiddels vernietigd besluit.

Anderzijds zijn reeds vele ziekenhuizen met minder dan 150 bedden of ziekenhuizen die niet beschikten over de vereiste basisdiensten en/of basisfuncties, overgegaan tot (verplichte) fusie.⁷

Het komt de Raad van State voor dat de continuïteit inderdaad een wettig doel zou zijn voor een retroactiviteit die het herstel beoogt van de louter formele gebreken van een regeling die op het terrein tot ingrijpende ontwikkelingen aanleiding geeft.

Voor de wettigheid van de retroactiviteit van een regeling volstaat het niet dat die retroactiviteit een wettig doel nastreeft. Vereist is bovendien dat de aantasting van het grondbeginsel van de rechtszekerheid, die het gevolg is van de retroactiviteit, niet onevenredig is met het nagestreefde doel.⁸

Te dezen herneemt de ontworpen regeling grotendeels bepalingen die, tot op het ogenblik waarop het koninklijk besluit van 6 mei 1997 ingetrokken zal zijn, uitwerking gehad hebben. De aan die regeling onderworpen rechtssubjecten zullen door de ontworpen bepalingen dus niet verrast worden. Bovendien wordt, door het opschuiven van de data waarop aan de minimumvereisten voldaan moet worden, de gestrengheid van de oorspronkelijke regeling zelfs enigszins afgezwakt.⁹

De eventuele terugwerkende kracht van de ontworpen regeling zou aldus eveneens verenigbaar zijn met het evenredigheidsbeginsel.

Het staat de stellers van het ontwerp in die omstandigheden derhalve vrij om artikel 24 te vervangen door een bepaling die aan het ontworpen besluit terugwerkende kracht verleent.”

4.3. De redenering die is ontwikkeld in het aangehaalde advies 27.215/3 van 18 december 1997 kan nog steeds worden betrokken op de heden om advies voorgelegde regeling.¹⁰ Er blijkt om te beginnen uit dat de in het ontwerp voorgestane werkwijze behoorlijk zal moeten kunnen worden verantwoord. Uit de nota aan de Vlaamse Regering zijn wat dat betreft onvoldoende elementen te halen.¹¹ Wel refereert de gemachtigde in zijn toelichting aan de noodzaak om de goede werking en de continuïteit van de openbare dienst te verzekeren. Deze laatste elementen zouden blijkens het aanhaalde advies 27.215/3 weliswaar een wettig doel kunnen uitmaken die de retroactiviteit van de ontworpen regeling kunnen verantwoorden, maar

⁸ Voetnoot (2) in het geciteerde advies: Rdpl. Arbitragehof, 5 juli 1990, nr. 25/90, overw. 8.B.7.2; Arbitragehof, 22 november 1990, nr. 36/90, overw. 2.

⁹ Voetnoot (3) in het geciteerde advies: Ziekenhuizen die zich tijdig geschikt hebben naar de bepalingen van het koninklijk besluit van 6 mei 1997, lijken in het opschuiven van de bedoelde data een grond te kunnen vinden om aan te voeren dat hun rechten of belangen op onaanvaardbare wijze aangetast worden.

¹⁰ Ook al zijn er sindsdien, wat de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State betreft, bepaalde wijzigingen doorgevoerd op het vlak van de bevoegdheid en de procedure. Zo is er nu de mogelijkheid dat de Raad van State onder bepaalde voorwaarden een schadevergoeding tot herstel toekent ingeval het voorwerp van een vernietigingsberoep verloren gaat als gevolg van de intrekking ervan (RvS, Alg.Vergad., nr. 245.028 van 28 juni 2019, *Ville de Lessines*).

¹¹ De verantwoording van de retroactiviteit in de nota aan de Vlaamse Regering is bijzonder summier: er wordt enkel verwezen naar “de goede en kwalitatieve werking van de KMO-portefeuille” en de “rechtszekerheid”.

dan is wel vereist dat de noodzaak om op die elementen een beroep te doen voldoende wordt onderbouwd.¹²

Vraag is of de argumenten die wat dat betreft door de gemachtigde worden aangehaald van aard zijn om naar behoren aan te tonen dat de voorgestane werkwijze effectief noodzakelijk is voor het waarborgen van de goede werking en de continuïteit van de openbare dienst. De in te trekken regeling komt er in essentie immers op neer dat ondernemingen die bepaalde diensten aanbieden van subsidiëring worden uitgesloten en er valt niet goed in te zien waarom de gevolgde werkwijze noodzakelijk is indien er toch van moet worden uitgegaan dat – zoals de gemachtigde het uitdrukt – de lijst van uitgesloten diensten slechts “een verduidelijking van diensten” uitmaakt en enkel een “concrete toepassing” vormt van hetgeen eigenlijk reeds uit artikel 9 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 zou voortvloeien.

De stellers van het ontwerp doen er goed aan om er zich van te vergewissen of, indien zij een beroep wensen te doen op de noodzaak om de goede werking en de continuïteit van de openbare dienst te verzekeren om ermee de in het ontwerp voorgestane werkwijze mee te verantwoorden, die noodzaak naar behoren kan worden onderbouwd. Indien dit niet het geval is, zullen de voorgestane werkwijze en de retroactiviteit welke deze impliceert, niet kunnen worden behouden, in welk geval het om advies voorgelegde ontwerp van besluit grondig zal moeten worden herwerkt. De hierna volgende opmerkingen moeten met dat voorbehoud worden gelezen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

5. Het opschrift van een normatieve tekst moet weliswaar nauwkeurig en volledig zijn, maar tegelijk beknopt.¹³ Het belemmert de identificatiefunctie en de praktische bruikbaarheid van een opschrift indien – zoals in het voorliggende geval – in het opschrift wordt weergegeven welke teksten zoal worden gewijzigd of ingetrokken, maar het opschrift daardoor onredelijk lang wordt. *In casu* zou de opsomming van teksten die worden gewijzigd of ingetrokken beter worden vervangen door een autonome omschrijving van de ontworpen regeling.¹⁴

¹² Wat het eveneens in advies 27.215/3 vermelde evenredigheidsbeginsel betreft, lijkt – gelet op de parallelle draagwijdte van de ontworpen regeling die in de plaats komt van de regeling, vervat in de in trekken bepalingen van de betrokken ministeriële besluiten – de in dat advies weergegeven redenering te kunnen worden gevolgd.

¹³ Omzendbrief VR 2019/4 ‘betreffende de Wetgevingstechniek’, aanwijzing 50, 3°: “Geef het onderwerp van de tekst in zo weinig mogelijk woorden weer. Op die manier voorkomt u dat de lezer in de war raakt door een lang opschrift waaruit hij het juiste onderwerp van de tekst niet kan afleiden.”

¹⁴ Dit zal niet steeds mogelijk zijn, rekening houdend met de gediversifieerde draagwijdte die een regeling eventueel zal hebben. In het voorliggende geval lijkt, afgaande op de omschrijving van de strekking onder randnummer 2 van dit advies, een autonoom opschrift toch wel doenbaar te zijn.

Artikel 1

6. In de ontworpen bepaling onder artikel 1, 2°, van het ontwerp, wordt aan de minister de bevoegdheid verleend om de lijst, vermeld in het eerste lid, 5° (niet: “vermeld in punt 5°”), te wijzigen “conform het begrip ondernemerschapsbevorderende diensten, als vermeld in artikel 9, eerste lid, 2°, en gelet op de beleidsprioriteiten”.

Delegaties van verordenende bevoegdheden aan een minister dienen van bijkomstige of detailmatige aard te zijn opdat deze in overeenstemming zouden kunnen worden geacht met de beginselen die in het Belgisch publiek recht de verhouding tussen de onderscheiden staatsmachten beheersen. Dat impliceert onder meer dat de betrokken bevoegdheidsdelegaties dermate afgebakend moeten zijn dat het vaststellen van de essentie van de regeling bij de Vlaamse Regering blijft.

Eén van de middelen in het reeds genoemde beroep tot nietigverklaring betreft de toelaatbaarheid van een gelijkaardige delegatieregeling die de minister toestaat om de desbetreffende lijst, zoals die is vastgesteld door de Vlaamse Regering, te wijzigen.

De afdeling Wetgeving onthoudt er zich van om een standpunt in te nemen ten aanzien van de delegatieregeling die gelijkaardig is als die welke het voorwerp uitmaakt van één van de middelen in het hangende vernietigingsberoep. In het licht van wat voorafgaat, doen de stellers van het ontwerp er evenwel goed aan om na te gaan of de ontworpen delegatiebepaling onder artikel 1, 2°, van het ontwerp, wel te verenigen valt met hetgeen is opgemerkt over de toelaatbaarheid van delegaties van verordenende bevoegdheden aan een minister en of *in casu* een meer rechtszekere handelwijze er niet in zou bestaan om de delegatie aan de minister om de betrokken lijst te wijzigen uit het ontwerp te lichten en die bevoegdheid bij de Vlaamse Regering te laten.

Artikelen 4 tot 7

7. Met betrekking tot deze bepalingen kan worden volstaan met een verwijzing naar de algemene opmerking.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME