



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 66.341/3
van 10 juli 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende
een vijfjarige subsidieregeling ter bevordering van de
hinterlandconnectiviteit van de Vlaamse zeehavens via
bundeling van binnenvaartvolumes’

Op 7 juni 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Mobiliteit, Openbare Werken, Vlaamse Rand, Toerisme en Dierenwelzijn verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende een vijfjarige subsidieregeling ter bevordering van de hinterlandconnectiviteit van de Vlaamse zeehavens via bundeling van binnenvaartvolumes’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 2 juli 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Peter SOURBRON en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 juli 2019.

*

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.

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de regering op het feit dat de verkiezingen van 26 mei 2019 tot gevolg hebben dat de regering sedert die datum en totdat een nieuwe regering is verkozen, niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe een vijfjarige subsidieregeling in te stellen met het oog op de bevordering van de hinterlandconnectiviteit van de Vlaamse zeehavens via de bundeling van het transport per binnenvaartschip binnen of buiten het havengebied. De regeling is enkel van toepassing op de havengebieden van Antwerpen en Gent (artikel 1, 2°, van het ontwerp). De steun wordt toegekend aan een ‘hub’, zijnde een containerterminal waar containers uitgewisseld worden tussen binnenvaartschepen met een tussentijdse opslag op de stack of waar containers gelost of geladen worden van of op een binnenvaartschip, gekoppeld aan een intern haventransport met een alternatieve modus.

Hoofdstuk 2 van het ontwerp voorziet in ondersteuning voor de consolidatie van containervolumes binnen het havengebied. Elke hub binnen het havengebied die het Havenbedrijf Antwerpen en het departement Mobiliteit en Openbare Werken hebben geselecteerd op basis van een marktbevraging, komt in aanmerking voor een subsidie (artikel 2). Het subsidiebedrag wordt bepaald per ‘move’, zijnde een los- of laadbeweging van een container op een binnenvaartschip via de kade of een los- of laadbeweging van een container via de kade naar een andere vervoersmodus, rekening houdend met het businessplan van de hub en met het vaste bedrag dat het departement en het havenbedrijf Antwerpen periodiek bepalen en dat de hub per move aanreken aan de binnenvaartoperator (artikel 3).

Hoofdstuk 3 van het ontwerp voorziet in ondersteuning voor de consolidatie van containervolumes buiten het havengebied. Elke hub buiten het havengebied die de havenbedrijven en het departement op basis van een marktbevraging hebben geselecteerd, komt in aanmerking voor een subsidie (artikel 6). Het subsidiebedrag wordt op dezelfde wijze bepaald als de subsidie voor de consolidatie van containervolumes binnen het havengebied (artikel 7).

Hoofdstuk 4 regelt onder meer de toekenningsprocedure, bepaalt het maximale steunplafond en bevat diverse bepalingen die betrekking hebben op het Europeesrechtelijke kader inzake staatssteun (artikelen 10 en 11).

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 mei 2019 en treedt buiten werking op 31 oktober 2023 (artikel 12).

4. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 35*bis* van het decreet van 2 maart 1999 ‘houdende het beleid en het beheer van de zeehavens’¹ op basis waarvan de Vlaamse Regering “onder voorbehoud van goedkeuring door de Europese Commissie, binnen de perken van de kredieten die daarvoor beschikbaar zijn op de begroting, subsidies [kan] verlenen aan ondernemingen die de hinterland-connectiviteit van de Vlaamse zeehavens structureel verbeteren door de massificatie van het goederenvervoer per binnenschip en per spoor te stimuleren en de volumes beter te bundelen”. Naar luid van het tweede lid van deze decreetsbepaling bepaalt de Vlaamse Regering de nadere regels inzake de subsidies.

VORMVEREISTEN

5.1. De ontworpen regeling vormt staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De Europese Commissie heeft bij beslissing C(2018) 7116 van 24 oktober 2018² geoordeeld “geen bezwaar te maken tegen de aangemelde steunregeling op grond van het feit dat deze verenigbaar is met de interne markt ingevolge artikel 93 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”.

Gevraagd om te bevestigen dat het voorliggende ontwerp identiek is aan het ontwerp dat werd aangemeld bij de Europese Commissie, verklaarde de gemachtigde:

“In de staatssteunprocedure werden zogenaamde ‘ontwerpteksten in een vergevorderd stadium’ aan de Europese Commissie voorgelegd. Deze ontwerpteksten zijn naderhand inhoudelijk en vormelijk nog verder verfijnd tot de huidige besluiten van de Vlaamse Regering die aan de Raad van State zijn overgemaakt. Er moet benadrukt worden dat elke aanpassing aan de initiële ontwerpteksten binnen het goedgekeurde staatssteunkader past en geen impact zou hebben gehad op de beoordeling van de Europese Commissie op de aangemelde steunregeling.”

5.2. De Raad van State merkt op dat de beslissing van de Europese Commissie van 24 oktober 2018 ervan uitgaat dat de “helft van het totale steunbedrag wordt verstrekt door het Vlaamse Gewest” en “de andere helft van de financiering van de maatregel wordt verstrekt door

¹ Ingevoegd bij artikel 26 van het decreet van 26 april 2019 ‘houdende diverse bepalingen over het mobiliteitsbeleid, de openbare werken en het vervoer, het verkeersveiligheidsbeleid en VVM - De Lijn’. Deze bepaling is in werking getreden op 4 juli 2019.

² Zie http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/275891/275891_2026101_168_2.pdf. De beslissing van de Europese Commissie betreft een ‘structurele steunmaatregel ter vermindering van het kostennadeel van het bundelen van volumes die per spoor/binnenschip van en naar Vlaamse zeehavens worden vervoerd ter bevordering van een modal shift’.

de drie havenbedrijven”³. Bovendien wordt inzake de steunregeling voor de binnenvaart gewag gemaakt van “verschillende steunbedragen per container, afhankelijk van het jaar waarin (alle steunbedragen zijn degressief) en de plaats waar de consolidatie zal plaatsvinden”⁴. Deze uitgangspunten blijken evenwel niet uitdrukkelijk uit het ontwerp zelf, zodat de Raad van State niet kan nagaan of ze nog steeds actueel zijn. Het komt uiteindelijk enkel aan de Europese Commissie en finaal aan het Hof van Justitie toe om te beoordelen of de (gewijzigde) steunmaatregelen verenigbaar zijn met de interne markt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

6.1. Het begrip “havengebied” omvat volgens artikel 1, 2°, van het ontwerp “het havengebied van Antwerpen en het havengebied van Gent, vermeld in artikel 2, 5° en 6°, van het decreet van 2 maart 1999”. Enkel aan het Havenbedrijf Antwerpen wordt een rol toebedeeld voor het selecteren van de hubs die voor subsidie in aanmerking komen, het bepalen van het subsidiebedrag en het sluiten van een overeenkomst met de hubs over de “verdere modaliteiten” voor de toekenning van de subsidies (artikelen 2, 3, 7 en 10).

6.2. Gevraagd naar een verantwoording voor de bijzondere behandeling van het havengebied van Antwerpen, in het licht van het grondwettelijk beginsel van gelijke behandeling en niet-discriminatie en van artikel 35*bis* van het decreet van 2 maart 1999 dat de mogelijkheid biedt om in beginsel voor alle Vlaamse zeehavens⁵ subsidies toe te kennen aan ondernemingen die de hinterlandconnectiviteit structureel verbeteren, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“M.b.t het aspect ‘(on)gelijke behandeling van zeehavens’:

- a) Verschillende geografie en verschillende economische aard van elke Vlaamse zeehaven
 - De haven van Oostende valt de facto buiten de ontworpen steunregeling omdat de haven niet over een binnenvaartontsluiting beschikt.
 - De ontsluiting van de haven van Zeebrugge via binnenvaart is beperkt.
 - De haven van Gent heeft geen maritieme diepzeeterminals voor containervervoer
- b) In het staatssteundossier moest de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de steunmaatregel worden aangetoond.
 - De steunregeling is ten aanzien van de Europese Commissie verantwoord door aan te tonen dat een doelgericht subsidieprogramma zou leiden tot het terugbrengen van de externe kosten en het uitschakelen van het risico van een ‘*reverse modal shift*’. Deze visie kon enkel wetenschappelijk onderbouwd worden voor containerstromen met oorsprong en bestemming

³ Randnummer 24 van de beslissing C(2018) 7116 van 24 oktober 2018.

⁴ Randnummer 33 van de beslissing C(2018) 7116 van 24 oktober 2018.

⁵ Artikel 2 van het decreet van 2 maart 1999 ‘houdende het beleid en het beheer van de zeehavens’ vermeldt als zeehaven de havengebieden van Antwerpen, Gent, Brugge-Zeebrugge en Oostende.

in het havengebied Antwerpen (nl. kosten van oa. congestie werden tegenover de baten van het vervoer per binnenschip naar het achterland afgewogen). Andere havens hebben niet te lijden onder dezelfde congestieproblematiek, waardoor de scope van het binnenvaartproject beperkt werd tot Antwerpen.

Indien de Raad van State dit wenst, kan de methodiek achter deze externe kostenberekening nog verder worden toegelicht.

- c) Eigen beleidskeuzes van de Vlaamse havenbedrijven
 - o Oostende, Gent en Zeebrugge hebben er zelf voor gekozen om niet deel te nemen aan het binnenvaartproject.”

6.3. Zoals uit bovenstaande verantwoording kan worden afgeleid, heeft de ontworpen steunregeling enkel betrekking op het havengebied van Antwerpen. De gemachtigde heeft dan ook bevestigd dat het begrip “havengebied” in artikel 1, 2°, van het ontwerp moet worden beperkt tot het havengebied van Antwerpen en dat in artikel 6, eerste lid, van het ontwerp “het Havenbedrijf Antwerpen” moet worden geschreven in plaats van “de havenbedrijven”. Voor het overige veronderstelt de beoordeling van de door de gemachtigde verschaftte verantwoording feitelijke kennis waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet beschikt.

7.1. Naar luid van artikel 2 van het ontwerp selecteren het Havenbedrijf Antwerpen en het departement Mobiliteit en Openbare Werken de hubs die voor subsidies in aanmerking komen. De artikelen 3 en 7 van het ontwerp schrijven voor dat de subsidiebedragen worden bepaald, onder meer rekening houdend met het “vaste bedrag dat het departement en het Havenbedrijf Antwerpen periodiek bepalen en dat de hub per move aanreken aan de binnenvaartoperator”. Het subsidiebedrag per move wordt opgenomen in een overeenkomst tussen de hub, het departement en het Havenbedrijf Antwerpen. Overeenkomstig artikel 10 van het ontwerp worden de “[v]erdere modaliteiten” opgenomen in dezelfde overeenkomst.

De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat belangrijke aspecten van de subsidieregeling worden vastgesteld door de naamloze vennootschap van publiek recht Havenbedrijf Antwerpen en het departement. Ook worden de subsidiebedragen niet bij besluit, maar in een overeenkomst vastgelegd.

7.1.1. Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt om praktische redenen en voor zover zij een zeer beperkte of een hoofdzakelijk technische en niet-beleidsmatige draagwijdte hebben, en er mag worden van uitgegaan dat de instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen of er toezicht op uitoefenen, ook het best geplaatst zijn om deze met kennis van zaken uit te werken.

7.1.2. Een delegatie van individuele beslissingsbevoegdheid aan ambtenaren en openbare instellingen zoals het geval is voor de selectie van de hubs die voor een subsidie in aanmerking

komen, wordt volgens vaste adviespraktijk enkel aanvaard, mits de grenzen van deze bevoegdheidsopdracht duidelijk worden aangegeven, bij voorkeur door te bepalen in welke omstandigheden van de opgedragen bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt, door de nodige criteria vast te leggen waardoor de ambtenaar of de instelling zich bij het uitoefenen van de gedelegeerde bevoegdheid zullen moeten laten leiden, en door de doeleinden te bepalen waarvoor die bevoegdheid mag worden gebruikt. Eventueel kan ook, ter vrijwaring van het beginsel van de eenheid van de uitvoerende macht en van de regel dat de ministers politieke verantwoording verschuldigd zijn aan het parlement, aan de minister de mogelijkheid geboden worden om de handelingen van de door hem aangewezen ambtenaar te herzien. In het geval van delegatie van individuele beslissingsbevoegdheid aan particuliere instanties, gelden deze beginselen des te meer, al was het maar omdat de juridische aanvechtbaarheid van de betrokken beslissingen in het gedrang kan komen.

7.1.3. Met betrekking tot het vaststellen van de subsidiebedragen bij overeenkomst, wordt opgemerkt dat tegen het beroep op een privaatrechtelijk procedé, eerder dan op een eenzijdig overheidsoptreden, op zich beschouwd geen juridisch bezwaar bestaat. Toch moet erop gewezen worden dat rechtsregels het voordeel bieden dat er bepaalde procedures en waarborgen aan verbonden zijn inzake de transparantie van de belangenafweging door de overheid (onder meer door de adviserings- en bekendmakingsverplichtingen) en inzake de rechtsbescherming tegen die rechtsregels.⁶ In het geval van individuele overeenkomsten liggen niet dezelfde waarborgen voor, zeker niet voor derden-belanghebbenden die mogelijkwijze aanspraak maken op een gelijkaardige subsidiëring.

De gemachtigde heeft de volgende toelichting verschaft bij de wijze waarop de subsidiebedragen zullen worden vastgesteld:

“a) De aard van de subsidieregeling (zie verder bij antwoord b)) heeft tot gevolg dat het bepalen van een subsidiebedrag dat voor elke begunstigde hetzelfde is, niet mogelijk is. Bijgevolg kan een concreet subsidiebedrag niet in het uitvoeringsbesluit worden opgenomen.

Echter, er moet benadrukt worden dat het uiteindelijke subsidiebedrag niet arbitrair tot stand komt, maar per begunstigde werd vastgesteld door personen met het meeste technische expertise (nl. personeelsleden van het Havenbedrijf Antwerpen en ambtenaren van MOW), na een neutrale en voor alle marktpartijen toegankelijke bevraging. Dit subsidiebedrag wordt vermeld in de overeenkomst tussen de begunstigde ‘hub-terminal’, het Havenbedrijf Antwerpen en de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken. De contracten worden voor het Vlaams Gewest ondertekend door de bevoegde minister en zullen vooraf worden voorgelegd aan de Inspecteur van Financiën.

Indien de Raad van State dit wenselijk acht, kan in het uitvoeringsbesluit worden opgenomen dat de ondertekening van de contracten gebeurt door de bevoegde minister in plaats van de formulering ‘[dat] (...) het departement de overeenkomst sluit...’.

b) Om de gelijke behandeling van alle kandidaat-begunstigden te garanderen, werd een marktbevraging gehouden om 2 ‘hub-terminals’ in de haven van Antwerpen en 7 ‘inland-hubs’ op de belangrijkste nationale en internationale vaarroutes te selecteren

⁶ M. VAN DAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Gent, Larcier, 2010, 97.

(‘Marktbevraging’ voor de selectie van terminals voor de uitwerking van consolidatiehubs voor containerbinnenvaart in het havengebied en het achterland van de Haven van Antwerpen’).

Er moet rekening gehouden worden met de individualiteit van elke hub. Elke hub heeft immers een ander businessmodel en andere kosten (bv. ligging terminal, afstand vaarroute tot maritieme terminals, type materieel om binnenschepen te behandelen [denk aan kranen, overslagmateriaal e.d.], gemiddelde calls, gemiddeld aantal behandelde containers per shift, grote verschillen van arbeidskosten binnen en buiten havengebied...)... Om het subsidiebedrag te berekenen, wordt voor elke begunstigde dezelfde formule toegepast. Namelijk:

Subsidiebedrag = het contractueel vastgesteld tarief voor behandeling (= het overslagtarief voor 2 binnenvaartmoves) – een vaste gebruikersvergoeding (= het bedrag dat de gebruiker [binnenvaartoperator] van de consolidatiehub dient te betalen voor een los- en laadbeweging op de consolidatiehub).

Er is dus geen gelijk subsidiebedrag, maar wel een gelijke behandeling op niveau van businessmodellen.

Indien de Raad van State dit wenselijk acht, kan in het uitvoeringsbesluit worden opgenomen dat de begunstigden gelijk worden behandeld.

c) De subsidiebedragen worden momenteel niet bekendgemaakt. Indien de Raad van State dit wenselijk acht, kan in het uitvoeringsbesluit worden opgenomen dat het subsidiebedrag per move voor elke hub openbaar wordt gemaakt via de website van MOW. Er moet echter opgemerkt worden dat de begunstigde terminals zich steeds sterk hebben verzet tegen het publiek kenbaar maken van de subsidiebedragen, omdat concurrenten hier commerciële informatie uit zouden kunnen distilleren.”

Met deze voorstellen kan worden ingestemd. Daarenboven kan worden overwogen om ook de sub b) vermelde berekeningsformule op te nemen in de tekst van het te nemen besluit.

Artikel 1

8. Bij de begripsomschrijving van ‘hub’ (artikel 1, 3°) is sprake van een “intern haventransport met een alternatieve modus”. Aangezien de hubs de begunstigde zijn van de subsidies, is het voor een rechtszekere toepassing van de ontworpen regeling raadzaam om nader te omschrijven wat onder een “intern haventransport met een alternatieve modus” precies verstaan moet worden.

Artikel 12

9.1. Artikel 12 van het ontwerp bepaalt dat het te nemen besluit uitwerking heeft met ingang van 1 mei 2019.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt over de terugwerkende kracht het volgende uiteengezet:

“Artikel 12 voorziet dat het Besluit van de Vlaamse Regering betreffende een vijfjarige subsidieregeling ter bevordering van het binnenvaartvervoer door het bundelen van volumes retroactief in werking treedt vanaf 1 mei 2019.

Het Havenbedrijf Antwerpen is immers al op 5 november 2018 van start gegaan met het steunprogramma, op een moment dat het decreet van 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens nog geen aanknopingspunten bood om steun te verlenen aan ondernemingen die de hinterlandconnectiviteit structureel verbeteren door het verdichten van ladingstromen. Het Havenbedrijf draagt de volledige kosten van het steunprogramma zolang het Vlaamse Gewest niet over het noodzakelijk regelgevend kader beschikt (decretale basis en uitvoeringsbesluit). Aangezien beide partners voor de start van het project de afspraak hadden gemaakt om elk 50% van het steunbedrag voor zijn rekening te nemen, wenst het Vlaams Gewest die afspraak zo snel mogelijk na te komen.”

9.2. Artikel 35*bis* van het decreet van 2 maart 1999 is in werking getreden op 4 juli 2019. Aangezien uitvoeringsbepalingen geen rechtsgevolgen kunnen teweegbrengen vóór de inwerkingtreding van de rechtsgrondbiedende decreetsbepaling, kan het te nemen besluit ten vroegste uitwerking hebben met ingang van 4 juli 2019.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT