



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 62.957/3
van 12 maart 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot uitvoering van het klimaatplan met betrekking tot de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’

Op 8 februari 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot uitvoering van het klimaatplan met betrekking tot de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 1 maart 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 maart 2018.

*

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 VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering is een aangepaste versie van het ontwerp waarover de Raad van State op 29 december 2017 advies 62.591/3 heeft gegeven.¹ Het ontwerp strekt tot het instellen van een subsidie in natura onder de vorm van een energieprestatiediagnose, die door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden (hierna: het Fonds) wordt toegekend aan aanbieders van zorg- en dienstverlening in het kader van persoonsgebonden aangelegenheden. De energieprestatiediagnose wordt aangevraagd met het oog op een kortetermijnproject (met een terugverdientijd van ten hoogste vijf jaar) betreffende minstens één gebouw, dat uiterlijk binnen drie jaar na de oplevering van de energieprestatiediagnose moet worden gerealiseerd. Anders dan de vorige versie van het ontwerp bestaat de subsidie niet langer uit een geldsom die ten goede komt aan de deskundige die de energieprestatiediagnose uitvoert, maar uit een prestatie in natura in de vorm van de energieprestatiediagnose zelf. Het Vlaamse Energiebedrijf treedt hierbij op als dossierbehandelaar en als aankoopcentrale voor de uit te voeren energieprestatiediagnoses.

Het ontwerp regelt de voorwaarden voor de toekenning van de subsidie in natura (artikel 2) en verduidelijkt dat de steunmaatregel onder de *de-minimis*verordening voor diensten van algemeen economisch belang² valt (artikel 3). De aanvraag wordt samen met de nodige stukken ingediend bij het Vlaams Energiebedrijf (artikelen 4 en 5), dat de aanvraag onderzoekt, dat een ontwerp van beslissing opstelt en voorlegt aan het Fonds, en dat de beslissing van het Fonds aan de aanvrager meedeelt (artikel 6). Het ontwerp regelt ook nog een aantal verplichtingen van de aanvrager na de oplevering van de energieprestatiediagnose en de aanvang van de werkzaamheden (artikel 7).

Het te nemen besluit treedt in werking op (lees: heeft uitwerking met ingang van) 1 januari 2017 (artikel 8).

¹ Adv.RvS 62.591/3 van 29 december 2017 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot uitvoering van het klimaatplan met betrekking tot de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’.

² Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op *de-minimis*steun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen’.

RECHTSGROND

3.1. Blijkens de aanhef wordt de rechtsgrond voor het ontworpen besluit thans gezocht in:

- artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering);
- artikel 8 van het decreet van 2 juni 2006 ‘tot omvorming van het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden tot een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, en tot wijziging van het decreet van 23 februari 1994 inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’;
- de artikelen 8.3.1, 4°, en 8.4.1, 4°, van het Energiedecreet van 8 mei 2009;
- artikel 4, § 2, van het decreet van 15 juli 2011 ‘houdende machtiging tot oprichting van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap NV Vlaams Energiebedrijf’.

Daarmee wordt ingegaan op de volgende opmerkingen die de Raad van State in advies 62.591/3 had geformuleerd:

“3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt blijkens de aanhef gezocht in artikel *7bis* van het decreet van 23 februari 1994 ‘inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’ en in artikel 14, § 5, van het decreet van 13 juli 2012 ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de tweede aanpassing van de begroting 2012’, gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering (artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’).

3.1. Artikel 14, § 5, van het decreet van 13 juli 2012 heeft betrekking op de aanwending van de inkomsten van het Vlaams Klimaatfonds. Nog afgezien van het gegeven dat het gaat om een begrotingsbepaling die op zichzelf beschouwd geen rechtsgrond kan bieden voor een reglementair besluit, is er geen rechtstreeks verband tussen de ontworpen diagnosesubsidie en het Vlaams Klimaatfonds, hetgeen door de gemachtigde wordt beaamd:

‘De middelen van het Klimaatfonds werden overgeheveld naar het VIPA in uitvoering van het eerste punt (de uitvoering van intern Vlaams klimaatbeleid met het oog op het behalen van de Vlaamse broeikasgasemissiereductiedoelstellingen). Bij nader inzien is deze bepaling meer van belang voor de overdracht van die middelen tussen het Klimaatfonds en het VIPA en minder voor de aanwending van die middelen door het VIPA.’

3.2. Op grond van artikel *7bis* van het decreet van 23 februari 1994 kan de Vlaamse Regering de wijze van toekenning en uitbetaling, de voorwaarden en het bedrag bepalen van ‘alternatieve vormen van investeringssubsidies’ aan ‘aanvragers die een rechtstreekse of onrechtstreekse investering doen conform het goedgekeurde masterplan, overeenkomstig de bouwfysische, technische en kwalitatieve normen zoals bepaald door de Vlaamse Regering en passende in de programmatie’.

De term ‘investeringssubsidie’ wordt in artikel 2, 5°, van het decreet van 23 februari 1994 gedefinieerd als een ‘subsidie als rechtstreekse of onrechtstreekse bijdrage in de kostprijs of de financiering van de investering door een aanvrager,

overeenkomstig de bepalingen van dit decreet'. De term 'investering' wordt in artikel 2, 2°, van hetzelfde decreet gedefinieerd als de 'kosten voor bouw-, uitbreidings- en verbouwingswerkzaamheden, aankoop van infrastructuur, uitrusting of apparatuur, met uitzondering van de aankoop van grond'. De vraag rijst dan ook of de ontworpen diagnosesubsidie, die enkel de kostprijs van de energieprestatiediagnose dekt (zie artikel 3, eerste lid, van het ontwerp), wel kan worden ingepast in artikel 7*bis* van het decreet van 23 februari 1994, aangezien de diagnosesubsidie geen betrekking heeft op investeringen.

De gemachtigde meende dat dat wel het geval is:

'De diagnosesubsidie is een onrechtstreekse subsidiëring van werkzaamheden. De diagnose per gebouw van de mogelijke werkzaamheden met de meerwaarde die zij kunnen opleveren, is de eerste stap voor de investering in infrastructuur (vgl. de opmaak van de bouwplannen door een architect). De diagnosesubsidie wordt verleend onder de voorwaarde dat de werkzaamheden met een terugverdientijd van minder dan 5 jaar worden gerealiseerd. Die werkzaamheden moeten dus noodzakelijk volgen, anders wordt de subsidie teruggevorderd.'

De Raad van State kan zich niet bij die zienswijze aansluiten. De omstandigheid dat de gesubsidieerde energieprestatie gevolgd moet worden door werkzaamheden die zelf wel beschouwd kunnen worden als investeringen in de zin van artikel 2, 2°, van het decreet van 23 februari 1994, betekent niet dat de diagnosesubsidies als dusdanig rechtsgrond kunnen vinden in artikel 7*bis* van dat decreet.

Daar komt nog bij dat de diagnosesubsidies overeenkomstig artikel 3, tweede lid, van het ontwerp rechtstreeks aan het Vlaams Energiebedrijf worden betaald en niet aan de aanvrager van de subsidies, terwijl artikel 7*bis* van het voormelde decreet bepaalt dat de investeringssubsidies aan de aanvragers ervan worden verstrekt.³ De stelling van de gemachtigde dat dit enkel een bepaalde invulling is van de wijze van uitbetaling, kan niet worden gevolgd, gelet op de duidelijke bewoordingen van de voormelde rechtsbepaling.

3.3. De conclusie is dan ook dat de in de aanhef vermelde decretale bepalingen geen rechtsgrond bieden voor het ontworpen besluit, ook niet gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid.

4. Er kan evenwel een principiële rechtsgrond worden gevonden voor het ontworpen besluit in het Energiedecreet van 8 mei 2009, namelijk in de artikelen 8.3.1, 4°, en 8.4.1, 4°. Bij die bepalingen wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om een steunprogramma op te stellen met tegemoetkomingen ten voordele van respectievelijk ondernemingen en (onder meer) niet-commerciële instellingen en publiekrechtelijke rechtspersonen voor het ondernemen van haalbaarheidsstudies voor de toepassing van energiezuinige producten, technieken en systemen of voor de toepassing van hernieuwbare energietechnologieën.⁴

³ Voetmoot 1 van het geciteerde advies: Ook de omstandigheid dat de term "investeringssubsidie" bij artikel 2, 5°, van dat decreet wordt gedefinieerd als een "rechtstreekse of onrechtstreekse bijdrage (...)" doet daaraan geen afbreuk. Blijkens de parlementaire voorbereiding was het de bedoeling om niet alleen rechtstreekse financiering van investeringen door de voorziening te subsidiëren, maar bijvoorbeeld ook beschikbaarheidsvergoedingen in het kader van DBFM-projecten (*Design, Build, Finance, Maintenance*) (*Parl.St.* VI.Parl. 2009, nr. 113/1, 8). Dat is nog iets heel anders dan het rechtstreeks subsidiëren van een andere entiteit dan de aanvrager voor een dienstverlening die dan bovendien nog voorafgaat aan een investering.

⁴ Voetmoot 2 van het geciteerde advies: De Raad van State beschikt niet over het vereiste technische inzicht in de precieze aard van de beoogde energieprestatiediagnoses om op sluitende wijze te kunnen uitmaken dat de in deze rechtsgrondbepalingen vermelde haalbaarheidsstudies daarmee overeenstemmen. Indien dat niet helemaal het geval

In zoverre bij het te nemen besluit taken worden opgelegd aan het Fonds, kan ervoor worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, gelezen in samenhang met artikel 8 van het decreet van 2 juni 2006 ‘tot omvorming van het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden tot een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, en tot wijziging van het decreet van 23 februari 1994 inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’.

In zoverre het nemen besluit taken inhoudt voor het Vlaamse Energiebedrijf, kan ervoor worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, gelezen in samenhang met artikel 4, § 2, eerste lid, van het decreet van 15 juli 2011 ‘houdende machtiging tot oprichting van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap NV Vlaams Energiebedrijf’.”

3.2. De omstandigheid dat de energieprestatiediagnose in de nieuw ontworpen regeling als een subsidie in natura wordt uitgewerkt, vergt weliswaar een ruime interpretatie van de term “tegemoetkomingen” in de artikelen 8.3.1, 4°, en 8.4.1, 4°, van het Energiedecreet van 8 mei 2009, maar zowel uit de tekst als uit de parlementaire voorbereiding van deze bepalingen kan worden afgeleid dat het de bedoeling was om de begunstigden van deze tegemoetkomingen onder meer acties te laten ondernemen die verband houden met rationeel energiebeheer.⁵ Het financieel karakter van die tegemoetkomingen lijkt daarbij geen wezenskenmerk te zijn; veeleer is bepalend dat met die tegemoetkomingen acties kunnen worden gerealiseerd die in dit geval zonder enige twijfel kunnen worden ingepast in de betrokken rechtsgrondbepalingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In advies 62.591/3 had de Raad van State vraagtekens geplaatst bij de verenigbaarheid met de regelgeving inzake overheidsopdrachten van de constructie waarbij het Vlaams Energiebedrijf optreedt als aankoopcentrale. Aangezien de nieuw ontworpen regeling inhoudt dat de betrokken voorzieningen de energieprestatiediagnose als een prestatie in natura ontvangen en bijgevolg zelf niet meer verantwoordelijk zijn voor de selectie van de deskundige, is het enkel het Fonds dat de energieprestatiediagnoses aankoopt bij het Vlaams Energiebedrijf. Deze aangepaste uitwerking, zoals ook nader toegelicht in de *bisnota* aan de Vlaamse Regering, lijkt verenigbaar met de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

5. De aanpassingen die zijn aangebracht in het ontwerp, onder meer wat betreft de overgang van financiële subsidies naar subsidies in natura, hebben tot gevolg dat een aantal elementen moeten worden geregeld die thans niet aan bod komen in het ontwerp.

5.1. In de eerste plaats lijkt een regeling te ontbreken inzake de kosten die het Vlaams Energiebedrijf maakt voor rekening van het Fonds. In de vorige versie van het ontwerp konden de subsidies aan het Vlaams Energiebedrijf ten dele worden beschouwd als de financiële vergoeding voor de diensten die het verleent. In de nieuwe versie fungeert het Vlaams Energiebedrijf enkel

zou zijn, kan een beroep worden gedaan op andere, ruimer geformuleerde onderdelen van de aangehaalde artikelen 8.3.1 en 8.4.1.

⁵ *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2165/1, 74 en 76-77.

als aankoopcentrale en als dossierbehandelaar, maar wordt niets bepaald over de kosten die het daarbij maakt.

5.2. In de tweede plaats ontbreekt een regeling inzake de terugvordering van de steun voor het geval dat de aanvrager de voorwaarden vermeld in artikel 2 van het te nemen besluit niet nakomt. Bij de uitwerking van de steun als een financiële subsidie, zoals in de vorige versie van het ontwerp, gelden daarbij de artikelen 11, eerste lid, en 13, 1°, 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’, zoals de Raad van State in advies 62.591/3 heeft uiteengezet. De opname in het ontwerp van een regeling inzake terugvordering was in dat geval overbodig en zelfs juridisch problematisch.

Anders is het evenwel voor de nieuw ontworpen regeling, die inhoudt dat het Fonds geen financiële subsidies geeft aan het Vlaams Energiebedrijf of aan de aanvrager, maar rechtstreeks de uitvoerder van de energieprestatiediagnose vergoedt. Indien de aanvrager de voorwaarden niet naleeft, is het mogelijk om de kosten te begroten die daardoor niet met goed gevolg werden besteed door het Fonds en die kosten te verhalen op de aanvrager, maar dat vergt een uitdrukkelijke regeling in het ontwerp. De regeling inzake de terugvordering van financiële subsidies in de voormelde wetsbepalingen zijn daarvoor niet dienend.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift van hoofdstuk 2

6. Hoofdstuk 2 draagt als opschrift “kortetermijnproject”. Dat opschrift is ongelukkig gekozen, aangezien de voorwaarden en de procedure vervat in dat hoofdstuk betrekking hebben op het verkrijgen van de subsidie in natura, namelijk de energieprestatiediagnose vermeld in artikel 1, 2°, van het ontwerp, en niet op het kortetermijnproject vermeld in artikel 1, 4°, van het ontwerp, namelijk de realisatie van de energiebesparende maatregelen met een terugverdientijd van maximaal vijf jaar die in die energieprestatiediagnose worden vermeld.

Artikel 6

7. In artikel 6 van het ontwerp ontbreekt een regeling van de formele beslissing van het Fonds. Er wordt gewag gemaakt van een ontwerpbeslissing die door het Vlaams Energiebedrijf wordt voorbereid (artikel 6, § 2, eerste lid) en van de mededeling van de eindbeslissing aan de aanvrager door het Vlaams Energiebedrijf (artikel 6, § 3), maar een regeling over de beslissing door het Fonds (eventueel met inbegrip van de mogelijkheid van het Fonds om al dan niet af te wijken van de ontwerpbeslissing), moet nog worden toegevoegd.

8. In artikel 6, § 3, van het ontwerp moet het woord “gemotiveerde” voor de woorden “negatieve beslissing” worden weggelaten. Het opleggen van een dergelijke motiveringsplicht is immers overbodig en misleidend. Het is overbodig omdat de beslissingen onder de toepassing

vallen van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de verplichting tot formele motivering reeds uit die wet voortvloeit. Het is misleidend omdat dergelijke bepalingen ten onrechte de indruk wekken dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks erin uitdrukkelijk wordt voorgeschreven.

Tenzij een verdergaande motiveringsplicht wordt beoogd dan diegene die voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991, in welk geval de draagwijdte ervan dient te worden omschreven, moet de ontworpen bepaling worden weggelaten.

Artikel 8

9. Het te nemen besluit treedt overeenkomstig artikel 8 in werking op (lees: heeft uitwerking met ingang van) 1 januari 2017. Die terugwerkende kracht is echter zinloos, aangezien het gaat om subsidies die in natura worden toegekend in de vorm van energieprestatiediagnoses, die niet met terugwerkende kracht kunnen worden uitgevoerd. Artikel 8 moet dan ook worden weggelaten uit het ontwerp.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT