

bylage 2



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 54.434/3
van 6 december 2013

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'betreffende de toekenning van subsidies voor gebouwen van de eredienst, gebouwen voor de openbare uitoefening van de niet-confessionele morele dienstverlening en crematoria'

Op 6 november 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'betreffende de toekenning van subsidies voor gebouwen van de eredienst, gebouwen voor de openbare uitoefening van de niet-confessionele morele dienstverlening en crematoria'

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 26 november 2013. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Kaat LEUS, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 december 2013.

*

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 beperkt tot 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

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt ertoe uitvoering te geven aan de subsidieregeling ingevoerd bij het decreet van 12 juli 2013 'houdende toekenning van subsidies voor gebouwen van de eredienst, gebouwen voor de openbare uitoefening van de niet-confessionele morele dienstverlening en crematoria', wat de subsidies betreft die door de Vlaamse Regering kunnen worden verleend aan de gemeente- of provinciebesturen voor de (investeringen in) gebouwen van de eredienst, voor gebouwen voor de openbare uitoefening van de niet-confessionele morele dienstverlening en voor crematoria ¹

2.2. Het ontwerp bevat onder meer nadere regels met betrekking tot:

- de toekenningsprocedure voor de subsidies (artikel 3, eerste en zesde tot achtste lid, en de artikelen 4 tot 6 van het ontwerp). Hieruit blijkt dat de Vlaamse minister bevoegd voor de binnenlandse aangelegenheden (hierna: de minister) de subsidie toekent "door middel van een principiële belofte van subsidie op basis van het aanvraagdossier", waarna de gunningsprocedure overeenkomstig "de wet betreffende de overheidsopdrachten"² mag worden opgestart. Na het indienen van het gunningsdossier verleent de minister "de vaste belofte van subsidie op basis van het gunningsdossier", met dien verstande dat geen vaste belofte kan worden verleend wanneer inbreuken op de "wet betreffende de overheidsopdrachten" worden vastgesteld. De initiatiefnemer mag "de studie- of werkenopdracht pas sluiten en aanvatten nadat de minister de vaste belofte van subsidie heeft verleend". Deze toekenningsprocedure geldt niet voor aankopen waar de subsidie toegekend wordt door middel van één belofte van subsidie, op basis van het aanvraagdossier (artikel 6 van het ontwerp);

- het bedrag van de subsidie (de artikelen 3, tweede tot vijfde lid, 4, tweede en derde lid, en 5 van het ontwerp);

- de prioriteiten bij de toekenning van de subsidies voor gebouwen van de erediensten en voor de gebouwen voor de openbare uitoefening van de niet-confessionele morele dienstverlening (artikel 7 van het ontwerp) en het niet vereist zijn van dergelijke prioriteiten bij de subsidiëring van crematoria (artikel 8 van het ontwerp);

¹ Wat de problematiek van de bevoegdheid van de gewesten betreft voor het subsidiëren van werken aan gebouwen voor de openbare uitoefening van de niet-confessionele morele dienstverlening, zie adv RvS nr 52 587 van 16 januari 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 12 juli 2013, *Parl St* VI Parl. 2012-2013, nr. 1961/1.

² Zie hierover verder, opmerking 8 3

- de procedure voor de uitbetaling van de subsidie (artikelen 9 en 10 van het ontwerp)

3.1. In de aanhef van het ontworpen besluit wordt de rechtsgrond ervoor gezocht in de artikelen 4, tweede lid, 5, tweede lid, 9, tweede lid, 13, tweede lid, en 15 van het decreet van 12 juli 2013. Die bepalingen bieden effectief rechtsgrond voor de meeste bepalingen van het ontworpen besluit.

In zoverre echter opdrachten worden toegekend aan het Agentschap voor Binnenlands Bestuur dient ook een beroep te worden gedaan op artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'.

3.2. Voor een aantal bepalingen van het ontwerp verdient de rechtsgrond evenwel een diepgaander onderzoek.

3.2.1. Zo dient nader te worden ingegaan op de rechtsgrond van artikel 3, tweede, vierde en vijfde lid, van het ontwerp, evenals van artikel 4, derde lid, ervan voor zover erin wordt verwezen naar artikel 3, vierde lid, van het ontwerp.

Het tweede en het vijfde lid van artikel 3 van het ontwerp betreffen het bedrag van de subsidie. Het lijken evenwel rekenregels te zijn of regels die principes uit het decreet bevestigen, zodat daarvoor rechtsgrond kan worden gevonden in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met artikel 4 van het decreet van 12 juli 2013.

3.2.2. Bij het ontworpen artikel 3, vierde lid, en de verwijzing naar deze bepaling in artikel 4, derde lid, van het ontwerp dient echter een voorbehoud te worden gemaakt. Hiermee wordt beoogd om, behoudens wanneer het een subsidie voor crematoria betreft, een nominale maximumgrens op te leggen voor de subsidies, terwijl artikel 4, eerste lid, van het decreet van 12 juli 2013 (slechts) bepaalt dat "[d]e toegekende subsidie (...) maximaal 30% van de kostprijs van de werken zoals bij de eindafrekening wordt vastgesteld, maar beperkt tot het initieel goedgekeurde aanbestedingsbedrag [bedraagt]".

In artikel 4, eerste lid, van het decreet van 12 juli 2013 kan geen uitdrukkelijke machtiging aan de Vlaamse Regering worden gelezen om op algemene wijze een nominale grens van de subsidie te bepalen; die bepaling maakt het ook niet mogelijk om, op algemene wijze, een nominale grens te bepalen die lager ligt dan de bij decreet bepaalde grens, met name maximum 30% van de kostprijs van de werken. Door op algemene wijze een nominale grens te trekken, gaan de ontworpen bepalingen in tegen de algemene economie van artikel 4 van het decreet van 12 juli 2013, zodat ervoor geen rechtsgrond kan worden gevonden, noch in artikel 4, eerste lid, van het decreet van 12 juli 2013, noch in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met deze bepaling.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

4. Uit het ontworpen besluit blijkt dat de toekenningsprocedure voor subsidies bestaat uit verschillende fasen waarbij gewag wordt gemaakt van een principiële belofte, enerzijds, en een vaste belofte, anderzijds, met, finaal, de uitbetaling van de subsidie. Die verschillende fasen in de procedureregeling blijken echter niet uit de structuur van het ontwerp, terwijl dit de leesbaarheid ervan nochtans zou bevorderen

Bovendien worden de bepalingen die verband houden met het bedrag van de subsidie tussen de procedurele bepalingen opgenomen. Ten slotte lijkt de machtiging die met artikel 2 van het ontwerp aan de minister wordt verleend beter, hetzij achteraan in het ontwerp te worden opgenomen, hetzij, omwille van de duidelijkheid, te worden omgezet in drie afzonderlijke machtigingen die worden opgenomen in de artikelen waar respectievelijk gewag wordt gemaakt van het aanvraagdossier, het gunningsdossier en de aanvraag tot uitbetaling van de subsidies.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

5. Gelet op hetgeen *sub* 3.1 is opgemerkt betreffende de rechtsgrond, dient in de aanhef vóór het huidige eerste lid, dat het tweede lid wordt, een nieuw lid te worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Artikel 1

6. Het volstaat om in artikel 1 van het ontwerp het “agentschap”, dit is het Agentschap voor Binnenlands Bestuur, één keer te omschrijven. De omschrijving zoals opgenomen in punt 7° verdient weliswaar de voorkeur, maar deze omschrijving dient, gelet op de alfabetische rangschikking van de definities, in punt 2° te worden opgenomen. Het huidige punt 7° dient vervolgens te worden geschrapt.

Artikel 2

7. Artikel 2 van het ontwerp bevat een aantal delegaties aan de minister. Volgens de vaste adviespraktijk van de afdeling Wetgeving dient de Vlaamse Regering bij het concretiseren van een dergelijke delegatie de algemene publickrechtelijke beginselen inzake delegatie (en de bepalingen van het decreet van 12 juli 2013) in acht te nemen, hetgeen inhoudt dat om in overeenstemming te kunnen worden geacht met deze beginselen, de aldus gedelegeerde bevoegdheden van bijkomstige of detailmatige aard dienen te zijn. Dat impliceert onder meer dat de bevoegdheidsdelegaties dermate afgebakend moeten zijn dat het vaststellen van de essentie van de regeling bij de Vlaamse Regering blijft.

De delegaties waarin artikel 2 voorziet, lijken louter procedureel en technisch van aard en lijken geen essentiële elementen van de subsidieregeling te betreffen, zodat de delegaties aanvaardbaar geacht kunnen worden

Artikel 3

8.1. Voor zover het tweede lid van artikel 3 van het ontwerp betrekking heeft op de verhoging van het bedrag van de subsidie met 7% als tegemoetkoming in de algemene kosten, parafraseert die bepaling artikel 4, eerste lid, van het decreet van 12 juli 2013. Nu het decreet zelf in deze verhoging met 7% voorziet, dient ernaar te worden verwezen met vermelding van een "overeenkomstig"-verwijzing ("Overeenkomstig artikel . van ...").

8.2. Het is niet duidelijk waarom in het vijfde lid van artikel 3 gewag wordt gemaakt van de "premiënemer". Wellicht wordt "de initiatiefnemer" bedoeld

8.3. In het achtste lid van artikel 3 wordt verwezen naar "de wet betreffende de overheidsopdrachten". Als het de bedoeling zou zijn om naar een specifieke wet te verwijzen, bijvoorbeeld de wet van 15 juni 2006 'betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', dient de datum van die wet alsook het juiste opschrift te worden vermeld. Als het de bedoeling is om meer generiek naar de toepasselijke vormen van wetgeving inzake overheidsopdrachten te verwijzen schrijve men beter "vermeld in de toepasselijke regelgeving inzake de overheidsopdrachten".

Artikel 4

9. Er dient in het eerste lid van artikel 4 van het ontwerp te worden verduidelijkt wie van de in deze bepaling bedoelde termijn kan afwijken: betreft het de initiatiefnemer zelf of het agentschap op vraag van de initiatiefnemer? In het laatste geval is het overigens tegelijk overbodig en misleidend te bepalen dat *gemotiveerd* kan worden afgeweken van de termijn. Zulk een bepaling is overbodig omdat dergelijke 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 van de weigeringsbeslissingen reeds uit die wet voortvloeit. Zij is misleidend omdat dergelijke bepaling de indruk wekt dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks uitdrukkelijk wordt voorgeschreven in het ontworpen besluit.

Wanneer daarentegen de bedoeling voorligt om de initiatiefnemer de mogelijkheid te bieden om op een gemotiveerde wijze te verzoeken een afwijking van de termijn toe te staan, waarop vervolgens het agentschap die afwijking al dan niet toestaat, dient zulks uitdrukkelijk te worden verwoord.

Wat het ontworpen laatste lid van artikel 4 betreft, wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt *sub* 8.3. Een accurate verwijzing klemt des te meer, gelet op de mogelijke sanctie, namelijk de onmogelijkheid tot het verlenen van een vaste belofte van subsidie.

Tenslotte is het niet duidelijk wat wordt bedoeld met de formulering “[a]ls er inbreuken (..) worden vastgesteld”. Gaat het om het geval waarin het agentschap oordeelt dat een bepaalde initiatiefnemer de bepalingen van de toepasselijke wetgeving inzake overheidsopdrachten niet correct heeft nageleefd of gaat het enkel om de gevallen waarin de bevoegde verhaalinstantie, dit is het bevoegde rechtscollege bedoeld in artikel 24 of artikel 56 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, een inbreuk op die wetgeving heeft vastgesteld? Indien de eerste hypothese van toepassing is, wordt het genoemde lid beter als volgt geformuleerd:

“Als het agentschap van oordeel is dat de wetgeving op de overheidsopdrachten niet werd nageleefd, wordt geen vaste belofte van subsidie verleend.”

Het verdient ook aanbeveling in het voorlaatste lid van artikel 4 te verduidelijken wat wordt bedoeld met de bepaling dat de initiatiefnemer de opdracht pas mag “sluiten” nadat de minister de vaste belofte van subsidie heeft verleend, gelezen inzonderheid in samenhang met het laatste lid van dat artikel, omdat die belofte niet kan worden verleend “als er inbreuken op de wet op de overheidsopdrachten worden vastgesteld”. Met het begrip “sluiten” wordt wellicht “de sluiting van de opdracht” bedoeld zoals omschreven in artikel 3, 17°, van de wet 15 juni 2006, zijnde “de totstandkoming van de contractuele band tussen enerzijds de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf en anderzijds de opdrachtnemer”, en *niet* de “gunning van de opdracht” zoals omschreven in artikel 3, 16°, van diezelfde wet, namelijk “de beslissing van de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf om de gekozen inschrijver aan te wijzen”. Er dient evenwel te worden overwogen of het niet veeleer aanbeveling verdient, teneinde interferentie met de rechtsmacht van het bevoegde rechtscollege te vermijden, om de controle van het agentschap op de naleving van de wetgeving overheidsopdrachten te situeren vooraleer de gunningsbeslissing als bedoeld in artikel 3, 16°, van de wet van 15 juni 2006 door de initiatiefnemer wordt genomen.

Artikelen 6 en 10

10. Met artikel 6 wordt afgeweken, wat de "aankopen" betreft, van artikel 3 tot 5 in die zin dat bij de "aankopen" de subsidie wordt toegekend, op grond van het aanvraagdossier, door middel van één belofte van subsidie. Hetzelfde geldt voor artikel 10 dat ertoe strekt af te wijken van artikel 9, zodat wat de "aankopen" betreft, de subsidie in één keer wordt uitbetaald nadat de "aankoop" is voltrokken. Uit de nota aan de Vlaamse Regering van 27 september 2013 (p. 4) blijkt, wat artikel 6 betreft, dat de afwijking inzake de *toekenning* van de subsidie enkel geldt voor "de aankopen van gebouwen". Uit diezelfde nota van 27 september 2013 (p. 4) blijkt dat de afwijkende *uitbetalingsregeling* (artikel 10 van het ontwerp) geldt voor de aankopen en de studies. Om geen enkele twijfel te laten bestaan over welke aankopen het precies gaat, dient telkens in de tekst zelf van de artikelen 6 en 10 van het ontwerp te worden gespecificeerd over welke aankopen of studies het precies gaat.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jan SMETS