



ADVIES OVAM

-

VERMINDERING BIJDRAGEN BOFAS

-

NOODAAK WIJZIGEN SAMENWERKINGSAKKOORD

<p>GSJ advocaten Mechelsesteenweg 27 2018 Antwerpen Ref. 48488/2016/FS</p>	<p>Mr. Floris SEBREGHTS Mr. Christophe SMEYERS Advocaten 21/01/2016</p>	<p>Telefoon + 32 (0)3 232 50 60 Fax + 32 (0)3 232 30 50 E-mail Floris.Sebreghts@gsj.be Url www.gsj.be</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

I INHOUDSOPGAVE

Voor een duidelijk overzicht van de structuur van het advies, vindt u hieronder een overzicht bij wege van inhoudsopgave:

I	INHOUDSOPGAVE	2
II	DE IN ACHT GENOMEN FEITELIJKE ELEMENTEN	2
III	OMSCHRIJVING VAN DE PRECIEZE VRAAG	3
IV	VEREIST DE WIJZIGING VAN DE BIJDRAGEN AAN BOFAS EEN WIJZIGING VAN HET SAMENWERKINGSAKKOORD?	3
IV.1	Relevante bepalingen uit het samenwerkingsakkoord en eerdere nota's / adviezen	3
IV.1.1	Relevante bepalingen uit het samenwerkingsakkoord	3
IV.1.2	Voorgaande nota's en adviezen	5
IV.2	Moet het doorlopen van de procedure cfr artikel 6, §§ 1-4 SWA worden gevolgd door een wijziging van art. 4, §2 van het samenwerkingsakkoord door de wetgevende macht?	5
IV.3	Belasting of retributie?	7
IV.3.1	Belang van het onderscheid	7
IV.3.2	Betreft de verplicht te betalen bijdrage een belasting of een retributie?	8
IV.3.3	Conclusie: retributie en delegatiemogelijkheid	9
V	ALGEMEEN BESLUIT EN OPTIE TOT DEBLOKKERING TEGENSTRIJDIGE STANDPUNTEN	9

II DE IN ACHT GENOMEN FEITELIJKE ELEMENTEN

1. In het **voorjaar van 2012** heeft de Raad van Bestuur van de VZW Bofas bij de Interregionale Bodemsaneringcommissie (hierna afgekort als 'IBC') een **aanvraag ingediend** om de bijdragen aan de VZW Bofas als volgt te verlagen:

- voor benzine van 0,0052 euro per verbruikte liter naar 0,0013 euro per verbruikte liter
- voor diesel van 0,0032 euro per verbruikte liter naar 0,0008 euro per verbruikte liter

2. Deze aanvraag werd door de IBC gunstig geadviseerd en conform artikel 6 §4 van het Samenwerkingsakkoord van 13 december 2002 tussen de federale Staat, het Vlaams Gewest, het Waals Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de uitvoering en financiering van

de bodemsanering van tankstations (hierna afgekort als 'het Samenwerkingsakkoord'), ter goedkeuring overgemaakt aan de gewestregeringen en de federale Ministers tot wiens bevoegdheid Energie en Economische Zaken behoren.

3. Op **17 juli 2014** heeft de Raad van Bestuur van VZW Bofas een **nieuwe aanvraag ingediend** bij de IBC, ditmaal om bijdragen tot 0 euro te verminderen. Door de IBC werd opnieuw een gunstig advies uitgebracht. Vervolgens werd de aanvraag verstuurd naar de bevoegde Ministers. Over deze laatste aanvraag werd voor zover ons gekend tot op heden nog geen eindbeslissing genomen.

III OMSCHRIJVING VAN DE PRECIEZE VRAAG

4. Er wordt gevraagd of de bijdragen aan de VZW Bofas kunnen verlaagd worden zonder dat er een wijziging nodig is van het Samenwerkingsakkoord van 13 december 2012 (en dus de goedkeuring van de gewestregeringen en de federale Ministers tot wiens bevoegdheid Energie en Economische Zaken behoren, volstaat), dan wel of iedere verlaging van de bijdragen een wijziging van dat Samenwerkingsakkoord noodzaakt?

IV VEREIST DE WIJZIGING VAN DE BIJDRAGEN AAN BOFAS EEN WIJZIGING VAN HET SAMENWERKINGSAKKOORD?

IV.1 RELEVANTE BEPALINGEN UIT HET SAMENWERKINGSAKKOORD EN EERDERE NOTA'S / ADVIEZEN

IV.1.1 Relevante bepalingen uit het samenwerkingsakkoord

5. In artikel 6 §1 t.e.m. §4 (of §5?) van het Samenwerkingsakkoord staat de procedure beschreven die moet worden doorlopen om de bijdragen te wijzigen die accijnsplichtige ondernemingen aan de VZW Bofas moeten doorstorten per verbruikte liter benzine en diesel. Meer bepaald luidt deze bepaling als volgt:

“§ 1. Indien het Fonds van oordeel is dat de in artikel 4, § 2, lid 1, van huidig samenwerkingsakkoord bedoelde verplichte bijdrage verhoogd moet worden

indien zulks noodzakelijk is voor het volbrengen van zijn opdracht en voor de dekking van zijn werkingskosten, dan wel verlaagd kan worden indien zulks de volbrenging van zijn opdracht en de dekking van zijn werkingskosten niet verhindert, dient zij hiertoe een aanvraag in bij de Interregionale Bodemsaneringscommissie.

§ 2. De aanvraag tot het bekomen van een aanpassing zoals bedoeld in § 1 wordt in 7 exemplaren en per aangetekend schrijven met ontvangstbewijs bij de Interregionale Bodemsaneringscommissie ingediend.

§ 3. Het aanvraagdossier dient een financieel plan en een begroting voor de resterende duur van de erkenning te bevatten waarin onder meer de volgende gegevens zijn opgenomen :

- een gemotiveerde nota waaruit de noodzaak tot aanpassing van de verplichte bijdrage blijkt;*
- de schatting van de vereiste inkomsten;*
- de wijze waarop de opbrengsten worden toegewezen ten voordele van de werking van het Fonds, onder meer door de samenstelling van de eventuele reserves;*
- de schatting van de uitgaven, inclusief werkingskosten;*
- de financieringswijze van de eventuele tekorten.*

§ 4. a) Indien de Interregionale Bodemsaneringscommissie een positief advies geeft over de voorgestelde verhoging of verlaging van de bijdrage, stuurt zij het aanvraagdossier ter goedkeuring naar de gewestregeringen en de federale Ministers tot wiens bevoegdheid Economische Zaken en Energie behoren;
b) Indien de voorgestelde verhoging of verlaging van de bijdrage aanvaard wordt, wordt die verrekend via de Programmaovereenkomst bedoeld in artikel 4, § 3 volgens de modaliteiten die bepaald worden door de ondertekenaars van de Programmaovereenkomst.

§ 5. Elke wijziging van de bijdrage zal aanleiding geven tot een wijziging van artikel 4, §2 van dit samenwerkingsakkoord."

6. Krachtens deze bepaling moet de VZW Bofas m.a.w. in eerste instantie een aanvraag tot verhoging of verlaging van de bijdragen indienen bij de IBC. De IBC moet vervolgens over deze aanvraag een advies uitbrengen. Indien dit advies gunstig is, legt de IBC het aanvraagdossier ter goedkeuring voor aan de gewestregeringen en de federale Ministers bevoegd voor Energie en Economische Zaken.

7. M.a.w. zijn het dus de gewestregeringen en de federale Ministers bevoegd voor Energie en Economische Zaken die het laatste woord hebben over de aanvraag tot wijziging van de bijdragen aan Bofas, **tenzij** men artikel 6, § 5 zo zou moeten lezen dat er vervolgens alsnog een effectieve wijziging van het samenwerkingsakkoord (specifiek art. 4, §2) nodig zou zijn met goedkeuring door de respectievelijke parlementen (en er dus geen sprake zou zijn van een impliciete wijziging via het doorlopen van de procedurestappen voorzien in art. 6, §§ 1-4 SWA).

IV.1.2 Voorgaande nota's en adviezen

8. Bij de voorgaande vraag tot verlaging van de bijdragen (20/06/12) heeft men gemeend op die laatste wijze te moeten werken, en dus alsnog een goedkeuring nodig te hebben van de respectievelijke parlementen tot wijziging van het Samenwerkingsakkoord. De doorlooptijd van die werkwijze is echter zeer lang nu er tot op vandaag nog steeds beslissingen daaromtrent zijn genomen door de respectievelijke parlementen.

9. Argumenten pro het standpunt dat geen goedkeuring door de parlementen nodig is in functie van de wijziging van artikel 4, §2 van het Samenwerkingsakkoord, en daarvan een impliciete wijziging is na het doorlopen van de procedure voorzien in artikel 6, §§ 1-4, staan nochtans duidelijk weergegeven in de bezorgde documenten¹ en worden niet herhaald. Ze worden bij onze analyse van verdedigbare stelling die hierna volgt, als herhaald aanzien.

IV.2 MOET HET DOORLOPEN VAN DE PROCEDURE CFR ARTIKEL 6, §§ 1-4 SWA WORDEN GEVOLGD DOOR EEN WIJZIGING VAN ART. 4, §2 VAN HET SAMENWERKINGSAKKOORD DOOR DE WETGEVENDE MACHT?

10. In paragraaf 5 van artikel 6 van het Samenwerkingsakkoord staat een bepaling die over de finale goedkeuringsbevoegdheid van de gewestregeringen en de federale Ministers voor Energie en Economische Zaken (zonder navolgend wetgevend optreden met wijziging van het samenwerkingsakkoord) twijfel doet ontstaan.

¹ Nota Joke De Craemer van ongekende datum, mail Sindy Haemels van 20/01/12, memoranda DLA van 19/9/11, 17/11/11 en 26/6/12, uittreksel juridisch advies Liedekerke gevoegd bij de vraag tot verlaging van BOFA dd. 20/05/16.

11. Meer bepaald staat in deze bepaling het volgende te lezen:

“Elke wijziging van de bijdrage zal aanleiding geven tot een wijziging van artikel 4 § 2 van dit samenwerkingsakkoord.”

- ⇒ De vraag die zich stelt, is of uit deze bepaling voortvloeit dat de wijziging van de bijdragen, na de goedkeuring door de gewestregeringen en de bevoegde federale Ministers, ook nog een verplichte formele wijziging van het Samenwerkingsakkoord zelf veronderstelt?

12. Deze vraag lijkt o.i. verdeigbaar negatief te kunnen worden beantwoord:

- Het Samenwerkingsakkoord heeft immers de bevoegdheid tot goed- of afkeuring van de wijziging van de bijdragen uitdrukkelijk bij de gewestregeringen en de federale Ministers bevoegd voor Energie en Economische Zaken gelegd (delegatie).
- Voornoemde delegatie tot goedkeuring zou echter zinledig zijn wanneer deze nog gevolgd zou moeten worden door een wijziging van het Samenwerkingsakkoord via de betrokken wetgevers.

13. De bepaling uit paragraaf 5 van artikel 6 van het Samenwerkingsakkoord moet o.i. dan ook worden gelezen in de zin dat een goedkeuring van een wijziging van de bijdragen door de gewestregeringen en de bevoegde federale Ministers een **impliciete wijziging** van (art. 4, §2 van) het Samenwerkingsakkoord met zich meebrengt.

14. Een dergelijke lezing van de bewuste bepaling uit het Samenwerkingsakkoord houdt echter alleen maar stand indien deze in overeenstemming is met de relevante bepalingen uit de Grondwet die een bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende en uitvoerende macht bevatten voor het regelen van de essentiële elementen van een belasting enerzijds, en een retributie anderzijds.

- ⇒ Deze bevoegdheidsverdeling en de implicaties hiervan op de huidige adviesvraag zullen hierna kort worden besproken.

IV.3 BELASTING OF RETRIBUTIE?

IV.3.1 Belang van het onderscheid

15. De vraag of de opgelegde heffing een belasting of een retributie betreft, is van belang om na te gaan wie bevoegd is om de essentiële elementen van een belasting/retributie vast te stellen. Meer bepaald **moeten de essentiële elementen van een belasting door een formele wet/decreet worden geregeld**. Dit vloeit voort uit de artikelen 170 en 172 van de Grondwet. Zo kan een federale belasting of een gewestbelasting krachtens artikel 170 van de Grondwet uitsluitend door een wet, respectievelijk een decreet worden ingevoerd.

16. Uit dit in artikel 170 van de Grondwet vervatte legaliteitsbeginsel vloeit voort dat de bevoegde wetgever zelf de essentiële elementen van de belasting moet regelen. Deze essentiële elementen betreffen (1) de aanwijzing van de belastingplichtigen, (2) de belastbare materie (of het element dat aanleiding geeft tot de belasting), (3) de belastinggrondslag (of het bedrag waarop de belasting wordt berekend), (4) het belastingtarief, en (5) de belastingvrijstelling of verminderingen². In artikel 172, tweede lid van de Grondwet wordt bijkomend nog bevestigd dat geen vrijstelling of vermindering van belasting kan worden ingevoerd dan door een formele wet.

⇒ *Dit alles impliceert o.i. m.a.w. dat indien er sprake is van een belasting, het tarief en belastingverminderingen steeds moeten worden vastgelegd door het wetgevend orgaan dat deze bevoegdheid niet mag delegeren aan de uitvoerende macht.*

17. **Deze verplichte vaststelling door een wetgevend orgaan geldt echter niet voor de vaststelling van alle essentiële elementen van een retributie.** Artikel 173 van de Grondwet bevat namelijk geen strikt legaliteitsbeginsel zoals de artikelen 170 en 172 van de Grondwet dat wel bevatten. In geval van een retributie kan de bevoegde wetgevende vergadering zich beperken tot het regelen van de gevallen waarin een retributie verschuldigd is, van de eventuele vrijstellingen, en tot het aanwijzen van de bijdrageplichtigen. De andere elementen – zoals bijvoorbeeld het regelen van het bedrag – kan het wetgevend orgaan daarentegen overlaten aan de uitvoerende macht³.

² A.ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 773, nr. 692.

³ A.ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, p.590, nr. 519.

IV.3.2 Betreft de verplicht te betalen bijdrage een belasting of een retributie?

18. Dit brengt ons bij een volgende vraag, namelijk of de bijdrage die de accijnsplichtige ondernemingen in deze moeten betalen een belasting of een retributie betreft? Dit noodzaakt ons eerst om dieper in te gaan op het onderscheid tussen een belasting en een retributie.

19. Een belasting kan worden omschreven als een verplichte geldelijke bijdrage die de algemene uitgaven van de overheid moet dekken⁴. Een doorslaggevend kenmerk van een belasting, waarin zij zich onderscheidt van een retributie, is het feit dat een belasting niet wordt opgelegd in ruil voor een aanwijsbare dienst verstrekt door de overheid⁵.

20. Voor een retributie neemt de rechtspraak volgende elementen in aanmerking:

- de geldelijke bijdrage is opgelegd als onmiddellijke tegenprestatie voor een aanwijsbare overheidsdienst ten voordele van de heffingsplichtige individueel beschouwd, en niet ten voordele van de gehele gemeenschap,⁶
- de heffing heeft een louter vergoedend karakter zodat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen enerzijds de kostprijs of de waarde van de verstrekte dienst en anderzijds de gevorderde retributie.⁷

21. In de bewuste rechtspraak wordt bijvoorbeeld een bijdrage die banken moeten betalen aan een beschermingsfonds dat zorgt dat depositohouders in geval van een faillissement van een bank vergoed worden, gekwalificeerd als een retributie⁸. Dit beschermingsmechanisme voor de banken kan o.i. vergeleken worden met het beschermingsmechanisme waarin het Samenwerkingsakkoord voorziet. Meer bepaald moeten de accijnsplichtige ondernemingen uit de sector van de tankstations en de consumenten een bijdrage betalen aan een fonds dat de sanering bewerkstelligt en financiert van tankstations. Ook hier wordt o.i., net als bij het beschermingsmechanisme voor de banken, een geldelijke bijdrage opgelegd als tegenprestatie voor een aanwijsbare specifieke overheidsdienst.

⁴ GwH, nr. 52/2009, 19 maart 2009.

⁵ GwH, nr. 142/2010, 16 december 2010.

⁶ Zie o.m. GwH, nr. 115/2011, 23 juni 2011; GwH, nr. 89/2010, 29 juli 2010; GwH, nr. 44/2010, 29 april 2010; GwH, nr. 172/2006, 22 november 2006.

⁷ Zie o.m. GwH, nr. 115/2011, 23 juni 2011; GwH, nr. 89/2010, 29 juli 2010; GwH, nr. 44/2010, 29 april 2010; GwH, nr. 172/2006, 22 november 2006.

⁸ GwH, nr. 115/2011, 23 juni 2011.

22. Bovendien, en dit betreft een bijkomende indicatie dat de opgelegde bijdrage geen belasting maar een retributie betreft, moet de geldelijke bijdrage die gevraagd wordt van de accijnsplichtige ondernemingen niet de algemene uitgaven van de overheid dekken.

23. Dat men met het Samenwerkingsakkoord een retributie en geen belasting heeft willen invoeren, wordt bovendien bevestigd bij de lezing van de aanhef van het Samenwerkingsakkoord waar het volgende te lezen staat:

“Gelet op artikel 173 van de gecoördineerde Grondwet.”

24. Deze grondwettelijke bepaling heeft namelijk betrekking op retributies waardoor kan worden besloten dat de onderscheiden wetgevers met het samenwerkingsakkoord een retributie en geen belasting hebben willen opleggen.

IV.3.3 Conclusie: retributie en delegatiemogelijkheid

25. Aangezien de onderscheiden wetgevers in deze een retributie en geen belasting hebben ingevoerd, kan het bedrag van deze retributie o.i. zelfstandig door de uitvoerende macht – lees: de gewestregeringen en de federale Ministers voor Energie en Economische Zaken - worden bepaald en gewijzigd nu zij hiertoe een delegatie hebben gekregen in artikel 6 van het Samenwerkingsakkoord, zonder dat daartoe nog een expliciete wijziging van artikel 4, §2 van het Samenwerkingsakkoord vereist is.

V ALGEMEEN BESLUIT EN OPTIE TOT DEBLOKKERING TEGEN- STRIJDIGE STANDPUNTEN

26. Vanuit grondwettelijk oogpunt bestaat er geen belemmering dat de gewestregeringen en de federale Ministers voor Energie en Economische Zaken de bijdrage die aan Bofas moet betaald worden, verhogen of verlagen. Aangezien de bijdrage een retributie en geen belasting betreft, is het grondwettelijk legaliteitsbeginsel uit de artikelen 170 en 172, tweede lid van de Grondwet niet van toepassing. Dit heeft tot gevolg dat de bevoegde wetgevende vergadering zich kan beperken tot het aanwijzen van de bijdrageplichtigen en tot regelen van de gevallen waarin een retributie verschuldigd. De overige elementen mogen worden overgelaten aan de uitvoerende macht.

27. Wat het Samenwerkingsakkoord zelf betreft, menen wij gelet op het bovenstaande dat paragraaf 5 van artikel 6 van het Samenwerkingsakkoord verdedigbaar kan gelezen worden in de zin dat een goedkeuring van een wijziging van de bijdragen door de gewestregeringen en de bevoegde federale Ministers een impliciete wijziging van het Samenwerkingsakkoord met zich meebrengt. Het onderscheid dat Liedekerke maakt tussen een verlaging van de bijdrage en het stopzetten ervan, lijkt ons onnodig. Zelfs het verlagen tot 0 euro is geen effectieve stopzetting / afschaffing van de bijdragen, maar maximaal zolang de werking van BOFAS verder loopt, een tijdelijke beperking die ook terug verhoogd kan worden als dat later nodig blijkt.

28. Een andere lezing, waarbij na de goedkeuring door de uitvoerende macht ook nog eens een goedkeuring door de verschillende vergaderingen vereist is, zou de goedkeuring door de gewestregeringen en de federale Ministers van Energie en Economische Zaken o.i. zinledig maken. Beter ware uiteraard geweest artikel 6, §5 duidelijker te formuleren of weg te laten, of te vervangen door een expliciete verplichting tot publicatie van de beslissing die via dat artikel tot stand kwam in het Belgisch Staatsblad.

29. Ten overvloede kan echter verwezen worden naar **artikel 29 van het Samenwerkingsakkoord** dat een **specifieke regeling voorziet om betwistingen inzake de interpretatie ervan te beslechten**. Gelet op de tegenstrijdige standpunten in het verleden (gewestelijk versus federaal?) zou daarin een handige (doch politiek vermoedelijk wel gevoelige sleutel) gevonden kunnen worden om de discussie sluitend (en relatief snel) te deblokken, al dan niet mits effectieve toepassing van die procedure van het samenwerkingsgerecht:

- Het samenwerkingsgerecht wordt namelijk samengesteld uit een vertegenwoordiger van elk gewest, die wordt aangeduid door hun respectieve regeringen.
 - Federaal is er dus geen vertegenwoordiger voorzien, hoewel de regeling expliciet deel uitmaakt van het bestaande Samenwerkingsakkoord, en dus de Federale overheid hiermee uitdrukkelijk heeft ingestemd.
- ⇒ Mogelijk kan het wijzen op dat gegeven reeds de doorslag geven om ook de Federale overheid mee te doen besluiten conform de visie van de onderscheiden gewesten.

30. Los van het voorgaande werd in het advies van DLA o.i. terecht de vraag gesteld naar de belangenschade bij deze discussie. Anderzijds is er ten slotte de o.i. terechte vraag in de nota van Joke De Craemer naar de publieke bekendmaking van de nieuwe bedragen indien er geen expliciete wijziging van artikel 4, § 2 van het Samenwerkingsakkoord voorzien wordt. Dat kan o.i. echter ook voorzien worden via een publicatie ervan in het Staatsblad, los van een vermelding op de websites van BOFAS en de OVAM.

Wij hopen u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Indien u nog verdere vragen heeft, zijn wij uiteraard steeds bereid u verder bij te staan.

Antwerpen, 9 juni 2016,
Namens GSJ Advocaten, voor de OVAM, één van haar raadslieden,

Mr. Floris Sebreghts en/of Christophe Smeyers
