



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 63.746/1/V
van 23 juli 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de instelling van een gemeenschapswaarborg in het kader van het projectspecifieke DBFM-programma’

Op 15 juni 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse Minister van Onderwijs verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 1 augustus 2018,^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de instelling van een gemeenschapswaarborg in het kader van het projectspecifieke DBFM-programma’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 17 juli 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bert THYS, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 juli 2018.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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 ertoe uitvoering te geven aan artikel 24 van het decreet van 25 november 2016 ‘betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten’.¹

Met het besluit wordt namelijk beoogd de voorwaarden te bepalen waaronder de gemeenschapswaarborg zoals bedoeld in het voornoemde artikel 24 kan worden verleend voor de financiële verbintenissen die voor de inrichtende machten voortvloeien uit de DBFM-overeenkomsten gesloten in het kader van het projectspecifieke DBFM-programma en die niet worden gedekt door een DBFM-toelage.

Artikel 1 van het ontwerp bevat de definities van de in het besluit gebruikte begrippen. Artikel 2 omschrijft het toepassingsgebied van de gemeenschapswaarborg. De artikelen 3 en 4 bepalen de regels voor de toekenning van de gemeenschapswaarborg. Artikel 5 bepaalt dat er geen waarborgpremie verschuldigd is. Artikel 6 regelt de opeisbaarheid van de gemeenschapswaarborg. Artikel 7 houdt een regeling in voor het geval van een wijziging van de gewaarborgde verplichtingen. De artikelen 8 en 9 bevatten de regels met betrekking tot de afroep door de projectvennootschap van de verleende gemeenschapswaarborg. Artikel 10 regelt de betaalbaarstelling van de afgeroepen gemeenschapswaarborg. Artikel 11 bepaalt de inwerkingtreding van het besluit en artikel 12 bevat de uitvoeringsbepaling.

¹ Zie adv.RvS 59.609/1 van 13 juli 2016 over een voorontwerp van decreet ‘betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten’, waarin het volgende wordt opgemerkt:

“2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe te voorzien in een nieuwe regeling inzake de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten, in navolging en op basis van de ervaringen met de ‘Scholen van Morgen’ DBFM-regeling.

Waar ‘Scholen van Morgen’ een globaal programma betreft, is de invalshoek van de regeling in het huidige voorontwerp het realiseren van verschillende kleinere programma’s met de rechtstreeks betrokken inrichtende machten. De inrichtende machten zijn in het nieuw ontworpen systeem zelf verantwoordelijk voor het voeren van de gunningsprocedure tot het aanduiden van een private partij voor het uitvoeren van het projectspecifiek DBFM-programma. De inrichtende machten kunnen op ondersteuning rekenen van het Agentschap voor Infrastructuur in het onderwijs (hierna: AGION) en van een nog op te richten projectbureau en zullen kunnen gebruik maken van een lijst van geïnteresseerde private partijen, die vooraf zal worden opgesteld door AGION.

In concreto houdt de ontworpen regeling in dat één of meer inrichtende machten het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud van één of meer schoolinfrastructuurprojecten gedurende 30 jaar via een overheidsopdracht gunnen aan een private partner, die ‘de projectvennootschap’ wordt genoemd. Enkel private partners die vooraf door AGION werden geselecteerd komen in aanmerking om een offerte in te dienen. Als tegenprestatie voor de DBFM zullen de betrokken inrichtende machten gedurende 30 jaar een beschikbaarheidsvergoeding betalen aan de projectvennootschap. Deze beschikbaarheidsvergoeding zal naargelang het geval volledig of ten dele worden gedekt door een DBFM-toelage, die door AGION aan de inrichtende macht zal worden uitbetaald. Aan het einde van de 30 jaar zullen de inrichtende machten kosteloos eigenaar worden van de infrastructuur.”

3. Het ontworpen besluit vindt, zoals vermeld in zijn aanhef, rechtsgrond in het reeds genoemde artikel 24 van het decreet van 25 november 2016.

VORMVEREISTEN

- 4.1. Op de vraag of overeenkomstig de voorschriften voor staatssteun² een voorafgaande aanmelding bij de Europese Commissie is gebeurd, heeft de gemachtigde geantwoord als volgt:

“Ten aanzien van de inrichtende macht kan er geen sprake zijn van staatssteun: openbaar onderwijs dat door de staat wordt gefinancierd en onder staatstoezicht staat, kwalificeert zich niet als een economische activiteit. De scholen zijn hier bovendien in de context van schoolinfrastructuur geen ondernemingen. Het betreft hier geen economische activiteiten van de school. Onderwijsinstellingen worden bovendien gecatalogeerd onder de ESR-consolidatiekring.

Ten aanzien van de projectvennootschap is evenmin sprake van staatssteun: de gemeenschapswaarborg betreft een element dat voorzien wordt in de opdrachtdocumenten en waarvan verondersteld wordt dat het de prijs die de overheid (de inrichtende machten en, ingevolge de subsidie, de Vlaamse Gemeenschap) zal moeten betalen, neerwaarts zal beïnvloeden. Deze prijs zal bepaald worden na een mededingingsprocedure met onderhandeling (met Europese bekendmaking) overeenkomstig de wetgeving inzake overheidsopdrachten. Het gaat m.a.w. louter om een specifieke ‘besteksbepaling’ die een effect kan hebben op de geboden prijzen maar die als zodanig de mededinging niet kan verstoren.”

- 4.2. Het feit dat een overheidsopdrachtenprocedure moet worden georganiseerd, sluit als zodanig evenwel niet uit dat de projectvennootschap uit de gemeenschapswaarborg een voordeel kan halen dat als staatssteun kan worden opgevat.

In dit verband acht de afdeling Wetgeving het nodig te wijzen op de Mededeling van de Commissie ‘betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de staatssteun in de vorm van garanties’ (2008/C 155/02).³ Daarin worden onder meer de voorwaarden vermeld waaraan de individuele garantie cumulatief dient te voldoen om de aanwezigheid van staatssteun uit te sluiten.

Het verdient dan ook aanbeveling dat de steller van het ontwerp, eventueel in samenspraak met de bevoegde diensten van de Europese Commissie, nagaat of de beoogde regeling van de gemeenschapswaarborg voldoet aan deze voorwaarden. Mocht na dit onderzoek twijfel bestaan over de mogelijke kwalificatie van de maatregel als staatssteun, dan wordt de adviesaanvrager aangeraden om in elk geval een aanmelding van het ontwerp te doen in het kader

² Artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

³ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC0620\(02\)&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC0620(02)&from=NL)

van de Europese staatssteunregeling, waarna het aan de Europese Commissie zal zijn om hieromtrent een formeel standpunt in te nemen.⁴

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van die aanmelding nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, nog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. In sommige bepalingen van het ontwerp wordt een beroep gedaan op het procedé van de stilzwijgende goedkeuring.

Zo regelt artikel 3 van het ontwerp de procedure om de betaling van de gewaarborgde verplichtingen onder de toepassing van de gemeenschapswaarborg te brengen. Daartoe dient de projectvennootschap een verzoek te richten aan het Agentschap voor Infrastructuur in het Onderwijs (hierna: AGION), dat nagaat of het verzoek “voldoende informatie bevat en correct is”. Volgens het derde lid heeft AGION daarvoor een termijn van twintig werkdagen na ontvangst van het verzoek en geldt “[h]et stilzwijgen van AGION gedurende die termijn of na afloop ervan (...) als goedkeuring”.

Artikel 10 van het ontwerp bepaalt dan weer de procedure om de betaalbaarstelling van een afgeroepen gemeenschapswaarborg te verkrijgen. Volgens § 1, eerste lid, beschikt de Vlaamse minister bevoegd voor onderwijs (hierna: de minister) over een termijn van dertig dagen na de beoordeling van de afroep door AGION om te beslissen over de betaalbaarstelling. Het tweede lid bepaalt dat “[h]et stilzwijgen van de minister binnen en na afloop van de voormelde termijn van dertig dagen geldt als impliciete goedkeuring van de vraag tot betaalbaarstelling”.

5.2. Er dient te worden opgemerkt dat aan een stilzwijgende besluitvorming een aantal nadelen verbonden zijn. Ze is vooreerst niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijke beslissing ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven, en de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze zal worden meegedeeld of bekendgemaakt als een uitdrukkelijk genomen beslissing, met alle gevolgen van dien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van een dergelijke beslissing. Hierdoor houdt het procedé van de stilzwijgende beslissing ook een groter risico in voor een schending van de belangen van derden die op een impliciete, maar daarom niet minder verstrekkende wijze, in het gedrang kunnen komen. Voorts kan het procedé van de stilzwijgende beslissing in strijd komen met het algemeen belang, in zoverre een dergelijk procedé tot gevolg kan hebben dat een beslissing wordt

⁴ Er mag immers niet uit het oog worden verloren dat, in het geval de ontworpen regeling of een deel ervan zou worden beschouwd als een regeling inzake staatssteun, het miskennen van de aanmeldingsverplichting de onwettigheid van de betrokken staatssteun tot gevolg heeft, zelfs al zou die *in se* verenigbaar met het unierecht kunnen worden verklaard, alsmede, in beginsel, de verplichting tot terugvordering van de onrechtmatig toegekende steun (HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV CV*).

genomen zonder een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen. Ten slotte zijn die beslissingen uiteraard niet formeel gemotiveerd, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken.

5.3. De gemachtigde stelt dat in artikel 3, derde lid, van het ontwerp is geopteerd voor een stilzwijgende goedkeuring omdat “redelijkerwijze kan aangenomen worden dat eens een DBFM-overeenkomst door AGION is goedgekeurd, de gemeenschapswaarborg normaliter geen problemen zal stellen”.

Wat de stilzwijgende goedkeuring door de minister van de betaalbaarstelling van een afgeroepen gemeenschapswaarborg betreft, overeenkomstig artikel 10, § 1, tweede lid, van het ontwerp, verklaarde de gemachtigde:

“Voor de begunstigde van een gemeenschapswaarborg is het van belang dat de afroep ervan binnen vaste termijnen wordt afgehandeld.

Het verstrekken van een waarborg heeft tot doel aan de projectvennootschap de zekerheid te geven dat de inrichtende machten aan hun verplichtingen zullen voldoen. Indien zomaar kan getalmd worden met de behandeling van een afroep van de waarborg, dreigt de waarborg haar karakter van zekerheidsstelling te verliezen, waardoor het verhoopde prijsgunstige effect voor de overheid eveneens dreigt verloren te gaan.”

5.4. De argumentatie van de gemachtigde neemt niet weg dat een expliciete tijdige beslissing zowel vanuit het oogpunt van een zorg voor goed bestuur als van de rechtszekerheid, alsmede vanuit het oogpunt van de bewijsvoering, de voorkeur verdient boven een impliciete beslissing.

6. Daarenboven dient te worden opgemerkt dat artikel 10, § 1, tweede lid, van het ontwerp niet in de mogelijkheid voorziet voor de betrokken inrichtende macht om ten aanzien van de beslissing tot betaalbaarstelling van de gemeenschapswaarborg voor haar belangen op te komen, waardoor zij voor een voldongen feit zal worden geplaatst. Dit klemt des te meer doordat volgens artikel 10, § 4, van het ontwerp de betrokken inrichtende macht geconfronteerd zal worden met een terugvordering.

In dit opzicht dient de steller van het ontwerp te overwegen of het niet wenselijk is te voorzien in een vorm van preventieve rechtsbescherming ten behoeve van de betrokken inrichtende macht.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

7. Het is niet duidelijk wat de steller van het ontwerp in artikel 2, tweede lid, ervan bedoelt met “een overeenstemmende toestand”, naast een “staat van faillissement of vereffening”. Indien de steller daarmee doelt op de procedure van gerechtelijke reorganisatie zoals bedoeld in titel V van boek XX van het Wetboek van economisch recht, verdient het aanbeveling dat dit als zodanig wordt verwoord.

Artikel 3

8.1. Artikel 3, derde lid, van het ontwerp bepaalt de termijn waarbinnen AGION het verzoek van de projectvennootschap om de betaling van de gewaarborgde verplichtingen onder de toepassing van de gemeenschapswaarborg te brengen, kan onderzoeken, namelijk: “twintig werkdagen na ontvangst van het verzoek”. Aldus vormt de datum van ontvangst het uitgangspunt voor de termijn waarbinnen AGION het verzoek stilzwijgend kan goedkeuren dan wel uitdrukkelijk kan weigeren.

Opdat die datum van ontvangst onbetwistbaar zou kunnen worden vastgesteld, dient in het eerste lid te worden bepaald dat de projectvennootschap haar verzoek met een aangetekende brief tegen ontvangstbewijs aan AGION moet richten.

8.2. Er zij opgemerkt dat de voorgeschreven termijn van twintig werkdagen bij een stilzwijgende goedkeuring een beslissingstermijn is, terwijl hij in het geval van een weigeringsbeslissing een kennisgevingstermijn is.

Artikel 4

9. Uit de formulering van artikel 4, derde lid, van het ontwerp volgt dat het departement Financiën en Begroting een afschrift van de lijst van de DBFM-overeenkomsten die voor waarborguitvoering vatbaar verklaard zijn, zowel aan de projectvennootschap als aan AGION bezorgt.

De gemachtigde verklaarde in dit verband evenwel dat “[h]et (...) de bedoeling [is] dat de voor waarborguitvoering vatbaar verklaarde DBFM-overeenkomsten slechts aan de respectieve projectvennootschappen worden bezorgd”.

Het is aan te bevelen de formulering van het derde lid in die zin aan te passen.

Artikel 8

10. In acht genomen dat in de artikelen 9 en 10 het uitgangspunt van de termijn voor het advies van AGION en de (stilzwijgende) goedkeuring of weigering van de minister (mede) wordt bepaald door de datum van ontvangst van de afroep door AGION, verdient het aanbeveling de formulering van artikel 8 van het ontwerp aan te passen. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren als volgt:

“Als een projectvennootschap een gemeenschapswaarborg die haar is verleend, wil afroepen, moet ze dat met een aangetekende brief tegen ontvangstbewijs doen. AGION moet die aangetekende brief ontvangen binnen een periode van zes maanden na de datum waarop de projectvennootschap de gewaarborgde verplichtingen die onder de toepassing van de gemeenschapswaarborg vallen, opeisbaar heeft gesteld. (...)”

Artikel 9

11. Opdat de aanvang van de termijn van onderzoek duidelijker bepaald zou zijn, is het raadzaam in artikel 9, § 2, eerste lid, van het ontwerp de woorden “vanaf de datum van de afroep van de gemeenschapswaarborg” te vervangen door de woorden “vanaf de datum van ontvangst van de afroep van de gemeenschapswaarborg”.

Artikel 10

12. Ook in artikel 10, § 1, eerste lid, van het ontwerp is het raadzaam, opdat de aanvang van de termijn duidelijker bepaald zou zijn, de woorden “nadat AGION de afroep beoordeeld heeft” te vervangen door de woorden “vanaf de datum van ontvangst van het advies van AGION”.

13. Luidens artikel 10, § 1, vierde lid, van het ontwerp wordt de beslissing waarin de volledige of gedeeltelijke betaalbaarstelling van de gemeenschapswaarborg wordt geweigerd, gemotiveerd en vermeldt ze in elk geval de redenen waarom het bedrag waarvoor de gemeenschapswaarborg was afgeroepen, niet wordt betaald.

Het opleggen van een dergelijke motiveringsplicht is overbodig en misleidend. Het is overbodig omdat de beoogde beslissing onder de toepassing valt 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 zou bestaan indien ze niet uitdrukkelijk in die bepalingen is 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.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Jo BAERT