



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.067/1
van 20 april 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van besluiten van de Vlaamse Regering over strategische ecologiesteun, strategische transformatiesteun, steun O&O met kennisintensief karakter, innovatiesteun en steun samenwerkingsverband, wat betreft de terugbetaalbare voorschotten’

Op 19 maart 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en Landbouw verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van besluiten van de Vlaamse Regering over strategische ecologiesteun, strategische transformatiesteun, steun O&O met kennisintensief karakter, innovatiesteun en steun samenwerkingsverband, wat betreft de terugbetaalbare voorschotten’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 13 april 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 april 2021.

*

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 tot het wijzigen van een aantal subsidiebesluiten met als doel het gebruik van terugbetaalbare voorschotten, in de zin van artikel 2, 21, van de algemene groepsvrijstellingsverordening,¹ mogelijk te maken op het vlak van innovatie en economische ondersteuning met tussenkomst van het Agentschap Innoveren en Ondernemen (VLAIO). Tevens wordt in bepaalde gevallen in de mogelijkheid voorzien van steunverlening binnen de grenzen en voorwaarden, vermeld in artikel 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

3. De ontworpen regeling vindt rechtsgrond in, eensdeels, artikel 41*ter*, § 2, van het decreet van 21 december 2001 ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2002’ en, anderdeels, de artikelen 10 en 14, eerste lid, van het decreet van 16 maart 2012 ‘betreffende het economisch ondersteuningsbeleid’, zoals vermeld in de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

4. In de inleidende zin van artikel 1 van het ontwerp moet de zinsnede “, het laatst gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2018,” worden vervangen door de zinsnede “, het laatst gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021,”.

De redactie van de inleidende zin van artikel 2 van het ontwerp moet op dezelfde wijze worden aangepast.

5. In het ontworpen artikel 44/1, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 november 2012 ‘tot toekenning van steun aan ondernemingen voor strategische ecologie-investeringen in het Vlaamse Gewest’ wordt de minister opgedragen om de maximale verhoogde steunintensiteit te bepalen. In het ontworpen artikel 44/1, vierde lid, van hetzelfde besluit wordt

¹ In artikel 2, 21, van verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 ‘waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard’ (algemene groepsvrijstellingsverordening) wordt een “terugbetaalbaar voorschot” omschreven als “een lening voor een project die in één of meer tranches wordt betaald en waarbij de voorwaarden voor terugbetaling afhangen van de uitkomst van het project”.

de minister ermee belast om “de voorwaarden voor de procedure, de uitbetaling, de terugvordering en de terugbetaling van het terugbetaalbaar voorschot” te bepalen.

In het ontworpen artikel 44/1, derde en vierde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2013 ‘tot toekenning van strategische transformatiesteun aan ondernemingen in het Vlaamse Gewest’ (artikel 2 van het ontwerp), worden identieke bevoegdheden aan de minister gedelegeerd.

De gemachtigde bevestigde dat in de aangehaalde bepalingen wel degelijk verordenende bevoegdheden worden toegekend aan de minister maar dat het ter zake gaat om “louter de praktische en technische uitvoering van het voorliggend besluit van de Vlaamse Regering”.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het verleden reeds meermaals heeft opgemerkt, kan het toekennen van een verordenende bevoegdheid door de Vlaamse Regering aan één van haar leden, enkel toelaatbaar worden geacht in zoverre die delegatie slechts regels van bijkomstige aard of van beperkt belang betreft.

Wat de verhoging van de maximale verhoogde steunintensiteit betreft, zal deze verhoging overeenkomstig het bepaalde in artikel 7, lid 5, van de algemene groepsvrijstellingsverordening,² ten hoogste tien procentpunten kunnen bedragen. De bevoegdheid van de minister is alvast op dit punt enigszins afgebakend. Die vaststelling houdt evenwel niet noodzakelijk in dat de aan de minister gedelegeerde bevoegdheid daardoor een bijkomstig karakter verkrijgt of van een beperkt belang wordt. Evenmin valt uit te sluiten dat bepaalde aspecten van de bevoegdheid van de minister om “de voorwaarden voor de procedure, de uitbetaling, de terugvordering en de terugbetaling van het terugbetaalbaar voorschot” te bepalen, betrekking kunnen hebben op het vaststellen van regels die bezwaarlijk als zijnde van bijkomstige aard of van beperkt belang kunnen worden bestempeld.

De betrokken machtigingen aan de minister blijven niet alle beperkt tot aangelegenheden van beperkt of bijkomstig belang. Het ontwerp zal daarom, waar nodig, moeten worden aangevuld met een aantal bepalingen waarvan de vaststelling niet aan de minister kan worden overgelaten.

Artikel 3

6. In de inleidende zin van artikel 3 van het ontwerp moet melding worden gemaakt van het wijzigende besluit van de Vlaamse Regering van 20 november 2020. Men schrijft derhalve “... in Vlaanderen, gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 20 november 2020, wordt een punt 17° toegevoegd, dat luidt als volgt:”.

² In zowel het ontworpen artikel 44/1, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 november 2012, als het ontworpen artikel 44/1, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2013, wordt bepaald dat de verhoging van de maximale steunintensiteiten gebeurt “conform de voorwaarden, vermeld in artikel 7, lid 5,” van de algemene groepsvrijstellingsverordening.

Ook in de inleidende zin van de artikelen 5, 6, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17, en 20, en in de artikelen 7, 14, 18 en 19 van het ontwerp, dient nog melding te worden gemaakt van het wijzigende besluit van de Vlaamse Regering van 20 november 2020.

Artikelen 4 en 10

7. In het ontworpen artikel 2, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 ‘tot regeling van steun aan ondernemingen voor onderzoek en ontwikkeling met een kennisintensief karakter in Vlaanderen’, wordt melding gemaakt van het toekennen van steun “binnen de grenzen en de voorwaarden, vermeld in artikel 346 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie”.

Het ontworpen artikel 2, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 ‘tot regeling van steun aan ondernemingen voor ontwikkeling en innovatie in Vlaanderen’ (artikel 10 van het ontwerp), bevat eenzelfde vermelding.

Het voornoemde artikel 346 VWEU heeft een specifieke finaliteit die gericht is op de bescherming “van de wezenlijke belangen van [de] veiligheid [van de lidstaat]” en die inhoudt dat maatregelen kunnen worden genomen “die betrekking hebben op de productie van of handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal”. De lijst met producten waarvoor artikel 346 VWEU geldt, is beperkt en werd vastgesteld bij het besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958. De betrokken lijst doet ervan blijken dat enkel de daarop vermelde wapens, munitie en oorlogsmateriaal, met inbegrip van wapens ontworpen voor het gebruik van kernenergie, onder de toepassing van artikel 346 VWEU vallen en dat enkel voor producten met een strikt militaire bestemming een beroep kan worden gedaan op die verdragsbepaling.³ De afwijkingsregeling die is vervat in artikel 346 VWEU dient, net zoals die welke is opgenomen in artikel 347 VWEU, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie daarenboven eng te worden uitgelegd.⁴ Om al die redenen kan de vraag rijzen naar de relevantie of het praktisch nut van een verwijzing naar artikel 346 VWEU in de artikelen 4 en 10 van het ontwerp, ermee rekening houdend dat de in die artikelen beoogde steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, niet direct in verband te brengen valt met de militair geïnspireerde finaliteit van artikel 346 VWEU.

Hieromtrent om nadere toelichting verzocht de gemachtigde het volgende mee:

“Artikel 346 VWEU is een uitzonderingsgrond die stelt dat de lidstaten mogen afwijken van het Verdrag inzake openbare veiligheid en militaire zaken. Door een beroep te doen op dat artikel van het Verdrag kan een lidstaat inderdaad steun geven aan bv. onderzoek gerelateerd aan de militaire sector, zonder dat de staatssteunregels van

³ Zie o.m. HvJ 15 december 2009, *Commissie t. Italië*, C-239/06. Zie bvb. ook N. POURBAIX, “The future scope of application of Article 346 TFEU”, *Public Procurement Law Review*, 2011/1, 1-8.

⁴ Bij wijze van voorbeeld kan worden gerefereerd aan HvJ 16 september 1999, *Commissie t. Spanje*, C-414/97; HvJ 8 april 2008, *Commissie t. Italië*, C-337/05; HvJ 4 maart 2010, *Commissie t. Portugal*, C-38/06; HvJ 7 juni 2012, *Insinöörtoimisto Ins Tiimi Oy*, C-615/10; HvJ 2 april 2020, *Commissie t. Polen, Hongarije en Tsjechië*, C-715/17, C-718/17 en C-719/17.

toepassing zijn. De AGVV is dan niet van toepassing en er is geen aanmelding bij de EU vereist. De lidstaat is zelf verantwoordelijk voor de verantwoording van deze uitzonderingsrechtsgrond.

Dit artikel wordt gebruikt als een uitzonderlijke, extra rechtsgrond, naast de normale rechtsgrond die in de AGVV gevonden wordt. Enkel voor een zeer beperkt aantal dossiers die betrekking hebben op de militaire sector of op nationale veiligheid, wordt een theoretische rechtsgrond voorzien om eventueel af te wijken van de bepalingen van de AGVV. (...) Deze optie staat dus naast het algemene kader van het besluit en de AGVV.”

De draagwijdte van de verwijzing naar artikel 346 VWEU in de artikelen 4 en 10 van het ontwerp, en inzonderheid de gevolgen ervan voor de toepasselijke vrijstellingsregeling, zou duidelijker tot uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp. Daarenboven lijkt uit de door de gemachtigde verstrekte toelichting te kunnen worden afgeleid dat niet valt uit te sluiten dat de ontworpen steunregeling gevolgen kan hebben voor bepaalde veiligheidsbelangen die in voorkomend geval zullen samenvallen met elementen van nationale veiligheid en openbare orde waarvoor de federale overheid bevoegd is. Het kan daarom aanbeveling verdienen om deze laatste overheid voorafgaandelijk te informeren over de ontworpen regeling.

Artikel 5

8. In het ontworpen artikel 6, § 2, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017, wordt bepaald dat “[d]e modaliteiten voor de terugbetaalbare voorschotten, vermeld in punt 78 tot en met 81 van de kaderregeling, worden nageleefd”.⁵

De ontworpen artikelen 6, § 2, tweede lid, 8, § 2, tweede lid, en 9, § 2, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 ‘tot regeling van steun aan ondernemingen voor ontwikkelingen en innovatie in Vlaanderen’ (artikelen 11, 12 en 13 van het ontwerp), en het ontworpen artikel 6, § 2, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 december 2017 ‘tot regeling van steun aan consortia van ondernemingen voor onderzoek en ontwikkeling, ingebed in een ruimer samenwerkingsverband met onderzoeksorganisaties’ (artikel 17 van het ontwerp), zijn in identieke bewoordingen gesteld.

Hierover om nadere toelichting verzocht de gemachtigde het volgende mee:

“De rechtsbasis die wordt gecreëerd in de diverse besluiten van de Vlaamse regering is voorzien in de algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV) en niet in de Kaderregeling.

De AGVV werkt met vaste in aanmerking komende kosten en bruto steun equivalenten (BSE). In geval van steun die niet in de vorm van een subsidie, maar wel in de vorm van een terugbetaalbaar voorschot wordt toegekend, mag het maximale steunpercentage met 10% worden verhoogd. Er is in het kader van de AGVV dus steeds sprake van een duidelijk en transparant BSE.

⁵ Bedoeld wordt de Kaderregeling ‘betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie’, zoals die wordt omschreven in artikel 1, 10°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 ‘tot regeling van steun aan ondernemingen voor onderzoek en ontwikkeling met een kennisintensief karakter in Vlaanderen’.

De verwijzing naar de Kaderregeling O&O&I werd enkel opgenomen als verdere verduidelijking omtrent de inhoudelijke criteria die gebruikt zullen worden bij het beoordelen van de succesratio van de investering op basis waarvan de grootte van de terugvordering zal worden bepaald. De AGVV bevat geen dergelijke gedetailleerde uitwerking. De Vlaamse Regering heeft er voor geopteerd om omwille van de duidelijkheid en uniformiteit zo veel mogelijk de bestaande Europese toelichting terzake te gebruiken en heeft daarvoor in het ontwerp besluit vermeld dat de modaliteiten als vermeld in de Kaderregeling zullen worden toegepast.

Dat is dus een vrijwillige inhoudelijke toepassing van principes, zoals die vermeld zijn in de Kaderregeling, zonder dat die Kaderregeling procedureel van toepassing is. Het blijft een besluit dat onder de AGVV valt. Er is dus geen aanmelding op basis van de kaderregeling vereist.

Puur inhoudelijk is de passage in punt 79 van de Kaderregeling bovendien enkel van toepassing op situaties waarbij de bruto steun equivalenten niet duidelijk of transparant berekenbaar zouden zijn, waardoor er een eigen uitgewerkt systeem zou moeten worden opgesteld en aangemeld bij de EU. Aangezien in het ontwerp besluit gewerkt wordt met maximale steunpercentages op basis van aanvaardbare in aanmerking komende kosten, is er altijd sprake van een transparant BSE, zodat deze passage van de Kaderregeling niet van toepassing is.”

De door de gemachtigde geschetste draagwijdte van de verwijzing naar de Kaderregeling in de aangehaalde bepalingen van het ontwerp, en de eraan ten grondslag liggende bedoeling, blijken onvoldoende duidelijk uit de tekst van het ontwerp. Indien het uitsluitend de bedoeling is om in het ontwerp te verwijzen naar de “inhoudelijke criteria” van de Kaderregeling “zonder dat die Kaderregeling procedureel van toepassing is”, zouden de ontworpen bepalingen daar met zoveel woorden moeten van doen blijken.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME