

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 27 juni 1996 door de Vlaamse minister van Economie, KMO, Landbouw en Media verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van decreet tot regeling van de toekenning van een waarborg als verliesgarantie voor het verstrekken van risicodragend kapitaal, heeft op 10 oktober 1996 het volgend advies gegeven :

STREKKING VAN HET ONTWERP.

1. Het voor advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe een geëigend instrument in het leven te roepen om de behoefte aan risicodragend kapitaal in hoofde van de kleine en middelgrote ondernemingen te kunnen ondervangen.

Het Vlaams Waarborgfonds, bedoeld bij het decreet van 15 december 1993 tot bevordering van de economische expansie in het Vlaamse Gewest, zal benevens waarborgen op investeringskredieten, daartoe ook waarborgen kunnen verlenen aan participatiemaatschappijen die risicodragend kapitaal verstrekken aan kleine of middelgrote ondernemingen door middel van een kapitaalparticipatie of een achtergestelde lening. Deze waarborg heeft de vorm van een beperkte verbintenis tot terugbetaling van het risicokapitaal bij discontinuïteit van de onderneming. De verliezen, die uitbetaald worden door het Vlaams Waarborgfonds, zullen aangerekend worden op het Fonds voor de economische expansie en regionale reconversie - kleine ondernemingen.

2. Het ontwerp werkt die waarborg nader uit. Zo bepaalt het ontwerp een aantal voor de lezing van het decreet noodzakelijke definities (artikel 2), de omstandigheden en voorwaarden waaronder aan een participatiemaatschappij een waarborg kan worden verleend voor het verstrekken van risicokapitaal aan een onderneming door middel van een participatie of een achtergestelde lening (artikel 3), de wijze van toekenning van de waarborg

.../...

(artikelen 4 en 7 tot 10), een machtiging aan de Vlaamse regering de voorwaarden te bepalen waaraan ondernemingen moeten voldoen om in aanmerking te komen voor gewaarborgd risicodragend kapitaal (artikel 5), alsmede de voorwaarden waaraan de participatie of achtergestelde lening moet voldoen om in aanmerking te komen voor waarborgverlening (artikel 6).

BEVOEGDHEID.

1. Luidens artikel 6, § 1, VI, eerste lid, 1^o, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is het Vlaamse Gewest, wat de economie betreft, bevoegd voor het economisch beleid. Hieronder dient het gewestelijk expansiebeleid inclusief een waarborgregeling begrepen te worden (1).

1.2. Luidens artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 4^o, van dezelfde bijzondere wet is de federale overheid nochtans bevoegd om - onder meer binnen het raam van het algemeen normatief kader van de economische en monetaire unie en, luidens de parlementaire stukken, om een opbod tussen de Gewesten te vermijden (2) - algemene regels vast te stellen

(1) Zie de memorie van toelichting bij het ontwerp dat de bijzondere wet van 8 augustus 1988 is geworden, Gedr. St., Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, blz. 7-12.

(2) Gedr. St., Kamer B.Z. 1988, nr. 516/1, blz. 11.

inzake de maxima voor hulp aan ondernemingen op het gebied van de economische expansie, die slechts met het akkoord van de Gewesten gewijzigd kunnen worden.

1.2.1. Artikel 4 van de wet van 17 juli 1959 tot invoering en ordening van maatregelen ter bevordering van de economische expansie en de oprichting van nieuwe industrieën, beperkt de staatswaarborg voor leningen die niet werden verleend door een openbare kredietinstelling tot 50 % van de som die na verwezenlijking van de ten gunste van de lener gebeurlijk vastgestelde waarborgen nog moet worden betaald. Artikel 19, § 2, van de wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie beperkt de staatswaarborg voor de in artikel 19, § 1, 1^o, bedoelde leningen die niet werden toegestaan door een openbare kredietinstelling en voor de in artikel 19, § 1, 2^o, bedoelde verwerving of intekening op aandelen door een andere instelling dan een instelling uit de openbare financiële sector tot 75 % van de nog verschuldigde som, na het te gelde maken van de waarborgen die eventueel ten gunste van de lener werden gegeven.

1.2.2. Artikel 13, § 2, van het decreet van 15 december 1993 tot bevordering van de economische expansie in het Vlaamse Gewest bevat een maximum van 90 % voor leningen in het algemeen. In zijn advies L. 21.070/1 van 19 september 1991 over een voorontwerp van decreet "tot bevordering van de economische expansie in het Vlaamse Gewest" (1), heeft de

(1) Gedr. St., Vl. R., 1990-91, nr. 567/1, blz. 40 e.v.; zie daarin de bespreking van artikel 17.

Raad van State aanvaard dat de decreetgever dit percentage mocht bepalen zonder medewerking van de federale overheid.

1.3. Artikel 7, § 2, van het voor advies voorgelegde ontwerp bepaalt de maximale verliesgarantie voor participaties en achtergestelde leningen als een percentage van het (definitieve) verlies (bij discontinuïteit). De vraag rijst of het uitgedrukte maximumpercentage een maximum "voor hulp aan ondernemingen" is als bedoeld in het voornoemde artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 4^o, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Zoals in het zoëven in herinnering gebrachte advies L. 21.070/1, kan ervan worden uitgegaan dat de decreetgever dit percentage mag bepalen zonder medewerking van de federale overheid. Ook hier wordt het in het ontwerp vermelde maximum van de waarborg immers uitgedrukt in een percentage van het definitieve verlies, zoals dit begrip bepaald zal worden door de Vlaamse regering, zodat de hoogte van het bedoelde maximum door de aldus ingebouwde variabiliteit te wisselend is om gezien te kunnen worden als een maximum dat als een garantie van gelijkheid in de door de Gewesten aangeboden steunmaatregelen is bedoeld. De maximumpercentages liggen overigens ook beneden deze bedoeld in de voornoemde wetten van 17 juli 1959 en 30 december 1970.

2.1. Uit het ontwerp blijkt te moeten worden afgeleid dat de waarborg verleend wordt door het Vlaams Waarborgfonds. Artikel 4 van het ontwerp wijzigt daartoe de samenstelling van het beheerscomité van het Waarborgfonds, bepaald in artikel 14, § 2, 1^o, van het voornoemde decreet

.../...

van 15 december 1993. Het aantal leden benoemd op voordracht van de Vlaamse regering (thans vier) wordt verhoogd tot vijf leden, waarvan minstens één lid behoort tot de publieke, en één lid tot de private participatiemaatschappijen.

2.2. In dat verband moet de Raad van State de aandacht vestigen op de eigenaardige rechtstoestand van het Vlaams Waarborgfonds in de schoot van de Nationale Kas voor het Beroepskrediet, en terzake refereren aan zijn voornoemde adviezen L. 21.070/1 (1) en L. 22.294/1 van 1 april 1993 over een voorontwerp van decreet "tot bevordering van de economische expansie in het Vlaamse Gewest", dat het voornoemde decreet van 15 december 1993 met hetzelfde opschrift is geworden (2).

In het advies L. 21.070/1 heeft de Raad van State opgemerkt dat het Vlaamse Gewest ongetwijfeld een eigen Vlaams Waarborgfonds kan oprichten, maar dat de decreetgever zulk een fonds niet kan oprichten bij een federale instelling. De Raad van State adviseerde daarom dat het Vlaamse Gewest hetzij een samenwerkingsakkoord zou sluiten met de federale overheid in de zin en op de wijze bepaald in artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 waarbij de Nationale Kas voor het Beroepskrediet de dienst van het Vlaams Waarborgfonds waarneemt, derwijze dat de betrokken rechtshandelingen door de Nationale Kas voor het Beroepskrediet in eigen naam worden gesteld, doch

(1) Gedr. St., Vl. R., 1990-1991, nr. 567/1, blz. 56 - 58.

(2) Gedr. St., Vl. R., 1992-1993, nr. 361/1, blz. 23 e.v.

aangerekend worden op het Vlaams Waarborgfonds, onder de waarborg van het Vlaamse Gewest, hetzij bij decreet een autonoom Vlaams Waarborgfonds met rechtspersoonlijkheid zou oprichten, maar tegelijk de Vlaamse regering zou machtigen om, namens dat Fonds, met de Nationale Kas voor het Beroepskrediet een bestuursovereenkomst te sluiten, waarbij deze met de opdrachten inzake het beheer van de gewestwaarborg wordt bekleed.

De zoëven in herinnering gebrachte opmerkingen gelden eveneens met betrekking tot het onderhavige ontwerp. Bovendien dient er, zoals in het advies L. 22.294/1, op gewezen te worden dat de wijzigingen die het ontwerp aanbrengt aan de wet van 4 augustus 1978 uiteraard enkel op het Vlaamse Gewest betrekking kunnen hebben.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Het ontwerp laat vanuit legistiek en redactioneel oogpunt veel te wensen over. Zie hierna de artikelsgewijze bespreking. Op vele punten is de memorie van toelichting bovendien duidelijker en vollediger. De concordantie tussen de tekst van het ontwerp en de memorie van toelichting dient opnieuw te worden bekeken.

2. In het voornoemde advies L. 22.294/1 heeft de Raad van State er reeds de aandacht op gevestigd dat de regeling van een nochtans belangrijke aangelegenheid als de economische expansie over te veel wetten en decreten is

.../...

verspreid om behoorlijk leesbaar te zijn en dat gedacht kan worden aan een codificatie. Het ontwerp geeft aanleiding tot dezelfde opmerking. Naast de regeling van gewest-waarborgen vervat in artikel 19 van de voornoemde wet van 30 december 1970 voor bepaalde grote ondernemingen en in artikel 13 van het voornoemde decreet van 15 december 1993 voor kleine en middelgrote ondernemingen, stelt het ontwerp immers een nieuwe waarborgregeling in voor kleine en middelgrote ondernemingen. Het ontwerp laat in het midden hoe deze waarborgregeling zich verhoudt tot de andere waarborgregelingen en vormen van tegemoetkoming in het kader van de expansiesteun.

3. Artikel 2, 1°, van het ontwerp definieert het begrip "kleine en middelgrote onderneming" middels een verwijzing naar de omschrijving in de EU-kaderregeling met betrekking tot het midden- en kleinbedrijf van 20 mei 1992, gewijzigd bij de Aanbeveling van de Commissie van 3 april 1996 betreffende de definitie van de kleine en middelgrote ondernemingen.

De bedoelde definitie wijkt onder meer af van deze van artikel 2, 2° en 3°, van het decreet van 15 december 1993 of van artikel 2, § 1, van het decreet van 31 maart 1993 betreffende een financiële tegemoetkoming door het Vlaamse Gewest ten behoeve van kleine ondernemingen die een beroep doen op erkende externe bedrijfsadviseur. Mede in het licht van de voornoemde aanbeveling van de Europese Commissie een eenvormige definitie te gebruiken, zou de decreetgever kunnen overwegen een eenvormige inhoud te geven

.../...

aan het begrip "kleine en middelgrote ondernemingen" wat de expansiewetgeving betreft.

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Artikel 2.

1º Het begrip "onderneming".

1. Zoals hoger opgemerkt verdient het aanbeveling de begrippen, die voor de toepassing van meerdere decreten en besluiten worden gehanteerd, onderling op elkaar af te stemmen.

De voorwaarden waaraan een "onderneming" dient te voldoen teneinde voor de toepassing van het decreet in aanmerking te komen, dienen duidelijkheidshalve uit de definitie te worden gelicht en in een afzonderlijke bepaling te worden opgenomen.

Ten slotte dient erover gewaakt te worden dat alle toepassingsvoorwaarden van het decreet in de tekst ervan zelf worden opgenomen, en niet in de memorie van toelichting.

.../...

2. Sinds de wijziging van artikel 1 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen door de wet van 13 april 1995 kan men alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid aanduiden als "de vennootschappen die de rechtsvorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen".

3. Het vereiste dat "de onderneming juridisch opgericht moet zijn" verwijst, zoals blijkt uit de verklaringen van de gemachtigde ambtenaar, naar de verplichting de onderneming als een afzonderlijke rechtspersoon te structureren. Deze verklaring schept onduidelijkheid in het licht van de verwijzing, in het 1^o van artikel 2, naar de "eenmanszaken", nu deze zowel de door een natuurlijke persoon uitgeoefende activiteit, als de eenpersoonsvennootschap tot voorwerp kunnen hebben. Indien enkel laatstgenoemde bedoeld zijn, volstaat het te verwijzen naar "de vennootschappen die de rechtsvorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen".

Indien het de bedoeling van de stellers van het ontwerp is de natuurlijke personen uit te sluiten van het voordeel van de waarborgregeling, zou een dergelijke uitsluiting strijdig kunnen worden bevonden met de regel van de gelijkheid, bedoeld in artikel 10 van de Grondwet. De Vlaamse regering zal moeten verduidelijken in welke mate een eventuele afwijking van het gelijkheidsbeginsel redelijk verantwoord kan worden in het licht van het aangeduide doel, en evenredig is ten aanzien van deze doelstelling.

.../...

4. Ten aanzien van het vereiste dat enkel ondernemingen die zijn "opgericht naar Belgisch recht" voor de waarborgregeling in aanmerking kunnen komen, moet worden gewezen op de verplichting tot gelijke behandeling zoals deze voortvloeit uit het Europese recht. Derhalve dient, zoals overigens ook bepaald werd in het voormelde decreet van 15 december 1993, het toepassingsgebied beperkt te worden tot de ondernemingen "die beschikken over een exploitatiezetel in het Vlaamse Gewest, of die zich ertoe verbinden in het Vlaamse Gewest een exploitatiezetel te vestigen" ongeacht of zij naar Belgisch dan wel naar buitenlands recht werden opgericht.

5. Daar niet alle ondernemingen titularis dienen te zijn van een B.T.W.-nummer, vermeldde men "indien wettelijk vereist, titularis zijn van een B.T.W.-nummer".

6. De inschrijving in het handelsregister is enkel vereist voor de handelaar en voor de vennootschappen die handels- of ambachtelijke activiteiten tot doel hebben. De burgerlijke vennootschappen worden daarentegen ingeschreven in het register van de burgerlijke vennootschappen (zie artikel 10, § 2, gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen).

Indien de Vlaamse regering het voornemen heeft, behoudens rechtspersonen, ook natuurlijke personen voor de voordelen van de waarborgregeling in aanmerking te laten

.../...

komen, dient het ontwerp ook melding te maken van de verplichting tot inschrijving in het ambachtsregister (1).

7. De verplichting naar luid waarvan de ondernemingen "moeten voldoen aan de bepalingen betreffende de vestiging, uitbreiding en exploitatie van ondernemingen en aan de vigerende milieureglementering", is te vaag geredigeerd en behoeft verduidelijking, onder meer door verwijzing naar de bepalingen waarvan de naleving een voorwaarde is tot het verkrijgen van de waarborg, of voor het behoud ervan.

8. Zoals reeds vermeld verdient het aanbeveling het begrip "onderneming" en de voorwaarden waaraan een onderneming dient te voldoen teneinde in aanmerking te komen voor de toepassing van de waarborgregeling, afzonderlijk te omschrijven. In die zin is het wenselijk een afzonderlijke definitie op te nemen van de "kleine en middelgrote ondernemingen", waarbij steun kan worden gevonden in de aanbeveling van de Europese Commissie van 3 april 1996. Een algemene verwijzing naar deze Europese aanbeveling is niet wenselijk, mede daar deze aanbeveling meerdere definities omvat.

(1) Zie artikel 1 van de wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister. De vennootschappen die een ambachtelijke activiteit tot voorwerp hebben worden ingeschreven in het handelsregister (artikel 3 van dezelfde wet).

Onverminderd de algemene opmerking 3 kan, afgaande op wat daaromtrent staat in de memorie van toelichting, de omschrijving van de kleine en middelgrote ondernemingen geschieden aan de hand van volgende criteria :

- a) het aantal werknemers zal niet meer dan 100 bedragen. De wijze van berekening van het aantal werknemers kan geschieden aan de hand van de criteria vastgesteld in het koninklijk besluit van 4 augustus 1996 betreffende de sociale balans;
- b) het balanstotaal of de jaaromzet;
- c) ten hoogste 25% van het maatschappelijk kapitaal mag in het bezit zijn van één of meerdere grote ondernemingen, met uitzondering van openbare investeringsmaatschappijen of participatiemaatschappijen, of, mits geen controle wordt uitgeoefend, institutionele beleggers.

Indien, met het oog op de nadere bepaling van de kleine of middelgrote onderneming het decreet verwijst naar de criteria "omzet" of "balanstotaal" kan worden gesteund op de criteria omschreven in de wetgeving op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen. Aldaar wordt de kleine onderneming omschreven als diegene waarvan het balanstotaal 100 miljoen BEF en de omzet 200 miljoen BEF

.../...

onderschrijden (1). Luidens de memorie van toelichting wordt voorgesteld deze criteria te bepalen aan de hand van geconsolideerde gegevens, waarbij een omzet van 40 miljoen Ecu (ong. 1600 milj. BEF) en een geconsolideerd balanstotaal van 27 miljoen Ecu (1.080 milj. BEF) in het vooruitzicht worden gesteld. Het verdient aanbeveling voor de berekening van deze gegevens te verwijzen naar de wetgeving op de jaarrekening van de ondernemingen, meer in het bijzonder naar het koninklijk besluit van 12 september 1983 tot uitvoering van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen en het koninklijk besluit van 6 maart 1990 op de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen.

9. Het uit de waarborgregeling sluiten van de ondernemingen die van de expansiesteun zijn uitgesloten, kan beter worden vermeld onder de voorwaarden inzake de toekenning van de waarborg (zie artikel 3).

2° Het begrip "participatiemaatschappij".

10. Men verwijze preciezer naar de "publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen, ongeacht hun nationaliteit, opgericht onder de vorm van een vennootschap, en die aan de volgende voorwaarden voldoen :

(1) Zie het koninklijk besluit van 27 april 1995 tot wijziging van art. 12, § 2, van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen alsook van bepaalde uitvoeringsbesluiten van die wet.

- het maatschappelijk doel omvat hoofdzakelijk het verstrekken van risicodragend kapitaal aan ondernemingen, andere dan verbonden ondernemingen;
- hun activa omvatten minstens voor de helft financiële vaste activa, in de zin van de wetgeving op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen".

De uitsluiting van de voor rekening van het Vlaamse Gewest handelende publiekrechtelijke investeringsmaatschappijen en de ermede verbonden afzonderlijke fondsen kan, met het oog op de coherentie van het ontwerp, beter worden bepaald onder de voorwaarden inzake de toekenning van de waarborg (artikel 3 van het ontwerp).

3° Het begrip "participatie".

11. Voor de toepassing van dit decreet kan men als "participatie" definiëren : de "aandelen, uitgegeven door een onderneming, rechtstreeks geplaatst bij een participatiemaatschappij die deze onmiddellijk volstort in contanten, ongeacht of deze tezelfdertijd ook winstbewijzen verwerft".

Het vereiste dat de winstbewijzen niet onder de waarborgregeling vallen, wordt vanuit wetssystematisch oogpunt, beter in artikel 3 vermeld.

.../...

4º Het begrip "achtergestelde lening".

12. Het begrip van de "achterstelling" kan op meer precieze wijze gedefinieerd worden aan de hand van de formulering die wordt gehanteerd in artikel 14, § 2, b), van het bij ministerieel besluit van 31 december 1995 goedgekeurde besluit van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen betreffende het eigen vermogen van de kredietinstellingen (1). Gezien de regeling van conventionele aard is, verdient het aanbeveling in deze overeenkomst een regeling te treffen voor het vraagstuk van de samenloop tussen de regionale waarborgfondsen en het federale participatiefonds.

De uitsluiting van de "zaakvoerders, vennoten en schuldeisers te kwader trouw" is onduidelijk. De vraag rijst of het vereiste van de kwade trouw enkel verwijst naar de schuldeisers, dan wel ook naar de zaakvoerder en vennoten. Het ontwerp behoeft op dit punt verduidelijking.

(1) Deze definitie luidt als volgt : "Het verstrekken van fondsen op achtergestelde basis betekent dat in situaties van samenloop van alle schuldeisers op het gehele vermogen van de debiteur of emittent, met name bij diens faillissement, aanvraag tot gerechtelijk akkoord of vrijwillige of gedwongen vereffening, de achtergestelde schuldeiser onherroepelijk afstand doet van zijn recht op een gelijke behandeling ten opzichte van de andere niet-bevoorrechte schuldeisers; de achtergestelde schuldeiser aanvaardt, met andere woorden, dat de debiteur of emittent, in diezelfde situaties van samenloop, slechts verplicht is hem te betalen nadat vooraf alle andere schuldeisers zijn betaald of de nodige sommen hiertoe in consignatie zijn gegeven".

Artikel 3.

13. De voorgestelde bepaling omschrijft niet duidelijk waaruit het gewaarborgde risico bestaat.

Daarenboven worden de voorwaarden voor het verlenen van de waarborg bij voorkeur in één bepaling gegroepeerd. Zulk een bepaling zou als volgt kunnen worden gestructureerd :

"De waarborg voor verstrekt risicodragend kapitaal kan worden verleend onder de volgende voorwaarden :

1º de waarborg kan alleen voor de volgende doelstellingen worden verleend, voor zover er een aanwijsbare band bestaat tussen doel en financiering :

- a) ...
- b) ...
- ...

(zie artikel 3, § 1 van het ontwerp);

2º de onderneming moet aan de volgende voorwaarden voldoen :

- a) ...
- b) ...
- ...

(zie de memorie van toelichting bij artikel 2);

.../...

3° de participatiemaatschappij moet aan de volgende voorwaarden voldoen :

- a) ...
- b) ...
- ...

(zie artikel 3, § 2, van het ontwerp).

De Vlaamse regering kan bijzondere bijkomende voorwaarden bepalen waaraan de aanvragers moeten voldoen teneinde de waarborg te bekomen of te behouden".

14. De begrippen gehanteerd in artikel 3, § 1 zijn in menig opzicht vaag en behoeven, minstens in de memorie van toelichting, nadere verduidelijking.

Dit geldt alleszins voor de begrippen "familie-kapitaal", "sterke technologische vernieuwing", "positieve invloed op de toegevoegde waarde" en "nieuwe sectoren".

Bepaalde regelen, die enkel in de memorie van toelichting worden vermeld, dienen in de tekst zelf van het ontwerp opgenomen te worden (zo bijvoorbeeld de regel dat de waarborg niet zal worden verleend voor "bedrijfsovername om louter financiële of marktredenen").

.../...

15. De voorwaarden vermeld in artikel 3, § 2, van het ontwerp hebben betrekking op het verkrijgen of het behouden van de waarborg. Dat laatste dient met zoveel woorden in de tekst van het ontwerp te worden vermeld.

Ten dele zijn die voorwaarden overbodig : aldus is het vereiste dat de participatiemaatschappij "conform art. 2, 2°" zou zijn opgericht overbodig, gelet op de definitie vervat in artikel 2.

Andere voorwaarden dienen nader verduidelijkt te worden :

- de sub 2° vermelde voorwaarde behoort minstens in de memorie van toelichting nader omschreven te worden;
- ten aanzien van de sub 6° bepaalde verbintenis om in te staan voor de medebegeleiding van het bedrijf (men leze : van de onderneming) en de ondersteuning van de bedrijfsleiders rijst de vraag of het niet wenselijk is om, gelet op de aansprakelijkheid die hieruit kan voortvloeien, de tekst van artikel 3, § 2, 6°, aan te vullen met de woorden "zonder zich te mogen inlaten met het bestuur ervan";
- de sub 7° geformuleerde voorwaarde is erg vaag : betreft het hier een voorwaarde betreffende het doel van de participatiemaatschappij, of een voorwaarde die specifiek betrekking heeft op het risicokapitaal waarop de waarborg slaat ?

.../...

De woorden "substantiële ervaring of notoriëteit" zouden best in de memorie van toelichting nader verduidelijkt worden.

16. De bijkomende voorwaarden vermeld in artikel 3, § 3, dienen begrepen te worden als bijzondere voorwaarden met betrekking tot een bepaalde waarborgaanvraag.

Terzake dient verduidelijkt te worden dat deze voorwaarden worden gesteld teneinde de waarborg te verkrijgen of te behouden.

Artikel 4.

17. Gezien in dit artikel meerdere uiteenlopende materies worden geregeld, is het wenselijk het artikel in meerdere artikelen op te splitsen.

Aldus dient afzonderlijk bepaald te worden wie de waarborg toekent, hoe de aanvraag wordt ingediend, vanaf welk tijdstip de waarborg geldt, en welke de confidentialiteitsverplichtingen zijn waartoe de instantie gehouden zal zijn die de aanvraag onderzoekt of de waarborg toekent (1).

(1) Zie artikel 12 van het decreet van 31 juli 1990 tot reorganisatie van de Vlaamse Commissie voor preventief bedrijfsbeleid.

Op grond hiervan, en voor zover zulks strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp, kan volgend tekstvoorstel ter overweging worden gegeven :

"Art. (...)

De participatiemaatschappij en de onderneming sluiten een overeenkomst betreffende het verlenen van risicodragend kapitaal, onder voorbehoud van het verlenen van de waarborg.

Op grond van deze overeenkomst dient de participatiemaatschappij bij het Vlaams Waarborgfonds, bedoeld bij artikel 14 van het decreet van 15 december 1993 tot bevordering van de economische expansie in het Vlaamse Gewest, een aanvraag in strekkende tot het verkrijgen van de waarborg.

Het Vlaams Waarborgfonds kan de vorm van de aanvraag vaststellen.

Art. (...)

De Vlaamse regering stelt, op advies van het Vlaams Waarborgfonds, het werkingsreglement inzake waarborg voor risicokapitaal vast. Het reglement bepaalt de wijze van beoordelen van de investeringscriteria, het ondernemingsplan en het financieringsplan, de opvolgings- en begeleidingswerkzaamheden, de mede te delen documenten en het bestuur.

Het Vlaams Waarborgfonds beslist over de toekenning van de waarborg overeenkomstig het werkingsreglement.

.../...

Art. (...)

Onverminderd de verplichtingen die hun door een wet, een decreet of een besluit zijn opgelegd en buiten de gevallen waarin ze in rechte dienen te getuigen, mogen de leden van het Beheerscomité van het Vlaams Waarborgfonds, de ambtenaren die hen bijstaan en de externe deskundigen die in opdracht van voornoemd comité analyses hebben verricht, geen ruchtbaarheid geven aan de gegevens of feiten waarvan zij bij het uitvoeren van hun opdracht kennis krijgen.

Alle personen die ambtshalve van deze gegevens of feiten kennis krijgen zijn door dezelfde zwijgplicht gehouden".

Hetgeen is bepaald in artikel 4 van het ontwerp m.b.t. artikel 14, § 2, van het decreet van 15 december 1993, dient - onverminderd de opmerking inzake bevoegdheid - te worden geredigeerd onder de vorm van een wijzigingsbepaling, te plaatsen achteraan het ontwerp.

Artikel 5.

18. De bepalingen van het ontworpen artikel hebben betrekking op de voorwaarden van toekenning van de waarborg, en sluiten derhalve beter onmiddellijk aan op artikel 3.

Met betrekking tot de samenwerking met de Vlaamse Commissie voor preventief bedrijfsbeleid dient verduidelijkt te worden hoever deze samenwerkingsplicht gaat : houdt zij de verplichting in de aanbeveling van deze Commissie op te

.../...

volgen ? Zo ja, dient geattendeerd te worden op de eventuele aansprakelijkheid van deze Commissie.

Artikel 6.

19. Het verdient aanbeveling de terminologie aan te passen aan de gebruikelijke Nederlandstalige begrippen. Aldus verwijze men naar lineaire obligaties (in plaats van naar OLO's), naar het rendement van het gehele risicokapitaal, inclusief het niet-gewaarborgde deel (in plaats van "all in"), terwijl een "franchise" wellicht beter als "vrijstelling" wordt aangeduid.

Het is niet duidelijk waarom de tijdsbeperking van zeven jaar bedoeld in paragraaf 1, 1°, van artikel 6, afwijkt van de duurtijd van de waarborg zelf, die tot vijf jaar is beperkt.

Dezelfde bepaling kan toepassingsproblemen doen ontstaan ingeval het risicokapitaal verstrekt wordt onder de vorm van aandelen. Het verdient aanbeveling te verduidelijken welke technieken de partijen mogen aanwenden teneinde te verzekeren dat de participatie in de tijd zal worden beperkt. Aldus kan worden verwezen naar technieken van geoorloofde inkoop van eigen aandelen, met toepassing van artikel 52bis van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, op portage-overeenkomsten, en andere technieken.

.../...

Gelijkaardige toepassingsmoeilijkheden zijn evenmin uitgesloten wat de sub 5° bepaalde voorwaarden betreft. Het is immers niet duidelijk hoe het ontwerp kan voorkomen dat, nu een rendement kan worden bedongen onder meer ten aanzien van de achtergestelde leningen, dat rendement de leefbaarheid van de onderneming (niet : het bedrijf) in het gedrang brengt.

Het 7° ware duidelijker gesteld als volgt :

"7° indien de waarborg betrekking heeft op een participatie en op een achtergestelde lening, wordt de waarborg vooreerst aangerekend op de participatie".

Uit de regel geformuleerd in paragraaf 2 valt af te leiden dat de waarborg steeds op discretionaire basis wordt verleend. Het verdient wel aanbeveling om te verduidelijken dat, indien bijkomende voorwaarden worden bepaald, deze alleen voor de toekomstige waarborgverbintenissen kunnen gelden.

Artikel 7.

20. In artikel 7, § 1, bepale men duidelijkheidshalve dat, nadat het Vlaams Waarborgfonds de waarborg heeft toegekend, de overeenkomst inzake risicokapitaal gesloten tussen de onderneming en de participatiemaatschappij in werking zal treden, en dat de waarborg wordt toegekend voor een periode van vijf jaar, welke een aanvang neemt zes maanden nadat de overeenkomst in werking is getreden.

.../...

Voor artikel 7, § 2, wordt de volgende redactie voorgesteld :

"De waarborg wordt toegekend voor de terugbetaling aan de participatiemaatschappij van het definitief verlies op het gewaarborgd gedeelte van het risicodragend kapitaal.

Deze terugbetaling bedraagt :

- bij een participatie ...
- bij een achtergestelde lening ...

De Vlaamse regering bepaalt wat onder definitief verlies moet worden verstaan, hoe de berekening ervan gebeurt en op welke wijze en in welke verhouding het dividend, voortvloeiend uit de vereffening of uit het faillissement van de onderneming, moet worden aangerekend tussen de participatiemaatschappij en de waarborgkas."

Artikel 8.

21. Deze bepaling wordt duidelijker gesteld als volgt :

"De participatiemaatschappij dient, in de vorm te bepalen door de Vlaamse regering, een aanvraag in tot terugbetaling bij het Vlaamse Waarborgfonds. Het beheerscomité beslist over de aanvraag. Het beheerscomité vordert jaarlijks de terugbetaalde verliezen terug ten laste van het Fonds voor economische expansie en regionale reconversie - kleine ondernemingen, bedoeld in artikel 2, § 4, van het

.../...

decreet van 21 december 1990 houdende begrotingstechnische bepalingen alsmede bepalingen tot begeleiding van de begroting 1991".

Artikel 10.

22. Deze bepaling bevat een aantal te ruime delegaties met betrekking tot de voorwaarden van toekenning of intrekking van de waarborg. Deze delegaties zijn van aard de voorwaarden van toekenning bedoeld in artikel 3 uit te hollen. Daarom dienen in de tekst van het ontwerp de essentiële criteria te worden aangegeven welke de Vlaamse regering zal moeten in aanmerking nemen bij het uitoefenen van de aldus gedelegeerde bevoegdheden.

Verder behoeft verduidelijking de vraag of bij niet-naleving van de voorwaarden, de waarborg van rechtswege vervalt, dan wel eerst na beslissing van de bevoegde overheid.

Voorts dient de beroepsmogelijkheid in het decreet zelf te worden geregeld, en niet louter te worden vermeld in de memorie van toelichting.

De kamer was samengesteld uit

de Heren : J. DE BRABANDERE, kamervoorzitter,
M. VAN DAMME, staatsraden,
D. ALBRECHT,
G. SCHRANS, assessoren van de
E. WYMEERSCH, afdeling wetgeving,
Mevrouw : A. BECKERS, griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. L. VERMEIRE, adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS.

J. DE BRABANDERE.