

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 37.393/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 14 juni 2004 door de Vlaamse minister van Economie, Buitenlands Beleid en e-government verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering "houdende uitvoering van het decreet betreffende het activeren van risicokapitaal in Vlaanderen", heeft op 1 juli 2004 het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de Vlaamse regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse regering strekt ertoe uitvoering te geven aan een aantal bepalingen van het decreet van 19 december 2003 betreffende het activeren van risicokapitaal in Vlaanderen, hierna "het decreet" genoemd.

2. Met betrekking tot de rechtsgrond van de ontworpen regeling moeten de volgende twee opmerkingen worden gemaakt.

2.1. Voor een aantal bepalingen van het ontwerp is geen rechtsgrond voorhanden. Dat is het geval voor:

- artikel 1, 6°, waarin een omschrijving wordt gegeven van het begrip "doelonderneming", waardoor in beperkende zin wordt afgeweken van de artikelen 16 tot 19 van het decreet. Het staat niet aan de Vlaamse regering om, zonder daartoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd, af te wijken van het betrokken begrip en op die wijze het door de decreetgever uitgetekende toepassingsgebied van de regeling te wijzigen;

.../...

- artikel 16, dat een vergoeding invoert voor de behandeling van het aanvraagdossier voor het krijgen van een erkenning en dat bepaalt dat ARKimedes Management N.V. aanvullende afspraken kan maken voor het terugbetalen van kosten voor het onderzoeken van dossiers;
- artikel 19, dat ARKimedes Management N.V. bevoegd maakt om de termijnen te bepalen voor dewelke een erkenningsbelofte wordt toegekend, alsmede de voorwaarden waaronder dat kan gebeuren. Dergelijke regeling is niet in overeenstemming met artikel 11, § 1, tweede lid, van het decreet, op grond waarvan het de Vlaamse regering zelf is die de voorwaarden bepaalt waaraan risicokapitaalverschaffers of hun beheerders moeten voldoen om een erkenningsbelofte te krijgen;
- artikel 25, dat erop neerkomt dat aan ARKimedes Management N.V., via het procédé van de voorafgaande goedkeuring, een vetorecht wordt verleend met betrekking tot bepaalde handelingen van een ARKIV (artikel 25, 3° tot 5°, en 8° tot 11°) en de aandeelhouders ervan (artikel 25, 1°, 2°, 6° en 7°), van de ARKIV-beheerders (artikel 25, 1°, 6° en 7°) of van de ARKIV-beheersvennootschap (artikel 25, 1° en 6°) en de aandeelhouders van deze beheersvennootschap (artikel 25, 1°, 2°, 6° en 7°). In de mate dat artikel 25 van het ontwerp afwijkt van dwingende voorschriften van het vennootschapsrecht ¹ moet worden opgemerkt dat, bij gebreke van een uitdrukkelijke decretale machtiging, dergelijke afwijking in geen geval zaak kan zijn van de Vlaamse regering;
- de artikelen 41 tot 44, die de oprichting en het beheer van de ARKimedes-fondsen regelen. Uit de artikelen 4, 1°, en 5, § 2, van het decreet, volgt dat dergelijke regeling geen zaak is van de Vlaamse regering, doch wel het voorwerp dient te zijn van de in artikel 5, § 2, van het decreet bedoelde overeenkomst.

¹Te denken valt onder meer aan de wettelijke bepalingen betreffende de bevoegdheden en de werking van de aandeelhoudersvergadering en van de raad van bestuur, het statuut van bestuurders, en de rechten en verplichtingen van aandeelhouders. Ook artikel 27, tweede lid, van het ontwerp roept wat dat betreft ernstige vragen op.

2.2. Het ontwerp bevat voorts een aantal bepalingen die niet steunen op een uitdrukkelijke delegatie van bevoegdheid door de decreetgever, maar die niettemin, overeenkomstig artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, kunnen worden ingepast in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse regering, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van het decreet. Dat is het geval voor de artikelen 18, 20 en 21 van het ontwerp inzake de erkenningsbelofte, die moeten worden gelezen in samenhang met de artikelen 11 en volgende van het decreet.

VORMVEREISTEN

De artikelen 38 en 39 van het ontwerp beogen uitvoering te geven aan artikel 31, § 8, van het decreet. Deze laatste bepaling schrijft voor dat, met het oog op het vastleggen van de bewijsstukken die in verband met het belastingkrediet moeten worden voorgelegd, door de Vlaamse regering overleg dient te worden gepleegd met de federale minister van Financiën. Uit de aan de Raad van State, afdeling wetgeving, meegedeelde documenten valt niet af te leiden dat het overleg heeft plaatsgevonden op de decretaal voorgeschreven wijze, d.w.z. met de federale minister van Financiën.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

Het opschrift moet worden vervolledigd met de vermelding van de datum van het decreet van 19 december 2003.

Aanhef

1. Rekening houdend met wat is opgemerkt onder 3 van de bespreking van de strekking en de rechtsgrond van het ontwerp, dient de aanhef aan te vangen met een nieuw toe te voegen lid, luidende:

.../...

"Gelet op de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, inzonderheid op artikel 20;"

2. In het eerste lid van de aanhef - dat, gelet op de opmerking onder 1, het tweede lid dient te worden - kan de rechtsgrond van de ontworpen regeling worden gespecificeerd door het betrokken lid aan te vullen met de zinsnede "..., inzonderheid op de artikelen 9 tot 13, 15, 21, 26, 28, 31, 32 en 37;"

3. De ontworpen regeling werd aangemeld bij de Europese Commissie. Het verdient aanbeveling om door middel van een in de aanhef op te nemen considerans ervan te doen blijken dat aan de verplichting tot aanmelding werd voldaan.

4. Het derde lid van de aanhef dient te vervallen. Het is immers niet meer op grond van een specifieke bepaling uit de gecoördineerde wetten op de Raad van State dat een beslissing van de Vlaamse regering noodzakelijk is omtrent het verzoek aan de Raad van State om advies te geven binnen een termijn van dertig dagen, maar op grond van het - algemeen geldende - artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

5. In het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar het advies van de Raad van State moet melding worden gemaakt van "artikel 84, § 1, eerste lid, 1°" van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en niet van "artikel 84, eerste lid, 1°" van die wetten.

Artikel 1

Het verdient aanbeveling om de reeks van definities in artikel 1 aan te vullen met een omschrijving van het begrip "portefeuilleonderneming". Naar het zeggen van de gemachtigde van de Vlaamse regering is een portefeuilleonderneming een doelonderneming waarin een ARKIV een ARK-investering heeft gedaan en die zich aldus in de "portefeuille" van de ARKIV bevindt.

.../...

Artikel 2

Het is niet duidelijk welke betekenis moet worden gehecht aan artikel 2 van het ontwerp. Enerzijds is het onder meer vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid evident dat in een uitvoeringsbesluit, zoals het ontwerp er een is, dezelfde definities worden gebruikt als in het decreet waaraan uitvoering wordt gegeven, anderzijds kan in een besluit van de Vlaamse regering uiteraard niet worden afgeweken van dwingende vennootschapsrechtelijke wettelijke bepalingen². De stellers van het ontwerp dienen te oordelen of, gelet op deze overwegingen, artikel 2 in het ontwerp kan worden gehandhaafd.

Artikel 5

In artikel 5 van het ontwerp is niet duidelijk wat precies dient te worden verstaan onder de woorden "op doorlopende basis". Indien de betrokken woorden moeten worden gelezen in samenhang met wat in artikel 7 van het ontwerp wordt bepaald - en waarin melding wordt gemaakt van "een erkenning op doorlopende basis" - kan worden overwogen om die samenhang te verduidelijken in artikel 5.

Artikel 10

Artikel 10 van het ontwerp draagt ARKImedes Management N.V. op de inhoud te bepalen van het betrokken aanvraagdossier en komt hiermee in beginsel in strijd met artikel 10, tweede lid, van het decreet, dat stelt dat die inhoud wordt bepaald door de Vlaamse regering. Er moet evenwel worden vastgesteld dat in artikel 10 van het ontwerp - en in artikel 11 - reeds een groot aantal minimale gegevens worden opgesomd die in ieder geval in het aanvraagdossier moeten worden vermeld. Dit maakt het aannemelijk te stellen dat aan ARKImedes Management N.V. enkel de bevoegdheid wordt verleend om in een technische specificering te voorzien van reeds in het ontwerp vermelde

²Het ontwerp bevat nochtans afwijkingen van die aard (zie de opmerking bij de artikelen 25 en 27, tweede lid, onder 2 van de bespreking van de strekking en de rechtsgrond van het ontwerp).

gegevens. Enkel indien de aan ARKimedes Management N.V. opgedragen bevoegdheid om de inhoud van het aanvraagdossier te bepalen, op die wijze valt te begrijpen, kan de bevoegdheidsopdracht toelaatbaar worden geacht ³.

Artikel 14

Het geeft geen zin om, enerzijds, te bepalen dat ARKimedes Management N.V. zich "binnen een redelijke termijn" moet uitspreken over de aanvraag en, anderzijds, te stellen dat zulks uiterlijk "binnen twee maanden na de afsluiting van de eerste erkenningsperiode, en daarna, binnen twee maanden na ontvangst van een volledig dossier" dient te gebeuren. De woorden "binnen een redelijke termijn en" worden derhalve beter geschrapt in artikel 14, eerste lid, van het ontwerp.

Artikel 15

In artikel 15 van het ontwerp worden de gegevens opgesomd die ARKimedes Management N.V., samen met haar beslissing in verband met de erkenning, moet meedelen aan de aanvrager. Daarbij wordt in artikel 15, 1°, van het ontwerp het percentage vastgesteld, bedoeld in artikel 26, eerste lid, van het decreet. Het vaststellen van dat percentage hoort thuis in een afzonderlijke bepaling en niet in een bepaling die betrekking heeft op de mededeling van gegevens door ARKimedes Management N.V. aan de aanvrager van een erkenning.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 15, 2°, van het ontwerp, waarin het in artikel 28, eerste lid, van het decreet bedoelde percentage wordt vastgesteld.

³Aan ARKimedes Management N.V. kan in beginsel geen verordenende bevoegdheid worden toegekend om, op algemene wijze, te bepalen wat de inhoud dient te zijn van aanvraagdossiers. Enkel indien de betrokken delegatie betrekking heeft op de vaststelling van bijkomstige en technisch-complexe gegevens, kan ze toelaatbaar worden geacht.

Artikel 22

In de inleidende zin van artikel 22, 2°, van het ontwerp wordt bepaald dat de ARKIV's ⁴ bij hun erkenning zich ertoe moeten verbinden hun activiteiten op een ethische en verantwoorde manier uit te voeren "waarbij ze zich onder meer zullen laten leiden door de algemeen aanvaarde gedragscodes die door de European Venture Capital Association ("EVCA") worden vastgesteld". Ermee rekening houdend dat artikel 14, § 1, van het decreet zwaarwichtige sancties verbindt aan het niet nakomen door de ARKIV's van hun voortdurende verplichtingen, is het van groot belang dat die verplichtingen met de vereiste precisie worden omschreven. De aangehaalde zinsnede van artikel 22, 2°, van het ontwerp voldoet daar niet aan aangezien de woorden "onder meer" refereren aan een niet-limitatieve opsomming en er kan worden betwijfeld of de beoogde "gedragscodes" voldoende algemene bekendheid genieten en juridisch afdwingbaar zijn. De redactie van artikel 22, 2°, van het ontwerp zou, rekening houdend hiermee, moeten worden aangepast.

Artikel 23

In artikel 23, § 5, 1°, van het ontwerp moet worden geschreven "..., ingediend bij de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen of ...".

Artikel 29

In artikel 29, § 1, 3°, van het ontwerp wordt melding gemaakt van een "carried interest"-regeling. Tenzij deze laatste benaming meer ingeburgerd en duidelijker is dan een Nederlandse term, wordt de betrokken regeling beter omschreven met gebruikmaking van de geijkte Nederlandstalige terminologie.

⁴ "... en hun aandeelhouders, ARKIV-beheerders en, in voorkomend geval, de ARKIV-beheersvennootschap".

Artikel 35

Het "financieringscontract", waarvan melding wordt gemaakt in fine van artikel 35, § 2, eerste lid, van het ontwerp, is naar het zeggen van de gemachtigde van de Vlaamse regering de overeenkomst die normaliter wordt gesloten tussen de ARKIV en de doelonderneming met betrekking tot de te verrichten ARK-investering. Duidelijkheidshalve zou de tekst van het ontwerp op dat punt kunnen worden geëxpliciteerd.

Er valt evenmin met de vereiste precisie uit te maken wanneer sprake is van een "belangrijke inbreuk" op het financieringscontract. Artikel 35, § 2, eerste lid, van het ontwerp zou, ook wat dat betreft, meer afgebakende bewoordingen moeten hanteren.

Artikel 40

1. In artikel 32, §§ 3 en 4, van het decreet, wordt de Vlaamse regering opgedragen om "het precieze percentage en de regels volgens dewelke de waarborg wordt verleend"⁵ te bepalen. Op het eerste gezicht bevat artikel 40 van het ontwerp uitsluitend procedurevoorschriften, maar worden geen "precieze percentages" als bedoeld in artikel 32, §§ 3 en 4, van het decreet vastgesteld.

2. De nummering van de diverse onderdelen van artikel 40, § 2, van het ontwerp, dient te worden gecorrigeerd.

⁵In het opschrift van afdeling II, dat aan artikel 40 van het ontwerp voorafgaat, dient uiteraard het woord "Gewestgarantie" te worden vervangen door het woord "Gewestwaarborg". Niet enkel wordt deze laatste term gebruikt in artikel 40 van het ontwerp, het is ook de term die voorkomt in het decreet.

Bijlage

Aangezien er slechts één bijlage is, heeft het geen zin om in de hoofding van de bijlage melding te maken van "Bijlage A". Er kan worden volstaan met het woord "Bijlage" zonder meer.

De verwijzing naar "bijlage A", in artikel 23, § 2, van het ontwerp, moet dan uiteraard ook worden aangepast.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden,
	M. RIGAUX,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME