

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.297/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 25 oktober 2005 door de Vlaamse minister van Economie, Ondernemen, Wetenschap, Innovatie en Buitenlandse Handel verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de Vriendenlening", heeft op 17 november 2005 het volgende advies gegeven:

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet beoogt een decretaal kader tot stand te brengen voor de "vriendenlening", die er in essentie toe strekt om startende kleine, middelgrote of micro-ondernemingen de mogelijkheid te bieden om over bijkomende middelen te beschikken ter financiering van hun bedrijfsactiviteiten. De ontworpen regeling valt derhalve in te passen in het geheel van de maatregelen dat, ten aanzien van andere categorieën van ondernemingen, in het verleden reeds werd uitgewerkt met het oog op het bevorderen van het ondernemerschap in het Vlaamse Gewest ⁽¹⁾.

Een vriendenlening wordt gesloten (niet: afgesloten) tussen twee partijen, zijnde een kredietgever en een kredietnemer. De kredietnemer is een kleine, middelgrote of micro-onderneming die op het ogenblik van het sluiten van de lening- of kredietovereenkomst niet langer dan drie volledige kalenderjaren is ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen en waarvan de voornaamste exploitatiezetel bij het sluiten van de overeenkomst en gedurende de looptijd ervan op het grondgebied van het Vlaamse Gewest is gevestigd. De kredietgever is een natuurlijk persoon die de vriendenlening aangaat "buiten de context van zijn professionele activiteiten".

De vriendenlening dient de vorm aan te nemen van een schriftelijke overeenkomst waarbij de kredietgever aan de kredietnemer een achtergestelde lening toekent met een vaste looptijd van acht jaar en waarbij het kapitaal dat in het kader van de vriendenlening aan de kredietnemer wordt uitgeleend of wordt ter beschikking gesteld ten hoogste vijftigduizend euro bedraagt. De kredietnemer mag het kapitaal dat door middel van de vriendenlening wordt geleend of ter beschikking wordt gesteld uitsluitend gebruiken voor ondernemingsdoeleinden.

Aan de kredietgever wordt een rente toegekend die wordt bepaald in de lening- of kredietovereenkomst, met dien verstande dat de daarbij gehanteerde rentevoet niet hoger mag zijn dan de wettelijke rentevoet die van toepassing is op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst en niet lager dan de helft van dezelfde wettelijke rentevoet. Daarenboven komt de kredietgever gedurende acht opeenvolgende jaren, te

⁽¹⁾ Zie bijvoorbeeld, wat meer "mature" en groeiende ondernemingen betreft, het decreet van 19 december 2003 betreffende het activeren van risicokapitaal in Vlaanderen en de erin vervatte "ARKimedes-regeling".

beginnen met het aanslagjaar dat verbonden is aan het belastbare tijdperk waarin de vriendenlening werd gesloten, in aanmerking voor een belastingvermindering waarvan de berekening in het ontwerp wordt geregeld. De belastingvermindering wordt enkel toegekend mits de kredietgever voldoet aan de in het ontwerp vermelde voorwaarden op het vlak van onder meer de bewijsvoering en het woonplaatsvereiste.

Ingeval de kredietnemer de lening wegens faillissement of vrijwillige vereffening niet of niet volledig kan terugbetalen, wordt aan de kredietgever een eenmalige belastingvermindering toegekend aan een tarief van dertig procent op het gedeelte van de hoofdsom van de vriendenlening dat definitief verloren is gegaan.

VOORAFGAANDE OPMERKING

Uit de aan de Raad van State, afdeling wetgeving, meegedeelde documenten en uit de inlichtingen die hem door de gemachtigde van de Vlaamse Regering werden verstrekt, valt af te leiden dat de tekst van het ontwerp van decreet waarover de Raad om een advies is verzocht weliswaar op 3 juni 2005 principieel werd goedgekeurd door de Vlaamse Regering "m.h.o. op overleg en adviesaanvragen", maar dat die tekst naderhand nog substantieel gewijzigd is op grond van, met name, het advies dat is verstrekt door de Federale Overheidsdienst van Financiën ⁽²⁾.

Na hierop te zijn gewezen door het bevoegde lid van het auditoraat werd niettemin namens de adviesvragende overheid beslist om de adviesaanvraag ongewijzigd te handhaven en wordt derhalve de Raad van State, afdeling wetgeving, om een advies verzocht met betrekking tot de tekst van een ontwerp van decreet - zijnde die welke door de Vlaamse Regering principieel is goedgekeurd op 3 juni 2005 - waarvan naderhand is gebleken dat deze blijkbaar nog voor substantiële wijzigingen vatbaar is en effectief in die zin blijkt te zullen worden aangepast.

⁽²⁾ Advies van 16 september 2005 verleend met toepassing van het samenwerkingsakkoord van 7 december 2001 tussen de Federale Staat en de Gewesten betreffende de uitwisseling van informatie in het kader van de uitoefening van hun fiscale bevoegdheden en betreffende de overlegprocedures inzake technische uitvoerbaarheid van door de Gewesten voorgenomen wijzigingen aan de gewestelijke belastingen en inzake de technische uitvoerbaarheid van de invoering door de Gewesten van algemene belastingverminderingen of -vermeerderingen van de verschuldigde personenbelasting.

Aangezien het er naar uitziet dat de Raad van State, afdeling wetgeving, om advies wordt verzocht met betrekking tot een tekst die nog geen eindversie van de ontworpen regeling bevat, ziet de Raad zich genoodzaakt om zijn onderzoek met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, te beperken tot het onderzoek van uitsluitend de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Daarnaast bevat dit advies niettemin ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van de haar voorgelegde versie van het ontwerp van decreet heeft kunnen verrichten.

Daarenboven moet erop worden gewezen dat, indien de tekst van het ontwerp van decreet naderhand effectief nog wordt gewijzigd om een andere reden dan om tegemoet te komen aan de hierna volgende opmerkingen, die wijzigingen alsnog om advies aan de Raad van State, afdeling wetgeving, zullen moeten worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKING

De memorie van toelichting doet er duidelijk van blijken dat aan de ontworpen regeling geenszins de bedoeling ten grondslag ligt om een autonome regeling uit te werken met betrekking tot het sluiten van de in het ontwerp beoogde overeenkomsten en dat als zodanig geen afbreuk wordt gedaan aan de principiële contractsvrijheid die aan het overeenkomstenrecht ten grondslag ligt ⁽³⁾. Wel worden in het ontwerp de diverse voorwaarden beschreven waaraan een lening of kredietovereenkomst moeten beantwoorden opdat de fiscale gunstregeling, die wordt beschreven in "hoofdstuk VII" (lees: hoofdstuk VI) van het ontwerp, toepassing zou kunnen vinden.

Ter wille van de duidelijkheid zou ook in de tekst van het ontwerp op een meer expliciete wijze moeten worden aangegeven dat de ontworpen regeling is geconcipieerd in de zo-even aangegeven zin. Daartoe volstaat het om er in een inleidend

⁽³⁾ Zie bijvoorbeeld de commentaar bij artikel 3 van het ontwerp.

artikel van het ontwerp melding van te maken dat de ontworpen regeling met betrekking tot de vriendenlening moet worden gezien in functie van de toepassing van de in het ontwerp geregelde fiscale gunstregeling.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

1. In artikel 2, 1°, van het ontwerp duidt de zinsnede "buiten de context van zijn professionele activiteiten" erop dat de professionele kredietverlening buiten de toepassingsfeer van het ontworpen decreet wordt gelaten ⁽⁴⁾. Ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid kan evenwel worden overwogen om de betrokken zinsnede, naar analogie van de omschrijving van het begrip "kredietgever" die voorkomt in artikel 1, 2°, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, te vervangen door de woorden "buiten het kader van zijn handels- of beroepsactiviteiten".

2. De definitie van het begrip "zelfstandige", in artikel 2, 3°, van het ontwerp, hanteert termen die zelf tot een nadere omschrijving nopen, zoals "op zelfstandige basis" en "hoofdzakelijke" beroepsactiviteit. De stellers van het ontwerp zouden zich, wat de betrokken definitie betreft, kunnen laten inspireren door de omschrijving van het begrip "zelfstandige" die voorkomt in artikel 3, § 1, van het koninklijk besluit nr. 38 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen.

3. Aan het einde van artikel 2, 7°, van het ontwerp moeten de woorden ", die bij een in de ministerraad overlegd koninklijk besluit kan worden gewijzigd" vervallen. Die woorden zijn niet enkel overbodig, maar tevens misleidend in de mate dat zij de indruk wekken dat de decreetgever zou kunnen voorschrijven dat over een koninklijk besluit overleg dient te worden gepleegd in de federale ministerraad, wat uiteraard niet kan.

⁽⁴⁾ Commentaar bij artikel 3 in de memorie van toelichting.

Artikel 3

1. In de mate dat in artikel 3, § 3, eerste lid, van het ontwerp wordt verwezen naar het vereiste van het optreden van de kredietgever "buiten de context van zijn professionele activiteiten", herneemt die bepaling wat reeds wordt vermeld in de definitie van "vriendenlening" in artikel 2, 1°, van het ontwerp. Indien die verwijzing wordt gehandhaafd, dient uiteraard te worden aangesloten op de redactie van deze laatste bepaling (zie in dat verband opmerking 1 bij artikel 2).

2. In artikel 3, § 3, tweede, derde, vijfde en zesde lid, van het ontwerp worden diverse gevallen vermeld waaruit blijkt dat de kredietgever met de kredietnemer geen band, zoals omschreven in de betrokken leden, mag hebben. Vraag is of in dat verband niet moet worden geopteerd voor een meer algemene verbodsbepaling, ermee rekening houdende dat er nog andere gevallen kunnen bestaan waarin er een band tussen kredietgever en kredietnemer bestaat zonder dat deze wordt vermeld in het ontwerp ⁽⁵⁾.

Artikel 4

1. Naar luid van artikel 4, § 1, eerste lid, van het ontwerp wordt de vriendenlening "op schriftelijke wijze weergegeven". Indien aan deze bepaling de bedoeling ten grondslag ligt om voor te schrijven dat een vriendenlening steeds schriftelijk moet worden gesloten, dient dit met zoveel woorden tot uitdrukking te worden gebracht in de tekst van het ontwerp. Zoals de bepaling nu is geredigeerd, wordt immers de indruk gewekt dat de overeenkomst zelf niet schriftelijk moet zijn en dat er enkel een schriftelijke weergave moet zijn van het gegeven dat een vriendenlening werd gesloten.

2. Artikel 4, § 2, van het ontwerp verleent aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid om te "bepalen welke gegevens de partijen bij de Vriendenlening, hetzij over de partijen zelf, hetzij over de overeenkomst van de Vriendenlening moeten vermelden". In artikel 6, § 1, derde lid, van het ontwerp worden reeds een aantal gegevens opgesomd

⁽⁵⁾ Zo sluit artikel 3, § 3, tweede lid, van het ontwerp bijvoorbeeld niet uit dat een huwelijks- of andere partner van de kredietgever werknemer is van de kredietnemer.

die moeten worden vermeld in de akte "die de Vriendenlening weergeeft". Vraag is hoe deze twee bepalingen zich tot elkaar verhouden en of de regeling op dat punt coherent is ⁽⁶⁾.

Artikel 5

1. Artikel 5, § 1, derde lid, van het ontwerp bepaalt dat het kapitaal dat in het kader van de vriendenlening aan de kredietnemer wordt uitgeleend of in krediet wordt gegeven (lees: ter beschikking wordt gesteld) ten hoogste vijftigduizend euro bedraagt. De gemachtigde van de Vlaamse Regering heeft in dat verband verduidelijkt dat het de bedoeling is dat één kredietgever slechts één of meer vriendenleningen met een totaal maximum van vijftigduizend euro mag verstrekken ⁽⁷⁾. Die bedoeling zou op een meer duidelijke manier moeten worden tot uitdrukking gebracht in artikel 5, § 1, derde lid, van het ontwerp.

2. De gevallen waarin blijkens artikel 5, § 2, van het ontwerp de vriendenlening vervroegd opeisbaar is, veronderstellen niet noodzakelijk dat er een wanprestatie is vanwege de kredietnemer. Het gebruik van de term "ingebrekestelling" houdt hiermee onvoldoende rekening. Daarenboven is niet duidelijk hoe in sommige van die gevallen de ingebrekestelling in de praktijk dient te gebeuren ⁽⁸⁾. Ook rijst de vraag of de stellers van het ontwerp in het geval, bedoeld in artikel 5, § 2, 2°, beogen af te wijken van het bepaalde in artikel 28 van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord in de hypothese dat de kredietnemer geen wanprestatie heeft begaan.

⁽⁶⁾ In de commentaar die in de memorie van toelichting wordt gegeven bij artikel 6, § 1, derde lid, van het ontwerp, wordt in dat verband verduidelijkt: "Eventueel kan de Vlaamse regering, op grond van het bepaalde in paragraaf 2 van artikel 4, in het bedoelde modelformulier voorzien dat nog andere praktische informatie (dan die vermeld in artikel 6, § 1, derde lid) moet worden meegedeeld in zoverre die nodig is om het opzet van de huidige decretale regeling te verzekeren". Deze bedoeling zou ter wille van de duidelijkheid beter ook in artikel 4, § 2, van het ontwerp worden tot uitdrukking gebracht, door bijvoorbeeld in deze laatste bepaling een verwijzing naar de informatie, vermeld in artikel 6, § 1, derde lid, op te nemen.

⁽⁷⁾ Dergelijke bedoeling spoort met hetgeen in artikel 9, § 3, van het ontwerp wordt bepaald.

⁽⁸⁾ Zo rijst de vraag wie in gebreke dient te worden gesteld in het geval bedoeld in artikel 5, § 2, 3°, van het ontwerp (overlijden van de zelfstandige kredietnemer).

Artikel 8

Het opschrift van het hoofdstuk waarvan artikel 8 van het ontwerp deel uitmaakt dient aan te vangen als volgt: "Hoofdstuk V. Jaarlijkse bewijslevering van ...". De nummering van de daarop volgende hoofdstukken van het ontwerp moet in overeenkomstige zin worden aangepast, evenals bepaalde interne verwijzingen die in het ontwerp voorkomen ⁽⁹⁾.

Artikel 9

1. De regeling inzake de jaarlijkse belastingvermindering, die is vervat in artikel 9 van het ontwerp, bestaat uit een aantal bepalingen die andere bepalingen overlappen of die overbodig zijn. Zo dienen de bepalingen die artikel 9, § 5, bevat inzake de bewijslevering met betrekking tot ontvangen intresten, beter te worden afgestemd op wat nu reeds wordt bepaald in artikel 8 van het ontwerp, in die zin dat het volstaat om op slechts één plaats van het ontwerp een regeling op te nemen betreffende de bedoelde bewijslevering en de gevolgen ervan indien deze niet of niet naar behoren gebeurt. Evenmin hoeft het vereiste dat de kredietgever een inwoner van het Vlaamse Gewest dient te zijn, te worden herhaald ⁽¹⁰⁾. Overbodig is het bepaalde in artikel 9, § 9, van het ontwerp - want de bevestiging van een evidentie die in haar algemeenheid zelfs niet tot de bevoegdheid van de decreetgever behoort - zodat het moet worden geschrapt.

Uit wat voorafgaat blijkt dat artikel 9 van het ontwerp aan een grondige herziening toe is.

2. De vraag rijst of, ter wille van de duidelijkheid in de regelgeving, niet best wordt geëxpliciteerd wat het lot is van de jaarlijkse belastingvermindering ingeval de

⁽⁹⁾ Zo bijvoorbeeld de verwijzing naar "hoofdstuk VII" in artikel 3, § 3, vierde lid, van het ontwerp.

⁽¹⁰⁾ De verwijzing naar het woonplaatsvereiste kan bijvoorbeeld worden geschrapt in artikel 9, § 1, van het ontwerp, gelet op de expliciete bepaling van artikel 9, § 6, eerste lid.

kredietgever met toepassing van artikel 5, § 2, van het ontwerp beslist om de vriendenlening vervroegd op te eisen.

3. In overeenstemming met wat in de memorie van toelichting wordt verduidelijkt, dient in de rekenkundige formule in artikel 9, § 4, van het ontwerp, het minteken te worden vervangen door een plusteken.

Artikel 10

1. Ter wille van de begrijpelijkheid van de ontworpen regeling worden de eerste en de tweede paragraaf van artikel 10 beter in één enkele paragraaf samengebracht, wat bovendien het voordeel heeft overlapping tussen de betrokken bepalingen te vermijden.

2. De eenmalige belastingvermindering wordt enkel aan de kredietgever toegekend indien "de kredietnemer de lening niet kan terugbetalen wegens faillissement of vrijwillige vereffening tijdens of binnen maximaal zes maanden na de looptijd van de lening". Er zijn echter nog andere gevallen denkbaar met betrekking tot dewelke de vraag rijst waarom deze van het toepassingsgebied van de regeling inzake de eenmalige belastingvermindering worden uitgesloten. Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval van kennelijk onvermogen van een natuurlijk persoon of van een gedwongen vereffening van een rechtspersoon die geen handelaar is. Het verdient, mede in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie, aanbeveling om in dat verband in de memorie van toelichting enige nadere verduidelijking te geven omtrent het aldus beperkt gehouden toepassingsgebied van de regeling inzake eenmalige belastingvermindering.

3. Naar luid van artikel 10, § 5, derde lid, van het ontwerp wordt de eenmalige belastingvermindering toegekend "onder voorbehoud van verschoonbaarheidsverklaring van de gefailleerde". De Raad van State, afdeling wetgeving, ziet niet waarom de kredietgever niet in aanmerking komt voor de eenmalige belastingvermindering in geval

.../...

de gefailleerde niet verschoonbaar wordt verklaard. In de memorie van toelichting worden best de objectieve en in redelijkheid aanvaardbare motieven weergegeven die het onderscheid verantwoorden tussen twee categorieën van kredietgevers die, om redenen die geen verband houden met hun eigen handelingen maar wel met die van de kredietnemer, al dan niet in aanmerking komen voor de eenmalige belastingvermindering ⁽¹¹⁾. Bij gebrek aan dergelijke redenen dreigt het aldus gemaakte onderscheid niet in overeenstemming te zijn met het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie.

Tot slot verduidelijkt het ontwerp evenmin of de eenmalige belastingvermindering geldt ingeval de gefailleerde een rechtspersoon is, waarvoor het regime van verschoonbaarheid geen toepassing vindt.

4. In tegenstelling tot wat het geval is in artikel 9, § 6, van het ontwerp, wordt in artikel 10 geen omschrijving gegeven van het woonplaatsvereiste, alhoewel daaraan reeds in artikel 10, § 1, wordt gerefereerd. Artikel 10 is op dat punt aan aanvulling toe.

⁽¹¹⁾ In de memorie van toelichting wordt nu slechts vermeld dat "de bedoeling van de decreetgever is de eenmalige belastingvermindering uit te sluiten bij faillissement bij bedrieglijk opzet en misbruik in het algemeen".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. TISON,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME