

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.946/1/V

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 19 juli 2006 door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot regeling van de alternatieve investeringswaarborg verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden", heeft op 8 augustus 2006 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

*
* *

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering regelt de alternatieve investeringswaarborg bedoeld in artikel 7*bis* van het decreet van 23 februari 1994 inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden. Het derde lid van de eerste paragraaf van dit artikel, dat voor het ontworpen besluit rechtsgrond moet bieden, luidt:

"De investeringswaarborg kan door het Fonds worden verleend aan initiatiefnemers die een investering doen conform het goedgekeurde masterplan, overeenkomstig de bouwfysische, technische en kwalitatieve normen zoals bepaald door de Vlaamse Regering en passende in de programmatie. De Vlaamse Regering bepaalt de bijkomende voorwaarden en kan beperkingen stellen inzake de investeringswaarborg. Tot dekking van de investeringswaarborg worden er bijdragen vastgesteld op de gewaarborgde sommen, volgens de voorwaarden bepaald door de Vlaamse Regering. Tot dekking van de investeringswaarborg kan het Fonds te allen tijde een wettelijke hypotheek nemen of een hypothecair mandaat eisen wat betreft de onroerende goederen die betrekking hebben op de investering en dit ten belope van een bedrag vastgesteld door het Fonds. De wettelijke hypotheek wordt ingeschreven op verzoek van het Fonds".

Deze bepaling biedt een afdoende rechtsgrond voor de bepalingen vervat in de hoofdstukken III en IV van het ontworpen besluit, met uitzondering van artikel 13 betreffende de bijdrage voor de investeringswaarborg (zie hierna). De in deze hoofdstukken vervatte bepalingen verduidelijken immers de omvang van de investeringswaarborg en de procedure om deze te verkrijgen.

2. De investeringswaarborg, zoals gedefinieerd in artikel 2, 6°, van het decreet van 23 februari 1994, heeft betrekking op een lening die door de initiatiefnemer wordt aangegaan bij een financier en waarbij er derhalve drie partijen zijn betrokken: het Fonds,

.../...

de initiatiefnemer en de financier. De investeringswaarborg is, zoals ook uit de formulering in artikel 12 van het ontwerp blijkt, in privaatrechtelijk opzicht te analyseren als een garantieverbintenis, meer bepaald een verbintenis uit eenzijdige wilsuiking vanwege het Fonds, ten aanzien van de financier van de investering, die strekt tot waarborg van de in het decreet omschreven verbintenissen van de investeerder-initiatiefnemer ten aanzien van de financier. De waarborg kan, onder de voorwaarden bepaald bij en krachtens het decreet, door de financier worden afgeroepen ten aanzien van het Fonds.

De artikelen 13, 15 en 19 van het ontwerp bevatten regelingen die meer bepaald ook de financier tot zekere gedragingen verplicht. De vraag rijst of en in welke mate de specifieke delegaties aan de Vlaamse Regering in het aangehaalde artikel 7bis, § 1, derde lid, van het decreet, om "de bijkomende voorwaarden" te bepalen inzake de investeringswaarborg of om de voorwaarden te bepalen voor de bijdragen vastgesteld op de gewaarborgde sommen als rechtsgrond voldoen om ook aan de financier, die immers in tegenstelling tot de initiatiefnemer niet uitdrukkelijk wordt vermeld in de decreetsbepaling, dergelijke verplichtingen op te leggen.

In het licht van de zo-even geschetste driepartijenverhouding waarbinnen het toekennen van een investeringswaarborg plaatsvindt, kan worden aangenomen dat de machtiging om voorwaarden en beperkingen te formuleren inzake de investeringswaarborg verplichtingen kan inhouden ten aanzien van zowel de investeerder-initiatiefnemer als de financier, als voorwaarde voor het bestaan van een garantieverbintenis in hoofde van het Fonds.

Mitsdien vinden de artikelen 16 tot 19 van het ontworpen besluit, die verplichtingen inhouden ten aanzien van de initiatiefnemer en van de financier, rechtsgrond in het voormelde artikel 7bis, § 1, derde lid, voor zover de erin vervatte verplichtingen "voorwaarden" vormen verbonden aan de investeringswaarborg. Voor wat betreft de verplichtingen die op de financier wegen, blijkt dit uit artikel 19, achtste lid, van het ontwerp, naar luid waarvan "de investeringswaarborg vervalt als de financier een van zijn verplichtingen niet nakomt als vermeld in het eerste lid en in het derde tot en met het zevende lid". De verplichting voor de financier om gebeurlijk de financieringsovereenkomst op te zeggen en de onmiddellijke betaling te eisen van de verschuldigde bedragen indien de initiatiefnemer in gebreke is gebleven ten aanzien van

.../...

bepaalde door de ontworpen regeling opgelegde verplichtingen, is eveneens als een "voorwaarde" te beschouwen voor het behoud van de investeringswaarborg, nu de financier het genot van de waarborg zal behouden voor de bedragen die opeisbaar zijn geworden als gevolg van de onmiddellijke beëindiging.

3. De Vlaamse Regering is tevens gemachtigd om de voorwaarden vast te leggen voor de bijdragen, vastgesteld tot dekking van de verleende investeringswaarborg. Ter uitvoering hiervan voorziet artikel 13 van het ontwerp in de betaling, door de financier, van een nader gespecificeerde bijdrage aan het Fonds. Artikel 7bis, § 1, derde lid, van het decreet biedt evenwel geen rechtsgrond aan de Vlaamse Regering om deze bijdrage ten laste te leggen van de financier, maar enkel om de "voorwaarden" van de bijdrage te bepalen. Bij ontstentenis van specifieke machtiging in die zin, moet voor de draagwijdte van die bepaling aangeknoopt worden bij de gangbare marktpraktijken inzake garanties, waarbij de garantieverstrekker in de regel de kosten voor het op zich nemen van het risico ten laste legt van de kredietnemer (in dit geval de initiatiefnemer), en niet van de kredietverstrekker-financier.

4. Artikel 7bis, § 1, derde lid, van het decreet laat het Fonds toe om ter dekking van de verstrekte investeringswaarborg een wettelijke hypotheek te nemen op de onroerende goederen die het voorwerp van de investering uitmaken. Het komt echter niet aan de Vlaamse Regering toe om de samenloop van deze wettelijke hypotheek met andere (conventionele) hypotheeken gevestigd op dezelfde onroerende goederen te regelen. Bijgevolg is er geen rechtsgrond voor artikel 15, tweede lid, van het ontwerp dat, bij samenloop tussen de wettelijke hypotheek en een hypotheek ten gunste van de financier, voorziet in een *pari passu*-regeling, volgens de "modaliteiten" (lees: nadere regelen) bepaald door de minister. Evenmin kan deze bepaling worden beschouwd als een "voorwaarde" verbonden aan de investeringswaarborg in de zin van artikel 7bis, § 1, derde lid, van het decreet, nu deze regeling niet op de waarborg zelf slaat, maar op de wettelijke hypotheek die het Fonds tot zekerheid strekt voor haar subrogatoir verhaal op de initiatiefnemer na afroep van de garantie door de financier.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BOVIN, G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraden,
	M. RIGAUX, M. TISON,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. WEEKERS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

M. VAN DAMME