

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.971/3
VAN 14 juli 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 29 juni 2009 door de Vlaamse minister van Mobiliteit, Sociale Economie en Gelijke Kansen verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "betreffende de herfinancieringsgarantie en de doorbetalingsverbintenis met betrekking tot beschikbaarheidsvergoedingen en bepaalde beëindigingsvergoedingen, in het kader van bepaalde Vlaamse pps-projecten van de Vlaamse vervoermaatschappij - De Lijn", heeft het volgende advies gegeven:

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 voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe regels vast te stellen ter uitvoering van het decreet van 24 april 2009 houdende een herfinancieringsgarantie en een doorbetalingsverbintenis met betrekking tot beschikbaarheidsvergoedingen en bepaalde beëindigingsvergoedingen, in het kader van bepaalde Vlaamse pps-projecten van de Vlaamse Vervoermaatschappij - De Lijn ⁽¹⁾.

2.1. Als rechtsgrond voor het ontwerp wordt in de aanhef ervan uitsluitend verwezen naar het decreet van 24 april 2009.

Geen bepaling van dat decreet verleent aan de Vlaamse Regering expliciet de bevoegdheid om terzake regels vast te stellen ⁽²⁾, zodat het ontwerp derhalve niet kan worden aangenomen op grond van een uitdrukkelijke bevoegdheidstoekenning aan de Regering.

2.2. Verordenende uitvoeringsbepalingen kunnen evenwel worden gesteund op artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

⁽¹⁾ Dat decreet is het resultaat van een voorstel van decreet (*Parl. St.*, VI. Parl., 2008-2009, nr. 2090/1), dat niet om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is voorgelegd.

⁽²⁾ Vergelijk het decreet van 24 april 2009 in dat opzicht bijvoorbeeld met artikel 7^{quater} van het decreet van 7 juli 2006 betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur, ingevoegd bij het decreet van 8 mei 2009.

Dat artikel draagt de Regering op de verordeningen te maken en de besluiten te nemen die voor de uitvoering van de decreten noodzakelijk zijn, zonder ooit de decreten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen. Al kan de Regering bij het uitoefenen van die bevoegdheid de draagwijdte van het decreet niet verruimen noch beperken, toch komt het haar op grond van het voornoemde artikel toe uit het beginsel van het decreet en zijn algemene economie, de gevolgtrekkingen af te leiden die daaruit op natuurlijke wijze voortvloeien volgens de geest die aan de opvatting van het decreet ten grondslag heeft gelegen en volgens de doelstellingen die het decreet nastreeft ⁽³⁾.

Rechtsgrond voor het ontwerp kan dus in beginsel worden gevonden in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met het decreet van 24 april 2009, doch slechts voor zover de ontworpen bepalingen niet afwijken van dit decreet en evenmin de draagwijdte ervan verruimen. In dat verband doen een aantal artikelen van het ontwerp echter problemen rijzen, zoals uit de hierna volgende voorbeelden blijkt.

a. Waar in artikel 2, 9/, van het decreet van 24 april 2009 "achtergestelde leningen" worden uitgezonderd van de notie "vreemd vermogen", wordt in artikel 3, § 2, 1/, van het ontwerp de uitzondering betrokken op "overeenkomsten van mezzanine of andere achtergestelde leningen". Onder meer omdat niet wordt bepaald wat onder "overeenkomsten van mezzanine" precies dient te worden verstaan, rijst twijfel of het ontwerp aldus wel geheel overeenstemt met het decreet van 24 april 2009.

Indien het niet de bedoeling is om af te wijken van het decreet is er geen reden om een andere formulering te gebruiken en indien wel van het decreet wordt afgeweken, is daarvoor geen rechtsgrond.

b. In hetzelfde artikel 2, 9/, van het decreet van 24 april 2009 wordt verwezen naar "leningen die eventueel worden verstrekt [door financiële instellingen] in hun hoedanigheid van aandeelhouder(s) van de DBFM-vennootschap".

⁽³⁾ RvS, afdeling Bestuursrechtspraak, nr. 69.975, 3 december 1997, vzw Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf. Vergelijk o.m. met Cass., 18 november 1924, *Pas.* 1925, I, 25 en Cass., 27 februari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 392, blz. 848, i.v.m. de federale pendant in artikel 108 van de Grondwet.

Artikel 3, § 2, 1/, van het ontwerp verwijst naar "leningen die (...) worden verstrekt in hoedanigheid van rechtstreekse *of onrechtstreekse* aandeelhouder van de DBFM-vennootschap" en wijkt daarbij af van het decreet, dat enkel de positie van "aandeelhouder" - in de gebruikelijke zin te begrijpen als rechtstreekse aandeelhouder - viseert.

c. Uit artikel 4 van het decreet van 24 april 2009 volgt dat de herfinancieringsgarantie slaat op "het integrale openstaande saldo van het vreemd vermogen overeenkomstig de geldende financieringsvoorwaarden, met uitzondering van de eventueel toepasselijke herfinancieringsvergoeding en enige schulden die het gevolg zijn van tekortkomingen van de DBFM-vennootschap, zoals nalatigheidsinteressen".

Artikel 3, § 2, 2/, van het ontwerp sluit wederbeleggingsvergoedingen uit van de herfinancieringsgarantie, evenals "eventuele andere kosten die gebeurlijk van toepassing zijn als gevolg van de verplichte financiering". Hierbij rijst de vraag of die "andere kosten" in elk geval onder de term "herfinancieringsvergoeding" in de zin van het decreet zullen kunnen worden begrepen.

d. In artikel 4, 1/ tot 4/, van het decreet van 24 april 2009 zijn vier voorwaarden opgenomen waaraan cumulatief moet zijn voldaan voor het overnemen van het vreemd vermogen van de DBFM-vennootschap. Aangezien de herfinancieringsgarantie gekoppeld is aan welbepaalde door de Vlaamse Regering in het kader van het decreet van 18 juli 2003 ⁽⁴⁾ erkende Vlaamse pps-projecten (zie artikel 3 van het decreet van 24 april 2009), mag worden aangenomen dat de decreetgever het in voorkomend geval overnemen van het vreemd vermogen van de DBFM-vennootschap in beginsel voor de gehele looptijd van de DBFM-overeenkomst heeft bedoeld, behoudens uiteraard indien tot herfinanciering zou worden overgegaan zoals voorzien bij artikel 4, 3/, van het decreet.

Desondanks lijkt artikel 4, § 1, eerste lid, van het ontwerp de mogelijkheid open te laten om het verder verstrekken van het vreemd vermogen in de tijd te beperken ("*maximaal* voor de resterende duur van het pps-project"). Rekening houdend met de beperkingen inherent aan de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Regering, dient

⁽⁴⁾ Decreet van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking.

verduidelijkt te worden dat deze beperking in de looptijd van de herfinancieringsgarantie enkel geldt in het geval bedoeld in artikel 4, 3/, van het decreet.

Ook de mogelijkheid om nadere regels te bepalen, die besloten ligt in artikel 4, § 2, inleidende zin, en § 3, inleidende zin, van het ontwerp, spoort niet met het decreet van 24 april 2009.

e. Artikel 4, § 1, tweede lid, van het ontwerp omschrijft "nieuwe rentevoet" als "de in de geldende financieringsvoorwaarden gehanteerde rente (...), met name de som van de basisrentevoet, de rentemarge en de gebeurlijke swap- of rente-indekkingsmarge, verhoogd met vijftientig basispunten".

In artikel 2, 7/, van het decreet van 24 april 2009 wordt die notie evenwel omschreven als "de in de geldende financieringsvoorwaarden gehanteerde rente, verhoogd met 25 basispunten".

Door te bepalen wat onder "rente" dient te worden verstaan, op een wijze die afwijkt van de gebruikelijke betekenis ervan, met name door in de rente ook de rentemarge en de gebeurlijke swap- of rente-indekkingsmarge te begrijpen, voegt het ontwerp toe aan het decreet. Daarvoor kan in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met het decreet van 24 april 2009, geen rechtsgrond worden gevonden.

f. Uit tal van bepalingen van het ontwerp blijkt dat de stellers ervan uitgaan dat ook renteswaps of andere instrumenten ter indekking van het renterisico onder de herfinancieringsgarantie vallen. Artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 laat evenwel in geen geval toe om de garantieregeling van het decreet te verruimen, zodat moet worden onderzocht of deze instrumenten op grond van het decreet van 24 april 2009 zelf in de garantieregeling kunnen worden begrepen, als onderdeel van het vreemd vermogen dat onder de garantieregeling door de Vlaamse overheid wordt overgenomen.

Binnen de termijn die hem voor zijn advies is gelaten, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, dit punt niet op uitputtende wijze kunnen onderzoeken.

Vast staat dat de tekst van het decreet van 24 april 2009 niet uitdrukkelijk aangeeft dat met de term "vreemd vermogen" als voorwerp van de herfinancieringsgarantie ook swaps en andere instrumenten ter indekking van het renterisico zijn bedoeld. Tijdens de parlementaire voorbereiding van het voorstel van decreet is door een extern financieel expert op de vraag of ook de swaps mee worden overgenomen ⁽⁵⁾ het volgende geantwoord:

"(Het kan) bijna niet anders dan dat het begrip «financieringsovereenkomst» in het voorstel van decreet ook de swaps betreft. Swaps zijn geen financieringsovereenkomsten in de strikte zin, maar hangen ermee samen omdat ze het renterisico van het vreemd vermogen indekken" ⁽⁶⁾.

Ondanks het feit dat de expert de twijfel niet volledig kon wegnemen (cf. de gebruikte bewoordingen "kan het *bijna* niet anders" en "geen financieringsovereenkomsten in de strikte zin") is dit vraagpunt bij de verdere bespreking in het Vlaams Parlement niet in de ene of in de andere zin uitgeklaard.

Indien al kan worden aangenomen dat, rekening houdend met de complexe structuur en de looptijd van de financieringstransacties waarvoor het decreet in een herfinancieringsgarantie voorziet, zulke overeenkomsten vaak gepaard gaan met swaps en andere technieken ter indekking van het renterisico, dan nog kan de herfinancieringsgarantie enkel op deze instrumenten slaan voor zover ze te beschouwen zijn als onderdeel van het "vreemd vermogen" zoals omschreven in het decreet. Naar luid van artikel 2, 9/, van het decreet, omvat het vreemd vermogen de schuldfinanciering die de DBFM-vennootschap heeft verkregen "op grond van financieringsovereenkomsten met financiële instelling(en) handelend in hun hoedanigheid van kredietverstrekker(s) en met uitzondering van achtergestelde leningen die eventueel worden verstrekt in hun hoedanigheid van aandeelhouder(s) van de DBFM-vennootschap". Hoewel deze omschrijving geen nadere begripsinhoud geeft aan de notie "financieringsovereenkomst" op zich, preciseert ze wel dat deze overeenkomsten moeten zijn gesloten met een of verschillende financiële instellingen handelend in de hoedanigheid van kredietverstrekker.

⁽⁵⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2008-2009, nr. 2090/2, 6: "Worden de overeenkomsten van de DBFM-vennootschap ter indekking van haar renterisico, de zogenaamde swaps, mee overgenomen door het Vlaams Gewest bij de toepassing van de herfinancieringsgarantie?".

⁽⁶⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2008-2009, nr. 2090/2, 9.

Het komt aan de stellers van het ontwerp toe te onderzoeken in welke mate de swaps en vergelijkbare technieken ter indekking van het renterisico - indien ze al in de notie "financieringsovereenkomst" kunnen worden begrepen - daadwerkelijk worden gesloten met de kredietverstreckende financiële instellingen, en in welke mate deze instellingen bij het sluiten van deze swaps handelen in de hoedanigheid van kredietverstrekker.

2.3. Aangezien de Vlaamse Regering, louter gebruikmakend van haar algemene uitvoeringsbevoegdheid, de strekking van de bepalingen van het decreet van 24 april 2009 niet mag beperken of verruimen, blijkt er in feite alleen ruimte voor het bepalen van procedurele regels die noodzakelijk zijn voor het toepassen van het decreet (zie bijvoorbeeld artikel 2, §§ 2 en 3, van het ontwerp).

Het ontwerp zal in het licht van die vaststelling grondig moeten worden herbekeken.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Voorafgaande opmerking

In het ontwerp worden veel bepalingen van het decreet van 24 april 2009 geparafraseerd. Het overnemen van decreetsbepalingen in een verordenend besluit kan tot verwarring leiden met betrekking tot de precieze juridische aard van het voorschrift en kan er inzonderheid aanleiding toe zijn dat later uit het oog wordt verloren dat alleen de decreetgever de betrokken bepalingen kan wijzigen.

Voor zover het overnemen van de bedoelde bepalingen voor de leesbaarheid van het ontworpen besluit noodzakelijk wordt geacht, dient er een uitdrukkelijke verwijzing naar de decreetsbepalingen te worden aan toegevoegd (bijv. "Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van het decreet ..."), om het decretale karakter van de betrokken bepalingen herkenbaar te houden. Bovendien dient de decretale regel in dat geval precies en ongewijzigd te worden overgenomen.

Aanhef

Aangezien een beroep gedaan wordt op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, dient er een nieuw eerste lid aan de aanhef te worden toegevoegd waarin verwezen wordt naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Artikel 1

Gelet op het feit dat uitvoering gegeven wordt aan het decreet van 24 april 2009 hebben de in het ontwerp gebruikte termen dezelfde betekenis als in het decreet. Artikel 1, § 1, 2/, en § 2, van het ontwerp zijn derhalve overbodig.

Artikel 2

Aangezien de regeling volledig bij decreet is uitgewerkt, kan de delegatie in artikel 2, § 1, van het ontwerp aan de Vlaamse minister bevoegd voor de financiën en begroting om de herfinancieringsgarantie toe te kennen, niet inhouden dat de betrokken minister terzake over discretionaire bevoegdheid zou beschikken. De minister kan enkel nagaan of de (decretale) voorwaarden voor de terugbetaling van het integrale openstaande saldo van het vreemd vermogen en het overnemen van het vreemd vermogen van de DBFM-vennootschap vervuld zijn. In dat opzicht is de ontworpen bepaling enigszins misleidend geformuleerd.

Deze opmerking is van overeenkomstige toepassing voor artikel 11, § 1, van het ontwerp.

Artikel 14

Artikel 14 van het ontwerp stelt: "Dit besluit treedt in werking op [DATUM]". De gemachtigde heeft echter verklaard dat er niet zal worden afgeweken van de gemeenrechtelijke regeling voor de inwerkingtreding van besluiten. Artikel 14 dient dan ook te worden weggelaten.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON, L. DENYS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. A. SOMERS, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

M. VAN DAMME