



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 54.158/3
van 15 oktober 2013

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot
facilitering van de infrastructuurfinanciering via de alternatieve
investeringswaarborg, verstrekt door het Vlaams
Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’

Op 17 september 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht, binnen een termijn van dertig dagen, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot facilitering van de infrastructuurfinanciering via de alternatieve investeringswaarborg, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 8 oktober 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Kaat LEUS, staatsraden, Jan VELAERS en Lieven DENYS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 oktober 2013.

*

1. 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 te vervullen vormvereisten is voldaan.¹

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt ertoe een nieuwe regeling in te voeren voor de alternatieve investeringswaarborg verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden (hierna: VIPA). De ontworpen regeling komt in de plaats van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006 ‘tot regeling van de alternatieve investeringswaarborg verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’, welk besluit in de toekomst nog slechts van toepassing zal zijn ingeval het zogenaamde principiële akkoord werd verleend vóór de inwerkingtreding van het voorliggende te nemen besluit.

Met de ontworpen regeling wordt beoogd om de moeilijkheden te verhelpen die de welzijns- en zorginstellingen ondervinden om hun infrastructuurinvesteringen op lange termijn te financieren door middel van de normale bancaire kredieten.

3. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 7bis, § 1, derde lid, van het decreet van 23 februari 1994 ‘inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’.

Met betrekking tot de vraag of de aan de financier opgelegde verplichtingen inpasbaar zijn in deze rechtsgrond kan worden verwezen naar advies 40.946/1/V van 8 augustus 2006,² waarin het volgende werd opgemerkt:

“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 wilsuiting 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.

¹ Gelet op de toegemeten termijn en de zeer hoge werklast van de kamer, kon geen diepgaand onderzoek aan het ontwerp worden besteed. Het advies dient dan ook met dit voorbehoud te worden gelezen.

² Adv.RvS 40.946/1/V van 8 augustus 2006 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006 ‘tot regeling van de alternatieve investeringswaarborg verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’.

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 en 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.”

Aangezien in het ontwerp de verplichtingen van de financier op gelijkaardige wijze zijn geregeld als in het besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006, lijkt voor de nieuwe bepalingen daaromtrent een afdoende rechtsgrond voorhanden te zijn.

VORMVEREISTEN

4. Het valt niet uit te sluiten dat de ontworpen regeling kan worden beschouwd als een regeling betreffende staatsteun in de zin van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die, behoudens zo ze onder één van de vrijstellingscategorieën zou vallen, bij de Europese Commissie dient te worden aangemeld. Gelet op de sanctie die aan niet-aanmelding is verbonden (nietigheid van de staatsteun zelfs indien ze verenigbaar zou kunnen worden verklaard met het EU-recht mocht ze zijn aangemeld), doen de stellers van het ontwerp er goed aan hieromtrent contact op te nemen met de Europese Commissie.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

AANHEF

5. In het eerste lid van de aanhef kan de rechtsgrond voor het ontworpen besluit nog worden gespecificeerd door te verwijzen naar artikel 7bis, § 1, derde lid, van het aldaar vermelde decreet van 23 februari 1994.

DISPOSITIEF

Artikel 21

6. Men schrijve in artikel 21 van het ontwerp “artikel 4, eerste lid” in plaats van “art. 4, het eerste lid”.

Artikel 23

7. Het is onduidelijk wat in artikel 23 van het ontwerp precies wordt bedoeld met de woorden “een rechtspersoon (...) gelijkwaardig naar Europees recht in de Europese Economische Ruimte”. Als wordt bedoeld dat alle rechtspersonen in aanmerking komen die rechtspersoonlijkheid bezitten volgens het recht van één van de lidstaten van de Europese Economische Ruimte, zou dit in het genoemde artikel nauwkeuriger moeten worden geformuleerd.

8. In het licht van de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet dient te worden verantwoord waarom rechtspersonen die niet worden bedoeld in artikel 23 van het ontwerp (bijvoorbeeld Zwitserse rechtspersonen), niet in aanmerking komen om als financier op te treden. In voorkomend geval dient ook rekening te worden gehouden met verplichtingen die voortvloeien uit verdragen met die landen.

Artikel 24

9. Artikel 24, § 1, van het ontwerp bepaalt dat tussen de aanvrager en de financier van een alternatieve lening geen “ongeoorloofde verwantschapsband” mag bestaan, terwijl in artikel 24, § 2, van het ontwerp dat begrip wordt gedefinieerd en in artikel 24, § 3, van het ontwerp een aantal onweerlegbare vermoedens van een ongeoorloofde verwantschapsband worden ingesteld.

Aldus wordt een onderscheid in behandeling gemaakt tussen de aanvragers van de investeringswaarborg onderling en tussen de financiers van de alternatieve lening onderling. Al berust dat onderscheid op een objectief criterium en al kan er geen twijfel over bestaan dat ermee een wettig doel wordt nagestreefd, toch dienen de stellers van het ontwerp, mede gelet op het gegeven dat een beperking wordt aangebracht op de vrijheid van vereniging, voor elk van de in

de genoemde bepaling bedoelde gevallen na te gaan of het onweerlegbare karakter van het vermoeden niet verder reikt dan noodzakelijk is om de beoogde doelstelling te bereiken.

10. Het is niet duidelijk wat de draagwijdte is van de woorden “in rechte” in de inleidende zin van artikel 24, § 3, van het ontwerp. Indien erdoor niets wordt toegevoegd aan de draagwijdte van het ingestelde onweerlegbare vermoeden, worden die woorden beter weggelaten, anders dient de draagwijdte ervan te worden gepreciseerd.

11. Het is niet duidelijk welke de juiste verhouding is tussen artikel 24, § 2, van het ontwerp (waarin eerder een definitie van het begrip “ongeoorloofde verwantschapsband” wordt gegeven), en het bepaalde in artikel 24, § 5, van het ontwerp, dat de ongeoorloofde verwantschapsband “in feite” kan worden vermoed door het VIPA “op basis van andere elementen, dan de elementen vermeld in paragraaf 2”.

12. De in artikel 24, § 7, van het ontwerp opgenomen woorden “de rechtsgeldigheid van” zijn niet adequaat en worden derhalve beter weggelaten.

Artikel 30

13. Artikel 30 van het ontwerp bepaalt enerzijds dat de investeringswaarborg niet kan worden toegekend als “de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden niet behoorlijk worden nageleefd” en anderzijds dat de “aanvrager (...) de bepalingen van het voormelde besluit na[leeft]”.

Het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 telt evenwel een negentigtal artikelen, zodat er onzekerheid bestaat over welke bepalingen precies moeten worden nageleefd, temeer daar niet alle bepalingen ervan rechtstreeks te betrekken zijn op de alternatieve investeringswaarborg. In de *bisnota* aan de Vlaamse Regering wordt vooropgesteld dat hiermee meer bepaald wordt gedoeld op artikel 87 van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011, waarin haast woordelijk de tekst is hernomen van het huidige artikel 18, eerste, tweede en vierde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006. Als het de bedoeling is om enkel te verwijzen naar de bepalingen inzake de bestemming van de goederen, volstaat het te verwijzen naar artikel 87 van het besluit van 18 maart 2011.

Bovendien schrappe men in de eerste zin van artikel 30 van het ontwerp het woord “behoorlijk” (de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering moeten sowieso én in hun geheel worden nageleefd), alsmede de tweede zin van dat artikel, die overbodig is.

Artikel 34

14. In artikel 34 van het ontwerp wordt de overgang geregeld van de oude naar de nieuwe regeling. Hierbij worden vier hypothesen onderscheiden, waarbij in sommige gevallen het thans geldende besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006 van toepassing blijft

“zoals van kracht voor de inwerkingtreding van dit besluit”. Ervan uitgaande dat het besluit dat zal voortvloeien uit het voorliggende ontwerp, op hetzelfde ogenblik in werking treedt als het besluit dat zal voortvloeien uit ontwerp 54.157/3 (hierna: besluit 54.157/3), wat volgens de gemachtigde effectief de bedoeling is, zou dit betekenen dat de wijzigingen die bij besluit 54.157/3 aan het besluit van 1 september 2006 worden aangebracht, niet van toepassing kunnen zijn, aangezien zij niet vóór de inwerkingtreding van het besluit dat zal voortvloeien uit het voorliggende ontwerp in het besluit van 1 september 2006 zouden zijn aangebracht. Volgens de gemachtigde is dit zeker niet de bedoeling en dient de zinsnede “zoals van kracht voor de inwerkingtreding van dit besluit” aan het einde van het eerste en het tweede lid van artikel 34 van het ontwerp te worden geschrapt.

Met dat laatste kan worden ingestemd.

Artikel 35

15. De gemachtigde verklaarde dat het te nemen besluit in werking kan treden volgens de normale regels van inwerkingtreding, zodat artikel 35 van het ontwerp kan worden weggelaten.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT