



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 58.335/1
van 17 november 2015

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot opheffing
van artikel 33 van ARK-besluit van 3 december 2004'

Op 20 oktober 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Werk, Economie, Innovatie en Sport verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot opheffing van artikel 33 van ARK-besluit van 3 december 2004’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 5 november 2015. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 november 2015.

*

Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot het opheffen van artikel 33 van het ARK-besluit¹, dat luidt:

“Het maximumbedrag dat door een ARKIV² in één doelonderneming geïnvesteerd mag worden of waarvoor de ARKIV zich ten opzichte van één doelonderneming mag verbinden, bedraagt 1.500.000 euro per investeringsronde. Een investeringsronde wordt geacht een nieuwe investeringsronde te zijn als hij plaatsvindt minstens twaalf maanden na het afsluiten van de vorige investeringsronde.”

Met de aangehaalde bepaling wordt uitvoering gegeven aan artikel 15, eerste lid, 4°, van het ARK-decreet, dat luidt:

“Een investering is een ARK-investering als:

(...)

4° de investering een door de Vlaamse Regering nader te bepalen maximumbedrag niet overschrijdt”.

In de loop van de parlementaire voorbereiding werd met betrekking tot artikel 15, eerste lid, 4°, van het ARK-decreet het volgende verklaard:

“De vierde voorwaarde stelt dat een ARK-investering niet hoger zal mogen zijn dan een door de regering vast te leggen maximumbedrag. Het vastleggen van dergelijk maximumbedrag moet ertoe leiden dat vooral transitionele ondernemingen, die veelal beperkte financieringsbehoeften hebben en momenteel onvoldoende bediend worden door de risicokapitaalmarkt, ARK-investeringen kunnen aantrekken.”

De gemachtigde verduidelijkte in verband met de ontworpen opheffing van artikel 33 van het ARK-besluit het volgende:

“Artikel 15 van het ARK decreet luidt als volgt:

‘Een investering is een ARK-investering als: 4° de investering een door de Vlaamse regering nader te bepalen maximumbedrag niet overschrijdt.’

Het Vlaamse Parlement heeft derhalve de Vlaamse Regering de bevoegdheid gegeven om invulling te geven aan deze principiële randvoorwaarden waarbinnen, volgens het parlement, een investering als een ARK-investering beschouwd mag worden.

Aangezien het parlement de Vlaamse regering geen “vork” heeft opgelegd waarbinnen de maximumdrempel voor een ARK-investering moet gelegd worden, moet er vanuit gegaan worden dat de Vlaamse regering over de volledige vrijheid beschikt om deze voorwaarde nader in te vullen. De Vlaamse regering beschikt over volledige discretionaire bevoegdheid.

Naar aanleiding van de ARKImedes-impactstudie heeft de Vlaamse regering beslist om het bestaande maximum-plafond op te heffen via het ARK-Besluit. Men heeft beslist om niet langer een concrete drempel op te leggen, vermits dat niet opportuun is. In tegenstelling tot ARKImedes fonds 1, dat werd aangemeld en erkend als toegelaten

¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 3 december 2004 ‘houdende uitvoering van het decreet van 19 december 2003 betreffende het activeren van risicokapitaal in Vlaanderen’.

² In artikel 2, 4°, van het decreet van 19 december 2003 ‘betreffende het activeren van risicokapitaal in Vlaanderen’ (ARK-decreet) wordt ARKIV omschreven als “elk risicokapitaalverschaffer die erkend is overeenkomstig artikel 12 [van het decreet]”.

staatssteun voor zover de ARK-investeringen beperkt bleven tot een door de Europese Commissie bepaald maximum bedrag (dat werd vertaald in de huidige tekst van 33 van het ARK-besluit), werkt ARKImedes fonds 2 buiten de context van staatssteun zodat voor de toekomst het ook niet langer nodig is om in het wettelijk kader een concreet maximum bedrag in te schrijven.

Mocht in de toekomst evenwel beslist worden om terug te keren naar ARK-investeringen die aangemeld moeten worden als staatssteun maatregel, dan zal mogelijks opnieuw door de Europese Commissie een maximum bedrag per ARK-investering worden opgelegd; dan zal in het licht daarvan het besluit mogelijks ook moeten worden aangepast door het herinvoeren van een door de Vlaamse regering nader te bepalen maximumbedrag.

Het is om die reden niet aangewezen om artikel 15,4° van het decreet te wijzigen.”

Door het opheffen van artikel 33 van het ARK-besluit wordt een einde gesteld aan de bovengrens voor een ARK-investering. Op die wijze handelt de Vlaamse Regering in strijd met zowel de letter als de geest van artikel 15, eerste lid, 4°, van het ARK-decreet, dat de Vlaamse Regering belast met het bepalen van een maximumbedrag waaraan blijkens de parlementaire voorbereiding een specifieke finaliteit ten grondslag ligt, namelijk het vergemakkelijken van het aantrekken van ARK-investeringen in hoofde van vooral transitionele ondernemingen. Aangenomen kan worden dat de Vlaamse Regering de hoogte van het betrokken maximumbedrag kan moduleren in het licht van de aan artikel 15, eerste lid, 4°, van het ARK-decreet ten grondslag liggende finaliteit, maar niet dat de Vlaamse Regering, op een volkomen discretionaire wijze,³ een einde zou kunnen stellen aan het vereiste van een maximumbedrag, dat de decreetgever met een duidelijk oogmerk en ten behoeve van een specifieke soort ondernemingen heeft voorgeschreven.⁴

Uit wat voorafgaat volgt dat de ontworpen regeling niet in overeenstemming is met artikel 15, eerste lid, 4°, van het ARK-decreet en om die reden geen doorgang kan vinden.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

³ In afwijking van het standpunt van de gemachtigde moet ervan worden uitgegaan dat het gegeven dat in artikel 15, eerste lid, 4°, van het ARK-decreet voor de Vlaamse Regering in geen “vork” wordt voorzien, niet inhoudt dat deze laatste op geheel discretionaire wijze een einde zou kunnen stellen aan het vereiste van een maximumbedrag. De door de gemachtigde aangehaalde overwegingen over staatssteun zijn evenmin van aard om tot dergelijke bevoegdheid van de Vlaamse Regering te kunnen besluiten.

⁴ Dat in de Nota aan de Vlaamse Regering (VR 2015 1109 DOC.0949/1) wordt vermeld dat “[h]et maximum investeringsbedrag zorgt voor een competitief nadeel ten opzichte van andere Europese fondsen en zeker ten opzichte van Amerikaanse VC fondsen, die gemiddeld dubbel zoveel investeren” kan de opheffing van artikel 33 van het ARK-besluit weliswaar feitelijk verantwoorden, maar verschaft geen valabel juridisch argument om niet langer uitvoering te geven aan het bepaalde in artikel 15, eerste lid, 4°, van het ARK-decreet.