



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 62.717/VR/1
van 15 februari 2017

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en
het Vlaamse Gewest ‘betreffende de optimalisatie van het beheer
van de financiële activa van de Vlaamse overheidsentiteiten’

Op 20 december 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen,^(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘betreffende de optimalisatie van het beheer van de financiële activa van de Vlaamse overheidsentiteiten’.

Het voorontwerp is, wat de bevoegdheidsvraag betreft, door de verenigde kamers onderzocht op 1 februari 2018. De verenigde kamers waren samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter, Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH, Chantal BAMPS, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Michel TISON en Christian BEHRENDT, assessoren, en Wim GEURTS en Béatrice DRAPIER, griffiers.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS en Patrick RONVAUX, eerste auditeurs.

Het voorontwerp is voor het overige door de eerste kamer onderzocht op 11 januari 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 februari 2018.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85*bis*.

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,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet bevat een regeling die ertoe moet leiden de geconsolideerde schuldpositie op niveau van het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap te doen dalen in de zin van het Europees systeem van rekeningen ESR² 2010. De ontworpen regeling past volgens de memorie van toelichting “in de doelstellingen van artikel 2.1bis van de Verordening (EC) 1467/97 over de bespoediging en verduidelijking van de tenuitvoerlegging van de procedure bij buitensporige tekorten en Protocol nr. 12 betreffende de procedure bij buitensporige tekorten”. Er wordt een regeling uitgewerkt waarbij beschikbare middelen van de ene overheidsentiteit worden belegd in de schuld van een andere overheidsentiteit.

Hoofdstuk 1 bevat de algemene bepalingen en omschrijft een aantal termen. Tevens worden erin de entiteiten opgesomd die onder de ontworpen regeling vallen, met name de entiteiten die in overeenstemming met het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen, vermeld in verordening (EU) nr. 549/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 ‘betreffende het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen in de Europese Unie’, deel uitmaken van de Vlaamse deelstaatoverheid door te ressorteren onder sectorale code 13.12, vermeld in bijlage A bij de voormelde verordening (artikelen 2 en 3 van het voorontwerp).

De hoofdstukken 2 en 3 bevatten de voorschriften in verband met respectievelijk de langetermijnbeleggingen (artikelen 4 en 5 van het voorontwerp) en de kortetermijnbeleggingen (artikelen 6 en 7 van het voorontwerp), waarbij de verplichting wordt opgelegd beschikbare middelen te beleggen in financiële instrumenten uitgegeven door de Vlaamse Gemeenschap of een overheidsentiteit.

Hoofdstuk 4 tenslotte stelt een plicht tot jaarlijkse rapportering in (artikelen 8 en 9 van het voorontwerp).

¹ Aangezien het gaat om een voorontwerp van decreet, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere normen verstaan.

² ESR is vastgesteld bij verordening (EU) nr. 549/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 ‘betreffende het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen in de Europese Unie’.

BEVOEGDHEID

3. Luidens de memorie van toelichting zijn de gewesten en de gemeenschappen bevoegd om een beleid uit te stippelen in het kader van hun budgettaire en financiële autonomie, zoals die onder meer blijkt uit de artikelen 49 en 52 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten’³ en artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. De memorie van toelichting geeft tevens, ‘voor zover geen specifieke bevoegdheidsgrond zou voorhanden zijn’, een verantwoording op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 in zoverre de ontworpen regeling de beheersautonomie van handelsvennootschappen zou beperken. Hierbij dient het volgende te worden opgemerkt.

3.1. Artikel 49 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 bevat het regelgevend kader voor het aangaan van leningen door de gewesten en gemeenschappen en de instellingen van openbaar nut die ervan afhangen. Artikel 52 van dezelfde bijzondere wet betreft de organisatie van de thesaurie van de gemeenschappen en de gewesten.

Het voorliggende voorontwerp regelt evenwel het beheer van kasmiddelen van de overheidsentiteiten die onder de toepassing ervan worden gebracht, waarbij beleggingseisen worden opgelegd voor gelden die op lange en korte termijn beschikbaar zijn en die worden belegd in financiële instrumenten uitgegeven door de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest of een andere overheidsentiteit. Dergelijke regeling is niet inpasbaar in de bepalingen van de artikelen 49 en 52 van de bijzondere wet van 16 januari 1989.

Bijgevolg kan noch artikel 49, noch artikel 52 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 als bevoegdheidsrechtelijke grondslag voor de ontworpen regeling in aanmerking worden genomen.

3.2. De vraag rijst op welke bevoegheidsrechtelijke grondslag de ontworpen inperking van de beheersautonomie inzake lange- en kortetermijnbeleggingen door de entiteiten die met toepassing van artikel 3 van het voorontwerp onder de ontworpen regeling vallen, kan worden gesteund.

De memorie van toelichting verwijst in dat verband naar artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Door de beleggingseisen enkel op te leggen aan entiteiten die “in handen zijn” van de Vlaamse overheid en geconsolideerd worden, wordt – steeds volgens de memorie van toelichting – bovendien ook het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd.

Artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 maakt het de gemeenschappen en de gewesten mogelijk om, in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheden behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen op te richten of kapitaalparticipaties te nemen. Tevens wordt in het genoemde artikel 9 bepaald dat het decreet aan de voornoemde organismen rechtspersoonlijkheid kan toekennen en hen kan toelaten

³ Op grond van deze bepalingen is het decreet van 7 mei 2004 ‘houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest’ aangenomen.

kapitaalparticipaties te nemen. Ook wordt bepaald dat, onverminderd artikel 87, § 4, van de bijzondere wet, het decreet de oprichting, de bevoegdheid, de werking en het toezicht regelt.

Zoals de Raad van State reeds meermaals heeft benadrukt, biedt artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ruime mogelijkheden, in die zin dat de decreetgever bij de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheid aan geen vooraf bestaande organisatievormen is gebonden en hij, geval per geval, de doelstellingen van de betrokken organismen, de samenstelling van de bestuursorganen en de bevoegdheden en de werking van die organismen kan vaststellen.

Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 ‘tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen’, waarbij artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 werd vervangen, kan worden opgemaakt dat met deze bepaling beoogd werd de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten uit te breiden “tot alles wat betrekking heeft op het gedecentraliseerd beheer (dienstgewijze decentralisatie) van de openbare sector, met inbegrip van formules van medebeheer met de private sector”.⁴ In het kader van de financiële autonomie van de gemeenschappen en de gewesten,⁵ kan dit in principe, zoals hier het geval is, het schuldenbeheer behelzen van de entiteiten waarvan sprake is in artikel 9 van de bijzondere wet.

3.3. Voor de instellingen die onder het toepassingsgebied van de ontworpen regeling vallen en die zijn opgericht op grond van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 rijzen derhalve geen problemen. De ontworpen regeling kan op basis hiervan, en in samenhang met de financiële autonomie van de gemeenschappen en de gewesten, doorgang vinden voor de overheidsentiteiten opgesomd in artikel 3, eerste lid, 1° tot 7°, van het voorontwerp. Voor de in artikel 3, eerste lid, 8°, van het voorontwerp vermelde handelsvennootschappen rijst, in zoverre deze eveneens zijn opgericht met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, evenmin een probleem.

3.4.1. Wat de handelsvennootschappen betreft die niet zijn opgericht met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, en waarvoor bijgevolg met toepassing van die bepaling niet in een eigen regeling kan worden voorzien wat betreft de organisatie en de werking ervan, kan in beginsel geen inperking van de beheersautonomie worden vastgesteld die afwijkt van de bestaande regelgeving toepasselijk op zulke handelsvennootschappen.

⁴ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat de bijzondere wet van 8 augustus 1988 is geworden, *Parl.St.* Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, p. 24.

⁵ Die financiële autonomie vloeit voort uit de principiële autonomie van de gemeenschappen en de gewesten en komt duidelijk tot uiting in verschillende bepalingen van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten’, en wel inzonderheid in de artikelen 50 en 51 ervan. Die autonomie geldt onder voorbehoud van de beperkingen die erin aangebracht worden bij andere bepalingen van dezelfde bijzondere wet, zoals bijvoorbeeld artikel 49 dat over leningen handelt.

Voor deze regelgeving bestaat immers geen enkele bevoegdheidsverdelende regel die, zoals artikel 9 van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980, aan de gemeenschappen en de gewesten een dergelijke bevoegdheid zou verlenen naast hun financiële autonomie.⁶

3.4.2. De uitbreiding van de werkingssfeer van de ontworpen regeling tot de handelsvennootschappen die niet zijn opgericht met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, is enkel mogelijk indien een beroep kan worden gedaan op de impliciete bevoegdheden bedoeld in artikel 10 van dezelfde bijzondere wet. Krachtens dat artikel mogen de decreten bepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor niet de decreetgever, maar de federale wetgever in beginsel bevoegd is. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is daartoe evenwel vereist dat een dergelijke regeling noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van het gewest of de gemeenschap, dat die aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.

Wat dat betreft, wordt in de memorie van toelichting uiteengezet waarom, volgens de stellers van het voorontwerp, aan deze voorwaarden is voldaan.

Wat de eerste voorwaarde betreft, wordt aangevoerd dat de afwijking noodzakelijk is, omdat zonder dergelijke ingreep het doel van dit decreet om de geconsolideerde schuldpositie in zijn geheel te doen dalen, in het gedrang kan komen en omdat, indien de betrokken geconsolideerde handelsvennootschappen onttrokken zouden worden aan de toepassing van het ontworpen decreet, de schuldpositie door hun handelen immers alsnog onder druk kan komen te staan.

Nog volgens de memorie van toelichting kan worden aangenomen dat de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling, wat blijkt uit het feit dat de federale overheid in een soortgelijke regeling heeft voorzien voor de entiteiten die behoren tot de publieke sector van de federale overheid (zie titel 11 van de wet van 21 december 2013 ‘houdende diverse fiscale en financiële bepalingen’).

Ten slotte wordt aangevoerd dat de weerslag op de bevoegdheidsuitoefening van de federale overheid marginaal is gelet op de zeer beperkte groep van handelsvennootschappen die onder deze regeling vallen. Het zou immers enkel gaan om vennootschappen die in handen zijn van de Vlaamse overheid en die geconsolideerd worden. De regeling zou bovendien niet aan het wezen van de bevoegdheid van de federale wetgever inzake vennootschapsrecht raken.

Aldus zou binnen de grenzen worden gebleven die uit artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 voortvloeien.

3.4.3. In zoverre in de memorie van toelichting ter verantwoording van de noodzakelijkheid van de ontworpen regeling enkel wordt geopperd dat het doel om de geconsolideerde schuldpositie in zijn geheel te doen dalen ‘in het gedrang kan komen’, moet

⁶ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, B.33-B.38. Zie ook S. BAETEN en F. VANDENDRIESSCHE, “Oprichting van rechtspersonen en participaties”, in G. VAN HAGENDOREN en B. SEUTIN, *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, Die Keure, 2007, pp. 39-40.

worden opgemerkt dat in zijn algemeenheid een dergelijke argumentatie er in hoofdzaak op neerkomt dat gewezen wordt op de opportuniteit of het nut van de maatregel, maar niet volstaat om de noodzakelijkheid ervan aan te tonen.

Waar de memorie van toelichting, weliswaar in een algemeen gedeelte en niet ter verantwoording van de toepasbaarheid van artikel 10 van de bijzondere wet, betoogt dat beleggen in “Vlaams papier” voordelen biedt voor zowel de geconsolideerde Vlaamse overheid als voor de beleggende als lenende overheidsentiteiten en dat de overheidsentiteiten enerzijds kunnen beleggen in financiële instrumenten met een duurzaam rendement en een sterke rating⁷ en anderzijds de uitgiftekosten kunnen beperken en de investeerdersbasis wordt uitgebreid, dient te worden opgemerkt dat ook deze argumentatie veeleer de opportuniteit of het nut van de maatregel benadrukt dan dat ze de noodzakelijkheid ervan aannemelijk maakt.

De steller van het voorontwerp moet, bij voorkeur in de memorie van toelichting, kunnen aantonen dat het uitbreiden van de ontworpen regeling tot de handelsvennootschappen die niet opgericht zijn met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, zoals die regeling van toepassing is op de entiteiten waarvoor hij bevoegd is op grond van die laatste bepaling, in samenhang met de financiële autonomie van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, noodzakelijk is voor de doelmatigheid van die regeling.

De toelichting die in de bespreking van artikel 3 wordt gegeven omtrent de gedifferentieerde aard van de maatregel, is aanvaardbaar.

Wat de marginale weerslag op de voorbehouden materie betreft, volstaat de enkele verantwoording dat slechts een zeer beperkte groep van handelsvennootschappen onder de ontworpen regeling vallen niet. Wat dat betreft dient immers ook inzicht te worden gegeven over welke handelsvennootschappen het precies en concreet gaat.

3.4.4. De ontworpen regeling kan enkel worden geacht tevens van toepassing te zijn op de handelsvennootschappen die niet met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn opgericht, indien daarvoor een verantwoording kan worden gegeven die voldoet aan de voorwaarden die voor de toepassing van artikel 10 van dezelfde bijzondere wet zijn vereist. Het valt te betwijfelen of de in de memorie van toelichting aangedragen verantwoording daaraan voldoet.

⁷ Voetnoot 1 uit het aangehaalde advies: Voor overheidsentiteiten die onderworpen zijn aan de rechtspersonenbelasting is er daarenboven een extra voordeel indien ze beleggen in gedematerialiseerde effecten, zoals het EMTN- of BCP-programma van de Vlaamse Gemeenschap. Rekening houdende met de argumentatie zoals toegelicht in de beslissing 2016.046 van de Dienst Voorafgaande Beslissingen zijn overheidsentiteiten die beleggen in obligaties uitgegeven door andere overheidsentiteiten via het X/N-stelsel namelijk definitief vrijgesteld van roerende voorheffing. Dit wil zeggen dat de bruto opbrengst gelijk is aan de netto opbrengst. Bij beleggingen in bijvoorbeeld bedrijfsobligaties is dit niet het geval. Merk trouwens op dat de argumentatie voor de definitieve vrijstelling van roerende voorheffing overeenkomt met de argumentatie voor voorliggende voorontwerp van decreet. Zo bepaalt de aanhef van het Koninklijk Besluit van 9 januari 2005 het volgende: “Overwegende dat het bijzonder dringend is om het voorrecht van de vrijstelling van roerende voorheffing toe te kennen aan de sector overheid in de zin van het ESR, en dit voor de effecten uitgegeven door deze sector, noodzakelijke voorwaarde voor het consolideren van de federale staatsschuld en bijgevolg voor het verminderen van de schuldgraad van ons land”.

4. Er moet nog onderzocht worden of de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, mochten ze de ontworpen regeling vaststellen, geen afbreuk zouden doen aan de beginselen van het vrije verkeer van kapitaal en aan de andere elementen van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet of door of krachtens de internationale verdragen. De deelstaten dienen die beginselen en dat normatieve kader immers in acht te nemen op basis van artikel 6, § 1, VI, derde tot vijfde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.⁸

De ontworpen regeling kan immers worden opgevat als een belemmering van het kapitaalverkeer, in het bijzonder in zijn toepassing op de handelsvennootschappen bedoeld in artikel 3, eerste lid, 8° van het voorontwerp. Er dient in dat verband te worden opgemerkt, in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie,⁹ dat de in artikel 3 van het voorontwerp opgesomde entiteiten worden beperkt in hun mogelijkheden om op korte termijn en op lange termijn te beleggen in financiële instrumenten van andere Belgische, buitenlandse of Europese overheden en andere privé-emittenten.

Het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het vrije verkeer van kapitaal slechts door een nationale regeling kan worden beperkt op voorwaarde dat deze regeling wordt gerechtvaardigd door een van de in artikel 65, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie¹⁰ (hierna: VWEU) genoemde redenen of door dwingende redenen

⁸ Cfr. bijv. GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, B.16.1 en volgende; GwH 8 juli 2010, nr. 83/2010, B.7, en GwH 28 oktober 2010, nr. 123/2010, B.5.2 en volgende, waarin onder meer het volgende werd overwogen:

“B.5.2. De uitoefening door een gewest van zijn eigen fiscale bevoegdheid mag geen afbreuk doen aan de algehele staatsopvatting, zoals die tot uiting komt in de opeenvolgende staats hervormingen en in de respectieve bijzondere en gewone wetten tot bepaling van de onderscheiden bevoegdheden van de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten.

Uit het geheel van die bepalingen, inzonderheid uit artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 – ingevoegd bij artikel 4, § 8, van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 –, en uit artikel 49, § 6, derde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten blijkt dat het Belgische staatsbestel berust op een economische en monetaire unie, die wordt gekenmerkt door een geïntegreerde markt en door de eenheid van de munt.

Hoewel artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 past in het kader van de toewijzing van bevoegdheden aan de gewesten wat de economie betreft, geldt die bepaling als de uiting van de wil van de bijzondere wetgever om een eenvormige basisregeling van de organisatie van de economie in een geïntegreerde markt te handhaven.

Het bestaan van een economische unie impliceert in de eerste plaats het vrije verkeer van goederen en productiefactoren tussen de deelgebieden van de Staat. Wat het goederenverkeer betreft, zijn de maatregelen die autonoom door de deelgebieden van de unie – *in casu* de gewesten – worden vastgesteld en het vrije verkeer belemmeren, niet bestaanbaar met een economische unie. Dit geldt noodzakelijkerwijs voor alle interne douanerechten en alle heffingen met gelijke werking.”

⁹ HvJ 26 september 2000, C-478/98, punten 15 tot 19.

¹⁰ Art. 65, lid 1, VWEU:

“Het bepaalde in artikel 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten:

a) de terzake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd;

b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.”

van algemeen belang in de zin van zijn rechtspraak. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan wat noodzakelijk is om dat doel te bereiken, dit teneinde aan het evenredigheids criterium te voldoen.

Rijst dus vooreerst de vraag of de beperking van het vrije verkeer van kapitaal objectief kan worden gerechtvaardigd door in het recht van de Europese Unie erkende legitieme belangen. De belangen in artikel 65, lid 1, a) en b) VWEU, zijn te dezen niet nuttig om te worden ingeroepen als verantwoording voor de beperking van het vrije verkeer.

Wat de niet uitdrukkelijk in artikel 65, lid 1, VWEU genoemde rechtvaardigingsgronden betreft, heeft het Hof van Justitie in het kader van het vrije verkeer van kapitaal al verschillende andere redenen van algemeen belang als rechtvaardigingsgrond aanvaard. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een zuiver economische doelstelling in geen geval een beperking van een door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen en dus ook geen geldige rechtvaardigingsgrond kan uitmaken om het vrije verkeer van kapitaal te beperken. In een arrest van 4 juni 2002 heeft het Hof van Justitie er meer specifiek aan herinnerd dat, naast de in artikel 65 VWEU opgesomde redenen die met name het fiscaal recht betreffen, een verantwoording ontleend aan een “algemeen financieel belang van een lidstaat”, niet kan worden aanvaard als rechtvaardigingsgrond.¹¹

Ook al zou kunnen worden aangenomen dat het beheersen van de schuldgraad een mogelijke dwingende reden van algemeen belang is, gelet op de Europese verplichtingen ter zake, dan rijst nog de vraag of in de memorie van toelichting op overtuigende wijze wordt aangetoond dat de voorliggende maatregel daartoe in een belangrijke of voldoende mate bijdraagt.

Het is allerminst duidelijk of er voor de ontworpen regeling een aanvaardbare dwingende reden van algemeen belang voorhanden is. Opdat de regeling zou kunnen worden aangenomen in het licht van het recht van de Europese Unie, zal de decreetgever moeten kunnen aantonen dat met de regeling niet louter een economisch belang wordt nagestreefd, maar dat er tevens een dwingende reden van algemeen belang aanwezig is die de beperking van het vrije verkeer van kapitaal rechtvaardigt.

Bovendien is het zo dat, zelfs al zou er voor de ontworpen regeling een dergelijke rechtvaardigingsgrond voorhanden kunnen zijn, nog dient te worden aangetoond dat de regeling pertinent en evenredig is.

Wat dat betreft wordt tevens verwezen naar de overwegingen die hierboven in punt 3.4.3 geformuleerd worden met betrekking tot de noodzakelijkheid van de overwogen maatregelen.

Op grond van de informatie waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt, kan hij zich hierover evenwel niet met een voldoende kennis van zaken uitspreken.

¹¹ HvJ 4 juni 2002, C-367/98, *Commissie v. Portugal*, punt 52.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

5. Er is een discrepantie tussen de onder punt 3 ontworpen definitie van ‘financiële instrumenten’ (“de leningen en de plaatsingen in gedematerialiseerde vorm”) en de bespreking van die bepaling in de memorie van toelichting (“alle korte en lange termijn beleggingsproducten in gedematerialiseerde vorm uitgegeven door een overheidsentiteit”). Deze discrepantie moet worden weggewerkt door de tekst van de ontworpen bepaling af te stemmen op de memorie van toelichting.

Artikel 3

6. In punt 4° van artikel 3, eerste lid, van het voorontwerp dienen de woorden “de secretariaten van” te worden geschrapt.

7. Artikel 4, § 3, van het decreet van 7 mei 2004 ‘betreffende het kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest’ bepaalt het volgende:

“De publiekrechtelijke rechtspersonen of de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen zoals bedoeld in het artikel 10 respectievelijk artikel 13 van het Kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003, en de ondergeschikte besturen, wiens schuld gewaarborgd wordt door de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, zijn eveneens verplicht om de concurrentie te laten spelen en te streven naar optimale financiële voorwaarden.”

De verhouding van de hier ontworpen regeling met betrekking tot de entiteiten opgesomd in artikel 3, eerste lid, 1°, 2° en 5°, van het voorontwerp tot het voorschrift van vernoemd artikel 4, § 3, is niet duidelijk, wat dient te worden verholpen.

In dat verband dient er ook over te worden gewaakt dat er geen rechtsonzekerheid is nopens de vraag welke Vlaamse openbare instellingen worden bedoeld in artikel 3, eerste lid, 5°, van het voorontwerp. Deze laatste instellingen dienen in voorkomend geval nader te worden omschreven.

Artikelen 4 en 6

8. In artikel 4, eerste lid, en artikel 6, eerste lid, van het voorontwerp wordt respectievelijk een lange- en een kortetermijn-rating opgelegd. Bij een verschillende rating van de verschillende ratinghuizen is het niet duidelijk of een belegging bij een emittent verplicht blijft. In het belang van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling de regeling op dit punt te verduidelijken.

9. Krachtens artikel 4, derde lid, en artikel 6, vierde lid, van het voorontwerp kan de Vlaamse Regering, in afwijking van het eerste lid van respectievelijk artikel 4 en artikel 6 van het voorontwerp, om aan de specifieke behoeften van een overheidsentiteit tegemoet te komen, een percentage aan te beleggen beschikbare gelden bepalen.

Daargelaten de vraag of met deze bepalingen een reglementaire dan wel een individuele bevoegdheid wordt verleend aan de Vlaamse Regering, dient te worden opgemerkt dat deze afwijkingsdelegatie alleszins beperkend zal dienen te worden geïnterpreteerd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME