

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.513 van 18 november 2013
in de zaak A. 205.131/IX-7708**

In zake: de CVBA-SO WONINGENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Walter Muls
kantoor houdend te 1000 Brussel
Antoine Dansaertstraat 92
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 juni 2012, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie van 30 maart 2012 waarbij het beroep wordt verworpen dat de cvba-so WoninGent heeft ingesteld tegen de beslissing van de toezichthouder van 18 januari 2012 tot vernietiging van de beslissing van haar raad van bestuur van 4 januari 2012 houdende de toekenning van een managementtoelage aan haar algemeen directeur.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een toelichtende memorie ingediend.

Auditeur Marijke Van Limbergen heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben elk een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 november 2013.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Souad Zarzouri, die *loco* advocaat Walter Muls verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Marijke Van Limbergen heeft een met dit arrest andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij is een sociale huisvestingsmaatschappij.

Op 30 juni 2011 keurt haar buitengewone algemene vergadering de inbreng goed van woningen door de stad Gent, alsook een fusie door overneming van twee andere sociale huisvestingsmaatschappijen.

3.2. Op 4 januari 2012 vergadert de raad van bestuur van de verzoekende partij onder meer over een aantal personeelsaangelegenheden, waaronder de evaluatie van de prestaties van de algemeen directeur tijdens het kalenderjaar 2011.

De voorzitter en de ondervoorzitter van de verzoekende partij hebben een evaluatie van de algemeen directeur opgesteld, die aan de raad van bestuur ter goedkeuring wordt voorgelegd. Deze evaluatie vermeldt als besluit:

“Principes managementtoelage

Principes volgens MB beheer van 22/10/2008

(Artikel 8, vijfde lid) Het salaris van de directeur kan door de raad van bestuur worden aangevuld met een managementtoelage. (Artikel 9) De managementtoelage bedraagt maximaal 20% van het geïndexeerde jaarsalaris dat van toepassing is in de maand december van het evaluatiejaar en kan alleen worden toegekend omwille van het uitzonderlijk presteren van de directeur.

(Artikel 10) Elke beslissing van de raad van bestuur tot toekenning van een barema in een salarisschaal of de vaststelling van de managementtoelage wordt omstandig, en wat betreft de managementtoelage eveneens jaarlijks, gemotiveerd. Daarbij dient de SHM minstens rekening te houden met de doelstellingen die aan de directeur worden opgelegd, de zwaarte van diens opdracht, de grootte, de financieel-economische toestand en de draagkracht van de SHM.

Evaluatie doelstellingen 2011 en toekenning managementtoelage

Voorzitter [R.C.] en ondervoorzitter [S.S.] stellen volgende beslissing voor:

‘De RvB erkent het uitzonderlijk presteren van de algemeen directeur bij het aansturen van WoninGent gedurende het kalenderjaar 2011. Hierbij houdt de RvB rekening met de zwaarte van de doelstellingen om een complexe fusieoperatie voor te bereiden tussen 3 SHM die op gebied van operationele methodiek en cultuur van de organisatie zeer verschillend waren, in combinatie met het blijven beheren van de continuïteit in projecten en dienstverlening bij WoninGent.

De RvB kent een managementtoelage toe aan de algemeen directeur. Deze managementtoelage bedraagt 20% van het geïndexeerde jaarsalaris van toepassing in de maand december van 2011.

De financieel-economische draagkracht van de maatschappij is ruim voldoende om zulk een managementtoelage te kunnen dragen en blijkt o.a. uit:

- De liquiditeitsratio (verhouding schulden op korte termijn tegenover op korte termijn beschikbare middelen) per 30/06/2011, ruw gerekend, bedraagt meer dan 3.
- De liquiditeiten per 30/06/2011 bedragen meer dan 24 mio.
- Het eigen vermogen van de maatschappij (na fusie en inbreng van de stadswoningen) bedraagt om en bij €240 mio, waarvan €25 mio overgedragen gereserveerde winst.
- De maatschappij genereert vanaf 2011 een omzet van ruim 30 mio €’.”

De raad van bestuur keurt deze evaluatie van de algemeen directeur goed en beslist om hem een managementtoelage toe te kennen. De notulen van de vergadering vermelden daarover het volgende:

“Algemeen directeur: evaluatie werkjaar 2011.

Zoals besproken tijdens de vergadering van 27-01-2011 hebben Voorzitter en Ondervoorzitter een evaluatie voorbereid. Zij leggen deze voor ter goedkeuring van de Raad van Bestuur. Het Dagelijks Bestuur heeft zich alvast akkoord verklaard met deze evaluatie.

Bijlage: Evaluatie algemeen directeur kalenderjaar 2011 – doelstellingen 2012

Evaluatie doelstellingen 2011 en toekenning managementtoelage

De Raad van Bestuur erkent het uitzonderlijk presteren van de algemeen directeur bij het aansturen van WoninGent gedurende het kalenderjaar 2011. Hierbij houdt de Raad van Bestuur rekening met de zwaarte van de doelstellingen om een complexe fusieoperatie voor te bereiden tussen 3 SHM die op gebied van operationele methodiek en cultuur van de organisatie zeer verschillend waren, in combinatie met het blijven beheren van de continuïteit in projecten en dienstverlening bij WoninGent.

De Raad van Bestuur kent een managementtoelage toe aan de algemeen directeur. Deze managementtoelage bedraagt 20% van het geïndexeerde jaarsalaris van toepassing in de maand december van 2011.

[...].”

3.3. Op 18 januari 2012 vernietigt de toezichthouder van het agentschap Inspectie RWO van de Vlaamse overheid de voormelde beslissing van de raad van bestuur van de verzoekende partij waarbij een managementtoelage aan de algemeen directeur wordt toegekend. De toezichthouder oordeelt dat het positief meewerken aan de realisatie van de fusie en het verzorgen van de gewone werking van de maatschappij niet kunnen worden beschouwd als uitzonderlijke prestaties en dat ook uit andere activiteiten geen uitzonderlijke prestaties van de algemeen directeur kunnen worden afgeleid. Zij stelt voorts dat de vereiste toetsing

aan de financieel-economische toestand en de draagkracht van de sociale huisvestingsmaatschappij gebeurde aan de hand van gegevens van 30 juni 2011, dit is van vóór de fusieoperatie, waardoor geen rekening werd gehouden met de financiële impact van de fusie.

3.4. Op 20 februari 2012 stelt de verzoekende partij een beroep in tegen de vernietigingsbeslissing van de toezichthouder bij de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie.

3.5. Op 30 maart 2012 verwerpt de voornoemde minister het beroep. Dit is de bestreden beslissing. Ze steunt in het bijzonder op de volgende motieven:

“Elke beslissing van een raad van bestuur over de vaststelling van een managementtoelage moet omstandig gemotiveerd worden. Daarbij moet de sociale huisvestingsmaatschappij minstens rekening houden met de doelstellingen die aan de directeur werden opgelegd, de zwaarte van diens opdracht, de grootte, de financieel-economische toestand en de draagkracht van de sociale huisvestingsmaatschappij.

Volgens de raad van bestuur hield men rekening met de zwaarte van de doelstellingen om een complexe fusieoperatie voor te bereiden tussen drie sociale huisvestingsmaatschappijen die op gebied van operationele methodiek en cultuur van de organisatie zeer verschillend waren. Dit vergt van een algemeen directeur extra inspanningen, bovenop het normale functioneren. De toezichthouder relativeert echter het belang van de algemeen directeur in de voorbereiding van de fusieoperatie en verwijst naar de prominente rol van de stuurgroep, de financieel-economische ondersteuning door KPMG en de juridische ondersteuning door advocatenkantoor Stibbe. De aanstelling van de algemeen directeur ging bovendien maar in vanaf september 2011, na de formele fusie.

De toekenning van een managementvergoeding dient uit te gaan van een waarneembare bijzondere prestatie. Deze bijzondere prestatie kan worden beoordeeld op basis van vooraf geformuleerde doelstellingen zodat het uitzonderlijk presteren daaraan kan worden getoetst. De doelstellingen werden weergegeven in het addendum bij de notulen van de raad van bestuur van 4 januari 2012: het voorbereiden van de fusie, de werking van WoninGent beheren, de implementatie van de fusie (deze laatste is als extra doelstelling opgelegd na de fusie en de aanstelling als algemeen directeur). De bijzondere prestatie in het kader van de fusieoperatie blijft in de beschrijving van de doelstellingen beperkt tot ‘het intensief samenwerken met’ de betrokken ondersteunende bureaus, de revisor en de stuurgroep. In de beschrijvende evaluatie van hoofdstuk II, bijlage 2 wordt echter nergens aangetoond op welke manier invulling gegeven is aan deze bijzondere prestatie. Bovendien kunnen de fusiewerkzaamheden, rekening houdende met de taken van de stuurgroep en

de juridisch-financiële ondersteuning, bezwaarlijk als een uitzonderlijk presteren van één directeur in aanmerking worden genomen.

Als gevolg van de fusieoperatie, en vooral als gevolg van de inbreng van de vele stadswoningen, is de financieel-economische positie van WoninGent grondig gewijzigd. De verantwoording op basis van de verwijzing naar de liquiditeitsratio per 30/06/2011, het eigen vermogen van de maatschappij en de omzet die de maatschappij genereert vanaf 2011, kan bezwaarlijk worden gebruikt om de huidige financieel-economische toestand en de draagkracht van de fusiemaatschappij aan te tonen. Deze aspecten zijn nochtans cruciaal om de toekenning van een managementtoelage te kaderen en te motiveren.”

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verwerende partij heeft haar memorie van antwoord ingediend en haar administratief dossier neergelegd op 10 oktober 2012, dit is na het verstrijken – op 27 augustus 2012 – van de termijn die haar daarvoor was toegestaan met toepassing van artikel 6, § 2, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Bijgevolg worden de door de verzoekende partij aangehaalde feiten met toepassing van artikel 21, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bewezen geacht tenzij deze feiten kennelijk onjuist zijn. Bij de appreciatie daarvan mag de Raad van State de stukken van het laattijdig neergelegde administratief dossier wel als inlichting in aanmerking nemen.

De memorie van antwoord van de verwerende partij wordt overeenkomstig artikel 21, vijfde lid, van de voornoemde gecoördineerde wetten uit het debat geweerd.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van artikel 159 van de Grondwet, in zoverre rechtstreeks of onrechtstreeks toepassing wordt gemaakt van de artikelen 9 en 10 van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 ‘tot bepaling van nadere regels met betrekking tot de interne beheersaspecten en de onroerende transacties van de sociale huisvestingsmaatschappijen’ (hierna: het ministerieel besluit van 22 oktober 2008), alsook de schending van de materiële-motiveringsplicht.

Zij betoogt dat de motivering van de bestreden beslissing volledig steunt op de artikelen 9 en 10 van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008, terwijl dit ministerieel besluit onwettig is en dus op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten. Zij onderbouwt haar standpunt met de argumenten die zij ook in haar beroepschrift voor de minister heeft aangevoerd. Vooreerst laat zij gelden dat, indien zou worden aangenomen dat de Vlaamse Wooncode de Vlaamse Regering machtigt om de interne beheersaspecten van de sociale huisvestingsmaatschappijen te regelen, deze regering die bevoegdheid in principe zelf dient uit te oefenen en niet zonder meer kan subdelegeren aan de functioneel bevoegde minister. Voorts wijst zij erop dat het ontwerpbesluit dat het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 is geworden, bovendien niet voor advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State werd voorgelegd, terwijl niet is gemotiveerd waarom dit, ingevolge een met bijzondere redenen omkleed geval van hoogdringendheid, niet wettelijk verplicht zou zijn geweest. Aldus werd artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State miskend. Dit wetsartikel houdt nochtans een substantieel vormvoorschrift in dat de openbare orde raakt.

Ten slotte voert de verzoekende partij nog aan dat de verwerende partij de materiële-motiveringsplicht heeft geschonden door in de bestreden

beslissing geen aandacht te besteden aan deze onwettigheden, die zij reeds in haar beroepschrift heeft aangevoerd.

6. De verzoekende partij voegt bij haar toelichtende memorie haar jaarverslag 2011 “met inbegrip van de jaarrekening per 31 december 2011” en zij wijst daarbij op enkele cijfergegevens waaruit volgens haar de financieel-economische draagkracht van de sociale huisvestingsmaatschappij blijkt.

7. De verwerende partij werpt in haar laatste memorie op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel aangezien het de onwettigheid aanvoert van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 waarop de laatstgenoemde partij zich zelf beroept om aan haar algemeen directeur een managementtoelage toe te kennen. De verwerende partij betwist ook dat de bevoegdheid om de interne beheersaspecten van de sociale huisvestingsmaatschappijen te regelen niet rechtsgeldig door de Vlaamse Regering zou zijn gedelegeerd aan de functioneel bevoegde minister.

8. De verzoekende partij betoogt in haar laatste memorie dat het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 door de minister werd genomen op grond van artikel 7 van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 ‘houdende bepaling van de specifieke regels voor het toezicht op de sociale woonactoren’, waarbij de minister die bevoegd is voor de Huisvesting werd gemachtigd om nadere regels uit te werken voor onder meer de interne beheersaspecten van sociale huisvestingsmaatschappijen. De minister is vrij om van deze machtiging al dan niet gebruik te maken. Indien de minister van die machtiging geen gebruik maakt – waarmee een onwettig gebruik, zoals zich in dit geval voordoet, moet worden gelijkgesteld – dan mogen de sociale huisvestingsmaatschappijen zich wat hun intern beheer betreft, beroepen op de discretionaire bevoegdheid die zij ontleen aan “de autonomie van artikel 40 van de Vlaamse Wooncode”. De aangevoerde onwettigheid van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 impliceert bijgevolg niet dat de raad van bestuur van de verzoekende partij nood had aan een andere

specifieke rechtsgrond om zijn beslissing van 4 januari 2012 rechtsgeldig te kunnen nemen.

Beoordeling

9. Artikel 8 van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 voorziet in de mogelijkheid voor de raad van bestuur van de sociale huisvestingsmaatschappij om het salaris van de directeur aan te vullen met een managementtoelage.

De artikelen 9 en 10 van datzelfde ministerieel besluit regelen de voorwaarden waaronder de managementtoelage kan worden toegekend. Ze luiden als volgt:

“Artikel 9. De managementtoelage bedraagt maximaal 20 % van het geïndexeerde jaarsalaris dat van toepassing is in de maand december van het evaluatiejaar en kan alleen worden toegekend omwille van het uitzonderlijk presteren van de directeur.

Artikel 10. Elke beslissing van de raad van bestuur tot toekenning van een barema in een salarisschaal of de vaststelling van de managementtoelage wordt omstandig, en wat betreft de managementtoelage eveneens jaarlijks, gemotiveerd.

Daarbij dient de sociale huisvestingsmaatschappij minstens rekening te houden met de doelstellingen die aan de directeur worden opgelegd, de zwaarte van diens opdracht, de grootte, de financieel-economische toestand en de draagkracht van de sociale huisvestingsmaatschappij.”

10. De bestreden beslissing verwerpt het beroep van de verzoekende partij tegen de beslissing van 18 januari 2012 van de toezichthouder waarbij de beslissing van haar raad van bestuur van 4 januari 2012 tot toekenning van een managementtoelage aan haar algemeen directeur wordt vernietigd. Ingevolge de devolutieve werking van het beroep komt de bestreden beslissing in de plaats van de beslissing van de toezichthouder.

De bestreden beslissing steunt wezenlijk op het motief dat niet is aangetoond dat de algemeen directeur in 2011 uitzonderlijke prestaties heeft

geleverd die de toekenning van een managementtoelage zouden kunnen verantwoorden, noch dat de financieel-economische toestand en draagkracht van de fusiemaatschappij de toekenning van een dergelijke toelage toelaat.

De bestreden beslissing refereert daarmee uitdrukkelijk aan de voorwaarden die in de artikelen 9 en 10 van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 zijn bepaald voor het toekennen van een managementtoelage.

11. Artikel 159 van de Grondwet luidt als volgt:

“De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen.”

Uit de duidelijke formulering van dit grondwetsartikel blijkt dat de erin gestelde regel enkel geldt voor de met eigenlijke rechtspraak belaste organen en niet voor de organen van het actief bestuur.

12. De Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie is bij het nemen van de bestreden beslissing opgetreden als een orgaan van het actief bestuur en niet als een met rechtspraak belast orgaan. Bijgevolg was zij ertoe gehouden om het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 toe te passen en mocht zij het niet op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten beschouwing laten.

De Raad van State daarentegen dient, als rechtscollege, wel de wettigheid van dat besluit te toetsen en het desgevallend binnen de grenzen van het bij hem aanhangig gemaakte geding buiten toepassing te laten, zo nodig ambtshalve indien er wettigheidsbezwaren zijn die de openbare orde raken.

13. Ter staving van de door haar opgeworpen onwettigheid van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 voert de verzoekende partij aan dat het regelen van de interne beheersaspecten van de sociale huisvestingsmaatschappijen

een bevoegdheid is die toebehoort aan de Vlaamse Regering en niet het voorwerp kan uitmaken van een subdelegatie aan de functioneel bevoegde minister en dat het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 bovendien ten onrechte niet voor advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State werd voorgelegd.

14. Artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt onder meer dat de leden van de gemeenschaps- of gewestregeringen, buiten het met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid en enkele uitzonderingen die te dezen niet van toepassing zijn, ieder wat hem betreft, alle ontwerpen van reglementaire besluiten aan het met redenen omklede advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State onderwerpen.

Deze verplichte raadpleging van de afdeling Wetgeving van de Raad van State is een substantiële vormvereiste waarvan de miskennis de openbare orde raakt en desnoods ambtshalve moet worden opgeworpen. Een miskennis van deze substantiële vormvereiste tast de wettigheid van het gehele besluit aan.

15. Te dezen kan niet worden ontkend – en de verwerende partij doet zulks ook niet – dat het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 verordenend van aard is en bijgevolg op grond van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State voor advies moest worden voorgelegd aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State, tenzij in het met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid. Het voormelde besluit werd evenwel niet voor advies aan de afdeling Wetgeving voorgelegd en evenmin werd gemotiveerd om welke redenen van hoogdringendheid aan deze vereiste werd voorbijgegaan.

Deze miskennis van de voormelde substantiële vormvereiste noopt de Raad van State ertoe om met toepassing van artikel 159 van de Grondwet het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 buiten toepassing te laten, zonder dat het argument met betrekking tot de subdelegatie nog moet worden onderzocht.

16. Aangezien de vastgestelde onwettigheid de openbare orde raakt, zou de vraag naar het belang van de verzoekende partij bij dit tweede middel buiten beschouwing kunnen blijven. Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat, anders dan de verwerende partij opwerpt, een vernietiging van de bestreden beslissing, – die is genomen in het kader van de uitoefening van een facultatief, termijngebonden bestuurlijk toezicht – de verzoekende partij wel degelijk tot voordeel kan strekken, óók wanneer die vernietiging wordt uitgesproken op grond van dit tweede middel, aangezien de beslissing van haar raad van bestuur van 4 januari 2012 tot toekenning van een managementtoelage aan haar algemeen directeur alsdan terug rechtskracht verkrijgt en – definitief – uitvoerbaar wordt. Het antwoord op de vraag of die beslissing van de raad van bestuur, gelet op de vastgestelde onwettigheid van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008, een deugdelijke rechtsgrond heeft, verandert daar niets aan.

17. Het tweede middel is alvast in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie van 30 maart 2012 waarbij het beroep wordt verworpen dat de cvba-so WoninGent heeft ingesteld tegen de beslissing van de toezichthouder van 18 januari 2012 tot vernietiging van de beslissing van haar raad van bestuur van 4 januari 2012 houdende de toekenning van een managementtoelage aan haar algemeen directeur.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 november 2013, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren