RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 53.228/3
van 22 mei 2013

over

een voorontwerp van decreet ‘houdende de omvorming van het Havenbedrijf Gent tot een naamloze vennootschap van publiek recht’

Op 22 april 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘houdende de omvorming van het Havenbedrijf Gent tot een naamloze vennootschap van publiek recht’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 mei 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Dries VAN EECKHOUTTE, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 mei 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[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe de stad Gent te machtigen het Havenbedrijf Gent om te vormen tot een naamloze vennootschap van publiek recht, alsook de voorwaarden en de nadere regels in dit verband te bepalen.

BEVOEGDHEID VAN HET VLAAMSE GEWEST

3.1. Bijna alle bepalingen van het ontwerp kunnen worden gekwalificeerd als een aangelegenheid als bedoeld bij artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 1° en 8°, en X, eerste lid, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

3.2.1. In artikel 5 van het ontwerp wordt evenwel bepaald dat, in afwijking van artikel 646 van het Wetboek van Vennootschappen de stad Gent alle aandelen kan bezitten in de naamloze vennootschap van publiek recht Havenbedrijf Gent, zonder beperking van duur en zonder geacht te worden hoofdelijk borg te staan voor de verbintenissen van de naamloze vennootschap van publiek recht.

Met die bepaling wordt afgeweken van de federale vennootschapswetgeving die krachtens artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. Volgens de gemachtigde lijkt hiertegen geen bezwaar te bestaan aangezien “het Grondwettelijk Hof al meermaals heeft geoordeeld dat voor specifieke publiekrechtelijke rechtspersonen (zoals de havenbedrijven er zijn) de gewestelijke decreetgever in ieder geval bevoegd is om af te wijken van de bepalingen van de (desgevallend suppletief) toepasselijke vennootschapsrechtelijke bepalingen, zonder dat hiervoor beroep op de impliciete bevoegdheden moet worden gesteund”.

Met die zienswijze kan niet worden ingestemd.

De stellers van het ontwerp gaan eraan voorbij dat het ontwerp er niet toe strekt met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 een rechtspersoon op te richten die afhangt van het Vlaamse Gewest, maar wel om een machtiging aan de stad Gent te verlenen om het Havenbedrijf Gent om te vormen tot een naamloze vennootschap van publiek recht en de voorwaarden en de nadere regels daartoe te bepalen. Voor dit laatste kan geen beroep worden gedaan op voornoemd artikel 9.

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

Waar voor de oprichting van een rechtspersoon door het Vlaamse Gewest met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, kan worden afgeweken van de federale vennootschapswetgeving, geldt dit niet voor de oprichting of, zoals in dit geval, voor de omvorming van een rechtspersoon door een gemeente.[2]

3.2.2. Nu met de ontworpen regeling wordt beoogd af te wijken van het Wetboek van Vennootschappen, dient een beroep te worden gedaan op de impliciete bevoegdheden.

Er dient bijgevolg te worden onderzocht of de in artikel 5 van het ontwerp bepaalde afwijking van artikel 646 van het Wetboek van Vennootschappen, noodzakelijk is voor het uitoefenen van de gewestbevoegdheid, of de aan de bevoegdheid van de Staat voorbehouden materie zich leent tot een gedifferentieerde regeling, en of de weerslag op die voorbehouden materie marginaal is, in welk geval de toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zou kunnen worden verantwoord.

Gevraagd waarom het bepaalde in artikel 5 van het ontwerp noodzakelijk is, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

> “Een van de belangrijkste doelstellingen van de omvorming betreft inderdaad het betrekken van andere stakeholders in de kapitaalstructuur van het havenbedrijf, meer in het bijzonder de provincie Oost-Vlaanderen (de POM) en de gemeenten Zelzate en Evergem. De Vlaamse decreetgever kan deze lokale besturen echter niet decretaal verplichten om deel te nemen in het tot nv omgevormde havenbedrijf.
>
> De verantwoording voor de afwijking van artikel 646 van het Wetboek van Vennootschappen kan dan ook gevonden worden in het (minstens theoretische) risico dat de betrokken lokale besturen bij de omvorming of nadien zouden beslissen om geen (of niet langer) deelgenoot te zijn. In die situatie zou de aansprakelijkheidsbeperking voor de stad Gent namelijk doorbroken worden en aldus ook de gelijke behandeling van de havenbedrijven (één van de cruciale uitgangspunten van het Havendecreet). De schuldeisers van de Gentse haven zouden op dat ogenblik immers (wegens het ontbreken van de aansprakelijkheidsbeperking) mee genieten van de kredietwaardigheid van de stad Gent.”

Deze verklaring maakt aannemelijk dat de in artikel 5 van het ontwerp vervatte afwijking van artikel 646 van het Wetboek van Vennootschappen noodzakelijk kan worden geacht. Doordat die regeling bovendien niet raakt aan het wezen van de bevoegdheid van de federale wetgever inzake vennootschapsrecht, lijkt binnen de grenzen te worden gebleven die uit artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 voortvloeien.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

4. Rekening houdend met opmerking 3.1, moet het ontworpen decreet mede worden voorgedragen door de Vlaamse minister die bevoegd is voor de binnenlandse aangelegenheden.

---

[2] Vgl. met de oprichting van de gewestelijke “Société wallonne du Logement” en de Waalse openbare huisvestingsmaatschappijen: GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000.

ALGEMENE OPMERKING

5. Het ontworpen decreet is ingedeeld in drie hoofdstukken.

De indeling van het dispositief van een regeling in hoofdstukken is alleen verantwoord wanneer de verscheidenheid van de erin geregelde onderwerpen of het groot aantal artikelen daartoe grond opleveren of de regeling daardoor overzichtelijker wordt of makkelijker te raadplegen valt.

In dit geval bestaat het ontwerp uit negen artikelen. De artikelen 1 en 2 vormen hoofdstuk 1. In artikel 1 wordt bepaald dat het ontwerp een gewestaangelegenheid regelt en in artikel 2 worden de termen gedefinieerd die verder in tekst worden gebruikt. De artikelen 3 tot 8 vormen hoofdstuk 2. In artikel 3 wordt de stad Gent gemachtigd om het Havenbedrijf Gent om te vormen tot een naamloze vennootschap van publiek recht en in de artikelen 4 tot 8 worden de voorwaarden en de nadere regels in verband hiermee bepaald. Hoofdstuk 3 bevat slechts één artikel, namelijk artikel 9, waarin de inwerkingtreding van het aan te nemen decreet wordt bepaald op 1 september 2013.

Voor een dergelijke tekst is een indeling in hoofdstukken niet verantwoord.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 4

6. In artikel 4, § 1, tweede zin, wordt gebruik gemaakt van het procedé van de stilzwijgende goedkeuring wanneer de Vlaamse Regering nalaat binnen een termijn van dertig dagen een beslissing te nemen aangaande het gemeenteraadsbesluit van de stad Gent.

Het valt niet te ontkennen dat de verschillende wetgevers steeds frequenter gebruik maken van het procedé van de stilzwijgende goedkeuring. Een verklaring daarvoor is ongetwijfeld dat het voormelde procedé een middel vormt om de autonomie van de gedecentraliseerde besturen veilig te stellen bij verzuim, onzorgvuldigheid of traagheid van de toezichthoudende overheid.[3]

Aan het gebruik van het procedé van de stilzwijgende goedkeuring zijn nochtans ook ernstige nadelen verbonden. Het procedé van de stilzwijgende goedkeuring kan namelijk in strijd komen met het algemeen belang, in zoverre een dergelijk procedé tot gevolg kan hebben dat impliciet een beslissing wordt genomen zonder dat daarmee een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen gepaard gaat. Bovendien is zulk een beslissing uiteraard niet formeel gemotiveerd, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken.

Artikel 4, § 2, tweede zin, wordt dan ook best herzien.

---

[3] I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, p. 172, nr. 338.

7. Luidens artikel 4, § 3, tweede lid, eerste zin, van het ontwerp gelden het gemeenteraadsbesluit, vermeld in paragraaf 1, en de eerste statuten van de naamloze vennootschap van publiek recht als authentieke akten en worden de statuten bekendgemaakt in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad.

De stellers van het ontwerp lijken eraan voorbij te gaan dat elk document dat door een overheidsorgaan *qualitata qua* is opgesteld, authentiek is en wel op dezelfde wijze als de authenticiteit van notariële akten.[4] Het bedoelde gemeenteraadsbesluit en de statuten, zijn bijgevolg, door het feit dat zij zijn vastgesteld door een openbare overheid, authentieke akten.

De woorden “Het gemeenteraadsbesluit, vermeld in paragraaf 1, en de eerste statuten van de nv publiek recht gelden als authentieke akte en” dienen derhalve te worden weggelaten.

Artikelen 4 en 8

8. In artikel 4, § 5, van het ontwerp wordt bepaald dat de naamloze vennootschap van publiek recht Havenbedrijf Gent met het Vlaamse Gewest wordt gelijkgesteld voor de toepassing van de wetten en decreten betreffende de onroerende voorheffing.[5]

Luidens artikel 8, eerste lid, van het ontwerp wordt de naamloze vennootschap van publiek recht Havenbedrijf Gent met autonome gemeentebedrijven gelijkgesteld voor de toepassing van het decreet van 6 juli 2001 ‘houdende de intergemeentelijke samenwerking’.

In plaats van in een gelijkstelling te voorzien, lijkt het raadzaam in de wetten en de decreten betreffende de onroerende voorheffing uitdrukkelijk te bepalen dat de voor het Vlaamse Gewest bepaalde vrijstelling ook geldt voor de naamloze vennootschap van publiek recht Havenbedrijf Gent en in het decreet van 6 juli 2001 uitdrukkelijk te bepalen dat de voordelen die

---

[4] Cass. 17 januari 1901, *Pas.* 1901, I, 106; RvS 10 juli 1984, nr. 24.601.

[5] Deze bepaling werd door de gemachtigde toegelicht als volgt:

“De gelijkschakeling heeft betrekking op de vrijstelling van onroerende voorheffing bedoeld in artikel 253, 3° WIB 92.

Deze vrijstelling kan worden ingeroepen voor nationale domeingoederen, die in de administratieve commentaren worden omschreven als ‘de eigendommen van de Staat, van de provinciën of van de gemeenten, alsmede van de openbare instellingen’ (ComIB nr. 253/82).

Na de omvorming van autonoom gemeentelijk havenbedrijf naar een NV van publiekrecht zou discussie kunnen ontstaan over de vraag of het Gentse havenbedrijf nog wel beschouwd kan worden als een ‘openbare instelling’. Sommige rechtsleer en rechtspraak gaat er immers van uit dat enkel entiteiten die via ‘stichting’ tot stand zijn gebracht als zulke instellingen kunnen worden beschouwd en niet de verenigingen.

Om deze reden maakt voorliggend (oprichting)decreet thans gebruik van de mogelijkheid die in de administratieve commentaar wordt gelaten om voor de doeleinden van de vrijstelling ook als nationale domeingoederen te laten beschouwen ‘de eigendommen toebehorend aan maatschappijen, verenigingen, instellingen of organismen van publiek recht, die krachtens een uitdrukkelijke bepaling van hun oprichtingswet, gelijkgesteld zijn met de Staat voor de toepassing van de inkomstenbelastingen’ (ComIB nr. 253/83).

Door de gelijkstelling met het Vlaamse Gewest op te nemen in het (oprichtings)decreet wordt alvast elke twijfel weggenomen over de mogelijkheid om de vrijstelling voor nationale domeingoederen te kunnen blijven inroepen. Het havenbedrijf kan op dit ogenblik een beroep doen op deze vrijstelling en dit zou, omdat er anders over oordelen de gelijkheid van de onderscheiden havenbedrijven in het gedrang zou kunnen brengen, zo moeten blijven.”

in dit decreet aan de autonome gemeentebedrijven worden toegekend, ook gelden voor deze naamloze vennootschap.

Artikel 8

9. Luidens artikel 8, tweede lid, van het ontwerp wordt met behoud van de toepassing van de bepalingen inzake subsidiëring vermeld in het Havendecreet en de uitvoeringsbesluiten van het voormelde decreet, de naamloze vennootschap van publiek recht Havenbedrijf Gent met gemeenten en van de gemeenten afhangende overheden gelijkgesteld voor de toepassing van bepalingen inzake subsidies en premies.

Over de draagwijdte van deze bepaling om nadere toelichting gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

> “Deze bepaling viseert o.m. de premies inzake loopbaanonderbreking.
>
> De gelijkstelling vindt opnieuw verantwoording in de gelijke behandeling met de overige havenbedrijven, waarbij een wijziging van rechtsvorm naar een NV van publiek recht de arbeidsvoorwaarden niet nadelig zou mogen beïnvloeden.”

Deze bepaling kan slechts zo worden begrepen dat zij enkel betrekking heeft op subsidies en premies die worden toegekend binnen het bevoegdheidsdomein van het Vlaamse Gewest. Het komt immers de decreetgever niet om toe het toepassingsgebied van een federale regeling ter zake te verruimen.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Jo BAERT