



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 55.912/3
van 30 april 2014

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot bepaling van de nadere regels met betrekking tot de beheeraspecten van sociale huisvestingsmaatschappijen en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 oktober 2010 tot vaststelling van de aanvullende voorwaarden en de procedure voor de erkenning als sociale huisvestingsmaatschappij en tot vaststelling van de procedure voor de beoordeling van de prestaties van sociale huisvestingsmaatschappijen’

Op 31 maart 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot bepaling van de nadere regels met betrekking tot de beheeraspecten van sociale huisvestingsmaatschappijen en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 oktober 2010 tot vaststelling van de aanvullende voorwaarden en de procedure voor de erkenning als sociale huisvestingsmaatschappij en tot vaststelling van de procedure voor de beoordeling van de prestaties van sociale huisvestingsmaatschappijen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 22 april 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Kaat LEUS, staatsraden, Jan VELAERS en Lieven DENYS, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 april 2014.

*

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.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt er in de eerste plaats toe het ministerieel besluit van 22 oktober 2008 ‘tot bepaling van nadere regels met betrekking tot de beheersaspecten en de onroerende transacties van sociale huisvestingsmaatschappijen’, te vervangen.¹

Het ontwerp is ingedeeld in zes hoofdstukken. Met hoofdstuk 1 worden een aantal algemene bepalingen ingevoerd (artikelen 1 tot 3), met hoofdstuk 2 wordt voorzien in een systeem van interne controle voor sociale huisvestingsmaatschappijen (artikel 4). Met hoofdstuk 3 van het ontwerp worden de aanwervings- en bezoldigingsvoorwaarden van de directeur geregeld (artikelen 5 tot 15). Hoofdstuk 4 bevat bepalingen inzake de presentiegelden voor de leden van de beheersorganen en de onkostenvergoeding voor de leden van de beraadslagende vergaderingen (artikelen 16 tot 18).

2.2. Voorts strekt hoofdstuk 5 ertoe wijzigingen aan te brengen aan het besluit van de Vlaamse Regering van 22 oktober 2010 ‘tot vaststelling van de aanvullende voorwaarden en de procedure voor de erkenning als sociale huisvestingsmaatschappij en tot vaststelling van de procedure voor de beoordeling van de prestaties van sociale huisvestingsmaatschappijen’. Aan artikel 3 van het besluit van 22 oktober 2010 bestaat wordt een bijkomende erkenningsvoorwaarde voor sociale huisvestingsmaatschappijen toegevoegd. Om erkend te worden en erkend te blijven, dienen deze maatschappijen een raad van bestuur aan te stellen waarvan ten minste een derde van de aangestelde leden van een ander geslacht is. Tevens dient de raad van bestuur maximaal te bestaan uit een welbepaald aantal leden al naargelang de grootte van de betrokken sociale huisvestingsmaatschappij en, voorts, dient die raad van bestuur, zij het door ervaring dan wel door opleiding, over voldoende gezamenlijke deskundigheid te beschikken op juridisch-technisch, economisch-financieel en sociaal vlak (artikel 19).

2.3. Hoofdstuk 6 van het om advies voorgelegde ontwerp bevat slotbepalingen (artikelen 20 tot 23), waaronder een bepaling tot opheffing van het ministerieel besluit van 22 oktober 2008.

3. Rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt in de eerste plaats geboden door de in de aanhef vermelde bepalingen.

¹ De Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak heeft geoordeeld dat dit besluit onwettig is omwille van het ontbreken van het advies door de Raad van State (zie RvS 18 november 2013, nr. 225.513).

Artikel 40, § 1, derde en vierde lid, van de Vlaamse Wooncode biedt rechtsgrond voor artikel 19 van het ontwerp. Bij die bepalingen wordt de Vlaamse Regering ertoe gemachtigd om de procedure voor de erkenning en de intrekking van de erkenning te bepalen, alsook de modelstatuten van de sociale huisvestingsmaatschappijen en de regeling voor het beheer van de middelen als vermeld in artikel 40, § 1, tweede lid, 8°, van die code, evenals om sociale huisvestingsmaatschappijen aanvullende voorwaarden op te leggen om erkend te worden.

Bij artikel 40, § 4, van de Vlaamse Wooncode wordt aan de Vlaamse Regering machtiging verleend om de voorwaarden vast te leggen voor het interne beheer en het rekeningstelsel dat de sociale huisvestingsmaatschappijen hanteren. Het biedt rechtsgrond voor de artikelen 2, 4 tot 16, 18 en 20 van het ontwerp.

Voor artikel 3 van het ontwerp bieden de artikelen 37 en 42 van de Vlaamse Wooncode de rechtsgrond. Deze bepalingen dienen dan ook in de aanhef te worden vermeld.

VORMVEREISTEN

4. Het is enigszins verwonderlijk dat de Vlaamse Regering beslist heeft dat het ontwerp niet beschouwd dient te worden als een basisbesluit in de zin van artikel 21, § 2, tweede lid, 2°, van de Vlaamse Wooncode aangezien toch essentiële bepalingen voor de erkenning van een sociale huisvestingsmaatschappij gewijzigd worden. Immers, uit advies 48.598/1/V van 7 september 2010 van de afdeling Wetgeving bij een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 22 oktober 2010 blijkt dat, daarover om toelichting gevraagd, de gemachtigde verklaarde dat de Vlaamse Woonraad om advies was verzocht, maar dat op dat ogenblik het advies nog niet werd gegeven.

Ook al blijkt uit de aanhef van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 oktober 2010 niet dat het advies van de Vlaamse Woonraad alsnog werd bekomen, noch dat erom werd gevraagd, lijkt het antwoord van de gemachtigde dat destijds werd verstrekt toch te betekenen dat het besluit van 22 oktober 2010 bij de totstandkoming ervan, wél werd beschouwd als een basisbesluit. De Raad van State ziet dan ook niet waarom het om advies voorgelegde ontwerpbesluit dat ertoe strekt het voormelde besluit op een essentieel punt inzake de erkenningsvoorwaarden betreffende de sociale huisvestingsmaatschappijen te wijzigen, niet zou zijn te beschouwen als een basisbesluit. Het ontwerp zal derhalve nog om advies aan de Vlaamse Woonraad dienen te worden voorgelegd.

Mocht het vervullen van dit vormvereiste nog tot wijzigingen leiden, dan zal het ontwerp opnieuw aan de afdeling Wetgeving dienen te worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

AANHEF

5. De aanhef dient te worden aangepast aan hetgeen *sub* 3 werd opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond ervoor. Ook dient melding te worden gemaakt van het (nog in te winnen) advies van de Vlaamse Woonraad.

DISPOSITIEF

Algemene opmerking

6.1. Met de artikelen 5 tot 15 (aanwerving en bezoldigingsvoorwaarden van de directeur), 16 tot 18 (presentiegelden voor de leden van de beheersorganen en de onkostenvergoeding voor de leden van de beraadslagende vergaderingen) en 19 van het ontwerp (samenstelling raad van bestuur) wordt ingegrepen in de organisatie en werking van de sociale huisvestingsmaatschappijen die privaatrechtelijke verenigingen zijn. Wat de samenstelling van de raad van bestuur betreft, geschiedt zulks door het formuleren van een bijkomende erkenningsvoorwaarde. De ontworpen regeling inzake de aanwerving en de bezoldigingsvoorwaarden van de directeur en deze inzake de presentiegelden wordt opgelegd aan erkende sociale huisvestingsmaatschappijen.

6.2. Gevraagd om een verantwoording voor het opleggen van een maximaal aantal leden al naargelang de grootte van de sociale huurwoning, enerzijds, en voor het regelen van de aanwerving en bezoldigingsvoorwaarden van de directeur, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Een sociale huisvestingsmaatschappij is een erkende vennootschap met een maatschappelijk doel dat beantwoordt aan de bijzondere doelstellingen van het Vlaamse woonbeleid. Het is een autonome vennootschap die verantwoordelijk is voor het behoorlijk uitvoeren van de taken die hen opgedragen zijn. Een van de opgelegde taken is de opdrachten uit te voeren die haar worden opgelegd door de Vlaamse Wooncode en de besluiten ter uitvoering ervan en elk ander decreet of besluit, voor zover dat betrekking heeft op aspecten van het sociale woonbeleid. De sociale huisvestingsmaatschappijen nemen, zonder hun burgerlijk karakter te verliezen, de vorm aan van coöperatieve of naamloze vennootschappen met een sociaal oogmerk. Sociale huisvestingsmaatschappijen bieden sociale woondiensten aan en hun activiteiten maken een openbare dienst en een dienst van algemeen belang uit.

Hun uitgaven moeten kaderen binnen hun maatschappelijke doelstelling waarbij rekening moet gehouden worden met het zuinigheidsbeginsel, hun sociale karakter en met het feit dat het gaat om de besteding van gelden van de gemeenschap.

Zowel de bezoldigingsvoorwaarden voor een directeur als de ingevoerde beperking van het aantal bestuursleden vallen te verantwoorden vanuit de toepassing van de principes van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder vanuit het zuinigheidsbeginsel. Sociale huisvestingsmaatschappijen werken met gemeenschapsmiddelen die op een zo zuinig en efficiënt mogelijke wijze moeten gebruikt worden.

In dit kader zou ook verwezen kunnen worden naar volgende arresten van de Raad van State nr. 216.317 van 17 november 2011 en nr. 219.831 van 19 juni 2012 waarbij

door de verzoekende partij onder meer gesteld werd dat de regels van behoorlijk bestuur (waaronder het zuinigheidsbeginsel valt) niet gelijk gesteld kunnen worden met het algemeen belang en derhalve geen vernietigingsgrond kunnen zijn. Hieromtrent oordeelde de Raad van State dat: “In zoverre de verzoekende partij lijkt voor te houden dat de regels van behoorlijk bestuur niet als vernietigingsgrond worden aangemerkt door artikel 47, § 1 van de Vlaamse Wooncode en artikel 5 van het besluit van 18 juli 2008 van de Vlaamse regering houdende bepaling van de specifieke regels voor het toezicht op de sociale woonactoren, vermits deze regels niet gelijk te stellen zijn met het algemeen belang, dient te worden vastgesteld dat de minister bij de invulling van dit begrip “algemeen belang” over een discretionaire bevoegdheid beschikt, die slechts de redelijkheid als grens heeft. Door te oordelen dat de regels van behoorlijk bestuur het algemeen belang raken, is de minister geenszins de grenzen van de redelijkheid te buiten gegaan.”

De beperking van het aantal bestuursleden draagt bovendien bij tot het efficiënter besturen van de SHM. De omvang van de Raad van bestuur dient te wordt afgestemd op de behoeften van de organisatie en moet een doeltreffende besluitvorming toelaten.

Zowel in de private als publieke sector zijn er de laatste jaren een aantal codes met betrekking tot het deugdelijk bestuur (corporate governance) goedgekeurd, met regels over hoe vennootschappen worden bestuurd en gecontroleerd. Cfr. de toepassing van deze principes van deugdelijk bestuur bij de agentschappen en alle nv's waaraan de Vlaamse overheid rechtstreeks participeert die zijn vervat in het Regeerakkoord 2009-2014 en de beleidsnota Bestuurszaken 2009-2014: zoals voor PMV, VITO, het LRM en de VRT. De Vlaamse Regering heeft o.m. bij Eandis en Infrax het aantal zetels in de raad van bestuur verminderd, de samenstelling van de raad geobjectiveerd en de vergoedingsregeling op een dwingende en verantwoorde wijze ingevuld. Ook de VMSW beschikt al over een dergelijke code. Bij de VMSW bestaat de raad van bestuur uit minstens 9 en maximaal 13 leden (Cf artikel 30, § 2, eerste lid, van de Vlaamse Wooncode).

Tijdens een recente studiedag van het netwerk voor management in de Vlaamse overheid, MOVI, rond deugdelijk bestuur werd veel aandacht besteed aan het samenspel tussen de bestuursraden en het uitvoerende management waarbij het samen besturen van de raad van bestuur en het management, als ideaal wordt benadrukt. Tijdens die studiedag is ook de klemtoon gelegd op het feit dat de raden van bestuur niet onbeperkt groot mogen zijn om functioneel te kunnen blijven.

De code Buysse voor niet beursgenoteerde ondernemingen bevat geen richtcijfer voor de omvang van een raad van bestuur maar gaat wel uit van het principe dat de omvang zo moet zijn dat een goed bestuur mogelijk is. Bv. de Beurscommissie gaat uit van max. 12 leden voor beursgenoteerde ondernemingen (ter info Rabobank heeft 6 leden).

In de praktijk stellen we vast dat het aantal leden van de raden van bestuur heel gevarieerd is samengesteld en niet is gebaseerd op een eenduidig criterium. De raden van bestuur van de grotere maatschappijen tellen meestal meer leden dan deze van de kleine(re) maatschappijen, al is dat geen vaststaand gegeven. Bij de recente fusies van sociale huisvestingsmaatschappijen wordt bewust voor een beperktere omvang van de raden gekozen omwille van de werkbaarheid.

Uit verschillende bronnen (zie o.m. Instituut voor Bestuurders Guberna, MOVI, code Buysse) blijkt dat een te ruime samenstelling van de raad van bestuur de bestuurskwaliteit niet ten goed komt. Het aantal vergaderingen wordt daarom soms beperkt en ook de duur ervan is gelimiteerd. Daardoor krijgen de leden van te ruime raden van bestuur onvoldoende tijd om hun stem te laten horen en hun expertise te laten meetellen.

Door het opnemen van een beperkte samenstelling van de raad van bestuur als erkenningsvoorwaarde van een sociale huisvestingsmaatschappij wordt er een dwingend kader gecreëerd voor een optimalere werking van de maatschappijen.

De behoeften inzake beheer van een SHM liggen anders naargelang de grootte van een SHM. Vanuit die optiek legt het besluit voor het bepalen van de omvang van de raad van bestuur een band tussen de omvang van de SHM (in aantal woningen) en de omvang van de raad van bestuur .

De beperking van de samenstelling in functie van de grootte en prestaties van de sociale huisvestingsmaatschappijen is ingegeven door de voormelde vaststellingen en beleidsoverwegingen maar vormt geen inmenging in het recht van vereniging omdat het nog steeds vrijstaat om de raad van bestuur samen te stellen met de vertegenwoordigers die men wenst weliswaar binnen zekere perken. Het aantal is bovendien gevarieerd in functie van de grootte en de noden waarbij rekening is gehouden met de werkbaarheid.

Tot slot moeten de aanwervings- en bezoldigingsvoorwaarden van een directeur beschouwd worden als een kaderregeling waarmee:

een uniform kader is vastgelegd voor alle sociale huisvestingsmaatschappijen in Vlaanderen maar met behoud van de keuzevrijheid;

er vrijheid is inzake de functiebeschrijving en het bepalen van competenties en van specifieke vereisten voor de sociale huisvestingsmaatschappij;

er vrijheid is inzake het gevraagde diploma;

er mogelijkheid is om bijkomende aanwervingsvoorwaarden op te leggen;

de vrijheid heeft om de bezoldiging vast te leggen binnen de marges van het besluit;

(...)

De meer uniforme regeling voor de aanwerving en de bezoldiging van de directeurs moet een wildgroei aan regelingen tussen dikwijls erg vergelijkbare sociale huisvestingsmaatschappijen vermijden met een risico op ongewenste situaties (bv. weddeschalen die niet in verhouding staan tot de schaal van de maatschappij, weddeschalen die in absolute cijfers maatschappelijk niet te verantwoorden zijn gelet op sociale opdracht van de maatschappij) voorkomen. Dit zou het maatschappelijke draagvlak voor de sociale huisvesting aantasten.

Tegelijk moet de kaderregeling de sociale huisvestingsmaatschappijen functioneel ondersteunen door het aanbieden van o.m. kwaliteitsnormen (bv. de functiebeschrijving, inschakelen van een extern selectiebureau, evaluatie) en rechtszekerheid bieden (de maatschappijen beslissen autonoom maar kennen de perken waarbinnen zij dit kunnen doen zonder schorsings- of vernietigingsbeslissing van de toezichthouder te riskeren) (artikel 10, tweede lid en artikel 2).

Het opleggen van een regelgevend kader voor een uiterst belangrijk beheeraspect als de aanwerving en bezoldiging van de directeur is ingegeven door de voormelde beleidsoverwegingen maar geeft toch een grote mate van vrijheid aan de SHM. Daarom is er geen sprake van een inmenging in het recht van vereniging.”

6.3. Los van de vraag of de verwijzingen van de gemachtigde naar gelijkaardige regelingen die over deze aangelegenheden werden uitgewerkt voor publiekrechtelijke rechtspersonen wel ter zake dienend zijn, mag uit de jurisprudentie van het Grondwettelijk Hof worden afgeleid dat noch artikel 27 van de Grondwet, noch artikel 11 van het Europees Verdrag

over de rechten van de mens (EVRM) de wetgever belet om de erkenning van privaatrechtelijke verenigingen afhankelijk te maken van bepaalde werkings-, toelatings- en toezichtsmodaliteiten, inzonderheid wanneer de vereniging overheidssubsidies ontvangt.² Bovendien dient te worden vastgesteld dat de erkenning als sociale huisvestingsmaatschappij meebrengt dat deze door de erkennende overheid wordt belast met een taak van openbare dienst inzake het sociaal woonbeleid die aldus aan de erkende persoon wordt toevertrouwd. Het is in dergelijke bijzondere gevallen niet ongebruikelijk dat de erkennende overheid niet alleen de voorwaarden bepaalt waaraan die privaatrechtelijke instellingen moeten voldoen (op het vlak van de door hen verrichte activiteiten) om te kunnen worden erkend en gesubsidieerd met het oog op de uitvoering van de hun toevertrouwde taken van algemeen belang, maar tevens ingrijpt op het statuut en de werking van de erkende (rechts)persoon³ en dat er wordt voorzien in een toezicht door de erkennende overheid op de beslissingen van de organen van de erkende maatschappijen (zie artikel 40, § 1, derde lid, van de Vlaamse Wooncode).

6.4.1. Opdat de inmenging in het recht van vereniging toelaatbaar zou zijn, dient te worden nagegaan of er een voldoende toegankelijke en duidelijke wettelijke (of een krachtens de wet genomen reglementaire) bepaling is waarin deze werkings-, toelatings- en toezichtsmechanismen steun vinden, of die bepaling een legitieme doelstelling nastreeft en of de genomen maatregel noodzakelijk en proportioneel kan worden geacht.

6.4.2. Vooreerst dient te worden vastgesteld dat de ontworpen regeling voldoende toegankelijk en duidelijk is en genoegzaam rechtsgrond vindt in de bepalingen van de Vlaamse Wooncode zoals aangegeven *sub* 3 hiervoor.

6.4.3. De met de ontworpen regeling nagestreefde doelstelling lijkt bovendien legitiem te zijn. Die doelstelling is er, zoals door de gemachtigde werd toegelicht, in essentie in gelegen om de overheidsmiddelen die ter beschikking worden gesteld voor de sociale huisvesting, met inachtneming van het zuinigheidsbeginsel, adequaat en doelgericht te besteden evenals in de noodzaak om het maatschappelijke draagvlak voor de sociale huisvesting te beschermen. Gelet op het belang van de sociale huisvesting, dat mede wordt geïllustreerd door het in artikel 23, derde lid, 3°, van de Grondwet verankerde recht op een behoorlijke huisvesting, kan worden aangenomen dat de ontworpen regeling een legitiem doel nastreeft in de zin van artikel 11 van het EVRM, met name de rechten en vrijheden van anderen (*in casu* de woonbehoeftigen) te vrijwaren.

6.4.4. Ten slotte lijkt wat de opgelegde beperkingen betreft, ook te zijn voldaan aan het noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvereiste. De opgelegde beperkingen kunnen immers, mede gelet op de toelichting die door de gemachtigde werd verstrekt, noodzakelijk worden geacht om de beoogde doelstelling te bereiken en misbruiken te vermijden en lijken evenmin disproportioneel te zijn.

² GwH 14 mei 2003, nr. 60/2003, B.5.3; GwH 1 maart 2005, nr. 48/2005, B.10.

³ Zie hierover F. VANDENDRIESSCHE, *Administratieve rechtsbibliotheek. Publieke en Private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en in de rechtspraak*, Brugge, 2004, 177-179.

6.4.4.1. Met de opgelegde beperking van het maximaal aantal leden van de raad van bestuur rekening houdende met de grootte van de sociale huisvestingsmaatschappij (vijf leden voor de kleinste, negen leden voor de middelgrote en dertien leden voor de grote sociale huisvestingsmaatschappijen) lijkt het wezen van de coöperatieve vennootschap of naamloze vennootschap met sociaal oogmerk niet in het gedrang te komen noch lijkt, op grond van de gegevens die door de gemachtigde zijn verstrekt, de maatregel op het eerste gezicht disproportioneel. Wel is het raadzaam ermee rekening te houden, mede in het licht van het verbod van discriminatie, dat moet kunnen worden verantwoord waarom die beperking specifiek wordt opgelegd wat de erkende sociale huisvestingsmaatschappijen betreft en niet aan andere erkende entiteiten die door de Vlaamse overheid worden erkend of gesubsidieerd, evenals waarom dit heeft geleid tot de concrete uitwerking van die beperking (vijf, negen respectievelijk dertien leden in functie van het aantal sociale huurwoningen dat de maatschappij in beheer heeft en/of het aantal door haar gerealiseerde sociale koopwoningen).

6.4.4.2. Eenzelfde conclusie lijkt te gelden voor de verplichting (zie het ontworpen artikel 3, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 oktober 2010 – artikel 19, § 2, van het ontwerp) om te vereisen dat de raad van bestuur over voldoende gezamenlijke deskundigheid moet beschikken op juridisch-technisch, economisch-financieel en sociaal vlak al ligt de keuze voor de expertisedomeinen daar meer voor de hand.

6.4.4.3. Voorts lijkt ook de voorwaarde dat een derde van de leden van de raad van bestuur van het andere geslacht moet zijn, aanvaardbaar en niet disproportioneel voor zover de voorwaarden van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in arrest 17/2009 van 12 februari 2009 worden nageleefd:

“B.22.2. Een maatregel van positieve actie kan slechts worden genomen wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (1) er moet een kennelijke ongelijkheid zijn;
- (2) het verdwijnen van die ongelijkheid moet als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen;
- (3) de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn en van die aard dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- (4) de maatregel van positieve actie mag de rechten van derden niet onnodig beperken (artikel 10, § 2, van de Antiracismewet, artikel 10, § 2, van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 16, § 2, van de Genderwet).

B.22.3. In het verleden heeft het Hof aanvaard dat de wetgever maatregelen van positieve actie neemt indien zij juist ertoe strekken een bestaande ongelijkheid te verhelpen. Toch moeten dergelijke «corrigerende ongelijkheden», om bestaanbaar te zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, slechts in die gevallen worden toegepast waarin een kennelijke ongelijkheid blijkt, moet het verdwijnen van die ongelijkheid als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen, moeten de maatregelen van tijdelijke aard zijn en verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel eenmaal is bereikt en mogen zij niet onnodig andermans rechten beperken (arrest nr. 9/94 van 27 januari 1994, B.6.2; arrest nr. 42/97 van 14 juli 1997, B. 20; arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004, B.79).”

Niettemin dient worden opgemerkt dat in een aantal situaties de naleving van een absolute quotumregel ertoe kan leiden dat een bestuurder wordt gekozen van het vereiste geslacht slechts omdat het quotum niet is bereikt. Deze keuze zal dan onafhankelijk van een objectieve beoordeling van de persoonlijke situatie van alle kandidaten worden gemaakt omdat, luidens de vigerende reglementering, voorrang moet worden gegeven aan die kandidaat ten opzichte van andere kandidaten zelfs al is die kandidaat duidelijk minder gekwalificeerd. Er wordt dan ook ter overweging gegeven of het niet meer aangewezen is hetzij de quotumregeling die nu absoluut lijkt te zijn opgevat, te redigeren als een zgn. “openingsclausule”⁴, hetzij de quotumregel als principe te stellen en deze op te vatten als een te bereiken doelstelling waaraan de verplichting wordt gekoppeld (met het oog op het bekomen van een erkenning dan wel om deze te behouden) om periodiek een overzicht te geven van de inspanningen die zijn geleverd voor een evenwichtige vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in de raad van bestuur van de betreffende sociale huisvestingsmaatschappij, en die aldus strekken tot het bereiken van de vastgestelde doelstelling.

6.4.4.4. Ten slotte lijkt de maximale beperking van het loon van de directeur en het systeem van een managementtoelage te kunnen worden verantwoord. Ook al beschikt de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet over alle vereiste gegevens, toch kan wel worden vastgesteld dat in de nota aan de Vlaamse Regering aangegeven wordt dat “*schaal A311 is geschrapt uit de mogelijkheden, omdat werd vastgesteld dat deze schaal toch niet werd toegepast en omdat zij als overdreven hoog werd ervaren.*”⁵ Hieruit blijkt dat een zorgvuldige afweging werd gemaakt die geleid heeft tot conclusies die op het eerste gezicht niet onredelijk blijken.

Artikel 20

7. De bezoldigingsvoorwaarden, vermeld in de artikelen 10 tot 13 van het ontwerp, gelden ook voor de baremaverhogingen die worden doorgevoerd binnen arbeidsovereenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het te nemen besluit werden gesloten. Gevraagd om toelichting of de contractuele arbeidsvoorwaarden hierdoor niet eenzijdig worden gewijzigd, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Onder de baremaverhogingen worden de wijzigingen aan de verloning verstaan, bv. van A211 naar A212. Een dergelijke wijziging is een consensuele wijziging van de lopende arbeidsovereenkomst en is dus geen eenzijdige wijziging.

De nieuwe bepalingen gelden niet voor de in de bestaande arbeidsovereenkomst opgenomen verhogingen, bv. gekoppeld aan het behalen van een vastgesteld aantal bijkomende sociale woningen. In dat geval zou de toepassing inderdaad een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst inhouden. Het moet gaan over een nieuwe beslissing die afwijkt van de inhoud van de bestaande arbeidsovereenkomst.”

⁴ In zijn jurisprudentie heeft het Europese Hof van Justitie meermaals de gelegenheid gehad om de geldigheid te onderzoeken van positieve acties ter bevordering in de overheidssector van een evenwichtige verdeling van de geslachten inzake tewerkstelling. Het Hof van Justitie omschrijft daarin de “openingsclausule”, als volgt “de clausule (...) volgens welke vrouwen niet bij voorrang moeten worden bevorderd, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan”(HvJ 28 maart 2000, nr. C-450/97, *Badeck e.a.*, Jur. 2000, I, 1857, concl. A. SAGGIO).

⁵ Nota aan de Vlaamse Regering, p. 9.

Deze laatste verduidelijking blijkt echter niet duidelijk uit de tekst van het ontwerp. Het komt de stellers van het ontwerp toe om na te gaan of deze bedoeling niet duidelijk kan weergegeven worden in de tekst van het ontwerp.

Artikel 22

8. Met artikel 22 van het ontwerp wordt beoogd het te nemen besluit in werking te doen treden op de eerste dag van de maand die volgt op de maand waarin het in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt, met uitzondering van artikel 19, dat in werking treedt op 1 januari 2016.

Abstractie makend van de inwerkingtreding van artikel 19 van het ontwerp, heeft zulke regeling van inwerkingtreding als nadeel dat, indien de bekendmaking van de regeling op het einde van de maand gebeurt, de bestemmingen ervan zelfs niet over de normale termijn van tien dagen zullen beschikken om zich aan de regeling aan te passen.

Vraag is dan ook of, behoudens wat artikel 19 van het ontwerp betreft, deze bepaling niet beter wordt weggelaten (zodat de gemeenrechtelijke regeling van inwerkingtreding geldt) of wordt vervangen door een andere bepaling van inwerkingtreding die wel voldoende waarborgen inzake voorzienbaarheid en transparantie biedt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT