



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 60.330/3
van 5 december 2016

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest
‘houdende de invoering van begeleidende maatregelen ter
bevordering van de performante werking van de sociale
woonorganisaties’

Op 26 oktober 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘houdende de invoering van begeleidende maatregelen ter bevordering van de performante werking van de sociale woonorganisaties’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 november 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 5 december 2016.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest strekt tot wijziging van het decreet van 15 juli 1997 ‘houdende de Vlaamse Wooncode’ (hierna: de Vlaamse Wooncode).

Vooreerst bevat het ontwerp een aantal maatregelen om de werking van sociale woonorganisaties te bevorderen. Zo wordt de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen ermee belast leningen met rentevermindering te verstrekken aan sociale verhuurkantoren met als doel tijdelijke liquiditeitstekorten op te vangen (artikel 4 van het ontwerp). Ook worden de voorwaarden gewijzigd om erkend te kunnen worden en te blijven als sociale huisvestingsmaatschappij. Er wordt onder meer vereist dat de vennootschap op 1 januari 2019 over een patrimonium van ten minste 1000 sociale huurwoningen in beheer beschikt, er wordt in een informatieplicht ten aanzien van de Vlaamse Regering voorzien en de samenstelling van de raad van bestuur wordt geregeld. De Vlaamse Regering kan een uitstel van maximaal vijf (voor een bestaande sociale huisvestingsmaatschappij) of tien jaar (voor een niet eerder als sociale huisvestingsmaatschappij erkende vennootschap) verlenen om te voldoen aan de voorwaarde met betrekking tot de minimale schaalgrootte (artikel 6). Er wordt tevens in een aantal administratieve sancties en dwangmaatregelen voorzien wanneer een sociale huisvestingsmaatschappij niet aan de erkenningsvoorwaarden voldoet, haar opdrachten niet uitvoert, de door haar aangegane verbintenissen niet nakomt of waarvan de werking in gebreke blijft. Zo kan de Vlaamse Regering onder meer een regeringscommissaris aanstellen (artikel 7) en beslissen dat de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats kan treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de betrokken vennootschap wanneer die weigert in te stemmen met het door hem uitgewerkte herstructureringsvoorstel tussen twee of meerdere sociale huisvestingsmaatschappijen. Als de regeringscommissaris binnen zes maanden na zijn aanstelling geen andere sociale huisvestingsmaatschappij bereid heeft gevonden haar medewerking te verlenen aan de herstructurering, kan de Vlaamse Regering beslissen de erkenning van de in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij in te trekken (artikel 8). De gevolgen van de intrekking worden geregeld, waarbij wordt bepaald dat vanaf de dag waarop de intrekking uitwerking heeft, alle bevoegdheden om de sociale huisvestingsmaatschappij te besturen en te verbinden, worden toegewezen aan de regeringscommissaris (artikel 9). Ten aanzien van de sociale verhuurkantoren wordt in een gelijkaardige regeling voorzien (artikelen 10 tot 12).

Vervolgens voorziet het ontwerp in een aantal louter technische wijzigingen (artikelen 3, 5 en 13).

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

VORMVEREISTEN

3. Een aantal bepalingen van het ontwerp hebben betrekking op maatregelen die zouden kunnen worden beschouwd als steunmaatregelen die op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU) moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie.

Zo wordt de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen ermee belast leningen met rentevermindering te verstrekken aan sociale verhuurkantoren.² Ook kan de Vlaamse Regering de financiële nadelen die een tot herstructurering bereid gevonden sociale huisvestingsmaatschappij of een tot inbreng om niet bereid gevonden sociaal verhuurkantoor ondervindt, geheel of gedeeltelijk opvangen door een toelage te verlenen en kunnen de kosten verbonden aan de herstructurering en de lasten uit verplichtingen verbonden aan de herstructurering of de kosten verbonden aan de inbrengprocedure en de lasten van verplichtingen verbonden aan de algemeenheid van goederen of bedrijfstak, worden betoelaagd.³ Ten slotte kan de Vlaamse Regering subsidies verlenen om initiatiefnemers in staat te stellen gronden bouwrijp te maken, infrastructuurwerken uit te voeren of aan te passen of gemeenschapsvoorzieningen op te richten.⁴

Met name rijst voor de subsidies om gronden bouwrijp te maken, infrastructuurwerken uit te voeren of aan te passen of gemeenschapsvoorzieningen op te richten (artikel 13 van het ontwerp), de vraag of het geheel uitgesloten is dat de te subsidiëren organisaties actief zijn op een economische markt.⁵ Ook heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, eerder reeds opgemerkt dat minstens ten aanzien van sociale verhuurkantoren, waaraan luidens het ontwerp leningen met renteverminderingen en toelagen kunnen worden verleend (artikelen 4 en 12), zou kunnen worden aangenomen dat het gaat om ondernemingen, zodat het wel degelijk zou kunnen gaan om een steunmaatregel in de zin van de artikelen 107 tot 109.⁶

Rekening houdend met de twijfel over de mogelijke kwalificatie van de voormelde maatregelen als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het VWEU, doen de stellers van het ontwerp er goed aan om het ontwerp nog eens grondig te onderzoeken, en dit het best in samenspraak met de bevoegde diensten van de Europese Commissie. Mocht na het voormelde onderzoek nog twijfel blijven bestaan over de mogelijke kwalificatie van de maatregelen als staatssteun, dan wordt de adviesaanvrager aangeraden het ontwerp alsnog aan te melden bij de

² Het ontworpen artikel 33, § 1, 6°, van de Vlaamse Wooncode (artikel 4 van het ontwerp).

³ De ontworpen artikelen 49, derde lid (artikel 8 van het ontwerp), en 56/2, derde lid (artikel 12 van het ontwerp), van de Vlaamse Wooncode.

⁴ Het ontworpen artikel 64, § 1, van de Vlaamse Wooncode (artikel 13 van het ontwerp).

⁵ Zie adv.RvS 59.197/3 van 13 mei 2016 over een voorontwerp van decreet ‘houdende wijziging van diverse decreten met betrekking tot wonen’, opmerking 9.2, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 814/1, 171.

⁶ Adv.RvS 58.430/3 van 4 december 2015 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 2015 ‘houdende stopzetting van de subsidiëring van sociale koopwoningen en sociale kavels en houdende de aanpassing van diverse besluiten met betrekking tot het woonbeleid in Vlaanderen’; adv.RvS 60.298 van 22 november 2016 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van artikel 8, 13, 14, 15, 16 en 17 van het besluit van de Vlaamse Regering van 20 juli 2012 houdende bepaling van de erkennings- en subsidievoorwaarden van sociale verhuurkantoren’.

Europese Commissie, teneinde hierover uitsluitsel te verkrijgen. In dit verband dient te worden herinnerd aan de draconische sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding. Niet aangemelde staatssteun is immers *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar met het recht van de Europese Unie zou kunnen worden verklaard indien ze correct werd aangemeld),⁷ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,⁸ zonder dat de begunstigden van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) die in dat geval is vereist, te verhinderen.⁹ De nationale rechter – in België ook het Grondwettelijk Hof –¹⁰ is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.¹¹

BEVOEGDHEID

3.1. Naar luid van artikel 40, § 2, van de Vlaamse Wooncode nemen de sociale huisvestingsmaatschappijen, zonder hun burgerlijk karakter te verliezen, de vorm aan van een coöperatieve of een naamloze vennootschap met een sociaal oogmerk.

Het ontwerp bevat ten aanzien van die sociale huisvestingsmaatschappijen evenwel een aantal regelingen die afwijken van het vennootschapsrecht. Dat is met name het geval voor de regeling van de samenstelling van de raad van bestuur (ontworpen artikel 40, § 1, 16°, van de Vlaamse Wooncode), de aanstelling door de Vlaamse Regering van een bestuurder die geheel of gedeeltelijk in de plaats treedt van het bestuursorgaan, of van een regeringscommissaris, het opschorten of het uitsluiten van de mogelijkheid tot uitbetaling van dividenden aan de aandeelhouders en zitpenningen aan de leden van de raad van bestuur, de verplichte fusie van een vennootschap met een andere tot fusie bereid gevonden sociale huisvestingsmaatschappij (ontworpen artikel 48, § 1, 3°, 6°, 7° en 9°, van de Vlaamse Wooncode), de beslissing van de Vlaamse Regering om de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats te laten treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de betrokken vennootschap om de herstructurering door te voeren (ontworpen artikel 49, tweede lid, van de Vlaamse Wooncode), de overdracht van het vermogen van de ontbonden vennootschap aan de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen indien geen sociale huisvestingsmaatschappij als overnemer wordt aangewezen en de toewijzing aan de regeringscommissaris van alle bevoegdheden om de sociale huisvestingsmaatschappij te besturen en te verbinden vanaf de kennisgeving van de beslissing van de Vlaamse Regering dat de erkenning ervan wordt ingetrokken (ontworpen artikel 49/1 van de Vlaamse Wooncode).

⁷ HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, punt 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, punt 17, en 27 oktober 2005, *Distribution Casino France e.a.*, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, punt 30.

⁸ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61.

⁹ HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*. Zie ook N. DE VOS, “De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, nr. 11-026.

¹⁰ GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, B.2.2.

¹¹ GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4.

Uit artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ vloeit voort dat het vennootschapsrecht een aangelegenheid is die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. In beginsel kan de decreetgever dan ook niet afwijken van de regels van het vennootschapsrecht. Hij zou op dat terrein slechts kunnen treden als hij zich kan beroepen op de “impliciete bevoegdheid” bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Daartoe is vereist dat de aanwending van de impliciete bevoegdheid “noodzakelijk” is voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden van het gewest, dat de betrokken aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent, en dat de weerslag van een afwijkende gewestregeling op de bevoegdheid van de federale overheid slechts marginaal is.

3.2. In het verleden heeft het Grondwettelijk Hof aanvaard dat de gewesten bij het uitwerken van hun sociale huisvestingsbeleid op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 konden afwijken van het vennootschapsrecht.¹²

Daarbij hield het Hof rekening met het gegeven dat “de openbare huisvestingsmaatschappijen publiekrechtelijke rechtspersonen zijn die fundamenteel verschillen van de handelsvennootschappen, zodanig dat de vennootschapswetten slechts residueel op hen van toepassing zijn, aangezien het wezenlijke van hun organisatie, hun bestuur en hun werking door het decreet wordt bepaald”.¹³

Het Hof is evenwel tot dat oordeel gekomen op grond van de bepalingen waaromtrent het in de aangehaalde arresten uitspraak heeft gedaan en rekening houdend met de in die zaken voorliggende verantwoording. Zo beklemtoonde het Hof in het arrest nr. 105/2000 van 25 oktober 2000 dat het in de aldaar voorliggende zaak enkel om coöperatieve vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid ging,¹⁴ terwijl, zoals vermeld, naar luid van artikel 40, § 2, van de Vlaamse Wooncode de sociale huisvestingsmaatschappijen in het Vlaamse Gewest ook de vorm kunnen aannemen van een naamloze vennootschap met een sociaal oogmerk. Tevens was het Hof in het voormelde arrest van oordeel dat de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leende, vermits de maatregelen in kwestie niet beoogden nieuwe afwijkingen op het vennootschapsrecht in te stellen, maar afwijkingen bevestigden die de bestaande maatschappijen reeds in hun statuten hadden ingeschreven. Dat gaat niet op voor het voorliggende ontwerp. Op grond van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan dus niet zonder meer worden aangenomen dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

In de memorie van toelichting wordt slechts zijdelings aangegeven waarom de stellers van het ontwerp van oordeel zijn dat dit het geval is. Zo wordt, onder de hoofding “Verhouding met een aantal grondrechten en algemene beginselen” uiteengezet dat het Grondwettelijk Hof zich in een aantal recente arresten heeft uitgesproken over de draagwijdte van de bevoegdheid van de Vlaamse decreetgever “om af te wijken van de algemene rechtsbeginselen en – zij het marginaal door toepassing van de leer van de impliciete bevoegdheden – van

¹² GwH 17 december 1997, nr. 83/97, B.5.1-B.5.7; GwH 16 september 1998, nr. 95/98, B.3.1-B.37; GwH 5 oktober 2000, nr. 105/2000, B.42-B.47.

¹³ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, B.42.

¹⁴ *Ibid.*, B.46.1 en B.46.2.

regelgeving die behoort tot de bevoegdheid van andere beleidsniveaus”. De mogelijkheid voor de Vlaamse Regering om te beslissen dat de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats kan treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van een in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij (ontworpen artikel 49, tweede lid, van de Vlaamse Wooncode; artikel 8 van het ontwerp) wordt verantwoord

“door de publiekrechtelijke taakstelling, weggelegd voor de Vlaamse decreetgever bij de uitvoering van het grondwettelijk recht op behoorlijke huisvesting. In zijn eerdere rechtspraak oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de sociale huisvestingsmaatschappijen de bevoorrechte uitvoerders zijn van het gewestelijk woonbeleid en dat het, gezien de omvangrijke gewestelijke middelen die hiertoe in de sector worden geïnvesteerd, verantwoord kan zijn voor het Vlaamse gewest af te wijken van de federale vennootschapswetgeving, ter vrijwaring van dit gewestelijk beleid.”

Daarbij wordt verwezen naar de arresten nr. 33/2007 van 7 maart 2007 en nr. 64/2015 van 21 mei 2015 van het Grondwettelijk Hof, waarin het Hof overweegt dat de sociale huisvestingsmaatschappijen moeten worden beschouwd als de bevoorrechte uitvoerders van het Vlaamse Woonbeleid en dat de decreetgever de nodige maatregelen vermocht te nemen opdat die maatschappijen een beleid voeren dat strookt met het Vlaamse woonbeleid.

Er moet evenwel worden vastgesteld dat het Hof zich in die arresten niet heeft uitgesproken over de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde bepalingen van de Vlaamse Wooncode met de bevoegdheidverdelende regels, en inzonderheid met artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Minstens zal de memorie van toelichting op dit punt moeten worden aangevuld.

3.3. Mede gelet op de verregaande inmenging in het recht op vereniging en het eigendomsrecht (zie opmerking 6.4), lijkt het voor sommige van de voormelde regelingen bovendien twijfelachtig of voldaan is aan de voorwaarde van de marginale weerslag. Dat is met name het geval voor de bepaling die inhoudt dat, als de raad van bestuur of de algemene vergadering van de in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij weigert in te stemmen met het herstructureringsvoorstel, de Vlaamse Regering kan beslissen de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats te laten treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de betrokken vennootschap om de herstructurering door te voeren (ontworpen artikel 49, tweede lid, van de Vlaamse Wooncode), en de bepaling die voorschrijft dat, vanaf de kennisgeving van de beslissing van de Vlaamse Regering, alle bevoegdheden om de sociale huisvestingsmaatschappij te besturen en te verbinden aan de regeringscommissaris worden toegewezen (ontworpen artikel 49/1 van de Vlaamse Wooncode). Een dergelijke regeling komt erop neer dat de vennootschap wordt bestuurd door de regeringscommissaris. Het bestuur van een coöperatieve of naamloze vennootschap door de raad van bestuur en de algemene vergadering lijkt evenwel tot het wezen van die vennootschapsvormen te behoren,¹⁵ zodat hiervan moeilijk kan worden afgeweken.

4. Het voorgaande geldt ook voor de maatregelen die de Vlaamse Regering kan opleggen ten aanzien van een sociaal verhuurkantoor, met name de bevoegdheid om een

¹⁵ Zie de artikelen 378 tot 384 van het Wetboek van Vennootschappen (coöperatieve vennootschappen) en de artikelen 517 tot 524 en 521 van hetzelfde wetboek (naamloze vennootschappen).

bestuurder of een regeringscommissaris aan te stellen die geheel of gedeeltelijk in de plaats treedt van het bestuursorgaan van het sociaal verhuurkantoor (ontworpen artikel 56/1, § 2, 2° en 4°, van de Vlaamse Wooncode; artikel 11 van het ontwerp) en de mogelijkheid om te beslissen de regeringscommissaris in de plaats te laten treden van de raad bestuur en de algemene vergadering van de betrokken vereniging om een inbreng om niet van de algemeenheid of van een bedrijfstak in een ander sociaal verhuurkantoor te realiseren (ontworpen artikel 56/2, tweede lid, van de Vlaamse Wooncode; artikel 12 van het ontwerp).

Wanneer het sociaal verhuurkantoor de vorm aanneemt van een vzw,¹⁶ worden met die ontworpen bepalingen in strijd met essentiële bepalingen van de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen’, regels vastgesteld die op ingrijpende wijze het bestaan, de organisatie en de werking van de betrokken verenigingen raken. Ook hier moeten de stellers van het ontwerp kunnen aantonen dat hiervoor een beroep kan worden gedaan op de impliciete bevoegdheden en dat binnen de grenzen wordt gebleven die uit artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 voortvloeien.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Vrijheid van vereniging

5. In het ontworpen artikel 40, § 1, tweede lid, 16°, van de Vlaamse Wooncode (artikel 6, 1°, van het ontwerp) wordt door middel van een erkenningsvoorwaarde de samenstelling van de raad van bestuur van de sociale huisvestingsmaatschappijen geregeld, waarbij wordt bepaald dat ten minste een derde van de leden van een ander geslacht is en waarbij het maximaal aantal leden wordt vastgesteld. Die bepaling herneemt artikel 3, eerste lid, 6°, 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’, zoals toegevoegd bij artikel 19, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2014 ‘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’.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft omtrent het ontwerp dat heeft geleid tot het laatstvermelde besluit opgemerkt dat de opgelegde beperkingen, mede gelet op de toelichting die door de gemachtigde werd verstrekt, noodzakelijk kunnen worden geacht om de

¹⁶ Uit artikel 9, § 1, 1°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 20 juli 2012 ‘houdende bepaling van de erkennings- en subsidievoorwaarden van sociale verhuurkantoren’ vloeit voort dat om de basissubsidie-enveloppe en de aanvullende subsidie-enveloppe te kunnen genieten, het sociaal verhuurkantoor de rechtsvorm moet hebben van een vereniging als vermeld in titel VIII, hoofdstuk I van het decreet van 19 december 2008 ‘betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’, of van een vereniging zonder winstoogmerk overeenkomstig de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen’.

beoogde doelstelling te bereiken en misbruiken te vermijden en dat ze evenmin disproportioneel lijken te zijn.¹⁷ De Raad voegde er, wat de opgelegde beperking van het aantal leden van de raad van bestuur betreft, aan toe dat het “raadzaam [is] 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).”¹⁸ Ook de voorwaarde dat een derde van de leden van de raad van bestuur van het andere geslacht moet zijn, werd door de Raad aanvaardbaar en niet disproportioneel geacht, voor zover de voorwaarden van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 17/2009 van 12 februari 2009 werden nageleefd. De Raad merkte dienaangaande evenwel op:

“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’¹⁹, 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.”²⁰

Dezelfde opmerkingen moeten thans ten aanzien van het ontworpen artikel 40, § 1, tweede lid, 16°, van de Vlaamse Wooncode worden gemaakt.

¹⁷ Adv.RvS 55.912/3 van 30 april 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het voormelde besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2014, opmerking 6.4.4.

¹⁸ *Ibid.*, opmerking 6.4.4.1.

¹⁹ Voetnoot 4 van het aangehaalde advies: In zijn jurisprudentie heeft het Europees 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 overslaan” (HvJ 28 maart 2000, nr. C-450/97, *Badeck e.a.*, Jur. 2000, I, 1857, concl. A. SAGGIO).

²⁰ Adv.RvS 55.912/3 van 30 april 2014, opmerking 6.4.4.3.

6.1. Het ontwerp bevat daarnaast evenwel een aantal regelingen die een verdergaande inmenging inhouden in de vrijheid van vereniging. Zo wordt in het kader van de sanctieregeling wanneer een sociale huisvestingsmaatschappij niet aan de erkenningsvoorwaarden voldoet, haar opdrachten niet uitvoert, haar verplichtingen niet nakomt of waarvan de werking in gebreke blijft, bepaald dat de Vlaamse Regering onder meer een regeringscommissaris kan aanstellen en de vennootschap kan verplichten tot fusie met een andere tot fusie bereid gevonden sociale huisvestingsmaatschappij (ontworpen artikel 48, § 1, 6° en 9°, van de Vlaamse Wooncode; artikel 7 van het ontwerp). De regeringscommissaris onderzoekt, via onderhandelingen met andere sociale huisvestingsmaatschappijen, de haalbaarheid van een herstructurering en werkt, in voorkomend geval, een herstructureringsvoorstel uit. Als de raad van bestuur of de algemene vergadering van de in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij weigert in te stemmen met het herstructureringsvoorstel, kan de Vlaamse Regering beslissen de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats te laten treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij om de herstructurering door te voeren (ontworpen artikel 49, eerste en tweede lid, van de Vlaamse Wooncode; artikel 8 van het ontwerp). Vanaf de kennisgeving van de intrekking van de erkenning worden alle bevoegdheden om de sociale huisvestingsmaatschappij te besturen en te verbinden, toegewezen aan de regeringscommissaris (ontworpen artikel 49/1, tweede lid, van de Vlaamse Wooncode; artikel 9 van het ontwerp).

6.2. Artikel 27 van de Grondwet, waarbij het recht wordt erkend om zich te verenigen, alsook het recht om zich niet te verenigen, en waarbij wordt verboden dat recht aan preventieve maatregelen te onderwerpen, belet de decreetgever niet te voorzien in werkings- en toezichtsmodaliteiten, wanneer een vereniging overheidssubsidies ontvangt.²¹

Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat dergelijke maatregelen evenredig moeten zijn met de door de decreetgever nagestreefde doelstelling.

6.3. In de memorie van toelichting wordt de aanstelling van een regeringscommissaris als volgt verantwoord:

“De gehele of gedeeltelijke indeplaatsstelling van de regeringscommissaris ten opzichte van de raad van bestuur en de algemene vergadering is te verantwoorden vanuit de gewestelijke bevoegdheid op het vlak van de realisatie van het grondwettelijk recht op behoorlijke huisvesting. In haar publieke taakstelling heeft de Vlaamse decreetgever de plicht de beginselen van behoorlijk bestuur na te leven en een efficiënte en doelgerichte aanpak na te streven. Vanuit die optiek is het redelijk en verantwoord actoren of controle- en bestuursorganen, die zich tegen een gewenst behoorlijk bestuur verzetten, tijdelijk buiten werking te stellen. Dit ter vrijwaring van het recht van de burgers op een zo goed mogelijk georganiseerd recht op behoorlijke huisvesting. Die bevoegdheid tot verregaand ingrijpen van de decreetgever volgt uit het bijzonder statuut van de sociale huisvestingsmaatschappijen die beschouwd kunnen worden als de bevoorrechte uitvoerders van het gewestelijk sociaal beleid (cfr rechtspraak GwH supra en ook art. 40, § 1, aanhef). Ook de aanzienlijke middelen die de sector worden ter beschikking gesteld, verantwoorden een rechtstreeks ingrijpen dat een performante werking beoogt.”

²¹ GwH 14 mei 2003, nr. 60/2003, B.5.3; GwH 31 maart 2004, nr. 60/2004, B.6.1; GwH 1 maart 2005, nr. 48/2005, B.10; GwH 28 september 2005, nr. 147/2005, B.10.6; GwH 20 oktober 2005, nr. 154/2005, B.16. Zie ook GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, B.24.2.

6.4. In het arrest nr. 64/2015 van 21 mei 2015, waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen, overweegt het Grondwettelijk Hof inderdaad dat de sociale huisvestingsmaatschappijen moeten worden beschouwd als de bevoorrechte uitvoerders van het Vlaamse Woonbeleid en dat de decreetgever de nodige maatregelen vermocht te nemen opdat die maatschappijen een beleid voeren dat strookt met het Vlaamse woonbeleid. Dat arrest betrof evenwel enkel het gegeven dat de sociale huisvestingsmaatschappijen de door de Vlaamse Regering opgelegde modelstatuten moesten aannemen, waarvan artikel 14 een uitzondering bevatte op artikel 661, 4° van het Wetboek Vennootschappen. Hierdoor bezaten het Vlaamse Gewest, de provincie, de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn die aandeelhouder waren van een sociale huisvestingsmaatschappij evenveel stemmen als ze aandelen bezitten, terwijl niemand van de overige vennoten mocht deelnemen aan de stemming met meer dan één tiende van het aantal stemmen verbonden aan de vertegenwoordigde aandelen. Ofschoon het gewicht van hun stemmen in de algemene vergadering hierdoor afnam, verloren die vennoten niet het recht om door die stem het beleid van de sociale huisvestingsmaatschappij mede te bepalen.

In de ontworpen regeling is dat niet langer het geval. Vermits de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats kan treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering om de herstructurering door te voeren, wordt aan die organen elke beslissingsbevoegdheid ontnomen. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid van de regeringscommissaris om vanaf de kennisgeving van de intrekking van de erkenning de sociale huisvestingsmaatschappij te besturen en te verbinden. Beide maatregelen komen neer op een overname van de vennootschappen in kwestie door de Vlaamse overheid. Er valt moeilijk in te zien hoe een dergelijke regeling bestaanbaar kan zijn met de vrijheid van vereniging.

Daarbij komt nog dat de bevoegdheid van de regeringscommissaris om volledig of gedeeltelijk in de plaats te treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij ertoe strekken “de herstructurering door te voeren”. Bijgevolg betreft die bevoegdheid het wezen zelf van de vennootschap, namelijk haar voortbestaan in de bestaande vorm. In die omstandigheden kan dan ook moeilijk gewag worden gemaakt van een tijdelijke buitenwerkingstelling van de bestuursorganen, zoals nochtans in de memorie van toelichting gebeurt.

Ten slotte lijkt de gedwongen herstructurering van een in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij die weigert in te stemmen met een door de regeringscommissaris opgemaakt herstructureringsvoorstel, vooral te zijn ingegeven door de doelstelling van de stellers van het ontwerp om door middel van dergelijke herstructureringen te komen tot sociale huisvestingsmaatschappijen die beschikken over een patrimonium van ten minste 1000 sociale woningen in beheer. De mogelijkheid om bij wijze van sanctie een regeringscommissaris aan te stellen die een herstructureringsvoorstel opmaakt en om te beslissen dat hij volledig of gedeeltelijk in de plaats treedt van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de betrokken vennootschap, is evenwel niet beperkt tot het geval waarin die vennootschap niet voldoet aan die erkenningsvoorwaarde. Uit de onderlinge samenhang van de ontworpen artikel 48, § 1, en 49 van de Vlaamse Wooncode lijkt voort te vloeien dat de regeringscommissaris ook kan worden aangesteld, dat hij een herstructureringsvoorstel kan opmaken en dat hij in de plaats kan treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering

van de betrokken vennootschap, wanneer aan de andere erkenningsvoorwaarden niet wordt voldaan, wanneer de sociale huisvestingsmaatschappij haar opdrachten niet behoorlijk uitvoert of de door haar aangegane verbintenissen niet nakomt of wanneer haar werking in gebreke blijft.

Maar zelfs ten aanzien van de voormelde doelstelling om te komen tot sociale huisvestingsmaatschappijen die beschikken over een patrimonium van ten minste 1000 sociale woningen, kan worden getwijfeld over de noodzaak van de indeplaatsstelling door de regeringscommissaris om de herstructurering door te voeren. Indien immers een sociale huisvestingsmaatschappij niet voldoet aan die erkenningsvoorwaarde, kan de Vlaamse Regering bij wijze van sanctie beslissen om de erkenning in te trekken (ontworpen artikel 48, § 1, 10°, van de Vlaamse Wooncode; artikel 7 van het ontwerp). De intrekking van de erkenning van een sociale huisvestingsmaatschappij heeft van rechtswege tot gevolg dat het vermogen van de ontbonden vennootschap overgaat op een andere sociale huisvestingsmaatschappij of, indien geen sociale huisvestingsmaatschappij als overnemer van het vermogen werd aangewezen, op de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (ontworpen artikel 49/1, eerste lid, van de Vlaamse Wooncode; artikel 9 van het ontwerp). Vermits de sociale woningen die de ontbonden vennootschap in beheer heeft, in beginsel deel uitmaken van dat vermogen, leidt dit in hoofdte van de overnemende sociale huisvestingsmaatschappij eveneens tot een schaalvergroting.

Ook moet een voorbehoud worden gemaakt bij de mogelijkheid de vennootschap te verplichten tot fusie met een andere tot fusie bereid gevonden sociale huisvestingsmaatschappij (ontworpen artikel 48, § 1, 9°, van de Vlaamse Wooncode; artikel 7 van het ontwerp). Net zoals wanneer de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats treedt van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij om een herstructurering door te voeren, raakt een dergelijke gedwongen fusie het voortbestaan, en dus het wezen zelf, van de vennootschap in haar bestaande vorm.

Uit wat voorafgaat vloeit voort dat de inmenging in de vrijheid van vereniging die voortvloeit uit de voormelde regelingen, niet evenredig lijkt te zijn met de door de decreetgever nagestreefde doelstelling en dat die bepalingen derhalve niet bestaanbaar zijn met artikel 27 van de Grondwet.

7. Het voorgaande geldt evenzeer voor de mogelijkheid om ten aanzien van een sociaal verhuurkantoor dat niet aan de erkenningsvoorwaarden voldoet, zijn opdrachten niet behoorlijk uitvoert, de door hem aangegane verbintenissen niet nakomt of waarvan de werking in gebreke blijft, een regeringscommissaris aan te stellen die geheel of gedeeltelijk in de plaats treedt van het bestuursorgaan van het sociaal verhuurkantoor (ontworpen artikel 56/1, § 2, eerste lid, 4°, van de Vlaamse Wooncode; artikel 11 van het ontwerp) en om te beslissen dat hij in de plaats kan treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de betrokken vereniging om een inbreng om niet van de algemeenheid of van een bedrijfstak in een ander sociaal verhuurkantoor te realiseren (ontworpen artikel 56/2, tweede lid, van de Vlaamse Wooncode; artikel 12 van het ontwerp). Dat is des te meer het geval nu de door de stellers van het ontwerp nagestreefde doelstelling om een minimale schaalgrootte te bereiken enkel geldt ten aanzien van de sociale huisvestingsmaatschappijen en niet ten aanzien van de sociale verhuurkantoren.

B. Recht op eigendom

8.1. Artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag over de rechten van de mens voorzien in waarborgen in geval van onteigening of eigendomsberoving.

De beslissing van de Vlaamse Regering om de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats te laten treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van een in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij om een herstructurering door te voeren, leidt ertoe dat de vennootschap verplicht opgaat in een andere vennootschap. Daarbij kunnen de bestuursorganen van de vennootschap in kwestie noch bepalen welke andere sociale huisvestingsmaatschappij(en) in de herstructurering worden betrokken, noch de voorwaarden van de fusie onderhandelen. Het is immers de regeringscommissaris die, via onderhandelingen met andere sociale huisvestingsmaatschappijen, de haalbaarheid van een herstructurering onderzoekt en die een herstructureringsvoorstel opmaakt waarin de ruilverhouding van de aandelen wordt vastgesteld (ontworpen artikel 49, eerste lid, van de Vlaamse Wooncode; artikel 8 van het ontwerp). Vermits zodoende een sociale huisvestingsmaatschappij gedwongen wordt haar vermogen over te dragen aan derden onder voorwaarden die ze niet zelf bepaalt, kan worden beschouwd dat de ontworpen regeling een eigendomsberoving inhoudt als bedoeld in artikel 1, eerste lid, tweede volzin, van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en in artikel 16 van de Grondwet.²²

Hetzelfde geldt voor de beslissing van de Vlaamse Regering om de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats te laten treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van een in gebreke gesteld sociaal verhuurkantoor om een inbreng om niet van de algemeenheid of van een bedrijfstak in een ander sociaal verhuurkantoor te realiseren (ontworpen artikel 56/2, tweede lid, van de Vlaamse Wooncode; artikel 12 van het ontwerp).

8.2. Bijgevolg moeten die regelingen voldoen aan de vereisten die door artikel 1, eerste lid, tweede volzin, van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en artikel 16 van de Grondwet worden gesteld.

Een eigendomsberoving moet, volgens de eerstvermelde bepaling, plaatshebben onder de bij de wet bepaalde voorwaarden, om reden van openbaar nut en met inachtneming van een billijk evenwicht tussen de rechten van de eigenaar en de belangen van de gemeenschap. Wanneer geen bedrag wordt betaald dat redelijkerwijs in verhouding is met de waarde van het goed, vormt een eigendomsberoving normaal gezien een overdreven aantasting van het eigendomsrecht van het individu.²³ Uit artikel 16 van de Grondwet vloeit sowieso voort dat de schadeloosstelling billijk en voorafgaandelijk moet zijn.

²² Vgl. GwH 30 juni 2004, nr. 115/2004, B.3.3 (de verplichte eigendomsoverdracht is een maatregel die onder de werkingssfeer van artikel 16 van de Grondwet valt). Zie ook GwH 7 maart 2007, nr. 33/2007, B.4.1 en GwH 18 april 2007, B.4.1.

²³ GwH 16 januari 2014, nr. 3/2014, B.5.2, met verwijzing naar EHRM (grote kamer) 25 oktober 2012, *Vistiņš en Perepjolkins t. Letland*, §§ 94 en 110.

Weliswaar kan bij de beoordeling of aan het vereiste van billijke en voorafgaande schadeloosstelling is voldaan, rekening worden gehouden met de bijzondere kenmerken die sociale huisvestingsmaatschappijen vertonen.²⁴ Dat neemt niet weg dat een billijke schadeloosstelling in de zin van artikel 16 van de Grondwet in beginsel een integraal herstel van het geleden nadeel vereist.²⁵

Naar luid van het ontworpen artikel 49, eerste lid, van de Vlaamse Wooncode (artikel 8 van het ontwerp) wordt bij de opmaak van het herstructureringsvoorstel tussen twee of meerdere sociale huisvestingsmaatschappijen rekening gehouden met de nominale waarde van de aandelen. De uittreedende en uitgesloten vennoten van de sociale huisvestingsmaatschappij die verplicht wordt tot herstructurering krijgen hun deelbewijzen en aandelen terugbetaald “tegen maximaal de nominale waarde die de deelbewijzen of aandelen op grond van de statuten zouden hebben als hun vennootschap ontbonden was en in zoverre het eigen vermogen daartoe toereikend was” (ontworpen artikel 49, vierde lid, van de Vlaamse Wooncode). Er valt evenwel niet uit te sluiten dat de reële waarde van de bij de herstructurering betrokken vennootschap hiervan sterk verschilt. In dat geval lijkt de beperking van de ruilverhouding en de terugbetaling tot de nominale waarde van de aandelen niet in overeenstemming met de vereiste van een integraal herstel van het geleden nadeel.

In de memorie van toelichting wordt overigens erkend dat een waardering aan de hand van de nominale waarde van de aandelen aanleiding kan geven tot “excessen”, in welk geval “het de regeringscommissaris vrij[staat] om op gemotiveerde wijze een correctie door te voeren, rekening houdend met de sociaal-economische verhoudingen van de SHM’s onderling”. Die correctiemogelijkheid lijkt evenwel beperkt te zijn tot “de verhoudingen tussen partijen inzake stemrecht” (ontworpen artikel 49, eerste lid, laatste zin, van de Vlaamse Wooncode). Bovendien biedt ze alleszins geen oplossing voor de uittreedende en uitgesloten vennoten.

Ook de mogelijkheid waarover de Vlaamse Regering beschikt om de eventuele financiële nadelen die een tot herstructurering bereid gevonden sociale huisvestingsmaatschappij ondervindt, geheel of gedeeltelijk op te vangen door een toelage te verlenen (ontworpen artikel 49, derde, van de Vlaamse Wooncode), lijkt dit niet te verhelpen. Vermits in die bepaling gewag wordt gemaakt van “een tot herstructurering bereid gevonden sociale huisvestingsmaatschappij”, lijkt ze niet van toepassing te zijn op een in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij waarvan de raad van bestuur of de algemene vergadering weigert in te stemmen met het herstructureringsvoorstel. Bovendien valt te betwijfelen of er in dit geval een financieel nadeel bestaat dat de sociale huisvestingsmaatschappij zelf ondervindt. Het gaat veeleer om een financieel nadeel in hoofde van de vennoten.

Bijgevolg moet worden besloten dat de ontworpen regeling, wat de sociale huisvestingsmaatschappijen betreft, niet lijkt te waarborgen dat wordt voldaan aan de vereiste dat in een billijke schadeloosstelling wordt voorzien en dat ze derhalve niet bestaanbaar is met artikel 16 van de Grondwet en met artikel 1, eerste lid, tweede volzin, van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM.

²⁴ GwH 7 maart 2007, nr. 33/2007, B.4.4 en GwH 18 april 2007, B.4.4.

²⁵ GwH 7 maart 2007, nr. 33/2007, B.4.6 en GwH 18 april 2007, B.4.6.

C. Beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie

9.1. De erkenningsvoorwaarde dat sociale huisvestingsmaatschappijen uiterlijk op 1 januari 2019 over een patrimonium van ten minste 1000 sociale huurwoningen in beheer moeten beschikken (ontworpen artikel 40, § 1, tweede lid, 12°, van de Vlaamse Wooncode; artikel 6, 1°, van het ontwerp) doet een verschil in behandeling ontstaan tussen, enerzijds, sociale huisvestingsmaatschappijen die over het vereiste aantal sociale huurwoningen beschikken en, anderzijds, de sociale huisvestingsmaatschappijen die niet over dat vereiste aantal beschikken.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.²⁶

In de memorie van toelichting wordt uitgebreid uiteengezet dat met die maatregel een doelstelling van algemeen belang wordt nagestreefd, namelijk de prestaties van de sociale huisvestingsmaatschappijen te verbeteren, en dat die maatregel pertinent is om het nagestreefde doel te bereiken, gelet op de te realiseren schaalvoordelen en efficiëntiewinsten. De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet geen redenen om hier anders over te oordelen.

Wat de evenredigheid tussen die maatregel en het nagestreefde doel betreft, lijkt het cijfer van 1000 sociale woningen niet kennelijk onredelijk, mede gelet op de vaststelling dat het percentage sociale huisvestingmaatschappijen met minder dan 1000 sociale huurwoningen die een gewestelijke sociale correctie genieten, merkbaar hoger is dan het percentage sociale huisvestingsmaatschappijen met meer dan 1000 sociale huurwoningen die dezelfde correctie genieten.²⁷ Daarbij komt nog dat die erkenningsvoorwaarde slechts geldt vanaf 1 januari 2019, dat ook rekening wordt gehouden met de geplande sociale huurwoningen, en dat de Vlaamse Regering een uitstel kan verlenen van maximaal vijf jaar, voor een sociale huisvestingsmaatschappij, en van maximaal tien jaar, voor een niet eerder als sociale huisvestingsmaatschappij erkende vennootschap, om te voldoen aan die voorwaarde.

Gelet op wat voorafgaat kan worden aangenomen dat die erkenningsvoorwaarde, op zich genomen, redelijk is verantwoord.

²⁶ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bv.: GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; GwH 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; GwH 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6; GwH 16 juni 2016, nr. 94/2016, B.3.

²⁷ In de memorie van toelichting staat dienaangaande het volgende te lezen: “Uit gegevens, verstrekt door de VMSW, blijkt dat voor 2014 28,95% van de SHM’s met minder dan 1.000 woningen ontvanger zijn van de GSC, terwijl dit voor de SHM’s met meer dan 1.000 woningen slechts 11,54% bedraagt.”

Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om, bij wijze van sanctie, de erkenning in te trekken van een sociale huisvestingsmaatschappij die niet aan die erkenningsvoorwaarde voldoet (ontworpen artikel 48, § 1, 10°, van de Vlaamse Wooncode; artikel 7 van het ontwerp). Gelet op de doelstelling van de stellers van het ontwerp, lijkt die erkenningsvoorwaarde voldoende zwaarwichtig opdat de niet-naleving ervan een dergelijke sanctie kan verantwoorden. De intrekking van de erkenning van een sociale huisvestingsmaatschappij heeft bovendien van rechtswege tot gevolg dat het vermogen van de ontbonden vennootschap, en derhalve de sociale huurwoningen die ze in beheer heeft, overgaat op een andere sociale huisvestingsmaatschappij of op de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen, zodat de nagestreefde schaalvergroting alsnog wordt gerealiseerd.

Wat evenwel de mogelijkheid betreft dat de Vlaamse Regering beslist de regeringscommissaris volledig of gedeeltelijk in de plaats te laten treden van de raad van bestuur en de algemene vergadering van de in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij om de herstructurering door te voeren, teneinde zodoende het aantal van 1000 sociale huurwoningen te bereiken, moet hetzelfde worden opgemerkt als hierboven (opmerking 6.4).

9.2. De Vlaamse Regering kan een sociale huisvestingsmaatschappij een uitstel van maximaal vijf jaar verlenen om te voldoen aan de voorwaarde met betrekking tot de minimale schaalgrootte (ontworpen artikel 40, § 1, vijfde lid, Vlaamse Wooncode; artikel 6, 2°, van het ontwerp). Aan een niet eerder als sociale huisvestingsmaatschappij erkende vennootschap kan de Vlaamse Regering hiertoe een uitstel van maximaal tien jaar verlenen (ontworpen artikel 40, § 1, zesde lid, Vlaamse Wooncode). Zodoende worden bestaande sociale huisvestingsmaatschappijen en niet eerder als sociale huisvestingsmaatschappij erkende vennootschappen verschillend behandeld.

In de memorie van toelichting worden weliswaar elk van de twee uitstelregelingen verantwoord. Er wordt evenwel niet in een verantwoording voorzien voor het voormelde verschil in behandeling.

Het ligt in de rede dat een niet eerder als sociale huisvestingsmaatschappij erkende vennootschap een langere termijn krijgt om te voldoen aan de erkenningsvoorwaarde dat de vennootschap over een patrimonium van 1000 sociale huurwoningen beschikt, dan een erkende sociale huisvestingsmaatschappij. Om als sociale huisvestingsmaatschappij erkend te worden en te blijven, moeten die vennootschappen immers aantonen dat zij voldoen aan door de minister te bepalen minimale capaciteit inzake patrimonium.²⁸ Vermits zij reeds over een dergelijk patrimonium moeten beschikken, kan worden aangenomen dat bestaande sociale huisvestingsmaatschappijen minder tijd nodig hebben om de vereiste minimale schaalgrote te bereiken.

Desalniettemin strekt het tot aanbeveling om in de memorie van toelichting een verantwoording op te nemen voor het voormelde verschil in behandeling.

²⁸ Artikel 3, eerste lid, 5°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 oktober 2010.

D. Verenigbaarheid met EU-richtlijnen inzake vennootschapsrecht

10. In advies 26.741/4 van 12 januari 1998 over een ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Waalse Gewest van 29 oktober 1998 ‘instituant le code wallon du logement’ heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, onder meer het volgende opgemerkt:

“De surcroît, on ne peut perdre de vue que les sociétés soumises au régime organisé par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales font, dans certains cas, l’objet de règles de droit communautaire prises en vue d’harmoniser le droit des sociétés, règles dont la Région wallonne ne peut s’écarter.

Or plusieurs dispositions en projet s’écarterent des règles communautaires en la matière.

Sans prétendre à l’exhaustivité, l’on relève ainsi

- qu’en rendant inapplicables à la Société wallonne du logement certains articles des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, l’article 70, § 2, alinéa 2, du code en projet écarte l’application de dispositions prises en vue d’assurer la transposition de directives communautaires: ainsi en va-t-il, notamment, des articles 10, 29, 29 bis, 72, 81 et 82 des lois coordonnées précitées, qui contiennent des dispositions transposant la première directive n° 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l’article 58, deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, et la deuxième directive n° 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l’article 58, deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital ⁽²⁹⁾;

- que les dispositions qui, aux articles 129 et suivants et à l’article 152, § 4, du code en projet, organisent la fusion des sociétés de logement de service public paraissent difficilement compatibles avec les procédures que prévoit la troisième directive n° 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l’article 54, paragraphe 3 sous g du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes ⁽³⁰⁾ „³¹

Inmiddels zijn de in het voormelde advies aangehaalde richtlijnen vervangen door richtlijn 2009/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 ‘strekking tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken’, richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 ‘betreffende fusies van naamloze vennootschappen’ en richtlijn 2012/30/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 ‘strekking tot

²⁹ Voetnoot 1 van het aangehaalde advies: Pour la Belgique, ces directives s’appliquent aux sociétés anonymes, ce qui est le cas, selon le texte en projet, de la Société wallonne du logement.

³⁰ Voetnoot 2 van het aangehaalde advies: Cette observation ne vaut cependant que dans la mesure où les sociétés de logement de service public sont constituées sous forme de société anonyme, puisque, comme l’indique son intitulé, la directive 78/855/CEE ne s’applique qu’aux sociétés anonymes.

³¹ Adv.RvS 26.741/4 van 12 januari 1998 over een ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Waalse Gewest van 29 oktober 1998 ‘instituant le code wallon du logement’, *Parl.St.* Parl. wallon 1997-98, nr. 371/1, 70.

het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken’.

Om aan de aangehaalde opmerking tegemoet te komen, maakte de uiteindelijk goedgekeurde tekst van het decreet van 29 oktober 1998 het de openbare huisvestingsmaatschappijen enkel mogelijk de vorm van coöperatieve vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid aan te nemen, en niet die van naamloze vennootschappen.

Uit het voormelde artikel 40, § 2, van de Vlaamse Wooncode vloeit daarentegen voort dat sociale huisvestingsmaatschappijen in het Vlaamse Gewest ook de vorm van een naamloze vennootschap, weze het één met een sociaal oogmerk, kunnen aannemen.

Aangezien de sociale huisvestingsmaatschappijen ook naamloze vennootschappen kunnen zijn, moeten de stellers van het ontwerp nagaan of de ontworpen regelingen verenigbaar zijn met de voormelde EU-richtlijnen. Inzonderheid zal moeten worden onderzocht of de indeplaatsstelling van de raad van bestuur en de algemene vergadering van een in gebreke gestelde sociale huisvestingsmaatschappij door de regeringscommissaris om een herstructurering door te voeren, bestaanbaar is met richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011. Uit die richtlijn vloeit immers voort dat een fusievoorstel moet worden opgesteld door de bestuurs- of leidinggevende organen van de vennootschappen die de fusie aangaan (artikel 5) en dat het door de algemene vergadering moet worden goedgekeurd (artikel 7). Vermits in de ontworpen regeling de regeringscommissaris het herstructureringsvoorstel opmaakt en in de plaats treedt van de raad van bestuur en de algemene vergadering voor de goedkeuring ervan, lijkt niet aan die vereisten voldaan.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Hoofdstuk 2

11. In het opschrift van hoofdstuk 2 moet worden verwezen naar het decreet van 15 juli 1997 ‘houdende de Vlaamse Wooncode’.

Artikel 6

12.1. In het ontworpen artikel 40, § 1, tweede lid, 16°, van de Vlaamse Wooncode (artikel 6, 1°, van het ontwerp) wordt verkeerdelijk verwezen naar “het eerste lid, 6°”, zijnde artikel 40, § 1, eerste lid, 6°, van de Vlaamse Wooncode. Die bepaling bestaat echter niet. Er wordt zonder twijfel beoogd te verwijzen naar het aantal bestuursleden vermeld in het voormelde artikel 40, § 1, tweede lid, 16°, zelf. De woorden “dan vermeld in het eerste lid, 6°” kunnen dan ook worden weggelaten.

12.2. Naar luid van het ontworpen artikel 40, § 1, zesde lid, van de Vlaamse Wooncode (artikel 6, 2°, van het ontwerp) kan de Vlaamse Regering aan niet eerder als sociale huisvestingsmaatschappij erkende vennootschappen een uitstel van maximaal tien jaar verlenen om te voldoen aan de voorwaarde met betrekking tot de minimale schaalgrootte.

Het is de Raad van State, afdeling Wetgeving, evenwel niet volledig duidelijk hoe die termijn van tien jaar wordt berekend. Zo rijst de vraag of het om een uniforme termijn gaat die de niet eerder als sociale huisvestingsmaatschappij erkende vennootschappen die hiertoe een aanvraag indienen, tot 1 januari 2029 de tijd geeft om aan deze voorwaarde te voldoen, dan wel of een niet eerder als sociale huisvestingsmaatschappij erkende vennootschap een uitstel van tien jaar kan krijgen te rekenen vanaf de (toekenning van de) aanvraag of vanaf de erkenning om aan de voorwaarde te voldoen. Het ontwerp moet op dit punt worden verduidelijkt.

12.3. In het ontworpen artikel 40, § 1, zevende lid, van de Vlaamse Wooncode (artikel 6, 2°, van het ontwerp) wordt bepaald dat bij gebrek aan een beslissing binnen een termijn van zes maanden de aanvraag tot uitstel geacht wordt toegekend te zijn.³² Aldus wordt een beroep gedaan op het procedé van de stilzwijgende beslissing.

Al kan dat procedé niet geheel worden afgekeurd wanneer de stilzwijgende beslissing in het voordeel van de betrokkene is, moet toch worden opgemerkt dat aan een stilzwijgende besluitvorming een aantal nadelen zijn verbonden. Zo is een dergelijk procedé in de eerste plaats niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijke beslissing ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven, en de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze zal worden meegedeeld of bekendgemaakt als uitdrukkelijk genomen beslissingen, met alle gevolgen van dien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke stilzwijgende beslissingen. Meer bepaald houdt het procedé van de stilzwijgende beslissing hierdoor ook grotere risico's in voor een schending van de belangen van derden die op een impliciete, doch daarom niet minder verstrekkende wijze, in het gedrang kunnen komen. In de tweede plaats kan het procedé van de stilzwijgende beslissing in strijd komen met het algemeen belang, in zoverre een dergelijk procedé tot gevolg kan hebben dat impliciet beslissingen worden genomen zonder dat daarmee een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen gepaard gaat. Ten slotte zijn die beslissingen uiteraard niet formeel gemotiveerd, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken.

³² In de aan de Raad van State voorgelegde versie van het ontwerp, komt de tekst van die bepaling verkeerdelijk een tweede maal voor in het ontworpen artikel 40, § 1, zesde lid, 3°, *in fine*.

Het ontworpen artikel 40, § 1, zevende lid, van de Vlaamse Wooncode wordt dan ook op dit punt het best herzien.

12.4. Artikel 6, 3°, van het ontwerp is overbodig en moet worden geschrapt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT