



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 62.522/3
van 20 december 2017

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest
‘betreffende het beheer en de exploitatie van het havengebied
van Gent en tot specifieke afwijkingen van het havendecreet
voor het havengebied van Gent’

Op 20 november 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Mobiliteit, Openbare Werken, Vlaamse Rand, Toerisme en Dierenwelzijn verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘betreffende het beheer en de exploitatie van het havengebied van Gent en tot specifieke afwijkingen van het havendecreet voor het havengebied van Gent’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 12 december 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Dries VAN EECKHOUTTE, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 december 2017.

*

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 ertoe de nodige decretale bepalingen in te voeren om een fusie mogelijk te maken tussen de naamloze vennootschap van publiek recht Havenbedrijf Gent (hierna: Havenbedrijf Gent) en “Zeeland Seaports”.

Hiertoe wordt in de eerste plaats voorzien in de volgende afwijkingen van het decreet van 2 maart 1999 ‘houdende het beleid en het beheer van de zeehavens’ (hierna: het havendecreet):

- wat betreft de mogelijke deelnemers in het Havenbedrijf Gent: voortaan zou een “holdingvennootschap” kunnen deelnemen in het Havenbedrijf Gent voor zover aan een reeks voorwaarden wordt voldaan (artikel 4, § 1);

- wat betreft de bestuursrechtelijke organisatie van het havenbedrijf Gent: dit zal kunnen worden bestuurd door enkel een raad van bestuur,² die in afwijking van artikel 518, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen uit minder dan drie leden kan bestaan (artikel 5, eerste lid). Tevens kan onder bepaalde voorwaarden worden afgeweken van de gegarandeerde vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in de raad van bestuur waarin in het havendecreet wordt voorzien (artikel 5, tweede lid);

- er wordt afgestapt van het beginsel dat enkel havenbedrijven – die publiekrechtelijke overheden zijn die worden beheerst door het interne recht – de havenbestuurlijke bevoegdheden kunnen uitoefenen door in de mogelijkheid te voorzien dat het Havenbedrijf Gent die bevoegdheden geheel of gedeeltelijk kan overdragen aan de “holdingvennootschap”, die niet noodzakelijk nog een internrechtelijke publiekrechtelijke overheid zou zijn (artikel 6).

Daarnaast wordt een machtiging verleend aan de stad Gent, de provincie Oost-Vlaanderen en de gemeenten op het grondgebied waarvan een deel van het havengebied van Gent is gelegen om deel te nemen aan een rechtspersoon (de “holdingvennootschap”) die zelf deelneemt in het Havenbedrijf Gent (artikel 3). Er wordt voorzien in een bestuurlijk toezicht op de beslissingen van de algemene vergadering, de raad van bestuur of het toezichthoudende orgaan

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

² In artikel 5, § 3, van het havendecreet wordt bepaald dat de havenbedrijven worden bestuurd door een raad van bestuur en een directiecomité.

van de holdingvennootschap, dat kan resulteren in de opschorting van of het niet verlenen van uitwerking aan de beslissingen van die vennootschap in België (artikel 4, § 2).

BEVOEGDHEID

3. In de artikelen 4, § 1, tweede lid, en 5, eerste lid, van het ontwerp wordt met betrekking tot het havenbedrijf Gent voorzien in afwijkingen van het Wetboek van Vennootschappen.

In de memorie van toelichting wordt dienaangaande uiteengezet dat die afwijkingen kunnen worden ingevoerd op grond van de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest inzake “de havens en hun aanhorigheden” (artikel 6, § 1, X, eerste lid, 3^o, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’).

In arrest 105/2000³ heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat bij de oprichting, met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, van een openbare instelling afhankelijk van het gewest die de vorm aanneemt van een handelsvennootschap (in het betrokken geval de Société wallonne du logement), op grond van de eigen bevoegdheid van het gewest kan worden afgeweken van de federale vennootschapswetgeving, maar dat zo een afwijking wanneer het gaat om publiekrechtelijke rechtspersonen die niet door het gewest zijn opgericht (in het betrokken geval de sociale huisvestingsmaatschappijen), slechts mogelijk is met toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.⁴

Naar analogie van dit arrest zou moeten worden besloten dat de in het ontwerp opgenomen afwijkingen van het vennootschapsrecht die het Havenbedrijf Gent betreffen, dat geen op grond van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgerichte openbare instelling van het Vlaamse Gewest is, slechts tot stand kunnen worden gebracht op grond van artikel 10 van die wet (impliciete bevoegdheden).

Vraag is evenwel of uit latere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof geen andere conclusie kan worden afgeleid. In dit verband wordt in de rechtsleer betoogd dat bij arrest 116/2008 van het Grondwettelijk Hof⁵ een verdere evolutie is ingeluid waardoor de gemeenschappen en de gewesten, in het raam van de hen toegewezen aangelegenheden, ook afwijkingen van het vennootschapsrecht voor een welbepaalde niet door hen opgerichte vennootschap of categorie van vennootschappen zouden kunnen instellen zonder een beroep te moeten doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.⁶

³ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, B.31 tot B.39.

⁴ *Ibid.*, B.44 tot B.47. Zie hierover F. VANDENDRIESSCHE, “De bevoegdheid van de Gemeenschappen en Gewesten om bij de oprichting van publiekrechtelijke rechtspersonen af te wijken van het vennootschapsrecht”, noot bij GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, *AJT* 2000-2001, (407) 410-411.

⁵ GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008, in het bijzonder B.4 tot B.6.

⁶ Zie J. VANPRAET, “Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?“, noot bij GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008, *CDPK* 2008, (883) 889; zie ook S. VERBEYST “De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen”, *TBP* 2017, (233) 236.

Dienaangaande dient er evenwel op te worden gewezen dat arrest 116/2008 betrekking heeft op afwijkingen van het verenigingsrecht dat – in tegenstelling tot het vennootschapsrecht – niet uitdrukkelijk, omwille van de weerslag op de economische unie, is voorbehouden aan de federale overheid en bijgevolg behoort tot diens residuaire bevoegdheid. Bovendien ging het in arrest 116/2008 om een bevoegdheidstoewijzing op grond waarvan de regeling van de organieke aspecten van de betrokken instellingen uitdrukkelijk aan de gemeenschapswetgever is opgedragen. Gelet op wat voorafgaat zou arrest 116/2008 weliswaar een verfijning, maar geen ommekeer vormen ten aanzien van arrest 105/2000.⁷

Hoewel er een zekere onduidelijkheid kan bestaan omtrent de exacte draagwijdte van de vermelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, is de Raad van State gelet op wat voorafgaat van oordeel dat de afwijkingen van het vennootschapsrecht waarin in het ontwerp wordt voorzien, slechts tot stand kunnen komen op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.⁸

In acht genomen wat in de memorie van toelichting wordt uiteengezet over de toekomstige samenstelling van het Havenbedrijf Gent en de holdingvennootschap, lijkt aan de toepassingsvoorwaarden van dat artikel te zijn voldaan. Zekerheid kan hierover evenwel niet worden verschaft gelet op het open karakter van sommige bepalingen van het ontwerp,⁹ waarin die samenstelling als zodanig niet tot uiting komt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Het ontwerp bevat voornamelijk afwijkingen op het havendecreet. Gelet daarop zouden de aan te nemen bepalingen omwille van de duidelijkheid en de transparantie van de regelgeving beter in dat decreet worden opgenomen.

5.1. In het ontwerp wordt de invulling van de holdingvennootschap heel open gelaten. Uit de artikelen 2, eerste lid, 3°, 3 en 4 van het ontwerp kan enkel worden afgeleid dat het gaat om een “rechtspersoon”, waarvan de aandelen worden aangehouden door rechtspersonen met een publiekrechtelijk karakter¹⁰ en waarin de stad Gent, de provincie Oost-Vlaanderen en de

⁷ Evenmin kan een beslissend argument worden geput uit arrest 65/2003 van het Grondwettelijk Hof van 14 mei 2003, waar, overigens eveneens in het raam van een bevoegdheidstoewijzing die essentieel betrekking heeft op het organieke, sterk wordt beklemtoond dat de ingevoerde regeling betrekking heeft op een *sui generis* samenwerkingsverband van gemeenten waarvan de rechtsvorm niet wordt bepaald door het vennootschapsrecht en waar, door middel van het procedé van regelgeving door verwijzing, slechts een suppletieve toepassing wordt gemaakt van bepaalde regels uit het vennootschapsrecht (zie B.6.4, B.6.5, B.9.4 en B.9.5).

⁸ Zoals bekend kan op grond van de impliciete bevoegdheden de bevoegdheid van een andere overheid worden betreden voor zover zulks noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid, de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is (vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof; zie bijvoorbeeld: GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11; GwH 16 juli 2015, nr. 105/2015, B.9.2; GwH 29 oktober 2015, nr. 152/2015, B.14.7; GwH 21 april 2016, nr. 53/2016, B.92.4, GwH 25 mei 2016, nr. 73/2016, B.25.2; GwH 25 mei 2016, nr. 78/2016, B.9.2; GwH 11 mei 2017, nr. 55/2017, B.3.3).

⁹ Zie hierover opmerking 5.1.

¹⁰ Er is niet onderzocht of ook in hoofde van de Nederlandse partner(s) aan deze voorwaarde kan worden voldaan.

gemeenten op het grondgebied waarvan het havengebied van Gent ligt, kunnen deelnemen, en die onder bepaalde voorwaarden kan deelnemen in het Havenbedrijf Gent.

Op de vraag of uit de in artikel 4, § 1, van het ontwerp voorkomende woorden “in afwijking van artikel 5, § 1, van het havendecreet” – bepaling waarbij wordt vereist dat de in het havenbedrijf participerende rechtspersoon een publiekrechtelijk karakter heeft –, mag worden afgeleid dat de holdingvennootschap zelf een rechtspersoon met een privaatrechtelijk karakter zal zijn, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Nergens in het ontwerp van decreet of de memorie van toelichting, ook niet in artikel 4 van het ontwerp, wordt voorgesorteerd op de keuze voor de rechtsvorm van de holdingvennootschap. Thans ligt op tafel dat de holding wordt vormgegeven als een Europese vennootschap (SE) naar Nederlands recht, maar het decreet sluit niet uit dat in de toekomst de holding als een (eventueel publiekrechtelijke) vennootschap naar Belgisch recht wordt vormgegeven.

Wel is dan uiteraard vereist dat de voorwaarden van artikel 4 van het ontwerp van decreet vervuld zijn.

In de memorie van toelichting wordt expliciet beklemtoond dat geen uitspraak wordt gedaan over de aard van de holdingvennootschap:

‘Artikel 5, § 1 van het Havendecreet voorziet in de generieke mogelijkheid om het kapitaal van de havenbedrijven open te stellen voor een participatie, mits 'de in het havenbedrijf participerende rechtspersonen een publiekrechtelijk karakter hebben'. Een private participatie wordt zowel onder het Havendecreet als onder het decreet tot omvorming van het Havenbedrijf Gent tot een naamloze vennootschap van publiek recht uitgesloten. Teneinde elke discussie over de publiek- dan wel privaatrechtelijke aard van de holdingvennootschap te vermijden, wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de holdingvennootschap kan deelnemen in het Havenbedrijf Gent’.

Het volstaat dat de decretale randvoorwaarden voldaan zijn, ongeacht de rechtsvorm van de holding.”

Het verdient desondanks aanbeveling om in het ontwerp de juridische aard (en de samenstelling) van de holdingvennootschap nader uit te werken.

5.2. In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat het Havenbedrijf Gent vooralsnog behouden blijft “voor de behandeling van de praktische en operationele aspecten van de gefusioneerde haven, zoals onder meer de uitoefening van de havenkapiteindiensten”. Niettemin voorziet artikel 6, § 1, van het ontwerp in een mogelijkheid om de havenbestuurlijke bevoegdheden geheel of gedeeltelijk over te dragen aan de holdingvennootschap. In de memorie van toelichting wordt tevens verduidelijkt dat de holdingvennootschap in de thans aan de aandeelhouders van het Havenbedrijf Gent voorgelegde fusieovereenkomst een privaatrechtelijke rechtsvorm heeft met zetel in Nederland.

Artikel 6, § 1, van het ontwerp voorziet bijgevolg in de mogelijkheid van een overdracht van bevoegdheden die betrekking hebben op de uitoefening van overheidsgezag, die zowel individuele beslissingsbevoegdheden als reglementaire bevoegdheden betreffen. In de huidige constellatie zou het gaan om een overdracht van dergelijke bevoegdheden aan een

Europese vennootschap naar Nederlands recht, al zijn er overeenkomstig de thans ontworpen regeling nog verschillende andere hypothesen mogelijk.

Gevraagd hoe een dergelijke delegatie in overeenstemming is met de Grondwet, antwoordde de gemachtigde:

“Overeenkomstig de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is het mogelijk dat de wetgever, maar ook de decreetgever, specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan verzelfstandigde agentschappen en aan private rechtspersonen¹¹.

Te dezen kan worden geoordeeld dat het gaat om een welbepaalde, technische aangelegenheid. Op te merken valt dat deze beslissingen vandaag reeds worden uitgeoefend door de havenbedrijven, dus door verzelfstandigde rechtspersonen, weliswaar onder toezicht van de havencommissaris en de Vlaamse regering.

Bovendien is deze beslissing onderworpen aan het bestuurlijk toezicht, vermeld in artikel 4, § 2, zodoende dat beslist kan worden op het Belgische grondgebied geen uitwerking te verlenen aan een beslissing van de holdingvennootschap waarbij zij gebruik maakt van deze bevoegdheden. Dit bestuurlijk toezicht gaat rechtstreeks uit van de havencommissaris en de Vlaamse Regering zodoende dat een voldoende politieke controle gewaarborgd is.

Artikel 4 §1 bepaalt bovendien dat alle aandelen van de holdingvennootschap, rechtstreeks of onrechtstreeks, alleen kunnen worden aangehouden door rechtspersonen met een publiekrechtelijk karakter waardoor het publiekrechtelijk karakter van de privaatrechtelijke Europese holdingvennootschap voldoende geborgd is.

Er is dan ook niet in te zien hoe vanuit democratisch oogpunt de beslissing door een havenbedrijf of de beslissing door de holdingvennootschap aan andere standaarden onderworpen zou zijn.”

Luidens artikel 33, tweede lid, van de Grondwet worden de staatsmachten uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald. Daargelaten de vraag of de thans reeds bestaande delegatie van dergelijke bevoegdheden aan de havenbedrijven in overeenstemming is met die grondwetsbepaling en met de grondwettelijke beginselen inzake de uitoefening van de normatieve functie,¹² ziet de Raad van State niet op welke grondslag de betrokken bevoegdheden kunnen worden overgedragen naar een (mogelijks zelfs privaatrechtelijke) buitenlandse rechtspersoon.¹³ Artikel 34 van de Grondwet, naar luid waarvan de uitoefening van bepaalde

¹¹ Voetnoot uit het antwoord van de gemachtigde: GwH 10 november 2011, nr. 166/2011, overwegingen B.58.3 en B.58.4; GwH 21 november 2013, nr. 158/2013, B.14.4; GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014, B.7.3; GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, B.7.3; GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4.

¹² In dit verband kan eraan worden herinnerd dat het verlenen van verordenende bevoegdheid aan instellingen als de havenbedrijven in beginsel niet in overeenstemming is met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse controle van een democratisch verkozen orgaan ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt om praktische redenen en voor zover zij een zeer beperkte of een hoofdzakelijk technische en niet-beleidsmatige draagwijdte hebben, en er mag worden van uitgegaan dat de instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen of er toezicht op uit te oefenen, ook het best geplaatst zijn om deze met kennis van zaken uit te werken.

¹³ Buiten deze principiële vraag rijzen er bovendien tal van andere vragen waarvoor in het ontwerp geen oplossing wordt geboden, zoals de vraag naar de waarborgen inzake de kenbaarheid van de uit te vaardigen regelingen en inzake een voldoende toegankelijke en efficiënte rechtsbescherming van de bestemmingen van de betrokken beslissingen.

machten bij een verdrag of een wet kan worden opgedragen aan een volkenrechtelijke instelling, kan niet de grondslag vormen voor de overdracht van de genoemde bevoegdheden, nu de holdingvennootschap niet kan worden beschouwd als een dergelijke instelling.

Gelet op wat voorafgaat kan artikel 6 van het ontwerp geen doorgang vinden. Wel zou kunnen worden bepaald dat er binnen de holdingvennootschap eerst overleg plaatsvindt over de betrokken beslissingen, maar deze beslissingen dienen uiteindelijk te worden genomen door de bevoegde organen van het Havenbedrijf Gent zelf.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

6. Er dient te worden vermeden in een definitie louter te verwijzen naar een ander artikel van de tekst waarvan de definitie deel uitmaakt, zoals in artikel 2, eerste lid, 3°, van het ontwerp het geval is. De in die bepaling vervatte definitie dient derhalve te worden herwerkt, waarbij erin bepaalde elementen kunnen worden opgenomen die thans in de artikelen 3 en 4 van het ontwerp zijn vervat.

Artikel 3

7. Behoudens indien uit de aan te passen definitie van “holdingvennootschap” zou blijken dat die vennootschap een rechtspersoon kan zijn naar buitenlands recht, verdient het aanbeveling om in artikel 3 van het ontwerp uitdrukkelijk te bepalen dat de erin bedoelde machtiging geldt voor een deelneming in een rechtspersoon naar Belgisch of naar buitenlands recht.

Artikel 4

8. Luidens de eerste aan artikel 4, § 1, eerste lid, 3°, van het ontwerp toegevoegde zin¹⁴ wordt de gewestelijke havencommissaris “in kennis gesteld van het voornemen [van de holdingvennootschap] om participaties te nemen in ondernemingen”. Op de vraag of de havencommissaris, naar analogie van artikel 23, § 3, van het havendecreet, niet eveneens in kennis moet worden gesteld van de oprichting van ondernemingen en van de wijzigingen in de participaties, antwoordde de gemachtigde:

“Er wordt enkel een kennisgeving voorzien in geval een participatie in een onderneming wordt voorgenomen. Bij uitbreiding geldt dit ook voor de oprichting van een onderneming, daar dit kan worden geacht te vallen onder het nemen van een participatie in ondernemingen.

¹⁴ De zinnen die zijn toegevoegd aan 3° en 4° van artikel 4, § 1, van het ontwerp zouden in een afzonderlijke bepaling dienen te worden ondergebracht.

Het is niet de opzet om ook iedere wijziging in de participaties ter kennis te geven.”

Dat de gewestelijke havencommissaris ook van de oprichting van ondernemingen in kennis dient te worden gesteld, dient uitdrukkelijk in het ontwerp te worden bepaald. Wat betreft de uitsluiting van de wijzigingen in de participaties bedoeld in artikel 23, § 3, eerste lid, van het havendecreet,¹⁵ ziet de Raad van State niet wat de verantwoording is voor de verschillende regeling voor het havengebied van Gent ten opzichte van andere havengebieden. Tenzij alsnog een dergelijke verantwoording zou kunnen worden verschaft, dient de eerste aan 3° van artikel 4, § 1, toegevoegde volzin te worden uitgebreid tot de zo-even vermelde wijzigingen.

9. Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat de holdingvennootschap thans wordt uitgewerkt als een Europese vennootschap met zetel in Nederland. Om nadere toelichting gevraagd of het bestuurlijk toezicht op de algemene vergadering, de raad van bestuur of het toezichthoudende orgaan overeenkomstig artikel 4, § 2, van het ontwerp verenigbaar is met verordening (EG) 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 ‘betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE)’ en met het Nederlandse vennootschapsrecht, antwoordde de gemachtigde:

“Artikel 4, § 2 is verenigbaar met Verordening 2157/2001 en het Nederlands vennootschapsrecht. Er wordt immers als zodanig niet geraakt aan de rechtsgeldigheid van de beslissingen die op het niveau van de Nederlandse holding, noch aan de wijze waarop de beslissingen binnen de holdingvennootschap tot stand komen; deze aspecten worden beheerst door de Verordening en het Nederlandse recht. Het is daarentegen de uitwerking van deze beslissing op het Belgische grondgebied die wordt geraakt door het bestuurlijk toezicht.

Het bestuurlijk toezicht, vermeld in artikel 4, § 2 van het ontwerp van decreet, is exact om die reden geformuleerd als de bevoegdheid om op het Belgische grondgebied geen uitwerking te verlenen aan een beslissing van de holdingvennootschap. Op deze manier wordt een analoge situatie gecreëerd als deze die van toepassing is op de havenbedrijven zelf.

Overigens blijft het bestuurlijk toezicht op Havenbedrijf Gent zelf onverminderd van kracht.”

De stellers van het ontwerp dienen evenwel na te gaan of het criterium “uitwerking hebben in België” ten aanzien van alle beslissingen van de holdingvennootschap wel werkbaar is.

10. In artikel 4, § 2, eerste lid, van het ontwerp dient telkens te worden geschreven “het havendecreet” in plaats van “het voormelde decreet”.

11. De gemachtigde bevestigde dat in artikel 4, § 2, tweede lid, van het ontwerp moet worden gepreciseerd dat deze bepaling betrekking heeft op het aantekenen van beroep tegen de beslissingen vermeld in artikel 4, § 2, eerste lid, van het ontwerp (namelijk alle beslissingen van de algemene vergadering en de raad van bestuur of, in voorkomend geval, van het toezichthoudend orgaan van de holdingvennootschap).

¹⁵ Waarvan de terminologie voor verbetering vatbaar is.

12. Over de termijn van respectievelijk acht en twintig “vrije dagen” die “ingaat” op de dag waarop de gewestelijke havencommissaris van de betrokken beslissing kennis krijgt, die in artikel 4, § 2, tweede, respectievelijk derde lid, van het ontwerp voorkomt, verschaft de gemachtigde de volgende toelichting:

“Dit is overgenomen uit artikel 23 §4 van het decreet van 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens (Havendecreet). ‘vrije’ dagen betekent - conform R.P.D.B. (Répertoire pratique du droit belge), trefwoord Délai, 551 - dat de *dies a quo* en de *dies ad quem* niet meegerekend worden; de termijn loopt door op zater-, zon- en wettelijke feestdagen. Een voorbeeld: de havencommissaris wordt van de beslissing van het havenbedrijf op de hoogte gesteld op 13/12 (*dies a quo*) – 8 vrije dagen – havencommissaris dient ten laatste te schorsen op 22/12 (*dies ad quem*)”.

Omwille van de rechtsonzekerheid die het hanteren van die term, zeker in combinatie met het woord “ingaat”, kan doen ontstaan, wordt beter voor een meer expliciete formulering van de termijn gekozen, overigens ook in artikel 23, § 4, van het havendecreet.

13. Luidens artikel 4, § 2, derde lid, van het ontwerp wordt, als de Vlaamse Regering zich binnen de erin vermelde termijn niet heeft uitgesproken over het beroep van de gewestelijke havencommissaris tegen de in artikel 4, § 2, eerste lid, van het ontwerp bedoelde beslissing, die beslissing definitief.

Aldus wordt een beroep gedaan op het procedé van de stilzwijgende beslissing.

In dit verband moet worden opgemerkt dat aan het procedé van de 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.

Artikel 4, § 2, derde lid, van het ontwerp dient derhalve te worden heroverwogen.¹⁶

¹⁶ Hetzelfde geldt overigens ten aanzien van artikel 23, § 4, tweede lid, van het havendecreet.

Artikel 5

14. In artikel 5, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat onder bepaalde voorwaarden kan worden afgeweken van de bij artikel 5, § 3, vierde lid, van het havendecreet gegarandeerde vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in de raad van bestuur van het Havenbedrijf Gent.

Gevraagd naar de juiste draagwijdte van deze bepaling, bevestigde de gemachtigde dat de eerstgenoemde bepaling het mogelijk maakt dat de beide bestuursleden van het Havenbedrijf Gent en van de holdingvennootschap mannen zijn op voorwaarde dat minstens drie (op acht) leden van het toezichthoudend orgaan van de holdingvennootschap vrouwen zijn. Voorts verklaarde hij het volgende:

“b) De holdingvennootschap zal niet noodzakelijk bestaan uit een bestuursorgaan én een toezichtsorgaan.

Er zou op holdingniveau kunnen worden gekozen voor een structuur met enkel een bestuursorgaan (zgn. ‘one tier’ systeem): in dat geval, zal in de schoot van het bestuursorgaan van de holding aan de genderquota voldaan moeten zijn, alvorens het Havenbedrijf Gent daarvan kan worden vrijgesteld.

Indien daarentegen op holdingniveau wordt gekozen voor een tweeledige beheersstructuur (bestuursorgaan én toezichtsorgaan – zgn. ‘two tier’ model), moet ofwel bij het bestuursorgaan ofwel bij het toezichtsorgaan aan de genderquota zijn voldaan. (...) Het is echter wel de bedoeling om een gelijke samenstelling te hebben bij de raad van bestuur van het Havenbedrijf en het bestuursorgaan van de holding, een zogenaamde personele unie.

Dit laat bijgevolg slechts twee mogelijkheden:

- Ofwel bestaat deze personele unie uit personen van een verschillend geslacht, in welk geval voldaan is aan de genderquota van artikel 5, §3, laatste lid, van het Havendecreet op het niveau van het Havenbedrijf Gent. Er moet dan strikt genomen geen toepassing worden gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid van artikel 5, § 2 van dit ontwerp van decreet.

- Ofwel bestaat deze personele unie uit personen van een gelijk geslacht, in welk geval bij toepassing van artikel 5, § 2 van dit ontwerp van decreet het toezichtsorgaan op holdingniveau aan de genderquota moet voldoen.”

Al is het niet uitgesloten dat met betrekking tot bepaalde concrete situaties een afdoende verantwoording kan worden gevonden voor de ontworpen regeling en het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling van de havenbedrijven,¹⁷ toch ziet de Raad van State niet hoe de algemene en onbeperkt in tijd geldende afwijking op de in artikel 5, § 3, vierde lid, van het havendecreet vervatte regeling kan worden verantwoord.

¹⁷ Zoals bijvoorbeeld de noodzaak om te voorzien in een overgangperiode bij de totstandkoming van de fusie, gelet op de concrete samenstelling van de erbij betrokken organen.

Artikel 5, tweede lid, van het ontwerp dient dan ook te worden herbekeken.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT