

Rolnummer 725
Arrest nr. 36/95 van 25 april 1995

A R R E S T

In zake: het beroep tot vernietiging van artikel 5, § 9, van de ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 9 september 1993 houdende de wijziging (van de Huisvestingscode) voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en betreffende de sector van de sociale huisvesting, ingesteld door de v.z.w. Fédération des sociétés coopératives de logement à Bruxelles en de coöperatieve vennootschap Le Logis.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit de voorzitters M. Melchior en L. De Grève, en de rechters H. Boel, P. Martens, J. Delruelle, H. Coremans en R. Henneuse, bijgestaan door de griffier L. Potoms, onder voorzitterschap van voorzitter M. Melchior,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van het beroep

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 29 juni 1994 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 30 juni 1994, is beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 5, § 9, van de ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 9 september 1993 houdende de wijziging (van de Huisvestingscode) voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en betreffende de sector van de sociale huisvesting, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 31 december 1993, door de v.z.w. Fédération des sociétés coopératives de logement à Bruxelles, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te 1200 Brussel, Albert Dumontlaan 10, en de coöperatieve vennootschap Le Logis, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te 1170 Brussel, Georges Benoidtlaan 22.

II. De rechtspleging

Bij beschikking van 30 juni 1994 heeft de voorzitter in functie de rechters van de zetel aangewezen overeenkomstig de artikelen 58 en 59 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

De rechters-verslaggevers hebben geoordeeld dat er geen aanleiding was om artikel 71 of 72 van de organieke wet toe te passen.

Van het beroep is kennisgegeven overeenkomstig artikel 76 van de organieke wet bij op 22 augustus 1994 ter post aangetekende brieven.

Het bij artikel 74 van de organieke wet voorgeschreven bericht is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 25 augustus 1994.

Memories zijn ingediend door :

- de n.v. Foyer anderlechtois, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te 1070 Brussel, Bergensesteenweg 595, de c.v. Le Logement molenbeekoï, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te 1080 Brussel, Sint-Jan-Baptistvoorplein 27, en de v.z.w. Association du logement social, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te 1080 Brussel, Landsroemlaan 84/11, bij op 23 september 1994 ter post aangetekende brief;

- de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, Hertogsstraat 7/9, 1000 Brussel, bij op 6 oktober 1994 ter post aangetekende brief;

- de Waalse Regering, rue Mazy 25-27, 5100 Jambes, bij op 7 oktober 1994 ter post aangetekende brief.

Van die memories is kennisgegeven overeenkomstig artikel 89 van de organieke wet bij op 7 november 1994 ter post aangetekende brieven.

Memories van antwoord zijn ingediend door :

- de verzoekende partijen, bij op 7 december 1994 ter post aangetekende brief;
- de Waalse Regering, bij op 8 december 1994 ter post aangetekende brief.

Bij beschikking van 29 november 1994 heeft het Hof de termijn waarbinnen het arrest moet worden gewezen, verlengd tot 29 juni 1995.

Bij beschikking van 23 februari 1995 heeft de voorzitter in functie vastgesteld dat rechter E. Cereix wettelijk verhinderd was en werd vervangen door rechter R. Henneuse.

Bij beschikking van dezelfde dag heeft het Hof de zaak in gereedheid verklaard en de dag van de terechtzitting bepaald op 14 maart 1995.

Van die beschikking is kennisgegeven aan de partijen en hun advocaten bij op 24 februari 1995 ter post aangetekende brieven.

Bij beschikking van 1 maart 1995 heeft het Hof de terechtzitting verdaagd naar 21 maart 1995.

Op de openbare terechtzitting van 21 maart 1995 :

- zijn verschenen :
 - . Mr. J. Autenne, advocaat bij de balie te Brussel, voor de Brusselse Hoofdstedelijke Regering;
 - . Mr. V. Thiry, advocaat bij de balie te Luik, voor de Waalse Regering;
 - . Mr. S. Gehlen, advocaat bij de balie te Brussel, voor de tussenkomende partijen, de n.v. Foyer anderlechtois en andere;
- hebben de rechters-verslaggevers J. Delruelle en H. Boel verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De rechtspleging is gevoerd overeenkomstig de artikelen 62 en volgende van de organieke wet, die betrekking hebben op het gebruik van de talen voor het Hof.

III. Onderwerp van de aangevochten bepaling

Artikel 5, § 9, van de ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 9 september 1993 houdende de wijziging (van de Huisvestingscode) voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en betreffende de sector van de sociale huisvesting, bepaalt :

« De som van de maatschappelijke boni's van de openbare vastgoedmaatschappijen, de solidariteitsbijdrage niet inbegrepen, moet worden aangewend voor de horizontale solidariteitsmechanismen die rekening houden met de maatschappelijke tekorten van de openbare vastgoedmaatschappijen, die personen met een laag inkomen huisvesten.

Op voorstel van de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij worden de nadere regels voor de toepassing van deze horizontale mechanismen door de Executieve bepaald. »

IV. *In rechte*

- A -

Standpunt van de verzoekende partijen

A.1.1. De verzoekende partijen leiden een enig middel af uit de schending van artikel 170, § 2, van de Grondwet en van de wet van 23 januari 1989 houdende uitvoering van artikel 110, § 2, tweede lid, van de Grondwet.

A.1.2. Uit artikel 170, § 2, van de Grondwet en het enige artikel van de wet van 23 januari 1989 houdende toepassing van die grondwetsbepaling blijkt dat de gemeenschappen en de gewesten een eigen fiscale bevoegdheid hebben, doch dat zij geen belastingen mogen heffen met betrekking tot aangelegenheden die federaal worden belast. Artikel 170, § 2, en de wet van 23 januari 1989 zijn dus bepalingen die de bevoegdheden tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten verdelen.

A.1.3. De eerste vraag die in deze zaak rijst heeft betrekking op de aard van het mechanisme van horizontale solidariteit, waarvan het beginsel en de definitie in artikel 5, § 9, van de ordonnantie van 9 september 1993 zijn vastgelegd : gaat het om een heffing van fiscale aard op de openbare vastgoedmaatschappijen ? Nagegaan moet worden of het voorgeschreven mechanisme kan worden geanalyseerd als een belasting ofwel of het gaat om een mechanisme dat tot de « parafiscaliteit » behoort omdat het zou gaan om een retributie of bijdrage voor geleverde diensten.

De belasting is een heffing die door de Staat, de provincies of de gemeenten op grond van hun gezag wordt verricht op de geldmiddelen van personen die op hun grondgebied leven of er belangen hebben, om ze voor de diensten van openbaar nut te gebruiken. De bijdrage is de vergoeding voor een bepaalde dienst die bij de werking van de dienst is geleverd ten voordele van enkel de gebruikers van die dienst. In elk geval moet worden getracht te bepalen waarin de geleverde diensten juist bestaan en wie de ware verkrijger ervan is. Indien blijkt dat de betalers niet de echte verkrijgers van de diensten zijn, gaat het om een belasting. Wanneer het verschil tussen de belasting en de retributie moeilijk vast te stellen is, baseert de recentste rechtsleer zich op het door de fiscale of parafiscale heffing nagestreefde doel om de aard ervan te bepalen.

Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden ordonnantie blijkt dat de doelstelling van het mechanisme van horizontale solidariteit dat is voorgeschreven in artikel 5, § 9, erin bestond te streven naar een zo groot mogelijke gelijkschakeling van de huurinkomsten tussen de maatschappijen, maar ook naar de opslorping van het deficit in de sector van de sociale huisvesting. Nu is het deficit van de sociale huisvesting steeds aangezuiverd met openbare fondsen uit de staatsbegroting, nadien uit de gewestbegroting. De verantwoording daarvan is dat de sociale huisvesting een opdracht van openbare dienst is. Daaruit volgt dat de heffing op het maatschappelijk boni geen parafiscale bijdrage is maar een echte fiscale heffing, die bestemd is om het gewestelijk beleid inzake sociale huisvesting in zijn geheel te financieren, naast andere beschikbare middelen om dat beleid te financieren. Zonder die heffing zou het Gewest belastingen moeten heffen om die financiering te verzekeren. Het bewijs daarvan is dat de gewestbegroting thans het sociaal tekort van de huisvestingsmaatschappij dekt ten belope van 66 pct. van dat deficit, zijnde het verschil tussen de basishuurprijs en de reële huurprijs. Het gaat om een solidariteitsbijdrage die van de gewestbegroting moet verdwijnen wanneer het bij de aangevochten bepaling georganiseerde horizontale solidariteitsmechanisme zal functioneren.

A.1.4. Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest heeft dus een vennootschapsbelasting ingevoerd vermits de heffing zal gebeuren op een materiële basis die een van de elementen is om de fiscale winst of het fiscale tekort te bepalen. Nu zijn echter de openbare vastgoedmaatschappijen door het Wetboek van de inkomstenbelastingen onderworpen aan de vennootschapsbelasting, aangezien zij geen deel uitmaken van de categorieën die er niet onder vallen. Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest heeft dus een belasting voorgeschreven in een aangelegenheid die reeds door de federale Staat wordt belast, wat verboden is bij de wet van 23 januari 1989, die is aangenomen met toepassing van artikel 170, § 2, van de Grondwet.

Op grond van artikel 170, § 2, van de Grondwet, in samenhang gelezen met de wet van 23 januari 1989, kan worden besloten dat de sociale heffing ten laste van de openbare vastgoedmaatschappijen een schending, door

het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, inhoudt van de regels die de bevoegdheden tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten verdelen.

Standpunt van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering

A.2.1. Primair voert de Brusselse Hoofdstedelijke Regering aan dat de herverdeling van het maatschappelijk boni geen belasting is, maar een wijze van subsidiëring van de openbare vastgoedmaatschappijen door het Gewest. De belasting wordt doorgaans gedefinieerd als een heffing, op grond van hun gezag verricht door de grondwettelijk daartoe gemachtigde overheden, op de personen die op hun grondgebied leven of er belangen hebben, om te worden besteed aan het geheel van de openbare uitgaven van de overheid die de desbetreffende belasting heeft vastgesteld.

Overeenkomstig de tekst zelf van de aangevochten bepaling, komt de herverdeling van het maatschappelijk boni niet ten goede aan het Gewest, maar wel aan de openbare vastgoedmaatschappijen zelf en is ze niet vastgesteld om het hoofd te bieden aan het geheel van de uitgaven van het Gewest, maar enkel om een solidariteit onder de openbare vastgoedmaatschappijen tot stand te brengen, zodat wordt vermeden dat die maatschappijen geneigd zouden zijn voorrang te geven aan de kandidaturen van meer bemiddelde huurders. De aangevochten bepaling is neutraal vanuit budgettair standpunt voor het Gewest.

Zelfs in de veronderstelling dat de aanwending van het maatschappelijk boni voor de mechanismen van horizontale solidariteit kredieten voor het Gewest zou vrijmaken, betekent dit nog niet dat die aanwending noodzakelijkerwijze een belasting zou zijn. Het is evenmin juist te beweren dat de herverdeling van het maatschappelijk boni een belasting is omdat zij het mogelijk maakt uitgaven te dekken die anders hadden moeten worden gefinancierd door de belasting, vermits andere financieringsvormen ook konden worden overwogen, bijvoorbeeld de lening, de inkomsten van het patrimonium of de opbrengst van de verkoop ervan.

Overeenkomstig artikel 2.3 van de aangevochten ordonnantie, moet onder openbare vastgoedmaatschappij worden verstaan « elke rechtspersoon die als opdracht heeft, sociale woningen waarvan het Gewest aandeelhouder is, te bouwen en ter beschikking te stellen ». De openbare vastgoedmaatschappijen hebben dus een opdracht van openbare dienst - huisvesting voorstellen aan personen met een laag inkomen tegen een huurprijs die aan dat inkomen is aangepast - die het hen niet mogelijk maakt dezelfde rendabiliteit te bereiken als vastgoedmaatschappijen die hetzelfde type van huisvesting aanbieden maar niet zijn onderworpen aan de verplichting van lagere huurprijs. Als tegenprestatie krijgen die maatschappijen subsidies die hen in staat stellen hun verplichtingen na te komen, onder meer in de vorm van leningen die door het Gewest (door tussenkomst van de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij) worden toegestaan zonder intrest, of tegen een intrestvoet die aanzienlijk lager ligt dan die van de markt. Dat blijkt onder meer bij het lezen van artikel 6, § 1, 2°, van de bestreden ordonnantie. Die subsidies worden aan de openbare vastgoedmaatschappijen slechts toegekend voor zover zij hun opdracht vervullen en zelf niet over voldoende middelen beschikken. Wanneer zij een maatschappelijk boni hebben, zijn zij verplicht dat boni aan te wenden om hun investeringen te financieren of, bij gebrek aan investeringen, zal dat boni worden gebruikt om de investeringen van openbare vastgoedmaatschappijen die een sociaal tekort vertonen, te dekken. Dat is trouwens voorgeschreven bij artikel 52 van het beheerscontract dat tussen het Gewest en de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij is gesloten ter uitvoering van artikel 6, § 3, van de bestreden ordonnantie. Pas na de aanwending van het volledig maatschappelijk boni kunnen de openbare vastgoedmaatschappijen een beroep doen op de subsidies die door het Gewest worden toegekend voor de financiering van hun investeringen.

Daaruit volgt dat de herverdeling van het maatschappelijk boni een manier van subsidiëring van de openbare vastgoedmaatschappijen door het Gewest is en geen belasting.

Opgemerkt moet trouwens worden dat die wijze niet verplicht is opgelegd maar dat de openbare vastgoedmaatschappijen vrijwillig daarmee hebben ingestemd, als een voorwaarde voor de subsidies, die zelf door de openbare vastgoedmaatschappijen worden gevraagd. Zij die de bestemming of de herverdeling van het maatschappelijk boni niet zouden aanvaarden, moeten dus afzien van de rentesubsidies die hun door het Gewest worden toegekend, wat ze in alle vrijheid kunnen doen door hun statutair doel te wijzigen. Aangezien die maatschappijen dan niet meer het doel verwezenlijken dat de hun toegekende subsidies verantwoordde, zouden zij die aan het Gewest moeten terugbetalen. Daaruit volgt dat de herverdeling van het maatschappelijk boni niet als een belasting kan worden beschouwd vermits een element dat de verplichting oplegt, ontbreekt.

A.2.2. Subsidiair moet men ervan uitgaan dat de herverdeling van het maatschappelijk boni geen belasting is maar veeleer een « retributie ». De retributie is een inning naar aanleiding van de werking van een openbare dienst; zij onderscheidt zich van het tolgeld door het verplichte karakter van de betaling of ook nog door de geest waarin het te betalen bedrag is vastgesteld. De retributie is immers bestemd om de algemene kas van de openbare dienst te stijven en niet enkel om de produktiekosten van de geleverde dienst te dekken. De gewone sociale bijdragen, evenals de bijzondere en eenmalige bijdrage voor sociale zekerheid die is ingevoerd bij het koninklijk besluit nr. 55 van 16 juli 1982, worden als retributies beschouwd. Men mag aannemen dat de herverdeling van het maatschappelijk boni dezelfde kenmerken vertoont als de inning van die bijdragen : zij is bestemd om een interne solidariteit onder de openbare vastgoedmaatschappijen te verzekeren, uitsluitend ten voordele van de leden van een bepaalde sociale groep en niet ten voordele van de gemeenschap; de enige rechthebbenden van die herverdeling zijn de openbare vastgoedmaatschappijen en de gebruikers ervan, en niet het Gewest; de herverdeling van het maatschappelijk boni is niet in de begroting van het Gewest ingeschreven. Daaruit volgt dat, zoals de sociale bijdragen, de herverdeling van het maatschappelijk boni niet als een belasting moet worden beschouwd, zelfs mocht het Hof van oordeel zijn dat het om een verplichte heffing gaat.

A.2.3. Nog meer subsidiair moet men ervan uitgaan dat de herverdeling van het maatschappelijk boni geen vennootschapsbelasting is die gelijk is op die welke door de Staat wordt geheven krachtens de artikelen 179 en volgende van het Wetboek van de inkomstenbelastingen.

De vennootschapsbelasting wordt immers geheven op basis van het positieve boekhoudkundige resultaat dat blijkt uit de jaarrekening van een vennootschap. Nu heeft het te verdelen maatschappelijk boni geen noodzakelijke of in ieder geval proportionele band met de boekhoudkundige winst van de betrokken openbare vastgoedmaatschappij. Een openbare vastgoedmaatschappij kan een maatschappelijk boni hebben en toch een bedrijfsverlies lijden, bijvoorbeeld omdat zij belangrijke lasten heeft. Omgekeerd zou een openbare vastgoedmaatschappij met een sociaal tekort maar met heel weinig lasten of met belangrijke subsidies toch een belastbare boekhoudkundige winst kunnen hebben. Er is dus geen enkele gelijkwaardigheid tussen de grondslag van de vennootschapsbelasting en het maatschappelijk boni : het zijn verschillende begrippen die onderling niet afhankelijk zijn.

De vennootschapsbelasting treft niet alleen de bedrijfsinkomsten : zij houdt ook rekening met en treft ook de uitzonderlijke opbrengsten (bijvoorbeeld de meerwaarden) en de financiële opbrengsten. De belasting die hier zou worden geheven houdt geen rekening met de meerwaarden, uitzonderlijke opbrengsten of financiële opbrengsten.

De vennootschapsbelasting wordt, zoals elke inkomstenbelasting, gevestigd op een netto-inkomen, dat wil zeggen op een inkomen waarvan de lasten die werden teweggebracht voor het verkrijgen ervan, zijn afgetrokken. Nu betreft het maatschappelijk boni maar een gedeelte van de inkomsten van de openbare vastgoedmaatschappijen, zonder rekening te houden met de lasten ervan. Het gaat dus om een heffing op het bruto-inkomen en, mocht die als een belasting worden beschouwd, dan zou het niet gaan om een vennootschapsbelasting maar veeleer om een omzetbelasting, zoals bijvoorbeeld de B.T.W.

Tot slot zal men opmerken dat, in tegenstelling met de vennootschapsbelasting, de herverdeling van het maatschappelijk boni geen enkel mechanisme tot voorkoming van dubbele belasting in economisch opzicht op het vlak van vennootschapspiramides bevat, zoals het stelsel van de definitief belaste inkomens, evenmin als zij de stijging van het vermogen raakt die nochtans deel uitmaakt van de winst die aan de vennootschapsbelasting is onderworpen.

Mocht het Hof tot slot van oordeel zijn dat het om een belasting gaat, dan zou het moeten besluiten dat het niet gaat om een inkomstenbelasting die vergelijkbaar is met die welke door de Staat wordt geheven. Daaruit volgt dat de materie waarop die heffing is gevestigd niet behoort tot de materies die aan de fiscale bevoegdheid van het Gewest zijn onttrokken door de bepalingen die in het enige vernietigingsmiddel zijn beoogd.

Standpunt van de Waalse Regering

A.3.1. De belasting is door het Hof van Cassatie in twee arresten van 30 november 1950 gedefinieerd als een heffing welke door de Staat, de provincies en de gemeenten op grond van hun gezag wordt verricht op de geldmiddelen van personen die op hun grondgebied leven of er belangen hebben, om ze voor de diensten van openbaar nut te gebruiken.

Het eerste essentiële kenmerk van een belasting is dus dat het gaat om een heffing op grond van het gezag van de openbare overheid : de belasting bestaat slechts indien zij, voor de federale Staat of voor een van zijn samenstellende delen of onderverdelingen, een belastingschuldvordering doet ontstaan die in het algemeen kan worden geïnd in de vorm van een uitvoerende titel die de openbare overheid aan zichzelf uitschrijft krachtens de norm waarbij die belasting is ingesteld.

De aangevochten bepaling doet geen dergelijke belastingschuld ontstaan, een soort verticale rechtsband tussen het Gewest en de openbare vastgoedmaatschappijen. Het gaat integendeel om een mechanisme van horizontale solidariteit : er is geen heffing ten voordele van de openbare overheid, maar er zijn wel overdrachten van vastgoedmaatschappijen van openbaar nut naar andere maatschappijen van hetzelfde type. Het ingestelde mechanisme zal overigens de begroting van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest geenszins raken of beïnvloeden.

Het derde essentiële kenmerk van de belasting is dat ze wordt aangewend voor de diensten van openbaar nut. Nu zullen de maatschappelijke boni's van de vastgoedmaatschappijen van openbaar nut niet in aanmerking komen voor de begroting van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, maar ze zullen een duidelijke en beperkte bestemming krijgen, die erin bestaat het tekort van sommige vastgoedmaatschappijen van openbaar nut aan te zuiveren.

A.3.2. Men kan er zelfs terecht aan twijfelen of men zich ten deze in de « parafiscaliteit » bevindt, want de norm stelt geen eenzijdig en stabiel verband in tussen openbare instellingen of instellingen van openbaar nut, enerzijds, en belastingplichtigen, anderzijds, maar voorziet in horizontale overdrachten die in de tijd wederzijds kunnen zijn vermits sommige vastgoedmaatschappijen van openbaar nut in bepaalde jaren een overschot kunnen hebben en in andere jaren een tekort.

A.3.3. Aangezien de bepaling geen heffing van fiscale aard op de openbare vastgoedmaatschappijen instelt, is het middel niet gegrond.

Standpunt van de tussenkomende partijen, de naamloze vennootschap Foyer anderlechtois, de coöperatieve vennootschap Le Logement molenbeekoï en de vereniging zonder winstoogmerk Association du logement social

A.4.1. De n.v. Foyer anderlechtois en de c.v. Le Logement molenbeekoï zijn openbare vastgoedmaatschappijen die de mechanismen van horizontale solidariteit waarvan sprake in de aangevochten bepaling, kunnen genieten. De v.z.w. Association du logement social heeft, krachtens artikel 1 van haar statuten, tot doel « de studie en de bevordering van het sociaal huisvestingsbeleid, uitgevoerd door de openbare instellingen of instellingen van openbaar nut die op nationaal, regionaal, subregionaal of lokaal vlak bestaan »; te dien einde kan zij onder meer « de algemene en particuliere belangen van de lokale huisvestings- en kredietmaatschappijen verdedigen » (eigen vertaling).

A.4.2. Wat de ontvankelijkheid van het beroep tot vernietiging betreft, moet worden opgemerkt dat de v.z.w. Fédération des sociétés coopératives de logement à Bruxelles geen openbare vastgoedmaatschappij is en dat zij niet aangeeft welke bepaling van haar statuten haar zou machtigen om in rechte te treden ter verdediging van de belangen van de openbare vastgoedmaatschappijen. Men zou zich dus kunnen afvragen of zij de hoedanigheid en het belang om in rechte te treden bezit.

A.4.3. De tussenkomen partijen zijn overigens van mening dat het middel niet gegrond is, omdat het mechanisme van horizontale solidariteit waarin de ordonnantie voorziet, noch een belasting, noch een heffing is. Het gaat niet om bedragen die ambtshalve worden geïnd om bij te dragen tot de dekking van openbare lasten in het algemeen. Het gaat evenmin om een opgelegde geldelijke tegenprestatie voor een opgelegde of facultatieve dienst. Het gaat in werkelijkheid om een bijzondere regeling die, rekening houdend met feitelijke verschillen die tussen de openbare vastgoedmaatschappijen bestaan, een solidariteitsstelsel organiseert dat eigen is aan een openbare dienst met sociaal karakter. De maatschappijen die aan die dienst deelnemen, worden daartoe niet gedwongen maar dienen ook de lasten van de opdracht van openbare dienst te aanvaarden. Aangezien de openbare dienst niet wordt geleverd met het doel van winst, is het geheel in overeenstemming met de geest van solidariteit die het net van de sociale huisvesting kenmerkt, dat de maatschappijen waarvan de huurders hogere inkomens hebben, die maatschappijen te hulp komen die de minstbedeelden onder de personen met bescheiden inkomens opvangen. De aldus voorgeschreven solidariteit lijkt op een systeem van mutualiteit.

A.4.4. De redenering van de verzoekende partijen die erop neerkomt te stellen dat het bij de ordonnantie voorgeschreven mechanisme geen belasting is maar de vervanging van een belasting, vermits het mogelijk maakt dat het Gewest bepaalde bedragen niet moet uitgeven, en bijgevolg geen belasting dient te heffen, stuit op twee belangrijke bezwaren. Enerzijds gaat het om een vooroordeel over de manier waarop de mechanismen van horizontale solidariteit zullen worden georganiseerd. Anderzijds wordt geen rekening gehouden met het feit dat de maatschappelijke boni's niet worden verwezenlijkt door privé-ondernemingen in het kader van een winstgevend activiteit, maar bij de uitoefening van een opdracht van openbare dienst; in het kader van die opdracht houden de openbare vastgoedmaatschappijen verband met de overheid die de dienst verleent en zijn niet de begunstigten ervan. Zelfs in de veronderstelling dat de aanwending van de maatschappelijke boni's voor de mechanismen van horizontale solidariteit het Gewest in staat zou stellen niet op te treden en dus geen belasting te heffen, dan nog zou men erop moeten wijzen dat de noodzaak om die belasting te heffen niet is aangetoond en dat bovendien een besparing niet als een belasting kan worden beschouwd.

A.4.5. Aangezien de bestreden ordonnantie in geen belasting heeft voorzien, gaat het *a fortiori* niet om een belasting in een materie die al door de federale Staat wordt belast, en men kan daaruit niet afleiden dat het Gewest niet bevoegd zou zijn.

Antwoord van de verzoekende partijen

A.5.1. Wat de ontvankelijkheid betreft moet men ervan uitgaan dat de Fédération des sociétés coopératives de logement à Bruxelles duidelijk de hoedanigheid om in rechte te treden en belang bij het beroep heeft vermits artikel 3 van haar statuten bepaalt :

« Onverminderd de rechten en plichten die voortvloeien uit de statuten eigen aan elk van de aangesloten maatschappijen heeft de vereniging tot doel de inspanningen van laatstgenoemden te coördineren met het oog op een beter beleid inzake de bouw van sociale woningen, de eenheid in de vertegenwoordiging van haar leden te verzekeren, hen te verdedigen tegen de eventuele inbreuken en machtsmisbruik, de elementen van een nauwe samenwerking met de toezichthoudende overheid te onderzoeken en alle problemen van algemene aard betreffende de sociale huisvesting te bestuderen.

Zij kan ook werken aan de oprichting en het beheer van nieuwe coöperatieven voor de huisvesting, ten bate van gezinnen met lage en middelmatige inkomens. » (eigen vertaling)

A.5.2. Bij het lezen van de door de andere partijen neergelegde memories, lijken vier elementen vast te staan. Indien het mechanisme van horizontale solidariteit als een belasting moet worden aangezien, is er een schending van de regels die de bevoegdheden op fiscaal vlak verdelen tussen de federale Staat en de gewesten, vermits geen enkele partij de argumenten van de verzoekende partijen betreffende die bevoegdheidsverdeling heeft betwist. Het mechanisme van horizontale solidariteit veronderstelt een heffing, en die heffing zal voor het

Gewest besparingen mogelijk maken. De maatschappelijke boni's vormen een opbrengst; die opbrengst wordt aangewend voor het mechanisme van horizontale solidariteit; het zijn dus geldmiddelen. De opbrengst van de maatschappelijke boni's komt wel degelijk toe aan het Gewest, dat die opbrengst evenwel aan het mechanisme van horizontale solidariteit moet besteden. Het gaat dus niet om een rechtstreekse overdracht van de ene maatschappij naar de andere.

De verzoekende partijen betwisten het argument van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering volgens hetwelk de aangevochten bepaling berust op een sociale doelstelling die erin zou bestaan voor de openbare vastgoedmaatschappijen een einde te maken aan de verleiding om huurders met een hoger inkomen te verkiezen boven kandidaten met een laag inkomen. In werkelijkheid is de aangevochten bepaling slechts denkbaar indien maatschappelijke boni's blijven bestaan, vermits zij tot doel heeft dat de hoge inkomens de lage inkomens financieren of compenseren, wat de klassieke doelstelling van de fiscaliteit is.

Voor het overige betwisten de verzoekende partijen het bestaan van een budgettaire neutraliteit.

A.5.3. Artikel 5, § 9, van de bestreden ordonnantie stelt wel degelijk een belasting in ten laste van de openbare vastgoedmaatschappijen die een maatschappelijk boni hebben. Het criterium volgens hetwelk de belasting wordt aangewend voor de openbare uitgaven van de overheid die de betrokken belasting heeft vastgesteld, is nooit in aanmerking gekomen als een essentieel criterium, zonder hetwelk er geen belasting zou zijn. De wetgever kan trouwens van het universaliteitsbeginsel afwijken. Bovendien staat artikel 177 van de Grondwet de Gewestraden toe te bepalen waaraan hun ontvangsten zullen worden besteed, zoals trouwens artikel 5, § 9, van de bestreden ordonnantie het heeft gedaan.

De heffing van de som van de maatschappelijke boni's kan om drie redenen niet als een bijdrage worden beschouwd : die heffing is niet de onmiddellijke tegenprestatie van een dienst en is niet evenredig met de kosten ervan; de heffing van de som van de maatschappelijke boni's is niet de tegenprestatie van een dienst die speciaal voor de gebruiker wordt geleverd; de heffing van de som van de maatschappelijke boni's is niet de tegenprestatie van een dienst waarop vrijwillig een beroep is gedaan.

De verzoekende partijen betwisten de stelling van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering volgens welke het voor de openbare vastgoedmaatschappijen voldoende zou zijn af te zien van de subsidies om niet meer aan de heffing te worden onderworpen. Die maatschappijen zouden aan de heffing slechts kunnen ontsnappen mits zij de hoedanigheid van openbare vastgoedmaatschappijen verliezen en elke activiteit op het gebied van de sociale huisvesting opgeven. In dat opzicht moet worden verwezen naar de definitie van openbare vastgoedmaatschappij die is gegeven in artikel 2 van de ordonnantie en waarbij twee criteria worden vastgesteld. Het tweede criterium is de participatie van het Gewest in het kapitaal van de maatschappij, vermits het Gewest ervan aandeelhouder moet zijn. Derhalve is een openbare vastgoedmaatschappij veroordeeld dat te blijven zolang het Gewest er aandeelhouder van is, indien het Gewest over een voldoende stemmenaantal beschikt om een wijziging van de statuten te beletten. Ook moet worden herinnerd aan het feit dat de openbare vastgoedmaatschappij die uit de sociale huisvesting zou willen stappen, gehouden is de door het Gewest toegekende subsidies terug te betalen, wat een onoverkomelijke hinderpaal is. Tot slot moet men ervan uitgaan dat de dwang die door de openbare overheid op het gebied van de belastingen wordt uitgeoefend, niet wordt gemeten aan de mogelijkheid die de belastingplichtige heeft om van de belaste activiteit af te zien.

A.5.4. De belasting die bij artikel 5, § 9, van de aangevochten ordonnantie is vastgesteld, is wel degelijk een vennootschapsbelasting. Het maatschappelijk boni is het positieve verschil tussen de jaarlijkse totale basishuurprijs en de jaarlijkse reële huurprijs van de openbare vastgoedmaatschappijen. De huur is praktisch het enige inkomen van de openbare vastgoedmaatschappij. Het is dus wel degelijk een inkomen dat de aanslagvoet vormt voor de in de bestreden bepaling beoogde heffing. In werkelijkheid wordt een gedeelte van de jaarlijkse reële huurprijs belast, aangezien het fictieve begrip «jaarlijkse totale basishuurprijs » uitdrukkelijk en hoe dan ook niet wordt belast. Nu zal de jaarlijkse reële huurprijs wel degelijk de aanslagvoet vormen, of er alleszins deel van uitmaken, van de vennootschapsbelasting waaraan de openbare vastgoedmaatschappij is onderworpen. Dat deel van de grondslag van de vennootschapsbelasting zal dus onbetwistbaar een tweede maal worden belast, als maatschappelijk boni. Hoe dan ook, het feit dat de heffing die door het Gewest wordt geïnd krachtens artikel 5, § 9, van de ordonnantie in voorkomend geval zou kunnen worden afgetrokken van het bruto-inkomen en fiscaal kan worden afgetrokken als vennootschapsbelasting, zou niet van die aard zijn dat die heffing niet als vennootschapsbelasting zou kunnen worden gekwalificeerd. Aangezien de belasting een identieke grondslag treft, die zelf gegrond is op een identiek veroorzakend feit, namelijk het inkomen dat voortkomt uit de economische activiteit van de maatschappij, is het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest niet bevoegd met toepassing van artikel 170, § 2, van de Grondwet, vermits de ingevoerde heffing wel degelijk een belasting is in een aangelegenheid die reeds door de Staat wordt belast.

Antwoord van de Waalse Regering

A.6. Uiterst subsidiair moet in ieder geval worden vastgesteld dat, in de veronderstelling dat de door de aangevochten bepaling ingestelde horizontale overdracht de aard van een belasting zou hebben, het niet gaat om een inkomstenbelasting en derhalve een belasting die analoog is met de vennootschapsbelasting. Het in het geding zijnde «maatschappelijk boni » is immers een fictief boni dat berekend is op basis van een louter theoretisch gegeven, namelijk de gemiddelde huurprijs. Nu is de vennootschapsbelasting, van haar kant, gevestigd op de fiscale winst van de vennootschappen, die op haar beurt afhankelijk is van het resultaat van de verrichtingen tijdens een belastingjaar en van het resultaat van de waarderingsregels. Is het weliswaar juist dat de fiscale winst nooit overeenstemt met de boekhoudkundige winst wegens de verschillen die bestaan tussen de fiscale wetgeving en de wetgeving op de boekhouding wat de bepaling van het resultaat betreft, dan is het niettemin zo dat de fiscale winst altijd voortvloeit uit het verschil tussen de opbrengsten en de lasten van de onderneming. De fiscale winst komt dus onvermijdelijk overeen met een netto-inkomen en de vennootschapsbelasting wordt dus wel degelijk op een inkomen geheven. Ten deze komt het begrip «maatschappelijk boni » geenszins overeen met een dergelijk inkomen, ongeacht trouwens of het gaat om een netto-, een bruto- of een semi-bruto-inkomen.

- B -

B.1. Artikel 5, § 9, van de ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 9 september 1993 houdende de wijziging (van de Huisvestingscode) voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en betreffende de sector van de sociale huisvesting, bepaalt :

« De som van de maatschappelijke boni's van de openbare vastgoedmaatschappijen, de solidariteitsbijdrage niet inbegrepen, moet worden aangewend voor de horizontale solidariteitsmechanismen die rekening houden met de maatschappelijke tekorten van de openbare vastgoedmaatschappijen, die personen met een laag inkomen huisvesten.

Op voorstel van de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij worden de nadere regels voor de toepassing van deze horizontale mechanismen door de Executieve bepaald. »

In artikel 2.5 van die ordonnantie wordt het maatschappelijk boni van de openbare vastgoedmaatschappijen gedefinieerd als zijnde het bestaande positieve verschil tussen de jaarlijkse totale basishuurprijs en de jaarlijkse reële huurprijs van de openbare vastgoedmaatschappijen.

B.2. Artikel 170, § 2, van de Grondwet bepaalt:

« Geen belasting ten behoeve van de gemeenschap of het gewest kan worden ingevoerd dan door een decreet of een in artikel 134 bedoelde regel.

De wet bepaalt ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde belastingen, de uitzonderingen waarvan de noodzakelijkheid blijkt. »

Artikel 1 van de wet van 23 januari 1989 betreffende de in artikel 110, §§ 1 en 2 (thans artikel 170, §§ 1 en 2) van de Grondwet bedoelde belastingsbevoegdheid bepaalt:

« In de gevallen die niet voorzien zijn in artikel 11 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, zijn de Raden niet gemachtigd om belastingen te heffen op de materies die het voorwerp uitmaken van een belasting door de Staat, noch opcentiemen te heffen op belastingen en heffingen ten voordele van de Staat, noch kortingen hierop toe te staan. »

De verzoekende partijen houden voor dat het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest met de bestreden bepaling een belasting heeft geheven op de openbare vastgoedmaatschappijen en zodoende de voormelde grondwetsbepaling heeft geschonden alsmede de wet die is aangenomen met toepassing hiervan, aangezien het een belasting heeft ingesteld in een materie die het voorwerp uitmaakt van een federale belasting.

B.3. Voor zover zij er niet anders over hebben beschikt, hebben de Grondwetgever en de bijzondere wetgever aan de gemeenschappen en de gewesten de volledige bevoegdheid toegekend tot het uitvaardigen van de regels die eigen zijn aan de hun toegewezen aangelegenheden.

Bij artikel 6, § 1, IV, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat is aangenomen ter uitvoering van artikel 39 van de Grondwet, is de aangelegenheid van de huisvesting in haar geheel naar de gewesten overgeheveld.

Overeenkomstig artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, is het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest in die aangelegenheid in beginsel bevoegd.

B.4. De ordonnantie van 9 september 1993 houdende de wijziging (van de Huisvestingscode) voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en betreffende de sector van de sociale huisvesting beantwoordt aan de noodzaak om de manier waarop de openbare vastgoedmaatschappijen optreden, te reorganiseren (*Gedr. St.*, Brusselse Hoofdstedelijke Raad, 1992-1993, A-167/2, p. 18). Die maatschappijen zijn gedefinieerd als rechtspersonen waarvan het Gewest aandeelhouder is, en die als opdracht hebben sociale woningen te bouwen en ter beschikking te stellen (artikel 2.3 van de ordonnantie). Die maatschappijen zijn « handelsvennootschappen, waarvan het maatschappelijk doel een opdracht van openbaar nut inhoudt. Toch belet niets hen om een ruimer maatschappelijk doel na te streven. De opdrachten die geen verband houden met het bouwen en ter beschikking stellen van volkswoningen, zullen evenwel uitgevoerd moeten worden met andere financiële middelen dan de toelagen van het Gewest of van de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij. Bovendien mogen ze de openbare dienstverlening niet in de weg staan. Die laatste voorwaarde rechtvaardigt grotendeels de noodzaak om de activiteiten van de openbare vastgoedmaatschappij af te bakenen. » (*Gedr. St.*, Brusselse Hoofdstedelijke Raad, 1992-1993, A-167/2, p. 20). In de artikelen 12 tot 17 en 23 tot 29 van de ordonnantie worden de regels betreffende die maatschappijen alsmede betreffende het beheer ervan en het toezicht erop, bepaald.

B.5. Naar luid van artikel 8 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 behoort het tot de bevoegdheden van de Raden in de aangelegenheden opgesomd in de artikelen 4, 5, 6 en 7, bepalingen en andere maatregelen aan te nemen betreffende de infrastructuur die noodzakelijk is voor de uitoefening van die bevoegdheden.

Artikel 9 van diezelfde wet bepaalt overigens dat de gemeenschappen en de gewesten in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen kunnen oprichten of kapitaalsparticipaties kunnen nemen.

Daaruit volgt dat het gewest in een haar toebedeelde aangelegenheid, ten deze de huisvesting, aan maatschappijen een opdracht van openbare dienst kan toekennen en die maatschappijen aan zijn toezicht kan onderwerpen voor de uitoefening van die opdracht. Het gewest kan aan die maatschappijen ook beperkingen opleggen die worden verantwoord door het streven naar een solidariteit onder de maatschappijen met het oog op het voeren van een sociaal huisvestingsbeleid.

B.6. Uit het geheel van de parlementaire voorbereiding blijkt dat de aangevochten bepaling beoogt een mechanisme van solidariteit onder de maatschappijen van de sector tot stand te brengen om op het vlak van de huurinkomsten van de maatschappijen de lat zo gelijk mogelijk te leggen en om te vermijden dat zij er nog toe zouden worden aangezet hun huurders te kiezen naar gelang van dezer inkomsten (*Gedr. St.*, Brusselse Hoofdstedelijke Raad, 1992-1993, A-167/2).

Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, dat bevoegd is om aan de openbare vastgoedmaatschappijen een opdracht van gewestelijk belang toe te vertrouwen en om die maatschappijen daartoe te subsidiëren, is ook bevoegd om die maatschappijen een voorwaarde op te leggen met betrekking tot de toekenning van subsidies, namelijk de verplichting de opbrengst van de maatschappelijke boni's die zij verwezenlijken aan te wenden voor het mechanisme van horizontale solidariteit. Dergelijke boni's, die overeenstemmen met het verschil tussen de theoretische huurinkomsten van de maatschappijen en hun reële huurinkomsten, zijn vanwege hun aard vreemd aan het begrip winst waarop de inkomstenbelasting wordt gevestigd. Een dergelijke verplichting kan noch worden beschouwd als een belasting, noch als een retributie. Artikel 170, § 2, van de Grondwet is in onderhavig geval derhalve niet van toepassing.

Het middel is niet gegrond.

Om die redenen,

het Hof

verwerpt het beroep.

Aldus uitgesproken in het Frans, het Nederlands en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechtzitting van 25 april 1995.

De griffier,

De voorzitter,

L. Potoms

M. Melchior