

Woningcorporaties moeten BTW-constructies met onmiddellijke ingang beëindigen[1]

24 maart 2000 – 2000-05

Woningcorporaties moeten BTW-constructies met onmiddellijke ingang beëindigen[1]

1. Aanleiding

In de periode tot 31 maart 1995 heeft een aantal toegelaten instellingen een zakelijk gebruiksrecht op nieuw gebouwde woningen gevestigd ten gunste van een aan de toegelaten instelling gelieerde rechtspersoon of vennootschap, met het oogmerk daarmee de af te dragen omzetbelasting te verminderen. Een en ander werd daarom ook wel BTW-constructie genoemd. Ik merk op dat de belastingrechter inmiddels in een aantal gevallen de Inspecteur der Directe Belastingen bij diens niet-acceptatie van de constructie in het gelijk heeft gesteld.

Op grond van het destijds vigerende BBSH was een dergelijke BTW-constructie een besluit van aanmerkelijk belang. Zowel voor het bezwaren van onroerend goed als voor de (financiële en bestuurlijke) deelneming in een andere rechtspersoon of vennootschap moest derhalve goedkeuring verkregen worden van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente resp. de Staatssecretaris van VROM. De meeste toegelaten instellingen die een BTW-constructie hebben gerealiseerd, hebben daarvoor de instemming van de gemeente verkregen (doch niet van de betrokken staatssecretaris). Een twintigtal toegelaten instellingen heeft in strijd met het destijds geldende BBSH, een dergelijke constructie niet bij de gemeente gemeld dan wel in weerwil van de onthouding van de gemeentelijke goedkeuring op het voorgenomen besluit, een dergelijke constructie toch gerealiseerd. Door de vestiging van een zakelijk gebruiksrecht is het beheer van (een deel van) het woningbezit van een toegelaten instelling overgedragen aan de houder van het beperkte recht, i.c. de gelieerde rechtspersoon resp. vennootschap.

Reeds eerder heeft mijn ambtsvoorganger, ter nadere explicatie van het BBSH, zowel via de MG 94-46 d.d. 23-12-1994 als door middel van aan bepaalde instellingen gerichte brieven, aangegeven dat deze BTW-constructies het belang van de volkshuisvesting in ernstige mate schaden. Daarbij is tevens aangegeven dat het verhuren van woningen een kerntaak van een toegelaten instelling is en dat door de vestiging van zakelijke gebruiksrechten een toegelaten instelling een deel van haar bezit aan de verplichtingen (uitvoering kerntaak) en de verantwoording daarover, zoals deze verankerd zijn in publiekrechtelijke regelgeving, onttrekt.

Voorts kan gesteld worden dat, gezien het feit dat de gelieerde rechtspersoon of vennootschap geen toegelaten instelling is en dat derhalve het BBSH daarop niet van toepassing is, de constructie de rechten van de huurders van de woningen van die rechtspersoon of vennootschap aantast. Het gaat hierbij met name om de invloed van de huurders op de samenstelling van het bestuur dan wel het toezichthoudend orgaan, de invloed van de huurders op beheer en beleid en, bij ontbinding van de toegelaten instelling, het voorkeursrecht tot aankoop van de woning nadat de woning is aangeboden aan andere toegelaten instellingen en de gemeente. Tot slot wordt als gevolg van het niet van toepassing zijn van het BBSH (een deel van) de sociale woningvoorraad onttrokken aan het Rijks toezicht. Het verloren gaan van publiekrechtelijke waarborgen acht ik van een groter belang dan het eventuele financiële voordeel voor de toegelaten instellingen als gevolg van het toepassen van een BTW-constructie.

Onlangs heb ik in mijn circulaire MG 99-23 van 3 november 1999 nogmaals aangegeven dat het bezwaren van woningen ten gunste van een andere rechtspersoon, waarna die woningen door die andere rechtspersoon worden verhuurd, niet acceptabel is, omdat het verhuren van woningen bij uitstek tot de kerntaak van een toegelaten instelling behoort.

In overleg met de toenmalige koepels van de toegelaten instellingen, NCIV en de NWR, nu Aedes vereniging van woningcorporaties, is overeengekomen dat, uit proces- economische overwegingen, een aantal 'proef-procedures' zouden worden gevoerd. In afwachting van de gerechtelijke uitspraken in deze proefprocedures, zouden van Rijkswegge geen nadere acties worden ondernomen, die tot beëindiging van de constructies zouden moeten leiden.

Tevens is destijds overeengekomen, dat de uitkomsten van de procedures door alle betrokken partijen zouden worden gerespecteerd. Inmiddels heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS) in alle proefprocedures uitspraak gedaan. Hieronder zal ik ingaan op de proefprocedures. Vervolgens zal ik ingaan op de gevolgen, die bedoelde uitspraken voor de toegelaten instellingen hebben.

2. De proefprocedures

In het totaal zijn drie proefprocedures gevoerd, die betrekking hadden op de volgende situaties:

1. Een toegelaten instelling die het voornemen had een constructie te realiseren, waarbij het voornemen in het kader van de besluit-van-aanmerkelijk-belangprocedure door de gemeente en door mijn ambtsvoorganger is verboden. (uitspraak HO1.97.0084, d.d. 10-07-1998)
2. Een landelijk werkzame toegelaten instelling die, conform het destijds vigerende BBSH onder direct Rijkstoezicht vallend, het voornemen een BTW-constructie te realiseren rechtstreeks aan mijn ambtsvoorganger had voorgelegd en waarvoor de toestemming was geweigerd (uitspraak HO1.97.1252 d.d. 23-11- 1998).

3. Een toegelaten instelling die met instemming van de gemeente een BTW-constructie had gerealiseerd, maar waarbij mijn ambtsvoorganger door middel van een aanwijzing had aangegeven dat de constructie beëindigd moest worden (uitspraak HO1.99.0298 d.d. 15-10-1999).

Daarnaast is een procedure gevoerd waarbij een landelijk werkzame toegelaten instelling in strijd met de door mijn ambtsvoorganger geweigerde toestemming een BTW-constructie had gerealiseerd (HO1.97.0972, d.d. 10-07-1998).

De overwegingen van de ABRS kunnen als volgt worden samengevat: Ten gevolge van de BTW-constructie wordt een wezenlijk deel van een activiteit, die een toegelaten instelling in het belang van de volkshuisvesting verricht, onttrokken aan het directe toezichtsinstrumentarium dat de overheid op grond van de Woningwet en het BBSH ter beschikking staat. Het belang van de volkshuisvesting ter plaatse wordt op deze wijze in ernstige mate geschaad. Het door de toegelaten instelling uitvoeren van een besluit van aanmerkelijk belang na het volgen van de daarvoor in het toenmalige BBSH gegeven procedure (m.a.w. met gemeentelijke instemming) belemmert de Staatssecretaris niet alsnog gebruik te maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid. Hoewel op grond van het destijds vigerende BBSH in de uitspraak van de ABRS veel gewicht wordt toegekend aan de gemeentelijke instemming, blijft de Staatssecretaris ingevolge artikel 70 van de Woningwet (toezicht) eindverantwoordelijk voor de volkshuisvesting.

Voorts onderschrijft de ABRS de mening dat een privaatrechtelijk contract tussen een toegelaten instelling en een andere rechtspersoon niet dezelfde waarborgen biedt als een publiekrechtelijke regeling.

In een van de proefprocedures is tevens een beroep gedaan op het overgangsrecht vervat in artikel III van de wijzigingen BBSH per 1 januari 1997. Ook tijdens het overleg met Aedes vereniging van woningcorporatie is dit onderwerp aan de orde geweest. Genoemd artikel heeft een directe relatie met de verscherping van de regelgeving ten aanzien van het aangaan van verbindingen (invoering van de artikelen 2a

en 11a en wijziging van art. 26). Deze wijzigingen hadden betrekking op het uitvoeren van nevenactiviteiten in die verbindingen. Door het overgangsrecht in artikel III van bedoelde wijzigingen werd een soepele overgang gecreëerd naar een situatie waarin de mogelijkheid om nevenactiviteiten in verbindingen uit te voeren duidelijker omschreven is en aan bepaalde striktere criteria dient te voldoen. Het verhuren en beheren van woningen is echter een kernactiviteit van een toegelaten instelling.

Het onderbrengen van kernactiviteiten in een andere rechtspersoon, niet zijnde toegelaten instellingen deed en doet afbreuk aan het BBSH. De BTW-constructies en de verbindingen waarop het overgangsrecht van toepassing is, zijn derhalve verschillende grootheden. Het door de corporatie gedane beroep op dit artikel is in onder twee genoemde proefprocedures door de Arrondissementsrechtbank Utrecht afgewezen en dit is door de uitspraak van de ABRS bevestigd.

Daarnaast kan het niet zo zijn dat verscherping van de regelgeving leidt tot een algemeen pardon voor constructies die op basis van de voorgaande soepelere regelgeving al niet acceptabel waren.

Uit de uitspraken blijkt tenslotte nog dat verschillen in de juridische vormgeving van de voortgezette feitelijke bemoeienis van de toegelaten instelling met de woningen (terugverhuur of beheerovereenkomst) geen verschil maken voor het oordeel van de bestuursrechter. In de uitspraak in de derde proefprocedure wordt voorts nog de stelling van de toegelaten instelling dat zij geen gevolg kan geven aan de aanwijzing tot terugdraaien van de gerealiseerde constructie omdat zij daarvoor de medewerking van een rechtspersoon of vennootschap (degene aan wie het zakelijk gebruiksrecht is verstrekt) nodig heeft, door de ABRS verworpen, juist vanwege het aanwijsbare verband tussen de toegelaten instelling en die rechtspersoon.

Kortom: In alle (proef)procedures is het standpunt van mijn voorganger tot in hoogste rechterlijke instantie juridisch deugdelijk geoordeeld.

3. Gevolgen van de uitspraken

Op basis van de uitspraken in deze procedures kom ik tot de conclusie dat de bedoelde BTW-constructies, waarbij de constructies met instemming van de gemeente zijn gerealiseerd, de (lokale) volkshuisvesting ernstig schade toebrengen.

Dit standpunt wordt door de ABRS onderschreven.

Bij constructies, die zonder instemming van de gemeente zijn gerealiseerd, is, naast de schade aan de volkshuisvesting ook sprake van strijd met wet- en regelgeving. In directe zin is hierbij dan ook sprake van onrechtmatig handelen. Dit geldt zowel voor toegelaten instellingen die in weerwil van het onthouden van de gemeentelijke-/ Rijksinstemming hebben gehandeld, als voor toegelaten instellingen die de door hen gerealiseerde constructie(s) in het geheel niet aan de gemeente en/of het Rijk hebben voorgelegd.

Op grond van het bovenstaande kunnen de in het verleden gerealiseerde BTW-constructies, waarbij zakelijke gebruiksrechten op woningen zijn verstrekt aan niet-toegelaten instellingen, niet in stand blijven en dienen derhalve met onmiddellijke ingang te worden beëindigd.

4. Verzoek

Ik verzoek alle toegelaten instellingen die in het verleden een of meerdere BTW-constructie(s) gerealiseerd hebben, deze met onmiddellijke ingang te beëindigen en de daarop betrekking hebbende stukken (w.o. een uittreksel van de openbare registers) zo spoedig mogelijk toe te zenden aan de Inspecteur van de Volkshuisvesting in de provincie waarin de statutaire vestigingsplaats is gelegen.

Inmiddels is de Inspectie Volkshuisvesting gestart toegelaten instellingen ook individueel te benaderen teneinde te bevorderen dat tot beëindiging van de constructie wordt overgegaan. Daarbij wordt in eerste instantie uitgegaan van de reeds bij de Inspectie bekende informatie en vervolgens van de informatie welke omtrent het vestigen van zakelijke gebruiksrechten is opgenomen in de Openbare Registers.

Mede als gevolg van het overleg met Aedes vereniging van woningcorporaties wordt, in tegenstelling tot de reeds door de Inspectie Volkshuisvesting verzonden brieven, de uiterste datum op 1 juli 2000 gesteld.

Indien blijkt dat na 1 juli 2000 toegelaten instellingen geen gevolg hebben gegeven aan de verzoeken tot beëindiging van de constructie(s), zal ik mij beraden over toepassing van het mij ter beschikking staande sanctie-instrumentarium.

5. Niet gerealiseerde BTW-constructies

Ten aanzien van de toegelaten instellingen die, als gevolg van het onthouden van de Rijksinstemming, de BTW-constructie niet hebben kunnen realiseren, tegen die onthouding van instemming in bezwaar zijn gegaan en waarvan de behandeling van het bezwaar is bevroren in afwachting van de uitspraken van de ABRS, betekenen de uitspraken dat de bezwaren ongegrond verklaard zullen worden. Teneinde het administratief proces te vergemakkelijken verzoek ik de toegelaten instellingen, waarbij sprake is van een dergelijk bevroren bezwaarschrift, het bezwaarschrift in te trekken.

Ten aanzien van de toegelaten instellingen, waarvan het beroep is bevroren, ligt het thans, gezien de uitspraken van de ABRS, in de rede dat deze zelf het beroep intrekken door middel van een mededeling aan de arrondissementsrechtbank waar het beroepschrift is ingediend. Ik verzoek u een kopie van uw mededeling hieromtrent naar de Inspectie Volkshuisvesting in uw provincie te zenden.

Voor nadere informatie over deze circulaire kunt u terecht bij de desbetreffende Inspectie Volkshuisvesting.

[1] Red: Het betreft hier een circulaire van VROM.