

Sociale huisvestingsmaatschappijen: Living on the edge in het administratieve en economische recht

Gilian Bens

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. Joeri Vananroye en Dhr. Karel-Jan Vandormael
--

1. INLEIDING

“De laagste inkomens hebben het moeilijker om een eigen huis te kopen. Daarom huren ze vaker, maar ook op de huurmarkt neemt de betaalbaarheid af.” Dit was op 2 maart 2015 te lezen in een artikel van de Standaard, die zich gebaseerd had op een onderzoek van steunpunt Vlaanderen.

De woningmarkt, zowel het kopen van woningen als het huren ervan faalt steeds meer. Sociale huisvestingsmaatschappijen proberen dit marktfalen op te vangen. Het juridisch statuut van sociale huisvestingsmaatschappijen is echter vaag. Of sociale huisvestingsmaatschappijen een administratieve overheid zijn, is al veel over geredetwist, maar de twijfel blijft. Hoe de situatie in het mededingingsrecht is, meer bepaald of ze onder de behandelde uitzonderingen vallen, zijn de pagina’s nog blanco. De relatie tussen een administratieve overheid en een onderneming is verre van duidelijk. In deze paper wordt een poging gedaan om op deze vragen een antwoord te geven.

Het eerste deel behandelt het administratief recht. Er wordt een overzicht gegeven van het kluwen van het begrip administratieve overheid en of sociale huisvestingsmaatschappijen onder dit begrip vallen. Het eerste hoofdstuk gaat over het belang van het begrip administratieve overheid en wat de criteria zijn om onder dit begrip te vallen. In het tweede hoofdstuk wordt kort beschreven wat een sociale huisvestingsmaatschappij is. Het derde hoofdstuk probeert een antwoord te bieden op de vraag of sociale huisvestingsmaatschappijen een administratieve overheid kunnen zijn.

Het tweede deel focust op het economisch recht, meer bepaald wat een onderneming is. Er wordt op twee uitzonderingen ingegaan, namelijk kerntaken van de overheid en zuiver sociaal doel. Het eerste hoofdstuk gaat dieper in op de definitie van het begrip onderneming in het Europese

mededingingsrecht en de uitzonderingen hierop. Het tweede hoofdstuk behandelt het begrip onderneming in het Belgisch recht, met name in de WMPC en WER.

In het laatste deel wordt onderzocht of sociale huisvestingsmaatschappijen onder de behandelde uitzonderingen vallen. Ook wordt er onderzocht of er een verband is tussen de begrippen onderneming en administratieve overheid.

Noot vooraf: De criteria voor een administratieve overheid worden ingekleurd vanuit het oogpunt voor rechtspersonen in private rechtsvorm die niet door de overheid zijn opgericht. Anders zou dit ons te ver leiden en alleen deze vorm is belangrijk voor het antwoord op de vraag of sociale huisvestingsmaatschappijen een administratieve overheid zijn.

Ik bedank Linde Tuybens voor het nalezen van mijn tekst. Meneer Vandormael ben ik dankbaar voor de goede begeleiding en de leerrijke discussies. Nog een woord van dank aan degenen die meegewerkt hebben aan mijn enquête, in het bijzonder Bart Vrancken met wie ik een zeer leerrijke conversatie heb gevoerd.

2. ADMINISTRATIEVE OVERHEID

2.1. WAT IS EEN ADMINISTRATIEVE OVERHEID: SISYPHUS IN HET ADMINISTRATIEF RECHT

2.1.1. *Het belang van afbakening*

INLEIDING – Vooraleer een onderzoek te voeren naar de vraag of sociale huisvestingsmaatschappijen een administratieve overheid kunnen zijn, moet men eerst weten wat een administratieve overheid is. Dit is ook noodzakelijk om te onderzoeken of er een invloed is tussen een administratieve overheid zijn en al dan niet een onderneming zijn.

BELANGRIJKE DEFINITIE DIE NIET EENDUIDIG WETTELIJKE GEDEFINIEERD – Het probleem bij het begrip administratieve overheid is dat het niet wettelijk gedefinieerd is.¹ Nochtans is dit het bevoegdheids criterium voor de Raad van

¹ S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid” (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 309; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 252; S. LUST, “Wat is een administratieve overheid?”, *NJW* 2004, (1046) 1046; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 134; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, “De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA’s en EVA’s”, *TBP* 2011, (4) 7;

State.² Dit is veruit de belangrijkste reden waarom de definitie van een administratieve overheid belangrijk is, maar ook de wetten betreffende openbaarheid van bestuur³, de wet tot instelling van federale ombudsmannen⁴ en de wet uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen⁵ verwijzen naar artikel 14 RvS-Wet voor hun toepassingsgebied en dus naar het begrip administratieve overheid. De decreetgever gebruikt ook nog eens begrippen zoals bijvoorbeeld bestuursinstantie, die een zekere band hebben met het begrip administratieve overheid maar hier niet mee samenvallen.

Hoewel de Raad van State dit begrip omschrijft⁶, heeft het Hof van Cassatie op basis van artikel 33 en 34 van de RvS-Wet het laatste woord hierin.⁷

S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 18.

² Art. 14, §1, 1° RvS-Wet; S. LUST, “Wat is een administratieve overheid?”, *NJW* 2004, (1046) 1046; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 324; A.L. DURVIAUX, “La notion d’autorité administrative en débats” (noot onder RvS 6 november 2007), *CDPK* 2009, 84; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*”, *RW* 2011-2012, (1614) 1614.

³ Art. 1 Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur; Cass. 17 januari 2005, *TBP* 2006, 557; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, (497) 498; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid” (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 309; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, “De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA’s en EVA’s”, *TBP* 2011, (4) 7.

⁴ Art. 1 Wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, (497) 498; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 324; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, “De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA’s en EVA’s”, *TBP* 2011, (4) 7.

⁵ Art. 1 Wet 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen; Cass. 10 juni 2010, nr. F.08.0061.N; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, (497) 498; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid” (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 309; S. LUST, “Wat is een administratieve overheid?”, *NJW* 2004, (1046) 1046; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 324; D. YERNAULT, “Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgré lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 153; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 134; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, “De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA’s en EVA’s”, *TBP* 2011, (4) 7; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 18.

⁶ S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*”, *RW* 2011-2012, (1614) 1614.

⁷ S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*”, *RW* 2011-2012, (1614) 1614.

DEFINITIE VAN EEN ADMINISTRATIEVE OVERHEID – Het Hof van Cassatie heeft een administratieve overheid gedefinieerd als een instelling die opgericht is of erkend wordt door de federale overheid of door een overheid van de gewesten, gemeenschappen, gemeenten of provincies en belast is met een openbare dienst.⁸ Deze instelling mag niet behoren tot de wetgevende of rechterlijke macht.⁹ De overheid moet beschikken over eenzijdige derdebindende beslissingsbevoegdheid.¹⁰

2.1.2. De criteria

a. de negatieve criteria

BIJNA ALTIJD ALLEEN MAAR UITVOERENDE MACHT – Vroeger vielen enkel diensten en instellingen van de uitvoerende macht onder de bevoegdheid van de Raad van State.¹¹ Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat dit ongrondwettig was en hierdoor heeft de wetgever ingegrepen.¹² Luidens artikel 14 °2 RvS-

⁸ Cass. 14 februari 1997, *P&B* 1997, 284; Cass. 10 september 1999, *AJT* 1999-2000, 504; Cass. 6 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1742; RvS 6 mei 2004, *RABG* 2004, 943; Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N; RvS 20 november 2007, nr. 176.890; RvS 11 december 2007, nr. 177.754; Cass. 10 september 2009, AR C090102N-C090108N; RvS 15 december 2009, nr. 198.916; RvS 20 januari 2011, nr. 210.522; RvS 3 maart 2011, nr. 211.775; RvS 10 maart 2011, nr. 211.879; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 455; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 134.

⁹ Cass. 14 februari 1997, *P&B* 1997, 284; Cass. 10 september 1999, *AJT* 1999-2000, 504; RvS 6 mei 2004, *RABG* 2004, 943; Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N; RvS 20 november 2007, nr. 176.890; RvS 11 december 2007, nr. 177.754; Cass. 10 september 2009, AR C090102N-C090108N; RvS 15 december 2009, nr. 198.916; RvS 20 januari 2011, nr. 210.522; RvS 3 maart 2011, nr. 211.775; RvS 10 maart 2011, nr. 211.879; RvS 26 juli 2013, nr. 224.401; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 455; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 134.

¹⁰ Cass. 14 februari 1997, *P&B* 1997, 284; Cass. 10 september 1999, *AJT* 1999-2000, 504; Cass. 6 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1742; RvS 6 mei 2004, *RABG* 2004, 943; Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N; RvS 20 november 2007, nr. 176.890; RvS 11 december 2007, nr. 177.754; Cass. 10 september 2009, AR C090102N-C090108N; RvS 15 december 2009, nr. 198.916; RvS 20 januari 2011, nr. 210.522; RvS 3 maart 2011, nr. 211.775; RvS 10 maart 2011, nr. 211.879; RvS 26 juli 2013, nr. 224.401; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 455; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 134.

¹¹ F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, (497) 497; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid” (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 309; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 456.

¹² GwH 15 mei 1996, nr. 31/96; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid” (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 309; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en*

wet kan de Raad van State ook bevoegd zijn voor beslissingen van de wetgevende of rechterlijke macht. Wanneer dit exact is, valt buiten het bestek van deze paper. Om een administratieve overheid te zijn, moeten het diensten of instellingen van de uitvoerende macht zijn en niet van de rechterlijke of wetgevende macht hoewel er uitzonderingen mogelijk zijn maar deze zijn hier niet relevant.¹³ De Vlaamse regering moet sociale huisvestingsmaatschappijen erkennen, dus vallen ze onder de uitvoerende macht.

b. de organieke criteria

VEREISTE VAN EEN BAND – De organieke criteria hebben te maken met de aard van de instelling en de organieke band met de overheid.¹⁴ De instelling moet, om een administratieve overheid te zijn, opgericht zijn of erkend worden door de federale overheid, een overheid van de gewesten, gemeenschappen, provincies of gemeenten.¹⁵ De erkenning houdt wel in dat de overheid via

evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak, Brugge, Die Keure, 2004, 254; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 456; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 135.

¹³ Cass 10 september 2009, nr. C090102N-C090108N; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 253; S. LUST, “Wat is een administratieve overheid?”, *NJW* 2004, (1046) 1047; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 456; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, “Overzicht van het Belgisch Administratief recht, Mechelen, Kluwer, 2012, 124; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 20.

¹⁴ V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 326; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 457; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 135; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*”, *RW* 2011-2012, (1614) 1617.

¹⁵ Cass. 14 februari 1997, *P&B* 1997, 284; Cass. 10 september 1999, *AJT* 1999-2000, 504; RvS 14 oktober 2000, *APT* 2001, 78; Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N; RvS 21 juni 2007, nr. 172.561; Cass. 10 september 2009, AR C090102N-C090108N; C. BERX, “Geen administratieve overheid zonder eenzijdig bindende beslissingsmacht” (noot onder Cass. 14 februari 1997), *R.Cass.* 1998, (281) 282; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, (497) 499; J. DE STAERCKE, “Wat is een administratieve overheid? De cassatiearresten van 6 september 2002” (noot onder Cass. 6 september 2002), *TBP* 2003, (62) 65; S. VAN GARSSE, “De bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van vrije onderwijsinstellingen” (noot onder Rvs 4 juni 2003), *T.Gem.* 2004, (78) 78; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 326; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 147; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg

toezicht nagaat of de instelling aan de erkenningsvoorwaarden blijft voldoen.¹⁶ In het arrest Meulenijzer besloot het Hof van Cassatie dat het afwezig zijn van een organieke band, niet *per se* uitsluit dat een instelling nog een administratieve overheid kan zijn, voor zover er een erkenning en controle is.¹⁷

ERKENNING BIJ SOCIALE HUISVESTINGSMACHTSCHAPPIJ – Sociale huisvestingsmaatschappijen moeten aan bepaalde voorwaarden voldoen om erkend te worden.¹⁸ Artikel 40, §1 4° decreet 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode (hierna: Vlaamse Wooncode) bepaalt dat deze instellingen het toezicht moeten aanvaarden. Het agentschap Inspectie RWO houdt toezicht of sociale huisvestingsmaatschappijen aan de erkenningsvoorwaarden en aan de regelgeving blijven voldoen.¹⁹

van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 457; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, “De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA’s en EVA’s”, *TBP* 2011, (4) 8; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 34.

¹⁶ J. DE STAERCKE, “Wat is een administratieve overheid? De cassatiearresten van 6 september 2002” (noot onder Cass. 6 september 2002), *TBP* 2003, (62) 65; S. VAN GARSSE, “De bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van vrije onderwijsinstellingen” (noot onder Rvs 4 juni 2003), *T.Gem.* 2004, (78) 78; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 264; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 326; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 147; C. BAEKELAND, “De vzw als ‘administratieve overheid’ in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 458; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 135; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, “De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA’s en EVA’s”, *TBP* 2011, (4) 8; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 34.

¹⁷ Cass. 6 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1742; Rvs 20 januari 2011, nr. 210.522; F. VANDENDRIESSCHE, “Administratieve overheden met private rechtsvorm (revisited)” (noot onder RvS 6 mei 2004), *RABG* 2004, (946) 946; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 329; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 150; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*”, *RW* 2011-2012, (1614) 1618; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 34.

¹⁸ Art. 40 decreet 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode, *BS* 19 augustus 1997; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 334.

¹⁹ Art. 3 §1 2° Besluit van de Vlaamse regering 10 november 2005, *BS* 11 januari 2006; P. VAN DAMME, “Een institutioneel kader en recente beleidsopties” in P. DESMEDT, B. HUBEAU en E.

ORGANIEKE BAND BIJ SOCIALA HUISTVESTINGSMAATSCHAPPIJEN? – Op basis van artikel 40 §3 van de Vlaamse Wooncode heeft de overheid ook het recht om op ten hoogste 1/4^{de} van het maatschappelijk kapitaal in te tekenen. VERDEYEN meent dat er hierdoor een organieke band is.²⁰ Mijns inziens is dit te sterk uitgedrukt. Er is slechts potentieel een organieke band.²¹ Men moet dus geval per geval controleren of deze organieke band gerealiseerd is. Doordat een erkenning noodzakelijk is en zoals blijkt uit figuur 3 dat het RWO streng toezicht houdt, is aan het erkenningsvereiste voldaan bij sociale huisvestingsmaatschappijen.

c. de functionele criteria

INLEIDING – De functionele criteria hebben betrekking op de taken en bevoegdheden van de instellingen.²²

HET VERVULLEN VAN EEN ALGEMEEN BELANG OF OPENBARE DIENST – Het eerste functionele criterium heeft te maken met de activiteiten. De instelling moet taken van algemeen belang vervullen of een openbare dienst verzekeren.²³ De instelling is slechts voor deze taken een administratieve

JANSSENS (eds.), *Omzien in verwondering: Terugblik op tien jaar Vlaamse Wooncode*, Brugge, die Keure, 2007, (25) 32; T. VANDROMME, “Begripsomschrijving” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 10.

²⁰ V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 335.

²¹ S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 38.

²² C. BERX, “Geen administratieve overheid zonder eenzijdig bindende beslissingsmacht” (noot onder Cass. 14 februari 1997), *R.Cass.* 1998, (281) 282; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 257; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 326; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 460; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 135; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*”, *RW* 2011-2012, (1614) 1617.

²³ Cass. 14 februari 1997, *P&B* 1997, 284; Cass. 10 september 1999, *AJT* 1999-2000, 504; RvS 18 oktober 2000, *APT* 2001, 78; RvS 4 juni 2003, *T.Gem.* 2004, 77; Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N; Cass. 10 september 2009, AR C090102N-C090108N; S. BAETEN, “Variaties op verzelfstandigingsthema’s: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996”, *CDPK* 1999, (83) 100; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, (497) 497; J. DE STAERCKE, “Wat is een administratieve overheid? De cassatiearresten van 6 september 2002” (noot onder Cass. 6 september 2002), *TBP* 2003, (62) 62; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 326; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 147; C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet,

overheid in de zin van artikel 14 RvS-wet.²⁴ Algemeen belang is een zeer vaag, evolutief begrip. Een mogelijke definitie van algemeen belang is dat het de som van specifieke belangen van groepen of personen overstijgt.²⁵ De Raad van State definieert openbare dienst als de vervulling van een bepaalde collectieve nood, waarbij de wetgever het algemeen nut beoordeelt.²⁶ Sociale huisvestingsmaatschappijen zorgen ervoor dat mensen die niet kapitaalkrachtig genoeg zijn om op de gewone markt een huis te kopen of te huren, dit toch kunnen doen. Volgens rechtspraak en rechtsleer voldoen sociale huisvestingsmaatschappijen ook aan deze criteria.²⁷

DERDEN KUNNEN BINDEN ALS NOODZAKELIJK CRITERIUM – Het tweede functionele criterium is het gezagscriterium.²⁸ Dit houdt in dat men de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig kan bepalen of verplichtingen van die anderen eenzijdig kan vaststellen.²⁹ In de principiearresten GIMVINDUS

de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 460; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 136; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1129.

²⁴ RvS 29 juni 1999, *RW* 1999-2000, 539; RvS 6 februari 2001, *AJT* 2000-01, 755; C. BAEKELAND, “De vzw als ‘administratieve overheid’ in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 460.

²⁵ P.L. FRIER en J. PETIT, *droit administratif*, Parijs, LGDJ, 2013, 217.

²⁶ RvS 18 oktober 2000, *APT* 2001, 78.

²⁷ Cass. 5 april 1973, *Pas.* 1973, I, 759; RvS 3 november 2010, *TBP* 2011, 283; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 335; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 131.

²⁸ RvS 18 oktober 2000, *APT* 2001, 78; Cass. 6 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1742; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, (497) 499; S. VAN GARSSE, “De bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van vrije onderwijsinstellingen” (noot onder Rvs 4 juni 2003), *T.Gem.* 2004, (78) 78; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 326; C. BAEKELAND, “De vzw als ‘administratieve overheid’ in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 462; T. BOMBOIS, “Le pouvoir disciplinaire sportif soumis à la censure du Conseil d’Etat” (noot onder RvS 14 juli 2010), *JT* 2011, (329) 330; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 136.

²⁹ Cass. 6 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1742; Cass. 10 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1980; Cass. 30 mei 2011, *APT* 2011, 334; S. VAN GARSSE, “De ‘harmoniebewegingen’ van het begrip administratieve overheid” (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 313; F. VANDENDRIESSCHE, “Administratieve overheden met private rechtsvorm (revisited)” (noot onder RvS 6 mei 2004), *RABG* 2004, (946) 947; S. VAN GARSSE, “De bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van vrije onderwijsinstellingen” (noot onder Rvs 4 juni 2003), *T.Gem.* 2004, (78) 78; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 331; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 150; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25

en BATC besloot het Hof van Cassatie dat de bevoegdheid om derden te kunnen binden noodzakelijk is voor de kwalificatie van administratieve overheid.³⁰

BEVOEGDHEID RAAD VAN STATE BEPERKT TOT DE GEZAGSHANDELINGEN – De Raad van State verklaarde zich bevoegd voor alle handelingen van de administratieve overheden in private rechtsvorm die organiek verbonden zijn met de overheid.³¹ Volgens de Raad van State vielen ook sociale

mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 137; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1131; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 38.

³⁰ Cass. 14 februari 1997, *P&B* 1997, 284; Cass. 10 september 1999, *AJT* 1999-2000, 504; RvS 7 juni 2002, nr. 107.488; Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N; RvS 21 juni 2007, nr. 172.561; RvS 11 december 2007, nr. 177.754; RvS 26 juni 2008, nr. 184.837; RvS 15 december 2009, nr. 198.916; Cass. 30 mei 2011, *APT* 2011, 334; RvS 3 maart 2011, nr. 211.775; RvS 20 januari 2011, nr. 210.522; Cass. 13 juni 2013, *TBO* 2014, 16; F. DELOBBE, noot onder Cass. 14 februari 1997, *P&B* 1997, (286) 287; C. BERX, “Geen administratieve overheid zonder eenzijdig bindende beslissingsmacht” (noot onder Cass. 14 februari 1997), *R.Cass.* 1998, (281) 283; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie”, *RW* 2000-01, (497) 501; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid” (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 311; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 267; F. VANDENDRIESSCHE, “Administratieve overheden met private rechtsvorm (revisited)” (noot onder RvS 6 mei 2004), *RABG* 2004, (946) 946; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 327; A.L. DURVIAUX, “La notion d’autorité administrative et débats” (noot onder RvS 6 november 2007), *CDPK* 2009, 87; D. YERNAULT, “Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 144; C. BAEKELAND, “De vzw als ‘administratieve overheid’ in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 457; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 137; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, “De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA’s en EVA’s”, *TBP* 2011, (4) 8; F. SCHRAM, “Betwistingen” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (193) 230; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*”, *RW* 2011-2012, (1614) 1618; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1132; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 34.

³¹ F. VANDENDRIESSCHE, “Naamloze vennootschappen geen administratieve overheid zonder eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid (bis)” (noot onder Cass. 10 september 1999), *AJT* 1999-2000, (506) 506; J. DE STAERCKE, “Wat is een administratieve overheid? De cassatiearresten van 6 september 2002” (noot onder Cass. 6 september 2002), *TBP* 2003, (62) 62; F. VANDENDRIESSCHE, “Administratieve overheden met private rechtsvorm (revisited)” (noot onder RvS 6 mei 2004), *RABG* 2004, (946) 950; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, “De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome

huisvestingsmaatschappijen hieronder.³² Dit is niet logisch, vermits er slechts sprake is van een erkenning en slechts potentieel een organieke band. In latere arresten oordeelde de Raad van State terecht dat de bestreden beslissing van sociale huisvestingsmaatschappijen een gezagshandeling moet zijn.³³ Wanneer de instelling dus slechts erkend wordt en niet volledig gedomineerd door de overheid, is de Raad van State slechts bevoegd voor de eenzijdige bindende beslissingen.³⁴ In een recent arrest oordeelde het Hof van Cassatie echter dat rechtspersonen van privaatrechtelijke aard die opgericht zijn door de overheid slechts een administratieve overheid zijn zover ze imperiumbevoegdheid hebben.³⁵

VERMOEDEN VAN ONBEVOEGDHEID – Er is een weerlegbaar vermoeden van onbevoegdheid van de Raad van State bij private rechtspersonen.³⁶

overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, (4) 10; S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*", *RW* 2011-2012, (1614) 1623; S. DE SOMER, "Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling" in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 36.

³² RvS 6 mei 2004, *RABG* 2004, 943.

³³ RvS 16 oktober 1996, nr. 62.586; RvS 3 maart 2011, nr. 211.775.

³⁴ RvS 21 juni 2007, nr. 172.561; S. VAN GARSSE, "De 'harmonicabewegingen' van het begrip administratieve overheid" (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 313; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 260; F. VANDENDRIESSCHE, "Administratieve overheden met private rechtsvorm (revisited)" (noot onder RvS 6 mei 2004), *RABG* 2004, (946) 950; V. VERDEYEN, "Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering", *CDPK* 2006, (323) 331; S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, (4) 8; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1131; S. DE SOMER, "Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling" in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 36.

³⁵ Cass. 13 juni 2013, *TBO* 2014, 16.

³⁶ RvS 20 november 2007, nr. 176.890; RvS 15 december 2009, nr. 198.916; RvS 3 maart 2011, nr. 211.775; RvS 10 maart 2011, nr. 211.879; S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*", *RW* 2011-2012, (1614) 1624; S. DE SOMER, "Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling" in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 36.

d. De cumulatie vereist?

VEREISTE VAN CUMULATIE... – Aan welke criteria nu voldaan moet worden om van een administratieve overheid te spreken, is een twistpunt. Nu neemt de grote meerderheid, ook de Raad van State³⁷, aan dat cumulatief aan deze voorwaarden voldaan moet zijn.³⁸ Het Hof van Cassatie vermeldde in één arrest dat het aanwezig zijn van voldoende criteria genoeg is, zelfs het aanwezig zijn van imperiumbevoegdheid is niet noodzakelijk. Deze redenering is in latere rechtspraak niet meer teruggekomen en lijkt dus een eenmalige afwijking te zijn van het Hof van Cassatie.³⁹ De regel is dus dat er cumulatie moet zijn.

OF TOCH NIET? – Toch is de vereiste van cumul niet helemaal vaststaand. Zo besloot het Hof van Cassatie in het reeds aangehaalde arrest Meulenijzer dat het afwezig zijn van een organieke band, niet *per se* uitsluit dat een instelling nog een administratieve overheid kan zijn, voor zover er een erkenning en controle is.⁴⁰ BAEKELAND meent ook dat in het Cassatie-arrest van 28 oktober 2005⁴¹ het Hof de schijn wekt dat de eenzijdige derdebindende beslissingsmacht een noodzakelijk en voldoende criterium is.⁴² Dit is slechts een schijnuitzondering. Het Hof van Cassatie geeft immers de klassieke definitie van een administratieve overheid.⁴³ Het Hof van Cassatie besluit dat het geen administratieve overheid is omdat de bevoegdheid om eenzijdig

³⁷ RvS 7 juli 2006, nr. 161.072.

³⁸ C. BERX, “Geen administratieve overheid zonder eenzijdig bindende beslissingsmacht” (noot onder Cass. 14 februari 1997), *R.Cass.* 1998, (281) 282; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid” (noot onder Cass. 6 september 2002), *T.Gem.* 2002, (308) 313; S. VAN GARSSE, “De bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van vrije onderwijsinstellingen” (noot onder Rvs 4 juni 2003), *T.Gem.* 2004, (78) 78; C. BAEKELAND, “De vzw als ‘administratieve overheid’ in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 463; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 140.

³⁹ C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 138.

⁴⁰ Cass. 6 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1742; RvS 20 januari 2011, nr. 210.522; F. VANDENDRIESSCHE, “Administratieve overheden met private rechtsvorm (revisited)” (noot onder RvS 6 mei 2004), *RABG* 2004, (946) 946; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 329; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 150; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story”, *RW* 2011-2012, (1614) 1618; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 34.

⁴¹ Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N.

⁴² C. BAEKELAND, “De vzw als ‘administratieve overheid’ in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 465.

⁴³ Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N.

derden te beslissen ontbreekt.⁴⁴ Het is dus een noodzakelijk criterium, maar BAEKELAND oordeelt foutief dat het Hof van Cassatie het ook een voldoende voorwaarde vindt. De recente rechtspraak vindt volgens BAEKELAND het gezagscriterium het belangrijkste.⁴⁵ Dit is correct⁴⁶, maar het Hof van Cassatie bespreekt nog altijd de overige criteria en impliciet blijkt hieruit dat een cumulatie toch nog vereist is. Een tegengestelde tendens doet zich voor bij de Franstalige arresten van de Raad van State waarbij onterecht het oorsprongscriterium als doorslaggevend wordt verheven.⁴⁷

GEZAGSHANDELING ALS VOLDOENDE VOORWAARDE? – Naar mijn mening is het aanwezig zijn van imperiumbevoegdheid voldoende om van een administratieve overheid te spreken. Het essentiële kenmerk aan een overheid is juist dat ze particulieren kan binden, zonder dat dezen het willen. Dit is het grote verschil tussen particulieren en de overheid. Of iets opgericht of erkend is door de overheid, houdt niet per se in dat die instelling gezagshandelingen kan stellen. De Raad van State biedt een extra bescherming voor de rechtsonderhorigen tegen de overheid. Het is toch logisch dat deze bescherming er is, omdat de overheid derden kan binden zonder diens toestemming. De Raad van State moet dus bevoegd zijn voor zover men gebruik maakt van imperiumbevoegdheid. De overige criteria zijn, naar mijn mening, technische regels die overbodig zijn en zelfs discriminerend. In de volgende alinea wordt uitgelegd waarom dit potentieel discriminatie kan zijn.

IN DE GEZAGSHANDELING ZITTEN ALLE ANDERE CRITERIA – Mijns inziens is er een vermoeden dat de overige criteria aanwezig zijn, als er de mogelijkheid tot het stellen van gezagshandelingen er is. Derden kunnen binden zonder diens toestemming is enkel mogelijk wanneer het een overheid is. Particulieren kunnen derden slechts binden wanneer men voorafgaand toestemming heeft gegeven, bijvoorbeeld bij een bindende derdebeslissing. Doordat het een overheid is, is er een ander vermoeden ook toepasbaar, namelijk dat elke handeling uit algemeen belang gesteld is.⁴⁸ Zelfs als deze vermoedens weerlegd worden, blijft de instelling een administratieve overheid doordat ze gezagshandelingen kan stellen. Immers in de tegengestelde situatie, als het geen administratieve overheid meer is, puur omdat die instelling bijvoorbeeld niet erkend is door de overheid maar wel beschikt over imperiumbevoegdheid, ontstaat er discriminatie. Of men naar de Raad van State of naar de gewone

⁴⁴ Cass. 28 oktober 2005, AR C040575N.

⁴⁵ C. BAEKELAND, “De vzw als “administratieve overheid” in de zin van art. 14.§1 1° RvS-wet, de weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, (437) 467.

⁴⁶ RvS 4 november 2003, nr. 125.026; Cass. 10 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1980; Cass. 10 juni 2010, nr. F.08.0061.N.

⁴⁷ S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 42.

⁴⁸ C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14§1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, (133) 139.

rechtbanken moet gaan, is geen discriminatie. Men heeft nog altijd toegang tot een rechter. Het is mijns inziens discriminerend dat in het ene geval men wettelijk verplicht is te motiveren en of men naar de ombudsman kan gaan en in het andere geval niet. In beide situaties is de derde nochtans even sterk gebonden door de beslissingen. Bijgevolg zijn de overige criteria discriminerend en geen geldige criteria. Ze zorgen er immers voor dat partijen in gelijke situaties ongelijke rechten en waarborgen krijgen. DE SOMER⁴⁹ en DELOBBE⁵⁰ vinden ook dat de imperiumbevoegdheid een voldoende criterium is.

2.2. WAT IS EEN SOCIALE HUISVERSTINGSMACHTSCHAPPIJ?

EEN NOBEL DOEL – De sociale huisvesting is ontwikkeld door de volkshuisvesting van arbeiders en lagere bedienden.⁵¹ Artikel 40 van de Vlaamse Wooncode geeft geen definitie van wat een sociale huisvestingsmaatschappij is. Het bepaalt wel dat de Vlaamse regering vennootschappen die beantwoorden aan de bijzondere doelstellingen van het Vlaamse woonbeleid, erkennen als een sociale huisvestingsmaatschappij.⁵² De doelstellingen kunnen in het kort beschreven worden als het aanbieden van betaalbare, gezonde woningen en met voldoende woonzekerheid en een behoorlijke woonomgeving vermits iedereen een grondwettelijk recht van wonen heeft.⁵³ Sociale huisvesting zorgt er dus voor dat gezinnen met een laag inkomen ook onderdak hebben.⁵⁴ Ze doen dit door gronden en (sociale) woningen te kopen, bouwen, verhuren en verkopen aan mensen met lage

⁴⁹ S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*”, *RW* 2011-2012, (1614) 1625.

⁵⁰ S. BAETEN, “Variaties op verzelfstandigingsthema’s: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996”, *CDPK* 1999, (83) 96.

⁵¹ D. LESCRAUWAET, “Is de sociale huisvesting er ook voor thuislozen” in B. HUBEAU en L. GOOSSENS (eds.), *Behoorlijk wonen: een lokale wegwijzer*, Brugge, Vanden Broele, losbl., (V. 1.5) V. 1.7.

⁵² T. VANDROMME, “Begripsomschrijving” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 19.

⁵³ Art. 23 GW; Art. 3-4 Vlaamse Wooncode; B. HUBEAU, “De eerste tien jaar van de Vlaamse Wooncode: de mythe van Sisyphus” in P. DESMEDT, B. HUBEAU en E. JANSSENS (eds.), *Omzien in verwondering: Terugblik op tien jaar Vlaamse Wooncode*, Brugge, die Keure, 2007, (1) 4; R. SCHÖBERLE, “Huisvesting, beleid met veel raakvlakken” in V. GEURTS, T. NULENS, R. SCHÖBERLE en T. VANDEN EEDE (eds.), *De Vlaamse Wooncode*, Brugge, Vanden Broele, 2009, (1) 3; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 124; T. VANDROMME, “Begripsomschrijving” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 21.

⁵⁴ M. CALLENS, J. NOPPE en L. VANDERLEYDEN, *De sociale staat van Vlaanderen 2011*, Brussel, SVR, 2011, 241; T. VANDROMME, “Begripsomschrijving” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 10.

inkomens.⁵⁵ Sociale huisvestingsmaatschappijen zijn dus noodzakelijk, zij compenseren immers (deels) het marktfalen op de woningmarkt.

De Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (hierna: VMSW), de rechtsoptvolger van de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij⁵⁶, staat in voor de uitvoering van de investeringsprogramma's over sociaal wonen en is verantwoordelijk voor ondersteuning aan sociale huisvestingsmaatschappijen.⁵⁷ De VMSW is een administratieve overheid.⁵⁸

2.3. DE SOCIALE HUISVESTINGSMAATSCHAPPIJ: AL DAN NIET EEN ADMINISTRATIEVE OVERHEID

EEN VERRASSENDE BESLISSING VAN CASSATIE... – Voor sociale huisvestingsmaatschappijen is het arrest Kleine Landeigendom Het Volk een scharniermoment. In dit arrest besloot het Hof van Cassatie⁵⁹ dat sociale huisvestingsmaatschappijen geen administratieve overheid zijn omdat ze geen imperiumbevoegdheid hebben hoewel de Raad van State had geoordeeld van wel.⁶⁰ Voordien had de Raad van State geoordeeld dat sociale huisvestingsmaatschappijen imperiumbevoegdheid hadden en dus een administratieve overheid waren.⁶¹ De Raad van State heeft na het arrest van

⁵⁵ T. VANDROMME, “Begripsomschrijving” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 20.

⁵⁶ P. VAN DAMME, “Een institutioneel kader en recente beleidsopties” in P. DESMEDT, B. HUBEAU en E. JANSSENS (eds.), *Omzien in verwondering: Terugblik op tien jaar Vlaamse Wooncode*, Brugge, die Keure, 2007, (25) 31.

⁵⁷ P. VAN DAMME, “Een institutioneel kader en recente beleidsopties” in P. DESMEDT, B. HUBEAU en E. JANSSENS (eds.), *Omzien in verwondering: Terugblik op tien jaar Vlaamse Wooncode*, Brugge, die Keure, 2007, (25) 31; T. VANDROMME, “Begripsomschrijving” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 10.

⁵⁸ RvS 26 juni 2008, nr. 184.837; F. SCHRAM, “Betwistingen” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (193) 230.

⁵⁹ Cass. 10 juni 2005, CDPK 2006, 420; RvS 19 januari 2006, nr. 153.942; RvS 20 november 2007, nr. 176.890. RvS 11 december 2007, nr. 177.754; RvS 3 maart 2011, nr. 211.775; RvS 10 maart 2011, nr. 211.879; RvS 26 juli 2013, nr. 224.401; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 146; F. SCHRAM, “Betwistingen” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (193) 231; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 42.

⁶⁰ RvS 6 mei 2004, RABG 2004, 943; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 147; F. SCHRAM, “Betwistingen” in A. HANSELAER en B. HUBEAU (eds.), *Sociale huur*, Brugge, die Keure, 2011, (193) 230; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 42.

⁶¹ RvS 9 februari 2000, nr. 85.245.

het Hof van Cassatie besloten dat sociale huisvestingsmaatschappijen niet over imperiumbevoegdheid beschikken en dus geen administratieve overheid zijn.⁶²

MAAR NIEUW IS NIET ALTIJD BETER – Deze beslissing van het Hof van Cassatie kan enigszins verrassend zijn, want uit de Vlaamse Wooncode zou men normaal afleiden dat sociale huisvestingsmaatschappijen wel een imperiumbevoegdheid hebben en dus wel een administratieve overheid zijn voor zover ze deze bevoegdheid gebruiken. Volgens artikel 84 van de Vlaamse Wooncode hebben sociale huisvestingsmaatschappijen een recht van wederinkoop zonder enig uitdrukkelijk beding in het geval er niet aan bepaalde voorwaarden is voldaan gedurende twintig jaar.⁶³ In plaats daarvan kunnen ze ook een vergoeding eisen.⁶⁴ Dat dit als een wettelijke sanctie kan worden gezien, doet geen afbreuk aan het feit dat het derden bindt.⁶⁵

Ze hebben ook een wettelijk recht van voorkoop krachtens artikel 85 op bepaalde woningen. Dit legt wederom verplichtingen op aan derden, zodra de sociale huisvestingsmaatschappijen het willen, moet de derde aan hen verkopen.

Vervolgens hebben ze in bepaalde gevallen van rechtswege een sociaal beheersrecht op basis van artikel 90 van de Vlaamse Wooncode. Dit houdt in dat men deze woningen kan verhuren of er werkzaamheden aan verrichten, zonder toestemming van de eigenaar.⁶⁶ Dit legt ook verplichtingen op derden zoals bijvoorbeeld de volle eigenaar, de vruchtgebruiker, de huurder... Zij moeten immers gedogen dat er werken worden verricht.

SOCIAAL BEHEERSRECHT ALS IMPERIUMBEVOEGDHEID – Het argument dat dit geen gezagshandeling is omdat er beroep kan worden ingesteld bij de Vlaamse regering is om twee redenen geen geldig argument.⁶⁷ Ten eerste kan er beroep worden aangetekend, maar dit moet niet. Het is dus vaak dat de uiteindelijke beslissing toch bij de sociale huisvestingsmaatschappij ligt. Ten tweede kan het beroep juist worden aanzien als een extra garantie tegen deze gezagshandeling.⁶⁸ Hierdoor wordt men beschermd tegen willekeur.

⁶² RvS 19 januari 2006, nr. 153.942; RvS 3 maart 2011, nr. 211.775; RvS 10 maart 2011, nr. 211.879; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuanciering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 335.

⁶³ V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuanciering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 335.

⁶⁴ V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuanciering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 335.

⁶⁵ V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuanciering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 336.

⁶⁶ RvS 6 mei 2004, *RABG* 2004, 943; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuanciering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 334.

⁶⁷ V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuanciering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 337.

⁶⁸ V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuanciering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 337.

MACHTIGING TOT ONTEIGENING ... – De bevoegdheid tot onteigening is een imperiumbevoegdheid.⁶⁹ Volgens artikel 34 §2 van de Vlaamse Wooncode kan de Vlaamse overheid sociale huisvestingsmaatschappijen machtigen om over te gaan tot onteigenen. Dit is niet hetzelfde als de bevoegdheid tot onteigening en is geen imperiumbevoegdheid.⁷⁰ Bij machtiging moet men immers eerst toestemming krijgen van een ander orgaan. Men heeft dus niet dezelfde beleidsruimte zoals bij de gewone onteigeningsbevoegdheid. VANDENDRIESSCHE is van mening dat ondanks de machtiging, de sociale huisvestingsmaatschappijen een imperiumbevoegdheid uitoefenen.⁷¹ Hij meent dat ze zowel juridisch als feitelijk de onteigenaar zijn en daarom imperiumbevoegdheid hebben.⁷²

IS GEEN IMPERIUMBEVOEGDHEID – Deze zienswijze is naar mijn mening incorrect. Om te onteigenen is er twee maal toestemming nodig: een keer van de regering en een keer van de huisvestingsmaatschappij. Zonder de toestemming van de regering is de onteigening onmogelijk. Als de regering toestemt, kan men de situatie beschouwen als een onteigening die zal gebeuren onder opschortende voorwaarde van de toestemming van de sociale huisvestingsmaatschappij. De huisvestingsmaatschappij onteigent juridisch en feitelijk wel, maar van waaruit haalt ze deze bevoegdheid? De regering beslist over de onteigening en oefent dus de imperiumbevoegdheid uit, de huisvestingsmaatschappij voert ze uit als ze dat opportuun acht. Daarom meen ik dat dit niet als een gezagshandeling van sociale huisvestingsmaatschappijen kan gezien worden, ze zijn immers “onrechtstreekse lasthebbers”. Hoewel het juridisch en feitelijk aan hen wordt toegerekend, ligt de achterliggende imperiumbevoegdheid dus bij de regering die de onteigening (en dus een beslissing die derden bindt) toelaat. De onteigening door de sociale huisvestingsmaatschappij wordt immers mogelijk gemaakt doordat de regering er mee akkoord gaat. De Raad van State oordeelt dat dit geen imperiumbevoegdheid is.⁷³

RESTRICTIEVE INTERPRETATIE VAN HET HOF VAN CASSATIE – Het Hof van Cassatie meent dat de decreetgever onder bepaalde voorwaarden sociale huisvestingsmaatschappijen rechten geeft ten opzichte van derden.⁷⁴ Dit is niet hetzelfde als imperiumbevoegdheid en daardoor is het geen administratieve

⁶⁹ RvS 3 maart 2011, nr. 211.775; S. DE SOMER, “Toepassingsgebied *ratione personae* van de wet motivering bestuurshandeling” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandeling*, Brugge, Die Keure, 2013, (17) 39.

⁷⁰ RvS 17 december 2009, nr. 199.040.

⁷¹ F. VANDENDRIESSCHE, “Administratieve overheden met private rechtsvorm (revisited)” (noot onder RvS 6 mei 2004), *RABG* 2004, (946) 949.

⁷² F. VANDENDRIESSCHE, “Administratieve overheden met private rechtsvorm (revisited)” (noot onder RvS 6 mei 2004), *RABG* 2004, (946) 949.

⁷³ RvS 17 december 2009, nr. 199.040.

⁷⁴ Cass. 10 juni 2005, *CDPK* 2006, 420; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuanciering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 334.

overheid volgens het Hof van Cassatie.⁷⁵ Dit is een zeer strikte interpretatie van het Hof van Cassatie over wat imperiumbevoegdheid is. Deze situatie moet onderscheiden worden van de situatie waarin er louter een beperking is van de contractuele vrijheid van de partijen.⁷⁶ De artikelen uit de Vlaamse Wooncode gaan verder dan dit. Ze geven sociale huisvestingsmaatschappijen de bevoegdheid om de verplichtingen van derden eenzijdig vast te stellen.⁷⁷ Dit is het duidelijkste bij het sociale beheersrecht. Derden moeten zomaar dulden dat de sociale huisvestingsmaatschappijen werken bij hen gaan verrichten.

Zoals eerder aangehaald, is er wel aan de overige voorwaarden voor een administratieve overheid te zijn, voldaan.⁷⁸ Mijns inziens is het dus mogelijk dat sociale huisvestingsmaatschappijen een administratieve overheid kunnen zijn hoewel de rechtspraak momenteel oordeelt van niet.

SLECHTS EEN THEORETISCHE DISCUSSIE – In de praktijk zal deze discussie niet gevoerd worden. Sociale huisvestingsmaatschappijen maken immers, zoals blijkt uit figuur 1, bijna nooit gebruik van het sociaal beheersrecht, terwijl dit het beste voorbeeld is van een imperiumbevoegdheid. Vermits sociale huisvestingsmaatschappijen slechts een administratieve overheid zouden zijn voor zover ze van hun imperiumbevoegdheid gebruik maken, zou dit slechts in weinig gevallen zijn doordat ze zo weinig gebruik maken van de duidelijkste imperiumbevoegdheid. Hoewel het juridisch naar mijn mening incorrect is, maakt het in de praktijk bijna geen verschil: sociale huisvestingsmaatschappijen zijn volgens de rechtspraak en zouden in de praktijk (bijna) nooit een administratieve overheid zijn.

⁷⁵ Cass. 10 juni 2005, *CDPK* 2006, 420; V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancerings van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, (323) 335.

⁷⁶ Cass. 18 december 1997, *TBP* 1998, 214.

⁷⁷ Cass. 10 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1980.

⁷⁸ D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 131.

3. DE ONDERNEMING

3.1. HET BEGRIP ONDERNEMING IN HET EUROPEES MEDEDINGINGSRECHT

3.1.1. De algemene definitie

BELANG VAN HET BEGRIP ONDERNEMING – Of sociale huisvestingsmaatschappijen onder het begrip onderneming vallen of niet, is geen louter academische discussie. Het begrip onderneming is een kernbegrip in het economisch recht dat meer en meer aan invloed wint doordat het in steeds meer wetten gebruikt wordt als toepassingsgebied. Het Europees mededingingsrecht is volgens artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) van toepassing op ondernemingen. Ook het nieuwe Wetboek van economisch recht (hierna: WER) is van toepassing op ondernemingen op basis van artikel I,1,1° WER. Het begrip onderneming is op basis van artikel 573, 1° Ger.W. bepalend voor de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel.⁷⁹

DEFINITIE VAN HET BEGRIP ONDERNEMING – In 1962 definieerde het toenmalige Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap voor het eerst het begrip onderneming.⁸⁰ Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) heeft deze definitie verder verfijnd. Momenteel is volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie een onderneming in de context van het mededingingsrecht “elke eenheid die een economische activiteit uitoefent ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.”⁸¹

⁷⁹ J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRAETE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l’entreprise”, *TBH* 2014, (543) 544.

⁸⁰ HvJ EG 19-61, *Mannesmann v. Hoge Autoriteit*, 1962; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 75.

⁸¹ HvJ C-41/90, *Höfner en Elser v. Macroton GmbH*, 1991; Ger.EU T-61/89, *Danks Pelsdyravlforening/ Commissie*, 1992; HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994; HvJ C-244/94, *Fédération française des sociétés d’assurance*, 1995; HvJ C-55/96, *Job Centre*, 1997; HvJ C-67/96, *Albany*, 1999; HvJ C-22/98, *Bécu*, 1999; HvJ C-180/98 – 184/98, *Pavlov*, 2000; Ger.EU T-513/93, *Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali v. Commissie*, 2000; Ger.EU T-128/98, *Aéroports de Paris v. Commissie*, 2000; HvJ C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, 2001; HvJ C-82/01, *Aéroports de Paris*, 2002; HvJ C-218/00, *Cisal v. INAIL*, 2002; HvJ C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, 2004; Brussel 4 mei 2004, *P&B* 2004, 33; HvJ C-205/03, *Fenin*, 2006; Ger.EU T-217/03 en T-245/03, *FNCBV en FNSEA*, 2006; HvJ C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, 2006; HvJ C-237/04, *Enirisorse*, 2006; Ger.EU T-155/04, *SELEX Sistemi*, 2006; HvJ C-350/07, *Kattner*, 2009; Ger.EU T-81/07 - 83/07, *KG Holding*, 2009; Ger.EU T-231/06 en T-237/06, *NOS/Commissie*, 2010; Ger. EU T-23/09, *CNOP*, 2010; HvJ C-437/09 *AG2R Prévoyance*, 2011; Ger.EU T-386/06, *Pegler*, 2011; GwH 6 april 2011, *RW* 2011-12, 904; HvJ C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH*, 2012; HvJ C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori*, 2013; HvJ C-1/12, *Ordem des Tecnicos Officiais de Cantos*, 2013; A. FRIGANI en M. WAELBROECK, *European competition law*, New York, Transnational Publishers Inc, 1999, 33; Y. MONTANGIE, “Toepassing van het mededingingsrecht op vrije beroepen: de Orden onder vuur” (noot onder Cass. 7 mei 1999), *RW* 1999-2000, 116; Concl. F.G. JACOBS bij HvJ C-180/98, *Pavlov*, 2000; Concl. P. LEGER

3.1.2. Economische activiteit

a. Definitie en voorbeelden

EEN FUNCTIONELE BENADERING VAN HET BEGRIIP ECONOMISCHE ACTIVITEIT – Het is essentieel voor het begrip onderneming om te weten wat het begrip economische activiteit inhoudt. Volgens het Hof van Justitie is een economische activiteit “iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt”.⁸² Een private onderneming met winstoogmerk moet de activiteit dus kunnen uitoefenen.⁸³ Er moet dus sprake

bij HvJ C-35/99, *Manuel Arduino*, 2001; T. BOUTE en G. STRAETMANS, “De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren.”, *T.Gez.* 2002-03, (136) 139; J.F. BELLIS en G. GODDIN, “Examen de jurisprudence (1993 à 2005): Droit économique de la communauté européenne”, *RCJB* 2007, (447) 452; A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 128; A.L. DURVIAUX en M. HERBIET, *Droit public économique*, Brussel, La Chartre, 2008; L.O. BLANCO, P.I. COLOMBO, J.M. GONZALEZ-ORUS en A.L. DE PABLO, *Manuel de derecho de la competencia*, Madrid, Editorial Technos, 2008, 64; H. SWENNEN, “Onderwijs en mededingingsrecht”, *TORB* 2008-09, (259) 263; J. STUYCK, “Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences” in H. JACQUEMIN (ed.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (17) 22; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 264; C. RIZZA en M. STRAGUSA, *EU Competition Law*, Leuven, Claeys & Casteels, 2012, 44; Concl. Y. BOT bij HvJ C-59/12, *BKK Mobil Oil*, 2013; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 75; J. STUYCK, *Handels- en economisch recht, XIII, mededingingsrecht, A, handelspraktijken in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 43; G. STRAETMANS en J. STUYCK, *Commercial practices*, Gent, Larcier, 2014, 4.

⁸² HvJ C-118/85, *Commissie v. Italië*, 1987; HvJ C-218/00, *Cisal v. INAIL*, 2002; HvJ C-35/96, *Commissie v. Italië*, 2002; HvJ C-309/99, *Wouters*, 2002; HvJ C-82/01, *Aéroports de Paris*, 2002; Brussel 4 mei 2004, *P&B* 2004, 33; Ger.EU T-155/04, *SELEX Sistemi*, 2006; HvJ C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, 2006; HvJ C-237/04, *Enirisorse*, 2006; Ger.EU T-81/07 - 83/07, *KG Holding*, 2009; Ger. EU T-23/09, *CNOP*, 2010; Ger.EU T-231/06 en T-237/06, *NOS/Commissie*, 2010; HvJ C-437/09 *AG2R Prévoyance*, 2011; Ger.EU T-386/06, *Pegler*, 2011; HvJ C-288/11, *Mitteldeutsche Flughafen AG*, 2012; HvJ C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH*, 2012; HvJ C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori*, 2013; HvJ C-1/12, *Ordem des Tecnicos Officiais de Cantos*, 2013; Concl. F.G. JACOBS bij HvJ C-180/98, *Pavlov*, 2000; Concl. P. LEGER bij HvJ C-35/99, *Manuel Arduino*, 2001; A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 128; H. SWENNEN, “Onderwijs en mededingingsrecht”, *TORB* 2008-09, (259) 263; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgré lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 206; J. STUYCK, *Handels- en economisch recht, XIII, mededingingsrecht, A, handelspraktijken in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 46; Concl. Y. BOT bij HvJ C-59/12, *BKK Mobil Oil*, 2013; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 76; J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRAETE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l’entreprise”, *TBH* 2014, (543) 547; G. STRAETMANS en J. STUYCK, *Commercial practices*, Gent, Larcier, 2014, 4.

⁸³ D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgré lui?” in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 206.

zijn van een zekere marktwerking. Een activiteit uitoefenen houdt meer in dan geïsoleerde daden stellen, het veronderstelt een zekere duurzaamheid.⁸⁴ In de regel vragen de ondernemingen voor de goederen of diensten een tegenprestatie.⁸⁵ Zo vallen onder meer landbouwers,⁸⁶ vrije beroepen⁸⁷, sportfederaties⁸⁸ en zelfstandige medische specialisten⁸⁹ onder het begrip onderneming. Wanneer de overheid economische activiteiten uitoefent, is ze een onderneming.⁹⁰ Ondernemingen die steun krijgen door subsidies, blijven nog ondernemingen.⁹¹ Of deze entiteiten een van de staat onderscheiden rechtspersoonlijkheid hebben, is niet relevant voor de vraag of het al dan niet een onderneming is.⁹² Hierdoor kunnen overheidsondernemingen, entiteiten die exclusieve of speciale rechten gekregen hebben of entiteiten die belast zijn met beheer van diensten van algemeen belang potentieel als onderneming gekwalificeerd worden.⁹³

ONTBREKEN WINSTOOGMERK KAN NOG STEEDS ECONOMISCHE ACTIVITEIT ZIJN – Het feit dat de entiteit geen winstoogmerk nastreeft, betekent niet automatisch dat ze geen onderneming is.⁹⁴ Volgens het Hof van Justitie zijn deze entiteiten die geen winstoogmerk hebben toch ondernemingen als het aanbod concurreert met marktdeelnemers die wel winst nastreven.⁹⁵ Het betreft dus een functionele definitie waarbij de rechtsvorm en organisatie geen enkele rol spelen.⁹⁶

⁸⁴ J. STUYCK, *Handels- en economisch recht, XIII, mededingingsrecht, A, handelspraktijken in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 46; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 77; G. STRAETMANS en J. STUYCK, *Commercial practices*, Gent, Larcier, 2014, 4.

⁸⁵ H. SWENNEN, “Onderwijs en mededingingsrecht”, *TORB* 2008-09, (259) 263.

⁸⁶ Ger.EU T-217/03 en T-245/03, *FNCBV en FNSEA*, 2006.

⁸⁷ HvJ C-309/99, *Wouters*, 2002.

⁸⁸ HvJ C-519/04, *Meca-Medina*, 2004.

⁸⁹ HvJ C-180/98 – 184/98, *Pavlov*, 2000.

⁹⁰ HvJ C-387/93, *Banchemo*, 1995; HvJ C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH*, 2012.

⁹¹ G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 265.

⁹² HvJ C-118/85, *Commissie v. Italië*, 1987; Concl. Y. BOT bij HvJ C-59/12, *BKK Mobil Oil*, 2013.

⁹³ Concl. Y. BOT bij HvJ C-59/12, *BKK Mobil Oil*, 2013.

⁹⁴ HvJ C-49/07, *Motoe v. Elliniko Dimosio*, 2008; L.O. BLANCO, P.I. COLOMBO, J.M. GONZALEZ-ORUS en A.L. DE PABLO, *Manuel de derecho de la competencia*, Madrid, Editorial Technos, 2008, 64; A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 129; H. SWENNEN, “Onderwijs en mededingingsrecht”, *TORB* 2008-09, (259) 263; D. YERNAULT, “Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgré lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 208; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 79; J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRATE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l’entreprise”, *TBH* 2014, (543) 549.

⁹⁵ HvJ C-49/07, *Motoe v. Elliniko Dimosio*, 2008; H. SWENNEN, “Onderwijs en mededingingsrecht”, *TORB* 2008-09, (259) 264.

⁹⁶ Y. MONTANGIE, “Toepassing van het mededingingsrecht op vrije beroepen: de Orden onder vuur” (noot onder Cass. 7 mei 1999), *RW* 1999-2000, 116; T. BOUTE en G. STRAETEMANS, “De

TOEPASSELIJKHEID EUROPEES RECHT VERSCHILT PER ACTIVITEIT – De niet-toepassing van het Europese mededingingsrecht hangt af per activiteit.⁹⁷ Het is mogelijk dat een entiteit voor bepaalde activiteiten wel als onderneming wordt beschouwd, en voor andere niet.⁹⁸ Net zoals voor een administratieve overheid moet men steeds activiteit per activiteit kijken of men onder het toepassingsgebied vallen. Een voorbeeld uit de rechtspraak van het Gerecht is dat wanneer een entiteit belast is met zuivere administratieve activiteiten, met name de bestuursopdrachten, ze geen economische activiteit uitoefent.⁹⁹ Wanneer ze echter de luchthavens beheert en exploiteert en waarvoor commerciële vergoedingen worden betaald, is dit een economische activiteit en dus een onderneming.¹⁰⁰

CONCURRENTIE BETEKENT NIET ALTIJD EEN ONDERNEMING – Het Hof van Justitie besliste dat ziekenfondsen die een zekere vrijheid hebben bij welke premies ze vragen, geen afbreuk doen aan het niet uitoefenen van een economische activiteit zolang de rest van de voorwaarden voor geen economische activiteit voldaan zijn.¹⁰¹ Belangrijker, is dat het Hof van Justitie aanvaardt dat concurrentie *in casu* de onderlinge concurrentie om verzekeren aan te trekken bij ziekenfondsen, geen afbreuk doet aan de kwalificatie als

toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren.”, *T.Gez.* 2002-03, (136) 139; J.M. BINON, “L’assurance hospitalisation à la croisée des chemins”, *TBH* 2004, (223) 229; J.F. BELLIS en G. GODDIN, “Examen de jurisprudence (1993 à 2005): Droit économique de la communauté européenne”, *RCJB* 2007, (447) 452.

⁹⁷ Ger.EU T-155/04, *SELEX Sistemi*, 2006; A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 129; P. DE MAN, H. GILLIAMS, Y. VAN GERVEN, J. WOUTERS en P. WYTINCK, “Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (augustus 2005 - december 2007)”, *TBH* 2009, (83) 128; D. YERNAULT, “Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgré lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 216; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 81.

⁹⁸ HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994; J.F. BELLIS en G. GODDIN, “Examen de jurisprudence (1993 à 2005): Droit économique de la communauté européenne”, *RCJB* 2007, (447) 453; P. DE MAN, H. GILLIAMS, Y. VAN GERVEN, J. WOUTERS en P. WYTINCK, “Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (augustus 2005 - december 2007)”, *TBH* 2009, (83) 128; J. STUYCK, “Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences” in H. JACQUEMIN (ed.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (17) 21.

⁹⁹ Ger.EU T-128/98, *Aéroports de Paris v. Commissie*, 2000; D. YERNAULT, “Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgré lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 216; Concl. Y. BOT bij HvJ C-59/12, *BKK Mobil Oil*, 2013.

¹⁰⁰ Ger.EU T-128/98, *Aéroports de Paris v. Commissie*, 2000; D. YERNAULT, “Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgré lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 216; Concl. Y. BOT bij HvJ C-59/12, *BKK Mobil Oil*, 2013.

¹⁰¹ HvJ C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, 2004; J.F. BELLIS en G. GODDIN, “Examen de jurisprudence (1993 à 2005): Droit économique de la communauté européenne”, *RCJB* 2007, (447) 456.

geen economische activiteit.¹⁰² Deze vrijheid met betrekking tot de premies, wat zorgt voor concurrentie, is in het belang van de goede werking van het socialezekerheidsstelsel.¹⁰³ Wel is het zo dat indien sommige activiteiten minder concurrerend zijn dan anderen, dit niet automatisch inhoudt dat deze geen economische activiteiten zijn.¹⁰⁴

VOORAFGAANDE HANDELINGEN OOK EEN NIET-ECONOMISCHE ACTIVITEIT – In het arrest Fenin¹⁰⁵ verbreedde het Hof van Justitie het begrip niet-economische activiteit. Het Hof van Justitie oordeelde hierin dat een op het eerste zicht economische activiteit (*in casu* een aankoopactiviteit) niet los mag worden gezien van de al dan niet economische aard van het latere gebruik.¹⁰⁶ Het latere gebruik van het gekochte product bepaalt dus de aard van de aankoopactiviteit.¹⁰⁷ *In casu* was het latere gebruik het gratis verstrekken van gezondheidsdiensten een niet economische activiteit omdat het solidariteitsprincipe, de afwezigheid van winstoogmerk en het sociaal doel aanwezig waren.¹⁰⁸ Hierdoor oordeelde het Hof van Justitie dat het aankopen van deze producten geen economische activiteit is.¹⁰⁹

¹⁰² HvJ C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, 2004.

¹⁰³ G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 280.

¹⁰⁴ HvJ C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, 2001; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 279.

¹⁰⁵ HvJ C-205/03, *Fenin*, 2006.

¹⁰⁶ HvJ C-205/03, *Fenin*, 2006; Ger.EU T-155/04, *SELEX Sistemi*, 2006; HvJ C-113/07, *SELEX Sistemi*, 2009.

¹⁰⁷ HvJ C-205/03, *Fenin*, 2006; A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 137; H. SWENNEN, “Onderwijs en mededingingsrecht”, *TORB* 2008-09, (259) 263; D. YERNAULT, “Service public, autorite administrative, activites economiques et non economiques: le logement social, cheval de troie malgre lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117) 216; G. STRAETMANS en J. STUYCK, *Commercial practices*, Gent, Larcier, 2014, 5.

¹⁰⁸ HvJ C-205/03, *Fenin*, 2006; Ger.EU T-155/04, *SELEX Sistemi*, 2006; J.F. BELLIS en G. GODDIN, “Examen de jurisprudence (1993 à 2005): Droit économique de la communauté européenne”, *RCJB* 2007, (447) 456.

¹⁰⁹ HvJ C-205/03, *Fenin*, 2006; Ger.EU T-155/04, *SELEX Sistemi*, 2006.

b. Uitzonderingen

GEEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT WANNEER ER SOLIDARITEIT IS – In de arresten Poucet en Pistre beperkte het Hof van Justitie het begrip economische activiteit.¹¹⁰ Een handeling is geen economische activiteit, en bijgevolg geen onderneming wanneer deze een zuiver sociaal doel¹¹¹ heeft en berust op het solidariteitsprincipe¹¹² en onderworpen is aan het toezicht door de staat die deze regeling heeft ingevoerd¹¹³. Het solidariteitsprincipe houdt de herverdeling van de inkomsten van de rijken naar de minder gegoeden in.¹¹⁴ Een andere indicatie voor het solidariteitsprincipe is het wettelijk verplicht aangesloten zijn.¹¹⁵ Deze uitzondering wordt slechts toegepast bij instellingen die een deel van de sociale zekerheid vervullen.¹¹⁶

VOORBEELD VAN DE UITZONDERING – In de zaken Poucet en Pistre was er aan deze voorwaarden voldaan. Deze instellingen waren belast met het beheer van verplichte wettelijke stelsels van ziektekosten- en ouderdomsverzekeringen.¹¹⁷

¹¹⁰ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; J.M. BINON, “L’assurance hospitalisation à la croisée des chemins”, *TBH* 2004, (223) 229.

¹¹¹ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, 2004; HvJ C-350/07, *Kattner*, 2009; HvJ C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, 2013; Y. MONTANGIE, “Toepassing van het mededingingsrecht op vrije beroepen: de Orden onder vuur” (noot onder Cass. 7 mei 1999), *RW* 1999-2000, 116; J.M. BINON, “L’assurance hospitalisation à la croisée des chemins”, *TBH* 2004, (223) 229.

¹¹² HvJ C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, 2004; HvJ C-437/09, *AG2R Prévoyance*, 2011; HvJ C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, 2013; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 282; B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak: handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1013; J. STUYCK, *Handels- en economisch recht, XIII, mededingingsrecht, A, handelspraktijken in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 45; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 85.

¹¹³ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-266/04-270/04 en C-321/04-325/04, *Nazairdis SAS e.a.*, 2005; HvJ C-350/07, *Kattner*, 2009; Y. MONTANGIE, “Toepassing van het mededingingsrecht op vrije beroepen: de Orden onder vuur” (noot onder Cass. 7 mei 1999), *RW* 1999-2000, 116; J.M. BINON, “L’assurance hospitalisation à la croisée des chemins”, *TBH* 2004, (223) 229; B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak: handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1013; C. RIZZA en M. STRAGUSA, *EU Competition Law*, Leuven, Claeys & Casteels, 2012, 47; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 85.

¹¹⁴ HvJ C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, 2004; HvJ C-437/09 *AG2R Prévoyance*, 2011; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 282; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 85.

¹¹⁵ A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 134.

¹¹⁶ A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 135; G. STRAETMANS en J. STUYCK, *Commercial practices*, Gent, Larcier, 2014, 5.

¹¹⁷ HvJ C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, 2004.

¹¹⁸ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-55/96, *Job Centre*, 1997; HvJ C-206/98, *Commissie v. België*, 2000; J.F. BELLIS en G. GODDIN, “Examen de jurisprudence (1993 à 2005): Droit économique de la communauté européenne”, *RCJB* 2007, (447) 455; G.

Het sociaal doel was hem gelegen in het dekking verschaffen tegen risico's van invaliditeit, ziekte, ouderdom en overlijden ongeacht de financiële toestand en gezondheidstoestand.¹¹⁸ Het solidariteitsprincipe kwam tot uiting doordat het stelsel gefinancierd werd door bijdragen die evenredig zijn met het arbeidsinkomen of het ouderdomspensioen terwijl de uitkeringen gelijk zijn.¹¹⁹ Voor deze solidariteit was het noodzakelijk, dat de verschillende stelsels door één orgaan werden beheerd en dat de aansluiting bij die stelsels verplicht was.¹²⁰ Deze instellingen pasten alleen maar de wet toe en konden op geen enkele wijze de hoogte van de premies, het gebruik van de fondsen of de vaststelling van het niveau van de prestaties beïnvloeden.¹²¹ De stelsels met een overschot droegen bij aan de financiering van stelsels met structurele financiële problemen en hadden geen winstoogmerk.¹²² Hun werkzaamheden stonden onder overheidstoezicht.¹²³ Het Hof van Justitie gebruikte dezelfde redenering bij een entiteit belast met de wettelijke verzekeringsregeling tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten.¹²⁴ Bij deze verzekering hield men geen rekening met de risico's van het beroep en dat de bijdrages niet altijd evenredig waren met de beroepsinkomsten.¹²⁵

VOORBEELD VAN GEEN SOLIDARITEIT – In het arrest *Fédération française des sociétés d'assurance* oordeelde het Hof van Justitie echter dat een orgaan zonder winstoogmerk dat belast is met het beheer van een aanvulling op een

STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 277.

¹¹⁸ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; J.M. BINON, "L'assurance hospitalisation à la croisée des chemins", *TBH* 2004, (223) 229.

¹¹⁹ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-115/97 - C-117/97, *Brentjens*, 1999; HvJ C-219/97, *Drijvende bokken*, 1999; HvJ C-180/98 - 184/98, *Pavlov*, 2000; J.M. BINON, "L'assurance hospitalisation à la croisée des chemins", *TBH* 2004, (223) 229; V. KORAH, *An introductory guide to EC competition law and practice*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 48; G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 278.

¹²⁰ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-67/96, *Albany*, 1999.

¹²¹ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK-Bundesverband*, 2004.

¹²² HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-115/97 - C-117/97, *Brentjens*, 1999; HvJ C-219/97, *Drijvende bokken*, 1999; HvJ C-180/98 - 184/98, *Pavlov*, 2000; A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 135; G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 278.

¹²³ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993.

¹²⁴ HvJ C-218/00, *Cisal v. INAIL*, 2002; G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 281.

¹²⁵ HvJ C-218/00, *Cisal v. INAIL*, 2002.

verplicht stelsel van ouderdomsverzekering, werkt volgens het kapitalisatiebeginsel en een onderneming is.¹²⁶ Dit arrest is dus geen beperking op Poucet en Pistre, want een van de voorwaarden was niet vervuld doordat de uitkeringen afhingen van de bijdragen. Hierdoor werken de verzekeringen volgens het kapitalisatiebeginsel en de deelname facultatief was.¹²⁷ Daardoor was het solidariteitsprincipe niet vervuld. Het criterium bij sociale zekerheidsstelsels dat het Hof van Justitie hanteert is of er herverdeling is of niet.¹²⁸

3.1.3. Op zelfstandige wijze

a. Een noodzakelijk kenmerk

ZELFSTANDIGHEID VEREIST – Hoewel het niet letterlijk in de definitie staat, is het op zelfstandige wijze uitoefenen van de economische activiteit een constitutioneel element voor het begrip onderneming.¹²⁹ Dit houdt in dat personen die geheel in loondienst hun normale functies doen ten voordele en onder het toezicht van de directie nooit als onderneming gekwalificeerd kunnen worden.¹³⁰

b. Uitzondering

KERN TAKEN VAN OVERHEID GEEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT – Een tweede gevolg is dat entiteiten die bepaalde taken van de overheid uitoefenen geen onderneming kunnen zijn.¹³¹ Als men de abstract-economische benadering

¹²⁶ HvJ C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, 1995; J.M. BINON, "L'assurance hospitalisation à la croisée des chemins", *TBH* 2004, (223) 229; J.F. BELLIS en G. GODDIN, "Examen de jurisprudence (1993 à 2005): Droit économique de la communauté européenne", *RCJB* 2007, (447) 456; A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 136; G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 278.

¹²⁷ HvJ C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, 1995; HvJ C-67/96, *Albany*, 1999; J.M. BINON, "L'assurance hospitalisation à la croisée des chemins", *TBH* 2004, (223) 229; G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 278.

¹²⁸ HvJ C-67/96, *Albany*, 1999; HvJ C-115/97 - C-117/97, *Brentjens*, 1999; HvJ C-219/97, *Drijvende bokken*, 1999; HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, 1993; HvJ C-115/97 - C-117/97, *Brentjens*, 1999; HvJ C-219/97, *Drijvende bokken*, 1999; HvJ C-222/98, *Van der Woude*, 2000; J.M. BINON, "L'assurance hospitalisation à la croisée des chemins", *TBH* 2004, (223) 229.

¹²⁹ T. BOUTE en G. STRAETEMANS, "De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren.", *T.Gez.* 2002-03, (136) 139.

¹³⁰ HvJ C-22/98, *Bécu*, 1999; T. BOUTE en G. STRAETEMANS, "De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren.", *T.Gez.* 2002-03, (136) 139; G. STRAETMANS en J. STUYCK, *Commercial practices*, Gent, Larcier, 2014, 5.

¹³¹ T. BOUTE en G. STRAETEMANS, "De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren.", *T.Gez.* 2002-03, (136) 139; G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip in het

volgt, houdt dit in dat de kerntaken van de overheid buiten het mededingingsrecht vallen.¹³² Dit komt door de aard van de activiteit en doordat de vergoeding totaal ondergeschikt is aan het beoogde doel.¹³³ Activiteiten die de uitoefening van openbaar gezag inhouden, zijn niet economisch.¹³⁴ Zo vallen onder meer veiligheid voor de luchtvaart¹³⁵ of de bescherming van het milieu¹³⁶ onder deze noemer. Ziekenhuisvervoerdiensten en vervoer van spoedgevallen per ambulance zijn dan weer wel economische activiteiten.¹³⁷ Dit komt omdat er een marktwerking mogelijk is en geen uitoefening van openbaar gezag vereist is.

NIET DE VORM MAAR DE FUNCTIE BEPAALT OF IETS EEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT IS – Zoals voorheen al aangegeven is, bepaalt de functie of er sprake is van een economische activiteit. In het arrest over milieubescherming had SEPG, het bedrijf dat de controles moest doen, een exclusieve concessie gekregen.¹³⁸ SEPG was een privaat bedrijf. Dit houdt in dat bij de uitoefening van het overheidsgezag het van geen belang is of de staat rechtstreeks via een tot het openbaar bestuur behorend orgaan handelt of via een lichaam waaraan het bijzondere of exclusieve rechten heeft verleend.¹³⁹

KERNTAKEN VAN DE OVERHEID, EEN VAAG BEGRIP – Maar wat zijn nu exact die kerntaken van de overheid? Er is geen sprake van een kerntaak van de overheid wanneer privaatrechtelijke organisaties deze activiteiten zouden kunnen doen of indien er een markt bestaat voor de activiteit^{140, 141}. Dit is de

mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 265.

¹³² Y. MONTANGIE, “Toepassing van het mededingingsrecht op vrije beroepen: de Orde onder vuur” (noot onder Cass. 7 mei 1999), *RW* 1999-2000, 116; T. BOUTE en G. STRAETEMANS, “De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren.”, *T.Gez.* 2002-03, (136) 139; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Parijs, Montchrestien, 2013, 83.

¹³³ T. BOUTE en G. STRAETEMANS, “De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van Geneesheren.”, *T.Gez.* 2002-03, (136) 139.

¹³⁴ C. RIZZA en M. STRAGUSA, *EU Competition Law*, Leuven, Claeys & Casteels, 2012, 45; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 271.

¹³⁵ HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 271.

¹³⁶ HvJ C-343/95, *Cali & Figli v. SEPG*, 1997; J.F. BELLIS en G. GODDIN, “Examen de jurisprudence (1993 à 2005): Droit économique de la communauté européenne”, *RCJB* 2007, (447) 454.

¹³⁷ HvJ C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, 2001.

¹³⁸ HvJ C-343/95, *Cali & Figli v. SEPG*, 1997.

¹³⁹ HvJ C-343/95, *Cali & Figli v. SEPG*, 1997.

¹⁴⁰ G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R.

positieve methode. De negatieve methode houdt het uitoefenen van overheidsprerogatieven in.¹⁴² Het feit dat een publiekrechtelijk orgaan gebruikelijk deze activiteit uitoefent, onbezoldigd is of voor een doel van algemeen belang is, zijn dus slechts aanwijzingen voor een niet-economische activiteit.¹⁴³ Dit is verre van een duidelijk criterium.¹⁴⁴

INNEN IMPERIUMBEVOEGDHEID OF NIET? – In het arrest SAT Fluggesellschaft oordeelde het Hof van Justitie dat bij het innen van de heffingen Eurocontrol een overheidsbevoegdheid handelende overheidsinstantie is.¹⁴⁵ Op het eerste zicht lijkt dit een afwijking van het Belgische recht. Het Hof van Justitie oordeelt dat het innen van een bijdrage een imperiumbevoegdheid is, dit staat lijnrecht met wat de Belgische rechtspraak hier over oordeelt.¹⁴⁶ Naar mijn mening is dit een schijnuitzondering. De bijdragen financierden de controles. De heffingen kunnen dus niet los worden gezien van de andere werkzaamheden die Eurocontrol doet (bijvoorbeeld veiligheid van de luchtvaart).¹⁴⁷ Deze zijn typische overheidsprerogatieven.¹⁴⁸ Eurocontrol was echter niet bevoegd om zelf het tarief te bepalen.¹⁴⁹ Dat het Hof van Justitie alleen het innen op zich niet als een overheidsprerogatief beschouwt, blijkt naar mijn mening uit de woorden: “kan de inning van de “en route”-heffingen, waarom het in het hoofdgeding gaat, niet los worden gezien van de andere werkzaamheden van Eurocontrol”. Ook de woorden: “In hun geheel beschouwd, komen de werkzaamheden van Eurocontrol wegens hun aard en

STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 271.

¹⁴¹ HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994; A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 131; P. DE MAN, H. GILLIAMS, Y. VAN GERVEN, J. WOUTERS en P. WYTINCK, “Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (augustus 2005 - december 2007)”, *TBH* 2009, (83) 128; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 271.

¹⁴² HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994; HvJ C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH*, 2012; HvJ C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori*, 2013; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 271; C. RIZZA en M. STRAGUSA, *EU Competition Law*, Leuven, Claeys & Casteels, 2012, 45; J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRAETE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l’entreprise”, *TBH* 2014, (543) 549.

¹⁴³ G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 272.

¹⁴⁴ P. DE MAN, H. GILLIAMS, Y. VAN GERVEN, J. WOUTERS en P. WYTINCK, “Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (augustus 2005 - december 2007)”, *TBH* 2009, (83) 128.

¹⁴⁵ HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994.

¹⁴⁶ RvS 7 juni 2002, nr. 107.488.

¹⁴⁷ HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994.

¹⁴⁸ HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994.

¹⁴⁹ HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994.

hun doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, neer op het uitoefenen van prerogatieven inzake de controle en de politie van het luchtruim”, doen er aan twifelen of het Hof van Justitie het innen op zich als een imperiumbevoegdheid beschouwt¹⁵⁰. Deze visie zie ik bevestigd in een arrest.¹⁵¹ In het arrest *Naftiliaki Etaireia Thasou en Amaltheia I Nafiki* besloot het Hof van Justitie dat er moet worden aangetoond dat er reële nood is aan openbare diensten vanwege de ontoereikendheid in een situatie van vrije mededinging.¹⁵²

3.2. HET BEGRIP ONDERNEMING IN HET BELGISCHE RECHT

3.2.1. *Het begrip onderneming in de WMPC*

DE WMPC: QUASI GEEN VERSCHIL MET EUROPESE RECHTSPRAAK – In artikel 2, 1° van de wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (hierna: WMPC) is de definitie van een onderneming “Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen.” De memorie van toelichting definieert een onderneming als “een zelfstandige en duurzame organisatie waarbinnen een of meerdere personen met behulp van materiële en immateriële middelen, goederen of diensten produceren of verdelen”¹⁵³. De parlementaire voorbereiding gebruikt het begrip onderneming op dezelfde wijze zoals de wet betreffende de bescherming van de economische mededinging.¹⁵⁴ De WMPC is ruimer doordat ook de verenigingen van personen die op duurzame wijze

¹⁵⁰ HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, 1994.

¹⁵¹ HvJ C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH*, 2012.

¹⁵² HvJ C-128/10, *Naftiliaki Etaireia Thasou en Amaltheia I Nafiki*, 2010.

¹⁵³ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 13; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 386; J. STUYCK, “Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences” in H. JACQUEMIN (ed.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (17) 21; G. STRAETEMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 287; I. VAN DEN BOSCH, “De vervanging van de ‘Wet op de Handelspraktijken’ door de ‘Wet betreffende de Marktpraktijken en de consumentenbescherming’”, *NNK* 2011, (13) 13; G.L. BALLON, *De wet marktpraktijken. Een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 13.

¹⁵⁴ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 36; F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 5; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 386; I. FERRANT, *Les pratiques du marché*, Waterloo, Kluwer, 2011, 22; J. STUYCK, *Handels- en economisch recht, XIII, mededingingsrecht, A, handelspraktijken in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 43.

een economisch doel nastreven, zijn inbegrepen.¹⁵⁵ Met het begrip doel bedoelt de wetgever economische activiteiten.¹⁵⁶ Dit omvat elke commerciële, industriële en financiële activiteit.¹⁵⁷

Voor het begrip economische activiteit gebruikt de WMPC de definitie van de wet betreffende de bescherming van de economische mededinging namelijk “het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt.”¹⁵⁸ De rechtsvorm of wijze van financiering spelen geen rol.¹⁵⁹ Zelfs in de voorganger van de WMPC, de Wet Handelspraktijken (hierna: WHPC), waarin een restrictiever begrip dan onderneming gebruikt werd, kon men verkoper zijn zelfs als men geen winstoogmerk had.¹⁶⁰ Bij het begrip dienst moet men een zo ruim mogelijke interpretatie uit het dagelijkse taalgebruik gebruiken.¹⁶¹ Voor

¹⁵⁵ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 36; R. GYORY en A. PUTTEMANS, “Qu’y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché?”, *BFR* 2011, (3) 6.

¹⁵⁶ F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 6; H. JACQUEMIN, “La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur”, *JT* 2010, (545) 550; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 386; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 288.

¹⁵⁷ F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 6; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 388.

¹⁵⁸ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 36; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 388; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 288; R. GYORY en A. PUTTEMANS, “Qu’y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché?”, *BFR* 2011, (3) 6; B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak: handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1007.

¹⁵⁹ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 36; F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 6; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 388; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 288; R. GYORY en A. PUTTEMANS, “Qu’y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché?”, *BFR* 2011, (3) 6.

¹⁶⁰ A. PUTTEMANS, “L’application aux services publics de la loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur” (noot onder GwH 26 oktober 2005), *TBH* 2006, 216. G.L. BALLON, De wet marktpraktijken. Een eerste commentaar, Mechelen, Kluwer, 2011, 13.

¹⁶¹ G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 388.

de verdere interpretatie moet men zich aansluiten bij het Hof van Justitie en de Belgische gerechtelijke instanties.¹⁶²

Een onderneming is men niet door eenmalig of occasioneel een economische activiteit uit te oefenen, het veronderstelt een zeker vorm van regelmaat en organisatie.¹⁶³ Het ondernemingsbegrip in de WMPC sluit aan bij die van het Europees mededingingsrecht en die van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹⁶⁴ De aard van de activiteit¹⁶⁵, meer bepaald de werkelijk uitgevoerde activiteit¹⁶⁶, is terug het kerncriterium.

SLECHTS KLEINE VERSCHILLEN – Het begrip onderneming uit de WMPC moet in dezelfde zin geïnterpreteerd worden als in het Europees mededingingsrecht

¹⁶² Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 36.

¹⁶³ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 13; H. JACQUEMIN, “La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur”, *JT* 2010, (545) 550; J. STUYCK, “Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences” in H. JACQUEMIN (ed.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (17) 21; F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 6; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 388; R. GYORY en A. PUTTEMANS, “Qu’y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché ?”, *BFR* 2011, (3) 6; G. STRAETEMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 287; B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak: handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1009; I. FERRANT, *Les pratiques du marché*, Waterloo, Kluwer, 2011, 22; I. VAN DEN BOSCH, “De vervanging van de ‘Wet op de Handelspraktijken’ door de ‘Wet betreffende de Marktpraktijken en de consumentenbescherming’”, *NNK* 2011, (13) 13; G.L. BALLON, “Onderwijsinstellingen zullen geen handel drijven! Of toch, maar wanneer dan?” in D. D’HOOGHE, K. DEKETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, (303) 311; J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRAETE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l’entreprise”, *TBH* 2014, (543) 551.

¹⁶⁴ F. JUDO en J. STUYCK, “Marktpraktijken en vrije beroepen: het Hof heeft gesproken - De rechter moet nu wachten op de wetgever” (noot onder GwH 6 april 2011), *DCCR* 2011, 193; A. HALLEMANS, “De gevolgen van de ongrondwettelijke uitsluiting van de beoefenaars van vrije beroepen uit de WMPC” (noot onder GwH 6 april 2011), *NNK* 2011, afl. 4, 6; B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak: handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1007; D. MERTENS, “Onrechtmatige mededinging. Artikel 95 WMPC”, *Jura Falc.* 2012, (93) 96.

¹⁶⁵ G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 386; A. HALLEMANS, “De gevolgen van de ongrondwettelijke uitsluiting van de beoefenaars van vrije beroepen uit de WMPC” (noot onder GwH 6 april 2011), *NNK* 2011, afl. 4, 6; R. GYORY en A. PUTTEMANS, “Qu’y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché ?”, *BFR* 2011, (3) 6; G.L. BALLON, “Onderwijsinstellingen zullen geen handel drijven! Of toch, maar wanneer dan?” in D. D’HOOGHE, K. DEKETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, (303) 309; I. FERRANT, *Les pratiques du marché*, Waterloo, Kluwer, 2011, 22.

¹⁶⁶ P. VANHELMONT, “De wijzigingen in de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel door de wet van 26 maart 2014”, *Limb.Rechtsl.* 2015, 12.

behalve voor wat betreft de beoefenaars van vrije beroepen, de tandartsen¹⁶⁷ en de kinesisten¹⁶⁸.¹⁶⁹ Beoefenaars van vrije beroepen zijn volgens artikel 2, 2° WMPC die beroepen die geen handelaar zijn in de zin van artikel 1 Wetboek van Koophandel (hierna WKH) en een door wet opgericht tuchtorgaan hebben.¹⁷⁰ Het Grondwettelijk Hof oordeelde terecht dat ten aanzien van consumenten beoefenaars van een vrij beroep en andere ondernemingen zich in een voldoende vergelijkbare situatie bevinden en er dus sprake is van discriminatie.¹⁷¹

¹⁶⁷ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 36; H. JACQUEMIN, "La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur", *JT* 2010, (545) 551; F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 8; J. STUYCK, "Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences" in H. JACQUEMIN (ed.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (17) 21; F. JUDO en J. STUYCK, "Marktpraktijken en vrije beroepen: het Hof heeft gesproken - De rechter moet nu wachten op de wetgever" (noot onder GwH 6 april 2011), *DCCR* 2011, 193; R. GYORY en A. PUTTEMANS, "Qu'y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché?", *BFR* 2011, (3) 7; B. KEIRSBILCK en E. TERRY, "Overzicht van rechtspraak: handelspraktijken 2003-2010", *TPR* 2011, 1007.

¹⁶⁸ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 36; F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 8; H. JACQUEMIN, "La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur", *JT* 2010, (545) 551; J. STUYCK, "Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences" in H. JACQUEMIN (ed.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (17) 21; P. BRULEZ, "De vrije beroepsbeoefenaar als onderneming: het traditionele ondernemingsbegrip onder druk" (noot onder GwH 6 april 2011), *DAOR* 2011, 455; F. JUDO en J. STUYCK, "Marktpraktijken en vrije beroepen: het Hof heeft gesproken - De rechter moet nu wachten op de wetgever" (noot onder GwH 6 april 2011), *DCCR* 2011, 193; R. GYORY en A. PUTTEMANS, "Qu'y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché?", *BFR* 2011, (3) 7.

¹⁶⁹ Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2340/001, 14; H. JACQUEMIN, "La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur", *JT* 2010, (545) 551; F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 8; J. STUYCK, "Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences" in H. JACQUEMIN (ed.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (17) 21; I. VAN DEN BOSCH, "De vervanging van de 'Wet op de Handelspraktijken' door de 'Wet betreffende de Marktpraktijken en de consumentenbescherming'", *NNK* 2011, (13) 14; F. JUDO en J. STUYCK, "Marktpraktijken en vrije beroepen: het Hof heeft gesproken - De rechter moet nu wachten op de wetgever" (noot onder GwH 6 april 2011), *DCCR* 2011, 193; R. GYORY en A. PUTTEMANS, "Qu'y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché?", *BFR* 2011, (3) 7; G.L. BALLON, *De wet marktpraktijken. Een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 17.

¹⁷⁰ H. JACQUEMIN, "La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur", *JT* 2010, (545) 551; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, "De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting", *RW* 2010-11, (386) 391; R. GYORY en A. PUTTEMANS, "Qu'y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché?", *BFR* 2011, (3) 7; I. FERRANT, *Les pratiques du marché*, Waterloo, Kluwer, 2011, 24.

¹⁷¹ P. BRULEZ, "De vrije beroepsbeoefenaar als onderneming: het traditionele ondernemingsbegrip onder druk" (noot onder GwH 6 april 2011), *DAOR* 2011, 457.

VOORAFGAANDE HANDELINGEN SOMS GEEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT – Net zoals bij het arrest Fenin kunnen op zichzelf staande economische activiteiten soms toch geen economische activiteit zijn als ze tot doel hebben een sociaal doel te bereiken en de rest van de voorwaarden voldaan zijn.¹⁷² Een entiteit kan voor bepaalde handelingen wel en voor andere geen onderneming zijn, men moet dus per handeling kijken of dit een economische activiteit is.¹⁷³

KERNATAKEN OVERHEID GEEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT – Een entiteit is geen onderneming in de zin van de WMPC als de activiteiten behoren tot de essentiële taken van de overheid.¹⁷⁴ Winstoogmerk speelt geen rol, dus vzw's kunnen ook een onderneming zijn.¹⁷⁵ Elke handelaar volgens de WKH is automatisch ook een onderneming.¹⁷⁶

TAKEN ZUIVER SOCIALE AARD GEEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT – Taken van zuiver sociale aard zijn geen economische activiteit, dit is dezelfde redenering als het Hof van Justitie.¹⁷⁷

¹⁷² J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRAETE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l’entreprise”, *TBH* 2014, (543) 551.

¹⁷³ G.L. BALLON, “Onderwijsinstellingen zullen geen handel drijven! Of toch, maar wanneer dan?” in D. D’HOOGHE, K. DEKETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, (303) 309; G.L. BALLON, De wet marktpraktijken. Een eerste commentaar, Mechelen, Kluwer, 2011, 14; I. FERRANT, *Les pratiques du marché*, Waterloo, Kluwer, 2011, 22.

¹⁷⁴ F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 6; H. JACQUEMIN, “La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur”, *JT* 2010, (545) 550; G.L. BALLON, “Onderwijsinstellingen zullen geen handel drijven! Of toch, maar wanneer dan?” in D. D’HOOGHE, K. DEKETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, (303) 310; G.L. BALLON, De wet marktpraktijken. Een eerste commentaar, Mechelen, Kluwer, 2011, 14; I. FERRANT, *Les pratiques du marché*, Waterloo, Kluwer, 2011, 23.

¹⁷⁵ F. BOGAERT, F. BRULOOT, D. GOENS en R. STEENNOT, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 6; G. STRAETEMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming - Een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 388; H. JACQUEMIN, “La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur”, *JT* 2010, (545) 550; J. STUYCK, “Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences” in H. JACQUEMIN (ed.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, (17) 21; G. STRAETEMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, (261) 289; I. FERRANT, *Les pratiques du marché*, Waterloo, Kluwer, 2011, 22; G.L. BALLON, “Onderwijsinstellingen zullen geen handel drijven! Of toch, maar wanneer dan?” in D’HOOGHE, K. DEKETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, (303) 309.

¹⁷⁶ R. GYORY en A. PUTTEMANS, “Qu’y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché ?”, *BFR* 2011, (3) 6.

¹⁷⁷ G.L. BALLON, De wet marktpraktijken. Een eerste commentaar, Mechelen, Kluwer, 2011, 15.

3.2.2. IN HET WETBOEK ECONOMISCH RECHT: EEN ONDERNEMERSBEGRIIP VOOR MEDEDINGING EN CONSUMENTENRECHT?

NIEUWE WET, OUDE DEFINITIE – In artikel I.1.1^o WER is de definitie van een onderneming “elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die duurzaam een economische doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen”.¹⁷⁸ Zolang er geen andere begrippen van toepassing zijn, gebruikt het WER deze definitie van het begrip onderneming.¹⁷⁹ Dit is dus dezelfde definitie voor het begrip onderneming als de WMPC¹⁸⁰

De wetgever heeft de aparte regeling voor de vrije beroepers ondergebracht in boek XIV.¹⁸¹

4. BESLUIT: De sociale huisvestingsmaatschappij: al dan niet een onderneming?

INLEIDING – In dit hoofdstuk wordt getoetst of sociale huisvestingsmaatschappijen een onderneming zijn. Buiten de behandelde uitzonderingen is er nog een andere invalshoek mogelijk, namelijk toetsen of ze diensten van algemeen belang vervullen. Dit zou de paper te uitgebreid hebben gemaakt. Voor een bespreking over deze mogelijkheid verwijs ik naar het werk van YERNAULT.¹⁸²

Naar mijn mening is dezelfde redenering van Poucet & Pistre van toepassing bij sociale huisvestingsmaatschappijen. Beiden dekken immers risico's voor het geval men een tekort aan inkomen heeft. Bij sociale huisvestingsmaatschappijen is dit het risico dat men niet kapitaalkrachtig genoeg is om op de reguliere markt een woning te kunnen kopen of te huren en zodoende mogelijks dakloos wordt. De financieringswijze doet denken aan de financiering van ziekenfondsen. Er is namelijk een centraal orgaan (RIZIV of VMSW) die de middelen verdeelt onder de ziekenfondsen of sociale huisvestingsmaatschappijen.

¹⁷⁸ J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRAETE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l'entreprise”, *TBH* 2014, (543) 550.

¹⁷⁹ J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRAETE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l'entreprise”, *TBH* 2014, (543) 550.

¹⁸⁰ L. MARCUS en A. PUTTEMANS, “L'interdiction des pratiques déloyales envers les consommateurs” in A. PUTTEMANS (ed.), *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Brussel, Bruylant, 2014, (11) 35.

¹⁸¹ J. P. LEBEAU en I. VEROUGSTRAETE, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l'entreprise”, *TBH* 2014, (543) 548.

¹⁸² D. YERNAULT, “Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de troie malgré lui?” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public*, Brussel, La Chartre, 2009, (117).

Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de zuivere koopmaatschappijen en sociale huisvestingsmaatschappijen die ook sociale woningen verhuren.

4.1. ZUIVERE KOOPMAATSCHAPPIJEN: SOCIAAL MAAR WEL EEN ONDERNEMING

SOCIAAL DOEL – Zuivere koopmaatschappijen hebben een sociaal doel. Hun doel is immers het aanbieden van betaalbare, gezonde woningen en ook een voldoende woonzekerheid en een behoorlijke woonomgeving verschaffen.

STRENG TOEZICHT– Zoals uit figuur 3 blijkt, is er een streng toezicht van de overheid, meer bepaald door het Agentschap RWO. Aan het toezichtscriterium is dus ook voldaan.

SOLIDARITEIT? – Aan de voorgaande criteria was duidelijk voldaan maar dit criterium is genuanceerder. Naar mijn mening is hier niet aan voldaan bij zuivere koopmaatschappijen. De maximuminkomensgrens¹⁸³ (gaande van 37.417 euro voor alleenstaanden tot 56.120 euro voor een koppel) is aanzienlijk hoger dan het gemiddeld inkomen in Vlaanderen dat volgens de FOD Financiën 17.765 euro is op jaarbasis.¹⁸⁴ Quasi-iedereen kan dus een sociale woning kopen. Zoals uit figuur 6 blijkt is het gemiddeld inkomen bij mensen die een sociale woning kopen ook behoorlijk hoog. De armste mensen worden niet aangesproken, ze kunnen het niet kopen. Bij de toewijzing houdt men geen rekening met het inkomen. Lagere inkomens krijgen dus geen voorrang. Buiten een paar uitzonderingen, wordt de chronologische volgorde als toewijzingscriterium gebruikt.¹⁸⁵ De prijs van een koopwoning is onafhankelijk van het inkomen. De prijs van een sociale koopwoning is lager dan op de reguliere markt, deels door het verschil in BTW (6% ten opzichte van 21%). Goedkoper betekent echter niet dat er solidariteit is. Doordat de woningen goedkoper worden aangeboden, maar de maximuminkomensgrens hoog is, er geen rekening wordt gehouden met het inkomen voor de koopprijs en voor de toewijzing, kan men bezwaarlijk oordelen dat er hier sprake is van herverdeling.

WEL ECONOMISCHE ACTIVITEITEN – Zuivere koopmaatschappijen vallen dus niet onder de uitzondering van het zuiver sociaal doel. Ze oefenen economische activiteiten uit en zijn dus een onderneming.

¹⁸³ <http://www.vmsw.be/nl/particulieren/kopen/voorwaarden->

¹⁸⁴ http://statbel.fgov.be/nl/binaries/PERSBERICHT%20Fiscale%20Statistieken%202012_tcm325-259976.pdf

¹⁸⁵ <http://www.vmsw.be/nl/particulieren/kopen/toewijzing>

4.2. DE GEMENGDE HUISVESTINGSMAATSCHAPPIJEN EN DE ZUIVERE HUURMAATSCHAPPIJEN

INLEIDING – Voor het toezichtscriterium en sociaal doel kan verwezen worden naar de vorige paragraaf.

SOLIDARITEIT! – Naar mijn mening is er hier wel sprake van solidariteit. Ten eerste wordt er voor de berekening van de huurprijs wel rekening gehouden met het inkomen.¹⁸⁶ Lagere inkomens betalen minder dan hogere inkomens, terwijl beiden van dezelfde dienst genieten. Hier is dus duidelijk sprake van solidariteit. De huurprijs is ook wettelijk bepaald, de sociale huisvestingsmaatschappijen hebben hier geen beslissingsruimte. Het is contra-intuïtief maar hoe hoger de maximuminkomengrens is, hoe meer solidariteit er mogelijk is. Sociale huisvestingsmaatschappijen moeten er voor zorgen dat ze geen verlies hebben. Recent zijn hun subsidies afgeschaft.¹⁸⁷ Ze hebben maar een beperkt budget en halen vooral hun inkomsten uit de huuropbrengsten. Doordat hogere inkomens een hogere prijs betalen, kunnen meer mensen met een laag inkomen genieten van dezelfde dienst aan een lage prijs. Het wordt immers gefinancierd door de hogere huurprijzen. Deze financiering maakt het mogelijk dat de armste mensen aan een lage huurprijs een huis kunnen huren. Hierdoor is er een herverdelend effect. Het vreemde aan deze herverdeling is echter dat er een herverdeling is van de zwakke schouders naar de zeer zwakke schouders. Uit figuur 9 blijkt dat een significant aantal een hoog inkomen heeft. Kortom, dat het maximuminkomen 23.302 euro¹⁸⁸ is voor alleenstaanden, doet geen afbreuk aan de solidariteit, integendeel! Men is niet verplicht om beroep te doen op sociale huisvestingsmaatschappijen. Sociale huisvestingsmaatschappijen mogen echter geen mensen weigeren die aan de toelatingsvoorwaarden voldoen. Dat men niet wettelijk verplicht is beroep te doen op deze diensten, is naar mijn mening *in casu* een reden om ervoor te pleiten dat er wel solidariteit is. De redenering achter het wettelijk verplicht aangesloten zijn, is naar mijn mening, dat iedereen van deze bescherming kan genieten en dat iedereen gedekt is tegen risico's. Bij sociale huisvestingsmaatschappijen kan slechts het minder gegoede deel van de bevolking een beroep doen op deze dienst en zullen de zwakste schouders *de facto* vaak verplicht worden hier een beroep op te doen omdat de prijzen op de reguliere markt te hoog zijn. Het is dus niet zoals bij bijvoorbeeld een aanvullende verzekering dat de hogere inkomsten hier van kunnen genieten, hier kunnen de lagere inkomens slechts van genieten. Er is hier dus ook weer sprake van solidariteit. Sociale huisvestingsmaatschappijen hebben geen winstoogmerk.

¹⁸⁶ <http://www.vmsw.be/nl/particulieren/huren-via-een-shm/huurprijs>

¹⁸⁷ Art 107 Decr.VI. 19 december 2014 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2015, BS 30 december 2014.

¹⁸⁸ <http://www.vmsw.be/nl/particulieren/huren-via-een-shm/voorwaarden-shm#2>

OF NIET? – Net zoals bij koopwoningen is de chronologische inschrijving, behoudens enkele marginale uitzonderingen, bepalend voor wie een sociale woning krijgt toegewezen.¹⁸⁹ Doordat de laagste inkomens geen voorrang krijgen, is dit niet herverdelend.

ZWAARTEPUNT BIJ SOLIDAREITEIT – Als men de twee voorgaande alinea's in acht neemt, is het duidelijk dat de solidariteit de bovenhand neemt en dat de uitzondering van zuiver sociaal doel vervuld is.

TOEKOMST VAN SOCIALE HUISVESTINGSMAATSCHAPPIJEN – Uit figuur 8 blijkt dat in de toekomst de herverdeling mogelijk beperkter gaat zijn. Doordat de huurders steeds armer gaan worden, gaat de herverdeling steeds meer tussen de sociaal zwakkeren gebeuren. Hierdoor gaat het budget van sociale huisvestingsmaatschappijen slinken en kunnen ze steeds minder diensten aanbieden. Een mogelijke oplossing hiervoor is dat sociale huisvestingsmaatschappijen meer op de gewone huismarkt mogen inzetten. Vermits deze markt meer winstmarge heeft, kunnen deze middelen ingezet worden om diensten aan te bieden aan de financieel zwaksten. Hierdoor zou er een grotere solidariteit zijn, vermits de reguliere kopers niet louter de kosten betalen, maar ook een extra bijdrage die ongeveer gelijk zou zijn aan de winstmarge in de privemarkt, die dan gebruikt wordt om de verhuring te financieren.

VEEL HANDELINGEN GEEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT – Als sociale huisvestingsmaatschappijen sociale woningen verhuren is het geen economische activiteit. Men moet in het mededingingsrecht steeds activiteit per activiteit nagaan of het een economische activiteit is. Mijns inziens hebben de verhuuractiviteiten ook een invloed op andere activiteiten van sociale huisvestingsmaatschappijen. Zoals in de vorige paragraaf aangehaald, is het verkopen van sociale woningen *a fortiori* van gewone woningen, een economische activiteit. Als deze handelingen echter gesteld zijn om de huurprojecten te realiseren en ervoor te zorgen dat lagere inkomens van een huurwoning kunnen genieten, zijn dit geen economische activiteiten. De solidariteit is aanwezig doordat deze winst het verhuren aan de minst goeoden financieel mogelijk maakt. Hiervoor baseer ik me op het arrest Fenin. Al deze handelingen zijn voorafgaande handelingen zodat het verhuren aan minder goeoden mogelijk wordt gemaakt. Dit wil niet zeggen dat alle handelingen van sociale huisvestingsmaatschappijen niet-economisch zijn, slechts die handelingen die gesteld zijn om het verhuren van sociale woningen financieel mogelijk te maken, zijn niet-economische activiteiten.

GEEN CONCURRENTIE – Zoals uit figuur 2 blijkt, meent de overgrote meerderheid van sociale huisvestingsmaatschappijen dat ze niet in concurrentie staan met de reguliere markt. Hiervoor zijn er enkele redenen: de

¹⁸⁹ <http://www.vmsw.be/nl/particulieren/huren-via-een-shm/toewijzing>

mensen die een sociale woning willen kopen of huren kunnen meestal geen huis kopen of huren op de reguliere markt. Een ander argument is dat er een te klein aanbod is om echt in concurrentie te kunnen staan met de reguliere markt. Mogelijks kan er in de toekomst wel concurrentie ontstaan. Doordat er heel wat subsidies afgeschafte zijn bijvoorbeeld voor het verwerven van gronden, komt de reguliere markt steeds dichterbij.

4.3. KERNTAKEN VAN DE OVERHEID: SAMENHANG EN TOCH NOG APART

ONDERNEMING EN ADMINISTRATIEVE OVERHEID GAAN NIET SAMEN – Als het Hof van Justitie de negatieve methode (gebruik overheidsprerogatieven) hanteert voor de uitoefening van overheidstaken is er een duidelijke relatie met het begrip administratieve overheid voor rechtspersonen in private rechtsvorm. De GIMVINDUS rechtspraak oordeelt dat een instelling in private rechtsvorm een administratieve overheid is wanneer ze haar imperiumbevoegdheid gebruikt. Hieruit volgt dat een instelling met private rechtsvorm geen economische activiteit uitoefent en dus geen onderneming is wanneer ze een administratieve overheid is. Een instelling kan dus zowel een onderneming en een administratieve overheid zijn, maar nooit tegelijk. Bij sociale huisvestingsmaatschappijen zal dit, zoals eerder aangehaald, niet vaak het geval zijn vermits ze bijna nooit gebruik maken van hun imperiumbevoegdheden. Hierbij is het onderscheid tussen zuivere koopmaatschappijen en maatschappijen die ook verhuren niet relevant.

Als het Hof van Justitie de positieve methode gebruikt (geen markt of private ondernemingen kunnen het niet uitoefenen) is de relatie minder uitgesproken. Een mogelijkheid is dat er geen markt bestaat omdat het gebruik van overheidsprerogatieven noodzakelijk is. Dit is de situatie van de voorgaande alinea. Een andere mogelijkheid is dat de markt verlieslatend is, zodat er geen markt bestaat (bijvoorbeeld defensie). Hiervoor hoeft men niet altijd imperiumbevoegdheid te gebruiken, en is er geen puur theoretische relatie mogelijk. Men moet in de praktijk kijken of men al dan niet imperiumbevoegdheid gebruikt.

Kortom zoals zo vaak in het recht, is het geen zwart-wit verhaal maar een spannende thriller tot op het einde.