

Woningcorporaties zijn (niet) aanbestedingsplichtig

door mr. P.F.C. Heemskerk en mr. B. Braat¹

A. Inleiding

Over de vraag naar een eventuele aanbestedingsplicht van woningbouwcorporaties is vaak geschreven.² Nu een juridische uitspraak over de Nederlandse situatie uitblijft, blijven de meningen verdeeld. Door de recente staatssteunbeschikking voor woningcorporaties van de Europese Commissie³ (de 'Commissie') is deze vraag in de politiek weer aan de orde gekomen.⁴ Zoals blijkt uit recente antwoorden is en blijft de Nederlandse Staat van mening dat woningbouwcorporaties niet aanbestedingsplichtig zijn.⁵ Terecht in onze optiek. Maar of dat zo blijft?

B. Woningcorporaties

Een woningcorporatie richt zich op het bouwen, beheren en verhuren van betaalbare woonruimte. De Nederlandse overheid liet het bouwen van goede en goedkope woningen grotendeels aan deze organisaties over, en beperkte zichzelf veelal tot financier, regelgever en toezichthouder. Daarmee heeft de woningbouwcorporatie in Nederland een centrale rol gekregen in de volkshuisvestingssector. De taken van de woningcorporaties zijn door het Ministerie van Volkshuis-

vesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer ('VROM') (thans Ministerie van Wonen, Wijken en Integratie ('WWI')) met name geregeld in het Besluit beheer sociale-huursector ('Bbsh').

De oorspronkelijke taak van woningcorporaties was enkel het voorzien in deugdelijke huisvesting voor (met name) minder draagkrachtigen. De taken van de corporatie zijn in de loop der tijd uitgebreid en strekken zich thans tevens uit tot het behoud van de leefbaarheid in wijken, verhuur van markthuurwoningen en bedrijfsruimten, verkoop van woningen, alsook tot een grotere betrokkenheid bij het beheer van maatschappelijk vastgoed.

Nederland telt ongeveer 430 corporaties.⁶ Circa driekwart van de huurwoningen in Nederland is eigendom van woningcorporaties. Een derde van de totale woningmarkt is in handen van woningcorporaties (circa 2,4 miljoen woningen).⁷ In 2009 hebben de corporaties ruim € 10 miljard geïnvesteerd.⁸

C. Juridisch kader

Het geschil dat velen verdeeld houdt, betreft de vraag of woningcorporaties aanbestedingsplichtig zijn. Een woningbouwcorporatie kan alleen aanbestedingsplichtig zijn indien zij kan worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling.

1. Mr. P.F.C. (Petra) Heemskerk en mr. B. (Bram) Braat zijn beiden advocaat bij CMS Derks Star Busmann. Zij danken J. (Jitske) Tamminga voor haar nuttige bijdrage aan dit artikel.
2. Zie in dit kader onder meer de artikelen van M.R. de Boer, 'Invloed van Europese regels en beleidsvoornemens op aanbesteding door woningcorporaties', *BR* 2006/153, p. 722 e.v., F.A. van den Assem, 'De woningcorporatie als aanbestedende entiteit', *BR* 2006/196, p. 906 e.v., R.D. Luteijn, 'Woningcorporaties en Europese aanbesteding: een reactie', *BR* 2006/219, p. 1003 e.v., M.R. de Boer, 'Naschrift', *BR* 2006/220, p. 1006 e.v., E.J.M. le Large, 'Samenwerkingsafspraken tussen gemeenten en woningcorporaties over multifunctionele accommodaties in staatssteunrechtelijk en aanbestedingsrechtelijk perspectief', *Gst.* 2009, 7325, 104, p. 481-489, A.Z.R. Koning, 'Werken in bouwteam', *BR* 2002, p. 377-384, A.G. Bregman & R.W.J.J. de Win, *Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie*, Deventer: Kluwer 2005, p. 28-31.
3. Beschikking C (2009) 9963 van 15 december 2009.
4. Over de staatssteunproblematiek zijn al diverse artikelen verschenen. Zie in dit kader onder meer de artikelen van B. Hessel, 'Woningcorporaties en de Europese regels voor de staatssteun', *BR* 2010/147, p. 771, B. Hessel, 'Vijftien prejudiciële vragen in de zaak Sint Servatius', *BR* 2008/2, en 'Het standpunt van Brussel over de Nederlandse woningcorporaties is niet echt verassend', *BR* 2006/150, A.D.L. Knook, 'In hoeverre zijn woningcorporaties gebonden aan het staatssteunrecht?', *BR* 2009/877, en H.M.H. Speyart, 'Een bouwwerk met krimpnamen: het besluit inzake staatssteun aan de Nederlandse woningcorporaties nader bekeken', *NTER* mei 2010, 4, p. 126-134.
5. *Kamerstukken II* 2009/10, 29 453, nr. 159, p. 17 en 19. Zie ook zeer recent *Kamerstukken II* 2009/10, 29 453, nr. 163, p. 4.
6. www.abnamro.nl.
7. *Ibid.*
8. *Ibid.*

De facto is de vraag of een woningbouwcorporatie een publiekrechtelijke instelling volgens art. 1 sub q Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten ('Bao') en daarmee een aanbestedende dienst is. Een belangrijke vraag nu uitsluitend aanbestedende diensten onder omstandigheden verplicht zijn om Europese aanbestedingen te houden wanneer zij opdrachten willen verstrekken aan derden.

Publiekrechtelijke instellingen zijn volgens art. 1 sub q Bao instellingen:

- a. die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
- b. die rechtspersoonlijkheid hebben; en
- c. waarvan óf (i) de activiteiten in hoofdzaak door een andere aanbestedende dienst worden gefinancierd, óf (ii) het beheer is onderworpen aan toezicht door een andere aanbestedende dienst, óf (iii) het bestuur of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door een andere aanbestedende dienst is aangewezen.

De eisen (a) tot en met (c) zijn cumulatief, terwijl de eisen (i) tot en met (iii) alternatief zijn.

Als bijlage bij de Richtlijn 2004/18/EG ('Aanbestedingsrichtlijn') is een lijst van publiekrechtelijke instellingen opgenomen. Op de Nederlandse lijst komen de woningcorporaties niet voor. Op de lijsten van bijvoorbeeld Denemarken en Duitsland komen varianten van de Nederlandse woningcorporaties wel voor. De lijst is echter niet limitatief. Ook andere instellingen kunnen dus publiekrechtelijke instellingen zijn. Als een instelling staat opgenomen op de lijst, is dat overigens op zichzelf niet voldoende om deze als publiekrechtelijke instelling te kwalificeren.⁹ Of een instelling kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling moet dus per geval worden getoetst aan de materiële voorwaarden van de Aanbestedingsrichtlijn en het Bao.

Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat het begrip 'publiekrechtelijke instelling' functioneel moet worden uitgelegd.¹⁰ Met andere woorden, voorkomen moet worden dat een instelling op grond van formeel-technische gronden buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn valt, omdat daarmee de doelstelling van de Aanbestedingsrichtlijn wordt ondermijnd. Veel juristen hebben de term functionele uitleg gezien als sy-

noniem voor een (onbegrensd) ruime uitleg van de aanbestedingsregels. Relevant in dat kader is hetgeen advocaat-generaal Mengozzi bij het arrest van het HvJ EU *Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* heeft gezegd ten aanzien van de functionele uitleg. Hieruit wordt duidelijk dat de werkingssfeer van de richtlijn in de eerste plaats moet worden afgebakend op grond van de objectieve voorwaarden zoals genoemd in de richtlijn. Volgens Mengozzi kan een functionele uitleg in bepaalde gevallen uitkomst bieden, maar is deze wel aan grenzen gebonden.¹¹

D. Analyse

Diverse juristen stellen dat woningbouwcorporaties – kort gezegd – aan de drie cumulatieve voorwaarden van het begrip publiekrechtelijke instelling voldoen, en dus aanbestedende diensten zijn die opdrachten in beginsel moeten aanbesteden.¹²

Dat aan onderdeel b van de definitie publiekrechtelijke instelling wordt voldaan, staat vast. Evident is dat een woningcorporatie rechtspersoonlijkheid bezit. Op basis van art. 70 Woningwet ('Wonw') kunnen enkel stichtingen en verenigingen als woningcorporatie worden toegelaten. Woningcorporaties bezitten derhalve op grond van art. 2:3 BW rechtspersoonlijkheid. Relevant is dus de vraag of woningcorporaties ook voldoen aan voorwaarden a en c van het begrip publiekrechtelijke instelling.

(a) behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard

De vraag is of entiteiten opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard. Deze voorwaarde bestaat uit twee onderdelen: (i) de entiteit moet zijn opgericht met een specifiek doel te voorzien in behoeften van algemeen belang; en (ii) het moet gaan om behoeften van andere dan commerciële of industriële aard.

Voor de beantwoording van de vraag of entiteiten zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, moet worden uitgegaan van de activiteiten die de entiteiten daadwerkelijk uitvoeren.¹³ Daarbij is overigens

9. HvJ EU 11 juni 2009, nr. C-300/07 (*Hans & Christophorus Oymanns GbR/ AOK Rheinland/Hamburg*), r.o. 40-47.

10. Zie onder meer HvJ EU 17 november 1998, nr. C-353/96 (*Commissie/Ierland*), r.o. 36, HvJ EU 12 december 2002, nr. C-470/99 (*Universale Bau*), r.o. 53, HvJ EU 13 december 2007, nr. C-337/06 (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 36-37.

11. HvJ EU 17 november 2009, nr. C-451/08 (*Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*).

12. F.A. van den Assem, 'De woningcorporatie als aanbestedende entiteit', *BR* 2006/196, p. 906 e.v., R.D. Luteijn, 'Woningcorporaties en Europese aanbesteding: een reactie', *BR* 2006/219, p. 1003 e.v., A.Z.R. Koning, 'Werken in bouwteam', *BR* 2002, p. 377-384, A.G. Bregman & R.W.J.J. de Win, *Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie*, Deventer: Kluwer 2005, p. 28-31.

13. HvJ EU 12 december 2002, nr. C-470/99 (*Universale Bau*), r.o. 33-34.

in beginsel niet vereist dat de entiteiten uitsluitend voorzien in behoeften van algemeen belang.¹⁴ Aannemelijk is dat woningcorporaties in ieder geval grotendeels voorzien in een behoefte van algemeen belang. De kerntaak van woningcorporaties is de bouw, het beheer en verhuur van sociale huurwoningen. Van oudsher zijn woningcorporaties opgericht door sociaal bewogen belangstellenden om met name de arbeidsklasse van een betaalbare woning te voorzien. Art. 22 lid 2 Grondwet ('Gw') bepaalt dat de bevordering van voldoende woongelegenheden een zorg is van de overheid. Op grond van art. 70 Wv is aan woningcorporaties een toelating verleend, omdat woningcorporaties zich ten doel stellen uitsluitend werkzaam te zijn op het gebied van de volkshuisvesting. In het Bbsh is de manier waarop woningcorporaties hun werkzaamheden dienen uit te voeren nader geregeld. Dit besluit stelt onder meer regels omtrent de inrichting en de statuten van woningcorporaties. Iedere woningcorporatie dient in haar statuten op te nemen dat zij enkel het belang van de volkshuisvesting behartigt. Vastgesteld moet daarmee worden dat woningcorporaties voorzien in behoeften van algemeen belang.¹⁵ Aangenomen dat woningcorporaties voorzien in behoeften van algemeen belang, wordt de vraag relevant of de entiteiten voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van commerciële of industriële aard. In het algemeen wordt aangenomen dat woningcorporaties voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van commerciële of industriële aard omdat dat nu eenmaal blijkt uit de oprichtingsdoelstellingen.

(c) overwegende overheidsinvloed

Om een publiekrechtelijke instelling te zijn, moeten entiteiten ook aan de derde voorwaarde van het begrip publiekrechtelijke instelling voldoen. Hiervan is sprake indien de entiteiten in grote mate afhankelijk zijn van de overheid.¹⁶ De entiteiten moeten in een afhankelijkheidsrelatie tot de overheid staan. Hiervan is sprake indien aan een van de drie hierna genoemde voorwaarden is voldaan: (i) de activiteiten van de entiteiten worden in hoofdzaak door de overheid gefinancierd; (ii) het beheer is onderworpen aan toezicht van de overheid; of (iii) de leden van hun directie, raad van bestuur of raad van toezicht worden voor meer dan de helft door de overheid aangewezen. In het hierna volgende zullen de voor-

waarden afzonderlijk worden besproken, waarbij het toezicht op het beheer (ii) als laatste aan de orde komt.

(i) Financiering 50% +

Om te bepalen of de activiteiten van de entiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, is vereist dat hun activiteiten voor meer dan 50% door de overheid worden gefinancierd.¹⁷ Om het percentage van de overheidsfinanciering te kunnen beoordelen, moet rekening gehouden worden met alle inkomsten van de entiteiten, inclusief die voortvloeien uit een commerciële activiteit.¹⁸

Woningcorporaties konden tot 1995 subsidies ontvangen van de gemeenten waar zij werkzaam waren en van VROM. De overheid heeft sindsdien de subsidies voor woningcorporaties laten vallen. Thans ontvangen woningcorporaties met name gelden uit huuropbrengsten en de ontwikkeling, bouw, en verkoop van onroerend goed. Daarmee worden woningcorporaties dus in beginsel niet in hoofdzaak door de overheid gefinancierd.

(iii) Meer dan de helft in bestuur of raad van toezicht

Op grond van art. 7 lid 1 sub d en lid 2 sub a Bbsh zijn woningcorporaties beperkt in de mogelijkheid bestuurders van een lokale of provinciale overheid als bestuurder of toezichthouder te benoemen. Leden van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente of van het college van gedeputeerde staten van de provincie waar de woningcorporatie gevestigd is of feitelijk werkzaam is, kunnen geen zitting hebben in het bestuur of het toezichthoudend orgaan van de woningcorporatie, noch personen voor het bestuur of het toezichthoudend orgaan van de corporatie benoemen. Een en ander impliceert dat de leden van het bestuur van of het orgaan dat toezicht houdt op het bestuur van de woningbouwcorporatie niet voor meer dan de helft door de gemeente of provincie wordt aangewezen. Ook in de praktijk blijkt niet dat de bestuurders of toezichthouders voor meer dan de helft door de overheid worden aangewezen en daarmee wordt niet aan het criterium van art. 1 onder q sub 3 Bao voldaan.

14. HvJ EU 15 januari 1998, nr. C-44/96 (*Mannesmann*), r.o. 24-26.

15. Vgl. HvJ EU 1 februari 2001, nr. C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 4, 6, 25 en 28.

16. HvJ EU 15 januari 1998, nr. C-44/96 (*Mannesmann*), r.o. 20, HvJ EU 3 oktober 2000, nr. C-380/98 (*University of Cambridge*), r.o. 20, en HvJ EU 1 februari 2001, nr. C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*).

17. HvJ EU 3 oktober 2000, nr. C-380/98 (*University of Cambridge*), r.o. 30, HvJ EU 13 december 2007, nr. C-337/07 (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 33, 57, 58.

18. HvJ EU 3 oktober 2000, nr. C-380/98 (*University of Cambridge*), r.o. 36.

(ii) Toezicht

Voor beantwoording van de vraag of het beheer van woningcorporaties is onderworpen aan zodanig toezicht door de overheid dat deze in staat is beslissingen van woningcorporaties te beïnvloeden, is het van belang te weten hoe dit toezicht is geregeld.

Volgens het HvJ EU is sprake van toezicht op beheer als het toezicht tot gevolg heeft dat de publiekrechtelijke instelling afhankelijk is van de overheid zodat deze haar beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.¹⁹ Het toezicht moet een afhankelijkheid jegens de overheid scheppen die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee alternatieve criteria is voldaan, te weten, dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of dat de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen, de directie of de raad van toezicht aanwijst, zodat de overheid de besluiten van de betrokken instelling ter zake van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.²⁰ Volgens het HvJ EU is het uitgesloten dat aan het criterium van toezicht op beheer is voldaan in het geval sprake is van louter controle achteraf, aangezien de overheid via een dergelijke controle de besluiten van de instelling terzake van overheidsopdrachten per definitie niet kan beïnvloeden.²¹

In de Woningwet is het een en ander bepaald over toezicht op woningcorporaties. Art. 70d lid 1 Wonw bepaalt dat woningcorporaties onder toezicht staan van de Minister van WWI. Het toezicht op de financiële aspecten van de werkzaamheden van woningcorporaties is blijkens art. 71a lid 2 Wonw opgedragen aan het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting ('CFV'). Het ministeriële toezicht wordt nader vormgegeven door het Bbsh.

Verantwoording woningcorporaties

Een woningcorporatie dient jaarlijks verantwoording af te leggen voor haar financiële en volkshuisvestelijke prestaties door middel van het opstellen van een jaarrekening, jaarverslag en volkshuisvestingsverslag over het afgelopen jaar (art. 26 Bbsh en art. 30 Bbsh). De minister dient zich elk jaar een oordeel te vormen over de werkzaamheden van de toegelaten instellingen in het voorafgaande verslagjaar. Hij doet dat mede aan de hand van het financiële overzicht dat door het CFV over een woningcorporatie aan de minister wordt verstrekt (art. 33 Bbsh). Tot slot

dient een woningcorporatie, op verzoek van de minister, onverwijld inzage te verlenen van de door hem verlangde bescheiden en verstrekt zij de minister de door hem verlangde inlichtingen, voor zover dit naar zijn oordeel voor uitoefening van het toezicht nodig is (art. 40 Bbsh).

Ingrijpen minister

Aan de minister zijn, in het belang van de volkshuisvesting, de volgende interventiebevoegdheden toegekend:

- geven van een aanwijzing om één of meer handelingen te verrichten (art. 41 Bbsh);
- bepalen dat een woningcorporatie tijdelijk bepaalde handelingen slechts kan verrichten na voorafgaande goedkeuring (art. 43 lid 1 Bbsh);
- laten opstellen van een plan door een door de minister aangewezen persoon of instantie ten behoeve van door een woningcorporatie te verrichten handelingen (art. 43 lid 2 Bbsh).

Bovengenoemde maatregelen kunnen slechts worden gehanteerd 'in het belang van de volkshuisvesting'. Dit begrip is niet nader ingevuld, sterker nog, dit is uitdrukkelijk open gelaten. In de circulaire op het Bbsh 'Toepassing toezicht op toegelaten instellingen' van 3 november 1999 bepaalt de minister hierover:²²

'Het belang van de volkshuisvesting is geen universeel begrip. Ik acht dat ook niet wenselijk. Invulling van dat begrip is afhankelijk van de opgave binnen de woningmarkt en de omstandigheden waar t.i.'s zich in bevinden. De eigen keuzevrijheid van t.i.'s, het gemeentelijk volkshuisvestingsbeleid en de betrokkenheid van huurders bij het bepalen van het beleid en beheer van de t.i. vormen, tezamen met de voorwaarden die het Rijk daarvoor schept, het afwegingskader om te komen tot wat in het concrete geval het belang van de volkshuisvesting is. Het belang van de volkshuisvesting wordt dus op lokaal niveau ingevuld'. (...) 'Het is aan mij om uiteindelijk, en in beginsel achteraf, aan de hand van interne en externe signalen te beoordelen of een t.i. in redelijkheid tot die beslissing had kunnen komen en of het handelen in het belang van de volkshuisvesting is.'

[Onderstreping auteurs.]

Het begrip 'belang van de volkshuisvesting' is in zoverre begrensd dat er steeds sprake dient te zijn van een concrete aanleiding voor een aanwijzing; een woningcorporatie handelt niet of zal niet handelen naar de letter, doel en/of strekking van de op haar van toepassing zijnde regels, of handelt

19. HvJ EU 1 februari 2001, nr. C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 48.

20. HvJ EU 1 februari 2001, nr. C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 49, HvJ EU 27 februari 2003, nr. C-373/00 (*Truley*), r.o. 69.

21. HvJ EU 27 februari 2003, nr. C-373/00 (*Truley*), r.o. 70.

22. MG 99-23, *Stcr.* 7 februari 2000, 26, p. 8.

niet/zal niet handelen waar zij dat wel zou moeten doen.²³

In het uiterste geval, als een woningcorporatie ernstige schade aan het belang van de volkshuisvesting berokkent en andere maatregelen niet doeltreffender zijn, kan de minister de rechter verzoeken een woningcorporatie onder bewind te stellen (art. 70 t/m 70i Wonw). Tot slot heeft de minister de bevoegdheid om een woningcorporatie niet langer toe te laten als instelling uitsluitend werkzaam in het belang van de volkshuisvesting (art. 70 lid 2 Wonw, art. 70a lid 2 Wonw en art. 44 Bbsh). Intrekking van de toelating is mogelijk als een woningcorporatie niet langer uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam is of uitkeringen doet anders dan in het belang van de volkshuisvesting, weigert de statuten aan te passen of als de woningcorporatie naar het oordeel van de minister zodanige schade aan het belang van de volkshuisvesting berokkent dat haar toelating niet langer in dat belang is te achten.

Het toezicht op de woningcorporaties is in beginsel repressief.²⁴ Slechts naar aanleiding van een concrete aanleiding zal een aanwijzing volgen.²⁵

Naast de hiervoor genoemde bevoegdheden om in te grijpen bij individuele corporaties als deze in strijd handelen met het belang van de volkshuisvesting, bepaalt de minister in circulaire in zijn algemeenheid de kaders voor de te verrichten activiteiten. De minister bepaalt welke activiteiten wel geoorloofd zijn en welke niet.

De praktijk

Het afgelopen jaar (2009) heeft de minister een aantal aanwijzingen gegeven waarbij externe toezichthouders zijn aangewezen²⁶ die moesten toezien op het opstellen van bepaalde plannen op het gebied van bijvoorbeeld financiering van bepaalde projecten of de toekomstige financiering van de woningcorporatie, doorlichting van de projectenportefeuille, haalbaarheid van een infrastructuurcomponent binnen een herontwikkeling. In alle gevallen dienden, na aanwijzing, toekomstige investeringsbesluiten vooraf goed-

gekeurd te worden door de (externe) toezichthouder. De (tijdelijke) aanwijzingen werden gegeven in gevallen van fraude, financieel wanbeheer, en bij het opstappen van een Raad van Commissarissen. Steeds als de financiële continuïteit van de betreffende corporatie al in gevaar was gekomen. Het sanctie-instrumentarium wordt overigens pas als laatste middel ingezet. Eerst wordt door middel van overleg getracht de onregelmatigheden of de financiën te herstellen.²⁷ Onzes inziens gaat het toezichtinstrumentarium van de Nederlandse overheid niet zover dat zij in staat is om besluiten van woningcorporaties ter zake overheidsopdrachten voorafgaande aan de opdrachtverlening te beïnvloeden. Betoogd kan daarmee worden dat het toezicht van de Nederlandse overheid niet een dermate sterke afhankelijkheid creëert die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere (alternatieve) criteria is voldaan, te weten dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of dat de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen, de directie of de raad van toezicht aanwijst, zodat de overheid de besluiten van de betrokken instelling terzake van de overheidsopdrachten kan beïnvloeden. Hiervan uitgaande is niet aan het *toezichtscriterium* voldaan. Ook de Staat hanteert de leer dat woningcorporaties niet aanbestedingsplichtig zijn. Zie in dit kader hetgeen minister Van Middelkoop onlangs heeft aangegeven:²⁸

‘(...) Naar mijn mening zijn de corporaties, op grond van de huidige regelgeving, geen aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/18/EG. Ter uitvoering van het EC-besluit zal voor de dienst van algemeen economisch belang de verplichting worden opgelegd dat de corporaties de bouw van maatschappelijk vastgoed moet aanbesteden. Dit enkele feit verandert niets aan de positionering van de woningcorporaties ten opzichte van de overheid.’

De twee vaak aangehaalde arresten van het HvJ EU (*Connemara* en de *HLM-vennootschappen*) om aan te geven dat wel aan het *toezichtscriterium* is voldaan, overtuigen onzes inziens niet.

23. *Stb.* 1998, 135, p. 48 (NvT).

24. *MG* 99-23, *Stcrt.* 7 februari 2000, 26, p. 8, waarin de minister aangeeft: ‘Het is aan mij om uiteindelijk, en in beginsel achteraf, aan de hand van interne en externe signalen te beoordelen of een t.i. in redelijkheid tot die beslissing had kunnen komen en of het handelen in het belang van de volkshuisvesting is.’

25. Zie noot 27.

26. *Stcrt.* 4 december 2009, 18 640; 19 oktober 2009, 15 600; 20 mei 2009, 92; 6 april 2009, 66; 11 maart 2009, 48; 18 februari 2009, 33; 23 januari 2009, 15.

27. *Kamerstukken II* 2009/10, 29 453, nr. 136, p. 3.

28. *Kamerstukken II* 2009/10, 29 453, nr. 163, p. 4. Zie in dit kader ook de Conceptregeling van de Minister van WWI houdende het aan toegelaten instellingen als bedoeld in art. 70 Wonw opdragen van diensten van algemeen economisch belang, en daarmee verband houdende bepalingen (Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting), art. 5 jo. art. 2 sub e en f alsook de bij de Conceptregeling behorende toelichting (p. 9 en 10), www.vrom.nl.

In het arrest *Connemara* overwoog het HvJ EU onder meer het volgende:²⁹

‘De bevoegdheid van de minister om de Forestry Board aanwijzingen te geven, met name om hem te verplichten de grote lijnen van het overheidsbeleid inzake de bosbouw te volgen, of diensten of inrichtingen te exploiteren, alsmede de aan die minister en aan de minister van Financiën toegekende bevoegdheden op financieel gebied, geven de Staat bovendien de mogelijkheid de economische activiteit van de Forestry Board te controleren. Ofschoon dus geen enkele bepaling er uitdrukkelijk in voorziet, dat de staatscontrole zich specifiek uitstrekt tot de plaatsing van overheidsopdrachten voor leveringen aan de Forestry Board, kan de Staat een dergelijke controle ten minste indirect uitoefenen.’

In de literatuur is dit arrest een aantal malen aangehaald omdat deze parallellen zou vertonen met de bevoegdheden van de Minister van WWI ten aanzien van woningcorporaties.³⁰ In de wetgeving die van toepassing is op woningcorporaties staat evenals de wetgeving die van toepassing is op de *Forestry Board* niet expliciet dat de Nederlandse overheid zich kan bemoeien met overheidsopdrachten. Dit betekent echter nog niet dat de Nederlandse overheid een dergelijke controle – evenals de Ierse overheid – niet indirect kan uitoefenen. Uit de overwegingen 11 tot en 14 van het arrest blijkt dat de Ierse overheid de wettelijke mogelijkheid heeft zich in verregaande mate te bemoeien met zowel de inrichting van de *Forestry Board* (bijvoorbeeld ten aanzien van de benoeming bestuur), maar ook met de bedrijfsvoering (bijvoorbeeld aanwijzingen te voeren beleid). Een dergelijke mate van indirecte controle schept een afhankelijkheid jegens de overheid. Deze situatie is anders, en verdergaand, dan de mate van toezichtuitoefening van de Nederlandse overheid op woningcorporaties.³¹

In het arrest *HLM-vennootschappen*³² heeft het HvJ EU uitgemaakt dat een Franse woningcorporatie kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling. Of er sprake is van toezicht op beheer dient beoordeeld te worden aan de hand van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.³³ Een vergelijking tussen de argumenten van het HvJ EU in het arrest van de HLM-vennootschappen en het Nederlandse toezicht op woningcorporaties laat de volgende overeenkomsten en verschillen zien:

1. De Wonw en het Bbsh, alsmede circulaire van de minister, beschrijven de activiteiten van woningcorporaties in algemene bewoordingen. De

Nederlandse wetgeving gaat niet zover dat daarin de technische kenmerken en de kostprijs van de woningen wordt bepaald. Ook bepaalt de Nederlandse wet – anders dan de Franse regelgeving – niets over het minimale of maximale aantal woningen waar een woningcorporatie over mag beschikken of hoeveel woningen er gebouwd moeten worden;

2. De statuten van de HLM-vennootschappen moeten clausules bevatten die overeenstemmen met de in de bijlage bij de wet opgenomen standaardclausules. Hoewel de Nederlandse wetgeving geen standaardclausules voorschrijft voor de statuten, wordt in art. 7 Bbsh uitgebreid beschreven aan welke voorwaarden de statuten moeten voldoen wil een woningcorporatie worden toegelaten als toegelaten instelling;

3. De Franse regels voor het beheer zijn zeer gedetailleerd. Volgens het HvJ EU kan het gewone toezicht op de naleving daardoor op zichzelf tot gevolg hebben dat de overheid een grote invloed krijgt. Zo verplicht de Franse regeling een HLM-vennootschap met minder dan 1500 woningen ten minste 500 woningen te bouwen in tien jaar, op straffe van ontbinding van de vennootschap. Een andere bepaling van de Franse regeling houdt in dat een HLM-vennootschap die meer dan 50 000 woningen beheert, verplicht kan worden het meerdere van die woningen te verkopen. De Wonw noch het Bbsh kennen gedetailleerde regels voor het beheer. De kans dat het gewone toezicht op de naleving daarvan op zichzelf tot gevolg heeft dat de overheid een grote invloed krijgt, lijkt daardoor relatief klein;

4. Het toezicht op de werkzaamheden van de HLM-vennootschappen is opgedragen aan de Minister van Financiën en de Minister voor Bouw en Huisvesting. Volgens het Hof preciseren deze bepalingen niet binnen welke grenzen een dergelijk toezicht wordt uitgeoefend. Het toezicht in Nederland is opgedragen aan de Minister van WWI en het CFV. De minister kan zijn aanwijzingsbevoegdheid slechts gebruiken in het belang van de volkshuisvesting en als daarvoor bij een corporatie een concrete aanleiding voor bestaat, namelijk om een handelwijze achterwege te laten of een situatie die strijdig is met het belang van de volkshuisvesting op te heffen;

5. De Minister voor Bouw en Huisvesting is bevoegd de HLM-vennootschap te ontbinden en een vereffenaar aan te wijzen en het bestuursorgaan van de vennootschap te schorsen en een voorlopige bewindvoerder aan te wijzen, in het

29. HvJ EU 17 december 1998, nr. C-306/97 (*Connemara*), r.o. 38-39.

30. Vgl. bijv. R.D. Luteijn, ‘Woningcorporaties en Europese aanbesteding: een reactie’, *BR* 2006/219, p. 1004-1005 en F.A. van den Assem, ‘De woningcorporatie als aanbestedende dienst’, *BR* 2006/196, p. 906-908.

31. Vgl. M.R. de Boer, ‘Naschrift’, *BR* 2006/220, p. 1007.

32. HvJ EU 1 februari 2001, nr. C-237/99.

33. HvJ EU 1 februari 2001, nr. C-237/99, r.o. 51-58.

geval er sprake is van ernstige onregelmatigheden, van grove fouten bij het beheer of van nalatigheid van de raad van bestuur, de directie of de raad van toezicht. De laatste twee gevallen betreffen ingrijpen van de overheid in het beheer van de betrokken vennootschap en niet een gewone controle van naleving van de regels. De Minister van WWI is bevoegd de rechter te verzoeken een woningcorporatie onder bewind te laten stellen, ingeval deze ernstige schade aan het belang van de volkshuisvesting berokkent. Daarnaast kan de minister de rechter verzoeken de woningcorporatie te ontbinden, ingeval een toelating wordt geweigerd of ingetrokken. Voor zover wij hebben kunnen constateren heeft de minister van deze bevoegdheden nog nimmer gebruikgemaakt;

6. De Minister van Bouw en Huisvesting kan de HLM-vennootschappen een bepaald beheersprofiel opleggen, hetzij door hen te verplichten tot een minimum aan dynamisme, hetzij door als overdreven aangemerkte activiteiten te beperken. Hoewel de minister de bevoegdheid heeft in te grijpen bij een woningcorporatie, doet hij dat in beginsel slechts achteraf als er een concrete aanleiding voor is, en er sprake is van onregelmatigheden of het financiële vermogen van de corporatie in het geding is. Het opleggen van een beheersprofiel komt in de Nederlandse wetgeving niet voor, maar door middel van de aanwijzingsbevoegdheid (art. 41 Bbsh) of de goedkeuringsbevoegdheid (43 lid 1 Bbsh) en de uitgifte van circulaire kan de minister voor corporaties de kaders scheppen waarbinnen zij moeten opereren. Dit zijn overigens slechts tijdelijke maatregelen;

7. De Franse interministeriële dienst van inspectie van de sociale huisvesting kan behalve met de controle op basis van de stukken en met de controle ter plekke van de werkzaamheden van de instellingen voor sociale woningbouw, ook worden belast met studies, audits of evaluaties op het gebied van sociale huisvesting en kan voorstellen formuleren over de gevolgen die aan de inspectierapporten moeten worden verbonden. Het Nederlandse toezicht vindt plaats door het overleggen van gegevens door de corporaties, niet door binnentreden bij een woningcorporatie. Weliswaar dienen woningcorporaties zich voor 1 januari 2011 te laten visiteren, echter dit vloeit voort uit de Aedescode en niet uit de door de overheid opgelegde regelgeving.

Het Nederlandse en het Franse toezicht kent dus een aantal overeenkomsten (voorwaarden voor de statuten, ministeriële bevoegdheden om in te grijpen), maar even zoveel verschillen (geen gedetailleerde beheersregeling, geen inspectie op de werkvloer, en enkel indien het financiële vermogen c.q. de integriteit van een corporatie in het geding is). Het toezicht in Nederland gaat daarmee beduidend minder ver dan in Frankrijk. Daarbij betreft het Nederlandse toezicht in beginsel toezicht achteraf.

De toekomst

De verhouding tussen overheid en woningcorporaties ligt al langere tijd onder een vergrootglas. In dat kader zijn diverse rapporten³⁴ opgesteld en is een wijziging van de Wonw in voorbereiding die naar verwachting in het najaar aan de Tweede Kamer wordt voorgelegd.³⁵

De Conceptregeling

Naar aanleiding van de staatssteunbeschikking van de Europese Commissie heeft de minister in concept de 'Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting' ('Conceptregeling') opgesteld. In deze regeling is onder meer bepaald dat gebouwen met een maatschappelijke gebruiksbestemming zullen moeten worden aanbesteed indien de waarde van de opdracht meer dan € 4 845 000 bedraagt.³⁶

Wijziging Woningwet

De bedoeling van de wijziging van de Wonw is het toezicht op de woningcorporaties te verscherpen. Er komt een nieuwe autoriteit die het volledige toezicht op de woningcorporaties op zich gaat nemen. De beleidsregels van de autoriteit dienen door de minister te worden goedgekeurd. De autoriteit baseert zich in zijn toezicht op alle benodigde, desnoods aanvullend ingewonnen informatie en zal de minister adviseren over de maatschappelijke prestaties van corporaties. Een eventuele interventie op dit punt ligt bij de minister. De autoriteit voert daarnaast het toezicht uit op de rechtmatigheid en oefent het financiële toezicht uit. Statutenwijzigingen blijven aan goedkeuring vooraf door de autoriteit onderhevig. Voor de financiële beheersing bij corporaties zal een *treasurystatuut* verplicht worden gesteld. De autoriteit zal ook de saneringssteun en de projectsteun uitvoeren. Voor het externe toezicht beoordeelt de Autoriteit de verklaringen die de

34. Nieuw arrangement overheid-woningcorporaties, Stuurgroep Meijerink 27 november 2008; 'Advies toezicht op woningcorporaties', prof. dr. A. Schilder RA 20 juni 2006; 'Lokaal wat kan, centraal wat moet: nieuw bestel voor woningcorporaties', commissie De Boer mei 2005.

35. Brief minister met kabinetsstandpunt over voorstellen over woningcorporatiestelsel, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 453, nr. 118, p. 5 en 6.

36. De Conceptregeling, art. 5 jo. art. 2 sub e en f alsook de bij de Conceptregeling behorende toelichting (p. 9 en 10).

raden van commissarissen ('RvC's') van de corporaties voortaan moeten afgeven over het maatschappelijke presteren, de financiële continuïteit, de inzet van het vermogen en de doelmatigheid, de rechtmatigheid, de integriteit en de *governance*. Voor aankopen boven bepaalde (nader vast te stellen) drempelbedragen zal met het oog op financiële en integriteitsrisico's voorafgaande toestemming van de RvC respectievelijk de autoriteit vereist zijn. De meest toegepaste sanctiebevoegdheden ten aanzien van woningcorporaties zullen aan de autoriteit worden toegedeeld, maar daar waar het gaat om kwesties die direct raken aan beleidsmatige vraagstukken blijven de sancties bij de minister.

Vooraf met de invoering van voorafgaande goedkeuring door de autoriteit voor bepaalde aankopen boven een bepaald bedrag wordt de invloed op het (financieel) beheer van de overheid op woningcorporaties aanmerkelijk uitgebreid. De kans dat het HvJ EU bij woningcorporaties een overwegende overheidsinvloed aanwezig acht door middel van overheidstoezicht, wordt daarmee vergroot.

E. Conclusie(s)

Wij menen dat woningcorporaties in Nederland niet aanbestedingsplichtig zijn. Niet gezegd is dat de overheid daadwerkelijk het beleid van woningcorporaties ten aanzien van te verstrekken opdrachten in overwegende mate kan sturen. Zolang woningcorporaties handelen in het belang van de volkshuisvesting en zich daarbij houden

aan de regels, zal de overheid op dit moment feitelijk weinig doen tegen een woningcorporatie die een specifieke opdracht wil vergeven.

Zekerheid over een eventuele aanbestedingsplicht bestaat vooralsnog echter niet. Die onzekerheid maakt het voor de betrokken woningcorporaties natuurlijk buitengewoon lastig manoeuvreren, evenals voor partijen die zaken doen met de woningcorporaties. Temeer nu de nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn is doorgedrongen in het Nederlandse aanbestedingsrecht – die het onder andere mogelijk maakt ten onrechte onderhands gegunde contracten te vernietigen – is voorzichtigheid geboden. Om zekerheid te verkrijgen zou duidelijkheid van de rechter uitkomst kunnen bieden.

De Conceptregeling maakt duidelijk dat woningcorporaties opdrachten tot de realisering van gebouwen met een maatschappelijke gebruiksbestemming moeten aanbesteden. Opgemerkt zij dat de voorgestelde wijziging van de Wonw ook aannemelijker maakt dat woningcorporaties als publiekrechtelijke instellingen moeten worden beschouwd. Met de nieuwe regels wordt onder andere bewerkstelligd dat voor opdrachten boven een bepaalde drempel (indirect) toestemming noodzakelijk is van de overheid. Hiermee wordt toezicht vooraf door de overheid ten aanzien van te vergeven opdrachten wettelijk geregeld. Betoogd kan worden dat daarmee aan het toezichtcriterium van art. 1 sub q Bao wordt voldaan. Een en ander kan impliceren dat niet de rechter, maar de wetgever een einde gaat maken aan de rechtsonzekerheid.