

Woningcorporaties en aanbestedingsplicht; het blijft de gemoederen bezighouden



Zijn woningcorporaties aanbestedingsplichtig ja of nee? Het is een vraag die de gemoederen al geruime tijd bezighoudt en die in de literatuur even vaak positief als negatief wordt beantwoord. De rechter heeft zich tot op heden nog niet uitgesproken. Duidelijk is in ieder geval dat de op 1 januari 2011 geïntroduceerde beperkte aanbestedingsplicht alweer is ingetrokken. Maar er zijn mogelijk nieuwe donkere wolken voor de tegenstanders van een Europese aanbestedingsplicht. De overheid wil namelijk het toezicht op woningcorporaties versterken. Dit roept de vraag op of dit versterkte toezicht gevolgen heeft voor de eventuele aanbestedingsplicht van woningcorporaties.

1. Inleiding

Wanneer overheden bouwprojecten willen realiseren of diensten of producten willen inkopen, moeten opdrachten hiertoe Europees worden aanbesteed. Voorwaarde is wel dat de aanneemsom de op grond van Richtlijn 2004/18¹ vastgestelde drempels overschrijdt. Vorenbedoelde aanbestedingsplicht geldt echter niet alleen voor overheden, maar ook voor zogenaamde publiekrechtelijke instellingen. De vraag of woningcorporaties publiekrechtelijke instellingen zijn en dus opdrachten Europees moeten aanbesteden, houdt de gemoederen al jaren bezig. Er zijn voor- en tegenstanders.

Duidelijk is in ieder geval dat de regering van mening is dat woningcorporaties niet aanbestedingsplichtig zijn en dat ook niet moeten worden, omdat Europees aanbesteden een te grote belasting voor woningcorporaties vormt. De op 1 januari 2011 ingevoerde plicht om maatschappelijk vastgoed met een aanneemsom van meer dan € 4,845 miljoen exclusief omzetbelasting Europees aan te besteden is daarom op 6 juni 2011 alweer ingetrokken.

Maar er lijken nieuwe donkere wolken aan de horizon voor tegenstanders van een Europese aanbestedingsplicht voor woningcorporaties. De regering wil namelijk het toezicht op het functioneren van woningcorporaties versterken. Hiertoe heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inmiddels het wetsvoorstel

Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (hierna: 'het wetsvoorstel Herzieningswet') naar de Tweede Kamer gezonden.² De vraag is of woningcorporaties een publiekrechtelijke instelling worden en dus opdrachten boven de drempel Europees moeten aanbesteden als het wetsvoorstel Herzieningswet wordt ingevoerd. Dit zou opmerkelijk zijn omdat daarmee de op 6 juni 2011 ingetrokken beperkte aanbestedingsplicht voor maatschappelijk vastgoed volledig te niet zou worden gedaan. Er zou dan zelfs sprake zijn van een lastenverzwaring. Woningcorporaties zouden immers niet alleen alle werken, maar ook alle leveringen en diensten boven de drempelwaarde Europees moeten gaan aanbesteden. Dit lijkt niet de bedoeling van de regering.

In dit artikel zal allereerst worden aangetoond dat woningcorporaties geen publiekrechtelijke instelling zijn. Daarna wordt ingegaan op de inmiddels gewijzigde beperkte aanbestedingsplicht voor maatschappelijk vastgoed. Tot slot zal worden aangetoond dat ook de invoering van het wetsvoorstel Herzieningswet niet tot gevolg zal hebben dat woningcorporaties publiekrechtelijke instellingen worden.

2. Publiekrechtelijke instelling

Niet alleen overheden moeten werken, leveringen en diensten boven de drempelwaarde op grond van Richtlijn 2004/18³ Europees aanbesteden. Dezelfde aanbestedingsplicht geldt ook voor zogenaamde publiekrechtelijke instellingen. Richtlijn 2004/18 strekt er immers toe uit te sluiten dat zowel de overheid als door de overheid gefinancierde of gecontroleerde instellingen zich door andere dan economische overwegingen laten leiden.

Dat woningcorporaties niet tot de overheid behoren, spreekt voor zich. Woningcorporaties zijn daarom slechts dan aanbestedingsplichtig indien zij kwalificeren als publiekrechtelijke instelling.

De definitie van publiekrechtelijke instelling staat in artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18:

'Onder publiekrechtelijke instelling wordt iedere instelling verstaan:

* Mr. H.C.E.P.J. Janssen is advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. Hij dankt zijn kantoorgenoten mrs. Robert Rijpstra, Tony van Wijk en Sjaak van der Heul voor hun commentaar. Het artikel is afgesloten op 6 juli 2011.

1. Richtlijn 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEG* 2004, L 134/114).
2. Wetsvoorstel 32 769.
3. Richtlijn 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEG* 2004, L 134/114).

- a. die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
- b. die rechtspersoonlijkheid bezit; en
- c. waarvan ofwel:
 - i. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel
 - ii. het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel
 - iii. de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.⁷

Er moet aan drie criteria worden voldaan, wil er sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling, met dien verstande dat het derde criterium uit drie alternatieven bestaat.

3. Het eerste criterium

Het eerste criterium bestaat uit twee cumulatieve delen. Allereerst moet worden nagegaan of een instelling is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang. Als dit het geval is, moet worden nagegaan of die belangen niet van industriële of commerciële aard zijn.

Dat het aanbieden van sociale huisvesting voorziet in behoeften van algemeen belang kan als vaststaand worden aangenomen. In dit verband kan worden gewezen op de beschikking van 15 december 2009⁴ van de Europese Commissie betreffende de staatssteun aan Nederlandse woningcorporaties. Aldaar bevestigt de Europese Commissie dat sociale huisvesting een dienst van algemeen economisch belang is. Hieraan kan worden toegevoegd dat de Europese Commissie in de beschikking van 7 december 2005,⁵ betreffende staatssteun aan de Irish Housing Association, het bevorderen van sociale huisvesting als een legitieme taak van de overheid heeft genoemd.

Interessanter is de vraag of het aanbieden van sociale huisvesting wel of niet van commerciële aard is. In de literatuur wordt meestal voetstoots aangenomen dat het aanbieden van sociale huisvesting een commercieel karakter ontbeert.⁶ Is dit echter juist?

Als naar de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna: 'het HvJ') wordt gekeken, moet op de eerste plaats worden vastgesteld dat het niet relevant is of de behoeften van algemeen belang wel of niet van commerciële aard zijn, maar of de entiteit, die in de be-

hoeften van algemeen belang voorziet, dit op commerciële basis doet. Het is dus niet relevant dat woningcorporaties voorzien in sociale huisvesting, maar op welke wijze zij daaraan voldoen. Daarom moet onder meer onderzocht worden of de betrokken entiteit de activiteiten verricht in concurrentie met andere ondernemingen.

In de hiervoor reeds genoemde beschikking van 15 december 2009 stelt de Europese Commissie dat het verhuren van woonruimte aan privépersonen, het verhuren van maatschappelijk vastgoed en het verhuren van commerciële ruimtes economische activiteiten zijn. Deze activiteiten worden volgens de Europese Commissie verricht in concurrentie met particuliere vastgoedeigenaren. Ook de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'de NMa') is van mening dat woningcorporaties activiteiten verrichten in concurrentie met elkaar en andere ondernemingen. In het besluit van 27 januari 2006,⁷ betreffende twee Eindhovense woningcorporaties, stelt de NMa dat woningcorporaties ook binnen het kader van de uitvoering van hun maatschappelijke taken 'prikkels hebben om hun inkomsten en vermogen positief te beïnvloeden, om zo een betere invulling aan hun maatschappelijke taken te geven'.

De primaire doelstelling van het aanbestedingsrecht is het voorkomen dat nationale ondernemingen ten opzichte van ondernemingen uit andere lidstaten worden bevoordeeld bij het verstrekken van opdrachten. Het verrichten van economische activiteiten in concurrentie met andere ondernemingen is echter op zichzelf niet voldoende dit te voorkomen. Daarom moet ook worden onderzocht of de entiteit de gevolgen van de eigen keuzes zelf moet dragen. In het arrest van 22 mei 2003,⁸ in de zaak *Korhonen*, heeft het HvJ bevestigd dat, indien de entiteit onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, het niet waarschijnlijk is dat de behoeften waarin zij wil voorzien van andere dan industriële of commerciële aard zijn. Het nastreven van winst is echter niet noodzakelijk. Uit het arrest van 10 mei 2001,⁹ in de zaak *Agorà*, volgt dat een entiteit die geen winstoogmerk heeft, maar wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en die opereert in een klimaat van concurrentie, geen publiekrechtelijke instelling is.

Woningcorporaties zijn op grond van artikel 21 lid 1 van het Besluit beheer sociale huursector (hierna: 'het Bbsh') verplicht een zodanig financieel beleid en beheer te voeren, dat hun voortbestaan in financieel opzicht is gewaarborgd. Verder schrijft artikel 24 Bbsh voor dat woningcorporaties zorgen 'voor een sobere en doelmatige be-

4. State aid No. E 2/2005 and N 642/2009 – The Netherlands, Existing and special project aid to housing corporations (C(2009)9963 final), randnummer 48.

5. State Aid N 395/2005 – Ireland, Loan Guarantee for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency (C(2005)4668 final).

6. Zie bijvoorbeeld L.A. Dutmer, 'Woningcorporaties aanbestedingsplichtig? Nieuwe ontwikkelingen', *TBR* 2010, 142 en P.F.C. Heemskerk & B. Braat, 'Woningcorporaties zijn (niet) aanbestedingsplichtig', *Bouwwrecht* 2010, 148.

7. RvB NMa 27 januari 2006, zaaknr. 4173 (*HHvL – SWS*), randnummer 52.

8. HvJ 22 mei 2003, nr. C-18/01, r.o. 51 (*Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy e.a./Varkauden Taitotalo Oy*).

9. HvJ 10 mei 2001, gevoegde zaken nr. C-223/99 en C-260/99, r.o. 31 (*Agorà Srl en Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C./Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano en Ciftat Soc. coop. arl.*).

drijfsvoering'. In de brief van 12 juni 2009¹⁰ aan de Tweede Kamer schrijft de minister dat dit voorschrift is bedoeld om te voorkomen dat het maatschappelijk vermogen van woningcorporaties weglekt 'naar ondoelmaticheden en onnodige luxe'. Daarnaast verplicht artikel 25 Bbsh woningcorporaties een administratie te voeren 'die een juist en volledig inzicht geeft in haar werkzaamheden en haar financiële situatie'. Aldus kan worden aangenomen dat woningcorporaties moeten worden bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit.

Op basis van het feit dat een entiteit wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit kan nog steeds niet worden geconcludeerd dat de betreffende entiteit niet zelf de gevolgen van de eigen keuzes moet dragen. Uit het arrest van 16 oktober 2003¹¹ in de zaak *Siepsa* volgt dat ook moet worden nagegaan of de overheid de nodige maatregelen zal nemen om een faillissement van de betrokken entiteit te voorkomen. Als duidelijk is dat de overheid zal ingrijpen, moet worden aangenomen dat de entiteit niet de gevolgen van de eigen keuzes hoeft te dragen. Het is evenwel een lastige toets. Gelet op de doelstellingen van Richtlijn 2004/18, moet worden aangenomen dat redding door een overheidsorgaan aan dit orgaan een voldoende significante mogelijkheid moet bieden om het gedrag van de entiteit te beïnvloeden in die zin dat in geval van opdrachten voorrang wordt gegeven aan nationale ondernemingen. In het verleden heeft de Nederlandse overheid een aantal malen direct of indirect ingegrepen in situaties waarin woningcorporaties in nood verkeerden.¹² Ingrijpen door de overheid is een ultieme remedie. Het toezicht door de Nederlandse overheid beoogt immers te voorkomen dat woningcorporaties in de problemen komen. Juist vanwege dit toezicht moet worden aangenomen dat woningcorporaties wel degelijk de gevolgen van eigen handelen moeten dragen.

Ook als niet vaststaat dat de overheid in geval van een dreigend faillissement een entiteit zal redden, kunnen ook andere vormen van overheidsfinanciering bewerkstelligen dat een activiteit niet van commerciële aard is. Uit het hiervoor reeds genoemde arrest van 22 mei 2003,¹³ in de zaak *Korhonen*, kan worden opgemaakt dat overheidsfinanciering voor een vastgoedproject er mede voor kan zorgen dat de activiteiten in kwestie niet van commerciële aard zijn. Uit dezelfde zaak kan verder worden opgemaakt dat hierbij niet relevant is dat gesubsidieerde activiteiten slechts een te verwaarlozen deel van de activiteiten van de betrokken entiteit uitmaken. Volgens vaste

rechtspraak hangt de hoedanigheid van een publiekrechtelijke instelling immers niet af van de mate waarin de betrokken instelling voorziet in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard. Het is algemeen bekend dat woningcorporaties steun ontvangen van diverse overheden voor hun activiteiten. Dit was precies de reden voor de hiervoor genoemde beschikking van 15 december 2009¹⁴ van de Europese Commissie en het invoeren van de 'Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting' (hierna: 'de Tijdelijke regeling')¹⁵. Is het aanbieden van sociale huisvesting dan toch van niet-commerciële aard? Dit zou een merkwaardige conclusie zijn, omdat de Europese Commissie in de beschikking van 15 december 2009 juist uitdrukkelijk stelt dat woningcorporaties concurreren met particuliere vastgoedeigenaren. Dit klemt temeer nu de overheid erop aandringt dat woningcorporaties worden bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. De conclusie moet dan ook zijn dat (ook) het aanbieden van sociale huisvesting van commerciële aard is, zodat woningcorporaties niet voldoen aan het eerste criterium.

4. Het tweede criterium

Het tweede criterium behoeft geen uitgebreide bespreking. Op grond van artikel 70 Woningwet en artikel 4 Bbsh dienen woningcorporaties een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid of een stichting te zijn. Woningcorporaties zijn dus rechtspersonen. Daarmee staat vast dat aan het tweede criterium wordt voldaan.

5. Het derde criterium

Zoals reeds uiteengezet, bestaat het derde criterium uit drie alternatieven. Hoewel woningcorporaties staatssteun ontvangen, ligt het niet voor de hand dat woningcorporaties voor meer dan de helft door de overheid worden gefinancierd. Aan het eerste alternatieve criterium zal dus zeer waarschijnlijk niet zijn voldaan. Evenmin benoemt de overheid meer dan de helft van de bestuurders of toezichthouders van woningcorporaties. Ook aan het derde alternatieve criterium zal niet zijn voldaan. Blijft over het tweede alternatieve criterium, is het beheer van woningcorporaties onderworpen aan overheids-toezicht?

Uit het arrest van 1 februari 2001,¹⁶ in de zaak *Commissie/Frankrijk* (hierna: 'de zaak van de Franse woningcorporaties'), kan worden opgemaakt dat het moet gaan om toezicht dat tot gevolg heeft dat de betrokken entiteit afhankelijk is van de overheid, zodat deze in het algemeen haar beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten

10. *Kamerstukken*, 29 453, nr. 118, p. 28.

11. HvJ 16 oktober 2003, nr. C-283/00, r.o. 91 (*Europese Commissie/Spanje*).

12. Zo heeft de Minister van VROM bijvoorbeeld in 2009 externe toezichthouders aangesteld bij woningcorporatie SGBB. Er was sprake van grote liquiditeitsproblemen bij SGBB als gevolg van het gevoerde projectontwikkelingsbeleid. De maatregel wordt beschreven in het jaarverslag 2009 van het CFV, p. 41 en het jaarverslag 2010 van het CFV, p. 10 en 67-69.

13. Zie noot 8, r.o. 55.

14. Zie noot 4.

15. Regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 3 november 2010, nr. BJZ2010028548 houdende het bepalen van de taken die toegelaten instellingen als bedoeld in artikel 70 van de Woningwet als diensten van algemeen economisch belang met compensatie kunnen uitvoeren, en daarmee verband houdende bepalingen (Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting), *Stcr.* 2010, 17 515.

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

kan beïnvloeden. Verder blijkt uit dit arrest¹⁷ dat het toezicht door de overheid een gelijkwaardige afhankelijkheid moet scheppen als het financierings- en benoemingscriterium. Hieraan is niet voldaan als er sprake is van toezicht dat wordt uitgeoefend op de naleving van regels met een brede werkingssfeer, zoals bijvoorbeeld het toezicht door de NMa op de naleving van de mededingingsregels. Ook het toezicht op de naleving van sectorspecifieke regels, zoals bijvoorbeeld de Nederlandse Zorgautoriteit en de OPTA dat doen, leveren geen gelijkwaardige mate van afhankelijkheid op.

De staat heeft blijkens het arrest¹⁸ in de zaak van de Franse woningcorporaties, ook de mogelijkheid om beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden indien de activiteiten van een entiteit onderworpen zijn aan zeer gedetailleerde regels en de overheid de mogelijkheid heeft in te grijpen in de wijze waarop die activiteiten worden uitgeoefend. In dit kader is wel van belang dat uit het arrest van 27 februari 2003,¹⁹ in de zaak *Truley*, kan worden opgemaakt dat louter controle achteraf niet de conclusie rechtvaardigt dat is voldaan aan het criterium van toezicht op het beheer door de overheid. Het is duidelijk dat woningcorporaties onderworpen zijn aan zeer stringente regels. Op dit moment is met name het hiervoor reeds genoemde Bbsh hierbij relevant. Dit besluit beschrijft de terreinen waarop woningcorporaties actief mogen zijn en de toelatingseisen om een woningcorporatie te kunnen worden. Verder verplicht het besluit tot een sobere en doelmatige bedrijfsvoering en een deugdelijke administratie. Ook regelt het Bbsh het toezicht door de overheid op woningcorporaties. Het Centraal Fonds Volkshuisvesting (CFV) oefent het financiële toezicht uit en verricht op verzoek van de minister uitvoerende taken in de toetsing op rechtmatigheid. De minister oefent het toezicht uit op rechtmatigheid (bijvoorbeeld toetsing of activiteiten hun basis vinden in het Bbsh) en op fusies en beoordeelt de prestaties van corporaties. In dit kader heeft de minister de bevoegdheid bij woningcorporaties externe toezichthouders aan te stellen. Uit het jaarverslag 2009²⁰ van het CFV kan worden opgemaakt dat in 2009 door de minister bij vijf woningcorporaties om uiteenlopende redenen externe toezichthouders zijn aangesteld. Tot slot moet nog vermeld worden dat woningcorporaties zich niet aan het toezicht door de staat kunnen onttrekken. Blijkens de uitspraak van 27 oktober 2010²¹ van de Raad van State kan een woningcorporatie immers niet vrijwillig uittreden.

Moet gezien het voorgaande de conclusie luiden dat woningcorporaties onderworpen zijn aan toezicht door de staat? Met het arrest van 1 februari 2001²² betreffende de

Franse woningcorporaties in het achterhoofd, kan de gedachte opkomen dat ook Nederlandse woningcorporaties onderworpen zijn aan toezicht door de staat. Toch lijkt de Europese Commissie hier niet van uit te gaan. In de hiervoor reeds genoemde beschikking van 15 december 2009²³ heeft de Europese Commissie woningcorporaties immers aangemerkt als onderneming. Dit is relevant, want in het mededingings- en staatssteunrecht is een onderneming elke entiteit die een economische activiteit uitoefent ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Om te bepalen of er in mededingings- en staatssteunrechtelijke zin sprake is van een onderneming, is het vooral van belang in welke mate de activiteiten met commerciële speelruimte kunnen worden uitgeoefend. Indien een entiteit onvoldoende commerciële speelruimte heeft, is deze entiteit geen onderneming.²⁴ Door te oordelen dat Nederlandse woningcorporaties in staatssteunrechtelijke zin zijn aan te merken als onderneming, bevestigt de Europese Commissie impliciet dat Nederlandse woningcorporaties over voldoende commerciële speelruimte beschikken. Ook de NMa is, zoals hiervoor reeds is aangehaald, van mening dat Nederlandse woningcorporaties over 'een grote mate van vrijheid' beschikken. Aldus kan moeilijk worden volgehouden dat woningcorporaties zijn onderworpen aan toezicht door de staat als bedoeld in artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18.

De conclusie is dat woningcorporaties onder de huidige regels geen publiekrechtelijke instelling zijn. Met uitzondering van de door de Tijdelijke regeling voorgeschreven beperkte aanbestedingsplicht voor maatschappelijk vastgoed, zijn woningcorporaties niet aanbestedingsplichtig.

6. Aanbestedingsplicht in de Tijdelijke regeling

De regering heeft de Tijdelijke regeling ingevoerd om uitvoering te geven aan het hiervoor genoemde onderhavige besluit van de Europese Commissie van 15 december 2009. Bij de invoering van de Tijdelijke regeling luidde artikel 5 als volgt:

- '1. De toegelaten instelling besteedt aan:
- a. de taken, genoemd in artikel 2, onderdeel f, voor zover zij bestaan uit het doen bouwen, en
 - b. de taken, genoemd in artikel 2, onderdeel g, voor zover zij bestaan uit het treffen van voorzieningen aan haar gebouwen en hun onroerende en infrastructurele aanhorigheden.
2. Indien de werkzaamheden ter uitvoering van de taken, bedoeld in het eerste lid, een bedrag van € 4,845 miljoen exclusief omzetbelasting te boven gaan, vindt de aanbesteding plaats volgens de richtlijn 2004/18/EG van de Europese Commissie.'

17. Zie noot 16, r.o. 49.

18. Zie noot 16, r.o. 52.

19. HvJ 27 februari 2003, nr. C-373/00, r.o. 70 (*Adolf Truley GmbH/Bestattung Wien GmbH*).

20. Jaarverslag CFV 2009, p. 40-43.

21. Uitspraak Raad van State 27 oktober 2010, nr. 201002155/1/H3, L/JN BO1837 (*Stichting Woningstichting De Veste/Minister voor Wonen, Wijken en Integratie* (thans: de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)).

22. Zie noot 16.

23. Zie noot 4.

24. Een recent voorbeeld van deze benadering kan worden aangetroffen in een besluit van de Nma 22 oktober 2010, nr. 6968, randnummer 14 (*Pluryn-Hoenderloo Groep*).

Aldus werd met de Tijdelijke regeling een beperkte aanbestedingsplicht voor woningcorporaties geïntroduceerd: de algemene verplichting om de bouw van maatschappelijk vastgoed aan te besteden en de specifieke verplichting om de bouw van maatschappelijk vastgoed Europees aan te besteden indien de aanneemsom hoger is dan € 4,845 miljoen exclusief omzetbelasting.

Deze beperkte aanbestedingsplicht zorgde in de sector voor veel beroering. Aedes, de brancheorganisatie van woningcorporaties, heeft steeds aangedrongen op het afschaffen van de aanbestedingsplicht. De lobby van Aedes heeft inmiddels succes gehad. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft bij Regeling van 6 juni 2011 het tweede lid van artikel 5 van de Tijdelijke regeling namelijk ingetrokken.²⁵ Dit betekent dat woningcorporaties niet langer verplicht zijn om de bouw van maatschappelijk vastgoed met een aanneemsom van meer dan € 4,845 miljoen exclusief omzetbelasting Europees aan te besteden. De aanbestedingsplicht als zodanig blijft wel bestaan, maar de woningcorporaties zijn vrij zelf de aanbestedingsvorm (openbaar of onderhands, al dan niet Europees) te kiezen. In een reactie²⁶ juicht Aedes de wijziging toe. Aedes wijst er wel op dat hoewel woningcorporaties niet aanbestedingsplichtig zijn, het in het algemeen wenselijk is dat woningcorporaties transparant en inzichtelijk aanbesteden, bijvoorbeeld door het opvragen van meerdere offertes.

De minister heeft de verplichting om de bouw van maatschappelijk vastgoed met een aanneemsom hoger dan € 4,845 miljoen, exclusief omzetbelasting, Europees aan te besteden ingetrokken om de lasten van woningcorporaties te verlichten. In de toelichting op de Regeling van 6 juni 2011 schrijft de minister dat de geschrapte aanbestedingsplicht niet noodzakelijk was voor de implementatie van het besluit van de Europese Commissie van 15 december 2009. Verder beklemtoont de minister dat ook op grond van de aanbestedingsrichtlijn zelf er geen Europese aanbestedingsplicht voor woningcorporaties geldt. Woningcorporaties zijn immers niet aan te merken als een publiekrechtelijke instelling. De minister legt dit niet verder uit, maar verwijst naar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Herzieningswet.

7. Wetsvoorstel Herzieningswet

De ministerraad heeft op 29 april 2011 besloten om het toezicht op het functioneren van woningcorporaties te versterken. Inmiddels heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het wetsvoorstel Herzieningswet²⁷ naar de Tweede Kamer gezonden. Het wetsvoorstel introduceert allereerst een nieuwe autoriteit, de opvolger van het Centraal Fonds Volkshuisvesting, die toezicht moet gaan houden op de financiën van de wo-

ningcorporaties en de naleving van de staatssteunregels. Daarnaast bevat het wetsvoorstel twee zeer ingrijpende toezichtsbevoegdheden:

1. de bevoegdheid van de minister of de nieuwe autoriteit om aanwijzingen te geven een of meer handelingen te verrichten of na te laten; en
2. de bevoegdheid van de minister te bepalen dat bepaalde handelingen slechts kunnen worden verricht met voorafgaande toestemming van anderen.

8. De aanwijzingsbevoegdheid

De bevoegdheid van de minister en de nieuwe autoriteit om aanwijzingen te geven een of meer handelingen te verrichten of na te laten, wordt geregeld in artikel 61d wetsvoorstel Herzieningswet. Het eerste lid van artikel 61d bepaalt dat de minister de bedoelde aanwijzing kan geven in het belang van de volkshuisvesting. Deze bevoegdheid is niet nieuw, maar komt overeen met de bevoegdheid die thans opgenomen is in het eerste lid van artikel 41 Bbsh. De memorie van toelichting²⁸ maakt duidelijk dat het hierbij enerzijds gaat om handelen of nalaten in strijd met een verplichting die uit het bepaalde bij of krachtens de Woningwet volgt, anderzijds om handelen of nalaten dat naar het oordeel van de minister het toezicht op de naleving van de regelgeving bemoeilijkt of de rechtspositie van de huurders schaadt. De minister kan dus aanwijzingen geven als een woningcorporatie handelt in strijd met letter, doel of strekking van de regelgeving.

Nieuw is wel de aanwijzingsbevoegdheid van de nieuwe autoriteit. Het tweede lid van artikel 61d van het wetsvoorstel Herzieningswet bepaalt dat de nieuwe autoriteit een woningcorporatie een aanwijzing kan geven indien zij van mening is dat deze woningcorporatie een slechte financiële positie heeft. In voorkomend geval kan de nieuwe autoriteit een woningcorporatie opdragen om zodanige maatregelen te treffen, dat zij op afzienbare termijn weer een gezonde financiële positie verkrijgt.

Opmerkelijk is overigens dat alleen de minister sancties kan verbinden aan het niet naleven van een aanwijzing. Dit volgt uit artikel 61d lid 3. De ultieme sanctie is intrekking van de toelating van de woningcorporatie.

9. Voorafgaande toestemming

Het eerste lid van artikel 61g van het wetsvoorstel Herzieningswet geeft de minister in het belang van de volkshuisvesting de bevoegdheid om te bepalen dat een woningcorporatie voor een door hem te bepalen tijdvak door hem aangegeven handelingen slechts kan verrichten met de voorafgaande instemming van een of meer door hem aangewezen personen of instanties, dan wel met zijn voorafgaande instemming. Deze bevoegdheid is ook niet nieuw. Het gaat hier om een sanctiebevoegdheid die op

25. Regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 6 juni 2011, nr. 2011-2000218049, tot wijziging van de Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting en het Besluit beheer sociale-huursector (vervallen verplichting voor toegelaten instellingen om bij grotere aanbestedingen van maatschappelijk vastgoed de aanbestedingsrichtlijn te volgen), *Stcrt.* 2011, 11 161.

26. Zie: <www.aedesnet.nl/binaries/downloads/dossier-woningcorporaties-en-europa/tijdelijke-regeling-daeb-toegelaten-instellingen-v.pdf> (voor het laatst op 15 mei 2011 gecontroleerd).

27. Wetsvoorstel 32 769.

28. *Kamerstukken*, 32 769, nr. 3, p. 69.

dit moment is opgenomen in artikel 43 lid 1 Bbsh.²⁹ Het wetsvoorstel bepaalt niet welke handelingen aan voorafgaande instemming kunnen worden onderworpen. Uit de memorie van toelichting kan enkel worden opgemaakt dat de minister in ieder geval het oog heeft op financiële handelingen.³⁰ De toepassing van het huidige artikel 43 lid 1 Bbsh maakt duidelijk dat de minister kan bepalen dat voor alle besluiten van de woningcorporatie 'die raken aan de interne organisatie, het financiële beheer en beleid, waaronder de optie-portefeuille en die omtrent financiële en/of bestuurlijke deelnemingen' voorafgaande instemming nodig is.³¹

De personen of instanties die de voorafgaande instemming moeten geven dienen op het betrokken terrein ter zake kundig te zijn en mogen niet zelf betrokken zijn bij het toezicht op toegelaten instellingen. Het instemmingsrecht kan overigens niet aan een gemeente worden opgedragen.

Naast bevoegdheid om woningcorporaties onder curatele te stellen, kan de minister personen en instanties aanwijzen om voor een woningcorporatie een sanerings- of investeringsplan op te stellen indien de woningcorporatie nalatig blijft een dergelijk plan op te stellen. De woningcorporatie is verplicht die personen of instanties daarbij alle medewerking te verlenen. De vaststelling daarna en evenzo de indiening en realisering van de genoemde plannen blijven beslissingen waartoe uitsluitend het bestuur van de woningcorporatie op grond van het Burgerlijk Wetboek bevoegd is. Dit neemt evenwel niet weg dat – indien het bestuur in dezen nalatig blijft – een aanwijzing kan worden gegeven om handelend op te treden, waarbij aan de niet-nakoming een sanctie wordt verbonden.

10. Gevolgen van de toezichthoudende bevoegdheden

In de memorie van toelichting³² schrijft de minister dat de toezichthoudende bevoegdheden slechts kunnen worden aangewend in het belang van de volkshuisvesting. Daarom is het volgens de minister niet goed denkbaar dat met gebruikmaking van de bedoelde bevoegdheden een woningcorporatie door de overheid verplicht of verboden wordt om bepaalde aanbestedingskeuzes te maken. Verder hebben de betreffende bevoegdheden in de visie van de minister voornamelijk een repressief karakter: ze kunnen slechts worden aangewend als zich een bepaalde situatie heeft voorgedaan of dreigt voor te doen. De gedachte is dat woningcorporaties voorafgaand aan het gebruik van de toezichthoudende bevoegdheden eerst op een meer informele wijze worden aangesproken.

De minister vergelijkt in de memorie van toelichting de voorgestelde regeling ook met het Franse stelsel waar het

HvJ in de zaak van de Franse woningcorporaties over moest oordelen. Dit stelsel wijkt volgens de minister op een aantal essentiële punten af van het stelsel van toezicht zoals in het wetsvoorstel Herzieningswet is opgenomen. Een verschil is onder andere dat in de Franse situatie de technische kenmerken en de kostprijs van de sociale woningen bij administratief besluit werden vastgesteld. Verder moesten de Franse woningcorporaties rekening houden met negatieve consequenties indien zij minder woningen zouden beheren en bouwen dan voorgeschreven in (wettelijke) regelingen. Daarnaast komt met het wetsvoorstel Herzieningswet de bevoegdheid om een woningcorporatie te ontbinden en onder bewind te stellen niet toe aan de minister of de autoriteit, maar aan de rechtbank. In de zaak van de Franse woningcorporaties was dit geheel anders, omdat aldaar deze ontbindingsbevoegdheid bij de overheid lag. Het voorgaande brengt mee dat het toezicht op woningcorporaties zoals opgenomen in het wetsvoorstel Herzieningswet ook niet overeenkomt met alle omstandigheden zoals die door het HvJ relevant werden geacht in de zaak van de Franse woningcorporaties.

Het betoog van de minister overtuigt. De toelichting op het wetsvoorstel Herzieningswet maakt duidelijk dat de overheid koste wat kost wil voorkomen dat de financiële continuïteit van woningcorporaties in gevaar komt en dat hun maatschappelijk vermogen weglekt. Daar zal het toezicht op gericht zijn en niet op het beïnvloeden van beslissingen op het gebied van opdrachten. Het tegenovergestelde is het geval. Woningcorporaties zullen zo doelmatig mogelijk moeten inkopen, hetgeen betekent dat bevoordeling van nationale ondernemingen helemaal niet voor de hand ligt. De wijze waarop de minister van zijn huidige bevoegdheden gebruikmaakt, geeft geen aanleiding te veronderstellen dat de minister na de invoering van het wetsvoorstel Herzieningswet anders zal gaan handelen. Aangenomen moet worden dat hetzelfde geldt voor de nieuwe autoriteit. Aldus is de conclusie gerechtvaardigd dat invoering van het wetsvoorstel Herzieningswet niet tot gevolg heeft dat woningcorporaties publiekrechtelijke instellingen worden.

11. Slot

Op grond van de huidige regels zijn woningcorporaties niet aan te merken als een publiekrechtelijke instelling. Opdrachten boven de drempel hoeven dan ook niet Europees te worden aanbesteed. De in weerwil hiervan op 1 januari 2011 ingevoerde nationale verplichting voor woningcorporaties om de bouw van maatschappelijk vastgoed met een aanneemsom van meer dan € 4,845 miljoen, exclusief omzetbelasting, Europees aan te besteden, is op 6 juni 2011 geschrapt. Tegelijkertijd heeft het kabinet echter aangekondigd het toezicht op woningcorporaties te willen versterken en daartoe het wetsvoorstel

29. *Kamerstukken*, 32 769, nr. 3, p. 70.

30. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op het besluit van de Minister van VROM van 23 december 2004 waarbij een externe toezichthouder werd aangesteld bij Woningbouwvereniging Trias Woondiensten. In het besluit bepaalde de minister dat elk handelen door of namens Trias inhoudende financiële verplichtingen en/of transacties van meer dan € 100 000 gedurende een periode van twee maanden slechts konden worden verricht met de voorafgaande instemming van de externe toezichthouder. Het besluit van de minister wordt genoemd in het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage 19 mei 2009, nr. 105.005.197/01, *LJN* BI6305.

31. *Kamerstukken*, 23 400 XI, nr. 75, p. 4.

32. *Kamerstukken*, 32 769, nr. 3, p. 20-21.

Herzieningswet bij de Tweede Kamer ingediend. Dit wetsvoorstel bevat twee zeer ingrijpende bevoegdheden:

1. de bevoegdheid van de minister of de nieuwe autoriteit om aanwijzingen te geven een of meer handelingen te verrichten of na te laten; en
2. de bevoegdheid van de minister te bepalen dat bepaalde handelingen slechts kunnen worden verricht met voorafgaande toestemming van anderen.

De toezichtsbevoegdheden van de minister zijn niet nieuw, maar staan thans ook al in het Bbsh. Nieuw is alleen de aanwijzingsbevoegdheid van de nieuwe autoriteit. De vraag is of deze nieuwe toezichtsbevoegdheid van de nieuwe autoriteit meebrengt dat woningcorporaties een publiekrechtelijke instelling worden, zodat woningcorporaties opdrachten voor al hun werken, leveringen en diensten boven de drempelwaarde Europees moeten aanbesteden. Het is in ieder geval niet de bedoeling van de overheid. De minister heeft de beperkte aanbestedingsplicht voor maatschappelijk vastgoed in de Tijdelijke regeling immers zodanig aangepast dat de bouw van maatschappelijk vastgoed met een aanneemsom van meer dan € 4,845 miljoen exclusief omzetbelasting niet meer Europees hoeft te worden aanbesteed. De reden voor deze wijziging was het verminderen van de lasten van de woningcorporaties.

Het wetsvoorstel Herzieningswet bevat weliswaar twee zeer ingrijpende toezichtsbevoegdheden, maar deze bevoegdheden brengen niet mee dat woningcorporaties door de overheid worden verplicht of verboden om bepaalde aanbestedingskeuzes te maken. Verder hebben de toezichtsbevoegdheden voornamelijk een repressief karakter. Het wetsvoorstel Herzieningswet zal woningcorporaties juist extra stimuleren zo doelmatig mogelijk in te kopen. Dit betekent dat bevoordeling van nationale ondernemingen niet voor de hand ligt. Gelet hierop moet worden aangenomen dat invoering van het wetsvoorstel Herzieningswet niet tot gevolg heeft dat woningcorporaties publiekrechtelijke instellingen worden.