

Nr. 153

## Involed van Europese regels en beleidsvoornemens op aanbesteding door woningcorporaties

door *mr. M.R. de Boer*<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

In 2005 was de invloed van Europese regelgeving op de Nederlandse woningcorporatie duidelijk merkbaar. In het voorjaar van 2005 heeft de ingebrekestelling van de Europese Commissie inzake Vathorst ook bij woningcorporaties het bewustzijn versterkt van de invloed van de Europese Aanbestedingsrichtlijn, met name bij PPS-constructies.

Vervolgens laaide in het najaar de staatssteun-discussie op, die in december 2005 leidde tot een brief met beleidsvoornemens van minister Dekker. Daarin bepleit de minister onder meer een scheiding tussen de commerciële en de niet-commerciële activiteiten van woningcorporaties. In de beleidsvisie geeft de minister verder aan meer greep op woningcorporaties te willen krijgen. De maatregelen die haar daarbij voor ogen staan zouden ook van invloed kunnen zijn op de aanbestedingspraktijk van corporaties.

Eind maart 2006 is een voorstel van de nieuwe Aanbestedingswet ingediend bij de Tweede Kamer. Het is de vraag of deze wet, die medio 2007 in werking zou moeten treden, ook gevolgen zou kunnen hebben voor de aanbestedingspraktijk van corporaties. In deze bijdrage zal ik kort de grote lijnen van de geldende regelingen uiteenzetten en ga ik in op de betekenis die deze kunnen hebben voor de aanbestedingspraktijk van corporaties.<sup>2</sup> Daarna ga ik in op de mogelijke effecten van de regelgeving die nu op stapel staat en de complicaties die daardoor zouden kunnen ontstaan en de rol van woningcorporaties op uitbreidingslocaties.

### 2. De Europese aanbestedingsrichtlijn

Hoewel de Europese Richtlijn Werken al sinds 1993 bestaat, is de reikwijdte ervan pas later doorgedrongen. De Europese Richtlijn Werken is in 2004 ondergebracht in de Europese Aanbe-

stedingsrichtlijn (hierna: de Richtlijn), die in Nederland sinds 1 december 2005 van kracht is<sup>3</sup> en de Europese aanbestedingsregels voor Werken, Leveringen en Diensten verenigt. Opdrachten van aanbestedende diensten boven een bepaalde drempelwaarde moeten worden aanbesteed conform de procedures vastgelegd in de Richtlijn. Wanneer is de Richtlijn nu van toepassing? Drie elementen zijn daarbij van belang. Allereerst het begrip ‘overheidsopdrachten voor werken’. Dit zijn overheidsopdrachten afkomstig van een aanbestedende dienst die betrekking hebben op, hetzij de uitvoering dan wel het ontwerp en de uitvoering van een werk, hetzij op de uitvoering van een werk dat aan door een aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.<sup>4</sup> Ten tweede het begrip ‘aanbestedende dienst’. Hieronder verstaat de Richtlijn niet alleen overheidslichamen maar ook zogenaamde publiekrechtelijke instellingen.

Ten slotte speelt de drempelwaarde een rol. Dit betekent dat de Richtlijn alleen van toepassing is op opdrachten voor werken waarmee een groter bedrag dan € 5,278 miljoen is gemoeid.

Indien woningcorporaties kunnen worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling vallen ze onder het begrip ‘aanbestedende dienst’ en zijn ze verplicht bij aanbestedingen boven de drempelwaarde de Richtlijn te volgen. De Richtlijn definieert in art. 1 lid 9 de publiekrechtelijke instelling als:

- 1 een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in een behoefte van algemeen belang; die
- 2 rechtspersoonlijkheid bezit; en
- 3 waarvan:
  - a de activiteiten in hoofdzaak door de staat worden gefinancierd; of
  - b het beheer van de instelling is onderworpen aan het toezicht door de staat; of
  - c de leden van het bestuursorgaan of het toezichthoudende orgaan voor meer dan de helft door de staat zijn aangewezen.

1. Mr. M.R. de Boer is partner bij Van Breevoort & Ter Meulen Advocaten te Woerden.  
 2. Woningcorporaties besteden jaarlijks grote bedragen aan, van onderhoudswerkzaamheden tot grote bouwwerken. Doorgaans verloopt dit via een zogenoemde ‘onderhandse aanbesteding’. Daarbij is de aanbestedende corporatie niet verplicht bepaalde regels te volgen. In de praktijk worden vrijwillig de regels van het UAR of het ARW gehanteerd naast eigen aanbestedingsregels die sommige corporaties kennen.  
 3. Europese Aanbestedingsrichtlijn, richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor Werken, Leveringen en Diensten.  
 4. Overheidsopdrachten worden gedefinieerd als schriftelijke overeenkomsten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten die betrekking hebben op de uitvoering van werken.

*Zijn woningcorporaties aanbestedingsplichtig?*

Onder bouwrechtjuristen zijn de meningen verdeeld over de vraag of woningcorporaties moeten worden aangemerkt als een aanbestedende dienst in de zin van de Richtlijn.

Aanleiding daarvoor is onder meer een uitspraak van het Europese Hof van Justitie geweest waarin Franse naamloze vennootschappen voor sociale woningbouw als aanbestedende diensten werden aangemerkt.

In een gedegen analyse van deze uitspraak concludeert mr. A.Z.R. Koning dat ook Nederlandse corporaties in gelijke zin als aanbestedende dienst zouden moeten worden aangemerkt.<sup>5</sup>

Andere schrijvers zijn minder stellig in hun opvatting, maar lijken te neigen naar eenzelfde standpunt.<sup>6</sup>

Ook in de praktijk wordt regelmatig de opvatting verkondigd dat woningcorporaties aanbestedingsplichtig zouden zijn.<sup>7</sup>

Deze zienswijze kan ik niet delen, voornamelijk omdat daaraan naar mijn mening een onjuist beeld ten grondslag ligt van het toezicht door de minister op woningcorporaties.

Alvorens deze zienswijze nader toe te lichten wil ik eerst de criteria uit de definitie van art. 1 lid 9 van de Richtlijn toepassen op woningcorporaties. Op welke criteria spitst het debat zich toe bij woningcorporaties?

Bij de beoordeling daarvan is het van belang dat aan de criteria onder 1 en 2 in ieder geval dient te worden voldaan en daarnaast aan een van de subcriteria genoemd onder 3 wil er sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling.

Allereerst kan worden vastgesteld dat een corporatie voorziet in een behoefte van algemeen belang, te weten de sociale huisvesting.

Iedere corporatie heeft in zijn statuten verankerd dat hij uitsluitend het belang van de volkshuisvesting behartigt. Sociale huisvesting kan gezien

worden als een algemeen belang dat kan worden gebracht onder art. 22 lid 2 van de Grondwet. Dit artikel bepaalt dat bevordering van voldoende woonegelegenheid een zorg is van de overheid.

Woningcorporaties zijn privaatrechtelijke rechtspersonen aan wie in het verleden op grond van art. 70 Woningwet een toelating is verleend. Deze toelating is verleend, omdat corporaties zich, in termen van de Woningwet, ten doel stellen uitsluitend werkzaam te zijn op het gebied van de volkshuisvesting. Krachtens art. 70c Woningwet huisvesten corporaties bij voorrang personen die door hun inkomen of door andere omstandigheden moeilijkheden ondervinden bij het vinden van passende huisvesting. De wijze waarop woningcorporaties die werkzaamheden uitvoeren is nader geregeld in het Besluit Beheer Sociale Huisvesting (BBSH).<sup>8</sup> Dit besluit stelt verder onder meer regels omtrent de inrichting en de statuten van woningcorporaties.

Krachtens art. 70 Woningwet kunnen alleen verenigingen of stichtingen als instelling worden toegelaten. Corporaties bezitten dus per definitie rechtspersoonlijkheid, waardoor ook aan het tweede criterium is voldaan.

Over deze eerste twee criteria bestaat geen meningsverschil, de uitleg van de subcriteria zoals genoemd onder 3 leidt in de praktijk wel tot discussie.

In het verleden werden activiteiten van woningcorporaties in hoofdzaak door de staat gesubsidieerd. Sinds de zogenaamde bruteringsoperatie in 1993 zijn de specifieke subsidies aan woningcorporaties komen te vervallen. De activiteiten van de woningcorporatie worden sindsdien dan ook niet langer in hoofdzaak gefinancierd door de overheid. Het vermogen van woningcorporaties, volgens voorzichtige ramingen rond de € 6 miljard, behoort niet toe aan de staat, maar aan de privaatrechtelijke rechtspersoon.

5. A.Z.R. Koning, 'Werken in bouwteam', *BR* 2002, p. 377-384.

6. Zie 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. Bregman besteedt in zijn publicatie veel aandacht aan deze vraag en komt tot de conclusie: 'Het risico dat in een zaak tegen de Nederlandse Staat, waarin het niet-publiceren door een corporatie in geval van een opdracht boven de drempel in het geding is, het Hof zal oordelen dat een corporatie een publiekrechtelijke instelling is en daarmee de Richtlijnbeoordelingen moet toepassen, is dan ook niet ondenkbaar.'

Zie ook H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland*, Monografieën Bouwrecht, nr. 25, Deventer: Kluwer 2005, p. 114-117. Van Romburgh merkt in zijn proeve van een aanbestedingswet de woningcorporatie aan als een publiekrechtelijke instelling zonder daarvoor een argumentatie te geven. Van Romburgh gaat wel in op de uitspraak met betrekking tot de HLM-vennootschappen maar maakt daarvan geen vertaling naar de Nederlandse context.

Zie ook E.H. Pijnacker-Hordijk c.s., *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 50-52.

Mr. Pijnacker-Hordijk behandelt in algemene zin eveneens het arrest over de HLM-vennootschappen, maar gaat niet in op de vraag of Nederlandse woningcorporaties ook als een publiekrechtelijke instelling zouden moeten worden aangemerkt en onder de werking van de Richtlijn zouden kunnen vallen.

7. Bijvoorbeeld M. Vis, *Nieuwsbrief Bouw en Vastgoedrecht*, Holland van Gijzen Advocaten juli 2005. Mr. Vis stelt: 'Algemeen wordt aangenomen (mede op basis van een uitspraak van het Europese Hof) dat woningcorporaties ook aangemerkt moeten worden als een aanbestedende dienst.'

8. *Stb.* 1992, 555, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 10 juni 2005, *Stb.* 2005, p. 338.

De corporatie is echter wel op grond van haar toelating beperkt in de mogelijkheden om het vermogen te besteden. De corporatie dient dit te doen in het belang van de volkshuisvesting. In termen van art. 70 Woningwet: 'Zij mogen niet beogen uitkeringen te doen anders dan in het belang van de volkshuisvesting.'

Van financiering door de overheid is geen sprake en daarmee is dus niet aan het criterium als bedoeld onder 3a van art. 1 lid 9 van de Richtlijn voldaan.

Hoe is de invloed van de overheid op de benoeming van bestuurders of toezichthouders? Corporaties worden doorgaans geleid door een of meer bestuurders die onder toezicht staan van een raad van toezicht of een raad van commissarissen. Binnen de grenzen van de statuten en het BBSH zijn corporaties vrij in de keuze van hun bestuurders en toezichthouders. Van belang hierbij is dat art. 7 lid 1 sub d BBSH<sup>9</sup> corporaties juist beperkt in de mogelijkheid bestuurders van lokale of provinciale overheid als bestuurder of toezichthouder te benoemen. Noch de bestuurders noch de toezichthouders worden door de staat aangewezen. Ook aan het criterium als bedoeld onder 3c van art. 1 lid 9 van de Richtlijn is dus niet voldaan.

Resteert de vraag of het beheer van de woningcorporatie onderworpen is aan toezicht door de staat in de zin van de Richtlijn (3b). Hierop spitst het debat zich toe.

*Standpunt Nederlandse regering*

De Nederlandse regering heeft in 2004 in antwoord op een verzoek van de Europese Commissie het standpunt medegedeeld dat Nederlandse woningcorporaties niet als aanbestedende dienst zijn aan te merken. Als private onderneming staan zij op voldoende afstand van de overheid en is er volgens de Nederlandse regering geen sprake van toezicht op het beheer van corporaties in de zin van de Richtlijn.

Voor zover bekend heeft de Europese Commissie op dit standpunt formeel nog niet gereageerd. Het standpunt van de regering vormt weliswaar een indicatie, daarmee is in de praktijk over deze vraag echter nog geen zekerheid verkregen. Immers iedere teurgestelde aannemer bij een aanbesteding kan zich in een kortgedingprocedure wenden tot de Nederlandse rechter en daarbij de vraag opwerpen of de woningcorporatie aanbestedingsplichtig is of niet. De rechter die zich daarover een oordeel wil vormen zal zich dan buigen over de rechtspraak van het Europese Hof

van Justitie en in het bijzonder de uitspraak betreffende de zogenaamde HLM-vennootschappen.<sup>10</sup>

Deze uitspraak is zowel door Koning als door Bregman uitvoerig en gedegen besproken.<sup>11</sup> In deze bijdrage volsta ik met het samenvatten van de hoofdlijnen van die uitspraak. Waar ging het over?

*Rechtspraak Europese Hof van Justitie*

HLM-vennootschappen zijn Franse commerciële privaatrechtelijke rechtspersonen die zich ten doel kunnen stellen sociale huisvesting te realiseren en daarbij kunnen profiteren van fiscale vrijstellingen en specifieke subsidies van de staat (Société Anonymes d'Habitation à Loyer Modéré). De Europese Commissie meende in tegenstelling tot de Franse regering dat deze HLM-vennootschappen moesten worden aangemerkt als aanbestedende dienst in de zin van de Richtlijn en legde de vraag of dat zo was voor aan het Europese Hof van Justitie. Het debat spitste zich met name toe op de vraag of het beheer van deze instelling is onderworpen aan toezicht door de Franse overheid. In de uitspraak volgt het Hof de Europese Commissie en stelt vast dat op grond van een aantal wettelijke bepalingen het beheer van de HLM-vennootschappen is onderworpen aan een toezicht door de overheid, hetgeen die overheid in staat stelt beslissingen van HLM-vennootschappen op het gebied van de overheidsopdrachten te beïnvloeden (r.o. 59).

In het bijzonder geeft het Hof in de uitspraak de reikwijdte van het toezicht aan, wil de Richtlijn van toepassing zijn.

Het toezicht op het beheer dient volgens het Hof zodanig verstrekkend te zijn dat het een afhankelijkheid van de instelling jegens de overheid schept die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de andere twee van deze criteria (onder 3) 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 aanwijst (r.o. 49).

Het Hof gaat vervolgens gedetailleerd in op de bepalingen uit de Franse wetgeving, met name Code de la Construction et de l'Habitation, waarin dit toezicht is verwoord. Dit brengt het Hof tot de conclusie dat het beheer van HLM-vennootschappen is onderworpen aan toezicht door de Franse overheid dat deze in staat stelt beslissingen van HLM-vennootschappen op het

9. In art. 7 lid 1 sub d BBSH is uitdrukkelijk bepaald dat de leden van het college van B en W of van het college van GS waarin de corporatie feitelijk werkzaam is niet kunnen worden benoemd tot bestuurder of toezichthouder.

10. Hof van Justitie 1 februari 2001 (HLM-vennootschappen), zaak C-237/99; *Jur.* 2001, p. I-00939.

11. Koning (zie noot 5) en Bregman (zie noot 6).

gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden (r.o. 59).

Na het arrest over de HLM-vennootschappen heeft het Hof van Justitie in 2003 in het *Truley*-arrest het criterium 'toezicht op het beheer' nader verhelderd.<sup>12</sup>

In dit arrest, dat niet door alle schrijvers bij hun analyse wordt betrokken, herhaalt het Hof de hiervoor vermelde maatstaf uit het *HLM*-arrest omtrent de reikwijdte van het toezicht en stelt vervolgens (r.o. 70):

'Gelet op deze rechtspraak is het uitgesloten, dat aan het criterium van toezicht op het beheer is voldaan in het geval van een loutere controle achteraf, aangezien de overheid via een dergelijke controle de besluiten van een instelling ter zake van overheidsopdrachten per definitie niet kan beïnvloeden.'

Deze overweging is naar mijn mening van groot belang bij de beoordeling van het overheidstoezicht op de Nederlandse woningcorporaties.

*Toezicht op de Nederlandse woningcorporatie*

Is het beheer van woningcorporaties onderworpen aan een toezicht door de overheid dat de overheid in staat stelt beslissingen van de corporatie op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden?

Het Nederlandse toezicht op woningcorporaties laat zich vooral omschrijven als een repressief toezicht. Dit toezicht wordt uitgeoefend door de Minister van Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM) en de onafhankelijke financiële toezichthouder in de sector, het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting (CFV).

De Woningwet en het BBSH bevatten instrumenten die in het kader van het toezicht door de minister kunnen worden gehanteerd. Meer specifiek zijn in het BBSH de volgende instrumenten omschreven.

a. *Financieel toezicht*

Een woningcorporatie dient op grond van artt. 26-31 BBSH na afloop van het kalenderjaar aan de minister en aan het CFV uitgebreid verslag te doen van haar financiële en volkshuisvestelijke prestaties in de vorm van een jaarverslag met jaarrekening en een volkshuisvestingsverslag. Beide verslagen moeten vergezeld gaan van een verklaring waarin deze verslagen zijn beoordeeld door een registeraccountant.

b. *De aanwijzing in het belang van de volkshuisvesting*

De minister kan op grond van art. 41 BBSH in het belang van de volkshuisvesting een toegelaten instelling een aanwijzing geven om een handelwijze achterwege te laten of een situatie die strijdig is met het belang van de volkshuisvesting, op te heffen.

Zowel Koning als Bregman wijzen erop dat de aanwijzingsbevoegdheid van de minister niet begrensd zou zijn hetgeen voor hen van groot gewicht lijkt te zijn bij hun beoordeling van het toezicht op de woningcorporatie. Op het eerste gezicht lijkt dit misschien zo, maar naar mijn mening is deze indruk niet juist. Allereerst verliezen beide schrijvers uit het oog dat de minister pas een aanwijzing kan geven indien er sprake is van een situatie die in strijd is of dreigt te geraken met het belang van de volkshuisvesting. Zolang de corporatie volkshuisvestelijke belangen behartigt, is de minister niet bevoegd op te treden en in de praktijk blijkt dat dit ook niet gebeurt.

Verder onderkent zowel Koning als Bregman naar mijn mening onvoldoende dat het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid door de minister volledig transparant is. Op grond van art. 41 lid 3 van het BBSH dient de minister van iedere aanwijzing mededeling te doen in de *Staatscourant*. Uit onderzoek van de aanwijzingen die sinds 1998 zijn gegeven blijkt dat deze vooral betrekking hebben op situaties waarbij het vermogen door corporaties werd aangewend op een wijze die naar het oordeel van de minister in strijd kwam met het belang van de volkshuisvesting. Daarbij ging het om de verkoop van huurwoningen onder de prijs, het verstrekken van niet toegestane leningen, het exploiteren van een makelaarskantoor en het doen van investeringen buiten Nederland.<sup>13</sup>

Ingrijpen in de opdrachtverlening aan de aannemer, zoals gesuggereerd door Koning en Bregman is naar mijn mening niet alleen moeilijk denkbaar, maar blijkt ook in de praktijk niet voor te komen.

c. *Verscherpt toezicht*

In het belang van de volkshuisvesting kan de minister op grond van art. 43 BBSH bepalen dat een corporatie bepaalde handelingen slechts mag verrichten na voorafgaande instemming van de minister of een door de minister aangewezen persoon of instantie.<sup>14</sup> Uitdrukkelijk is in deze bepaling opgenomen dat de gemeente niet als zodanig kan worden aangewezen.

12. HvJ EG 27 februari 2003 (*Adolf Truley GmbH/Bestattung Wien GmbH*), zaak C-373/00; *Jur.* 2003, p. I-01931.

13. In de periode 1998-2005 zijn twaalf aanwijzingen gegeven. Daarvan hadden er acht betrekking op verkoop van woningen beneden de in art. 11 BBSH voorgeschreven minimum verkoopprijs zijnde 90% van de getaxeerde marktwaarde.

14. Dit artikel is ingevoegd bij een wijziging van het BBSH in 1998 (*Stb.* 1998, 135).

Koning wijst erop dat ook deze bevoegdheid zo ruim is geformuleerd dat ook de opdrachtverlening aan een aannemer hieronder kan worden ingegrepen.

Deze bevoegdheid, die pas sinds 1998 in het BBSH is opgenomen, is tot op heden zeer sporadisch gehanteerd. Slechts in een enkel geval waarin er sprake was van fraude door het bestuur van een woningcorporatie heeft de minister dit instrument gebruikt.<sup>15</sup>

Indien de minister deze bevoegdheid gebruikt, wordt daarvan melding gemaakt in een persbericht. Het is opvallend dat hierbij in het BBSH geen publicatie in de *Staatscourant* is voorgescreven.

d. *Intrekken van de toelating*

In 1998 is in het BBSH de mogelijkheid van intrekking van de toelating opgenomen. Dit is mogelijk als het Rijk van oordeel is dat de toegelaten instelling zodanige schade aan het belang van de volkshuisvesting berokkent dat haar toelating niet langer in het belang van de volkshuisvesting is te achten. Uit de Nota van Toelichting blijkt dat het hier gaat om 'ernstige situaties die het voortzetten van de toelating onmogelijk maken'.<sup>16</sup>

*Relatie met de lokale overheid*

Het toezicht door de centrale overheid laat zich omschrijven als repressief. De lokale overheid vervult sinds 1998 geen enkele toezichthoudende rol meer. Woningcorporaties maken met de lokale overheid wel afspraken over de te ondernemen activiteiten waarvan een samenvatting ex art. 25f BBSH aan de Minister van VROM wordt toegestuurd. Corporaties en gemeenten hebben echter bij het maken van die prestatieafspraken een grote mate van vrijheid een lokale invulling te geven aan het belang van de volkshuisvesting.<sup>17</sup>

*Vergelijking: Nederlands en Frans toezicht*

Een vergelijking tussen de Nederlandse en de Franse regels die gelden voor woningcorporaties leidt naar mijn mening tot de conclusie dat de Franse regels voor corporaties niet alleen veel gedetailleerder zijn, maar bovendien veel verder gaan dan de regels die op grond van Woningwet, BBSH of circulaires gelden voor de Nederlandse woningcorporaties.<sup>18</sup>

Ik noem een paar opvallende voorschriften in de Franse regelgeving die in de Nederlandse situatie niet bestaan en die het Hof mede van belang achtte bij de beoordeling van dit criterium.

a De Franse regeling verplicht een HLM-vennootschap met minder dan 1.500 woningen ten minste 500 woningen te bouwen in 10 jaar op straffe van liquidatie (art. L423-1).

b Eventueel kan een HLM-vennootschap met meer dan 50.000 woningen worden verplicht het meerdere over te dragen aan een door de minister aangewezen organisatie (art. L423-2).

c De Franse minister kan zeer gedetailleerde technische voorschriften geven en de kostprijzen vaststellen van hetgeen een HLM-vennootschap mag bouwen (art. L411-1: dit voorschrift stelt bijvoorbeeld tevens de voorwaarden waaronder bijgebouwen of individuele of collectieve tuinen aan de woning mogen worden toegevoegd).

d Het Franse toezicht (art. L451-1) omvat het gehele scala van de activiteiten van de HLM-vennootschap in alle administratieve technische, sociale, fiscale en financiële aspecten. De wet beschrijft gedetailleerd de wijze waarop dat toezicht (*sur place*) kan worden uitgeoefend. Agenten kunnen tussen 08.00 en 20.00 uur het bureau van de HLM-vennootschap binnenvallen.

Daarbij behoeven zij de directeur eerst ter plaatse te waarschuwen. Nadat zij hem erop hebben gewezen dat hij het recht heeft zich te laten bijstaan door een raadsman, kunnen de agenten zich toegang verschaffen tot alle lokalen en alle mogelijke stukken in beslag nemen. De uitgebreide beschrijving in dat wetsartikel heeft weinig raakvlakken met Nederlandse regelgeving voor corporaties en roept meer associaties op met Amerikaanse actiefilms.

In de procedure heeft de Franse regering aangevoerd dat dit toezicht in de praktijk beperkt blijft tot een eenvoudige controle van boekhouding. Het Hof verwierp dat argument met het oordeel dat de bepalingen niet preciseren binnen welke grenzen het toezicht feitelijk wordt uitgeoefend en overwoog daarbij dat de Franse regering voor haar stelling geen enkel bewijselement kon aandragen.

Aan deze verschillen zou ik er nog één willen toevoegen, dat naar mijn mening relevant is bij de beoordeling van de Nederlandse situatie en ove-

15. Een recent voorbeeld betreft het ingrijpen van de minister bij Trias Woondiensten in Lisse waar naar het oordeel van de minister sprake was van fraude door het bestuur.

16. NvT, *Stb.* 1998, 135, p. 33.

17. Art. 12 BBSH omschrijft de verplichting van de corporatie als het inzetten van de middelen zodanig dat zo veel mogelijk wordt voldaan aan de eisen die ter plaatse in het belang van de huisvesting van de bevolking redelijkerwijs kunnen worden gesteld aan de kwaliteit van woongelegenheden.

18. De Franse regels zijn kenbaar uit het arrest *HLM-vennootschappen* alsmede te downloaden via internet: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

rigens niet aan de orde was in de beoordeling van de HLM-vennootschappen.

In de Franse regeling zijn geen bepalingen opgenomen die het bestuurders van de lokale of regionale overheid verhinderen als bestuurder of toezichthouder bij een HLM-vennootschap betrokken te zijn. In de praktijk blijkt regelmatig betrokkenheid van deze personen als bestuurder of toezichthouder bij een HLM-vennootschap.

#### *Conclusie*

Mijns inziens mag in ieder geval vastgesteld worden dat het Franse toezicht op het beheer van HLM-vennootschappen verder gaat dan het Nederlandse toezicht op woningcorporaties.

Het Nederlandse toezicht is vooral een repressief financieel toezicht op het beheer van het vermogen door de woningcorporatie. Het gebruik van een relatief zwaar instrument als een aanwijzingsbevoegdheid is zeer beperkt en bovendien volledig transparant. Van de goedkeuringsbevoegdheid wordt sporadisch gebruikgemaakt. Daarnaast mag verwacht worden dat de Nederlandse regering, anders dan de Franse regering, in een procedure in staat zal zijn aan te geven op welke wijze de instrumenten in het kader van het toezicht worden gehanteerd.

Naar mijn mening mag hieruit worden geconcludeerd dat het toezicht door de Nederlandse overheid zowel in theorie als in praktijk niet zodanig is dat de overheid besluiten van de woningcorporatie ter zake van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.

Dit betekent dat de Nederlandse woningcorporatie niet kan worden aangemerkt als een aanbestedende dienst in de zin van de Richtlijn. Deze conclusie is ook van belang bij de beoordeling van het wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet.<sup>19</sup>

Ook daarbij zal de vraag gaan spelen of woningcorporaties onder de reikwijdte van deze nieuwe wet zullen gaan vallen.

### **3. Voorstel aanbestedingswet**

De nieuwe Aanbestedingswet is volgens de regering noodzakelijk om een verbetering van de naleving van de aanbestedingsregels te bewerkstelligen. Het wetsvoorstel verankert in feite Europese begrippen in de Nederlandse regelgeving. Begrippen als overheidsopdrachten, aanbestedende dienst en publiekrechtelijke instelling

worden in het wetsvoorstel letterlijk overgenomen. Aanbestedende diensten dienen hun opdrachten met inachtneming van deze wet openbaar aan te besteden. Nu de definities uit de Richtlijn letterlijk worden overgenomen in het wetsvoorstel en bovendien in de Memorie van Toelichting wordt verwezen naar de bepalingen in de Richtlijn en naar de jurisprudentie van het Europese Hof, mag geconcludeerd worden dat het antwoord op de vraag of corporaties onder deze nieuwe wet vallen op dezelfde manier beoordeeld moet worden als het antwoord op de vraag of corporaties onder de Richtlijn vallen. Naar mijn mening vallen corporaties dus niet onder de nieuwe Aanbestedingswet.

Het is overigens opvallend dat de wetgever hieraan in de Memorie van Toelichting geen enkel woord wijdt.<sup>20</sup>

De Nederlandse regering neemt immers een helder standpunt in bij toepasselijkheid van de Richtlijn: corporaties vallen niet onder de werking daarvan.

Gelet op de discussie in de praktijk zou het wenselijk zijn dat in de Memorie van Toelichting eenzelfde helder standpunt wordt ingenomen bij de voorgestelde Aanbestedingswet. Bij corporaties gaat het immers om een niet onaanzienlijke categorie opdrachtgevers.

Wellicht zou hiervoor bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel aandacht gevraagd kunnen worden.

### **4. Beleidsvisie VROM**

Het antwoord op de vraag of corporaties onder een nieuwe Aanbestedingswet zullen vallen zou echter nog in sterke mate beïnvloed kunnen worden door de plannen die de Minister van VROM in haar recente beleidsvisie uit december 2005 heeft ontvouwd.<sup>21</sup>

Uit de beleidsvisie spreekt de wens van de minister meer controle te krijgen over corporaties met betrekking tot hun investeringen in woningbouw en bij herstructureringen. Een van de maatregelen die de minister daarbij voor ogen staat is een investeringsverplichting van de corporatie. In de plannen van de minister dienen gemeenten een woonvisie met bijbehorend investeringsplan op te stellen.<sup>22</sup> De corporatie dient daarop een investeringsbod uit te brengen. Doet de corporatie dat

19. Regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale sectorbedrijven wetsvoorstel 30 501 (*Kamerstukken II* 2005/06, ingediend op 23 maart 2006).

20. Zie ook H.D. van Romburgh in zijn proefschrift *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland*, Monografieën Bouwrecht, nr. 25, Deventer: Kluwer 2005, p. 116. Mr. Romburgh pleit voor een wettelijke bepaling waarin de woningcorporatie als publiekrechtelijke instelling wordt aangemerkt.

21. Brief van de Minister van VROM aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 12 december 2005 inzake beleidsvisie, toekomst van woningcorporaties (kenmerk DBO2005-191043).

22. Beleidsvisie, p. 3 (zie noot 21).

niet of komen partijen niet tot elkaar, dan zal de minister volgens een transparante methodiek berekenen of de corporatie een investeringsverplichting heeft. Is dat het geval, dan wenst zij de corporatie daartoe, zo nodig met gebruik van een aanwijzing, te kunnen verplichten. Uit deze beleidsvisie spreekt een geheel andere benadering van de aanwijzingsbevoegdheid.

Deze bevoegdheid zal in een nieuw BBSH zo moeten worden geformuleerd dat de minister een aanwijzing kan geven in het belang van de volkshuisvesting. Dit is een veel ruimere bevoegdheid dan thans in het BBSH is opgenomen. Afhankelijk van de wijze waarop deze visie verder wordt uitgewerkt zou een investeringsplicht besluiten van woningcorporaties ter zake van overheidsopdrachten wellicht wel kunnen beïnvloeden. Dit zou gevolgen kunnen hebben voor de aanbestedingsrechtelijke beoordeling van de mate waarin de minister toezicht houdt op het beheer van een corporatie.

Interessant in het parlementaire debat over deze beleidsvisie is de vraag hoe dit instrument valt te rijmen met de opvatting van de Nederlandse regering dat corporaties geen aanbestedende dienst zijn in de zin van de Richtlijn.

## 5. Aanbestedingsplicht: bezwaren in praktijk

De vraag zou gesteld kunnen worden of het bezwaarlijk is een woningcorporatie aan te merken als een aanbestedende dienst.

Het is duidelijk dat wanneer men dat in de Nederlandse context doet, de corporatie ook onder de werking van de Europese richtlijn valt.

In de discussies hierover zijn van corporatie zijde meerdere bezwaren naar voren gebracht. Een aantal daarvan valt mijns inziens onder de noemer 'onbekend maakt onbemind'.<sup>23</sup> Daarbij denk ik aan bezwaren als zou alleen tegen de laagste prijs kunnen worden aanbesteed of het bezwaar dat buitenlandse aannemers zich zouden kunnen inschrijven die onvoldoende bekend zijn met de Nederlandse projectontwikkeling.<sup>24</sup>

Beter te begrijpen is het bezwaar dat de toepassing van de Europese aanbestedingsregels leidt tot vertraging in de aanbestedingsprocedure, tot verhoging van de kosten voor zowel de aanbesteder als de gegadigde en tot toename van geschillen.<sup>25</sup>

Nog zwaarder is mijns inziens het bezwaar dat de aanbestedingsplicht een bedreiging kan vormen voor de samenwerkingsverbanden tussen corporatie en commerciële projectontwikkelaars bij uitbreidingslocaties. Ter toelichting daarop kan het volgende worden opgemerkt.

### *Samenwerking op uitbreidingslocaties*

Op uitbreidingslocaties beschikken de projectontwikkelaars vaak over een stevige grondpositie.

Indien de corporatie op die locatie niet beschikt over een grondpositie, wordt zij in veel gevallen – al of niet onder politieke druk van de lokale overheid – door de projectontwikkelaar 'uitgenodigd' in de samenwerking de sociale huurwoningen te realiseren.

Daarbij heeft de projectontwikkelaar veelal een 'eigen' aannemer die het werk uitvoert.

Zodra een corporatie aanbestedingsplichtig zou zijn, is het voor die categorie projectontwikkelaars veel minder interessant met de corporatie samen te werken. Immers, de corporatie zal dan zowel het ontwikkelen als het realiseren van de huurwoningen niet meer onderhands aan de projectontwikkelaar mogen gunnen, maar zal dat openbaar moeten aanbesteden. De projectontwikkelaar die het werk graag zelf wil uitvoeren, heeft daar geen enkel belang bij.

Dit zou kunnen betekenen dat voor de corporatie die niet zelf beschikt over een grondpositie op uitbreidingslocaties in veel gevallen geen rol meer is weggelegd.

### *Gevolgen voor het beleid*

De Minister van VROM hecht groot belang aan de woningproductie in de komende jaren.

Die doelstelling kan, wat betreft betaalbare sociale huisvesting, niet worden gerealiseerd zonder een vruchtbare samenwerking tussen corporatie en (commerciële) projectontwikkelaar.

Het ligt naar mijn mening dan ook voor de hand dat de minister het standpunt van de Nederlandse regering inhoudende dat corporaties niet aanbestedingsplichtig zijn, zoals dat aan Brussel is overgebracht, met stelligheid inbrengt in het Nederlandse parlementaire debat over de voorgestelde Aanbestedingswet.

Voorts zouden bij de beoordeling van de maatregelen die door de minister in haar beleidsvisie zijn voorgesteld de gevolgen voor een eventuele

23. Kenbaar uit een brief van brancheorganisatie Aedes aan de Minister van VROM d.d. 3 mei 2004.

24. Uit recent onderzoek door de Europese Commissie blijkt dat bij aanbesteding onder Richtlijnen voor Werken Diensten en Leveringen slechts in 3% van de gevallen sprake is van directe betrokkenheid bij de aanbesteding door een onderneming uit een lidstaat buiten de betreffende lidstaat. Vaker is een buitenlandse onderneming betrokken bij een aanbesteding die in de betreffende lidstaat een deelneming heeft (20% van de gevallen). (A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU-directives and challenges for the future, Feb. 3rd 2004, p. 9 en 10).

25. Het EU-rapport (zie vorige noot) rept van 'significant costs of complying with procurement-rules' (p. 2).

aanbestedingsplicht moeten worden betrokken. De wens om meer controle te krijgen over corporaties (met maatregelen als een investeringsplicht) zou ertoe kunnen leiden dat de toezichthoudende rol zodanig wordt verstrekt dat de overheid wellicht in staat zou kunnen zijn beslissen

van een corporatie op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden. Zo zou ongewild een corporatie in de toekomst wellicht toch als een aanbestedende dienst aangemerkt kunnen worden. Daarmee zou het belang van de woningbouwproductie niet zijn gediend.

Nr. 154

## ■ Zijn woningcorporaties (fiscale) ondernemers?

door prof. dr. T.M. Berkhout<sup>1</sup>

Wie inkomsten ontvangt, moet belasting betalen. Het lijkt een open deur, maar het is dat zeker niet. Niet iedere (rechts)persoon die inkomsten genereert, is immers belastingplichtig. En al wil het democratisch beginsel dat iedereen voor de (belasting)wet gelijk is, 'some are more equal than others' om maar eens een bekende uitspraak uit George Orwells *Animal Farm* te misbruiken. Tot dusverre ontsprongen woningcorporaties de dans om de vennootschapsbelasting, maar sinds 1 januari 2006 zijn ook zij VPB-plichtig geworden; onder bepaalde voorwaarden, dat wel.

### Inleiding

Wie commerciële activiteiten verricht, kan in bepaalde gevallen in beginsel onder het regime van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB) vallen. In beginsel, want sommige entiteiten kunnen buiten schot blijven. In art. 2 van de wet lezen we welke (rechts)personen en andersoortige lichamen onder de belastingplicht vallen. Het is een uitgebreide opsomming waarvan lid 1 sub *d* voor de bespreking van ons onderwerp interessant is: aan de belastingplicht zijn onderworpen 'hiervoor niet genoemde verenigingen en andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen, indien en voor zover zij een onderneming drijven'. Want daar wil ik het in de onderhavige bijdrage over hebben: drijft een woningcorporatie nu wel of niet een onderneming? Daarbij is onder meer van belang of een lichaam een winstoogmerk heeft. En dat winstoogmerk hebben woningcorporaties van origine niet gehad. Ooit werden deze organisaties opgericht om de grote massa woningzoekenden aan goedkope en passende woonruimte te helpen. Zij mochten niet, zo was de redenering, door belastingdruk worden gehinderd in hun goede werk. De Woningwet van 1901 liet dan ook verenigingen of stichtingen als woning-

corporatie toe, zolang ze maar uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkten en alles wat zij verdienden ten goede van de volkshuisvesting lieten komen. Het waren zelfstandige, ideële organisaties, bestuurd door bevlogen amateurs die dicht bij hun leden stonden. Maar tijden veranderen en daarmee ook de opvatting dat sommige 'ideële' lichamen die inkomsten genereren, principieel buiten de belastingplicht kunnen vallen. Wellicht daarom besloot de wetgever art. 5 lid 1 letter *d* Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB) te wijzigen. Met ingang van 1 januari 2006 worden 'commerciële activiteiten' van woningcorporaties in de belastingheffing betrokken. Daarvoor moeten wij onder meer denken aan de bouw en verkoop van koopwoningen en de verhuur en verkoop van bedrijfsmatig vastgoed.

### Grote belangen

De belangen gaan het menselijk bevattingvermogen bijna te boven. Volgens het Centraal Fonds Volkshuisvesting zijn er namelijk in Nederland 508 woningcorporaties actief die 2,4 miljoen wooneenheden en 159.000 overige vastgoedobjecten (garages, bedrijfsruimten, winkels en overig bezit) beheren.<sup>2</sup> Het was voor de politiek niet zo eenvoudig met één pennenstreek een dergelijk domein onder de belastingplicht te brengen. Woningcorporaties zijn immers niet 'zomaar' ondernemingen die hun activiteiten met winstoogmerk uitvoeren. Integendeel, ze verschaffen woongenot aan vele miljoenen mensen die anders niet in staat zouden zijn een eigen dak boven het hoofd te verwerven. Dat er daarvoor jaarlijks vele miljarden aan subsidies nodig zijn om een en ander te verwezenlijken, is bekend. Ik noem: de steun van het CFV en de borging van het Waarborgfonds Sociale Woningbouw met rijksachtervang, de BNG-leningen, en de thans opgeheven VPB-vrijstelling.

1. De auteur is voorzitter van het Belastingdienst/Vastgoedkenniscentrum, verbonden aan Universiteit Nyenrode Real Estate Center en schreef dit artikel op persoonlijke titel.  
2. Centraal Fonds Volkshuisvesting, *Verslag financieel toezicht woningcorporaties 2005. Verslagjaar 2004*, Naarden: CFV 2005, p. 7 en 11.