

DE ZAAK

Corporatiewereld sterk in beweging

Op 19 mei heeft de rechtbank van Maastricht een uitspraak gedaan over de vraag of woningcorporaties gerechtigd zijn om in het buitenland activiteiten te ontplooien.¹ De rechtbank vernietigde het verbod van de minister van VROM op dergelijke activiteiten. Een goed moment om even stil te staan bij de veranderende positie van woningcorporaties in algemene en aanbestedingsrechtelijke zin.

Servatius

In de genoemde zaak heeft woningcorporatie Servatius (gevestigd te Maastricht) in het Belgische Luik een woningbouwproject uitgevoerd met betrekking tot 88 huur- en koopwoningen. Overigens is het niet de woningcorporatie zelf die dit project uitvoerde, maar een dochtervennootschap naar Belgisch recht. De corporatie heeft haar gronden verkocht aan deze Belgische entiteit en daarbij een lening verstrekt. De Staat betoogt dat het de corporatie niet is toegestaan buitenlandse activiteiten te verrichten. De rechtbank stelt vervolgens, aan de hand van stellingen van de corporatie, dat een zodanig verbod mogelijk inbreuk maakt op de vrijheid van kapitaalverkeer als bedoeld in artikel 58 EG-Verdrag. Deze bepaling bevat evenwel uitzonderingsgronden. De rechtbank sluit daarom niet uit dat het belang van sociale huisvesting een reden kan zijn die noopt tot inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer.

Waar het vervolgens echter 'mis gaat' voor de Staat, is het feit dat het verbod tot het ontplooien van activiteiten in het buitenland onvoorwaardelijk en zonder voorbehoud is geformuleerd. De rechtbank vernietigt daarom het besluit (waarin genoemd verbod is vervat) vanwege een motiveringsgebrek. Er wordt inbreuk gemaakt op het vrije kapitaalverkeer en de Staat had in andere omstandigheden wel buitenlandse activiteiten (overigens beperkt en onder voorwaarden) toegestaan. Het had daarom in de rede gelegen dat de Staat zijn besluit nader en beter had gemotiveerd.

Corporaties zouden door deze uitspraak de onvoorwaardelijke vrijheid hebben om activiteiten in het buitenland te ontplooien. Deze 'mare' moet nadrukkelijk genuanceerd worden. Ten

eerste omdat het besluit louter op motiveringsgronden is vernietigd. Dit brengt met zich mee dat een nieuw, dan wel beter gemotiveerd besluit alsnog het door de Staat beoogde effect (een verbod) kan hebben. Ten tweede omdat dit nu eenmaal een uitspraak van een lagere rechter betreft. Het geschil heeft een sterk principieel karakter. Het ligt daarom in de rede dat de Staat het er niet bij zal laten zitten en een hoger beroep is waarschijnlijk.

Breder perspectief

De uitspraak is mede zo interessant omdat het zo nadrukkelijk licht werpt op de bijzondere rol en activiteiten van woningcorporaties, terwijl de 'corporatiewereld' op diverse fronten sterk in beweging is. Voorheen werden de corporaties (min of meer) ongemoeid gelaten. Zij werden gezien als een typisch Nederlands verschijnsel, dat voorzag in de gerechtvaardigde behoefte aan sociale woningbouw voor de maatschappelijk zwakkeren. Die situatie is wezenlijk veranderd. Corporaties begeven zich, al dan niet door middel van dochterondernemingen, op commercieel gebied. Ze zijn als gevolg van de in de jaren negentig doorgevoerde bruteringsoperatie zelfstandig(er) geworden. Door een fusiegolf zijn bovendien corporaties van aanzienlijke omvang ontstaan. De gedachte dat de corporatie vanwege haar specifieke sociale karakter gevrijwaard is van allerhande regels en voorschriften die voor anderen wel gelden, blijkt niet langer juist. Zo kan men constateren dat fusies van corporaties nu onderhevig zijn aan de concentratiecontrole door de NMa.² Ook op fiscaal vlak is het nodige ingrijpend veranderd.³ Voorheen waren allerhande vrijstellingen met betrekking tot de vennootschapsbelasting (VpB) en over-

drachtsbelasting van toepassing. Ook daar is een nadrukkelijke kentering gekomen. Uitsluitend de typische sociale activiteiten zijn nog vrijgesteld van VpB. Alles wat die activiteiten overstijgt, is inmiddels een VpB-plichtige activiteit. De vrijstelling overdrachtsbelasting is afgeschaft en ter voorkoming van kruissubsidiëring is een corporatie op grond van de Transparantierichtlijn genoodzaakt om gescheiden boekhoudingen te voeren. Verder is de 'staatssteunvraag' inmiddels aan de orde gesteld. De Europese Commissie heeft gesteld dat deze waarschijnlijk toelaatbaar is voor zover overheidsfinanciering en/of subsidiering van de corporatie betrekking heeft op de sociale huisvestingsactiviteit.⁴ De financiering van commerciële activiteiten dient echter nadrukkelijk marktconform te zijn. Al deze en andere maatregelen hebben er toe geleid dat corporaties de oorspronkelijke sociale huisvestingstaak laten uitvoeren door de corporatie (een stichting zelf). De overige, in belangrijke mate commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een of meer vennootschappen waarvan men de aandelen houdt.

Aanbestedingsrecht

De vraag of woningcorporaties aanbestedingsplichtig zijn, is een vraag die de gemoederen al geruime tijd bezighoudt. Een vergelijkbare discussie is gevoerd ten aanzien van onder andere scholen, ziekenhuizen en instellingen in de gezondheidszorg. Dit zijn allemaal hybride organisaties die zich op het snijvlak van 'publieke taken' en 'private besturing' manifesteren. Ten aanzien van scholen is inmiddels volstrekt duidelijk dat deze aanbestedingsplichtig zijn. Voor ziekenhuizen geldt dat die vraag in de jaren 2004 en 2005 herhaaldelijk in positieve zin door de rechter beantwoord is. Dat pleit leek dan ook beslecht, ware het niet dat met ingang van 1 januari 2006 het nieuwe zorgstelsel is ingevoerd. Dit heeft de vraag opgeroepen of de ziekenhuizen nog steeds aanbestedingsplichtig zijn. De rechters die oordeelden in 2004 en 2005 hebben hun oordelen immers hoofdzakelijk gebaseerd op het feit dat ziekenhuizen 'publiek' werden gefinancierd. Inmiddels is de financieringsstructuur van de zorg ingrijpend gewijzigd. Daarom kan men de vraag stellen of de genoemde rechterlijke oordelen nog voldoende basis bieden voor de stelling dat ziekenhuizen aanbestedingsplichtig zijn. Ten aanzien van scholen en ziekenhuizen heeft zich in de afgelopen jaren dus een voortschrijdende ontwikkeling afgetekend met betrekking tot de vraag of sprake is van een aanbestedings-

plicht. Wat de corporaties betreft, is het relatief stil gebleven. In discussies, juridische adviezen en juridische artikelen zijn diverse standpunten ingenomen. En net zoals bij ziekenhuizen het geval was, zijn er voor beide standpunten (niet of wel aanbestedingsplichtig) argumenten te vinden.

Toezicht

Is er sprake van (a) 'publieke' financiering dan wel (b) 'publiek' toezicht op het beheer? Van het antwoord op met name die vraag hangt, kort samengevat, af of een corporatie al dan niet aanbestedingsplichtig is. Aan de overige eisen (rechtspersoonlijkheid, opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang) is immers onmiskenbaar voldaan. Zoals wel vaker het geval is, draait het om de vraag of (a) de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd dan wel (b) het beheer van de corporatie onderworpen is aan toezicht door de overheid. De financieringsstructuur is – evenals in de zorg – complex. Men kan niet eenvoudigweg stellen dat sprake is van een 'directe' financiering door de overheid. Voorstanders ('wel aanbestedingsplichtig') stellen dat financiering van corporaties zodanig nauw verbonden is met de overheid, dat in aanbestedingsrechtelijke zin sprake is van overheidsfinanciering.⁵ Financiering geschiedt in hoofdzaak via leningen en/of borgstellingen van het CFV, het WSW en/of de BNG. Deze entiteiten zijn nadrukkelijk 'publiek' gekleurd. De Europese Commissie is van oordeel is dat de diverse regelingen die van toepassing zijn op corporaties, als een overheidsfinanciering in staatssteunrechtelijke zin kwalificeren.⁶ Dit is een wezenlijk signaal. Voorts wordt er nog op gewezen dat de rechters die oordeelden over de vraag of ziekenhuizen aanbestedingsplichtig zijn, een ruime uitleg van het begrip financiering hebben toegepast. Dat de corporaties onder toezicht staan is evident. De vraag is echter of sprake is van een zodanig toezicht dat men in (aanbestedingsrechtelijke zin) kan stellen dat het beheer aan toezicht door overheid is onderworpen. De Servatiuskwestie toont aan dat de bemoeienis van de overheid met de corporaties nadrukkelijk aanwezig is. De Woningwet, het BBSH, de inspectie van VROM en de gestage stroom van circulaire's waarbij dit ministerie aangeeft hoe corporaties ten aanzien van bepaalde zaken dienen te handelen. Het zijn allemaal factoren die bijdragen aan de stelling dat de overheid als toezichthouder een nadrukkelijke rol heeft met betrekking tot het handelen van corporaties.⁷

Tendens

Een tendens die de 'voorstanders' in de kaart speelt, is het feit dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie EG het begrip 'publiekrechtelijke instelling' nadrukkelijk 'functioneel' wordt geïnterpreteerd. Vrij vertaald: het Hof neigt eerder naar een ruim(hartig)e dan naar een restrictieve uitleg van dit begrip. Ook het feit dat in Frankrijk de corporaties als aanbestedingsplichtig zijn aangemerkt, is een aspect dat aandacht behoeft. Zij het dat de wijze waarop de corporaties daar zijn ingericht en gefinancierd uiteraard niet volledig vergelijkbaar is met de manier waarop de Nederlandse corporaties zijn gestructureerd.⁸

Conclusie

De 'corporatiewereld' is nadrukkelijk in beweging. In het mededingingsrecht, het staatssteunrecht en het fiscale recht hebben zich recent de nodige en ingrijpende ontwikkelingen voorgedaan. De vraag of corporaties aanbestedingsplichtig zijn, houdt de gemoederen al vele jaren bezig en voor beide standpunten zijn argumenten voorhanden. Waar het in de kern om draait is de vraag of sprake is van 'overheidsfinanciering' dan wel 'overheidstoezicht' in aanbestedingsrechtelijke zin. Wanneer een rechter zich hierover uitsprekt, zal er (meer) duidelijkheid ontstaan. Een kwestie van tijd, zo lijkt het.

mr. Robbert D. Luteijn
Lexecon

- 1 Zie www.rechtspraak.nl. Rechtbank Maastricht, 19 mei 2006.
- 2 Zie voor enige voorbeelden de website van de NMa: www.nmanet.nl.
- 3 Zie daartoe onder meer de speciale editie van Vastgoedrecht Fiscaal en Civiel, mei 2006.
- 4 Brief Europese Commissie d.d. 14 juli 2005.
- 5 Zie wat betreft de rechtspraak over ziekenhuizen Tender Nieuwsbrief 2005, nr. 8. ("De Zaak Amphibia"). Zie voorts voor wat betreft het begrip financiering onder andere HvJ EG ("Cambridge"), C-380/98 d.d. 3 oktober 2000.
- 6 Zie voetnoot 4.
- 7 Vgl. in dit verband HvJ EG ("Connemara/Forestry Board"), C-306/97, d.d. 17 december 1998.
- 8 De zogenaamde OPHLM: offices publics d'habitations à loyer modéré. Ook de 'commerciële' dochtervennootschappen van deze HLM's zijn door het HvJ EG als een publiekrechtelijke instelling aangemerkt: HvJ EG ("HLM-vennootschappen") d.d. 1 februari 2001, C-237/99.