

geldt voor standaardvoorwaarden. Een vrijwillige verzekering en standaardvoorwaarden beantwoorden aan de autonomie van partijen. Echter, beide stelsels brengen veel transactiekosten met zich en ten aanzien van de architectenverzekering zou kunnen worden gesteld dat in de praktijk in het BNA-lidmaatschap en in de standaardvoorwaarden wellicht toch een verplichting tot verzekeren ligt verscholen. De Nederlandse architect blijft op dit punt echter wel steeds zijn keuzemogelijkheid houden in een dergelijk systeem.

Bovendien blijkt dat in beide rechtsstelsels ten aanzien van de verzekering van de aansprakelijkheid eenzelfde beweging bestaat die gericht is op het geven van prikkels aan de eventuele toekomstige schadeveroorzaker. Zowel de Verzekering tienjarige aansprakelijkheid als de VGV geeft positieve rechtseconomische signalen af. Het zware dwingendrechtelijke stelsels van de assurance oblige waar de Belgische architect onder valt wordt afgezwakt door middel van de Verzekering tienjarige aansprakelijkheid. Daar-

door staan het Belgische en Nederlandse verzekeringsrecht dichter bij elkaar dan in eerste instantie het geval lijkt. Feit blijft wel dat bij de Belgische architect van vrijwillige verzekering geen sprake is.

Dit leidt tot de slotsom dat het Belgische architectenrecht naar mijn mening op te veel fronten te dwingendrechtelijk is vormgegeven. Daardoor is dit stelsel voor de architect een ongelukkig en duur stelstel geworden. Het zou wellicht aanbeveling verdienen, bijvoorbeeld op het gebied van verzekering, de architect meer contractsvrijheid te laten. Aan genoemde pijnpunten als risicoaversie, roekeloos gedrag en hoge transactiekosten kan dan tegemoet worden gekomen. Ook de zware aansprakelijkheid die op de Belgische architect rust zou kunnen worden verlicht door of diens persoonlijke aansprakelijkheid af te schaffen, of door de tienjarige aansprakelijkheid te verkorten. Op die wijze blijft de aansprakelijkheid van de architect mijns inziens een voldoende zware tegenhanger voor de wettelijke monopoliepositie die hij bezit.

Actualiteiten, mededelingen, reacties van lezers

Nr. 219

Woningcorporaties en Europese aanbesteding: een reactie

door mr. R.D. Luteijn¹

1. Inleiding

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het artikel van mr. M.R. de Boer over de vraag of woningcorporaties aanbestedingsplichtig zijn.² Ik meen dat in zijn artikel een aantal wezenlijke nuances ontbreken en zou die hieronder, voor een volledige beeldvorming, aan de orde willen stellen.³

De vraag of woningcorporaties aanbestedingsplichtig zijn, is een vraag die de gemeederen al vele jaren bezighoudt. In Nederland bestaan di-

verse 'hybride' organisaties ten aanzien waarvan niet op voorhand duidelijk was of is of zij al dan niet gehouden zijn of waren hun opdrachten Europees aan te besteden, zoals scholen, ziekenhuizen en woningcorporaties. Instanties die 'privaat' bestuurd worden, doch die in diverse opzichten een 'publiek' karakter hebben.

Wat betreft de scholen was snel duidelijk dat zij hun opdrachten Europees dienen aan te besteden. Wat betreft de ziekenhuizen waren (en zijn) er voor zowel het ene (wél aanbestedingsplichtig) als het andere standpunt (niet aanbestedingsplichtig) argumenten voorhanden. Recent is de knoop door de Nederlandse rechter – in de zogenaamde

¹ R.D. Luteijn is verblijvend onder de naam Luteijn en adviseert met name bedrijven en instellingen in de vastgoedsector en de elektrificatie.

² M.R. de Boer, 'Wie bestelt wat? Een prijs heeft en belastingmomenten op aanbesteding door woningcorporatie', *BR* 2006, nr. 22-729.

³ De auteur dankt de Assistent-redactioneel ook voor de opmerkingen in artikel, zie *BR* 2006, p. 106. Daar zijn reacties naar te vinden op de website.

zaken *Amphia Breda* en *Rivierenland Tiel* – doorgehakt en in alle gevallen is geoordeeld dat ziekenhuizen hun opdrachten Europees dienen aan te besteden.⁴ De rechterlijke instanties hebben zich daarbij gebaseerd op een ruime uitleg van het begrip 'overheidsfinanciering'. En passant werd ook nog opgemerkt dat mogelijkerwijs ook sprake was van 'overheidstoezicht' (als onderdeel van de definitie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling').

Alhoewel deze uitspraken niet rechtstreeks handelen over woningcorporaties, acht ik deze wel zijdelings van belang, omdat uit deze uitspraken eens te meer duidelijk wordt dat in de rechtspraak het begrip 'publiekrechtelijke instelling' ruim, althans extensief, wordt geïnterpreteerd. Of, in de terminologie van het aanbestedingsrecht: functioneel.

2. Functionele uitleg

Dat rechters een ruime of extensieve interpretatie toepassen is niet nieuw of verrassend. Van meet af aan is dit het geval geweest en de toon is gezet in de zaak *Beentjes* in welke zaak het Hof van Justitie EG oordeelde dat het begrip 'publiekrechtelijke instelling' functioneel diende te worden geïnterpreteerd.⁵

In dit verband zij voorts gewezen op een – niet onbelangrijke – overweging van het Hof van Justitie EG die men in diverse zaken tegenkomt, namelijk dat de drie facultatieve criteria (zoals onderdeel uitmakend van de definitie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling') drie varianten betreft van een *sterke afhankelijkheid* van een andere aanbestedende dienst.⁶

3. Overheidsfinanciering

Mr. De Boer is van oordeel dat woningcorporaties hun opdrachten niet Europees behoeven aan te besteden, omdat geen sprake is van 'overheidsfinanciering'. Dat corporaties niet in rechtstreekse zin door de overheid worden gefinancierd is juist. Er is niet een rechtstreekse lijn (in de vorm van aandelen of leningen) tussen de Staat der Nederlanden en corporaties. Dat enkele gegevens brengt echter niet zonder meer met zich mee dat geen sprake zou kunnen zijn van 'overheidsfinanciering' in aanbestedingsrechtelijke zin, met name gelet op het feit dat een dergelijk begrip een functionele uitleg behoeft. Zie in dit

verband de 'ziekenhuisuitspraken', zoals hiervoor genoemd. Onmiskenbaar is dat de financiering – inclusief waarborgen en garantstellingen – van corporaties een nadrukkelijke band heeft met 'publieke' instanties.

In dit verband zij ook verwezen naar de brief van 14 juli 2005 van de Europese Commissie.⁷ Weliswaar handelt deze brief over staatssteun, doch het gegeven dat de Europese Commissie van oordeel is dat wat betreft de wijze van financiering van corporaties (op een aantal punten) mogelijk sprake is van (mogelijk ongeoorloofde) staatssteun, bevestigt eens te meer dat er, zij het indirect, ten minste sprake is van enigerlei vorm van financiering van corporaties door de overheid.

Ik realiseer mij overigens dat een dergelijke parallel niet volledig opgaat. De criteria en definities die gelden in het staatssteunrecht (met name waar het betreft de uitleg van de begrippen '*Staat*' en '*steunmaatregelen (van de staten) of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd*') luiden immers anders en worden niet op identieke wijze geïnterpreteerd als het criterium '*activiteiten (die) in hoofdzaak door de staat worden gefinancierd*' (als onderdeel van de definitie van 'publiekrechtelijke instelling').

4. Overheidstoezicht

Wat betreft het 'overheidstoezicht' concludeert mr. De Boer dat zijns inziens het toezicht op de corporaties niet zodanig is dat sprake is van overheidstoezicht in aanbestedingsrechtelijke zin. Ook dat behoeft een aantal kanttekeningen. Mr. De Boer haalt de uitspraak van het Hof van Justitie EG in de zaak *Truley* aan waarbij het Hof van Justitie oordeelde dat indien *louter* sprake is van toezicht achteraf geen sprake is van 'overheidstoezicht' in aanbestedingsrechtelijke zin. Mr. De Boer concludeert, mede op basis van deze uitspraak en een analyse van het BBSH, dat het toezicht op corporaties zowel in theorie als in de praktijk niet zodanig is dat het besluiten van woningcorporaties kan beïnvloeden. Ik betwijfel of die stellingname volledig en terecht is. Allereerst merk ik op, zoals mr. De Boer ook zelf aangeeft, dat er mogelijkheden zijn om vooraf (en dus niet louter achteraf) in te grijpen. Oftewel: de mogelijkheid tot ingrijpen vooraf is nadrukkelijk aanwezig en er is derhalve niet uitsluitend – of,

4. Zie R.D. Lateijn, 'De Zaak Amphia', *Tender Nieuwsbrief*, december 2005.

5. HvJ EG 20 september 1988, C-31/87. Alle uitspraken van het Hof van Justitie EG zijn te vinden op www.curia.europa.eu.

6. HvJ EG 3 oktober 2000, C-390/98 (*Cambridge*), r.o. 20; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 14; HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (*Fridet*), r.o. 68.

7. *DK* 2006, p. 698-709. Aan deze brief (evenals de reactie van minister DeKker) wordt door prof. dr. B. Hessel uitvoerig aandacht gegeven.

om in de *Truley*-terminologie te blijven: *louer* – sprake van repressief toezicht.

Ten tweede stelt mr. De Boer dat de minister van deze bevoegdheden niet of nauwelijks gebruikmaakt. Nog afgezien van de vraag of dat relevant is – een overweging in deze zin van het Hof van Justitie EG is mij niet bekend – ligt het in de rede te veronderstellen dat menige corporatie op passende wijze uitvoering geeft aan haar taken en verplichtingen en ingrijpen derhalve niet of nauwelijks nodig is. Bovendien zal in de regel in het ‘informele’ circuit de minister een corporatie eerst tot de orde manen, alvorens door de minister gebruik wordt gemaakt van zware wettelijke bevoegdheden.

Ten derde acht in het van bijzonder belang aandacht te schenken aan de uitspraak van het Hof van Justitie EG in de zaak *Connemara*.⁸ Mr. drs. Van den Assem heeft deze uitspraak in zijn reactie ook al aangehaald en ik moge daarnaar verwijzen. Op grond van na te noemen overwegingen – welke parallellen vertonen met de bevoegdheden van de minister ten aanzien van woningcorporaties – werd geoordeeld dat sprake was van ‘overheidstoezicht’⁹:

‘De bevoegdheid van de minister om de Forestry Board aanwijzingen te geven (...) alsmede de aan de minister (...) toegekende bevoegdheden op financieel gebied, geven de Staat (...) 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.’¹⁰

5. Servatius

In dit verband wijs ik ook nog op de recente uitspraak van de Rechtbank te Maastricht in de zaak *Servatius*.¹¹ Deze uitspraak heeft voor de nodige commotie gezorgd doordat daarmee een vrijbrief voor corporaties leek te zijn gegeven – maar zo is het niet – om in het buitenland te investeren en aldaar woningen te ontwikkelen en te bouwen. Kern van de zaak was dat de minister woningcorporatie Servatius had verboden om in het Belgische Luik woningen te (doen) realiseren. Servatius was het daar niet mee eens en werd door

de rechtbank in het gelijk gesteld op formele gronden (motiveringsgebreken).

Feit is echter dat deze uitspraak heel goed weer geeft dat sprake was van een voortijdig – en derhalve niet achteraf – ingrijpen door de minister. Partijen hebben eerst uitvoerig informeel overleg gevoerd (zulks naar aanleiding van het feit dat de corporatie een voornemen had geuit) welk voornemen Servatius heeft vertaald in een formeel verzoek om toestemming om activiteiten in België te mogen ontplooiën. Dit werd vervolgens door de minister geweigerd, waarbij de minister ook nog heeft overwogen Servatius een aanwijzing te geven toen Servatius haar plannen, ondanks afkeuring van de minister, dreigde door te zetten.¹²

6. Volkshuisvesting

Mr. De Boer stelt voorts nog dat indien corporaties aanbestedingsplichtig zouden zijn dit negatieve gevolgen zou hebben voor de volkshuisvesting. Zijn stelling is dat partijen met grondposities niet langer geneigd zullen zijn samen te werken met corporaties, indien deze aanbestedingsplichtig zijn, omdat de door de corporatie te verstrekken bouwopdracht alsdan niet onderhands meer kan worden gegund door de corporatie aan de grondeigenaar. Ik denk dat dat wel mee zal vallen.

Ten eerste omdat nog veel gronden in handen zijn van gemeenten. Ten tweede omdat alleen ontwikkelaars met een ‘bouwpoot’ minder geneigd zijn tot samenwerking; voor ontwikkelaars pur sang geldt dit niet. Ten derde: grondeigenaren zijn afhankelijk van gemeenten omdat wijziging van bestemmingsplannen nu eenmaal een *condictio sine qua non* is om tot ontwikkeling van een locatie over te kunnen gaan en gemeenten hebben derhalve een machtsmiddel om grondeigenaren tot samenwerking met corporaties te dwingen. Ten vierde: de in te voeren Grondexploitatiewet geeft gemeenten een instrument om sociale woningbouw te bewerkstelligen. Ten vijfde: op grond van de Ontheffingswet kan een grondeigenaar die pertinent weigert sociale woningbouw op zijn grondperceel toe te staan mogelijk onteigend worden. Last but not least: (ontwikkellende) aannemers zijn inmiddels ook wel in enige mate gewend aan de Europese aanbestedingsregeling – zij het niet altijd van harte.

8. Hof EG 17 december 1998, C-36/97.

9. Deze zaak werd overigens behandeld onder vigeur van de richtlijn nr. 77/62/EG waarbij getoetst diende te worden of sprake was van een openbare instelling wier levering ‘onder controle van de Staat’ vielen.

10. R.o. 38 en 39.

11. Rb. Maastricht 19 mei 2006, LJN AX3105. Zie www.rechtspraak.nl.

12. Rb. Maastricht Servatius weer in aanvaring gekomen met de minister toen Servatius commerciële voorzieningen wenste te realiseren op het terrein van de Universiteit van Maastricht.

7. Conclusie

De vraag of corporaties al dan niet hun opdrachten Europees dienen aan te besteden blijft een tamelijk academische discussie zolang een rechterlijke instantie daarover geen uitspraak heeft gedaan. Voor beide stellingnames ('wel'

respectievelijk 'niet') zijn argumenten aan te voeren. Het artikel van mr. De Boer zet een aantal zaken weer eens nadrukkelijk op een rij. Ik meen(de) echter dat een aantal onderwerpen en overwegingen in deze discussie niet onvermeld mocht blijven.

Nr. 220

Naschrift

door mr. M.R. de Boer¹

1. Inleiding

Met interesse heb ik kennis genomen van de reacties van mr. drs. F.A. van den Assem en mr. R.D. Luteijn op mijn bijdrage in dit tijdschrift over de aanbesteding door woningcorporaties.² Beide schrijvers scharen zich achter de mening dat corporaties aanbestedingsplichtig zijn in de zin van de Europese Aanbestedingsrichtlijn.³ Interessant is dat zij daarbij nieuwe argumenten in de strijd werpen. Deze argumenten kunnen mij echter niet overtuigen.

2. Woningcorporaties niet aanbestedingsplichtig

In mijn bijdrage heb ik een tegenstrijdigheid signaleerd tussen de opvatting van de Nederlandse regering inhoudende dat woningcorporaties niet aanbestedingsplichtig zijn en opvattingen hierover in de juridische literatuur.⁴ De schrijvers beroepen zich veelal op een uitspraak van het Hof van Justitie betreffende de zogenaamde HLM-vennootschappen.⁵ Na een analyse van het arrest concludeer ik dat het Franse toezichtregime op de HLM-vennootschappen wezenlijk anders is dan de regeling van het Nederlandse toezicht op woningcorporaties. Op grond daarvan acht ik het niet waarschijnlijk dat het Europees Hof in de Nederlandse context tot eenzelfde oordeel zal komen. Daarbij geef ik wel aan dat de inhoud van het begrip 'aanbestedende dienst' dynamisch is. De beleidsvoornemens van de voormalige Minister van VROM, mevrouw Dekker, leken te wijzen op uitbreiding van het toezichtregime voor wo-

ningcorporaties. Indien die voornemens zouden worden gerealiseerd, zou naar mijn mening de weegschaal de andere kant uit kunnen slaan.

3. Het debat

Tussen mij en beide schrijvers bestaat geen meningsverschil over de zogenaamde functionele uitleg die het Europees Hof van Justitie geeft aan de term 'publiekrechtelijke instelling'. Die functionele uitleg is ruim, maar niet onbegrensd. Evenmin bestaat er verschil van mening over de maatstaf die het Hof hanteert wil er sprake zijn van een aanbestedende dienst. In dat geval dient er sprake te zijn van een toezicht door de overheid dat deze in staat stelt beslissingen op het terrein van overheidsopdrachten te beïnvloeden. Naar mijn mening is daarvan bij het toezicht door de Nederlandse overheid op woningcorporaties geen sprake. Nederlandse woningcorporaties zijn privaatrechtelijke instellingen met een privaat vermogen. Binnen de grenzen van hun toelating op grond van de Woningwet zijn woningcorporaties vrij in de besteding van dat vermogen. Die begrenzing, zoals neergelegd in Woningwet, Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH) en diverse circulaires komt erop neer dat het vermogen uitsluitend mag worden besteed in het belang van de volkshuisvesting. De minister en het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting (CFV) houden daarop vooral een repressief toezicht. Bij dat toezicht gaat het steeds om de vraag of het vermogen door de corporatie niet wordt aangewend op een wijze die naar het oordeel van de minister niet in het belang van de volkshuisvesting moet worden geacht. Naar de mening van de minister is daarvan sprake indien bijvoorbeeld geldlenin-

1. Marco de Boer is partner bij Van Breevoort & Ter Meulen Advocaten te Woerden.
 2. Zie M.R. de Boer 'Inhoud van de Europese regels en beleidsvoornemens op aanbesteding door woningcorporaties', *BR* 2006 p. 722-729. De reactie van F.A. van den Assem 'De woningcorporatie als aanbestedende entiteit', *BR* 2006, p. 766; R.D. Luteijn 'Woningcorporaties en Europese aanbesteding: een reactie', *BR* 2006 p. 1903.
 3. Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.
 4. Zie ook een mijn bijdrage *BR* 2006 p. 723 voor een uitgebreide weergave van de opvattingen in de literatuur.
 5. HJ EG 11 januari 2001 (*HLM-vennootschappen*) zaak C-237/09 eenvoudig te raadplegen op www.curia.europa.eu.

gen aan derden uit dat vermogen worden verstrekt of woningen worden verkocht onder de marktwaarde.⁶

Beide schrijvers menen dat bij de woningcorporatie sprake is van een aanbestedingsplicht door de sterke afhankelijkheid van de Nederlandse overheid, vooral door de wijze waarop het toezicht op de woningcorporatie is geregeld.

4. Het arrest Connemara

Beide schrijvers onderbouwen hun standpunt met hetzelfde arrest genaamd *Connemara*.⁷ Zij citeren daaruit bovendien dezelfde rechtsoverweging om aan te geven dat aan het begrip 'toezicht' volgens het Hof een ruime uitleg moet worden gegeven. Vrij vertaald komt die rechtsoverweging erop neer dat ook al staat niet uitdrukkelijk in de wetgeving dat de staat zich kan bemoeien met overheidsopdrachten van een bepaalde dienst, die controle wel degelijk indirect kan worden uitgevoerd. Zo leidt die indirecte controle van de Ierse overheid op de Forestry Board tot het oordeel van het Hof dat deze als een aanbestedende dienst moet worden aangemerkt.

Deze rechtsoverweging in abstracto zegt niet zoveel. Kijken we echter naar de casus dan is wel duidelijk wat het Hof onder die indirecte controle zou kunnen verstaan.

De Forestry Board is een privaatrechtelijke vennootschap die eigenaar is van twaalf nationale parken in Ierland. De staat is daarvan oprichter en tevens meerderheidsaandeelhouder. De staat benoemt de bestuurders, bepaalt hun taakomschrijving en hun bezoldiging, en stelt de salarissen en arbeidsomstandigheden van het personeel vast.⁸

Daarnaast komt er in de betreffende regeling een groot aantal beperkingen voor in de bedrijfsvoering van de Forestry Board, zo geldt een verbod geldleningen aan te gaan zonder toestemming van de minister.⁹

Het is evident dat een zo sterke mate van indirecte controle een sterke afhankelijkheid schept jegens de overheid.

Hoer anders is echter de situatie voor de Nederlandse woningcorporatie waarbij de overheid

geen bestuurders of toezichthouders benoemt. Het afgelopen jaar heeft de minister bovendien meermalen tandenknarsend moeten erkennen dat zij geen enkele mogelijkheid heeft iets te doen aan de beloningen van bestuurders en toezichthouders bij de woningcorporatie die door een parlementaire meerderheid te hoog werden bevonden.¹⁰

Mr. drs. Van den Assem maakt in zijn betoog nog het voorbehoud dat eigenlijk een gedegen analyse zou moeten worden gemaakt van het overheids-toezicht, zoals dat op de Nederlandse woningcorporatie kan worden gehouden.

Van den Assem is op zijn wenken bediend. Onlangs heeft de minister aan de Kamer aangeboden een rapport van prof. dr. Schilder met daarin een gedegen analyse van zowel het interne als het externe toezicht op woningcorporaties.¹¹ Uit de beoordeling van het externe toezicht door het ministerie van VROM en het CFV blijkt dat het toezicht zich beperkt tot de wijze waarop het vermogen door de woningcorporaties wordt aangewend en dat dit toezicht vooral repressief is.

Naar de mening van mr. Luteijn speelt de wijze waarop de toezichthoudende bevoegdheden feitelijk door de overheid worden gebruikt niet zo'n rol bij de beoordeling door het Hof. Dit lijkt mij te kort door de bocht.

Met name in het arrest van de HLM-vennootschappen verwerpt het Hof het standpunt van de Franse regering dat het toezicht feitelijk beperkt was met de overweging dat de Franse regering daarvoor geen enkel bewijselement kon aandragen.¹²

Voor de Nederlandse situatie geldt dat niet alleen het toezicht beperkter is dan in Frankrijk, de wijze waarop dit toezicht wordt uitgeoefend is bovendien transparant.

Van het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid wordt immers altijd mededeling gedaan in de *Staatscourant*. Verder brengt de minister jaarlijks aan de Tweede Kamer gedetailleerd verslag uit van de wijze waarop het repressief toezicht door hem en door het CFV wordt uitgeoefend.

6. Zie bijvoorbeeld de brief van de Minister van VROM d.d. 3 maart 2006 (*Kamerstukken II 2005-06*, 29-455, nr. 36 B.2).

7. H. J. EG 17 december 1998, C-396/97 (*Connemara Maritime Tour Co. Ltd.*).

8. R.o. 11 en 12.

9. R.o. 13 en 14.

10. Brief van de Minister van VROM aan de Tweede Kamer d.d. 11 juli 2006 (*Kamerstukken II 2005-06*, 29-453, nr. 51, p. 1). Want hoezeer soms bij de toewijze van sommige beloningen in het semi-publieke domein en bij een aantal corporaties maatregelen zijn te zetten, er kan niet voorbij worden gegaan aan de (overzelfstandigde) positie van de betrokken organisaties en de bestaande contractuele verplichtingen. De minister reageert hier op de kamerbrede motie van in maart wordt verzocht te komen tot normalisering van aandelen van bestuurders en toezichthouders van woningcorporaties.

11. Brief Minister van VROM d.d. 25 juli 2006 (*Kamerstukken II 2005-06*, 29-453, nr. 12).

12. HLM-vennootschappen, nr. 133.

De zaak *Servatius* wordt door mr. Luteijn aangehaald als een voorbeeld van informeel toezicht dat tot een sterke afhankelijkheid van de corporatie jegens de overheid zou leiden. Het is aardig dat mr. Luteijn dit voorbeeld aanhaalt, als advocaat van Servatius ben ik nauw bij deze zaak betrokken. Zonder hier op alle ins en outs in te gaan wil ik erop wijzen dat het in deze zaak niet zo was dat de activiteiten van Servatius over de grens door de minister zonder meer werden verboden. Het ter beschikking stellen van kennis en expertise en het oprichten van een buitenlandse dochter was bijvoorbeeld toegestaan. Het geschil ging uitsluitend over de vraag of 'Nederlands' geld van de woningcorporatie als lening voor de bouw van woningen mocht worden verstrekt aan de dochtervennootschap. Nu de rechtbank de minister in het ongelijk heeft gesteld rest hem geen andere mogelijkheid dan beroep in te stellen.

Naar mijn mening geeft deze casus juist aan dat de minister geen informele of indirecte mogelijkheden heeft deze, in zijn ogen onwenselijke, ontwikkeling tegen te gaan. Komt de Raad van State tot hetzelfde oordeel als de rechtbank dan staat de minister met lege handen.¹³

Verder wijst mr. Luteijn erop dat de sterke afhankelijkheid van de woningcorporatie blijkt uit de financieringsrelatie die de corporatie heeft met de overheid. Hij is de enige schrijver die dat argument aanvoert. Daarbij verwijst hij naar een brief van de Europese Commissie d.d. 14 juli 2005 waarin de Commissie tot de conclusie komt dat er mogelijk sprake is van ongeoorloofde staatssteun. Volgens mr. Luteijn blijkt hieruit dat er in ieder geval enige vorm van financiering van woningcorporaties is door de overheid. Waar rook is moet wel vuur zijn.

Hier gaat het echter om de misleidende mist van de staatssteun. Bij woningcorporaties bestaat die steun uit niet meer dan een borging van de geldleningen (in laatste instantie) voor de overheid. Hierdoor zijn corporaties in staat gemiddeld tegen een iets lager tarief geld te lenen op de geldmarkt.

Daarbij verliest mr. Luteijn uit het oog dat de Aanbestedingsrichtlijn als eis stelt dat de activiteiten *in hoofdzaak* door de overheid worden gefinancierd wil er sprake zijn van een sterke afhankelijkheid. Van een dergelijke financiering is bij woningcorporaties sedert 1993 al geen sprake meer.

5. Onduidelijkheid

Met beide schrijvers onderken ik dat er de nodige onduidelijkheid bestaat over de aanbestedingsplicht voor woningcorporaties.

Mr. drs. Van den Assem adviseert zijn cliënte dan ook de bouwprojecten in ieder geval europees aan te besteden opdat men geen risico's loopt. Alhoewel ik begrip heb voor dit standpunt, lijkt het mij niet de juiste weg.

In mijn artikel heb ik erop gewezen dat de parlementaire behandeling van de Aanbestedingswet de Nederlands wetgever een uitgelezen kans biedt over deze vraag meer duidelijkheid te geven.

Daarbij besef ik dat uiteindelijk beslissend is het oordeel van het Europees Hof van Justitie. Tot die tijd zou ik mijn cliënten echter andere oplossingen aandragen om de door mr. drs. Van den Assem signaleerde risico's te beperken.¹⁴

6. Bezwaren tegen aanbestedingsplicht

Een van mijn bezwaren tegen een aanbestedingsplicht voor woningcorporaties is dat op uitbreidingslocaties, waar de projectontwikkelaar beschikt over een stevige grondpositie, voor de corporatie geen rol meer lijkt weggelegd.

Mr. Luteijn onderkent dat bezwaar, maar denkt dat het in de praktijk wel mee zal vallen. Volgens hem zijn er genoeg wettelijke mogelijkheden om een onwillige grondeigenaar te dwingen met een woningcorporatie sociale huisvesting te ontwikkelen.

Indien die mogelijkheden er al zouden zijn waag ik oprecht te betwijfelen of zo'n gedwongen samenwerking tot vruchtbare resultaten zal leiden.

7. Conclusie

Met de andere schrijvers kijk ik met belangstelling uit naar de rechter die zich uitspreekt over de aanbestedingsplicht van woningcorporaties.

In de alledaagse praktijk blijkt aan zo'n uitspraak kennelijk veel minder behoefte te bestaan dan bij de juristen in dit debat.

Tot die tijd lijkt het mij wenselijk dat de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de Aanbestedingswet zich uitspreekt over (de wenselijkheid van) een aanbestedingsplicht voor woningcorporaties.

13. Luten had zou de minister ook nog in beroep kunnen gaan bij het Europees Hof van Justitie om de vraag voor te leggen of het is toegestaan de vrijheid van kapitaalverkeer in die zin te beperken dat Nederlandse woningcorporaties niet buiten Nederland mogen investeren.

14. In de praktijk ontstaan immers bij wel tijd geschillen indien de algemene beginselen van aanbestedingsrecht zoals openbaarheid, transparantie en gelijke behandeling niet of onvoldoende worden toegepast. Op dit punt is de aanbestedingsprocedure bij woningcorporaties vaak voor verbetering vatbaar.