

172. Het wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting'

MR. D. MEIJEREN EN PROF. DR. MR. B. BIER

Het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting beoogt het functioneren van woningcorporaties als ondernemingen met een maatschappelijke taak te verbeteren. Op 11 februari jongstleden is een novelle behorende bij voornoemd wetsvoorstel ter consultatie aangeboden. Indien deze novelle wordt aangenomen, zal het wetsvoorstel een ingrijpende wijziging ondergaan. De auteurs staan stil bij enkele bepalingen van vooral rechtspersonenrechtelijke aard van het wetsvoorstel mede in het licht van de novelle.

Art. 22 van de Grondwet bepaalt dat de bevordering van voldoende woongelegenheden een voorwerp van zorg voor de overheid is. De Woningwet (afd. 3) bepaalt dat de daar bedoelde rechtspersonen bij koninklijk besluit kunnen worden toegelaten als instellingen werkzaam in het belang van de volkshuisvesting. Deze toegelaten instellingen volkshuisvesting (woningcorporaties) leveren sinds jaar en dag een belangrijke bijdrage aan de volkshuisvesting, met name waar het gaat om het bevorderen van de woongelegenheden voor de lagere inkomens. Deze overheidstaak werd oorspronkelijk door de woningcorporaties uitgevoerd binnen door de overheid gestelde duidelijk gedefinieerde kaders. Deze strikte inkadering is in de loop der jaren echter losgelaten, woningcorporaties kwamen meer op afstand van de overheid te staan. Tegelijkertijd gingen woningcorporaties op zoek naar andere activiteiten. Hierbij werden zij in meer of mindere mate door de overheid gestimuleerd, marktwerking werd bevorderd. Door de jaren heen zijn woningcorporaties zich dan ook gaan toeleggen op het investeren in grond en commercieel vastgoed, zoals winkels en kantoorpanden. Woningcorporaties gingen samenwerkingsverbanden aan met marktpartijen en richtten zich voor kapitaal of het afdekken van investeringsrisico's tot diezelfde marktpartijen.¹ De afgelopen jaren zijn er de nodige incidenten geweest bij

woningcorporaties. Volgens de minister moet geconstateerd worden dat het interne toezicht niet voldoende in staat is gebleken om ontwikkelingen bij te houden en het bestuur, waar nodig, bij te sturen. De voorschriften² voor de inrichting en de werking van woningcorporaties en het toezicht daarop voldoen niet meer. Structurele wijzigingen in de bestuurlijke en financiële verhoudingen tussen het Rijk, de gemeenten en woningcorporaties en veranderingen in de interne organisatie en interne werking van woningcorporaties als gevolg van de financiële en organisatorische verzelfstandiging en schaalvergroting maken een wijziging van deze voorschriften noodzakelijk, aldus nog steeds de minister.³ Het voornemen om het functioneren van woningcorporaties en het toezicht daarop te verbeteren heeft erin geresulteerd dat in mei 2011 het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting aan de Tweede Kamer werd aangeboden, dat op 5 juli 2012 met algemene stemmen door die kamer werd aangenomen (het wetsvoorstel).⁴ Het wetsvoorstel voorziet onder andere in wijzigingen van de Woningwet en ligt nu ter behandeling bij de Eerste Kamer. Inmiddels heeft de minister echter zijn mening over het externe toezicht dat op een woningcorporatie van toepassing zou moeten zijn veranderd, en kondigde voor deze wijziging een novelle aan.⁵ Deze novelle is 11 februari jongstleden ter consultatie aangeboden aan

1 B. Bier, 'De winst van de mogelijkheid tot het doen van uitkeringen in een maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007, 180. Zie voor een historisch overzicht van het ontstaan en de ontwikkeling van woningcorporaties ook H. Priemus, 'Woningcorporaties: van goedwillende amateurs naar omstreden professionals', *VGR* 2014-1, p. 9-13 en R. de Jong, *De balans verstoord, een rapport over de corporatiesector ten behoeve van de parlementaire enquête woningbouwcorporaties, in opdracht van AEDES, vereniging van woningcorporaties*, Den Haag: februari 2013.

2 Zie de Woningwet, diverse algemene maatregelen van bestuur (AMVB's) – zoals het Besluit beheer sociale huursector en het Besluit Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting – diverse beleidsregels en beleidscirculaires.

3 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32769, nr. 3, p. 1-2.

4 *Kamerstukken I* 2011-2012, 32769, A.

5 Zie de kamerbrief van 26 maart 2013 met als onderwerp Beleidsreactie op rapport Commissie Hoekstra.

belanghebbende partijen, zoals de branchevereniging van woningcorporaties, Aedes (de novelle).⁶

Indien de novelle wordt aangenomen zal het wetsvoorstel een ingrijpende wijziging ondergaan. Het wetsvoorstel en de novelle houden onder andere bepalingen in omtrent (i) de rechtsvorm van de woningcorporatie en de inhoud van haar statuten; (ii) het bestuur en de raad van toezicht; (iii) besluitvorming; (iv) de scheiding van werkzaamheden die wel en die niet zien op diensten van algemeen economisch belang; en (v) het toezicht door en de bevoegdheden van de minister bij het naleven van al deze voorschriften. Reden genoeg om stil te staan bij dit wetsvoorstel, de novelle en in het bijzonder bij het nieuw in te voegen hoofdstuk IV: toegelaten instellingen.⁷ Wij beperken ons daarbij tot de belangrijkste punten die zien op de governance en de structuur van woningcorporaties.

Verplichte governance bepalingen

Sectorspecifieke wetgeving

Het wetsvoorstel sluit aan bij de tendens⁸ om per sector bijzondere wetgeving te introduceren die ingrijpt in de governance van rechtspersonen die zich binnen die sector bewegen, waarbij niet wordt geschroomd om dwingend-rechtelijke bepalingen van Boek 2 BW buiten werking te stellen. Art. 22 bepaalt dat de titels 1, 2 (voor de woningcorporatie vereniging), 6 (voor de woningcorporatie stichting), 7, 8 afdeling 2 en titel 9 van Boek 2 BW van toepassing zijn, tenzij van de in die titels opgenomen bepalingen in hoofdstuk IV van het wetsvoorstel (artikelen 19 t/m 61t) wordt afgeweken. De huidige Woningwet geeft geen specifieke voorschriften over de interne governance en structuur van woningcorporaties, anders dan de voorgeschreven rechtsvorm en het voorgeschreven doel.⁹ Het wetsvoorstel gaat verder en geeft strakkere inrichtingsvereisten en beperkingen ten aanzien van wat een woningcorporatie wel en niet mag doen.

Rechtsvorm en statuten

Art. 19¹⁰ bepaalt dat alleen verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en stichtingen die zich ten doel stellen uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn en beogen hun financiële middelen uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting in te zetten, door de minister kunnen worden toegelaten als “instellingen, uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkzaam”. Dit vereiste lijkt vrij stellig instellingen die niet aan een dergelijke omschrijving voldoen, van toelating uit te sluiten. Enigszins verwarrend is dan ook art. 23 waarin wordt bepaald dat in de statuten van een toegelaten instelling wordt bepaald dat zij *uitsluitend of mede werkzaam* is op het gebied van de volkshuisvesting. Niet is duidelijk hoe deze bepaling zich verhoudt tot de verdergaande beperking van het genoemde art. 19. Op grond van art. 23 lijkt het mogelijk om in de statuten een doelomschrijving op te nemen die ruimer is dan het criterium waaraan de minister toetst in het kader van art. 19. Art. 24 geeft overigens een eigen regeling voor statutenwijziging; de relevante bepalingen van Boek 2 BW die zien op statutenwijziging worden uitgesloten.

Bestuur

Benoeming

Art. 25 bepaalt dat bestuurders voor de eerste maal bij de akte van oprichting worden benoemd en vervolgens door de raad van toezicht. De raad van toezicht is ook bevoegd om bestuurders te schorsen en te ontslaan. Voor een stichting is dit een niet ongebruikelijke structuur.¹¹ Voor een vereniging bepaalt art. 2:37 BW echter dat de leden van het bestuur worden benoemd door de algemene vergadering of dat, indien de statuten een andere regeling geven, ieder lid in ieder geval direct of indirect zijn of haar stem kan uitbrengen ten aanzien van de benoeming van een bestuurder. Dit wordt algemeen gezien als één van de wezenskenmerken van een vereniging.¹² Bij een vereniging die een woningcorporatie is, wordt de bevoegdheid bestuurders te benoemen dwingendrechtelijk aan de raad van toezicht toegekend. Dit is dan ook bij uitstek een voorbeeld waarbij sectorspecifieke wetgeving dwars door ander dwingend recht heen gaat. Art. 30 lid 8 onder a bepaalt wel dat huurdersorganisaties of huurders in bepaalde gevallen het recht hebben een bindende voordracht te doen voor de benoeming van commissarissen, maar dit kan toch allermindst als het direct of indirect benoemen van bestuurders kwalificeren. De toelichting bij het wetsvoorstel staat hier verder niet bij stil. Het wetsvoorstel bepaalt niet dat het bestuur een minimum aantal leden moet hebben. Wij hadden ons kunnen voorstellen dat de wetgever een eis had opgenomen dat het

6 <http://www.rijksoverheid.nl/regering/bewindspersonen/stef-blok/nieuws/2014/02/11/kabinet-start-consultatie-over-nieuwe-opzet-corporatiestelsel.html>.

7 Zie ook M. van Olffen en N.M. van Dijk, 'Een ingrijpende verbouwing voor woningcorporaties!', *Ondernemingsrecht* 2013, 42. Wij staan in dit artikel stil bij enkele zaken van algemene en rechtspersonenrechtelijke aard. Op de relatie tussen woningcorporatie en gemeente gaan wij niet in.

8 Zie in dit kader D. Mollema en B. Bier, 'Winstuitkeringen en enkele aspecten van toezicht bij zorgaanbieders. Voorstellen Wet cliëntenrechten zorg en wijziging Wet cliëntenrechten zorg', *Ondernemingsrecht* 2012/97, B. Bier, *De waarde van een aandeelhouder*, oratie Nyenrode 28 maart 2012, p. 16-17, beschikbaar op <http://www.nyenrode.nl/bio/Pages/Barbara-Bier.aspx>, L.G.H.J. Houwen, 'Een goed gesprek over goed governance, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht, 2014/1, C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen. Naar een wettelijke regeling voor bestuur en toezicht voor verenigingen en stichtingen?', *WPNR* 2013-6996, p. 1038-1048 en Advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie van 20 oktober 2011.

9 Bij koninklijk besluit kunnen wel voorschriften voor statuten worden gesteld (art. 70a Woningwet).

10 Tenzij anders vermeld is iedere verwijzing naar een artikel een verwijzing naar een artikel uit het wetsvoorstel zoals dit zal luiden na het aannemen van de novelle.

11 Zie echter B. Kemp en K. Schwarz, 'Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het Wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting'', *Ondernemingsrecht* 2013, 120. Zij bepleiten dat deze bevoegdheidstoedeling in strijd is met het ledenverbod bij een stichting.

12 Zie bijvoorbeeld ook Overes (2013), p. 1044-1045.

bestuur uit ten minste twee personen moet bestaan, zodat niet alleen verticaal intern toezicht op het bestuur door de raad van toezicht wordt uitgeoefend, maar ook horizontaal toezicht door ten minste één medebestuurder.¹³

Onverenigbare functies

Het lidmaatschap van het bestuur bij een woningcorporatie

Wij hadden ons kunnen voorstellen dat de wetgever een eis had opgenomen dat het bestuur uit ten minste twee personen moet bestaan, zodat niet alleen verticaal intern toezicht op het bestuur door de raad van toezicht wordt uitgeoefend, maar ook horizontaal toezicht door ten minste één medebestuurder

is op grond van art. 25 onverenigbaar met bepaalde functies. Zo is deze functie o.a. niet verenigbaar met de functie van bestuurder bij een andere woningcorporatie die in hetzelfde gebied werkzaam is of met het eerdere lidmaatschap van het bestuur of een raad van toezicht van een woningcorporatie indien ten tijde van het lidmaatschap in verband met ondeugdelijke bedrijfsvoering aan die woningcorporatie een aanwijzing als bedoeld in art. 61d lid 1 is gegeven of indien maatregelen op grond van art. 61g lid 1, 2 of 3, art. 61h lid 1, art. 104a lid 1 of art. 105 zijn opgelegd. Ook het zijn van bestuurder bij een andere rechtspersoon die een onderneming drijft waarmee de woningcorporatie enigerlei banden heeft, is hiermee onverenigbaar. Een uitzondering daarop wordt onder bepaalde voorwaarden gemaakt voor zover de rechtspersoon “op het maatschappelijk belang gerichte werkzaamheden” verricht. Onduidelijk is wat onder “enigerlei banden” of “op het maatschappelijk belang gerichte werkzaamheden” dient te worden verstaan. Daarnaast bepaalt het derde lid van art. 25 dat een kandidaat bestuurder niet eerder kan worden benoemd dan nadat hij aan de raad van toezicht een verklaring heeft overgelegd waaruit blijkt dat hij (i) niet eerder een bestuurlijke of toezichthoudende functie heeft bekleed bij enige rechtspersoon of vennootschap die op het maatschappelijk belang gerichte werkzaamheden verricht ten aanzien waarvan, *als gevolg van zijn handelen of nalaten*, een aanwijzing of maatregel is opgelegd, en (ii) nooit voor een financieel-economisch delict is veroordeeld. De zinsnede “als gevolg van zijn handelen of nalaten” is bij de novelle aan lid 3 van art. 25 toegevoegd omdat het volgens de minister niet de bedoeling is om iedere bestuurder die ooit bij een instelling heeft gewerkt ter zake waarvan een

aanwijzing of maatregel is opgelegd te diskwalificeren.¹⁴ De door de novelle aangepaste tekst van art. 25 lid 2 onder d (voorheen art. 25 lid 2 onder c) geeft in dit verband echter nog steeds (te) weinig ruimte. Hier ontbreekt de toevoeging “als gevolg van zijn handelen of nalaten”.

Tenslotte bepaalt lid 6 van art. 25 dat bij AMvB voorschriften gegeven kunnen worden omtrent de geschiktheid van natuurlijke personen voor het lidmaatschap van het bestuur. Hiermee is het benoemingsbeleid verder binnen de invloedssfeer van de minister gebracht. Volgens de minister is het overigens niet de intentie van de regering om tot het opstellen van een AMvB over te gaan voordat de sector zelf is uitgenodigd om dergelijke regels op te stellen.¹⁵

Wat het lot is van een bestuurder die (per abuis) in weerwil van het bepaalde in art. 25 is benoemd is onduidelijk. Het wetsvoorstel zelf geeft geen uitsluitel. Van Olffen en Van Dijk gaan ervan uit dat de benoeming geldig is en dat bij het overtreden van de bepalingen met betrekking tot de onverenigbaarheid van functies alleen een sanctie op basis van de Woningwet kan worden toegepast.¹⁶ In andere zin echter Schreuder en Broek die beargumenteren dat de benoeming van een bestuurder (of toezichthouder) in strijd met de limiteringsvereisten nietig is en dat die nietigheid op grond van art. 2:16 BW aan de bestuurder of commissaris kan worden tegengeworpen.¹⁷

Indien men inderdaad aanneemt dat de benoeming nietig is, komt de vraag op wat dan de gevolgen zijn voor de besluitvorming die tot stand is gekomen met medewerking van de bewuste bestuurder. Dient men naar analogie van art. 2:132a/242a BW aan te nemen dat de nietigheid van de benoeming geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming? De juridisch dogmatische onderbouwing voor het in het derde lid van art. 2:132a/242a BW bepaalde is naar onze mening dun.¹⁸ Zonder duidelijke wettelijke basis zouden wij niet snel willen aannemen dat een ongeldige benoeming geen gevolgen heeft voor de besluitvorming. Voor de praktijk is het dus van groot belang dat een en ander duidelijk in de wet wordt bepaald.

Limitering van functies

In art. 2:297a BW wordt de limitering van het aantal functies van bestuurders en commissarissen van bepaalde ‘grote’ stichtingen geregeld. Dat artikel ziet op een stichting die bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die *gelijk* of *gelijkwaardig*

13 Zie ook art. 101 Pensioenwet dat voor de samenstelling van een onafhankelijk bestuur in lid 1 bepaalt dat het bestuur van een pensioenfonds uit ten minste twee bestuurders bestaat en art. 3:15 Wft dat bepaalt dat ten minste twee natuurlijke personen het dagelijks beleid bepalen van een afwikkelonderneming, betaalinstanting, een clearinginstelling, elektronischgeldinstelling, bank, premiepensioeninstelling of verzekeraar met zetel in Nederland.

14 Artikelsgewijze toelichting bij de novelle, p. 25.

15 Artikelsgewijze toelichting bij de novelle, p. 25-26.

16 Van Olffen en Van Dijk (2013).

17 W.N. Schreuder en J.H. Broek, ‘Wijziging van de Woningwet: governance van ‘toegelaten instellingen’, *TvOB* 2013-3, p. 88.

18 Zie *Kamerstukken II* 2011-2012, 32873, nr. 5, p. 2-3, 5, 10-11. De minister verwijst naar de Franse regeling van de limitering van het aantal commissariaten bij nv’s (art. 225-77 en 225-21 van de Code de commerce). De minister besliste hiermee anders dan geadviseerd door bijvoorbeeld de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (advies d.d. 12 juli 2011), de Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen (VEUO) (reactie d.d. 24-10-2011) en VNO-NCW/MKB (reactie d.d. 20-10-2011). Zie ook M. van Olffen en S. Versteeg, ‘Wet bestuur en toezicht: Beperking aantal commissariaten, reparatiewet’, *Ondernemingsrecht* 2011, 107.

is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 van Boek 2 BW. In art. 35 wordt bepaald dat het bestuur bij het opstellen van de jaarrekening alleen rekening hoeft te houden met bepaalde afdelingen van titel 9 Boek 2 BW. Bij AMvB kunnen vervolgens weer bepalingen of delen van bepalingen uit de betreffende afdelingen van Boek 2 BW worden aangewezen die niet van toepassing zijn. Ook kan worden voorgeschreven dat bepalingen of delen van bepalingen anders moeten worden gelezen wanneer het over woningcorporaties gaat.

Geldt de limitering van functies zoals neergelegd in art. 2:297a BW nu ook voor een in de vorm van een stichting gedreven woningcorporatie die haar jaarrekening opstelt met inachtneming van het in art. 35 bepaalde? Met andere woorden: is een dergelijke jaarrekening *gelijk* of *gelijkwaardig* aan de jaarrekening van titel 9 Boek 2 BW? Een “gelijkwaardige jaarrekening” is volgens de minister een jaarrekening waarvan de verschaft informatie als geheel en qua niveau en aard aansluit bij de eisen van titel 9 Boek 2 BW. De minister verwijst daarbij naar de bijzondere wetgeving voor bepaalde grote non-profit instellingen, zoals zorginstellingen en woningcorporaties.¹⁹ Wij menen dan ook dat het de bedoeling is geweest om een woningcorporatie onder de werking van art. 2:297a BW te brengen, maar dit zou duidelijker in de wet bepaald moeten worden. Het gevolg hiervan is wel dat een woningcorporatie waarop ook art. 2:297a BW van toepassing is, rekening dient te houden met twee verschillende regimes ten aanzien van onverenigbaarheid van functies. Daarbij is van belang om oog te hebben voor het feit dat de in het wetsvoorstel gegeven regeling en het in art. 2:297a BW gestelde niet helemaal op elkaar aansluiten. Zo kan het mogelijk zijn dat een bestuurder op grond van het wetsvoorstel ‘geldig’ benoemd is, maar dat zijn benoeming op grond van Boek 2 BW nietig is.²⁰ Omdat Boek 2 BW voor de vereniging geen met art. 2:297a BW vergelijkbare regeling geeft, speelt dit probleem daar niet.

Bijzondere administratieplicht?

Art. 55 lid 2 geeft aan dat de toegelaten instelling zorg draagt voor een administratie die een juist en volledig inzicht geeft in haar werkzaamheden en haar financiële aangelegenheden. De administratie dient zodanig te zijn dat een juiste, volledige en tijdige vastlegging van de gegevens met betrekking tot het huishoudinkomen daarin is gewaarborgd. De in dit artikel gebezigde tekst wijkt af van de tekst van art. 2:10 BW waar voor de ‘gewone’ rechtspersoon een administratie- en boekhoudplicht is opgenomen. Hebben wij hier nu te maken met een afwijking van titel 1 Boek 2 BW, zoals bedoeld in art. 22 wetsvoorstel? Zetten de leden 2 en 3 van art. 55 het bepaalde in art. 2:10 BW opzij? De toelichting bij het wetsvoorstel zegt hier niets over. Gezien het feit dat de boekhoudplicht wordt gezien als een fundamentele taak van het bestuur zou dat wel zeer

gewenst zijn. Voor het bestuur is de wijze van administreren onder andere van belang voor het zich kunnen vormen van een oordeel over de financiële situatie van de woningcorporatie. In dat kader is in art. 29 bepaald dat het bestuur het aan de minister moet melden indien naar haar oordeel de financiële middelen van de woningcorporatie onvoldoende zijn om de werkzaamheden te kunnen voortzetten, als het ware een melding van betalingsonmacht. Overigens wordt in art. 55a bepaald dat een reglement moet worden opgesteld in het kader van het te voeren financiële beleid, dat zodanig dient te zijn dat de financiële continuïteit niet in gevaar wordt gebracht – een richtsnoer met een nogal open deur karakter lijkt ons.

Raad van toezicht

Een woningcorporatie valt onder zowel extern als intern toezicht. Het wetsvoorstel voorziet in extern toezicht door de instelling van een Financiële Autoriteit Woningcorporaties. Deze Autoriteit zou, als opvolger van het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting, als zelfstandig bestuursorgaan verantwoordelijk zijn voor het financiële toezicht op de woningcorporaties. Door de novelle wordt dit toezicht toegekend aan een departementale dienst van de minister voor Wonen en Rijksdienst die in het kader van dit externe toezicht verregaande (aanwijzings)bevoegdheden krijgt ten aanzien van de wijze waarop bestuurders en commissarissen zich van hun taak moeten kwijten. Art. 30 bepaalt voor het interne toezicht dat iedere woningcorporatie een raad van toezicht heeft bestaande uit drie of meer commissarissen, natuurlijke personen.

Benoeming, schorsing en ontslag

De commissarissen worden voor de eerste maal bij de akte van oprichting benoemd en vervolgens door de raad van toezicht. Het gebruik van de term raad van toezicht voor het toezichthoudende orgaan en het aanduiden van haar

Bij een vereniging die een woningcorporatie is, wordt de bevoegdheid bestuurders te benoemen dwingendrechtelijk aan de raad van toezicht toegekend. Dit is dan ook bij uitstek een voorbeeld waarbij sectorspecifieke wetgeving dwars door ander dwingend recht heen gaat

leden als commissarissen wijkt af van de terminologie die in de Governancecode Woningcorporaties 2011²¹ (de Corporatiecode) gehanteerd wordt en van hetgeen bij het merendeel van de woningcorporaties thans gangbaar is.²² Met de suggestie van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht om de terminologie aan te passen

19 Kamerstukken II 2010-2011, 32873, nr. 3, p. 2-4 en Kamerstukken II 2011-2012, 32873, nr. 5, p. 5-6 en 12.

20 Van Olfen en Van Dijk (2013).

21 De Governancecode Woningcorporaties 2011 is een uitgave van Aedes vereniging van woningcorporaties en de Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties (VTW) en te raadplegen via <http://www.aedes.nl>.

22 In gelijke zin Van Olfen en Van Dijk (2013).

en de opmerking van enkele Kamerleden of wel goed is nagedacht over de gebruikte terminologie heeft de minister niets gedaan.²³

Net als bij de bepalingen over bestuurders, worden in het wetsvoorstel bepaalde functies onverenigbaar geacht met die van commissaris van een woningcorporatie. Het lidmaatschap van de raad van toezicht duurt maximaal acht jaar. Bij een langere zittingsduur kunnen de commissarissen zich teveel gaan vereenzelvigen met de bestuurders, de beleidsbepalers en het in het verleden door de woningcorporatie gevoerde beleid waardoor een ongebonden kijk op bestuur en beleid niet meer gewaarborgd zou zijn, aldus de minister.²⁴ Een zittingsduur van acht jaar komt overeen met de thans geldende Corporatiecode maar wijkt wel af van de Nederlandse Corporate Governance Code waarin een maximale termijn van drie maal vier jaar is opgenomen (Best Practice bepaling III.3.5). In de praktijk moet men dus alert zijn op het feit dat na het verstrijken van de zittingsduur de commissaris van rechtswege defungeert.

De Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam kan op limitatieve gronden, onder andere wegens verwaarlozing van zijn taak, een commissaris of de raad van toezicht ontslaan. Een verzoek daartoe kan uitgaan van de woningcorporatie, vertegenwoordigd door het bestuur of de raad van toezicht, of op verzoek van de minister, Commissarissen kunnen geschorst worden door de raad van toezicht of door de minister (art. 33).²⁵

Onafhankelijk toezicht

Niet langer wordt de samenstelling van de raad van toezicht qua onafhankelijkheid overgelaten aan de woningcorporatie. De onafhankelijkheidseis wordt in art. 30 lid 4 wettelijk vastgelegd: alle commissarissen dienen ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch te kunnen opereren. Deze bepaling sluit aan op hetgeen nu in Principe III.2 Corporatiecode is opgenomen. De Corporatiecode werkt dit onafhankelijkheids criterium vervolgens verder uit in Uitwerking III.2.1 en III.2.2 Corporatiecode. Een niet limitatief bedoelde opsomming van functies en hoedanigheden geeft in Uitwerking III.2.2 Corporatiecode aan wanneer een commissaris in beginsel geacht wordt niet onafhankelijk te zijn. De raad van commissarissen kan hier in het jaarverslag gemotiveerd van afwijken (Uitwerking III.2.1 Corporatiecode). Een met Uitwerking

III.2.2 Corporatiecode vergelijkbare opsomming is in art. 30 lid 5 opgenomen. Het wetsvoorstel heeft het hier echter in absolute bewoordingen over onverenigbaarheid van functies en niet zozeer over een invulling van het begrip onafhankelijkheid. Ook biedt het wetsvoorstel de raad van toezicht niet de mogelijkheid om hier in individuele gevallen (gemotiveerd) van af te wijken. Het wetsvoorstel is daarmee strikter dan de Corporatiecode.²⁶

‘Onafhankelijk’ en ‘onafhankelijkheid’ zijn naar onze mening geen absolute begrippen. Bij onafhankelijkheid gaat het om onafhankelijkheid *in fact, in appearance and in form*, mede in het licht van interne procedures ten aanzien van benoeming, ontslag en tegenstrijdig belang.²⁷ Dat het wetsvoorstel het begrip onafhankelijkheid niet verder invult maar kennelijk overlaat aan de praktijk, vinden wij in beginsel juist. Het feit dat het niet altijd duidelijk is wat met het begrip onafhankelijkheid wordt bedoeld, leidt echter tot onzekerheid. Ook is het onduidelijk wat het gevolg is van een benoeming van een commissaris die niet onafhankelijk is. Is zijn benoeming dan wel geldig? Met andere woorden, moet lid 4 worden gezien als een verdere limitering van de benoembaarheid als commissaris? In dit verband is opvallend dat in art. 30 lid 7 expliciet is bepaald dat commissarissen huurders van woonegelegenheden van de betreffende woningcorporatie kunnen zijn.²⁸ Huurders die huren van de desbetreffende woningcorporatie lijken niet geheel onafhankelijk van een (deel)belang van de corporatie. Het zijn van huurder kan op zichzelf kennelijk geen diskwalificatie zijn voor het zijn van commissaris. De verhouding en interactie tussen de leden 4 (onafhankelijkheid) en 7 van art. 30 is daarmee onduidelijk.

De bindende voordracht

Op grond van art. 30 lid 8 moeten de statuten bepalen dat de huurdersorganisaties, of, indien de woningcorporatie geen huurdersorganisatie heeft, de huurders gezamenlijk het recht hebben om commissarissen bindend voor te dragen. Twee commissarissen mogen worden voorgedragen indien de raad van toezicht uit vijf of meer leden bestaat en één commissaris mag worden voorgedragen indien de raad van toezicht uit drie of vier leden bestaat. Voor zover er een huurdersorganisatie aanwezig is zal overleg ten aanzien van de voordracht plaatsvinden binnen het overleg tussen huurders en verhuurders. De vraag is hoe de gezamenlijke huurders de gelegenheid wordt geboden een voordracht te doen indien dit overleg tussen huurders en verhuurder – de organisatiestructuur van een huurdersorganisatie – niet aanwezig is. Is een persoon voorgedragen dan zal de raad van toezicht deze persoon in beginsel moeten benoemen. Dit is slechts anders indien de benoeming in strijd met art.

23 Advies van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie van 20 oktober 2011, p. 2 en *Kamerstukken II* 2011-2012, 32769, nr. 7, p. 59.

24 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32769, nr. 3, p. 46.

25 Dit zou een afwijking zijn van het voorgestelde art. 47a Boek 2 BW zoals neergelegd in het voorontwerp wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen) (WBTR). Door te verwijzen naar art. 2:37 BW zou een commissaris ontslagen kunnen worden door de Raad van Toezicht.

26 Het wetsvoorstel sluit hiermee wel aan bij de Nederlandse Corporate Governance Code (Principe III.2 en Best Practice bepalingen III.2.1. en III.2.2).

27 N.J.M. van Zijl, *The Importance of Board Independence – A Multidisciplinary Approach*, Deventer: Kluwer 2012.

28 Deze bepaling is een uitvloeisel van de wens dat de huurders meer betrokken zijn bij de organisatie van de woningcorporatie (*Kamerstukken II* 2008-2009, 29453, nr. 124, motie Depla).

30 zou zijn of, als de woningcorporatie een vereniging is, de ledenvergadering het bindende karakter van de voordracht doorbreekt op een vergadering waar tenminste de helft van het aantal stemmen kan worden uitgebracht dat door de gezamenlijk stemgerechtigden kan worden uitgebracht.²⁹ Lid 9 bepaalt vervolgens dat de voorgedragen commissarissen tezamen niet de meerderheid van de raad van toezicht uit kunnen maken. Het in de leden acht en negen bepaalde moet bewerkstelligen dat de 'huurders-commissarissen' tezamen niet de meerderheid van de raad van toezicht kunnen vormen. De aanname hierbij is dat de andere te benoemen commissarissen geen 'huurders-commissaris' kunnen zijn. Dat is in het wetsvoorstel alleen niet geregeld. Ook de andere commissarissen kunnen huurders van woongelegenheden van de woningcorporatie zijn.

De door ons gestelde vragen en gemaakte opmerkingen ten aanzien van de limitering van functies bij bestuurders, de geldigheid of nietigheid van een benoeming van een bestuurder, geldigheid van bestuursbesluiten en de toepassing van art. 2:297a BW bij de benoeming van bestuurders van een woningcorporatie gedreven in de vorm van een stichting gelden mutatis mutandis ook ten aanzien van de limitering van functies bij, de benoeming van en de besluitvorming door commissarissen.

Terzijde merken wij op dat het wetsvoorstel niet voorziet in de mogelijkheid van een one-tier board. De noodzaak van een sterk onafhankelijk en professioneel toezicht zou niet toelaten dat een woningcorporatie een one-tier board heeft. Wij verwijzen naar de recente invoering van de mogelijkheid om een one-tier board in te stellen bij nv's en bv's en voor pensioenfondsen, toch ook van maatschappelijk belang, en de voornemens om dit ook in te voeren voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. Wij vragen ons af of het inderdaad noodzakelijk is om op dit punt voor verschillende rechtspersonen een andere regeling te treffen.

Ten slotte is net als bij de bestuurders ook voor commissarissen geregeld dat er een statutaire beletten ontstentenisregeling moet zijn (lid 10) en dat bij AMvB voorschriften gegeven kunnen worden omtrent de geschiktheid van natuurlijke personen voor het lidmaatschap van de raad van toezicht (art. 30 lid 11).

Taakomschrijving

Art. 31 stelt dat de commissarissen zich bij het vervullen van hun taak richten naar het belang van de woningcorporatie, de door haar in stand gehouden onderneming, naar het te behartigen maatschappelijk belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden. Hiermee wijkt de taakomschrijving af van de omschrijving van de taak van de leden van de raad van commissarissen zoals thans voor de naamloze vennootschap (nv) en de besloten vennootschap (bv) is neergelegd in de artikelen 2:140/250 BW.³⁰ Met de toevoeging "naar het te behartigen maat-

schappelijk belang" wordt volgens de minister tot uitdrukking gebracht dat het maatschappelijk belang kan afwijken van het door de woningcorporatie ingevulde belang van de woningcorporatie. Het vastleggen van deze "opdracht aan de raad van toezicht", zoals de minister het verwoordt, zou er toe moeten leiden dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) minder vaak hoeft te interveniëren.³¹ In hoeverre deze opdracht nu daadwerkelijk een wijziging beoogt te zijn van het al algemeen aangenomen uitgangspunt dat toezichthouders ook de belangen van verschillende stakeholders (wat naar onze mening, ook gelet op de taak van de woningcorporatie, het maatschappelijk belang van het volkshuisvestingsbeleid zou moeten inhouden) in acht dienen te nemen, is onduidelijk. Hoe dit zich verhoudt tot aansprakelijkheid van commissarissen op grond van art. 2:9 BW, hierna te behandelen, is ook onduidelijk. Het hanteren van verschillende terminologie voor dezelfde rechtsfiguren of een andere omschrijving voor wat in beginsel toch eenzelfde taakstelling zou moeten zijn, is op z'n minst gezegd ongelukkig en scheidt voor de praktijk onnodige onduidelijkheid.³²

Bepalingen ten aanzien van besluiten

Het wetsvoorstel bepaalt dat verschillende besluiten van het bestuur onderworpen zijn aan de goedkeuring van hetzij de raad van toezicht (art. 26) hetzij de minister (art. 27). De goedkeuringlijstjes zoals opgenomen in het wetsvoorstel wijken op plaatsen, in ieder geval wat tekst betreft, af van het bepaalde in de Corporatiecode.³³

In art. 26 lid 3 is opgenomen dat het ontbreken van de toestemming van de raad van toezicht de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurders niet aantast.³⁴ Op grond van art. 29a kan aan de bestuurder die verzuimt om alle voor het besluit te nemen relevante informatie aan de raad van toezicht (of de minister) te verstrekken ook een boete, gevangenisstraf of een taakstraf worden opgelegd.

Oorspronkelijk bevatte het wetsvoorstel in art. 27 lid 5 ook een bepaling die aangaf dat het ontbreken van de goedkeuring van de minister – voor het nemen van de in art. 27 genoemde besluiten³⁵ – de vertegenwoordigingsbe-

waarin wordt verwezen naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie.

31 *Kamerstukken II 2011-2012, 32769, nr. 7, p. 81.*

32 Ook Van Olfen en Van Dijk (2013) (als wij het goed zien).

33 Verder vertonen de lijstjes overeenkomsten met het bepaalde in de artikelen 2:164/274 BW.

34 Wel is het eventueel mogelijk om in een dergelijk geval bestuurders aansprakelijk te stellen voor eventuele schade op grond van het Berg-huizer Papier criterium HR 29 november 2002, «JOR» 2003/2, m.nt. S.M. Bartman.

35 Dit betreft besluiten inzake a) het vervreemden van onroerende zaken en hun onroerende en infrastructurele aanhorigheden van de toegelaten instelling, het daarop vestigen van een recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik, en het overdragen van de economische eigendom daarvan; b) het vervreemden door de toegelaten instelling van aandelen in een van haar onafhankelijke onderneming en c) overdracht of overgang van de door de toegelaten instelling in stand gehouden onderneming

29 Althans zo begrijpen wij de nogal cryptisch geschreven bepaling art. 30 lid 8 c en d.

30 Ook wijkt zij af van de tekst van het nieuw voorgestelde art. 9a WBTR,

voegdheid van het bestuur niet aantast. Bij Derde nota van wijziging³⁶ is dit vijfde lid echter komen te vervallen. Bij diezelfde Nota werd in een nieuw lid 4 opgenomen dat een besluit als bedoeld in art. 27 zonder goedkeuring van de minister nietig is. De minister merkt hier in de toelichting op de Nota over op dat het vervallen lid bewerkstelligde dat de instemming (toestemming zal bedoeld zijn) alleen interne werking heeft en dat derden dus op de rechtsgeldigheid van bestuursbesluiten zouden mogen afgaan, ook als ze niet zijn goedgekeurd. Dit zou lastig te verenigen zijn met het huidige beleid.³⁷ Dit beleid is gericht op het effectief kunnen tegenhouden van verkooptransacties die niet in het belang van de volkshuisvesting zijn. De minister stelt verder dat nietigheid een passende sanctie is en dat de nietigheid van de verkoop van woongelegenheden met art. 27 dan ook goed geregeld is. Het is onduidelijk wat de minister hier bedoelt. Art. 27 handelt over besluitvorming en niet over vertegenwoordigingsbevoegdheid. Een gebrek in de besluitvorming heeft geen invloed op de vertegenwoordigingsbevoegdheid, ook een nietig besluit is hier niet op van invloed.³⁸ Ook art. 2:45 BW bepaalt voor de vereniging expliciet dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur is toegekend onbeperkt en onvoorwaardelijk is. Voor de stichting is dit in art. 2:292 BW opgenomen. Beide artikelen bepalen weliswaar dat dit alleen geldt voor zover uit de wet niet anders voortvloeit maar dan moet dit wel in de wet zijn opgenomen, en niet in de toelichting. Waar de minister inderdaad de bedoeling heeft om de vertegenwoordigingsbevoegdheid in te perken zou het goed zijn dit in het wetsvoorstel expliciet te maken. Het *sec* in art. 27 bepaalde ziet nu alleen op besluitvorming en niet op vertegenwoordiging en heeft dan ook naar onze mening, in ieder geval naar de letterlijke tekst genomen, alsnog alleen interne werking.

Aansprakelijkheid bestuurders en commissarissen

Voor bestuurders geldt de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW. Voor commissarissen van woningcorporaties wordt art. 2:9 BW in art. 31 lid 3³⁹ van overeenkomstige toepassing verklaard. Art. 2:9 BW houdt een gedragsnorm in, een behoorlijke taakvervulling en regelt vervolgens de gevolgen van de schending van die norm bij een ernstig (persoonlijk) tekortkomen, aansprakelijkheid voor de daaruit voortvloeiende schade. In dit verband zijn er wat ons betreft nog enkele aandachtspunten. Art. 55 lid 1 bepaalt dat de woningcorporatie zorg draagt voor een sobere en doelmatige bedrijfsvoering. Hier wordt een duidelijke wettelijke opdracht gegeven aan het bestuur van

de woningcorporatie om dit te doen en, zo lijkt het, aan de raad van toezicht om hierop toezicht te houden. De vraag is echter of dit ook bedoeld is als een invulling van de wettelijke bestuurstaak waar art. 2:9 BW op ziet. Leidt het niet voeren van een sobere en doelmatige bedrijfsvoering ‘*sec*’ tot de conclusie dat gehandeld is in strijd met een bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen waarbij het (niet) handelen als een zwaarwegende omstandigheid kan worden aangemerkt die in beginsel aansprakelijkheid vestigt?⁴⁰ Een ander punt. De minister krijgt vergaande bevoegdheden om in te grijpen in de bedrijfsvoering van de woningcorporatie. Op grond van art. 57 bijvoorbeeld kan de minister onder bepaalde omstandigheden ter bevordering van de financiële sanering van een woningcorporatie aan die woningcorporatie een subsidie verstrekken. De subsidie wordt blijkens art. 58 bekostigd uit de bijdragen die de verschillende woningcorporaties aan de minister verschuldigd zijn en de hoogte van de bijdrage wordt ieder jaar door de minister vastgesteld. De minister kan dus rechtstreeks ingrijpen in de financiële huishouding van de woningcorporatie met alle gevolgen van dien voor beleid en toezicht en de in het verlengde daarvan liggende aansprakelijkheid. Ook kan de minister op grond van art. 61d “in het belang van de volkshuisvesting” een woningcorporatie een aanwijzing geven om handelingen te verrichten of na te laten en op basis van art. 61m zelfs, na een bepaalde procedure, een overeenkomst algemeen verbindend verklaren voor alle toegelaten instellingen. Door deze bepalingen en het strakke toezicht dat op grond van AMvB’s in de toekomst nog verder kan worden uitgebouwd, rijst de vraag of de regels voor privaatrechtelijke rechtspersonen eigenlijk wel geschikt zijn voor deze instellingen en hoe de bestuurstaak en de taak van de raad van toezicht, mede in het licht van de mogelijke aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, zich verhouden tot sommige van de aan de minister gegeven bevoegdheden. Naast de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW bepaalt art. 35 lid 3 dat art. 2:150 BW van overeenkomstige toepassing is. Art. 2:150 BW bepaalt dat indien door de jaarrekening een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap, de commissarissen naast de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die dezen dientengevolge hebben geleden. Een commissaris kan zich wel disculperen door te bewijzen dat een en ander niet aan een tekortkoming zijnerzijds in het toezicht is te wijten.

Daeb- en niet-daeb werkzaamheden

Woningcorporaties dienen werkzaam te zijn op het gebied van de volkshuisvesting. Welke werkzaamheden hieronder

dan wel een overwegend deel van die onderneming aan een derde.

36 *Kamerstukken II* 2011-2012, 32769, nr. 76.

37 Zoals neergelegd in art. 11d en 11e van het Besluit beheer sociale huursector.

38 HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393, m.nt. P. van Schilfgaarde (Brandao/Joral).

39 Dit lid zal wellicht overbodig zijn na invoering van het voorgestelde art. 9a WBTR.

40 HR 29 november 2002, «JOR» 2003/2, m.nt. S.M. Bartman (Berghuizer Papierfabriek), r.o. 3.4.5. Zie bijvoorbeeld ook HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (Willemsen Beheer/NOM). Zie recent ook bijvoorbeeld Rechtbank Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455 waarin aansprakelijkheid van de bestuurder van woningcorporatie Servatius ex art. 2:9 BW en onder verwijzing naar Berghuizer Papierfabriek werd aangenomen.

vallen wordt in art. 45 beschreven. De werkzaamheden die een woningcorporatie aldus verricht zijn weer te onderscheiden in diensten van algemeen en economisch belang (daeb) en niet-daeb werkzaamheden. Wat daeb werkzaamheden zijn wordt omschreven in art. 47 lid 1.⁴¹ Wij merken daarbij op dat de minister op verzoek van een woningcorporatie kan bepalen dat, ten aanzien van die woningcorporatie, bepaalde van de in art. 47 lid 1 omschreven werkzaamheden toch niet kwalificeren als daeb werkzaamheden (art. 50 lid 1). Waar het oorspronkelijk de bedoeling was om met het wetsvoorstel een strikte juridische scheiding tussen commerciële en niet-commerciële activiteiten aan te brengen – en het de woningcorporatie in het geheel niet toe te staan om niet-daeb werkzaamheden uit te voeren – staat de novelle het toe dat 'slechts' een administratieve scheiding wordt aangebracht (art. 48b). Daarnaast mag een woningcorporatie, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan, ook nieuwe niet-daeb werkzaamheden gaan ontplooiën. Dit is het wisselgeld dat de minister heeft betaald voor steun aan het voorstel voor een verhuurdersheffing.⁴²

Uit de memorie van toelichting (MvT) bij de novelle⁴³ blijkt duidelijk dat de woningcorporatie mag kiezen voor een administratieve scheiding of een juridische afsplitsing van niet-daeb werkzaamheden. Deze keuzevrijheid blijkt (kennelijk) uit art. 48b waar is bepaald dat de bepalingen die zien op de administratieve scheiding alleen van toepassing zijn voor zover geen uitvoering is gegeven aan het bepaalde omtrent de juridische afsplitsing. Wij vinden het jammer dat de zo duidelijk in de memorie van toelichting bij de novelle verwoorde keuzevrijheid niet net zo duidelijk in de novelle is opgenomen. In het wetsvoorstel en de novelle is de scheiding tussen daeb werkzaamheden en niet-daeb werkzaamheden uitgewerkt in art. 48b tot en met 56. Een woningcorporatie die geen daadwerkelijke juridische afsplitsing van haar niet-daeb werkzaamheden bewerkstelligt (art. 50a) zal in ieder geval een administratieve scheiding tussen daeb werkzaamheden en niet-daeb werkzaamheden moeten aanbrengen (art. 48b). Bij een administratieve scheiding kunnen overigens alleen additionele niet-daeb werkzaamheden worden uitgevoerd met toestemming van de minister. De niet-daeb werkzaamheden moeten dan wel direct ten dienste staan van de daeb werkzaamheden. Te denken valt daarbij aan niet-daeb werkzaamheden bij bijvoorbeeld stads- en dorps-

vernieuwing.⁴⁴ Een en ander zal verder worden uitgewerkt bij AMvB (art. 44b). Blijkens de toelichting op de novelle lijkt de minister er vanuit te gaan dat de "administratieve scheiding" een uitzondering zal zijn, en de juridische afsplitsing de hoofdregel.

De afsplitsing ex art. 50a dient verplicht vorm te worden gegeven door middel van een juridische afsplitsing in de zin van art. 2:334a lid 3 BW. De vennootschap waar naar wordt afgesplitst wordt in de terminologie van de novelle aangeduid als "woningvennootschap".⁴⁵ Bij het afsplitsen van de niet-daeb werkzaamheden naar een woningvennootschap zullen de bepalingen uit titel 9 Boek 2 BW omtrent splitsingen in acht moeten worden genomen. Daarnaast voorziet de novelle in additionele eisen waaraan voldaan moet worden. Een woningvennootschap kan bijvoorbeeld alleen één bv zijn die bij de afsplitsing door alleen de woningcorporatie wordt opgericht. Afsplitsing naar een nv, een reeds bestaande vennootschap die al dan niet volledig door de woningcorporatie wordt gehouden of meerdere door de woningcorporatie op te richten bv's is op grond van het voorliggende wetsvoorstel niet mogelijk. De achtergrond van deze beperkingen is niet duidelijk.

Voorafgaande aan het doen van de afsplitsing zal goedkeuring van de minister moeten zijn verkregen (voor het niet afsplitsen lijkt geen goedkeuring nodig te zijn). Aan welke vereisten een woningcorporatie precies moet voldoen en welke gegevens zij bij het verzoek tot het verkrijgen van goedkeuring moet overleggen zal (verder) worden uitgewerkt bij of krachtens AMvB. Bij AMvB zullen ook voorschriften worden gegeven waaraan de statuten van de woningvennootschap dienen te voldoen. Daarbij kan gedacht worden aan voorschriften omtrent de creatie van preferente aandelen, aanstelling en ontslag van bestuurders van de woningvennootschap, een blokkeringsregeling van de aandeelhouders in geval van majeure bestuursbesluiten, een blokkeringsregeling voor de overdacht van aandelen, voorschriften ten aanzien van het doen van dividenduitkeringen en de verplichting tot het verstrekken van informatie aan de minister.⁴⁶ Met name hetgeen door de minister ten aanzien van het doen van dividenduitkeringen is opgemerkt, is interessant. Bij de splitsing kan vereist worden dat een aanzienlijk deel van de winsten in de niet-daeb tak/woningvennootschap uitgekeerd dient te worden aan de daeb tak van de woningcorporatie, zodat daar (op het niveau van de aandeelhouder) voor het betalen van heffingen en het doen van daeb investeringen voldoende financiële ruimte beschikbaar blijft. Wij kijken uit naar de wijze waarop dit vorm gegeven gaat worden en hoe één en ander zich zal gaan verhouden tot bijvoorbeeld art. 2:216 BW.

41 De novelle voegt overigens ook een definitie van daeb toe, die veel ruimer is.

42 De ruimte die ons voor dit artikel is toebedeeld laat het niet toe dat wij dieper ingaan op de vraag wat wel en niet onder het begrip volkshuisvesting valt, hoe daeb en niet-daeb werkzaamheden zich tot elkaar (kunnen) verhouden, wie die werkzaamheden onder welke voorwaarden kan verrichten (de woningcorporatie zelf of verbonden of afhankelijke ondernemingen). Het onderscheid tussen daeb en niet-daeb werkzaamheden is in ieder geval onder andere van belang bij de vraag of een woningcorporatie recht heeft op de in de in art. 47 lid 2 wetsvoorstel omschreven compensatie (=subsidie).

43 MvT novelle, p. 6.

44 MvT novelle, p. 5-6.

45 Een woningvennootschap wordt gedefinieerd als een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid als bedoeld in art. 175 van Boek 2 BW, opgericht door een toegelaten instelling ter bewerkstelling van een juridische scheiding overeenkomstig hoofdstuk IV, afdeling 3, paragraaf 6 (art. 1 wetsvoorstel).

46 MvT novelle, p. 14.

Art. 51 maakt verder duidelijk dat de woningcorporatie overleg moet hebben gevoerd met de gemeenten waar de woningcorporatie haar feitelijke werkzaamheden uitvoert en met relevante huurdersorganisaties en bewonerscommissies. De zienswijze van die instanties moet bij het splitsingsverzoek dat aan de minister wordt overgelegd worden gevoegd. Daarnaast bepaalt dit artikel dat de woningcorporatie in ieder geval toestemming zal worden onthouden (i) indien de woningvennootschap voor wat betreft de voorgenomen inrichting (statuten) niet voldoet aan de eisen die de Woningwet stelt, (ii) dan wel getwijfeld kan worden aan de financiële continuïteit van de woningcorporatie of de woningvennootschap of (iii) indien duidelijk is dat de woningcorporatie voornemens is de woningvennootschap op een andere wijze (anders dan enkel door het verstrekken van aandelenkapitaal of leningen) te financieren of zich garant te stellen.

Overigens bepaalt het wetsvoorstel in art. 48a (voorheen art. 53) dat de toestemming van de minister ook vereist is voor de 'gewone' splitsing (anders dan een splitsing in het kader van art. 50a) en een fusie op grond van art. 2:309 BW. Daarnaast bepaalt art. 48a dat een woningcorporatie slechts een fusie aangaat wanneer zij als verkrijgende vennootschap optreedt of wanneer zij met een andere woningcorporatie fuseert. Hoe zich dit verhoudt tot art. 2:323/334u BW waarin limitatief is opgesomd wanneer een fusie of splitsing vernietigd kan worden blijft onduidelijk.

Financiering niet-daeb werkzaamheden

Art. 21a bepaalt ten aanzien van de financiering van niet-daeb werkzaamheden het volgende:

"De mogelijkheid voor een toegelaten instelling of een met haar verbonden onderneming om, ten behoeve van het bij enige instelling kunnen aantrekken van financiële middelen voor het verrichten van werkzaamheden op het gebied van de volkshuisvesting, ten behoeve van die instelling een recht van pand of hypotheek te vestigen op haar zaken en daarmee verbonden rechten en verplichtingen, wordt niet door enig beding van derden of een vestiging van zodanige rechten ten behoeve van derden beperkt. Een zodanig beding of zodanige vestiging is nietig. De eerste en tweede volzin zijn op toegelaten instellingen van toepassing, voor zover de in de eerste volzin bedoelde werkzaamheden niet behoren tot de diensten van algemeen economisch belang, en voor zover de betrokken zaken en daarmee verbonden rechten en verplichtingen met werkzaamheden als laatstbedoeld samenhangen."

Uit de MvT op de novelle blijkt dat de wetgever met dit artikel de bedoeling heeft om het aantrekken van marktconforme financieringen voor niet-daeb werkzaamheden te faciliteren. Men moet zich hierbij realiseren dat het huidige vermogen van de corporaties mede uit door de Stichting Waarborgfonds Sociale Woningbouw (WSW) geborgde financiering bestaat.⁴⁷ De door het WSW verleende borgstelling is onderworpen aan de bepalingen van het Reglement van deelneming Stichting Waarborgfonds

Sociale Woningbouw⁴⁸ waarin onder andere een positieve en negatieve hypotheekverklaring is opgenomen. Daarnaast zal het WSW in het kader van de borgstelling veelal al zekerheden in de vorm van bijvoorbeeld een recht van hypotheek hebben bedongen. Art. 21a moet bewerkstelligen dat deze aan het WSW verstrekte zekerheden niet in de weg staan aan het aantrekken van financiering uit de markt. Dit doet zij door te bepalen dat een ten behoeve van een derde gevestigde zekerheid nietig is voor zover deze zekerheid er aan in de weg zou staan dat de woningcorporatie of de met haar verbonden onderneming financiering ten behoeve van niet-daeb werkzaamheden bij een bank aantrekt. Dit gaat naar onze mening wel erg ver en veel verder dan de minister heeft bedoeld. Deze bepaling zal het voor banken niet aantrekkelijker maken om een woningcorporatie te financieren.

Verbonden en afhankelijke ondernemingen

De novelle introduceert onder andere de termen "verbonden onderneming" en "afhankelijke onderneming" (art. 1). Een verbonden onderneming is een rechtspersoon of vennootschap die (a) een art. 2:24a BW dochtermaatschappij van een toegelaten instelling is, (b) een deelneming als bedoeld in art. 2:24c BW heeft, of (c) waarmee een toegelaten instelling anderszins een duurzame band heeft, waaronder mede wordt begrepen het hebben van stemrechten in de algemene vergadering van die rechtspersoon of vennootschap. Een afhankelijke onderneming in de zin van de novelle is een verbonden onderneming, niet zijnde een samenwerkingsvennootschap,⁴⁹ waarvan een toegelaten instelling meer dan de helft van de aandelen bezit. Op tal van plaatsen in de novelle wordt teruggegrepen op deze definities met soms verstrekkende gevolgen.

De vraag of een vennootschap een afhankelijke onderneming of een verbonden onderneming is in de zin van het wetsvoorstel, is mede van belang voor de vraag of de vennootschap zonder toestemming van de minister haar statuten mag wijzigen (art. 23), of er sprake is van onvereenbare functies (art. 25) en of het bestuur kan besluiten tot het vervreemden van onroerende zaken van de woningcorporatie en/of van aandelen in het kapitaal van de afhankelijke vennootschap (art. 27). Het meest verstrekkende is wellicht het feit dat een vennootschap die kwalificeert als afhankelijke onderneming op grond van art. 61c onder direct toezicht van de minister staat. In het belang van de volkshuisvesting kan de minister aanwijzingen geven om een of meer handelingen te verrichten of na te laten (art. 61d wetsvoorstel), bepalen dat handelingen alleen verricht kunnen worden met toestemming van de minister (art. 61g) of, in het uiterste geval, de rechtbank verzoeken

⁴⁸ www.wsw.nl/uploads/media:108/Reglement.

⁴⁹ Een samenwerkingsvennootschap is volgens de novelle een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap, door een toegelaten instelling overeenkomstig daaromtrent bij algemene maatregel van bestuur gegeven voorschriften aangegaan met een of meer andere toegelaten instellingen (art. 1 wetsvoorstel).

⁴⁷ Het WSW maakt het mogelijk dat woningcorporaties tegen zo laag mogelijke kosten geld uit de markt lenen. Dit doet zij door zich onder bepaalde voorwaarden borg te stellen.

de afhankelijke onderneming onder bewind te stellen (art. 61h). De reikwijdte van dit directe toezicht wordt door de minister gerechtvaardigd door de financiële risico's die de woningcorporatie uiteindelijk op de activiteiten van de afhankelijke onderneming loopt en het belang van de volkshuisvesting. Ingrijpen bij de afhankelijke onderneming via maatregelen die tegen de woningcorporatie zijn gericht zouden een te zwak instrument zijn.⁵⁰

Wij zien hier een zelfde tegenstrijdigheid als hiervoor gesignaleerd ten aanzien van art. 19 en 23. In lid 1 van art. 45 wordt bepaald dat een woningcorporatie uitsluitend werkzaam is op het gebied van de volkshuisvesting. Dit hoeft haar er kennelijk niet van te weerhouden deel te nemen in, dan wel een duurzame relatie op te bouwen met, een onderneming die niet uitsluitend werkzaam is op het gebied van de volkshuisvesting. De tweede volzin van lid 1 bepaalt namelijk dat indien een toegelaten instelling een deel van de aandelen van een met haar verbonden onderneming bezit deze onderneming slechts ten minste naar rato van dat deel werkzaam moet zijn op het gebied van de volkshuisvesting. Overigens is dit pro rata vereiste naar de tekst van art. 45 lid 1 alleen van toepassing op verbonden ondernemingen waarin de woningcorporatie "een deel van de aandelen heeft". Hiermee zijn ondernemingen waarmee de woningcorporatie verbonden is op grond van het feit dat sprake is van een duurzame band, zonder dat sprake is van een aandelenbelang, naar de letterlijke tekst van deze versoepeling uitgesloten: de partij met wie een woningcorporatie een duurzame samenwerking aangaat zal alleen werkzaamheden op het gebied van de volkshuisvesting mogen verrichten. Het onderscheid tussen afhankelijke onderneming, verbonden onderneming, woningvennootschap en woningcorporatie en verschillen tussen wat

blijkens de MvT novelle de kennelijke bedoeling is en wat uiteindelijk in het wetsvoorstel staat maakt de regeling niet toegankelijker.

Conclusie

Het wetsvoorstel en de novelle geven tal van uitzonderingen op hetgeen in het BW is neergelegd en voorzien daarnaast in allerhande aanvullingen bij AMvB. Daarbij is het niet altijd duidelijk hoe bepalingen zich tot elkaar verhouden. Een en ander vereist van de betrokken jurist maar zeker ook van bestuurders en toezichthouders een hoge mate van oplettendheid. Dat het niet alleen gaat om juridisch-technische trivia blijkt onder andere uit de mogelijkheid om ter handhaving van het bij of krachtens hoofdstuk IV bepaalde een last onder dwangsom aan de woningcorporatie op te leggen (art. 105).

De ter consultatie aangeboden novelle is omvangrijk. Zij voegt vele artikelen aan het bestaande wetsvoorstel toe en schrapt, verplaatst en vernummert bestaande artikelen. Het wetsvoorstel is hierdoor bijzonder lastig te lezen. Wij hebben bij voorbaat medelijden met de Kamerleden die de novelle moeten beoordelen; de samenhang zoeken met het wetsvoorstel is een ware puzzel. Wij hopen dan ook voor hen dat voor de verdere behandeling een doorlopende tekst ter beschikking wordt gesteld.

Over de auteurs

Mr. David Meijeren is counsel notariaat vastgoed bij Stibbe NV en prof. dr. mr. Barbara Bier is hoogleraar Ondernemingsrecht & Corporate Governance aan Nyenrode Business Universiteit en als adviseur verbonden aan Stibbe NV

⁵⁰ MvT novelle, p. 21.