

# MEMO



AAN Aedes  
t.a.v. Jonne Arnoldussen

DATUM 18 mei 2017

ONS KENMERK 270693

VAN Eelkje van de Kuilen  
Stefan van de Sande  
Advocaat

TELEFOON +31 88 253 6026

FAX +31 88 253 5934

E-MAIL [evandekuijen@akd.nl](mailto:evandekuijen@akd.nl) /  
[svandesande@akd.nl](mailto:svandesande@akd.nl)

ONDERWERP Voorlopig oordeel ontwerpvoorstel scheiding DAEB/niet-DAEB

## Inleiding en vraagstelling

1. In dit memo gaan we in op de vraag of het "voorlopig oordeel" van de Autoriteit woningcorporaties (hierna: "de Aw") over een "ontwerpvoorstel" van een woningcorporatie kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: "Awb"). Zo ja, dan kan de corporatie bezwaar en beroep tegen het voorlopig oordeel instellen.

## Managementsamenvatting

2. Een voorlopig oordeel is waarschijnlijk geen besluit. Op grond van de wet dienen corporaties vóór 1 januari 2017 een scheidingsvoorstel in te dienen, dat is onderworpen aan de goedkeuring van de minister. De wet maakt – anders dan de Aw – geen onderscheid tussen ontwerp- en definitieve voorstellen, en evenmin tussen voorlopige en definitieve oordelen. De corporaties hebben met hun ontwerpvoorstellen ook niet beoogd om goedkeuring te verkrijgen, en de Aw heeft met de voorlopige oordelen evenmin beoogd om die ontwerpvoorstellen (al dan niet) goed te keuren in de zin van de wet. Wij zijn dan ook van mening dat het rechtsgevolg dat op grond van de wet is verbonden aan de goedkeuring van een voorstel, kort gezegd dat de corporaties de goedgekeurde scheiding moeten implementeren, niet is ingetreden of ontzegd met het voorlopig oordeel. Nu het voorlopig oordeel daarmee geen rechtsgevolg heeft, is het geen besluit.
3. Zekerheidshalve adviseren wij wel om (toch) bezwaar te maken tegen het voorlopig oordeel. Dit advies is erop gebaseerd dat (i) het voorlopig oordeel is gegeven naar aanleiding van een voorstel van de corporaties dat vóór 1 januari 2017 is ingediend, (ii) daarin een beslissing over de aanvaardbaarheid van het ontwerpvoorstel is neergelegd, en (iii) de Aw ervan uitgaat dat het ontwerpvoorstel naar aanleiding van het voorlopig oordeel wordt aangepast. Als de rechter op enig moment het voorlopig oordeel wel aanmerkt als een besluit (die kans achten wij klein), is het belangrijk dat er bezwaar is gemaakt tegen het voorlopig oordeel.

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening: NL28INGB0678001677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 61/2014 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op [www.akd.nl](http://www.akd.nl)

DATUM 18 mei 2017  
ONS KENMERK 270693  
PAGINA 2 van 6

4. Wij adviseren de corporaties verder om het definitieve voorstel niet aan te passen naar aanleiding van de opmerkingen van de Aw, als de corporatie zich niet kan vinden in deze opmerkingen. Als de corporatie haar (definitieve) voorstel wél aanpast en de Aw tot een goedkeurend besluit komt op basis van dat voorstel, geldt dat de Aw heeft besloten conform de (aangepaste) aanvraag van de corporatie. Het is dan niet goed denkbaar dat de corporatie in bezwaar of beroep succes heeft met de stelling dat het definitieve oordeel onjuist is, omdat de corporatie dat zelf zo heeft aangevraagd. Volledigheidshalve merken wij op dat er risico's kunnen kleven aan het indienen van een ongewijzigd voorstel. Deze zijn afhankelijk van de inhoud van de niet overgenomen opmerkingen.

## Beantwoording

### - Inleiding

5. Alleen tegen een besluit in de zin van de Awb kan bezwaar worden gemaakt en beroep worden ingesteld.<sup>1</sup> Een besluit is *"een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling."*<sup>2</sup> De vraag is of het "voorlopig oordeel" van de Aw kan worden aangemerkt als een rechtshandeling. Dat is een handeling die is gericht op rechtsgevolg. Naar vaste rechtspraak heeft een beslissing een rechtsgevolg *"indien zij erop is gericht een bevoegdheid, recht of verplichting voor een of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen, dan wel de juridische status van een persoon of een zaak vast te stellen."*<sup>3</sup>
6. De Aw zelf gaat ervan uit dat een voorlopig oordeel geen besluit is. In de voorlopige oordelen staat dat *"bezwaar tegen dit voorlopig oordeel niet mogelijk is aangezien het geen besluit is in de zin van de Awb."* Verder stelt de Aw in haar "Q&A Beoordelingskader scheiding DAEB/niet-DAEB"<sup>4</sup> dat de reguliere Awb-mogelijkheden voor bezwaar en beroep gelden bij de definitieve voorstellen: *"De ontwerpvoorstellen zijn geen besluiten in deze zin en staan derhalve niet open voor beroep of bezwaar."* Dit oordeel van de Aw haakt aan bij het onderscheid dat zij hanteert tussen ontwerpvoorstellen respectievelijk definitieve voorstellen van de woningcorporaties, waarop een voorlopig respectievelijk een definitief oordeel van de Aw volgt. Dit onderscheid vloeit voort uit het "Beoordelingskader scheiding DAEB/niet-DAEB" van de Aw, waarin staat dat de ontwerpvoorstellen uiterlijk op 31 december 2016 moeten worden ingediend bij de Aw<sup>5</sup>, en de definitieve voorstellen

<sup>1</sup> Art. 7:1 en art. 8:1 Awb.

<sup>2</sup> Art. 1:3 lid 1 Awb.

<sup>3</sup> Zie recent ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:164, r.o. 2.2.

<sup>4</sup> Paragraaf 2.5.

<sup>5</sup> Deze datum is in verband met de problematiek bij CorpoData verschoven.

DATUM 18 mei 2017  
ONS KENMERK 270693  
PAGINA 3 van 6

uiterlijk op 1 juli 2017.<sup>6</sup> De ontwerpvoorstellen dienen (reeds) de strategische uitgangspunten te bevatten voor de verdeling van het bezit tussen DAEB- en niet-DAEB activiteiten.

- **Het Beoordelingskader scheiding DAEB/niet-DAEB**

7. Over de inhoud van de ontwerpvoorstellen vermeldt het Beoordelingskader<sup>7</sup> dat de Aw verwacht dat daarin de "financiële kaders" worden opgenomen en dat deze op strategisch niveau zijn getoetst en doorgerekend. De Aw beoogt met de beoordeling van de ontwerpvoorstellen dat zij inzicht krijgt in: de fundamentele keuzes die de corporatie maakt ten aanzien van haar vastgoedstrategie; de verbinding tussen de vastgoedstrategie van de corporatie en de prestatieafspraken met de gemeente(n) waaronder eventuele overheveling van potentieel te liberaliseren woningen; in de effecten van het ontwerpvoorstel op de huurdersbelangen; in de hoogte van de interne lening van DAEB aan niet-DAEB en de allocatie van vermogen aan de DAEB en niet-DAEB tak; in de financiële haalbaarheid van de ontwerpvoorstellen, waarbij de voorgenomen niet-DAEB activiteiten passen binnen het risicoprofiel van de relatief kleinere niet-DAEB tak.<sup>8</sup>
8. Over de inhoud van de definitieve voorstellen vermeldt het Beoordelingskader dat deze *"inclusief de financiële paragraaf aan de hand van de definitieve, door de accountant gecontroleerde, jaarcijfers 2016 opgesteld dient te worden."*<sup>9</sup> Volgens de Aw zullen *"de financiële onderdelen van het ontwerpvoorstel ook bij het definitieve scheidingsvoorstel worden uitgevraagd, maar dienen deze nu uiteraard gebaseerd te zijn op de gecontroleerde jaarrekening 2016"*.<sup>10</sup> Ten slotte schrijft de Aw dat *"de definitieve voorstellen wel met definitieve jaarcijfers 2016 zullen zijn onderbouwd. Aw zal in de beoordeling vaststellen dat eventueel gemaakte opmerkingen bij ontwerpvoorstellen zijn verwerkt"*.<sup>11</sup>
9. De Aw stelt in het Beoordelingskader dat de ontwerpvoorstellen goed doordacht en onderbouwd dienen te zijn, zodat er geen of slechts minieme afwijkingen zijn ten opzichte van de definitieve voorstellen. <sup>12</sup> Verder schrijft de Aw dat *"eventueel gemaakte opmerkingen bij de beoordeling van het ontwerpvoorstel voortvloeiend uit de beoordeling van de al dan niet aanwezige overeenstemming tussen zienswijze/advies en scheiding*

<sup>6</sup> Wij gaan in dit advies van deze datum uit. De Aw heeft op 8 mei jl. aangegeven dat een corporatie uitstel van deze datum kan aanvragen.

<sup>7</sup> Beoordelingskader, p. 7.

<sup>8</sup> Beoordelingskader, p. 9.

<sup>9</sup> Beoordelingskader, p. 7.

<sup>10</sup> Beoordelingskader, p. 13.

<sup>11</sup> Beoordelingskader, p. 13.

<sup>12</sup> Beoordelingskader, p. 9 en p. 13.

DATUM 18 mei 2017  
ONS KENMERK 270693  
PAGINA 4 van 6

*DAEB, in het definitieve scheidingsvoorstel aan de orde dienen te komen*".<sup>13</sup> Overigens overweegt de Aw ook in de voorlopige oordelen - indien het ontwerpvoorstel niet voldoet aan de gestelde criteria – dat de daarin genoemde punten dienen te worden aangepast in het definitieve voorstel.

- **Het wettelijk kader**

10. Het onderscheid dat de Aw hanteert tussen ontwerp- en definitieve voorstellen enerzijds en voorlopige en definitieve oordelen anderzijds, strookt niet zonder meer met het wettelijke stelsel.
11. Uit de Herzieningswet en de Woningwet<sup>14</sup> volgt dat de toegelaten instellingen tussen 1 juli 2015 en 1 januari 2017 (dus: vóór 1 januari 2017) een voorstel aan de minister (lees: de Aw als gemandateerde van de minister) doen, dat betrekking heeft op de wijze waarop zij een scheiding. De Aw neemt binnen twaalf weken na ontvangst van het voorstel een besluit omtrent de goedkeuring daarvan. Die termijn kan de Aw telkens met ten hoogste zes weken verlengen. De toegelaten instellingen geven uitvoering aan de goedgekeurde scheiding met ingang van 1 januari volgend op het tijdstip waarop de Aw het voorstel heeft goedgekeurd.
12. De Herzieningswet en de Woningwet voorzien niet in een systeem waarin de Aw eerst een voorlopig oordeel geeft naar aanleiding van een ontwerpvoorstel, en daarna pas een definitief oordeel geeft naar aanleiding van de aanvulling/aanpassing van dat ontwerpvoorstel.<sup>15</sup>

- **Is een voorlopig oordeel een besluit?**

13. Tegen de achtergrond van het hiervoor weergegeven wettelijke kader en het Beoordelingskader van de Aw zijn wij nagegaan of het voorlopig oordeel is gericht op rechtsgevolg. Het rechtsgevolg waarover het hier gaat, is de verplichting om de goedgekeurde scheiding te implementeren.
14. Het voorlopig oordeel is ons inziens niet hierop gericht. Allereerst hebben de corporaties met het ontwerpvoorstel niet beoogd om goedkeuring te krijgen op dit voorstel. In zoverre is het op zichzelf geen verzoek om een goedkeuringsbesluit te nemen (geen (volledige) aanvraag). Naar aanleiding van de berichten van de Aw gingen de corporaties immers ervan uit dat zij

<sup>13</sup> Beoordelingskader, p. 12.

<sup>14</sup> Artikel II lid 2, 3 en 5 Herzieningswet en art. 50a en 50b Woningwet.

<sup>15</sup> In de nota van toelichting bij het Btiv wordt wel op zo'n systeem ingegaan, en wordt opgemerkt dat vóór 1 januari 2017 een ontwerpvoorstel moet worden ingediend bij de minister met "daarin de strategische uitgangspunten voor scheiding," waarna vóór 1 mei 2017 een definitief scheidingsvoorstel op basis van de goedgekeurde jaarrekening moet worden ingediend.

DATUM 18 mei 2017  
ONS KENMERK 270693  
PAGINA 5 van 6

een voorlopig oordeel zouden krijgen. Daarna zouden zij een definitief voorstel indienen, waarover de Aw (pas) een definitieve beslissing neemt na kennisname van de jaarcijfers over 2016. Deze beslissing kan pas worden gezien als een (volledig) besluit omtrent goedkeuring.

15. Nu de corporaties met de ingediende ontwerpvoorstellen niet beoogden om (al) goedkeuring te verkrijgen, en de Aw niet heeft beoogd om een definitief standpunt in te nemen in het voorlopig oordeel, neigen wij ernaar dat de voorlopige oordelen geen besluiten zijn. Naar onze mening is het voorlopig oordeel een hybride figuur waarin de Herzieningswet, de Woningwet en de Awb niet voorzien. Het rechtskarakter van het "voorlopig oordeel" houdt het midden tussen een voornemen tot het nemen van een besluit omtrent goedkeuring en een bestuurlijk rechtsoordeel. Het is geen bestuurlijk rechtsoordeel, omdat het geen zelfstandig en als definitief bedoeld oordeel is over de verenigbaarheid van het voorstel met de Woningwet. Het is geen voornemen, omdat de Aw ervan uitgaat dat het ontwerpvoorstel nog wordt aangepast en aangevuld (al dan niet naar aanleiding van het voorlopig oordeel). Nu de Aw eist dat vóór 1 juli 2017 een definitief voorstel wordt ingediend, heeft het voorlopig oordeel (ook) iets weg van een verzoek op grond van art. 4:5 Awb om een aanvraag aan te vullen binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn. Al deze figuren hebben evenwel met elkaar gemeen dat zij geen rechtsgevolg hebben, en dus geen (appellabel) besluit opleveren. Wij gaan ervan uit dat hetzelfde geldt voor het voorlopig oordeel.
16. Bij deze conclusie moeten de volgende kanttekeningen worden gemaakt. Zoals gezegd, maakt het systeem van de wet geen onderscheid tussen voorlopige en definitieve oordelen. De wet gaat slechts uit van de indiening van een voorstel, dat wordt gevolgd door een besluit omtrent goedkeuring. Dat voorstel moet tussen 1 juli 2015 en 1 januari 2017 worden ingediend. Het ontwerpvoorstel wordt binnen deze periode ingediend; het definitieve voorstel niet. Verder gaat de Aw ervan uit dat de definitieve voorstellen slechts (i) worden aangevuld met de jaarcijfers over 2016, (ii) worden aangepast naar aanleiding van het voorlopig oordeel van de Aw en (iii) verder niet of miniem afwijken van de ontwerpvoorstellen. Met inachtneming van de (systematiek van de) wet en de uitleg die de Aw daaraan geeft, met name in het Beoordelingskader, valt niet uit te sluiten dat het voorlopig oordeel toch een besluit is. Als het ontwerpvoorstel – dat tijdig wordt ingediend – wordt gezien als een aanvraag in de zin van de Awb, en het definitieve voorstel wordt gezien als een aanvulling van die aanvraag, kan niet geheel worden uitgesloten dat het oordeel van de Aw in het voorlopig oordeel als definitief is bedoeld ten aanzien van de inhoud van het ontwerpvoorstel. Hierbij is mede van belang dat de Aw eist dat het ontwerpvoorstel wordt aangepast naar aanleiding van het voorlopig oordeel.
17. Tegen de achtergrond van deze kanttekeningen adviseren wij om zekerheidshalve een brief te sturen aan de Aw, indien de corporatie het niet eens is met de inhoud van het voorlopig oordeel. In die brief kan worden uitgelegd waarom de corporatie zich niet kan verenigen

DATUM 18 mei 2017  
ONS KENMERK 270693  
PAGINA 6 van 6

met het voorlopige oordeel van de Aw, en kan worden opgemerkt dat die brief – voor zover nodig – als bezwaarschrift moet worden aangemerkt. Indien deze brief binnen zes weken (en niet binnen de door de Aw genoemde vijf werkdagen) na de bekendmaking van het voorlopig oordeel (door toezending daarvan aan de corporatie) wordt ontvangen door de Aw, voorkomt de corporatie daarmee dat haar later wordt tegengeworpen dat zij niet is opgekomen tegen het voorlopig oordeel, voor zover dat wél een besluit(onderdeel) blijkt te zijn. Indien de corporatie niet (tijdig) een bezwaarschrift indient tegen het voorlopig oordeel, haar definitieve voorstel niet in overeenstemming brengt met dat oordeel, en derhalve (waarschijnlijk) geen goedkeuring van dat laatste voorstel verkrijgt, loopt de corporatie het risico dat wordt uitgegaan van de juistheid van het voorlopige oordeel voor de beoordeling van een bezwaar/beroep tegen het definitieve oordeel. Nu wij ervan uitgaan dat het voorlopig oordeel geen besluit is, lijkt dat risico klein. Wij achten dat echter, gezien het voorgaande, niet uitgesloten.

18. Ten slotte wijzen wij erop dat – indien de Aw van voorlopig oordeel is dat het ontwerpvoorstel niet aan de gestelde criteria voldoet – kritisch moet worden bekeken of aanleiding bestaat om het definitieve voorstel aan te passen naar aanleiding van de opmerkingen van de Aw op het ontwerpvoorstel, indien de corporatie zich niet kan vinden in deze opmerkingen. Voor zover de corporatie haar (definitieve) voorstel wél aanpast naar aanleiding van het voorlopig oordeel, en de Aw tot een goedkeurend besluit komt op basis van dat voorstel, geldt immers dat de Aw heeft besloten conform de (aangepaste) aanvraag van de corporatie. Het is dan niet goed denkbaar dat de corporatie in bezwaar of beroep succes heeft met de stelling dat het definitieve oordeel onjuist is, reeds omdat zij dat zelf zo heeft aangevraagd. De corporatie die het op essentiële onderdelen niet eens is met de inhoud van het voorlopige oordeel, en die daartegen met zekerheid wil kunnen opkomen, moet dus overwegen om het definitieve voorstel niet aan te passen naar aanleiding van het voorlopige oordeel. Hierbij verdient opmerking dat daar risico's aan kunnen kleven. Dit zal afhankelijk zijn van de soort opmerking die niet wordt overgenomen en de situatie van de desbetreffende corporatie. Dat gaat het bestek van dit advies echter te buiten.

AKD  
Eelkje van de Kuilen  
Stefan van de Sande