CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO

van 19 oktober 2000 [1]

1. Het lezen van twee Franse publicaties, het *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* en de *Moniteur des travaux publics et du bâtiment* heeft aan de Commissie doen blijken dat in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, Serie S, geen bekendmaking heeft plaatsgevonden van drie aankondigingen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door respectievelijk twee openbare diensten voor planning en bouw (offices publics d'aménagement et de construction; hierna: „OPAC") en één naamloze vennootschap voor sociale woningbouw (société anonyme d'habitation à loyer modéré; hierna: „HLM-vennootschap"). Volgens de Commissie eiste artikel 11 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (hierna: „richtlijn") [2] aankondiging ervan in genoemde serie S, gelet op zowel het bedrag ervan als op de hoedanigheid van de instelling waarvan de aanbesteding uitgaat.

2. Volgens de Commissie zijn zowel OPAC als HLM-vennootschappen immers aan te merken als aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn.

3. Daar de Commissie het antwoord van de Franse Republiek op haar aanmaningsbrief ontoereikend achtte, heeft zij na — volgens haar eigen zeggen — te hebben vastgesteld dat dezelfde soort instellingen een groot aantal andere opdrachten hadden geplaatst die niet in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* waren aangekondigd, zodat van een vaste gewoonte kon worden gesproken, een met redenen omkleed advies uitgebracht. Ten slotte heeft zij, aangezien zij de uitleg van de Franse autoriteiten nog steeds onvoldoende achtte, het onderhavige beroep ingesteld.

4. Meteen moet echter worden opgemerkt dat het geschil zich in de loop van de schriftelijke procedure verder heeft ontwikkeld.

5. De Franse Republiek heeft namelijk vanaf de indiening van haar verweerschrift erkend dat OPAC, gelet op de rechtspraak van het Hof, in het bijzonder de arresten van 15 januari 1998 [3] en van 10 november 1998 [4], inderdaad aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn zijn, waarmee zij tegelijk erkent dat dergelijke diensten verplicht zijn hun aankondigingen van aanbestedingen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, Serie S, te publiceren. Met

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 199, blz. 54.

3 — Arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73).

4 — BFI Holding (C-360/96, Jurispr. blz. I-6821).

betrekking tot de OPAC kan het Hof derhalve volstaan met het vaststellen van de niet-nakoming.

6. Betreffende de HLM-vennootschappen is het geschil in die zin kleiner geworden dat hoewel partijen het oneens blijven over de vraag of die vennootschappen aanbestedende diensten in de zin van de richtlijn zijn, zij in de loop van de uitwisseling van de stukken tot de vaststelling zijn gekomen dat hun opvattingen slechts verschillen betreffende het antwoord op één specifieke vraag die de uitkomst van het geschil zal bepalen, te weten de vraag of het overheidstoezicht dat op de HLM-vennootschappen wordt uitgeoefend, exact overeenkomt met het soort toezicht waarnaar de richtlijn verwijst wanneer zij de criteria bepaalt om uit te maken wanneer er sprake is van aanbestedende diensten.

7. Omdat het Hof de richtlijn in de reeds aangehaalde arresten Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. en BFI Holding heeft uitgelegd, is het daarmee goed vertrouwd. Om die reden acht ik het niet zinvol hier de context waarin de richtlijn is vastgesteld, de doelen die zij nastreeft, en de opbouw ervan in het algemeen in herinnering te roepen. Ik kan mijn aandacht meteen richten op artikel 1 van de richtlijn, dat door middel van een reeks definities de werkingssfeer ervan vastlegt en als volgt luidt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder

a) ‚overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een onder b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of onder c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet;

b) ‚aanbestedende diensten': de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling' wordt verstaan, iedere instelling die:

is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

en

— rechtspersoonlijkheid heeft,

en

— waarvan of wel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

De lijsten van de instellingen en van de categorieën van publiekrechtelijke instellingen die voldoen aan de in de tweede alinea van dit punt genoemde criteria, staan in bijlage I. Deze lijsten zijn zo volledig mogelijk en kunnen worden herzien volgens de procedure van artikel 35. Daartoe stellen de lidstaten de Commissie op gezette tijden in kennis van de wijzigingen die zijn opgetreden in hun lijsten;

(...)"

8. In haar verzoekschrift wil de Commissie aantonen, door zich in hoofdzaak op de in het *Journal officiel de la République française* gepubliceerde Code de la construction et de l'habitation (hierna: „wetboek") te baseren, dat HLM-vennootschappen als publiekrechtelijke instellingen en derhalve als aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn moeten worden aangemerkt.

9. Zij betoogt daartoe in de eerste plaats dat het hier gaat om instellingen die zijn opgericht om specifiek te voldoen aan behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële of commerciële aard, te weten huisvesting van personen en gezinnen met een gering inkomen, en dat deze instellingen rechtspersoonlijkheid bezitten, zodat is voldaan aan de eerste twee in genoemd artikel gestelde voorwaarden om als publiekrechtelijke instelling te worden aangemerkt.

10. Betreffende de derde voorwaarde beklemtoont de Commissie, zonder op dit punt te zijn tegengesproken, dat de aanwezigheid van één van de drie kenmerken waarnaar de richtlijn verwijst, te weten financiering voor meer dan de helft door de overheid, toezicht op het beheer door de overheid en aanwijzing door de overheid van meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen, voor een instelling volstaat om te worden geacht aan de derde voorwaarde te voldoen.

11. Volgens de Commissie is het duidelijk, gelet op een aantal bepalingen van het wetboek, waarop ik nog terugkom, dat het door de overheid op de HLM-vennootschappen uitgeoefende toezicht precies overeenstemt met het toezicht dat de gemeenschapswetgever voor ogen stond.

12. In haar verweerschrift tracht de Franse Republiek aan te tonen dat het toezicht waaraan deze vennootschappen zijn onderworpen, in het geheel niet overeenstemt met het toezicht waarnaar de richtlijn verwijst. Volgens haar maken de verschillende vormen van toezicht die de Commissie noemt, het de overheid niet mogelijk om zich in de beslissingen betreffende de goede werking van de HLM-vennootschappen te mengen. Het gaat om toezicht van administratieve aard, dat moet worden onderscheiden van het toezicht op het beheer of op de investeringen waarop artikel 1, sub b, haars inziens doelt.

13. In repliek betwist de Commissie de relevantie van een dergelijk onderscheid. Haars inziens biedt artikel 1, sub b, geen enkele steun voor de stelling, dat alleen een toezicht is bedoeld dat de overheid de mogelijkheid geeft zich in het dagelijkse beheer van de vennootschap te mengen.

14. In dupliek tracht de Franse Republiek — nog steeds uitgaande van de premisse dat, om van toezicht op het beheer in de zin van artikel 1, sub b, te kunnen spreken, het moet gaan om een toezicht dat een evaluatie betreft van de wijze waarop de geldelijke middelen worden beheerd — aan te tonen dat de verschillende vormen van toezicht waarop de Commissie wijst, van administratieve aard zijn en elke inmenging in het beheer uitsluiten.

15. In zijn memorie in interventie ondersteunt het Verenigd Koninkrijk de uitlegging van de richtlijn waarop de Franse Republiek haar verweer fundeert.

16. Zo blijkt heel duidelijk dat het punt waarover de partijen het oneens zijn, de vraag is wanneer het beheer van een instelling moet worden geacht aan toezicht door een andere instelling te zijn onderworpen.

17. Het antwoord op deze vraag hangt mijns inziens niet alleen af van de betekenis die aan het begrip toezicht moet worden gegeven, maar ook van wat moet worden verstaan onder beheer, ook al twisten partijen over het begrip toezicht.

18. Ik zal deze twee begrippen achtereenvolgens onderzoeken.

Welk beheer? Welk toezicht?

19. Volgens het woordenboek *Le Petit Robert* moet het begrip gestion (beheer), dat de handeling van beheren aanduidt, in verband worden gebracht met de begrippen administratie, bestuur, management, organisatie, allemaal termen die de uitoefening van een zekere vorm van macht inhouden.

20. Dit doet mij denken dat een toezicht dat geen betrekking heeft op de wijze waarop zij die de macht binnen een instelling bezitten, het handelen ervan sturen,

niet als toezicht op het beheer van genoemde instelling kan worden gekwalificeerd.

21. Deze betekenis van de term beheer (gestion) wordt niet tegengesproken door de termen gestión [5], gestione [6] en gestão [7] die respectievelijk in de Spaanse, Italiaanse en Portugese taalversie van de richtlijn worden gebruikt, en door de term diacheirísi in de Griekse taalversie. [8]

22. Die betekenis wordt nog versterkt door het gebruik van de termen Leitung [9] en management [10] in respectievelijk de Duitse en Engelse taalversie en door het cumulatieve gebruik van de termen activiteiten en beheer [11] in de Nederlandse taalversie.

23. De in de Deense taalversie gebruikte term drift zou eveneens equivalent zijn aan het begrip gestion. [12]

24. Als ik nu het begrip contrôle (toezicht) onderzoek, moet ik vaststellen dat de semantische analyse van deze term helaas geen enkele aanwijzing geeft die het mogelijk maakt te kiezen tussen de tegengestelde opvattingen van enerzijds de Commissie en anderzijds de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk.

25. Zo blijkt na raadpleging van het woordenboek *Le Petit Robert* dat contrôle zowel op een verhouding van toezicht en toetsing, als op een verhouding van overheersing en sturing doelt.

26. Het is waar dat daarin wordt verklaard dat de eerste betekenis de oudste is en dat de tweede pas in de twintigste eeuw in zwang is geraakt, waarbij in het Frans aan de term contrôle de betekenis van de Engelse term control is gegeven. Deze semantische ontwikkeling is evenwel beslist niet van dien aard dat zonder twijfel kan worden vastgesteld welke betekenis de communautaire wetgever in 1993 voor ogen stond.

27. Voortgaand op het semantische vlak kan worden opgemerkt, dat wanneer het gaat om de beschrijving van een situatie waarin contrôle overheersing (domination) betekent, er sprake is van een onderneming die de controle over een andere heeft, en niet van een onderneming die controle over een andere onderneming uitoefent, terwijl het omgekeerde niet waar is, in die zin dat het feit van aan controle onderworpen te

5 — „todo organismo [...]" „[...] cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos [...]"

6 — „organismo [...]" „[...] oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi [...]"

7 — „qualquer organismo [...]" „[...] cuja gestão estaja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou [...]"

8 — „κάθε οργανισμός [...]» «[...] είτε η διαχείριση υπόκειται σε έλεγχο από το κράτος ή τους οργανισμούς αυτούς [...]»

9 — „jede Einrichtung [...]" „[...] die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt [...]"

10 — „any body [...]" „[...] or subject to management supervision by those bodies [...]"

11 — „iedere instelling [...]" „[...] waarvan ofwel de activiteiten [...] ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten [...]"

12 — „organ [...]" „[...] eller hvis drift er underlagt disses kontrol [...]"

zijn, niet noodzakelijk een bevoegdheid tot inmenging in de besluitvorming impliceert.

28. Daar het niet mogelijk blijkt een conclusie te trekken uit de analyse van de Franse tekst van de richtlijn, op basis waarvan de Franse regering en de Commissie redeneren, gebieden de in de rechtspraak van het Hof erkende interpretatieregels dat wij de andere taalversies onderzoeken.

29. De Spaanse, de Italiaanse en de Portugese versie, die respectievelijk de termen control, controllo, en controlo gebruiken, en de Griekse versie, die de term élencho gebruikt, brengen ons niet verder dan de Franse versie.

30. Op het eerste gezicht kan het gebruik van de term Aufsicht in de Duitse versie — hetgeen in het gewone spraakgebruik toezicht (surveillance) betekent — daar waar de Franse versie contrôle gebruikt, erop wijzen dat de gemeenschapswetgever niet specifiek een controle beoogde die een bevoegdheid tot inmenging impliceert.

31. Het lijkt mij echter moeilijk om definitieve conclusies te trekken uit het gebruik van de term Aufsicht aangezien in het Duits de term Aufsichtsrat wordt gebruikt voor de raad van toezicht in een naamloze vennootschap, dat wil zeggen het orgaan dat, met de directie, de macht bezit in de vennootschap wanneer deze niet volgens het klassieke model met een raad van bestuur is opgebouwd. In deze vorm van bestuur van een naamloze vennootschap is de Aufsichtsrat zeker niet louter een orgaan dat toezicht houdt op de directie, maar is hij integendeel betrokken bij het beheer van de vennootschap, in die zin dat hij niet buiten de vaststelling van de objectieven van de strategie van de vennootschap wordt gehouden.

32. Over de in de Nederlandse versie gebruikte term toezicht kan, mutatis mutandis, hetzelfde worden opgemerkt als over de term Aufsicht in de Duitse versie.

33. De Engelse taalversie van de richtlijn verschaft evenmin meer duidelijkheid, want de uitdrukking management supervision leert ons niets over de omvang van de bevoegdheden van de toezichthouder: louter toezicht op de regelmatigheid van het beheer of mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de beheersbeslissingen.

34. Welke conclusie kan uit deze snelle uitstap in het linguïstisch pluralisme, dat aan het gemeenschapsrecht eigen is, worden getrokken?

35. Zeer zeker geen definitieve conclusie betreffende het soort toezicht dat de

gemeenschapswetgever op het oog had, welke het mogelijk zou maken meteen over te gaan tot het onderzoek in concreto van de soorten toezicht waaraan de HLM - vennootschappen zijn onderworpen, teneinde deze met dat type toezicht te vergelijken.

36. Deze uitstap is mijns inziens niet zinloos geweest, want zo is ten minste aangetoond dat de tekst geen geweld wordt aangedaan door de opvatting, dat toezicht op de wijze waarop de betrokken instelling wordt bestuurd, volstaat om van een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn te kunnen spreken, en dat inmenging in haar bestuur niet nodig is.

37. De volgende stap in mijn zoektocht is derhalve het onderzoek van de rechtspraak van het Hof, niet in de hoop daarin een definitie van toezicht in de zin van artikel 1, sub b, te vinden, want als er een dergelijke definitie was, zouden de partijen uiteraard daarnaar hebben verwezen en zou ikzelf daarvan onmiddellijk de hoeksteen van mijn argumentatie hebben gemaakt, maar om daarin aanwijzingen te vinden over de weg die moet worden gevolgd om publiekrechtelijke instellingen die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen, als zodanig te kunnen identificeren.

38. Het enige arrest dat tot op heden de uitlegging van het begrip publiekrechtelijke instelling in de zin van richtlijn 93/37 betrof, is het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald. [13]

39. Het is waar, dat dit begrip, dat ook in artikel 1, sub b, van een andere richtlijn op het gebied van overheidsopdrachten voorkomt, richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten [14], ook is onderzocht in het reeds aangehaalde arrest BFI Holding. In dat arrest wordt eraan herinnerd dat het begrip aanbestedende dienst, om volle werking te geven aan het beginsel van het vrije verkeer, een functionele uitlegging moet krijgen (zie, in die zin, arrest van 20 september 1988, Beentjes, 31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 11). Dit vereiste staat eraan in de weg dat onderscheid wordt gemaakt naar gelang de rechtsvorm van de bepalingen waarbij de instelling wordt opgericht en de behoeften worden gespecificeerd waarin zij moet voorzien (punt 62). Maar dat arrest betreft in hoofdzaak de vraag wat moet worden verstaan onder een instelling die is opgericht met het specifieke doel, te voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële of commerciële aard. Ik moet mij dus concentreren op het reeds aangehaalde arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.

40. Mijns inziens ligt het belang van dat arrest voor de onderhavige zaak anders dan

13 — Het arrest van 17 december 1998, Commissie/Ierland (C-353/96, Jurispr. blz. I-8565), betreft richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 13, blz. 1), die aan de hier aan de orde zijnde richtlijn voorafging.

14 — PB L 209, blz. 1.

de Commissie suggereert, niet in de volgende vaststellingen die het Hof in punt 28 van dat arrest verricht om tot de conclusie te kunnen komen dat aan de derde voorwaarde was voldaan:

— de Österreichische Staatsdruckerei (Oostenrijkse staatsdrukkerij; hierna: „ÖS") is opgericht met het specifieke doel om in behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële of commerciële aard, te voorzien, te weten het vervaardigen van administratieve documenten waarvoor in verschillende mate veiligheidsvoorschriften gelden, en bezit rechtspersoonlijkheid;

— de directeur-generaal van de ÖS wordt benoemd door een orgaan waarvan de meerderheid van de leden is benoemd door het Bundeskanzleramt of verschillende ministeries;

— bovendien is zij onderworpen aan het toezicht van de Rekenkamer en is een overheidsorgaan belast met het toezicht op het drukwerk waarvoor veiligheidsvoorschriften gelden;

— ten slotte is volgens de verklaringen van SRG ter terechtzitting de meerderheid van de aandelen in de ÖS in handen van de Oostenrijkse Staat.

41. De vaststelling betreffende de aanwijzing van de bestuursorganen volstond immers op zich om te kunnen aannemen dat aan de derde voorwaarde was voldaan. De vaststelling betreffende het door de Rekenkamer en door een overheidsorgaan uitgeoefende toezicht, waaraan het Hof bewust de vermelding bovendien heeft laten voorafgaan, maakt het dus niet mogelijk conclusies te trekken betreffende de mate van toezicht die het Hof voldoende acht voor het vervullen van die voorwaarde.

42. Dergelijke gevolgtrekkingen zouden in het onderhavige geval des te gewaagder zijn nu advocaat-generaal Léger in zijn conclusie in die zaak heeft opgemerkt dat de definitie van de Oostenrijkse instellingen die onder de richtlijn vallen, in bijlage I, XI, E.1, b, bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond [15], de onderwerping aan budgettair toezicht door de Rekenkamer noemt.

43. Hetgeen het Hof over het op de ÖS uitgeoefende toezicht overweegt, is dus in zekere zin terug te brengen tot de vaststelling dat genoemde instelling precies is onderworpen aan een toezicht waarvan de Republiek Oostenrijk bij haar toetreding heeft erkend dat het overeenstemt met hetgeen de richtlijn beoogt wanneer zij als

15 — PB 1994, C 241, blz. 21, en PB 1995, L 1, blz. 1.

criterium het toezicht door de overheid noemt.

44. Het werkelijke belang van het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, voor de vraag die wij nu onderzoeken, ligt in de synthetische weergave van de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om van een publiekrechtelijke instelling te kunnen spreken, die het Hof verstrekt als motto voor de uiteenzettingen betreffende het onderzoek of in het geval van de ÖS aan die voorwaarden is voldaan.

45. In punt 20 van dat arrest staat te lezen:

„Dienaangaande zij opgemerkt, dat volgens artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 een publiekrechtelijke instelling een instelling is die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid heeft en *in grote mate afhankelijk is van de staat* [16], van territoriale lichamen of van andere publiekrechtelijke instellingen."

46. Het valt meteen op dat het Hof, terwijl het in rechtstreeks aan de richtlijn ontleende bewoordingen de eerste twee voorwaarden in herinnering roept, de derde voorwaarde — zonder stil te staan bij de drie alternatieve criteria die moeten worden gehanteerd — weergeeft alsof die verwijst naar een bepaald soort relatie met de overheid, namelijk de grote mate van afhankelijkheid. Hieruit kan dus worden geconcludeerd dat de drie criteria van artikel 1, sub b, van de richtlijn, wat de derde voorwaarde betreft, drie middelen zijn die alternatief kunnen worden gebruikt om eenzelfde realiteit vast te stellen, de situatie van grote afhankelijkheid van de overheid.

47. Als er eenmaal vanuit wordt gegaan dat het alternatieve criteria zijn, die het echter mogelijk moeten maken eenzelfde realiteit te vatten, moeten die criteria, aangezien het in zekere zin om meetinstrumenten gaat, een, wat men zou kunnen noemen, zelfde graad van gevoeligheid bezitten. Het lijkt mij uitgesloten dat een van die criteria aldus kan worden uitgelegd dat daardoor binnen de categorie van publiekrechtelijke instellingen vallen, lichamen die jegens de overheid in een geheel andere afhankelijkheidsrelatie staan dan andere, aan de hand van een van de twee andere criteria, in dezelfde categorie gerangschikte lichamen.

48. In concreto betekent dit dat slechts als publiekrechtelijke instellingen op grond van het op hun beheer uitgeoefende toezicht kunnen worden gekwalificeerd, lichamen waarvan de afhankelijkheid jegens de overheid even groot is als die welke voortvloeit uit de omstandigheid dat de geldmiddelen hoofdzakelijk van de overheid

16 — Cursivering door de auteur.

afkomstig zijn, of als de afhankelijkheid die voortvloeit uit de aanwijzing van meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen door diezelfde overheid.

49. Deze door het Hof gekozen pragmatische benadering stelt mij weliswaar niet in staat te kiezen tussen de principiële opvatting van de Commissie enerzijds en die van de Franse Republiek anderzijds, namelijk tussen het volstaan van een louter toezicht op de regelmatigheid van het beheer en de noodzaak van een toezicht dat een vorm van inmenging in het beheer omvat. In werkelijkheid brengt die benadering meer, zij overstijgt in zekere zin die tegenstelling door te verzoeken niet bij de aard van het uitgeoefende toezicht te blijven stilstaan, maar te beslissen naar gelang van de concrete situatie die door dat toezicht is ontstaan. Die benadering lijkt mij uitstekend aan te sluiten bij de doelstellingen van de communautaire regels op het gebied van overheidsopdrachten, waaraan advocaat-generaal Léger in punt 47 van zijn conclusie in de reeds aangehaalde zaak Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. heeft herinnerd:

De gemeenschapswetgeving inzake overheidsopdrachten dient op communautair niveau de inachtneming te verzekeren van de beginselen van vrije mededinging en van vrijheid van vestiging en van dienstverrichting, die door deze traditionele en algemeen verbreide gedragingen in gevaar zijn gebracht. De richtlijn heeft tot doel de marktdeelnemers, ongeacht hun land van vestiging, gelijke toegang te verschaffen tot door de overheid, onafhankelijk van haar vorm, voor de verwezenlijking van haar projecten uitgeschreven opdrachten.

50. In een voetnoot herinnert de advocaat-generaal aan het reeds aangehaalde arrest Beentjes. Later heeft het Hof in punt 62 van het arrest BFI Holding, reeds aangehaald, en in punt 36 van het arrest Commissie/Ierland, reeds aangehaald, gepreciseerd dat niet alleen het begrip staat, maar ook het begrip aanbestedende dienst een functionele uitlegging moet krijgen.

51. Voor de toepassing van deze benadering van het Hof moet niet met betrekking tot elk door de Commissie aangevoerd toezicht waaraan de HLM-vennootschappen zijn onderworpen, de vraag worden gesteld of het, afzonderlijk en op zich beschouwd, van dien aard is dat die vennootschappen in een situatie van afhankelijkheid jegens de overheid worden geplaatst, maar moet een mening worden gevormd over de vraag of, rekening houdend met het wettelijke en bestuursrechtelijke kader van de HLM-vennootschappen, de verschillende vormen van toezicht waaraan zij zijn onderworpen, de facto een grote afhankelijkheid van de overheid creëren. Het is immers duidelijk dat een zelfde toezicht verschillend kan worden beoordeeld naar gelang van de context. Een bepaald soort toezicht zal niet hetzelfde effect hebben naargelang de aan toezicht onderworpen instelling volgens de regelingen waaronder zij valt, over een zeer grote vrijheid beschikt met betrekking tot het beheer, of in tegendeel die regelingen haar

werkzaamheden strikt omlijnen en haar een vooraf vastgestelde wijze van beheer opleggen.

52. Om die reden lijkt het mij noodzakelijk nu in te gaan op de status van de HLM-vennootschappen en op de juridische context ervan.

Het rechtskader voor de werkzaamheden van de HLM-vennootschappen

53. HLM-vennootschappen zijn commerciele vennootschappen en vallen daarom onder de wet van 1966 op de vennootschappen. Zij zijn echter van zeer bijzondere aard, want de omstandigheid dat zij bij artikel L. 411-2 van het wetboek op de lijst van HLM-instellingen zijn geplaatst, heeft tot gevolg dat zij aan een aantal in dat wetboek geformuleerde regels worden onderworpen. Enkele daarvan gelden voor alle instellingen voor sociale woningbouw, waartoe met name de openbare diensten voor sociale woningbouw en de OPAC behoren, andere gelden specifiek voor de HLM-vennootschappen.

54. Zo hebben de HLM-vennootschappen volgens artikel L. 422-2 van het wetboek tot doel, onder de in hun statuten vastgestelde voorwaarden de in artikel L. 411-1 bepaalde werkzaamheden te verrichten, met name met het oog op verhuur. Artikel L. 411-1 somt die werkzaamheden op in de volgende bewoordingen:

„De bepalingen van dit boek hebben tot doel, regels betreffende de bouw, de aanschaf, de inrichting, de sanering, de reparatie, het beheer van collectieve of individuele woningen, in of buiten de stad, vast te stellen die voldoen aan de bij administratief besluit vastgestelde technische eigenschappen en kostprijs, en die bestemd zijn voor gezinnen met een gering inkomen (...)"

55. Opgemerkt zij dat niet alleen het soort klanten aan wie de HLM-vennootschappen hun diensten aanbieden, bij wet wordt bepaald, maar dat ook de technische eigenschappen en de kostprijs van de woningen waarvoor die vennootschappen kunnen worden ingeschakeld, bij administratief besluit worden vastgesteld.

56. HLM-vennootschappen dienen te worden opgericht met inachtneming van standaardstatuten, die als bijlage bij artikel R. 422-1 van het wetboek zijn gevoegd. Die statuten zijn uitermate gedetailleerd. Met betrekking tot het maatschappelijk doel van de vennootschap wordt daarin onderscheid gemaakt tussen hoofddoel, de verhuur van woningen tegen een in overeenstemming met de in het wetboek neergelegde regels vastgestelde huurprijs en de bouw van dergelijke woningen, en het bijkomstige doel, dat bestaat uit 17 typen zeer nauwkeurig omschreven werkzaamheden.

57. De standaardstatuten preciseren dat de verkoop van aandelen dient te geschieden tegen een prijs die onder een bepaald maximum blijft, waarvan zij de wijze van berekening omschrijven, en dat voor die verkoop, behalve indien deze binnen de familie plaatsvindt, goedkeuring van de raad van bestuur of de raad van toezicht noodzakelijk is, welke raad de gronden voor zijn goedkeuring of zijn weigering niet bekend hoeft te maken.

58. Het mandaat van de leden van de raad van bestuur of van de raad van toezicht van een HLM-vennootschap wordt onbezoldigd uitgeoefend, onder voorbehoud van de mogelijkheid om aan de houders van een dergelijk mandaat die in loondienst werken, een forfaitaire vergoeding uit te keren die wordt berekend volgens de bepalingen van het wetboek.

59. Indien winst wordt gemaakt, mag slechts een beperkt dividend worden uitgekeerd.

60. Punt 11 van die standaardstatuten luidt als volgt:

„In de maand volgend op die waarin de gewone algemene ledenvergadering overeenkomstig artikel 157 van de wet van 24 juli 1966, reeds aangehaald, is gehouden, doet de vennootschap aan de vertegenwoordiger van de staat in het departement waar zij haar zetel heeft, aan de Caisse des dépôts et consignations en aan de minister voor Huisvesting, alle boekhoudkundige documenten, de op de aandeelhoudersvergadering voorgelegde rapporten alsmede de notulen van de vergadering toekomen.

In geval van uitstel van de aandeelhoudersvergadering moet de rechterlijke beslissing waarbij een extra termijn wordt verleend, onder dezelfde voorwaarden worden toegezonden."

61. Dat een HLM-vennootschap in overeenstemming met die standaardstatuten is opgericht, verleent haar echter nog niet het recht om met haar werkzaamheden te beginnen, want artikel R. 422-5 van het wetboek eist een bij administratieve beschikking verleende vergunning. Die vergunning wordt krachtens artikel R. 422-16 door de minister voor Bouw en Huisvesting verleend na advies van de Conseil départemental de l'habitat (departementale raad voor huisvesting) en van de Conseil supérieur des habitations à loyer modéré (hoge raad voor sociale woningbouw).

62. Opgemerkt zij dat de oude versie van de standaardstatuten [17], die bij vergissing bij het verzoekschrift van de Commissie was gevoegd, voorzag in een regeringscommissaris, wiens bevoegdheden als volgt waren omschreven:

„Wanneer de vennootschap de in de eerste alinea van artikel R. 422-4 van de Code de

17 — Versie op basis van decreet nr. 91-385 van 23 april 1991, vervangen door decreet nr. 93-749 van 27 maart 1993.

la construction et de l'habitation bedoelde vergunning heeft verkregen, heeft een door de minister voor Huisvesting aangewezen regeringscommissaris alle bevoegdheden tot onderzoek van de stukken en tot onderzoek ter plekke.

Hij woont, met raadgevende stem, de bijeenkomsten van de raad van bestuur bij en kan in voorkomend geval een vergadering bijeenroepen. Hij ontvangt onder dezelfde voorwaarden als de leden van de raad van bestuur de oproepen, de agenda en alle andere stukken, die hem voor elke bijeenkomst moeten worden toegezonden. Hij ontvangt tevens een kopie van de notulen van die bijeenkomsten en van de bij volmacht genomen besluiten van de raad van bestuur.

Hij kan tevens verzoeken om een nieuwe behandeling van een door de raad van bestuur genomen besluit of van een deel daarvan, en wel binnen twee weken na ontvangst daarvan. Die behandeling moet binnen een termijn van maximaal twee weken plaatsvinden. De tenuitvoerlegging van het betrokken besluit wordt dan geschorst tot de nieuwe behandeling.

Hij verschaft de minister voor Huisvesting een jaarlijks rapport over de werkzaamheden van de vennootschap.

De beloning van de regeringscommissaris, welke ten laste van de vennootschap komt, wordt bij het benoemingsbesluit vastgesteld volgens een bij interministerieel besluit bepaald tarief."

63. Indien deze bepaling niet ware ingetrokken in 1993, hadden de HLM-vennootschappen zelfs op basis het begrip van toezicht op het beheer dat inmengingsbevoegdheid omvat, zoals het begrip dat de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk hanteren, als openbare instellingen in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn moeten worden aangemerkt.

64. Uit de andere bovengenoemde bepalingen die in hun statuten moeten worden opgenomen, volgt echter dat de HLM-vennootschappen zeer strikt zijn geregeld, zowel ter zake van de werkzaamheden die zij kunnen ontplooien, als ter zake van hun wijze van functioneren en van de benutting van hun kapitaal, en dat het profiel van de aandeelhouder van een dergelijke vennootschap zonder twijfel erg verschilt van dat van de aandeelhouder van een naamloze vennootschap die niet aan de wet uit 1966 is onderworpen.

65. Die strakke regeling mag vanzelfsprekend niet worden verward met het toezicht bedoeld in artikel 1, sub b, van de richtlijn. Het bestaan van regels, hoe gedetailleerd ook, die een instelling moet naleven, is één ding, het toezicht op het beheer is een andere zaak. Als het toezicht op de naleving van die regels en de sanctie op schending daarvan alleen door de rechter kan worden verzekerd, is er immers geen sprake van toezicht door de staat, een openbaar lichaam of een publiekrechtelijke instelling.

66. Toch kan aan deze zeer strakke regeling niet worden voorbijgegaan wanneer moet

worden bepaald of de HLM-vennootschappen zich in een situatie van grote afhankelijkheid ten opzichte van de overheid bevinden.

67. Wanneer de beheersregels zeer gedetailleerd zijn, komt het loutere toezicht op de naleving daarvan immers noodzakelijk neer op een invloed van de overheid die weinig verschilt van de invloed die voortvloeit uit de aanwijzing door laatstgenoemde van de meerderheid van de leden van de bestuursorganen of uit de omstandigheid dat de geldmiddelen hoofdzakelijk van overheid afkomstig zijn, in die zin dat de overheid het beheer dicteert en dat het toezicht slechts een middel is ter afdwinging van de beheersing waarvoor de regels de voorwaarden hebben geschapen.

68. Met andere woorden, en om terug te komen op de in het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, gevolgde benadering, in geval van een strakke normatieve regeling levert het toezicht, waarvan de Commissie in haar interpretatie van artikel 1, sub b, van de richtlijn uitgaat, uit het oogpunt van de grote afhankelijkheid ten opzichte van de overheid, hetzelfde resultaat op als het toezicht in de zin van dat artikel zoals de Franse Republiek het opvat, zou opleveren bij het ontbreken van een dergelijke strakke regeling.

De betrokken vormen van toezicht

69. Ik zal nu onderzoeken of de verschillende vormen van toezicht waarvan de Commissie melding maakt, van dien aard zijn dat moet worden geconcludeerd dat de HLM-vennootschappen daardoor in een situatie van grote afhankelijkheid ten opzichte van de overheid worden geplaatst.

70. De eerste bepaling van het wetboek waarop de Commissie zich beroept om aan te tonen dat de HLM-vennootschappen aan overheidstoezicht op hun beheer door de overheid zijn onderworpen, is artikel L. 422-7. Daarin wordt bepaald:

In geval van ernstige onregelmatigheden, van grove fout bij het beheer of van nalatigheid van de raad van bestuur of van de directie en van de raad van toezicht van een HLM- of woningkredietvennootschap kan de minister voor bouw en huisvesting, na de vennootschap te hebben gehoord of na deze naar behoren te hebben verzocht te verschijnen, de vennootschap ontbinden en een vereffenaar aanwijzen.

71. Omtrent deze bepaling dienen drie opmerkingen te worden gemaakt.

72. Ten eerste kan mijns inziens niet worden volgehouden dat de drie beoogde situaties alle drie gebreken in de boekhouding, malversaties of gevallen van corruptie betreffen. Zij vallen hoofdzakelijk onder de categorie ernstige onregelmatigheden.

73. Met grove fout bij het beheer kan daarentegen moeilijk iets anders worden bedoeld dan ondoordachte beslissingen van de organen, bijvoorbeeld beslissingen in strijd met de doelstellingen die de vennootschap moet nastreven, of financieel onverstandige beslissingen.

74. Het verwijt van nalaten ten slotte betreft onrechtmatig verzuim of een algemeen gebrek aan dynamisme.

75. Derhalve moet worden geconcludeerd dat deze laatste twee categorieën onder het beleid inzake het beheer vallen, en niet onder het toezicht op de regelmatigheid.

76. Ten tweede valt moeilijk in te zien hoe de minister voor Bouw en Huisvesting (hierna: „minister") een grove fout bij het beheer of een nalatigheid kan vaststellen als hij niet, op zijn minst met regelmatige tussenpozen, toezicht uitoefent op dat beheer. Dat toezicht wordt in de praktijk mogelijk gemaakt door de verplichting van de vennootschap om aan de minister en aan andere autoriteiten niet alleen alle boekhoudkundige stukken te doen toekomen, maar vooral de aan de algemene vergadering voorgelegde rapporten en de notulen van die vergadering (zie punt 11 van de hierboven genoemde standaardstatuten).

77. Ten derde kan niet worden betwist dat de bevoegdheden die dit artikel aan de minister verleent, zeer ver gaan, aangezien zij hem de mogelijkheid bieden een HLM-vennootschap te ontbinden als hij vindt dat het beheer ernstige gebreken vertoont.

78. De volgende door de Commissie aangevoerde bepaling, artikel L. 422-8 [18], biedt de minister de mogelijkheid een minder ernstige maatregel dan de ontbinding van de vennootschap te treffen, namelijk de schorsing van de bestuursorganen, maar dat gaat gepaard met drastische maatregelen betreffende het beheer van de vennootschap, aangezien die tijdelijk in handen komt van een door de minister aangewezen voorlopige bewindvoerder.

18 — In de in artikel L. 422-7 bepaalde gevallen kan de minister voor huisvesting zich ertoe beperken de raad van bestuur of de raad van toezicht en de directie, of laatstgenoemde alleen, bij met redenen omkleed besluit te schorsen, en een voorlopige bewindvoerder aanwijzen aan wie van rechtswege alle bevoegdheden van de raad van bestuur of van de raad van toezicht en van de directie worden overgedragen om de lopende werkzaamheden voort te zetten.
De opdracht van de voorlopige bewindvoerder eindigt hetzij met de aanwijzing van een nieuwe raad van bestuur of een nieuwe raad van toezicht door de algemene vergadering die bijeenkomt uiterlijk vóór het verstrijken van een termijn van één jaar, termijn die één keer kan worden verlengd vanaf het tijdstip waarop de ministeriële beslissing werd genomen, hetzij, wanneer geen aanwijzing plaatsvindt, met de aanwijzing van een vereffenaar door de minister voor Bouw en Huisvesting.
Gedurende twee jaar na afloop van de opdracht van de voorlopige bewindvoerder moet deze worden opgeroepen voor alle vergaderingen van de raad van bestuur of van de nieuwe raad van toezicht van de vennootschap en kan hij al deze vergaderingen bijwonen, evenals de algemene aandeelhoudersvergaderingen.
Indien hij gedurende die periode constateert, dat de noodzakelijke maatregelen tot herstel van de vennootschap niet worden vastgesteld of uitgevoerd, stelt hij de minister voor Bouw en Huisvesting hiervan in kennis. Deze kan in overleg met de minister van Economie en Financiën, na de opmerkingen van de vennootschap te hebben gehoord, de betrokken instelling ontbinden en vereffenen, dan wel de raad van bestuur of de raad van toezicht opnieuw schorsen en een voorlopige bewindvoerder aanwijzen onder vaststelling van de duur van diens mandaat. Die bewindvoerder moet, vóór het verstrijken van zijn mandaat, een algemene vergadering bijeenroepen teneinde een nieuwe raad van bestuur of een nieuwe raad van toezicht aan te wijzen. Wanneer geen aanwijzing plaatsvindt, wordt de instelling ontbonden en vereffend.

79. Het gaat hier dus zelfs niet meer om een inmenging in het beheer, maar om de overdracht van de beheersbevoegdheden aan een door de overheid gekozen persoon.

80. Bovendien gaat het verstrijken van laatstgenoemde niet gepaard met een terugkeer naar de status quo ante, omdat de vennootschap zich gedurende twee jaar zal moeten onderwerpen aan een versterkt toezicht. [19]

81. Verder heeft de Commissie gewezen op de artikelen L. 423-1 en L. 423-2 [20] van het wetboek, die de minister toestaan een HLM-vennootschap waarvan de werkzaamheden te gering zijn, te laten vereffenen, en in tegenstelling daarmee, een HLM-vennootschap waarvan de werkzaamheden een vooraf vastgesteld volume overschrijden, te verplichten een deel van haar verhuurbestand aan een andere HLM-instelling over te dragen.

82. Dergelijke maatregelen stellen de minister ontegenzeggelijk in staat een bepaald beheersprofiel te laten prevaleren, of ten minste een minimum aan dynamisme in het beheer op te leggen, dan wel te verhinderen dat HLM-vennootschappen zich ontwikkelen tot ware imperia op het gebied van onroerend goed.

83. Het wetboek beperkt zich er echter niet toe, zoals de Commissie opmerkt, te voorzien in ministeriële interventies om een beheer dat grove fouten of gebreken vertoont, te verbeteren of om de grenzen waarbinnen de werkzaamheden van HLM-vennootschappen moeten worden uitgeoefend, te doen naleven. In artikel L. 451-1 van het wetboek wordt immers als algemeen beginsel geponeerd dat de HLM-instellingen, en dus de HLM-vennootschappen, aan toezicht door de overheid zijn onderworpen. Artikel R. 451-1 preciseert dat alle HLM-instellingen, ongeacht hun juridische aard en de wijze van financiering van hun werkzaamheden, aan het toezicht van de minister van Financiën en de minister voor Bouw en Huisvesting zijn onderworpen. Om de doelmatigheid van dat toezicht te verzekeren, breidt artikel L. 451-2 [21] dat

19 — De Commissie had ook kunnen verwijzen naar artikel L. 422-6 dat voorziet de individuele schorsing van de leden van de bestuursorganen, en naar artikel L. 422-9 dat luidt als volgt:
„Ingeval een vennootschap voor sociale woningbouw of een woningkredietvennootschap gedurende een periode van twee jaar heeft nagelaten de in het in artikel L. 423-3 bedoelde decreet genoemde administratieve en boekhoudkundige stukken aan de bevoegde administratieve autoriteit over te leggen, of als zij in de onmogelijkheid verkeert, haar raad van bestuur te vernieuwen of een algemene aandeelhoudersvergadering te houden, kan de administratieve autoriteit onder de bij decreet gepreciseerde voorwaarden, hetzij op verzoek van de vertegenwoordiger van de staat in het departement, hetzij op eigen initiatief, haar ontbinding gelasten en een vereffenaar aanwijzen".

20 — Artikel L. 423-1:
„Elke instelling voor sociale woningbouw die minder dan 1 500 woningen beheert en tijdens een periode van 10 jaar niet ten minste 500 woningen heeft gebouwd of 300 leningen heeft verstrekt, kan worden ontbonden met aanwijzing van een vereffenaar bij besluit van de minister voor Bouw en Huisvesting en, wanneer het een openbare dienst voor planning en bouw betreft, bij gezamenlijk besluit van genoemde minister en de minister van Buitenlandse Zaken.
Elke instelling voor sociale woningbouw die meer dan 50 000 woningen beheert, kan bij besluit van de minister voor Bouw en Huisvesting worden aangemaand om alle of het deel van de woningen die dit aantal overschrijden, aan een of aan meer met name genoemde instellingen over te dragen".

21 — De met het in het vorige artikel bedoelde toezicht belaste ambtenaren mogen, uitsluitend voor dat toezicht, alle boekhoudkundige documenten, kopieën van brieven en stukken betreffende inkomsten en uitgaven raadplegen in de bureaus van de architecten en ondernemers die met de aan dat toezicht onderworpen instellingen zaken hebben gedaan.
Een naar behoren vastgestelde weigering tot inzage van de stukken wordt bestraft met een geldboete van 60 000 FRF ten laste van de voor die weigering verantwoordelijke persoon.

toezicht uit tot de stukken die de architecten en de ondernemers die zaken doen met de HLM-instellingen, in hun bezit hebben, en verbindt het zware geldboeten aan de weigering om daaraan te voldoen.

84. Opgemerkt zij dat artikel L. 451-1 de omvang van het toezicht dat de overheid op de HLM-vennootschappen kan uitoefenen, geenszins beperkt, bijvoorbeeld door te preciseren dat dit toezicht louter toezicht op de regelmatigheid is.

85. In werkelijkheid beschikt de overheid, naast de hierboven reeds beschreven middelen, over een aantal instrumenten waarmee zij het beheer van de HLM-vennootschappen kan sturen. De Commissie geeft daarvan twee voorbeelden.

86. In de eerste plaats artikel R. 423-72 van het wetboek, waarbij een beslissing die kennelijk tot het beheer van de vennootschap behoort, te weten de herwaardering van de activa, aan voorafgaande goedkeuring door de minister wordt onderworpen.

87. In de tweede plaats decreet nr. 93-236 van 22 februari 1993 houdende instelling van de mission interministérielle d'inspection du logement social (interministeriële dienst voor inspectie van de sociale huisvesting). Artikel 3 van dat decreet bepaalt:

„De dienst is belast met het toezicht op natuurlijke of rechtspersonen die werkzaam zijn op het gebied van de sociale huisvesting.

Hij houdt op basis van de stukken en ter plekke toezicht op de bouw, de aanschaf of de verbetering van woningen die met door de staat gesteunde of gereglementeerde financiering worden verricht, of het voorwerp zijn van een overeenkomst met de staat of met van belasting vrijgestelde middelen worden verricht.

(...)

De dienst kan door de ministers waaronder hij ressorteert, worden belast met toezicht en onderzoek alsmede met studies, audits of evaluaties op het gebied van de sociale huisvesting.

Hij formuleert voorstellen over de gevolgen die aan zijn inspectierapporten moeten worden gegevens en vergewist zich ervan, dat de gecontroleerde personen de door de ministers waaronder hij ressorteert, genomen maatregelen uitvoeren.

De dienst ondersteunt, op hun verzoek, de decentrale diensten van de ministeries voor economie, financiën, begroting en infrastructuur."

88. Het is duidelijk dat deze instelling zich niet tevreden stelt met observeren. Zij kan aan de minister voorstellen doen die het beheer van de verschillende HLM-instellingen raken, en indien de minister ze aanneemt, verzekert zij zich ervan dat zij ook daadwerkelijk worden uitgevoerd.

89. De Franse Republiek betwist vanzelfsprekend het bestaan van die verschillende vormen van toezicht niet.

90. Met betrekking tot de verschillende door de Commissie in het wetboek aangewezen gevallen van interventie door de minister, legt zij er de nadruk op dat het gaat om zeer bijzondere situaties die zich in de praktijk slechts uiterst zelden voordoen.

91. Met betrekking tot de algemene toezichtbevoegdheid van de minister betoogt zij:

„Er zij op gewezen dat het hier om onaangekondigde controles ter plekke en van de stukken gaat. Zij bestaan in een controle van de boekhouding van de instellingen. De ambtenaren kunnen inzage in de fondsen, waardepapieren en alle documenten vorderen. Zij kunnen alle inlichtingen verlangen met als enige beperking dat zij zich niet bemoeien met de werking van de diensten. De controle mondt uit in een rapport waarin de ambtenaren-inspecteurs zich ertoe beperken de minister op de malversaties en misbruiken te wijzen. Uiteindelijk vormt deze inspectiedienst veeleer een permanent dreigement ten aanzien van de instellingen die kunnen worden gecontroleerd, dan een toezicht op het beheer stricto sensu dat kan uitmonden in besluiten over de keuze van de strategie en de investeringen."

92. Ik meen echter hierboven met betrekking tot artikel L. 422-7 van het wetboek en de standaardstatuten van de HLM-vennootschappen te hebben aangetoond dat het overheidstoezicht ruimer is en alle aan de algemene vergadering voorgelegde stukken, alsmede de verslagen van die vergadering betreft.

93. Met betrekking tot de interministeriële dienst voor inspectie van de sociale huisvesting, betoogt de Franse Republiek in dupliek dat

„(...) de MILOS geen bevelen of instructies kan geven aan de instellingen waarop zij toezicht uitoefent. Die inspecties worden afgesloten met een rapport op tegenspraak waarin de antwoorden van de instellingen op de tijdens de inspectie gebleken positieve

of negatieve punten zijn opgenomen en dat voorstellen of aanbevelingen kan bevatten, zowel voor de instelling zelf als voor de toezichthoudende administratie. Het rapport wordt vervolgens aan de voorzitter van de gecontroleerde instelling, aan de lokale (de Préfet en de Trésorier Payeur Général) en de nationale (ministers voor respectievelijk schatkist en huisvesting) toezichthoudende administraties gezonden. Naar zijn aard en naar zijn adressaten is een rapport van de MILOS dus wel waardevol als administratieve controle ter informatie en diagnostiek. Maar hoewel het directiecomité van de MILOS of zijn permanente commissie toeziet op de aan de opmerkingen te geven gevolgen, geeft de MILOS alleen aanbevelingen, die in voorkomend geval kunnen leiden tot onderhandelingen met de instelling zelf om haar tot veranderingen te brengen, in het bijzonder wanneer haar economische situatie kritiek wordt."

94. Ook hier snijdt de argumentatie mijns inziens geen hout, omdat die inspecties een aanvulling vormen op de andere reeds beschreven vormen van toezicht. Het is overigens niet zonder belang erop te wijzen, dat volgens de Franse Republiek die dienst ertoe kan worden gebracht onderhandelingen te voeren met de gecontroleerde instelling om haar tot veranderingen te brengen.

95. Mijns inziens moet, wanneer het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, wordt gevolgd, de Commissie in het gelijk worden gesteld, want alles wijst erop dat de HLM-vennootschappen vanwege het toezicht dat de overheid op hun beheer uitoefent, in feite in een situatie van grote afhankelijkheid ten opzichte van laatstgenoemde zijn geplaatst.

96. Een laatste moeilijkheid is nog de wijze waarop de Commissie tot de vaststelling van niet-nakoming is gekomen. In haar beroep verzoekt zij het Hof immers vast te stellen dat de Franse Republiek bij de verschillende procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de bouw van woningen door OPAC en HLM-vennootschappen, de krachtens richtlijn 93/37, en meer in het bijzonder krachtens artikel 11, lid 2, daarvan, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen. Mijns inziens kunnen de vorderingen van de Commissie moeilijk in die termen worden toegewezen.

97. Aangezien de Commissie het Hof niet verzoekt vast te stellen dat de Franse Republiek de krachtens richtlijn 93/97 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door niet de noodzakelijke maatregelen te treffen om de OPAC en de HLM-vennootschappen te verplichten hun overheidsopdrachten in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekend te maken indien de waarde ervan het door de richtlijn gestelde maximum overschrijdt, hetgeen geen moeilijkheden zou hebben opgeleverd aangezien juist dat punt tijdens de procedure is besproken, moet het Hof zich er mijns inziens toe beperken de niet-nakoming in de drie concrete, door de Commissie aangevoerde gevallen vast te stellen.

Conclusie

98. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging:

— vast te stellen dat de Franse Republiek, door niet de nodige maatregelen te treffen om de Office public d'aménagement et de construction du Val-de-Marne, de Société anonyme d'habitation à loyer modéré Logirel de Lyon en de Office public d'aménagement et de construction de Paris te verplichten in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, serie S, de aankondigingen betreffende de overheidsopdrachten te publiceren die respectievelijk in het *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* van 7 februari 1995, in de *Moniteur des travaux publics et du bâtiment* van 16 februari 1995 en in het *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* van 16 februari 1995 waren verschenen, de krachtens richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, in het bijzonder artikel 11, lid 2 daarvan, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Franse Republiek te verwijzen in de kosten.