Nr. 172

In hoeverre zijn woningcorporaties gebonden aan het staatssteunrecht?

door Mr. dr. A.D.L. Knook[1]

1. Inleiding

In hoeverre moeten woningcorporaties zich houden aan de Europeesrechtelijke spelregels over staatssteun? Ondanks het feit er in Nederland de afgelopen jaren veel aandacht is geweest voor dit onderwerp is – en daarom ook in dit tijdschrift[2] – is het antwoord op deze vraag niet eenvoudig te geven. Dit komt met name door het – vanuit internationaal oogpunt – unieke Nederlandse stelsel van woningcorporaties. Niet voor niks riepen in juli CDA, PvdA, SP en GroenLinks nog op 'om binnen de Europese Unie medestanders voor de Nederlandse definitie en afbakening te vinden en er zorg voor te dragen dat de definitie en daarmee de unieke positie van de woningcorporaties bij alle Europese instellingen geaccepteerd worden'.[3]

Deze motie kwam nadat het kabinet recent besloot om, op voorstel van de Minister van WWI, het stelsel van woningcorporaties op enkele punten ingrijpend te veranderen. 10 oktober 2009 kwam de Minister, na een lang onderhandelingsproces, eindelijk, tot een – historisch – ak-

1. Allard Knook is advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Utrecht.
2. O.a. B. Hessel, 'Vijftien prejudiciële vragen in de zaak Sint Servatius', *BR* 2008/2, p. 83; P.J. Boelhouwer, S.P.L. Kessels en V.J.M. Smit, 'De toekomstige ontwikkeling van woningcorporaties en enkele juridische dilemma's', *BR* 2006/8, p. 716; en G.R.W. de Kam, 'De waarde van hybriditeit – over de positie van woningcorporaties, in het bijzonder bij gebiedsontwikkeling', *BR* 2006, p. 709.
3. Motie van de leden Van Bochove, Depla, Jansen en Van Gent, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 453, nr. 125, p. 1.

koord met Eurocommissaris Kroes over deze kabinetsplannen.[4] De regering wil dat de voor deze veranderingen noodzakelijke wetswijzigingen al op 1 januari 2011 in werking treden. Dit betekent concreet dat al op korte termijn met name staatssteunrechtelijk er het een en ander zal gaan veranderen.[5]
In dit artikel worden de kabinetsvoorstellen tegen het licht gehouden van het Europese staatssteunrecht. Het bestaat derhalve uit twee delen. In het eerste deel worden de plannen van het kabinet besproken en de te verwachten gevolgen hiervan in de praktijk (paragraaf 2). In het tweede deel worden deze plannen getoetst aan het juridisch kader waarbinnen woningcorporaties staatssteunrechtelijk opereren (paragraaf 3). Het doel van dit artikel is met andere woorden niet louter de kabinetsvoorstellen staatssteunrechtelijk te wegen, maar ook een wat breder staatssteunrechtelijk kader te schetsen waar woningcorporaties met hun activiteiten tegen aan kunnen lopen.

2. De voorstellen

2.1. Inleiding
De voorstellen van de Minister van WWI, zoals deze in juni zijn aanvaard door het kabinet, staan omschreven in een brief aan de Tweede Kamer van 12 juni 2009.[6] In deze brief staan – voor wat betreft het staatssteunrechtelijk deel van de voorstellen – drie concrete plannen opgenomen. Het is de bedoeling dat deze en overige plannen worden uitgewerkt in regelgeving, met name door wijzingen in de Woningwet en het omvormen van het huidige BBSH tot een nieuwe AMvB.[7] De minister wil de voorstellen tot wijziging van de Woningwet en de proeve van de nieuwe AMvB al in het najaar aan de Tweede Kamer voorleggen. De minister neemt zich daarnaast voor om, vooruitlopend op deze wetswijzigingen en de nieuwe AMvB, de voorgestane regelgeving, 'waar nodig en mogelijk als interim-beleid vast te leggen in een circulaire'.[8] Al met al kunnen woningcorporaties dus al op korte termijn door de kabinetsplannen worden getroffen.

2.2. Het 90-10 model
Wat behelzen de voorstellen precies? In de eerste plaats stelde de minister in de hierboven genoemde brief dat hij met de Europese Commissie sprak over een model waarin de corporaties hun huurwoningen met een huur tot de huurtoeslaggrens voor ten minste 80% toewijzen aan huishoudens die wat betreft hun inkomen in aanmerking komen voor huurtoeslag (circa € 28 500). De overige 20% was bedoeld voor urgente woningzoekenden, woningzoekenden die al lang wachten op een woning of huishoudens met bijzondere kenmerken, zoals grote gezinnen en ouderen. In het akkoord met de Europese Commissie is dit plan iets gewijzigd. Volgens het persbericht over dit akkoord gaat dit akkoord er vanuit dat alle sociale huurwoningen van een corporatie met staatssteun gefinancierd mogen worden als ten minste 90 procent van de jaarlijks vrijkomende woningen wordt toegewezen aan huishoudens met een belastbaar inkomen onder € 33.000 bruto. De minister heeft aangegeven dat volgens hem hiermee tegemoet is gekomen aan de hierboven genoemde motie van de Tweede Kamer, waarin werd gesteld dat corporaties een bredere doelgroep moesten kunnen bedienen. Het is dan ook te verwachten dat deze 90-10 verdeling zal worden opgenomen in de binnenkort te verwachten wetsvoorstellen, al betreft het hier een mondeling akkoord dat nog officieel moet worden bekrachtigd, zowel vanuit Brussel als door de Tweede Kamer.
Volgens de minister ligt het percentage vrijkomende huurwoningen dat wordt verhuurd aan huishoudens met een inkomen dat recht geeft op huurtoeslag op dit moment gemiddeld op circa 75%. De minister schrijft hierover:

> 'Er is hiermee dus sprake van een benodigde inspanning van woningcorporaties. Deze past echter bij de prioritaire inzet van woningcorporaties om de zwakkeren op de woningmarkt te huisvesten. Tegelijkertijd biedt dit percentage voldoende ruimte om urgente woningzoekenden als gevolg van sloop en herstructurering, lange wachtlijsten of calamiteiten, en huishoudens met bijzondere kenmerken zoals grote gezinnen of ouderen te kunnen blijven huisvesten binnen de overige 20%.'[9]

In een brandbrief aan de Tweede Kamer schreef de Woonbond naar aanleiding van het voorge-

4. Persbericht 8 oktober 2009, http://www.vrom.nl/pagina.html?id=44487. Ook het Financiële Dagblad en de Volkskrant berichtten over dit akkoord. Officiële documenten over dit akkoord waren ten tijde van het afronden van dit artikel helaas nog niet gepubliceerd.
5. De kabinetsplannen behelzen ook belangrijke voorstellen op onder andere het gebied van toezicht. Het valt echter buiten de reikwijdte van dit artikel om deze voorstellen eveneens te bespreken.
6. *Kamerstukken II* 2008/09, 29 453, nr. 118.
7. Thans bestaande circulaires zullen in deze nieuwe AMvB worden gecodificeerd.
8. *Kamerstukken II* 2008/09, 29 453, nr. 118, p. 33.
9. Idem, p. 18.

stelde 80-20 model nog dat dit model een drastische verandering met zich mee zou brengen ten opzicht van de huidige situatie.[10] Volgens de Woonbond worden naar schatting 40% van de circa één miljoen corporatiewoningen in Nederland op dit moment bewoond door mensen die niet in aanmerking komen voor huurtoeslag. Voor deze 40% zou in het 80-20 model dus slechts 20% van de corporatiewoningen zijn bedoeld. Ook in het rapport van de stuurgroep Meijerink, dat in 2008 enkele belangrijke voorstellen deed wat betreft het woningcorporatiestelsel, werd overigens duidelijk erkend dat de taak van corporaties zich niet alleen richt op de laagste inkomens.[11] Hoe het ook precies zij, het moge duidelijk zijn dat de gevolgen van dit voorstel zeker niet onderschat kunnen worden.

2.3. Enge definitie maatschappelijk vastgoed

Een tweede relevant element in de brief van de Minister van WWI is dat de minister stelt dat de Commissie van mening is dat realisatie en verhuur van maatschappelijk vastgoed zonder staatssteun moet worden uitgevoerd. De minister geeft aan deze eis van de Europese Commissie niet te steunen. Desondanks is de Eurocommissaris Kroes toch akkoord gegaan met deze eis en mogen corporaties maatschappelijk vastgoed, blijkens hierbovengenoemd persbericht, wel degelijk financieren met staatssteun. Dat is niet alleen toegestaan in de 40 aandachtwijken, maar in heel Nederland. Ook de bijzondere projectsteun voor de wijkaanpak wordt door Eurocommissaris Kroes gezien als toelaatbare staatssteun.

De toenmalig Minister van VROM stelde al in 2005 dat staatssteun slechts ten goede mag komen aan (1) de bouw en het beheer van gereguleerde huurwoningenvoorraad ten behoeve van huishoudens met een inkomen tot circa € 33 000; (2) activiteiten ten behoeve van het bevorderen van de leefbaarheid en woonkwaliteit voor zover die betrekking hebben op gereguleerd woningbezit; en (3) maatschappelijk vastgoed, bestemd voor instellingen met een sociale taak, zoals brede scholen, welzijnsgebouwen, zorgsteunpunten en meer.[12]

In dezelfde beleidsvisie werd gesteld dat staatssteun niet mag worden gebruikt voor (1) de bouw, de verhuur, het onderhoud, de renovatie en de eventuele verkoop van huurwoningen buiten het gereguleerde gebied; (2) activiteiten in de zin van het bevorderen van de leefbaarheid en woonkwaliteit voor zover die betrekking heeft op niet-gereguleerd woningbezit of bezit van derden; (3) de bouw en de verhuur en dergelijke van onroerend goed met een commerciële bestemming zoals winkel- en bedrijfsruimten; (4) de bouw en verkoop van koopwoningen; (5) activiteiten die de corporatie uitvoert voor anderen dan de eigen huurders zoals het onderhoud voor een vereniging van eigenaren.

Uit de brief van de Minister van WWI is niet expliciet op te maken in hoeverre deze tweedeling onderdeel zal uitmaken van de te verwachten wetsvoorstellen.

Tegelijkertijd pleit de minister er in zijn brief wel voor dat 'het begrip maatschappelijk vastgoed (...) in de regelgeving, samenhangend met de staatssteunbepalingen, nader [moet] worden gedefinieerd'. Doel hiervan dient volgens de minister te zijn dat 'vastgoed met een overwegend commercieel gebruik hiervan duidelijk wordt onderscheiden'.[13] De minister wil klaarblijkelijk voorkomen dat het begrip te ruim wordt opgevat, iets wat ook blijkt uit de door hem zelf gehanteerde definitie. De minister ziet als maatschappelijk vastgoed slechts 'vastgoed dat wordt gehuurd door een vereniging of stichting met een maatschappelijke doelstelling en waarvan de realisatie en (in beginsel niet meer dan kostendekkende) verhuur bijdraagt aan de leefbaarheid van wijken en dorpen.'[14] Recent constateerde de minister in een andere brief aan de Tweede Kamer dat 'in de loop van tijd de definitie van aanvaard maatschappelijk vastgoed uitgebreid is (...). De koppeling met het eigen woningbezit van corporaties is daarbij steeds meer losgelaten'.[15]

De minister ziet daarnaast als activiteiten waarmee woningcorporaties wel in concurrentie treden met marktpartijen de bouw en verhuur van huurwoningen met een huur boven de huurtoeslaggrens, de bouw van koopwoningen, de realisatie en verhuur van (ook kleinschalige) commerciële bedrijfsruimte en diensten aan derden, zoals het onderhoud of de administratie voor een vereniging van eigenaren.[16] Door deze definitiekwestie in de context van de staatssteundiscussie te bespreken lijkt de minister te impliceren dat staatssteun voor deze activiteiten kennelijk niet is toegestaan. Dit lijkt te impliceren dat voornoemde tweedeling dan ook wordt overgenomen in de te verwachten wetsvoorstellen, en dat aan

10. Brief van 30 juni 2009, met kenmerk VO9.1016.D1.
11. Stuurgroep Meijerink, *Nieuw arrangement overheid-woningcorporaties*, Den Haag 27 november 2008, aangeboden aan de Tweede Kamer op 1 december 2008, *Kamerstuk* 29 453, nr. 93.
12. Beleidsvisie toekomst van woningcorporaties, 12 december 2005 (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 453, nr. 30).
13. *Kamerstukken II* 2008/09, 29 453, nr. 118, p. 19.
14. Idem, p.16.
15. *Kamerstukken II* 2008/09, 29 453, nr. 127, p. 5.
16. *Kamerstukken II* 2008/09, 29 453, nr. 118, p. 19.

maatschappelijk vastgoed een beperkte betekenis zal worden gegeven.

2.4. Boekhoudkundige scheiding

Een derde voorstel dat klaarblijkelijk door de Commissie wordt geëist is dat woningcorporaties hun activiteiten die zonder staatssteun worden uitgevoerd scheiden van 'andere activiteiten'.[17] Een en ander vertaalt zich met name in een boekhoudkundige scheiding tussen sociale en marktconcurrente activiteiten.

Het persbericht over het akkoord met Eurocommissaris Kroes rept met geen woord over een dergelijke scheiding, al betekent dit natuurlijk niet per definitie dat dit geen onderdeel van het bereikte akkoord is. In ieder geval is het voorstel van het kabinet zeker niet nieuw. In 2006 is door toenmalig minister Dekker over dit onderwerp advies ingewonnen bij de Autoriteit Financiële Markten. De AFM adviseerde destijds om niet alleen over te gaan tot een administratieve scheiding van activiteiten, maar zelfs tot een juridische scheiding. De AFM gaf hiervoor verschillende redenen. In de eerste plaats zou het scheiden van de sociale en marktconcurrente activiteiten de onderlinge aansprakelijkheid beperken. Volgens AFM was dit met name van belang om te garanderen dat op deze wijze kon worden voorkomen dat negatieve financiële ontwikkelingen bij de marktconcurrerende activiteiten ten koste zouden kunnen gaan van de sociale activiteiten. Volgens de AFM zou door een juridische scheiding eerder dan door een administratieve scheiding de mogelijkheid worden geboden om door gerichte maatregelen de prestaties van beide activiteiten afzonderlijk te stimuleren. In de derde plaats zou een juridisch scheiding duidelijkheid scheppen naar marktpartijen. De AFM schreef ten slotte dat 'hoewel wij geen expert zijn op het gebied van Europese regelgeving en staatssteun (...) het naar ons oordeel ook vanuit dit perspectief gewenst [is] een juridische scheiding aan te brengen'.

In de brief van de Minister van WWI wordt van een dergelijke juridische scheiding niet gesproken. Wel schrijft de minister:

> 'In de regelgeving zal worden vastgelegd dat woningcorporaties tenminste een boekhoudkundige scheiding moeten hanteren om de activiteiten die zonder staatssteun moeten worden uitgevoerd, te onderscheiden van de andere activiteiten. Hierbij mogen winsten uit de commerciële activiteiten wel worden ingezet voor activiteiten verband houdend met de publieke taak, maar niet andersom.'[18]

Dit is geen verandering ten opzichte van eerdere plannen van de regering. Al in 2006 was de regering van plan om de Woningwet dan wel het BBSH zodanig te wijzigen dat woningcorporaties konden worden verplicht tot een boekhoudkundige scheiding van activiteiten. Het streven was destijds deze wijzigingen per 1 januari 2008 in werking te laten treden.[19] Hieronder zal worden nagegaan in hoeverre deze eis inderdaad uit het staatsteunrecht is af te leiden.

3. Juridisch kader

3.1. Het verbod

Staatssteunrecht is typisch Europees recht. Net als bij diverse andere onderdelen van Europees recht staat centraal een verbod, maar zijn er tegelijkertijd weer diverse uitzonderingen op dit verbod geformuleerd. Zoals bekend is het centrale verbod opgenomen in art. 87 lid 1 EG-Verdrag,[20] dat luidt:

> 'Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.'

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet deze bepaling zo worden gelezen dat een voorgenomen maatregel aan de volgende vijf criteria moet voldoen om als staatssteun te worden gekwalificeerd. Er moet sprake zijn van (1) staatsmiddelen, die (2) een voordeel opleveren (3) voor bepaalde ondernemingen (4) en leidt tot mededingingsvervalsing alsmede tot (5) beïnvloeding van de interstatelijke handel.[21] Indien een maatregel aan deze vijf criteria voldoet, moet deze in principe worden aangemeld bij de Europese Commissie. Deze meldingsprocedure neemt tenminste vier à zes, en mogelijk zelfs achttien

17. Idem, p. 4.
18. Idem, p. 19.
19. Zie de brief van 19 april 2006 van de Permanente Vertegenwoordiger aan de Europese Commissie, DG Concurrentie, met kenmerk 19788.
20. Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon wordt dit art. 107 lid 1 VWEU.
21. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze criteria: J.A.Winter, 'Redefining the notion of state aid in Article 87(1) of the EC Treaty', *Common Market Law Review 2004*, p. 475. Zie verder met name HvJ EG 21 maart 1990, nr. C-142/87, *België vs. Commissie*, *Jur.* 1990, p. I-1005, r.o. 25; HvJ EG 14 september 1994, gevoegde zaken nr. C-278/92-C-280/92, *Spanje vs. Commissie*, *Jur.* 1995, p. I-4103, r.o. 20; HvJ EG 16 mei 2002, nr. C-482/99, *Frankrijk vs. Commissie*, *Jur.* 2000, p. I-4397, punt 68; HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Altmark*, *Jur.* 2003, p. I-7747, r.o. 74; HvJ EG 1 juli 2008, gevoegde zaken nr. C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost en La Poste/UFEX et al.*, *Jur.* 2008, p. I-2459, r.o. 121 en 122.

maanden of nog langer in beslag, afhankelijk van de complexiteit van de maatregel. Zoals bekend mag tot het moment dat de Europese Commissie de staatssteun goedkeurt de maatregel niet ten uitvoer worden gebracht (artikel 88 lid 3 EG). Er zijn diverse risico's verbonden aan een besluit om de maatregel niet aan te melden bij de Europese Commissie. De Commissie kan namelijk achteraf alsnog onderzoek doen naar de staatssteunelementen van de maatregel. Dit wordt of steekproefsgewijs besloten of door een klacht van een derde. Indien de Commissie van mening is dat er sprake is geweest van staatssteun en deze niet goed kan keuren, zal de lidstaat de verdere steunverlening met onmiddellijke ingang moeten verbieden. Verder zal de verleende steun – alsmede het gevolg van deze verleende steun – ongedaan moeten worden gemaakt, zodanig dat de terugvordering de begunstigde ondernemingen in dezelfde toestand brengen als waarin zij zonder de steunverlening zouden zijn geweest. Bij grondtransacties bijvoorbeeld kan zelfs terugdraaien van eigendomsoverdracht het gevolg zijn.
Het is dus belangrijk om na te gaan in hoeverre bepaalde maatregelen aan de onderstaande vijf criteria voldoen, zij het dat in bepaalde uitzonderingssituaties ook weer van melding aan de Europese Commissie kan worden afgezien. Alvorens echter te bezien in hoeverre deze uitzonderingssituaties van toepassing zijn op woningcorporaties, zal hieronder eerst moeten worden bekeken in hoeverre deze vijf criteria überhaupt voor woningcorporaties van belang zijn.

3.1.1. *Staatsmiddelen*
Alleen voordelen die direct of indirect vanuit staatsmiddelen worden verleend zijn als staatssteun te kwalificeren. Er moet met andere woorden sprake zijn van een al dan niet rechtstreekse overdracht van staatsmiddelen aan die onderneming.[22] Het gaat dus zowel om rechtstreeks door de staat toegekende voordelen als die toegekend door vanwege de staat aangewezen of ingestelde publiek- of privaatrechtelijke lichamen. Het begrip 'staat' moet ruim worden opgevat, ook voordelen die worden toegekend door vanwege de staat aangewezen of ingestelde publiek- of privaatrechtelijke lichamen vallen onder het verbod van art. 87 lid 1 EG-Verdrag.[23] Ook gaat het bij staatsmiddelen natuurlijk om maatregelen van zowel de centrale als decentrale overheid. Daarbij moet echter wel worden onthouden dat het moet blijven gaan om middelen van de *staat*. Indien een publiek- of privaatrechtelijke lichaam eigen middelen inzet, bijvoorbeeld geld dat is ingezameld onder de leden, is er volgens het Hof van Justitie geen sprake van staatssteun.[24]
De Europese regels betreffende staatssteun vinden hun oorsprong in het GATT-recht, waarin wordt gesproken van 'subsidies'. Al in 1959 oordeelde het Hof dat het begrip staatssteun een veel bredere betekenis heeft, toen het werd gevraagd uitleg te geven van het begrip 'hulp' ('aid') in art. 4C van het EGKS-Verdrag. Het Hof oordeelde:

> 'dat het verdrag geen uitdrukkelijke definitie bevat van het in artikel 4C gebezigde begrip subsidie of hulp;
> dat in het spraakgebruik met subsidies worden bedoeld prestaties in geld of natura ter ondersteuning van een onderneming gedaan boven het door kopers of verbruikers terzake vandoor die onderneming geleverde goederen of diensten verschuldigde;
> dat het spraakgebruik in de term hulp een aan subsidie nauw verwant begrip ziet, waarbij deszelfs teleologische aard wordt geaccentueerd in die zin, dat de hulp blijkbaar wordt verleend tot een bepaald doel, hetwelk in het algemeen zonder hulp van buiten niet zou kunnen worden bereikt;
> dat het begrip hulp echter van algemener strekking is dan het begrip subsidie, daar het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, doch eveneens maatregelen welke, in verschillende vormen, verlichting brengen in de lasten, die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden'[25]

Deze argumenten illustreren op fraaie wijze dat het begrip 'middelen' zeker niet te eng moet worden geïnterpreteerd. De verleende voordelen kunnen sinds 1959 volgens vaste rechtspraak niet alleen voortvloeien uit positieve prestaties zoals subsidies, leningen of deelnemingen in het kapitaal van ondernemingen, maar ook uit maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben.[26]
Recent heeft het Europese Hof van Justitie echter wel bepaald dat met *staat*smiddelen hier daadwerkelijk middelen van de *lidstaat* worden be-

22. HvJ EG 7 mei 1998, gevoegde zaken nr. C-52/97, C-53/97 en C-57/94, *Viscido, Scandella, Terragnolo et al vs. Ente Poste Italiane*, *Jur.* 1998, p. I-2629, r.o. 13-15.
23. HvJ EG 24 januari 1978, *Van Tiggele*, 82/77, *Jur.* 1978, p. 25, r.o. 24 en 25; HvJ EG 17 maart 1993, *Sloman Neptun*, nr. C-72/91 en C-73/91, *Jur.* 1993, p. I-887, r.o. 19; en HvJ EG 30 november 1993, *Kirsammer-Hack*, nr. C-189/91, *Jur.* 1994, p. I -6185, punt 16.
24. HvJ EG 15 juli 2004, nr. C-345/02, *Pearle BV et al vs. Hoofdbedrijfschap Ambachten*, *Jur.* 2004, p. I-7139; en zie ook HvJ EG 17 maart 1993, gevoegde zaken nr. C-72/91 en C-73/91, *Sloman Neptun*, *Jur.* 1993, p. I-887, r.o. 21.
25. HvJ EG 23 februari 1961, nr. 30/59, *De gezamenlijke steenkolenmijnen in Limburg vs. Hoge Autoriteit*, *Jur.* 1961, p. 3.
26. HvJ EG 17 juni 1999, nr. C-295/97, *Piaggio*, *Jur.* 1999, p. I-3735.

doeld. Een belastingvoordeel zoals dat voortvloeit uit het *Europese* btw-stelsel, dat immers door alle lidstaten op eenvormige wijze moet worden omgezet, kan dus niet als staatssteunvoordeel worden gekwalificeerd.[27]
Desondanks zal een belastingvoordeel of soortgelijk voordeel verschaft door de (de)centrale overheid wel degelijk als staatssteun kunnen worden gekwalificeerd.[28] Een vaak genoemd voorbeeld in dit verband is de vraag of de ontheffing voor woningcorporaties van gemeentelijke leges voor woningcorporaties kan worden beschouwd als staatssteun. Zoals bekend is sinds 2005 die vrijstelling op nationaal niveau geschrapt, waardoor het nu aan de gemeente is om te bepalen in hoeverre woningcorporaties voor een dergelijke vrijstelling in aanmerking komen.[29] Gemeenten kiezen met enige regelmaat voor dit instrument om de sociale woningbouw in hun gemeente te stimuleren. Aangezien een dergelijke vrijstelling leidt tot het mislopen van inkomsten door de gemeente kan de Commissie dit inderdaad als staatssteun kwalificeren. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat ook een staatsgarantie, een verlaagd belastingtarief, vrijstelling van de verplichting tot betaling van geldboetes en andere financiële sancties of een feitelijke algehele of gedeeltelijke kwijtschelding van vorderingen van de overheid, als staatssteun kan worden beschouwd.[30]

3.1.2. *Voordeel*
Volgens de Commissie is er geen sprake van staatssteun 'bij maatregelen die niet gericht zijn op of leiden tot de begunstiging van bepaalde ondernemingen of de produktie van bepaalde goederen, of welke op grond van objectieve criteria van toepassing zijn op personen ongeacht de locatie, de sector of de onderneming waar de begunstigde is tewerkgesteld'.[31] Zo zullen maatregelen die niet zozeer financiële voordelen opleveren, maar vooral een gunstiger juridisch kader creëren waar ondernemingen op gelijke wijze van kunnen profiteren in principe buiten de definitie van staatssteun vallen.[32]
Dit wil echter niet zeggen dat een voordeel niet snel wordt aangenomen, integendeel. Het is vaste rechtspraak dat het voordeel dient te worden bepaald aan de hand van *de effecten* van de maatregel, niet – zozeer – diens doel.[33] Voor woningcorporaties is met name van belang het gegeven dat ook maatregelen ten behoeve van sociale doeleinden desondanks als staatssteun kunnen worden gezien indien ze een selectief voordeel voor een onderneming of sector als gevolg hebben.[34]

3.1.3. *Bepaalde ondernemingen*
Het is het bekend dat de Commissie de woningcorporaties beschouwd als ondernemingen, die opereren op de woning- en vastgoedmarkt. Beide markten vallen onder 'gemeenschappelijke markten' in de zin van art. 87 lid 1 EG-Verdrag. Daarbij is ook meteen de kern van het begrip onderneming duidelijk. Volgens vaste rechtspraak valt onder het begrip onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm, de wijze waarop ze wordt gefinancierd, of de aanwezigheid van een winstoogmerk.[35] Ook de vraag of er sprake is van een private of openbare onderneming is volgens vaste rechtspraak voor dit begrip irrelevant.[36]

27. HvJ EG, 9 juli 2009, nr. C-319/07 P, *3F vs. Commissie*, nog niet gerapporteerd.
28. HvJ EG 24 januari 1978, nr. 82/77, *Van Tiggele*, *Jur.* 1978, p. 25, r.o. 24 en 25; HvJ EG 17 maart 1993, nr. C-72/91 en C-73/91, *Sloman Neptun*, *Jur.* 1993, p. I-887, r.o. 19; en HvJ EG 30 november 1993, nr. C-189/91, *Kirsammer-Hack*, *Jur.* 1993, p. I-6185, r.o. 16.
29. Deze vrijstelling was geregeld in art. 34 van het Besluit woninggebonden subsidies 1995, dat met de inwerkingtreding van het Besluit Locatiegebonden Subsidies is komen te vervallen (art. 20 lid 3 van het Besluit Locatiegebonden Subsidies).
30. HvJ EG 1 december 1998, nr. C-200/97, *Ecotrade*, *Jur.* 1999, p. I-7907. Zie ook HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-297/01, *Sicilcassa SpA*, *Jur.* 2003, p. I-07849.
31. Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de Staten, *PbEG* 23 november 1995, nr. C 312, p. 8-13, par. 7
32. HvJ EG 30 november 1993, nr. C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack vs. Nurhan Sidal*, *Jur.* 1993, p. I-6185; HvJ EG 17 maart 1993, gevoegde zaken nr. C-72/91 en C-73/91, *Jur.* 1993 p. I-887.
33. HvJ EG 2 juli 1974, nr. 173/73, *Italië vs. Commissie*, *Jur.* 1974, p. 709; HvJ EG 27 maart 1980, nr. 61/79 *Denkavit*, *Jur.* 1980, p. 1205; HvJ EG 30 januari 1985, nr. 290/83, *Commissie vs. Frankrijk*, *Jur.* 1985, p. 439; HvJ EG 26 september 1996, nr. C-241/94, *Frankrijk vs. Commissie*, *Jur.* 1996 p. I-4551; HvJ EG 12 oktober 2000, nr. C-480/98, *Spanje vs. Commissie*, *Jur.* 2000, p. I-8717.
34. HvJ EG 26 september 1996, nr. C-241/94, *Frankrijk vs. Commissie*, *Jur.* 1996, p. I-4551; HvJ EG 17 juni 1999, nr. C-75/97, *België vs. Commissie*, *Jur.* 1999, p. I-3671; HvJ EG 5 oktober 1999, nr. C-251/97, *Frankrijk vs. Commissie*, *Jur.* 1999, p. I-6639.
35. HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90, *Höffner*, *Jur.* 1991, p. I-1979, r.o. 21; HvJ EG 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577, r.o. 46; HvJ EG 2 september 2000, nr. C-180/98 t/m C-184/98, *Pavlov*, *Jur.* 2000, p. I-6451, r.o. 76 en 77; HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-172/03, *Heiser*, *Jur.* 2005, p. I-01627.
36. HvJ EG 22 maart 1977, nr. 78/76, *Steinike and Weinlig*, *Jur.* 1977, p. 595. Zie ook HvJ EG 21 maart 1991, nr. C-303/88, *Italië vs. Commissie*, *Jur.* 1991, p. I-1433.

Onder economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten op de gemeenschappelijke markt.[37] Als een bibliotheek een café begint kan het derhalve als een onderneming in de zin van het staatssteunrecht worden beschouwd. Zodra onderwijsinstellingen commerciële cursussen gaan aanbieden of contractonderzoek gaan verrichten kunnen ze als onderneming in de zin van art. 87 lid 1 EG-Verdrag worden beschouwd. Dit betekent dat een instelling of organisatie voor bepaalde activiteiten als onderneming wordt beschouwd, terwijl zij voor andere activiteiten erbuiten valt. Dit geldt zelfs indien het duidelijk is dat voor de betreffende onderneming de commerciële activiteiten niet tot haar reguliere activiteiten behoren.
Vanzelfsprekend is juist dit laatste gegeven van belang voor woningcorporaties. Het gaat in al deze voorbeelden immers om entiteiten die zowel commerciële als niet-commerciële activiteiten verrichten. Het staatssteunrecht biedt een juridisch kader voor dergelijke gemengde entiteiten, zonder dat hierbij een juridische verhouding of een duidelijke scheidslijn wordt vastgelegd. Het bovengenoemde 90-10 model volgt met andere woorden niet zozeer uit het staatssteunrecht zelf, maar is eerder, althans zo is op te maken uit de brief van de Minister van VWI, een uitvloeisel van de eisen die voor dergelijke gemengde entiteiten gelden.
Met name is voor dergelijke gemengde entiteiten van belang dat deze een gescheiden boekhouding voeren. Immers, door gebruik te maken van een gescheiden boekhouding kan worden gegarandeerd dat de steun alleen ten goede komt aan niet-commerciële activiteiten. Volgens de Transparantierichtlijn is een dergelijke boekhoudkundige scheiding noodzakelijk 'om inzicht te geven in de scheiding tussen de verschillende activiteiten, de met elke activiteit verband houdende kosten en opbrengsten en de methoden voor de toerekening van de kosten en opbrengsten'.[38]
De Transparantierichtlijn, die is omgezet in de Mededingingswet, verplicht lidstaten maatregelen te nemen om deze boekhoudkundige scheiding te garanderen voor dergelijke gemengde entiteiten. De Richtlijn zelf noemt echter niet concreet wat onder commerciële en niet-commerciële activiteiten wordt verstaan, oftewel waar de scheidslijn precies ligt. Vanzelfsprekend zal het onderscheid tussen beide soorten activiteiten eerst wettelijk moeten worden vastgelegd. De bovengenoemde tweedeling is immers slechts te vinden in een beleidsvisie. Pas nadat wettelijk is vastgelegd waar de scheidslijn precies ligt kan daadwerkelijk tot een plicht tot boekhoudkundige scheiding worden overgegaan.
Naast de vraag of er sprake is van een voordeel moet ook worden bekeken of dit voordeel selectief is. Volgens het zogenoemde selectiviteitscriterium kunnen maatregelen slechts als staatssteun worden beschouwd indien ze voor een *bepaalde* onderneming – of ondernemingen – een voordeel opleveren. Anders gezegd dient, om uit te maken of een maatregel een selectieve maatregel is, te worden onderzocht of hij binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling een voordeel verschaft aan bepaalde ondernemingen.
Volgens vaste rechtsspraak vereist dit selectiviteitscriterium dat bepaalde ondernemingen worden begunstigd ten opzichte van anderen *die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden*, uit het oogpunt van de doelstelling van de betrokken regeling.[39] Een rijksmaatregel die slechts voor één bepaalde sector geldt wordt door de het Hof van Justitie bijvoorbeeld als selectief gezien.[40] Vanzelfsprekend geldt dit ook voor woningcorporaties.
Voor woningcorporaties is ook van belang dat een door een decentraal overheidslichaam genomen *algemene* maatregel desondanks waarschijnlijk wel aan het selectiviteitscriterium zal voldoen.[41] Een algemene plaatselijke verordening of andere algemene regel van een gemeente kan met andere woorden door de Europese Commissie als een selectieve maatregel worden beschouwd, ook al treft het alle ondernemingen in de gemeente op dezelfde wijze. Ook een maatregel die schijnbaar objectieve criteria bevat, maar desondanks bepaalde bedrijven meer bevoordeeld dan andere, kan als staatssteun worden opgevat.[42] Zo werd een algemene regeling van de provincie Friesland, die voorzag in loonsubsidies voor langdurig werklozen, gedeeltelijk in strijd

37. HvJ EG 16 juni 1987, nr. 118/85, *Commissie vs. Italië*, *Jur.* 1987, p. 2599, r.o. 7; HvJ EG 18 juni 1998, nr. C- 35/96, *Commissie vs. Italië*, *Jur.* 1998, p. I-3851, r.o. 36.
38. Richtlijn 2005/81/EG betreffende de transparantie in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en overheidsbedrijven, *PbEU* 2006, L 318/17. Zie ook B. Hessel, 'Compensatiesteun aan diensten van algemeen economisch belang vereist zorgvuldigheid', *Gst.* 7258.
39. HvJ EG 8 november 2001, nr. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, *Jur.* 2001, p. I-8365, r.o. 41; HvJ EG 29 april 2004, nr. C-308/01, *GIL Insurance et al.*, *Jur.* 2001, p. I-4777, r.o. 68; HvJ EG 3 maart 2005, nr. C-172/03, *Heiser*, *Jur.* 2005, p. I-1627, r.o. 40.
40. HvJ EG 2 juli 1974, nr. 173/73, *Italië vs. Commissie*, *Jur.* 1974, p. 709; HvJ EG 17 juni 1999, nr. C-75/97, *Maribel*, *Jur.* 1999, p. I-3671.
41. HvJ EG 14 oktober 1987, nr. 248/84, *Duitsland vs. Commissie*, *Jur.* 1987, p. 4013, r.o. 17.
42. HvJ EG 15 juli 2004, nr. C-501/00, *Spanje vs. Commissie*, *Jur.* 2004, p. I-6717.

geacht met art. 87 EG-Verdrag, omdat deze regeling met name één computerassemblagefabriek bevoordeelde.[43] Het is met andere woorden voor woningcorporaties ook voor dit soort regelingen van belang te bezien of zij meer bevoordeeld worden dan andere ondernemingen.

3.1.4. *Mededingingsvervalsing*

Het is logisch dat vervalsing van de mededinging slechts op kan treden als er sprake is van een voordeel *ten opzichte van andere ondernemingen*.[44] Het voordeel dient met andere woorden niet-marktconform te zijn. Een bekend voorbeeld is de verkoop van gronden door de gemeente tegen te lage prijzen om de woningbouw te stimuleren. Om de marktconformiteit te garanderen kan gebruik worden gemaakt van een taxateur.[45] Daarnaast is het niet zo, zoals vaak wordt gedacht, dat door een openbare aanbesteding in alle gevallen de marktconformiteit is verzekerd, al ziet de Commissie hierin tegelijkertijd wel een aanwijzing dat niet-marktconform is gehandeld.[46] Al gaat de Commissie er enerzijds al snel vanuit dat er sprake is van mededingsvervalsing, een beschikking van de Europese Commissie uit 2007 toont anderzijds aan het belang van dit criterium niet moet worden onderschat. In deze beschikking betreffende staatssteun in Zweden aan woningbouw voor ouderen, oordeelde de Commissie dat aan de overige vier criteria werd voldaan, maar dat er geen sprake was van vervalsing van de mededinging. De Commissie oordeelde:

> 'The scheme is set up in a way to limit adverse effect on trading conditions. Firstly, the scheme is open to all property owners without discrimination between public and private actors, nor against foreign investors. Secondly, the level of support is to be proportional so that it provides an incentive effect to construct the needed housing but without generating excessive profits and crowding out private investors. (...) Thirdly, the restriction on the use of the dwellings ensures that aid is used for the purpose of care for the elderly and will not cause undue distortions by being used for other purely commercial purposes. Finally, the measure is limited in time to five years until the end of 2011, with final payments to be made in 2014 for projects started during 2011. From the above elements it can be concluded that the aid granted under the scheme is needed to reach an objective of social equity that is otherwise not being sufficiently met by the market. The aid would be proportional to the aims pursued and the effects on competition are restricted to the minimum necessary.'[47]

Om deze redenen werd de Zweedse staatssteun door de Commissie goedgekeurd op grond van art. 87 lid 3 onder c EG-Verdrag, als steun voor een bepaalde sector. De argumentatie van de Commissie is om meerdere redenen interessant. In de eerste plaats speelt het gegeven dat de staatssteun niet discrimineert tussen private en publieke partijen duidelijk een rol. Daarnaast dient de staatssteun proportioneel te zijn ten opzichte van het doel van de steun. In de derde plaats moet de staatssteun niet worden gebruikt voor commerciële doeleinden. Tenslotte is ook het tijdelijke karakter van de steun van belang. Als deze elementen in ogenschouw worden genomen kan de Commissie met andere woorden steun goedkeuren indien deze een doel dient dat niet kan worden gerealiseerd door de markt. Anders gezegd is er in een dergelijke situatie wel sprake van een voordeel voor bepaalde ondernemingen, maar is dat voordeel 'niet niet-marktconform'.

3.1.5. *Beïnvloeding interstatelijke handel*

Tot slot, er kan vanzelfsprekend slechts sprake zijn van overtreding van de Europeesrechtlijke staatssteunsregels als als gevolg van de gegeven steun de tussenstaatste handel binnen de Europese Unie wordt beïnvloed. Van oorsprong is de Europese Unie immers opgericht om handelingen met interstatelijke effecten te reguleren. Net als op diverse andere terreinen van het Europese recht wordt dit criterium echter ook in het staatssteunrecht steeds meer losgelaten.[48] Ook een relatief kleine vorm van steun met nauwelijks merkbare gevolgen voor het interstatelijke handelsverkeer kan al als beïnvloeding van de interstatelijke handel worden beschouwd,[49] met uitzondering van steun tot € 200 000, die onder de de-minimisdrempel valt en daarom niet hoeft te worden aangemeld bij de Europese Commissie.

43. C 11/1999, 23.7.2001 (Investment aid in favour of Hewlet Packard - SCI Systems).
44. HvJ EG 17 september 1980, nr. 730/79, *Philip Morris*, *Jur.* 1980, p. 2671.
45. Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, *PbEG* 1997, C 209/3.
46. Bartosch, 'The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies', *Common Market Law Review* 2002, 39, no. 3, p. 551.
47. Beschikking N 798/06 (Sweden Support for construction of special housing for elderly people). Zie ook beschikking N 40/2003 (Measures to promote certain house building).
48. Deze ontwikkeling is ook te zien in de jurisprudentie over de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, zie A.D.L. Knook 'The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union', *Common Market Law Review* 2005, 42, p. 367.
49. HvJ EG 21 maart 1990, nr. C-142/87, *België vs. Commissie*, *Jur.* 1990, p. I-1005, r.o. 43; gevoegde zaken nr. C-278/92-C-280/92, *Spanje vs. Commissie*, *Jur.* 1995, p. I-4103, r.o. 40-42.

3.2. Uitzonderingen

Hiermee kom ik meteen bij de eerste en meest bekende uitzondering op het verbod van art. 87 (1) EG-Verdrag. Zoals reeds vermeld heeft het staatssteunrecht in zeker zin een typische Europeesrechtelijke structuur. Enerzijds staat centraal een relatief ruim uitgelegd verbod. Anderzijds zijn op dit verbod weer diverse uitzonderingen mogelijk. Juist voor het staatssteunrecht zijn de diverse uitzonderingen zoals deze zijn geformuleerd door de Europese Commissie en het Hof van Justitie van groot belang. Zo zullen bijvoorbeeld subsidieafspraken tussen gemeenten en woningcorporaties ten behoeve van energiebesparing enerzijds voldoen aan de bovenstaande vier criteria, maar anderzijds wel degelijk kunnen vallen onder de zogenoemde Communautaire Richtsnoeren voor staatssteun voor milieubescherming, art. 21 van de Algemene groepsvrijstellingsverordening, en, mits de steun niet boven de de-minimisdrempel van € 200 000 uitkomt, onder de algemene de-minimisverordening.[50] Bij beantwoording van de vraag of een handeling staatssteun oplevert kan dus zeker niet worden volstaan met het nalopen van de vijf criteria zoals deze hierboven uiteen zijn gezet.

3.2.1. *Diensten van Algemeen Economisch Belang*
Voor woningcorporaties is in de eerste plaats van belang dat de Europese Commissie bepaalde activiteiten van woningcorporaties als diensten van algemeen economisch belang beschouwt. De term 'diensten van algemeen belang' (hierna DAEB) wordt gebruikt in art. 16 en 86 lid 2 van het Verdrag, maar wordt niet nader gedefinieerd. Doorgaans gaat men er van uit dat de term verwijst naar diensten van economische aard, waarvoor de lidstaten of de Gemeenschap op grond van een criterium van algemeen belang openbaredienstverplichtingen van toepassing verklaren.[51] Ondanks het feit dat het Verdrag zelf nog niet van kracht is, dient in dit verband ook te worden gekeken naar het bij Verdrag van Lissabon gevoegde 'Protocol betreffende de diensten van algemeen belang', waarin expliciet wordt verwezen naar de '*ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten* om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers'. Dit Protocol is gebaseerd op art. 16 EG-Verdrag.[52] Het Protocol benadrukt met andere woorden dat de lidstaten op dit gebied een belangrijke beoordelingsvrijheid hebben.
Sociale huisvesting wordt door de Commissie als een DAEB beschouwd. Volgens de Europese Commissie vertonen woningcorporaties die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast, 'specifieke kenmerken die in aanmerking moeten worden genomen. Met name dient rekening te worden gehouden met het feit dat, bij de huidige stand van de ontwikkeling van de interne markt, de intensiteit van de mededingingsvervalsing in die sectoren niet noodzakelijk evenredig is aan de omzet- en de compensatiebedragen'.[53] Sinds het bekende *Altmark*-arrest wordt compensatie voor een DAEB niet als staatssteun beschouwd en hoeft deze dus niet te worden aangemeld. Er moet dan wel aan de volgende vier criteria worden voldaan:
1. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn.
2. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld.
3. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken.
4. Wanneer de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt (rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen).[54]

De Commissie heeft de *Altmark*-criteria wat betreft woningcorporaties verder uitgewerkt in de Vrijstellingsbeschikking DAEB, waarin bevestigd wordt dat compensatie voor een DAEB niet

50. *PbEU* 2008, L 379/6.
51. Witboek over diensten van algemeen belang, COM(2004)374. Zie ook J.W. van de Gronden, 'Bestaat er coherente visie op de verhouding tussen Diensten van algemeen economische belang, de Dienstenrichtlijn en andere Communautaire regelingen?', *SEW* 2007, p. 400-402.
52. Na Lissabon is dit art. 16 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
53. Vrijstellingsbeschikking *PbEU* 2005, L 312/69.
54. HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Altmark*, *Jur.* 2003, p. I-7747.

als staatssteun hoeft te worden gemeld.[55] In deze Vrijstellingsbeschikking wordt aangegeven dat melding van een DAEB niet noodzakelijk is indien deze gerelateerd is aan de taak van woningcorporaties om 'huisvestingsdiensten aan te bieden aan achterstandsgroepen of sociaal kansarme groepen die, door solvabiliteitsbeperkingen, geen huisvesting tegen marktvoorwaarden kunnen vinden'. Staatssteun ten behoeve van deze activiteit hoeft derhalve niet te worden aangemeld, 'zelfs als het compensatiebedrag de in deze beschikking vastgestelde drempels overschrijdt, indien de uitgevoerde diensten door de lidstaten als diensten van algemeen economisch belang worden aangemerkt'. Zoals gezegd hebben zowel lidstaten als decentrale overheden een ruime discretionaire bevoegdheid om te bepalen wat zij onder een DAEB verstaan. Indien in de binnenkort te verwachten wetsvoorstellen derhalve een ruime definitie zal worden gehanteerd voor sociale huisvesting, zal staatssteun die hierop betrekking heeft niet te worden aangemeld bij de Commissie. De Tweede Kamer heeft al eerder aangegeven voorstander te zijn van een dergelijke ruime definitie.[56] Ook het realiseren van maatschappelijk vastgoed zou als DAEB kunnen worden gekwalificeerd. Immers, maatschappelijk vastgoed vervult een maatschappelijke functie en draagt bij aan de leefbaarheid van de gemeente. Het zou dan ook jammer zijn als in de binnenkort te verwachten wetsvoorstellen inderdaad een enge definitie is terug te vinden, zoals nu door de Minister van WWI lijkt te worden voorgestaan. Daarnaast is ook van belang dat bij de bekostiging van een DAEB uit mag worden gegaan van een redelijke winstmarge. De Vrijstellingsbeschikking stelt dat hieronder wordt begrepen een vergoeding op het eigen kapitaal waarbij rekening wordt gehouden met het risico voor de onderneming, of het ontbreken daarvan, door het optreden van de lidstaat, met name wanneer deze laatste uitsluitende of bijzondere rechten verleent. Dit percentage mag in de regel niet hoger liggen dan het gemiddelde percentage dat in de betrokken sector tijdens de laatste jaren is vastgesteld.

Overigens is voor woningcorporaties ook van belang dat de Vrijstellingsbeschikking stelt dat wanneer een onderneming activiteiten verricht die zowel binnen als buiten de werkingssfeer van diensten van algemeen economisch belang vallen, in de interne boekhouding de kosten en inkomsten die met de dienst van algemeen economisch belang verband houden, en die van de andere diensten, alsmede de parameters voor de toerekening van die kosten en inkomsten, gescheiden moeten worden opgenomen. Opnieuw is hiervoor dus wel vereist dat wordt aangegeven waar precies de scheidslijn ligt, iets wat uiteindelijk door de lidstaat zelf moet worden bepaald.[57]

3.2.2. *Andere uitzonderingen: milieusteun, de minimissteun en crisissteun*

Zoals hierboven reeds aangegeven kunnen ook andere uitzonderingen op het verbod van art. 87 lid 1 EG-Verdrag voor woningcorporaties van belang zijn. Met name valt hierbij te denken aan milieusteun, de minimissteun en crisissteun. In de eerste plaats zullen stimuleringsmaatregelen van gemeenten op het gebied van duurzaamheid in beginsel onder het staatssteunverbod vallen, maar waarschijnlijk kunnen worden vrijgesteld van aanmelding in verband met de Communautaire Richtsnoeren voor staatssteun voor milieubescherming.[58] Ook art. 21 van de Algemene groepsvrijstellingsverordening biedt dan een oplossing, op basis waarvan milieu-investeringssteun waardoor ondernemingen energiebesparingen kunnen behalen, verenigbaar zijn verklaard met art. 87 lid 3 EG-Verdrag, mits aan bepaalde criteria wordt voldaan.[59] Zo mag bijvoorbeeld de steunintensiteit niet meer bedragen dan 60% van de extra investeringskosten die noodzakelijk zijn om een niveau aan energiebesparing te bereiken. De steunintensiteit kan met 20 procentpunt worden verhoogd voor steun aan kleine ondernemingen en met 10 procentpunt voor steun aan middelgrote ondernemingen. Een tweede belangrijke uitzondering is de reeds genoemde de-minimisverordening, op basis waarvan de-minimissteun van € 200 000 over een

55. Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van art. 86 lid 2 EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend. 2005/842/EG, *PbEU* 2005, L 312/67.
56. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 453, nr. 56 (verslag overleg vaste commissie voor Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, 31 augustus 2006).
57. Op 1 oktober 2009 heeft het Europese Hof van Justitie uitspraak gedaan over zeven prejudiciële vragen van de Raad van State in het geding tussen de Minister van VROM en woningstichting Sint Servatius. Met name de laatste vraag handelde over staatssteun, en betrof de vraag in hoeverre het noodzakelijk is, ingeval een lidstaat financiële middelen ter beschikking stelt van ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, de activiteiten van deze ondernemingen territoriaal te begrenzen om te voorkomen dat deze middelen met artikel 87 EG strijdige ongeoorloofde staatssteun zouden vormen en dat deze ondernemingen met gebruik van deze middelen in een andere lidstaat de concurrentie vervalsen. Een antwoord op deze vraag had mogelijk grote gevolgen kunnen hebben in de praktijk, maar de prejudiciële vraag werd door het Hof van Justitie niet-ontvankelijk verklaard.
58. 2008, C 82/1.
59. Verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008, *PbEU* 2008, L 214/29.

periode van drie belastingjaren niet aan de Commissie hoeft te worden gemeld. Hiermee samenhangend is het gegeven dat in het kader van de financiële crisis de Europese Commissie recent heeft goedgekeurd het zogenaamde 'Nederlands nationaal kader voor het tijdelijk verlenen van beperkte steunbedragen'.[60] Op basis hiervan hoeft steunverlening tot een bedrag van € 500 000 niet te worden gemeld aan de Europese Commissie, mits aan een beperkt aantal voorwaarden wordt voldaan. De goedgekeurde nationale regeling treedt namelijk in de plaats van een melding. De Kaderregeling biedt kort gezegd de mogelijkheid aan provincies en gemeenten om € 500 000 aan steun te verlenen aan ondernemingen. Blijkens de begeleidende brief van de minister is er veel interesse voor deze regeling, nu het decentrale overheden de mogelijkheid biedt om diverse projecten te ondersteunen die vanwege de financiële crisis in de problemen zijn geraakt, zonder daarmee in conflict te komen met de staatssteunregels.[61]

Conclusie

Al met al is het duidelijk dat door de diverse activiteiten van woningcorporaties deze snel in aanraking zullen komen met de staatssteunrechtelijke spelregels zoals deze zijn neergelegd in het primaire en secundaire Communautaire recht, de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de beschikkingen van de Europese Commissie. Daarmee is niet gezegd dat per definitie er telkenmale sprake zal zijn van staatssteun die moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. In de eerste plaats is hiervoor vereist is dat aan alle vijf besproken criteria wordt voldaan. Het voorbeeld van de Zweedse staatssteun laat zien dat hierbij alle criteria van belang zijn. Daarnaast zullen diverse vormen van steun waar woningcorporaties mee te maken kunnen krijgen niet te hoeven worden aangemeld. Immers, naast de Vrijstellingsbeschikking DAEB zijn er ook enkele andere belangrijke regelingen juist op hun activiteiten van toepassing, regelingen die uitzonderingen vormen op het algemene staatssteunverbod van art. 87 EG-Verdrag. De voorstellen van het kabinet, die hoogstwaarschijnlijk al op korte termijn in wetsvoorstellen zullen worden gegoten, zijn aan de ene kant wel te verklaren vanuit het staatssteunrecht, maar anderzijds niet het logisch gevolg hiervan. In de eerste plaats bestaat nog veel onduidelijkheid over de scheidslijn tussen de diensten van algemeen economisch belang en de commerciële activiteiten van woningcorporaties. Verder hebben de lidstaten op enkele belangrijke gebieden een ruime discretionaire vrijheid. Juist vanwege de bijzondere positie van de Nederlandse woningcorporaties ligt het voor de hand deze discretionaire vrijheid dan ook ten volle te benutten. Het is van groot belang de verdere ontwikkelingen op dit gebied de komende maanden nauwgezet te volgen.

60. Beschikking van 1 april 2009, N 156/2009. De Commissie beoordeelt deze regelingen op basis van de Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis' van 17 december 2008 (*PbEU* van 22 januari 2009, C 16/1).
61. Aanbiedingsbrief nationaal kader tijdelijke beperkte steun voor ondernemingen, 15 april 2009, met kenmerk 2009-0000190419.