

## Bijlage 2

### Subsidiariteitsbeginsel

Het Unieverdrag noemt het subsidiariteitsbeginsel uitdrukkelijk in de considerans en de openingsbepalingen, maar verwijst (in artikel 2 EU) voor de omschrijving ervan naar artikel 5 van het EG-verdrag.

In artikel 5 van het EG-verdrag wordt in algemene zin het subsidiariteitsbeginsel omschreven:

“De Gemeenschap handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen.

Op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, treedt de Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de Lid-Staten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.

Het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstelling van dit Verdrag te verwezenlijken”.

In 1993 is in een interinstitutioneel akkoord besloten om de toepassing van het beginsel in het wetgevingsproces te operationaliseren. Het Verdrag van Amsterdam (mei 2000) heeft de inhoud van dit akkoord grotendeels ongewijzigd overgenomen in een bij het EG-verdrag gevoegd protocol. In dit protocol wordt het subsidiariteitsbeginsel nader omschreven als ‘een leidraad voor de wijze waarop die bevoegdheden op Gemeenschapsniveau moeten worden uitgeoefend, en als ‘een dynamisch concept’<sup>1</sup>.

De Europese Grondwet -in de bekrachtigingsfase- voorziet in een versterking van het subsidiariteitsbeginsel, met name door de instellingen te verplichten om de nationale parlementen op de hoogte te houden gedurende de hele wetgevingsprocedure. Bovendien zullen de nationale parlementen door een mechanisme van "vroegtijdige waarschuwing" betreffende het eerbiedigen van het subsidiariteitsbeginsel de Commissie kunnen verzoeken om een wetgevend voorstel te herzien wanneer zij vinden dat dit het subsidiariteitsbeginsel schendt.

Het subsidiariteitsbeginsel beoogt een besluitvorming te garanderen die zo dicht mogelijk bij de burger staat, waarbij wordt nagegaan of de op communautair niveau te ondernemen bevoegde actie gerechtvaardigd is in verhouding tot de mogelijkheden die op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden geboden. Subsidiariteit is voorts nauw verbonden met het evenredigheids- en het noodzakelijkheidsbeginsel, die inhouden dat het optreden van de Unie niet verder moet gaan dan datgene wat nodig is om de doelstellingen van het Verdrag te bereiken.

De eerste arresten van het Hof van Justitie van de EG duiden erop dat toetsing door de Europese rechter van dit beginsel slechts een marginaal karakter draagt<sup>2</sup>. Hiermee wordt benadrukt dat het subsidiariteitsbeginsel vooral van bestuurlijk-politieke betekenis is.

Belangrijke voorvraag voordat aan het subsidiariteitsbeginsel kan worden getoetst, is de attributie van bevoegdheden. Bestaat er voor de na te streven doelstelling van het voorgenomen optreden een specifieke of algemene bevoegdheidstoekenning in het EG-verdrag? De Unie en de EG beschikken slechts over de bevoegdheden die hen door de oprichtingsverdragen zijn toegekend. Luidt het antwoord ontkennend op de vraag of de EU of EG bevoegd is, dan is toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel niet aan de orde. Luidt het antwoord bevestigend dan is de vervolgvraag: behoort het voorgenomen optreden tot de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap? In dit laatste geval blijft er niet veel ruimte over om aan het subsidiariteitsbeginsel te toetsen<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> In de fiches voor de beoordeling van nieuwe Commissie-voorstellen (de zgn. BNC-fiches) worden bij de uitleg van de subsidiariteit/proportionaliteitstoets vragen overgenomen die zijn ontleend aan het protocol.

<sup>2</sup> Zie de arresten in de zaken C-84/94, Arbeidstijdenrichtlijn (VK vs. Raad), beschikking C-242/99 en C-233/94, Deposito garantiestelsels (D vs. Parlement en Raad), genoemd op pagina 120 van het Handboek “Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen”, Kapteyn –Verloren van Themaat, zesde geheel herziene druk.

<sup>3</sup> Zie de toelichtende tekst bij een BNC-fiche.

Het onderwerp volkshuisvesting (sociale huisvesting) valt niet onder de bevoegdheid van de Gemeenschap. Het EG-verdrag verleent de Europese Commissie derhalve voor dit onderwerp geen rechtsgrondslag tot het voorstellen van EG-regelgeving (zgn. secundaire regelgeving). Dit houdt in dat toetsing aan dit beginsel in de context van het beleidsterrein volkshuisvesting niet aan de orde is.

Doordat de EG op het terrein van de mededinging over bevoegdheden beschikt om het concurrentieverstorend gedrag van ondernemingen, al dan niet (mede) veroorzaakt door interventie en/of financiële bijdragen (steunverlening) door overheden, te onderzoeken, kunnen woningcorporaties onderwerp zijn (worden) van onderzoek door de Europese Commissie (hierna: de Commissie)<sup>4</sup>. Zoals hierna nog uitgebreider zal worden beschreven, is de aanwezigheid op zich van een communautaire markt geen vereiste om vast te stellen of een bepaalde entiteit al dan niet als onderneming dient te worden aangemerkt. Woningcorporaties zijn entiteiten die in concurrentie met andere ondernemingen die actief zijn op de huizen- en vastgoedmarkt een economische activiteit uitoefenen. De rechtsvorm of de wijze van financiering brengt hierin geen verandering. Omdat niet uit te sluiten valt dat de met woningcorporaties concurrerende ondernemingen grensoverschrijdende activiteiten vervullen of een grensoverschrijdende eigendomsstructuur kennen – d.w.z. actief zijn op de communautaire markt (zoals bouwondernemingen en institutionele beleggers) -, kunnen activiteiten (gedragingen) van woningcorporaties de communautaire mededinging ('het handelsverkeer tussen lidstaten) beïnvloeden.

Volgens het voorlopig oordeel van de Europese Commissie<sup>5</sup>, wordt door de verkregen overheidsmiddelen, die als bestaande steun worden aangemerkt, de concurrentiepositie van woningcorporaties ten opzichte van haar concurrenten die actief zijn in de woningverhuursector versterkt. Daardoor kan volgens haar dit voordeel de mededinging tussen woningcorporaties en andere ondernemingen verstoren.

Veelal beschikt de Europese Commissie op het terrein van de staatssteun<sup>6</sup> over zogenoemde uitsluitende bevoegdheden, dat wil zeggen bevoegdheden waarover zij bij uitsluiting van de lidstaten beschikt. Zo worden zgn. bestaande steunmaatregelen door de Commissie aan een voortdurend onderzoek onderworpen (artikel 88 lid 1 EG). Onder bestaande steun wordt verstaan: steun die toelaatbaar ('verenigbaar met de gemeenschappelijke markt') is, bijvoorbeeld doordat deze dateert van vóór de inwerkingtreding van het E (E)G-verdrag en thans aan ondernemingen wordt verleend, maar aan een voortdurend onderzoek door de Commissie is onderworpen in verband met de ontwikkelingen van de communautaire markt. De Commissie toetst derhalve continu op verenigbaarheid met marktontwikkelingen. Het gaat hierbij om een discretionaire bevoegdheid (beleidsvrijheid) van de Commissie. Zij heeft deze veelal nader 'ingevuld' door het vaststellen van beleidsregels voor de beoordeling van steunmaatregelen op een aantal terreinen. Lidstaten worden meestal voor publicatie wel geraadpleegd en zullen in dat verband ook argumenten die gestoeld zijn op het subsidiariteitsbeginsel aanvoeren, maar de Commissie behoeft deze niet over te nemen. De Commissie kan naar aanleiding van een onderzoek gelasten dat bestaande steun binnen een bepaalde termijn moet worden gewijzigd of opgeheven. Deze bevoegdheid is onder meer nader uitgewerkt in Verordening (EG) nr. 659/1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 (thans 88) van het EG-verdrag (Pb.1999, L 83/1), waarin ook jurisprudentie van het Hof van Justitie en Gerecht van eerste aanleg is gecodificeerd.

## **EG-transparantierichtlijn**

Richtlijn 2000/52/EG van de Commissie tot wijziging van richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven, Pb. EG 2000, L 193/75, hierna: de transparantierichtlijn, bevat, kort gezegd, verplichtingen inzake het voeren van een gescheiden boekhouding, het bewaren van die gegevens en het verstrekken daarvan aan de Commissie voor:

- elke onderneming waaraan een lidstaat overeenkomstig artikel 86, lid 1, EG een bijzonder of uitsluitend recht heeft verleend of
- die overeenkomstig artikel 86, tweede lid, EG *met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang* is belast en met betrekking tot deze dienst in enigerlei vorm, waaronder

<sup>4</sup> Hoofdstuk 1 'Regels voor de ondernemingen' van titel VI van het EG-verdrag.

<sup>5</sup> Zoals vermeld in de brief van het Directoraat-Generaal Mededinging van 14 juli 2005.

<sup>6</sup> Relevant zijn de artikelen 86 en de tweede afdeling, de artikelen 87 t/m 89 'steunmaatregelen van de Staten' van titel VI EG-verdrag.

een subsidie, ondersteuning of compensaties, staatssteun ontvangt en die andere activiteiten uitoefent.

Voornaamste doel van de wijziging van de transparantierichtlijn vormde derhalve het reguleren van de boekhouding van bepaalde ondernemingen. Deze wijziging is omgezet in de Mededingingswet (Stb. 2002, 71) en in werking getreden met ingang van 15 februari 2002<sup>7</sup>.

Indicatie voor de plicht tot gescheiden boekhouding is in de eerste plaats het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten. Dit onderscheid is ook mede bepalend voor het verschil tussen diensten van algemeen niet-economisch belang (zoals bijvoorbeeld: justitie, politie, drinkwatervoorziening) en diensten van algemeen economisch belang. Het onderscheid is essentieel, omdat bij niet-economische activiteiten er ook geen sprake is van een ondernemingsactiviteit. In dat geval zijn het (EG-) mededingingsrecht en de transparantierichtlijn niet van toepassing. Indien aannemelijk is dat sprake is van een economische activiteit/ondernemingsactiviteit moet vervolgens worden nagegaan of sprake is van een onderneming die beschikt over uitsluitende of bijzondere rechten of van een onderneming *die belast* is met een dienst van algemeen economisch belang.

Het begrip 'economische activiteit' behelst iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een markt. Het begrip valt samen met het begrip 'onderneming': iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Niet doorslaggevend is of een bepaalde activiteit doorgaans aan een publiek orgaan wordt overgelaten, de activiteit door de overheid wordt uitgeoefend, de activiteit een sociaal doel dient, winst oogmerk ontbreekt, (technisch) complex is, er een vergunning voor nodig is enz. Het begrip 'economische activiteit' c.q. de kwalificatie 'onderneming' wordt door de EG-rechter uitgelegd per individuele situatie en aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, zoals de (historische en/of nationale) context en de rol van de overheid, welke per lidstaat en tijd kunnen verschillen.

### **Diensten van algemeen economisch belang**

De term diensten van algemeen economisch belang komt voor in het EG-verdrag (artikelen 16 en 86), maar wordt niet gedefinieerd. De lidstaten zijn op basis van het EG-verdrag en binnen de kaders van de rechtspraak van het Hof van Justitie, vrij om zelf te bepalen welke diensten als dienst van algemeen economisch belang worden ingericht.

In de Mededeling van de Commissie "diensten van algemeen belang in Europa" (2001) wordt opgemerkt dat lidstaten de vrijheid hebben om te definiëren wat zij beschouwen als diensten van algemeen (economisch) belang, en wel op basis van specifieke kenmerken van die activiteiten. In gebieden die niet specifiek onder de communautaire regelgeving vallen, hebben lidstaten veel ruimte om hun beleid gestalte te geven en kunnen zij alleen worden gecontroleerd op duidelijke fouten<sup>8</sup>. Nederland heeft in het kader van het Groenboek diensten van algemeen belang gepleit voor het behoud van vrijheid voor de lidstaten om zelf te bepalen welke diensten worden aangemerkt als dienst van algemeen belang of dienst van algemeen economisch belang en de wijze waarop deze diensten dienen te worden aangeboden<sup>9</sup>.

In het door de Europese Commissie op haar website gepubliceerde Actieplan Staatssteun, minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009), wordt onder de paragraaf II 4. "Hoogwaardige diensten van algemeen economisch belang" het volgende opgemerkt:

"Het aanbieden van diensten van algemeen economisch belang die efficiënt en van hoge kwaliteit zijn, is een van de belangrijkste onderdelen van de Europese welvaartstaat en is van cruciaal belang om sociale en territoriale cohesie te verzekeren (ook op het gebied van onderwijs, opleiding en cultuur) en de burger in staat te stellen daadwerkelijk zijn rechten als burger uit te oefenen. Hoogwaardige diensten van algemeen economisch belang dragen ook bij tot het concurrentievermogen van de Europese economie. Lidstaten beschikken over een ruime marge om te beslissen of en hoe zij het verrichten van diensten van algemeen economisch belang financieren. Om echter concurrentievervalsing te vermijden moeten de toegekende compensaties zodanig zijn uitgewerkt dat

<sup>7</sup> Het betreft het nieuw ingevoegde hst 4A: Financiële transparantie binnen bepaalde ondernemingen, art. 25a-f Mw.

<sup>8</sup> Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang in Europa, Pb. EG 2001, C 17/1.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2002/03, 22112, nr.283.

het haalbaar is de publieke opdracht uit te voeren, zonder dat zulks resulteert in 'overcompensatie' en buitensporige concurrentievervalsing.

In het Witboek over diensten van algemeen economisch belang werd aangekondigd dat de Commissie wetgevingsteksten zou goedkeuren die voor de toepassing van dit beginsel meer houvast moeten bieden. Om de rechtszekerheid te vergroten zal de Commissie een beschikking op grond van artikel 86, lid 3, geven en richtsnoeren bekendmaken waarin zij nader zal aangeven onder welke voorwaarden compensaties voor de openbare dienst staatssteun vormen die met het Verdrag verenigbaar is. In de beschikking van de Commissie zal voor beperkte compensaties ontheffing worden verleend van de verplichting tot aanmelding. Ook zullen bijzondere voorwaarden gelden voor ziekenhuizen en woningcorporaties. Ten slotte zal de Commissie de transparantierichtlijn aanpassen om rekening te houden met de ontwikkeling van de rechtspraak van de communautaire rechtscolleges".

De Commissie heeft inmiddels op 29 november jl. een (op artikel 86 lid 3 gebaseerde) Beschikking in het EU-Publicatieblad gepubliceerd, die ziet op staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst die wordt toegekend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PB EU L 312/67). Deze Beschikking treedt op 19 december 2005 in werking.

Tevens heeft de Commissie op 29 november de tekst van een (per die datum in werking tredende) Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst en de tekst van een wijziging van de zgn. Transparantierichtlijn in het EU-Publicatieblad gepubliceerd (PB EU C 297/4 en PB EU L 312/47).

Bij ondernemingen belast *met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang* in de zin van artikel 86, tweede lid EG, gaat het om:

- *ondernemingen*: entiteiten die economische activiteiten verrichten.
- *die belast zijn met* het beheer van diensten van algemeen economisch belang; dit veronderstelt een hieraan ten grondslag liggend expliciet overheidsbesluit. Het hoeft daarbij niet noodzakelijkerwijs te gaan om een wet of bestuursbesluit te gaan; het kan ook krachtens een publiekrechtelijke concessie of via een overeenkomst geschieden (ruime uitleg). Van 'belasten' is geen sprake indien bepaalde activiteiten niet aan bepaalde ondernemingen worden opgedragen, maar deze slechts in het algemeen worden geregeld. Zo vormt de enkele uitoefening van een gereguleerde activiteit onder overheidstoezicht onvoldoende grond om een eenheid onder de werkingssfeer van artikel 86 lid 2 EG te brengen.
- *onder diensten van algemeen economisch belang* wordt kortweg verstaan: diensten waarvan de lidstaat (overheid) vindt – zoals hiervoor al aangeduid beschikt de lidstaat in dit verband over beleidsruimte - dat daarin moet worden voorzien om zorg te dragen voor de brede toegankelijkheid, betaalbaarheid en goede kwaliteit van de dienst en het aannemelijk is dat de markt hier onvoldoende in slaagt. De diensten hoeven niet noodzakelijker betrekking te hebben op de hele nationale economie, maar kunnen ook betrekking hebben op een bepaalde regio of bevolkingsgroep.

Woningcorporaties worden aangemerkt als ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang. Volgens het voorlopig oordeel van de Commissie is zij van mening dat de Nederlandse wetgeving voldoende duidelijk maakt dat de dienst van algemeen economisch belang (publieke taak) aan woningcorporaties is toegewezen<sup>10</sup>. Andere voorbeelden van ondernemingen belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn te vinden in de sectoren: post; energie, telecommunicatie, bepaalde vormen van hoger onderwijs, audiovisuele diensten en bepaalde zorgdiensten.

In de hierboven genoemde Beschikking betreffende toepassing van artikel 86, lid 2 van het 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, staat over de reikwijdte in artikel 2 – voor zover hier van belang - dat compensatie mag worden gegeven voor de openbare dienst welke wordt toegekend aan woningcorporaties die door de lidstaat als diensten van algemeen economisch belang aangemerkte activiteiten verrichten. Uit de considerans van deze Beschikking kan echter, in lijn met de besprekingen van het lopende staatssteundossier woningcorporaties, worden afgeleid dat de vrijheid wordt ingekaderd. In

---

<sup>10</sup> Zie de brief van het Directoraat-Generaal Mededinging van 14 juli 2005.

overweging 16 wordt opgemerkt dat alleen “woningcorporaties die huisvestingsdiensten aanbieden aan achterstandsgroepen of sociaal kansarme groepen die, door solvabiliteitsbeperkingen, geen huisvesting tegen marktvoorwaarden kunnen vinden, ontheffing kunnen krijgen van de in deze beschikking neergelegde aanmeldingsverplichting (...)”. De Beschikking regelt verder uitgebreid de voorwaarden die moeten worden vervuld om overcompensatie en kruissubsidiëring (met commerciële activiteiten, d.w.z. alle activiteiten die niet onder de wettelijke publieke taakopdracht vallen) te voorkomen.

De verhouding tussen deze Beschikking en de brief van DG Mededinging van 14 juli 2005 is als volgt. DG Mededinging heeft haar brief geschreven op grond van artikel 17 van de Procedureverordening die geldt voor de toepassing van staatssteunregels<sup>11</sup>. De Commissie doet op grond van die bepaling onderzoek naar bestaande steunregelingen. DG Mededinging heeft in de genoemde brief een aantal voorwaarden gesteld waaraan het Nederlandse systeem van woningcorporaties moet voldoen om dat verenigbaar te laten zijn met de gemeenschappelijke markt. Met het publiceren van deze Beschikking komt er geen einde aan het recht van de Commissie om onderzoek naar bestaande steunregelingen te doen. Derhalve zal de briefwisseling met DG Mededinging worden voortgezet totdat voor de Commissie afdoende vaststaat dat de bestaande steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

---

<sup>11</sup> Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999, PbEG 1999, L83/1