

# Staatssteun voor breedbandprojecten

mr C.T. Dekker

## Inleiding

De afgelopen jaren heeft het aantal projecten waarbij breedbandinfrastructuur werd aangelegd, afgemeten aan het aantal besluiten dat de Europese Commissie ten aanzien van met die projecten gemoeide steunmaatregelen heeft genomen, een grote vlucht genomen. In veel gevallen heeft de Commissie geconstateerd dat de betrokken steunmaatregelen konden worden toegestaan, zij het niet altijd op dezelfde gronden. In een zeer recent besluit over een Nederlands project (Appingedam)<sup>1</sup> concludeerde de Commissie dat de steun niet kon worden toegestaan. In deze bijdrage wordt nagegaan hoe de Commissie overheidssteun voor uitrol van breedbandnetwerken beoordeelt. Daarbij wordt eerst ingegaan op enkele begrippen die steeds terugkomen in breedbandzaken. Vervolgens wordt een aantal 'modellen' van overheidsinterventie in de uitrol van breedband weergegeven, omdat dat 'model' vanzelfsprekend een grote invloed heeft op de beoordeling van de Commissie. Daarna wordt ingegaan op de argumenten die zijn aangevoerd ten betooge dat er geen sprake is van staatssteun. Het betoog dat er sprake is van een compensatie voor een opgedragen dienst van algemeen economisch belang wordt in een aparte paragraaf besproken. Ten slotte wordt er ingegaan op de beoordeling van de steunmaatregelen door de Commissie onder artikel 87, lid 3, EG.

## Enkele begrippen

Voor een beter begrip van de beschikkingenpraktijk met betrekking tot de uitrol van breedbandnetwerken is het nuttig enige lijn aan te brengen in het begrippenkader rond breedband.

Onder 'breedband' wordt doorgaans<sup>2</sup> verstaan een internetaansluiting die permanent beschikbaar is en een veel hogere snelheid biedt dan een inbelverbinding, zodat innovatieve inhoud, toepassingen en diensten kunnen worden overgedragen.

Bij breedbandstructuren – althans die glasvezeltechniek gebruiken – kan voorts een drietal dimensies worden onderscheiden: de passieve infrastructuur, de actieve infrastructuur en de dienstenstructuur.<sup>3</sup>

De passieve infrastructuur betreft de eerste en onderste laag van de infrastructuur en omvat de mantelbuizen, onbelichte glasvezelkabels (*dark fibre*) en technische ruimten. De actieve infrastructuur maakt gebruik van de transmissiecapaciteit van de passieve infrastructuur en levert transmissiediensten aan de dienstenstructuur. De tweede laag bevat de actieve apparatuur, zoals optische poorten, switches en

routers. De derde laag ten slotte bevat de activiteiten van Internet Service Providers.<sup>4</sup> Deze activiteiten worden ook wel aangeduid als wholesalediensten, terwijl de diensten die de contentproviders verlenen worden aangeduid als retailbreedbanddiensten.

De uitrol van breedbandinfrastructuren raakt – gezien de drie 'lagen' van de breedbandinfrastructuur – verschillende markten: de wholesalemarkten en de retailmarkten, alsmede natuurlijk de markten voor de aanleg van de passieve infrastructuur en de daarvoor benodigde apparatuur. Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie blijkt dat de staatssteunrechtelijke beoordeling zich concentreert op de wholesale- en retailmarkten. De exploitant van de passieve infrastructuur treedt als aanbieder op die eerste markt op.

## Nationale benaderingen van breedbandprojecten

Uit de beschikkingenpraktijk blijken de verschillende benaderingen die in lidstaten worden gehanteerd bij uitrolprojecten.<sup>5</sup> Om de beoordeling van de Commissie te kunnen plaatsen is het zinnig enkele van die benaderingen te bezien.

Ten eerste is er de 'Franse' benadering, waarin de aanleg en de exploitatie van het netwerk worden gezien als dienst van algemeen economisch belang (daeb).<sup>6</sup>

In bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk wordt deze daeb-benadering niet – althans niet expliciet – gevolgd en beoordeelt de Commissie ook niet rechtstreeks aan de in het arrest Altmark<sup>7</sup> door het Hof neergelegde criteria.

We zien in de Britse praktijk gevallen waarin niet de aanleg van de infrastructuur als zodanig wordt aanbesteed,

1 Beschikking Cie 19 juli 2006, C(2006)3226 def. (steunmaatregel C35/2005 – Appingedam).

2 Er is geen eenduidig begrip 'breedband'. De gehanteerde definitie is afkomstig uit het document 'Snelle verbindingen voor Europa: breedbandstrategieën' van de Commissie (COM(2004) 369 def. Volgens de Commissie in de beschikking Appingedam liggen de downloadsnelheden voor de huidige breedbanddiensten tussen 512 Kbit/s en 1 Mbit/s. Zij merkt echter op dat voor bedrijven veel hogere snelheden nodig zijn en dat in de gemeente Appingedam de gevestigde partijen capaciteit bieden tot 6 Mbit/s.

3 Dit onderscheid wordt in de beschikkingen gehanteerd en bijvoorbeeld uiteengezet in het document 'Goed op weg met breedband' van de ministeries van EZ, BZK en VROM, alsmede van het Interprovinciaal Overleg en de VNG van 1 maart 2006 uiteengezet ([www.minez.nl/content.jsp?objectid=38620](http://www.minez.nl/content.jsp?objectid=38620)). De beschrijvingen zijn aan dit document ontleend. Zie: Goed op weg met breedband, p. 54.

4 De contentproviders daarentegen leveren de daadwerkelijke content en eindgebruikersdiensten.

5 Zie voor een aantal voorbeelden van Nederlandse projecten 'Goed op weg met breedband', p. 52 e.v.

6 Zie Beschikking Cie 16 november 2004 C(2004)4343 fin (steunmaatregel N381/2004 Pyrenées Atlantiques) en Beschikking Cie 3 mei 2005 C(2005)1170 fin (steunmaatregel N382/2004 – Limousin).

7 HvJEG 24 juli 2003 (Altmark, C-280/00), *Jur.* 2003, p. I- 7747, r.o. 93.

Cees Dekker is advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V. te Zwolle.

maar wel de terbeschikkingstelling van retaildiensten, waarbij de verplichting wordt opgelegd om in een bepaald geografisch gebied elke gegadigde eindgebruiker<sup>8,9</sup> aan te sluiten.<sup>10</sup> De – middels een aanbestedingsprocedure uit te kiezen exploitant – is bij deze benadering vrij om eventueel reeds aanwezige infrastructuur (passieve en actieve laag) te gebruiken, een derde deze te laten aanleggen, dan wel haar zelf aan te leggen. Bovendien wordt de exploitant verplicht derden (service providers) tegen non-discriminatoire voorwaarden toegang tot het netwerk te verlenen, zodat ook derden internetdiensten aan eindgebruikers zouden kunnen aanbieden. Ook in het project Breitband Kärnten<sup>11</sup> wordt volgens dit model gewerkt.

Een ander element dat van belang is, is de wijze waarop de overheidsbijdrage wordt bepaald. Aan de ene kant is er de benadering waarbij de overheid een initiële bijdrage betaalt aan de investering en de gegadigde exploitant in zijn aanbieding aangeeft tegen welke tarieven de diensten worden aangeboden, terwijl voorts wordt voorzien in een terugbetalingsregeling om overcompensatie uit te sluiten.<sup>12</sup> In het geval Cumbria werd een maximumtarief aangegeven, gebaseerd op de tarieven van British Telecom, terwijl de door de overheid te verstrekken bijdrage werd bepaald aan de hand van de vraag naar breedbanddiensten (waarbij een grotere vraag tot een lagere overheidsbijdrage zou leiden), waarbij eveneens een terugbetalingsregeling zou gelden.<sup>13</sup>

In de Appingedamse variant zou de passieve laag eigendom worden van een stichting die zou worden opgericht door de gemeente en die onder haar toezicht zou komen te staan.<sup>14</sup> Het wordt mij uit de beschikking niet duidelijk of de gemeente/de stichting ook de actieve laag zou (doen) aanleggen en vervolgens in gebruik zou geven, of dat de te kiezen exploitant ook de actieve laag zou aanleggen en vervolgens zou exploiteren. Zie ik het goed dan zou deze exploitant als enige rechtstreeks toegang hebben tot de passieve laag. Aanbieders van retaildiensten zouden zich tot de exploitant moeten wenden voor de levering van wholesalediensten. Hoe dan ook was op het moment dat de Commissie haar beschikking vaststelde nog niet bekend op welke financiële voorwaarden de stichting het gebruiksrecht zou gunnen. Wel was duidelijk dat jaarlijks een vergoeding aan de stichting zou moeten worden betaald die ten hoogste 80 procent van de in dat jaar gegenereerde cashflow zou bedragen. Zou deze negatief zijn, dan zou er geen gebruiksrecht behoeven te worden betaald. De door de gebruiksgerechtigde te betalen vergoeding zou dus verre van marktconform zijn.

### Beoordeling wel of geen steun

Teneinde te kunnen beoordelen of de ondersteuning van een breedbandinitiatief een steunmaatregel vormt, moeten de criteria van artikel 87, lid 1, EG worden toegepast.

Wat betreft de criteria beïnvloeding van de tussenstaatse handel en vervalsing van de mededinging, is in sommige gevallen wel aangevoerd dat de verleende steun onder de noemer van *de minimis* steun zou vallen en derhalve buiten het bereik van artikel 87, lid 1, EG blijft.<sup>15</sup>

Dit betoog is steeds door de Commissie verworpen. De Commissie wil niet uitsluiten dat wanneer het voordeel dat aan de telecomoperators en service providers zou worden verschafte (doordat deze tegen lagere tarieven wholesalediensten kunnen afnemen dan wanneer zij de daadwerkelijke kosten voor de aanleg van het netwerk doorberekend zouden krijgen), aan de eindgebruikers zou worden doorberekend, de aldus verleende steun aan de eindgebruikers onder de *de minimis* grens zou blijven. Er zal dan echter wel verzekerd moeten worden dat het voordeel ook daadwerkelijk aan die eindgebruikers wordt doorberekend.<sup>16</sup>

In het kader van de toetsing aan het criterium 'voordeel' is aangevoerd dat, waar de passieve infrastructuur in handen blijft van de overheid en de exploitant daarvan middels een openbare procedure wordt geselecteerd, er sprake is van een overheidsinterventie op marktvoorwaarden. De Commissie accepteert dat betoog niet indien op enige wijze de exploitant wordt beperkt in zijn commerciële vrijheid zo hoog mogelijke opbrengsten te realiseren (deze hebben immers een drukkend effect op het aanbod dat hij in de aanbestedingsprocedure kan doen) en de overheid genoeg neemt met een lager dan marktconform rendement op de investering in de passieve laag.<sup>17</sup>

Met betrekking tot het criterium dat *bepaalde* ondernemingen of producties worden begunstigd is in meerdere zaken aangevoerd dat de steun moet worden gezien als investering in algemene infrastructuur, die in het algemeen niet wordt gezien als staatssteun,<sup>18</sup> omdat immers niet wordt voldaan aan de selectiviteitseis.

In de Atlas-beschikking<sup>19</sup> oordeelde de Commissie om een aantal redenen dat de passieve laag niet als algemene infrastructuur kan worden beschouwd. Ten eerste constateerde zij dat, anders dan de klassieke infrastructuur, de passieve laag niet aan eindgebruikers ter beschikking wordt gesteld. Ten tweede merkte de Commissie op dat andere eigenaren van

- 
- 8 Beschikking van 14 december 2004, C(2004)4340 fin (steunmaatregel N126/2004 – Broadband for SME's in Lincolnshire).
- 9 In het beoordeelde geval: alleen kleine en middelgrote ondernemingen.
- 10 Zonder overigens dat tarieven worden vastgesteld of gemaximeerd. Wel diende natuurlijk de exploitant aan te geven tegen welke tarieven hij de diensten zou aanbieden en werd een lagere prijs voor de eindgebruikers gewaardeerd in het kader van het aanbestedingsproces.
- 11 Zie Beschikking 20 oktober 2005 K(2005)3879 endg. (steunmaatregel N263/2005).
- 12 Zaak Lincolnshire.
- 13 Beschikking 10 december 2003 C(2003)4480 fin (steunmaatregel N282/2003 – Cumbria Broadband)
- 14 Als men leest op hoeveel plaatsen de Commissie vaststelt dat de gemeente 'aanvankelijk' een bepaalde actie zou ondernemen die dan in de loop van de procedure weer veranderd werd, moet men zich wel afvragen hoe goed dit project 'aanvankelijk' was voorbereid.
- 15 Zie bijvoorbeeld Beschikking Cie 20 juli 2004, C(2004)1809 fin (steunmaatregel N213/2004 – Atlas).
- 16 Idem, randnr. 35-35.
- 17 Idem, randnr. 29-30.
- 18 Zie bijvoorbeeld Beschikking Cie 22 december 2005 C(2005)5440 fin (steunmaatregel N503/2005 – Great Yarmouth Outer Harbour).
- 19 Beschikking Cie 20 juli 2004, C(2004)1809 fin (steunmaatregel N213/2004 – Atlas), randnr. 25.

een passieve laag (zoals bijvoorbeeld British Telecom) deze laag exploiteren, maar tevens de einddiensten (retaildiensten en diensten aan eindgebruikers) leveren. Bovendien werden in de Atlas-zaak netwerken uitgerold voor bedrijfsterreinen, zodat met deze uitrol niet het algemene publieke belang werd gediend, maar slechts dat van de aldaar gevestigde ondernemingen. Ten slotte merkte de Commissie op dat breedbanddiensten reeds door de gevestigde exploitanten werden aangeboden, zonder dat overheidsinterventie plaatsvond.

De benadering in de zaak Appingedam is een iets andere.<sup>20</sup> In haar besluit in deze zaak geeft de Commissie immers als haar oordeel dat er sprake is van publieke infrastructuur indien zij nodig zou zijn voor het verstrekken van een dienst die valt binnen de verantwoordelijkheid van de staat jegens het grote publiek en beperkt blijft tot het vervullen van de vereisten van die dienst. Voorts zou het volgens de Commissie moeten gaan om een voorziening waarvan het onwaarschijnlijk is dat deze wordt aangeboden door de markt, omdat dit niet economisch rendabel zou zijn, en mag de wijze waarop zij wordt geëxploiteerd niet uitsluitend een specifieke onderneming begunstigen. De Commissie wijst er in dit verband ook op dat uit de aanwezigheid van KPN en Essent in Appingedam blijkt dat het aanbieden van een plaatselijk netwerk voor toegang tot elektronische communicatie niet een taak is die is voorbehouden aan een overheidsdienst.<sup>21</sup> Het accent ligt in de Appingedamse zaak dan ook meer op de 'marktfaalen'-benadering en minder op de verschillen in karakter van de dark fibre-structuur en klassieke infrastructuur.

Men kan zijn vraagtekens zetten bij de verschillen met klassieke infrastructuur die de Commissie aanwijst. Zo worden ook wegen en waterwegen (deels) gebruikt door niet-eindgebruikers, namelijk transportondernemingen die vervoersdiensten voor anderen verrichten. Een principieel verschil zie ik daarin niet. Daar waar de Commissie de huidige situatie in aanmerking neemt – private ondernemingen die reeds netwerken exploiteren – maakt de benadering een wat statische indruk. Is het zo vreemd dat de overheid een bepaalde ontwikkeling/een bepaalde infrastructuur zo belangrijk vindt dat zij de keuze maakt daarin zelf het initiatief te nemen, niet omdat de markt het niet oppikt, maar omdat de overheid het belangrijk vindt dat een bepaalde structuur zich in overheids handen bevindt of dat bepaalde innovatieve structuren worden ontwikkeld?<sup>22</sup>

Niettemin past de benadering van de Commissie wel in het *uitgangspunt* van artikel 4, lid 1, EG, waarin is neergelegd dat het economisch beleid van de EG en de lidstaten wordt gevoerd met inachtneming van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging. Een initiatief van de overheid ligt in die benadering wellicht minder voor de hand. Een rechtstreekse grondslag voor de beoordeling van de Commissie vormt dit artikel echter niet.

Het criterium dat de Commissie in de zaak Appingedam lijkt te hanteren – vindt de investering plaats in een activiteit die is voorbehouden aan de overheid – lijkt mij buiten het toetsingskader van artikel 87, lid 1, EG te vallen.<sup>23</sup> Zie ik het goed, dan sluip, als deze benadering van de Commissie

wordt gevolgd, een marktvalentoets in de beoordeling of er überhaupt sprake is van een steunmaatregel. Ik meen echter dat deze toets in het kader van de beoordeling of steun – als een maatregel als zodanig kwalificeert – toelaatbaar is, pas aan de orde dient te komen.

In het kader van de vraag of de investering in de passieve laag als investering in publieke infrastructuur kan worden gezien, had de Commissie kunnen volstaan met de constatering dat die passieve infrastructuur slechts aan één enkele exploitant ter beschikking zou worden gesteld, waarna zij nog had moeten nagaan of deze exploitant een niet-marktconform voordeel ter beschikking zou worden gesteld, omdat niet alle (aanleg)kosten van de passieve laag zouden worden doorberekend (hetgeen in het Appingedamse geval inderdaad het geval zou zijn, zo blijkt uit de beschikking).

Zou immers een overheid besluiten een passieve laag aan te leggen en die tegen marktconforme voorwaarden aan een exploitant (op wholesaleniveau) ter beschikking stellen, dan zie ik niet in dat daarmee sprake zou zijn van staatssteun, alleen omdat de aanleg van die passieve laag geen overheidstaak is en er reeds marktpartijen zouden zijn die zo'n passieve laag hebben aangelegd.<sup>24</sup> Ook hier zou wellicht een redenering kunnen worden opgebouwd via artikel 4, lid 1, EG, artikel 10 EG en artikel 87 EG, maar een dergelijke redenering lijkt mij op het eerste gezicht nogal ver te gaan en in ieder geval verwijst de Commissie niet naar deze artikelen.

Overigens valt op dat de Commissie in de beoordeelde zaken niet (ambtshalve) nagaat of sprake is van de aanleg van publieke infrastructuur.<sup>25</sup> De betrokken lidstaat zal dan ook zelf met een – onderbouwd – betoog dienaangaande moeten komen.

## Diensten van algemeen economisch belang – de Franse benadering

In een tweetal Franse zaken werd door de betrokken overheid een dienst van algemeen economisch belang opgedra-

20 Beschikking van 19 juli 2006 (steunmaatregel C35/2005 – Appingedam), randnr. 33.

21 Beschikking Appingedam, randnr. 35.

22 Dergelijke ontwikkelingen – en omgekeerd – hebben wij ook gezien op het gebied van post en telefoon, die in het beginstadium van hun ontwikkeling geen overheidstaak waren, maar dat later wel worden, en bijvoorbeeld recent met de elektriciteitsnetwerken die de overheid in overheidshanden wil brengen, maar die ook door private ondernemingen zouden kunnen worden geëxploiteerd.

23 Hoewel niet valt uit te sluiten dat de Commissie reageert op de stelling van de Nederlandse autoriteiten dat de maatregel als typische overheidstaak moet worden gezien en reeds daarom buiten het toepassingsgebied van artikel 87, lid 1, EG valt.

24 Ik constateer overigens dat de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam in de uitspraak inzake UPC v. Gemeente Amsterdam (vonnis van 22 juni 2006, LJN-nr. AX9229) niet ingaat op de vraag of de aanleg van een glasvezelnet een specifieke overheidstaak is.

25 Zie bijvoorbeeld Beschikking 14 december 2004 C(2004)4340 fin (steunmaatregel N126/2004 – Broadband for SME's in Lincolnshire).

gen, inhoudend – kort gezegd – de realisatie en exploitatie van een breedbandnetwerk.<sup>26</sup>

In de zaak betreffende het departement Pyrenées Atlantiques<sup>27</sup> werd voorzien in een concessie voor de duur van 20 jaar, welke concessie werd gegund aan de gegadigde partij die middels een aanbestedingsprocedure werd uitgekozen en die de beste aanbieding deed op het punt van de dekking van het gebied, de snelheid van uitrol, de hoogte van de tarieven en royalties, de hoogte van de verlangde subsidie, het marketingplan, de realiteit en haalbaarheid van het businessplan, en het innovatieve karakter van de voorgestelde oplossingen.<sup>28</sup>

Conform het arrest van het Hof in de zaak Porto di Genova<sup>29</sup> merkte de Commissie in haar beoordeling op dat de opgedragen diensten een algemeen belang moeten dienen dat ze onderscheidt van andere economische activiteiten. De economische ontwikkeling die door de ondersteunde activiteit in dit verband wordt gerealiseerd is daarvoor niet voldoende. Redenen die daarboven uitgaan kunnen bijvoorbeeld bestaan uit voordelen voor de gehele bevolking (zoals diensten voor scholen, gezondheidsdiensten, elektronische bestuurlijke diensten en telewerken). De Commissie achtte dergelijke positieve gevolgen van de toegang tot breedbanddiensten aangetoond en vond daarom dat de uitrol beantwoordde aan een actuele algemene en fundamentele behoefte. Tevens ging de Commissie na of de diensten afweken van normale commerciële diensten en de betrokkenheid van de overheid rechtvaardigden. Dat was volgens de Commissie het geval, gezien de hoge investeringskosten in de aanleg van het net en de daaruit voortvloeiende hoge tarieven die aansluiting van particulieren en bedrijven onaantrekkelijk maken.

Het meest interessant is de toetsing aan het (vierde) Altmark-criterium dat, wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, de compensatie die aan de onderneming wordt verleend, moet worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.<sup>30</sup> Dit criterium wordt in de praktijk als zeer lastig ervaren, daar er eigenlijk een benchmark voor zou moeten worden uitgevoerd.<sup>31</sup>

De combinatie van een voorstudie naar kosten in verschillende scenario's en een aanbestedingsprocedure met onderhandelingsfase (van welke laatste de Commissie in een aantal Britse zaken vond dat zij overcompensatie niet kon uitsluiten) die de Franse autoriteiten hanteerden, waarborgden volgens de Commissie dat de meest efficiënte aanbieder zou kunnen worden geselecteerd. In dit verband moet worden opgemerkt dat de Franse autoriteiten een uitgebreide studie hadden gedaan naar de kosten van verschillende scenario's, zodat zij een objectief kader hadden voor de beoordeling van de aanbiedingen. Voorts stelde de Commissie vast dat in een

geval als het onderhavige een aanbestedingsprocedure zonder onderhandelingsfase niet goed denkbaar is, gezien de uiteenlopende mogelijke oplossingen en technieken en de daarmee verbonden kosten.

In de zaak Cumbria<sup>32</sup> voldeed volgens de Commissie de maatregel niet aan de Altmark-criteria, omdat weliswaar een aanbestedingsprocedure werd gehanteerd, maar daarin een onderhandelingsfase was voorzien. De condities van de uiteindelijk te sluiten overeenkomst waren op het moment van de beoordeling nog niet duidelijk, waaronder de wijze waarop de compensatie zou moeten worden berekend.<sup>33</sup> Uit de zaak Pyrenées Atlantiques blijkt dat dit op zichzelf geen doorslaggevende reden is. Het gaat kennelijk om de combinatie van maatregelen die moeten verzekeren dat de meest efficiënte aanbieder wordt geselecteerd.

Ook in de zaak Appingedam toetste de Commissie of er sprake was van een dienst van algemeen economisch belang, hoewel de Nederlandse autoriteiten zich daar niet op hadden beroepen. Al vanwege het feit dat er reeds via twee netwerken breedbanddiensten werden aangeboden oordeelde de Commissie dat er geen sprake was van een dienst van algemeen economisch belang.

### Beoordeling door de Commissie onder artikel 87, lid 3, EG

Daar waar de Commissie oordeelde dat er sprake is van een steunmaatregel – dus niet in de Franse zaken – toetst zij de verenigbaarheid van de maatregel aan artikel 87, lid 3, sub c, EG, welke grond zij als enig mogelijke ziet voor de verenigbaarverklaring van steun voor breedbandprojecten.<sup>34</sup>

Een aantal punten blijkt in de beoordeling door de Commissie steeds terug te komen: de noodzaak om met overheidssteun tot uitrol van een breedbandnetwerk te komen, maatregelen om overcompensatie te voorkomen en de keuze van de exploitant middels een aanbestedingsprocedure. Wat betreft dit laatste moet worden opgemerkt dat een onderhandelingsfase in de procedure met zich meebrengt dat er kan worden gesproken van een (mogelijk) niet-marktconform voordeel en dus een steunmaatregel, maar dat in het kader van de afweging die de Commissie op grond van artikel 87, lid 3, EG moet maken, het volgen van een aanbestedingsprocedure juist wordt gezien als een middel om het risico op

26 Zie bijvoorbeeld Beschikking Cie 16 november 2004 C(2004)4343 fin (steunmaatregel N381/2004 Pyrenées Atlantiques) en Beschikking Cie 3 mei 2005 C(2005)1170 fin (steunmaatregel N382/2004 – Limousin).

27 De beoordeling van de zaak Limousin vond langs dezelfde lijnen plaats.

28 Zie Beschikking Cie Pyrenées Atlantiques, randnr. 27.

29 HvJEG 10 december 1991 (C-179/90), *Jur.* 1991, p. I-5889, r.o. 27.

30 HvJEG 24 juli 2003 (Altmark, C-280/00), *Jur.* 2003, p. I-7747, r.o. 93.

31 Voorzover mij bekend zijn deze twee 'Franse' besluiten tot nu toe de enige positieve Altmark-beschikkingen.

32 Beschikking Cie 10 december 2003, C(2003)4480 fin (steunmaatregel N282/2003).

33 Zie ook Beschikking Cie 16 november 2004, C(2004)4341 fin (steunmaatregel N 199/2004 – Broadband Business Fund).

34 Hoewel natuurlijk niet is uitgesloten dat er initiatieven worden ontpleoid in streken die onder artikel 87, lid 3(a) EG vallen.

excessieve opbrengsten voor de exploitant te minimaliseren.<sup>35</sup>

Overcompensatie kan worden voorkomen door met een terugbetalingsregeling te werken voor het geval het project voor de exploitant een 'voldoende' (nader te bepalen) rendement oplevert. Dit verzekert dat de steunmaatregel niet verder gaat dan noodzakelijk.

Verder wordt het van belang geacht dat er non-discriminatoire toegang tot het netwerk wordt verleend aan serviceproviders en dat het project technologie-neutraal is. Een ander belangrijk aspect in dit verband is of de uit te kiezen exploitant vrij is om te kiezen of hij zijn diensten aanbiedt via bestaande infrastructuur, dan wel deze zelf (gedeeltelijk) aanlegt. Ook weegt de Commissie in sommige gevallen mee dat de exploitant de verplichting wordt opgelegd gescheiden boekhoudingen te voeren voor zijn commerciële en niet-commerciële activiteiten (dus ook buiten het geval van een dienst van algemeen economisch belang), terwijl ook een korte looptijd van het project (althans de overheidsbetrokkenheid daarbij) ten positieve wordt meegewogen.

Wat opvalt is dat de Commissie de toetsing aan artikel 87, lid 3(c) EG in de zaak Appingedam aldus invult dat de steunmaatregel een doelstelling van algemeen belang moet nastreven op een wijze die noodzakelijk is en die in verhouding staat tot het te bereiken doel. Het 'algemeen belang'-criterium vind ik niet terug in de andere ('Britse') door de Commissie beoordeelde breedbandprojecten. In het kader van de toetsing geeft de Commissie vervolgens aan dat zij moet nagaan of er sprake is van een gebrekkige marktwerking op de breedbandmarkt in Nederland, meer bepaald in Appingedam, die zou kunnen worden ondervangen door staatssteun. De Commissie komt tot het oordeel dat – kort gezegd – er geen sprake is van gebrekkige marktwerking, hetgeen blijkt uit de reeds aanwezige netwerken, terwijl zij bovendien meende dat toepassingen voor het grote publiek in de nabije toekomst en op middellange termijn niet via die bestaande netwerken zouden kunnen worden aangeboden. Daar de maatregel ook niet past binnen een van de doelstellingen van het cohesiebeleid, oordeelt de Commissie dat een doelstelling van gemeenschappelijk belang ontbreekt en dat de maatregel *derhalve* niet aan de criteria van artikel 87, lid 3(c) EG voldoet. Hiermee volgt de Commissie de in het Actieplan staatssteun uiteengezette lijn voor de beoordeling onder artikel 87, lid 3, EG.<sup>36</sup>

Al met al kan worden gezegd dat de toetsing aan artikel 87, lid 3, EG – gezien de uiteenlopendheid van de aanpak van projecten – van geval tot geval verschilt, maar dat de bovenstaande punten regelmatig terugkomen. De beoordeling in de zaak Appingedam, wijkt echter wezenlijk af van andere projecten, hetgeen is ingegeven door de totaal andere feitelijke situatie en de aanpak van het initiatief door de betrokken gemeente.

## Conclusies

De wijze waarop de verschillende breedbandinitiatieven en de ondersteuning daarvan door de overheid plaatsvin-

den loopt van geval tot geval zo uiteen, dat er geen algemene conclusie kan worden getrokken over de beoordeling door de Commissie van breedbandinitiatieven. Wel blijkt uit de beschikkingenpraktijk dat een aantal punten voor de beoordeling of er wel of niet sprake is van steun dan wel of de maatregel onder artikel 87, lid 3, kan worden toegestaan, van groot belang is.

Op het eerste gezicht lijkt het erop dat bij breedbandinitiatieven het de doorslag geeft bij een staatssteunbeoordeling of in het betrokken gebied reeds voldoende breedbandcapaciteit bestaat. In de Appingedamse zaak lijkt dit het springende punt te zijn op grond waarvan de Commissie de steunmaatregel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, terwijl in de Britse en Franse zaken wordt vastgesteld dat in de betrokken gebieden de markt onvoldoende zijn werk doet: het marktfalencriterium wordt derhalve in de breedbandzaken toegepast.

Niettemin zou mijns inziens de conclusie dat er in gebieden waarin reeds breedbandvoorzieningen aanwezig zijn, overheidsinitiatieven niet meer mogelijk zijn, te ver gaan. Zo zou wel gedacht kunnen worden aan initiatieven waarbij het aan de exploitant wordt overgelaten de bestaande (passieve en/of actieve) infrastructuur te gebruiken dan wel zelf deze infrastructuur aan te leggen. Ook lijkt van belang te zijn dat er in ieder geval wordt voorzien in (gedeeltelijke/geleidelijke) terugbetaling van verleende steun, naar gelang het aantal aansluitingen toeneemt. Verder blijkt uit de beschikkingenpraktijk dat overheidsinitiatieven goed moeten worden onderbouwd. De Franse zaken geven blijk van voorafgaande studies naar de gevolgen van het overlaten aan de markt van uitrol van breedband in dunbevolkte gebieden (geen uitrol, of veel te hoge prijzen). Het is mij niet bekend of en wat voor onderzoeken er in de Appingedamse zaak zijn verricht, maar uit de beschikking van de Commissie blijkt geen gedegen onderbouwing van het initiatief. De 'bewijsvoering' in die zaak maakt, ook op andere punten, dan ook geen sterke indruk.

Appingedam betekent dan ook niet dat andere initiatieven in Nederland geen kans van slagen meer hebben.

35 Zie bijvoorbeeld de beoordeling in de in noot 32 genoemde zaak, randnr. 20.

36 Actieplan staatssteun van 7 juni 2005, COM(2005)107 def., randnrs. 10 en 23.