

LJN: AQ8920, Voorzieningenrechter Rechtbank Groningen, 73875 KGZA 04-271

Datum uitspraak: 03-09-2004

Datum publicatie: 03-09-2004

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Kort geding

Inhoudsindicatie: Appingedam heeft bij raadsbesluit van 27 mei 2004 besloten tot aanleg en exploitatie van een breedbandglasvezelnetwerk (Damsternetproject) in haar gemeente. Essent heeft de gemeente Appingedam gedagvaard in kort geding omdat zij van mening is dat dit project verboden staatssteun behelst in de zin van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag en omdat het project ten onrechte niet overeenkomstig artikel 88 lid 3 EG-Verdrag is aangemeld bij de Europese Commissie. In afwachting van de beslissing van de Europese Commissie dient de gemeente Appingedam van de voorzieningenrechter de werkzaamheden met betrekking tot de aanleg van het Damsternetproject te staken en gestaakt te houden.

Uitspraak
RECHTBANK GRONINGEN
DE VOORZIENINGENRECHTER IN KORT GEDING

Reg.nr.: 73875 KGZA 04-271

Uitspraak: 3 september 2004

V O N N I S

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ESSENT KABELCOM B.V.,
statutair gevestigd te Groningen en kantoorhoudende te Groningen (9723 AB) aan het
Winschoterdiep 60,

e i s e r e s,

hierna te noemen Essent,

procureur mr. H.J. de Groot,

advocaten mr. drs. W. Knibbeler en mr. P.J. Kreijger,

en

de publieke rechtspersoon GEMEENTE APPINGEDAM,
zetelende te Appingedam (9901 CM) aan de Wilhelminaweg 14,
g e d a a g d e,

hierna te noemen Appingedam,

procureur mr. P.E. Mazel,

advocaten mr. P.E. Mazel en mr. M.E. Hamminga.

PROCESVERLOOP

Essent heeft Appingedam doen dagvaarden in kort geding.

De vordering strekt ertoe bij vonnis -uitvoerbaar bij voorraad- :

I. Appingedam te gebieden alle werkzaamheden en activiteiten ter (verdere) uitvoering van de aanleg en exploitatie van een gemeentelijk glasvezelnetwerk (het Damsternet- project) te staken en gestaakt te houden, totdat de Europese Commissie:

a. ofwel bij beschikking op grond van artikel 4, lid 2, Vo. 659/1999 heeft vastgesteld dat de aangemelde maatregel geen steun vormt,

b. ofwel bij beschikking op grond van artikel 4, lid 3, Vo. 659/1999 heeft vastgesteld dat de aangemelde maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt ("beschikking om geen bezwaar te maken"),

c. ofwel, na op grond van artikel 4, lid 4, Vo. 659/1999 de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG te hebben ingeleid, een eindbeslissing heeft genomen op grond van artikel 88, lid 2, EG jo. artikel 7, lid 2, 3, 4 of 5, Vo. 659/1999,

d. ofwel de steun op grond van artikel 4, lid 6, Vo. 659/1999 geacht moet worden te zijn goedgekeurd en de Europese Commissie niet binnen 15 werkdagen na kennisgeving van de tenuitvoerlegging conform artikel 4, lid 6, Vo. 659/1999 een beschikking overeenkomstig artikel 4 Vo. 659/1999 heeft gegeven;

II. te bepalen dat Appingedam een dwangsom verbeurt van ? 10.000,- (dan wel een bedrag dat de voorzieningenrechter passend acht) per dag dat overtreding van het onder I. geformuleerde gebod plaatsvindt dan wel voortduurt;

III. Appingedam te veroordelen in de kosten van de procedure.

De zaak is behandeld ter zitting op 27 augustus 2004.

Namens Essent zijn verschenen [manager], [woordvoerder], [accountmanager], [naam 1] en [naam 2] vergezeld van mr. Knibbeler en mr. Kreijger.

Van de zijde van Appingedam is [wethouder] verschenen vergezeld van mr. P.E. Mazel en mr. M.E. Hamminga.

Essent heeft haar vordering -onder overlegging van pleitaantekeningen- nader doen toelichten.

Appingedam heeft -eveneens onder overlegging van pleitaantekeningen- geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring dan wel afwijzing van de vordering met veroordeling van Essent in de kosten van het geding.

Vervolgens zijn partijen in de gelegenheid gesteld op elkanders standpunten te reageren.

Ten slotte hebben partijen vonnis gevraagd.

RECHTSOVERWEGINGEN

1. Tussen partijen is op grond van de overgelegde stukken, het verhandelde ter zitting en op grond van hetgeen enerzijds is gesteld en anderzijds is erkend, althans niet of onvoldoende is weersproken, in dit kort geding het navolgende komen vast te staan.

- a. Essent is actief op het gebied van data- en telecommunicatie, radio, televisie, internet en telefonie. Het eigen kabelnetwerk -waarvan meer dan zestig procent is verglaasd en retourgeschikt is- vormt de basis van haar dienstverlening. Essent biedt haar diensten ook aan in Appingedam.
- b. KPN biedt in Appingedam breedbandige netwerktoegang aan via ADSL. Essent zal haar kabelnetwerk in Appingedam geschikt maken voor breedbandinternet met hoge snelheid, hetgeen uiterlijk medio 2005 beschikbaar zal zijn. De huidige infrastructuur van KPN en Essent is toereikend om alle thans beschikbare diensten te verzorgen.
- c. Nadat Appingedam was gebleken dat er bij haar inwoners behoefte bestond om over breedbandig internet te beschikken heeft zij met gebruikmaking van gelden, beschikbaar gesteld door het Minister van Economische Zaken, een aantal onderzoeken uitgevoerd. Deze onderzoeken hebben geleid tot het opstellen van de Rapportage 'Damsternet' van 5 januari 2004. In de conclusie daarvan staat:

Volledige financiering door externe partijen blijkt niet haalbaar te zijn. Dit wordt veroorzaakt door de houding van de financiers in combinatie met de ADSL perikelen en de businesscase. Vanuit de gemeente gaat het college zich buigen over alternatieve financieringsvormen en verhoudingen.

Een glasvezelaansluiting van een van de 200 woningen en bedrijven in het buitengebied is met de gemiddelde kostprijs van 4000 euro te duur om rendabel te maken. (...) Voor de mensen in het buitengebied is er bij voldoende belangstelling wellicht nog de mogelijkheid om aangesloten te worden op het netwerk via draadloze overdracht (WIFI). Anders zijn de 'buitenlui' aangewezen op verbindingen via de telefoon, satellietshotel of andere toekomstige voorzieningen.

d. Bij besluit van 27 mei 2004 heeft de gemeenteraad van Appingedam besloten tot aanleg van een breedband glasvezelnetwerk aldaar, aangeduid als het 'Damsternet-project'. Het raadsbesluit kent de volgende inhoud:

1. samen met de netwerkoperator Damsternet een glasvezelnetwerk aan te leggen en te exploiteren;
2. in te stemmen met het voornemen een Stichting Glasvezelnetwerk Appingedam (GNA) op te richten;
3. leden van het bestuur van de Stichting GNA aan te laten wijzen door het College van burgemeester en wethouders;
4. garant te staan voor de betaling van aflossing en rente van een geldlening aan de Stichting GNA, met inachtneming van het onder de nadere uitgangspunten vermelde;
5. een rekeningcourantkrediet voor de Stichting GNA te garanderen;
6. kennis te nemen van de verwachte kosten en opbrengstenstructuur van de Stichting GNA;
7. in te stemmen met de nadere uitgangspunten van het college;
8. dat het college de raad actief informeert over de voortgang.

e. De aanleg en de exploitatie van het glasvezelnetwerk zijn via Stichting Damsternet onderhands gegund aan een consortium onder leiding van NACAP B.V., de kabeldivisie van de Koop Groep.

f. De graafwerkzaamheden ten behoeve van het glasvezelnetwerk zijn gepland in of kort na de zomer van 2004.

g. Appingedam heeft geen aanmelding in de zin van artikel 88, lid 3 Verdrag tot oprichting van

de Europese Gemeenschap (hierna: EG) verricht.

h. In de 'Guidelines on criteria and modalities of implementation of structural funds in support

of electronic communications' van de Europese Commissie staat onder meer het volgende vermeld:

The funding of an infrastructure owned by the public authority does not constitute granting of State aid in the meaning of Article 87 (1)

However, when the infrastructure is made available to undertakings, this should be done on non-discriminatory terms and upon payment of appropriate fees. Such fees are not expected to cover the entire cost of investment -in cases when the market is not capable of providing equivalent services- and should also not allow the users of the infrastructure to make extra profits in excess of a fair return.

When a service equivalent to that provided by the infrastructure is already supplied by the market, then the infrastructure should be rented out at fees allowing coverage of costs and a fair return on investment.

If the management of the facility is entrusted to a third party, it should be awarded for a limited amount of time as a result of an open, transparent and non-discriminatory procedure, preferably determined through a competitive process and leading to a market compensation paid by the concession holder.

2. Ontvankelijkheid

2.1 Appingedam heeft als verweer ten aanzien van de ontvankelijkheid van Essent het volgende gesteld.

Het raadsbesluit van 27 mei 2004 vermeldt onder meer dat Appingedam garant staat voor betaling van aflossing en rente van een geldlening aan de Stichting GNA of een geldlening zal verstrekken aan deze stichting. Dit wordt door Essent aangeduid als verboden staatssteun, hetgeen ook centraal in deze procedure staat. Nu voornoemd (subsidie)besluit een besluit in de zin van de Awb is had het dus op de weg van Essent gelegen om hiertegen binnen zes weken bezwaar te maken. Nu deze termijn ongebruikt is verstreken dient zij niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering. Ook indien de bezwaartermijn nog niet zou zijn verstreken is Essent niet-ontvankelijk omdat zij zich tot de administratieve rechter had dienen te wenden.

2.2. Essent heeft hiertegen aangevoerd dat volgens bestendige rechtspraak het communautaire recht eventuele termijnoverschrijdingen in het nationale recht doorbreekt, aangezien het van een hogere orde is.

2.3 De voorzieningenrechter overweegt hieromtrent dat in deze kortgedingprocedure in het midden kan blijven of een dergelijke, onder 2.2 bedoelde, regel in het communautaire recht in zijn algemeenheid bestaat. Essent stelt namelijk in dezen niet de geldigheid van het raadsbesluit als zodanig aan de orde, maar stelt zich op het standpunt dat de uitvoering van dit besluit niet kan plaatsvinden voordat de voorgenomen steunmaatregel overeenkomstig het bepaalde in artikel 88, lid 3 EG is gemeld bij de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en haar oordeel daarover is verkregen.

Voorts wordt overwogen dat het aanmelden van voorgenomen steunmaatregelen een rechtstreeks uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichting voor de overheid is. Indien deze bepaling niet wordt nageleefd staat het een ondernemer als Essent vrij zich tot de nationale rechter te wenden om de onrechtmatig verleende steun te laten blokkeren of te verbieden. Gezien het voorgaande kan Essent worden ontvangen in haar vordering.

3. De kern van dit geschil betreft de vraag of Appingedam gehouden is haar voorgenomen steunmaatregelen ten behoeve van het Damsternet-project bij de Commissie aan te melden.

3.1 Ingevolge het bepaalde in artikel 87, lid 1 EG zijn -behoudens de afwijkingen waarin voornoemd Verdrag voorziet- steunmaatregelen van de Staten 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 beïnvloed.

3.2 Essent heeft gesteld dat het Damsternet-project steunmaatregelen in de zin van voornoemde bepaling behelst en licht dit als volgt toe.

Het project is met staatsmiddelen bekostigd: Appingedam investeert een bedrag van tenminste ? 5.000.000,-- in de aanleg en exploitatie van het glasvezelnetwerk. Daarnaast is het aannemelijk dat zij ook andere voordelen verstrekt in de vorm van leningen en garantstellingen.

Voorts is er sprake van een specifiek voordeel, omdat de steunverlening geen algemeen karakter heeft maar ten goede komt aan bepaalde ondernemingen. Naast de Stichting GNA, welke als onderneming moet worden aangemerkt, profiteren de Stichting Damsternet en de bij de exploitatie betrokken ondernemingen, waaronder NACAP, van de steunverlening. NACAP verwerft -zonder aanbesteding- het recht om het netwerk aan te leggen en krijgt de gelegenheid dit te exploiteren met uitsluiting van overige netwerkexploitanten, terwijl zij bovendien niet de kosten van de investering (volledig) dient te dragen. Ook de op het Damsternet aangesloten ondernemingen profiteren, omdat zij een aansluiting op een duurdere infrastructuur dan de bestaande krijgen, tegen prijzen van de goedkopere. Dit laatste geldt eveneens voor de bewoners van Appingedam. Het initiatief van Appingedam leidt tot vervalsing van de mededinging, omdat dit glasvezelnetwerk op commercieel verantwoorde basis nimmer te financieren was geweest.

Ten slotte wordt het handelsverkeer tussen de lidstaten door de steunmaatregelen ongunstig beïnvloed. Het contract voor de aanleg en exploitatie van het netwerk is onderhands gegund aan NACAP. De omvang van het project is zodanig dat ook ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd zouden zijn geweest in dit contract. Bovendien is NACAP actief in handel met andere lidstaten. Voorts heeft de markt voor de exploitatie van communicatienetwerken een internationaal karakter: diverse ondernemingen op dit gebied zijn wereldwijd actief. Hetzelfde geldt voor de leveranciers van de apparatuur en de netwerkactiva. Ook het regionale karakter van Damsternet doet niet af aan het interstatelijk effect. Dit blijkt zowel uit de rechtspraak (Altmark-arrest) als uit de door de Commissie gepubliceerde ontwerp-Mededeling.

Als er al concurrerende infrastructuren zijn, aanvaardt de Commissie niet dat de aanleg van een extra infrastructuur tot de verantwoordelijkheid van de staat behoort. Nu Damsternet concurreert met Essent en KPN ten aanzien van diensten waarvan de Nederlandse overheid heeft vastgesteld dat zij door de markt verzorgd moeten worden is geen sprake van de uitzondering van artikel 86, lid 2 EG. Bovendien voegt de extra infrastructuur niets toe nu de buitengebieden van Appingedam hierdoor ook niet worden bediend.

Essent stelt zich op grond van het voorgaande op het standpunt dat de vraag, of de verleende steun voor de aanleg en exploitatie van een glasvezelnetwerk wel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, zodanige twijfel oproept, dat Appingedam de verplichting heeft

om haar steunmaatregelen alsnog bij de Commissie aan te melden. In dat kader heeft Essent tevens gewezen op de in artikel 88, lid 3 EG opgenomen blokkeringsregel die meebrengt dat Appingedam voorts gehouden is haar voorgenoemde steunmaatregelen niet tot uitvoering te brengen voordat de procedure bij de Commissie tot een eindbeslissing heeft geleid.

3.3 Appingedam heeft als verweer het volgende aangevoerd.

Appingedam heeft met de aanleg van een hoogwaardig breedbandnetwerk beoogd haar achterstandspositie te verbeteren en de minderbedeelden onder haar bewoners van (maatschappelijk belangrijke) diensten te voorzien, zoals digitale mantelzorg en bijscholing. Appingedam heeft met Essent vanaf medio 2002 overleg gevoerd over het mogelijk gezamenlijk realiseren van breedbandaansluitingen in Appingedam. Essent heeft aangegeven dat zij bereid was haar netwerk in Appingedam deels te verglazen tegen betaling door Appingedam van ? 900.000,-- exclusief BTW. Het belang van Essent is erin gelegen haar eigen netwerk nog een lange tijd uit te nutten. Op het moment dat Damsternet functioneel wordt is haar eigen netwerk obsoleet. Er is in deze procedure dus sprake van een maatschappelijk versus financieel belang.

Er moet wat betreft staatssteun een onderscheid worden gemaakt tussen de aanleg en de exploitatie van infrastructuur. Het staat iedere overheid vrij ten behoeve van het algemeen belang infrastructuur (weg, tunnel of netwerk) aan te leggen. De aanleg van het glasvezelnet kan dan ook niet als verboden staatssteun worden gekwalificeerd en de Stichting GNA moet niet als een onderneming worden aangemerkt.

De Commissie deelt deze mening getuige haar uit juli 2003 daterende Guidelines waarin is bepaald:

"Infrastructure owned by the public authority

The funding of an infrastructure owned by the public authority does not constitute granting aid in the meaning of Article 87".

Naar de wijze van exploitatie moet wel kritisch worden gekeken. Ten aanzien van de exploitatie zijn echter nog geen definitieve besluiten genomen. De vordering van Essent is dan ook gebaseerd op onjuiste en onvolledige informatie en derhalve prematuur.

4. De voorzieningenrechter overweegt hieromtrent als volgt.

Ingevolge het bepaalde in artikel 88, lid 3 EG dient de Commissie door een overheid tijdig op de hoogte te worden gebracht van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen. Hierdoor wordt de Commissie in staat gesteld te beoordelen of er wellicht sprake is van onverenigbaarheid van een bepaalde steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt.

Deze bepaling heeft rechtstreekse werking. Vast staat dat met betrekking tot het Damsternet-project nog niet een dergelijke melding aan de Commissie heeft plaatsgevonden.

Essent heeft in dit kort geding haar bezwaren geuit tegen het Damsternet-project van Appingedam. Zij heeft uitvoerig gemotiveerd betoogd dat dit project aan alle criteria van artikel 87 lid 1 EG voldoet en dat er voorts geen sprake is van een afwijking waarin het Verdrag voorziet, zodat het moet worden beschouwd als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Er is in de visie van Essent dan ook sprake van verboden staatssteun.

Appingedam heeft zich hiertegen verweerd door aan te voeren dat Essent te vroeg is met haar bezwaren, nu met betrekking tot de exploitatie van het netwerk nog geen definitieve besluiten

zijn genomen en het iedere overheid vrij staat ten behoeve van het algemeen belang een netwerk aan te leggen.

De voorzieningenrechter kan Appingedam hierin niet volgen. Hiertoe wordt overwogen, dat al bij het aanleggen van infrastructuur door de overheid de vraag aan de orde kan komen of er geen sprake is van verboden staatssteun. In de door Appingedam aangehaalde 'Guidelines' van de Commissie worden meteen na het door Appingedam geciteerde deel nuanceringen aangebracht -vergelijk rechtsoverweging 1 h- op de visie dat aanleg van een infrastructuur door de overheid nimmer staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1 EG zou kunnen zijn. Daarnaast is komen vast te staan dat indien er al twee concurrerende infrastructuren voorhanden zijn, de Commissie niet aanvaardt dat de aanleg van een extra infrastructuur tot de verantwoordelijkheid van de overheid behoort.

Voor zover Appingedam heeft beoogd te betogen dat zij -in het kader van haar publieke taak- wel genoodzaakt was tot het aanleggen van een extra infrastructuur (het glasvezelnet), teneinde maatschappelijk belangrijke diensten aan haar inwoners aan te kunnen bieden, is daar naar het oordeel van de voorzieningenrechter voorshands onvoldoende van gebleken. Weliswaar is het beoogde glasvezelnet geavanceerder dan de bestaande infrastructuren van KPN en Essent in Appingedam, dit laat onverlet dat vast staat dat de bedoelde diensten ook via deze bestaande infrastructuren kunnen worden verkregen. Daarnaast zullen de bewoners van de buitengebieden van Appingedam ook door het Damsternet-project niet bediend worden, zodat de aanleg van de extra infrastructuur ook in die zin geen toegevoegde waarde heeft. Hoe, sociaal gezien, lofwaardig de plannen van Appingedam ook mogen zijn, toch moet worden bekeken of de door haar verleende steun wel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Het resultaat van steunmaatregelen is nu eenmaal vaak vervalsing van de (interstatelijke) concurrentie.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, de vaststaande feiten en hetgeen door Essent is gesteld staat niet zonder meer vast of er bij het Damsternet-project geen sprake is van verboden staatssteun. Zoals door advocaat-generaal Lenz is geconcludeerd in de zaak België/Commissie (HvJ EG 10 juli 1986, zaak 40/85) dient al bij twijfel over de vraag of in een concreet geval sprake is van een steunmaatregel melding aan de Commissie plaats te vinden. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter ligt het dan ook op de weg van Appingedam om haar plannen in het kader van het Damsternet-project overeenkomstig het bepaalde in artikel 88, lid 3 EG bij de Commissie aan te melden.

Nu deze aanmelding tot dusver is uitgebleven zal het gevorderde van Essent worden toegewezen, echter met uitzondering van de gevorderde dwangsom, nu Appingedam -zoals zij ter zitting heeft bevestigd- de uitspraak in deze procedure zal naleven.

5. Appingedam dient als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure te worden veroordeeld.

BESLISSING

De voorzieningenrechter:

1. gebiedt Appingedam alle werkzaamheden en activiteiten ter (verdere) uitvoering van de aanleg en exploitatie van een gemeentelijk glasvezelnetwerk (het Damsternet project) te staken en gestaakt te houden, totdat de Europese Commissie:

- a. ofwel bij beschikking op grond van artikel 4, lid 2, Vo. 659/1999 heeft vastgesteld dat de aangemelde maatregel geen steun vormt,
- b. ofwel bij beschikking op grond van artikel 4, lid 3, Vo. 659/1999 heeft vastgesteld dat de aangemelde maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt ("beschikking om geen bezwaar te maken"),
- c. ofwel, na op grond van artikel 4, lid 4 Vo. 659/1999 de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG te hebben ingeleid, een eindbeslissing heeft genomen op grond van artikel 88, lid 2, EG jo. artikel 7, lid 2, 3, 4 of 5, Vo.659/1999,
- d. ofwel de steun op grond van artikel 4, lid 6, Vo. 659/1999 geacht moet worden te zijn goedgekeurd en de Europese Commissie niet binnen 15 werkdagen na kennisgeving van de tenuitvoerlegging conform artikel 4, lid 6, Vo. 659/1999 een beschikking overeenkomstig artikel 4 Vo. 659/1999 heeft gegeven;

2. veroordeelt Appingedam in de kosten van de procedure, tot op deze uitspraak aan de zijde van Essent begroot op ? 311,40 aan verschotten en op ? 703,-- aan salaris van de procureur;

3. verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

4. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. W. Duitemeijer, voorzieningenrechter, en door deze uitgesproken ter openbare terechtzitting van 3 september 2004, in tegenwoordigheid van de griffier.