

Gemeentelijke breedbandinitiatieven

Wat gaat Brussel doen?

‘De lokale breedbandkrachten zijn niet meer te beteugelen’, constateert de journalist Peter Mom, een ervaren waarnemer van de omgang van gemeenten met de moderne informatietechnologie.¹ De site www.stedenlink.nl, ‘netwerk der kennissteden’, levert een illustratie in de vorm van een waslijst lokale glasvezelprojecten. Juridisch gezien begeven de ontketende gemeenten zich echter op gevaarlijk gebied. Hun voorttrekkersrol loopt het risico door de Europese Unie te worden aangemerkt als verboden staatssteun.

Na een aanvankelijke fase van ontkenning hebben de gemeenten deze penibele vraag vorig jaar onder ogen moeten zien. Appingedam had de twijfelachtige eer het juridische spits af te bijten met zijn breedbandproject ‘Damsternet’ voor 6.000 huishoudens en 300 bedrijven. De naam is een toespeling op het Damsterdiep, het befaamde kanaal dat eens hielp het Groninger achterland te ontsluiten. Het Damsternet staat, in de woorden van de toenmalige wethouder G. Snakenborg, in het teken van zelfredzaamheid. ‘Want we hebben een sociaal zwakke structuur’.

De gemeente besloot het project te financieren door een hypothecaire lening te sluiten bij de BNG met het net als onderpand. Kabelbedrijf Essent, dat naast het contract greep, protesteerde. De rechtbank in Groningen zei dat het voorgenomen plan niet door kon gaan zonder toestemming van de Europese Commissie.² Deze toestemming had Appingedam niet gevraagd. Vorig jaar deze tijd ondernam de Groningse gemeente alsnog de tocht naar Brussel. Niet alleen, trouwens. De ge-

meente Amsterdam, die werkt aan een ambitieus Citynet, had gedacht het handig aan te pakken door een brief aan de Commissie te sturen met het verzoek te bevestigen dat haar plan niet gemeld hoefde te worden. Maar de Commissie had wel degelijk vragen waarover zij opheldering verlangde en zo moest ook de hoofdstad in Brussel te biecht. Brussel kent ook niets als een ‘pre-notificatieprocedure’.

Wethouder Snakenborg verklaarde zich in november 2004 vol vertrouwen op een voorspoedige uitslag. Maar begin mei van dit jaar moest zijn opvolger Attje Waal laten weten dat de Commissie in Brussel nog steeds niet overtuigd was en een nadere uitleg had gevraagd. Eurocommissaris Kroes (Mededinging) heeft nu laten weten dat zij een formeel onderzoek instelt of de gemeente Appingedam zich schuldig maakt aan oneerlijke staatssteun met zijn glasvezelproject.³

Dit besluit was nog niet bekend tijdens het congres *Slim omgaan met breedband* voor gemeenten, provincies en woningbouwcorporaties, vorige maand in het Passengers Terminal aan het Amsterdamse IJ. De Europese Commissie heeft inmiddels wel negen beslissingen genomen over regionale breedbandprojecten in landen zoals Frankrijk, Spanje en Engeland & Wales, vertelde Jan-Gerrit Westerhof, een gespecialiseerde medewerker van de Commissie.⁴ Alle negen vielen positief uit. Uitgerekend op dezelfde dag dat mevrouw Kroes het onderzoek naar Appingedam aankondigde, ging zij akkoord met publieke financiering voor breedband in de Oostenrijkse deelstaat Karintië.⁵

Met dergelijke positieve uitslagen is de kou echter niet uit de lucht voor de investerende overheden. Het EU-fiat heeft namelijk betrekking op dun bevolkte, niet-bekabelde en economisch achtergebleven landelijke gebieden.

Tegenhangers dus van het dichtbe-

volkte en -bebouwde, welvarende Nederland, dat een van de dichtstbekebelde landen ter wereld is. De Nederlandse gemeenten hebben hun kabelnetten, die zij aanvankelijk lieten aanleggen als een nutsvoorziening, juist massaal voor mooie prijzen van de hand gedaan aan particuliere partijen. Waarom moeten ze nu dan opeens toch weer een voorttrekkersrol claimen bij de nieuwe glasvezel?

De voorttrekkersrol heeft verschillende kanten en varianten die nogal wat verschil maken, zo werd eerder in dit blad al aan de orde gesteld.⁶ In elk geval moet niet te makkelijk worden gerekend op coulance van Brussel, blijkt uit een algemene beschouwing van de gespecialiseerde Haagse advocaat B.J. Drijber eind vorig jaar. De Commissie stelt op dit rechtsgebied nu al meer dan 1000 beschikkingen per jaar vast en dat aantal zal alleen maar toenemen na de uitbreiding van de EU met tien nieuwe leden. Eenvoudiger wordt het er niet op. ‘Het thema van de staatssteun is in omvang en complexiteit toegenomen’, aldus Drijber.⁷

Tweeslachtig

Breedband is slechts een van vele gevallen waarin gemeenten te maken krijgen met communautaire verplichtingen. In het bestuursrechtelijk tijdschrift *De Gemeentestem* nr. 7225 gaf de Utrechtse hoogleraar Europees recht en decentrale overheden B. Hessel onlangs een waslijst van voorbeelden.⁸ Europese richtlijnen hebben gevolgen voor de behandeling van stedelijk afvalwater, of de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers. Een gemeente die weigert een Belg in dienst nemen krijgt te maken met het discriminatieverbod van het vrij verkeer van werknemers. En dan zijn er nog de inmiddels befaamde regels voor aanbestedingen.

MR. FRANK KUITENBROUWER

Oud-commentator, thans medewerker van NRC Handelsblad

Europa heeft gevolgen voor de tarieven voor musea, het in dienst nemen van moeilijk plaatsbare werklozen uit de regio en het optreden tegen Engelse voetbalvandalen. Alleen al de gevolgen van het personenverkeer voor de beleidsterreinen burgerzaken en ruimtelijke orde en huisvesting was eerder dit jaar goed voor een proefschrift van Hanneke Luijendijk van het Utrechtse Europa Instituut.⁹

De positie van de gemeenten in het Europees recht wordt door de twee deskundigen eendrachtig aangemerkt als 'tweeslachtig'. Het is immers primair de lidstaat, lees: de centrale overheid, die naar de EU toe verantwoordelijk is. De centrale overheid oefent toezicht uit op de lokale besturen. Toch hebben deze ook een eigen plicht de Europese regels zelfstandig en loyaal na te leven. Ze kunnen zich niet verschuilen achter de centrale overheid.

Gemeenten hebben een 'vergewisplicht', zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het eens uitdrukte in een zaak over subsidiëring aan de exploitant van de Martinihal in Groningen. Onder omstandigheden kan het beginsel van gemeenschapstrouw de gemeenten in aanvaring brengen met de centrale overheid, met name als deze een Europese richtlijn naar achteraf blijkt verkeerd heeft 'omgezet' in binnenlandse regelgeving. Een politiek en bestuurlijk zeer gevoelige materie.

Het moet Hessel wel van het hart dat het besef voor de Europese dimensie bij decentrale overheden 'nog onvoldoende is, zodat de kans op ongewilde fouten groot is'. Naar zijn ervaring is er op dit moment een groot verschil tussen provincies en gemeenten. De meeste provincies hebben 'Europa proof'-trajecten doorlopen, cursussen gevolgd en het Europese recht 'organisatiebreed' uitgezet. Afgezien van de gemeente Den Haag zijn hem echter geen gemeenten bekend die zo'n structurele aanpak hebben gevolgd. 'De aandacht voor het Europese recht wordt bij gemeenten nog te veel bepaald door de persoonlijke belangstelling van individuen, niet zelden in het kader van de juridische kwaliteitszorg. Maar dat was vijf jaar geleden bij de provincies ook het geval'.

Inmiddels is op 3 april 2002 het kenniscentrum EUROPA decentraal opgericht, een samenwerkingsverband tussen de VNG, de Unie van Waterschappen, het IPO en het Ministerie van Binnenlandse zaken.¹⁰ Hanneke Luijendijk heeft overigens nog wel en-

kele wensen met betrekking tot de voorlichting en advisering van gemeentebesturen door het centrum. En vooral de rapportage over nieuwe jurisprudentie en regelgeving, want het valt moeilijk van alle gemeenten te verwachten dat zij een dynamisch Europees rechtsgebied als burgerzaken zelf bijhouden.

Altmark

Op het gebied van staatssteun hebben Nederlandse gemeenten ook reeds kennis gemaakt met Europa. Voetbalclubs en de plaatselijke publieke omroep, maar ook jachthavens die aanklopten voor steun gingen de glasvezel voor. Het belangrijkste juridische precedent komt echter uit Duitsland, de zogeheten Altmark-arrest dat het EU-Hof van Justitie in Luxemburg op 24 juli 2003 wees. Dit betrof stads- en streekvervoer per bus in de Duitse deelstaat Sachsen-Anhalt. Een concurrent klaagde dat de vergunninghouder slechts kon overleven met behulp van overheidssubsidie. Het Hof zei dat dit geen bezwaar is mits wordt voldaan aan vier voorwaarden, die bij elkaar optellen:

- 1 Er moet sprake zijn van een algemeen economisch belang en de taak moet duidelijk zijn omschreven in een formeel overheidsbesluit.
- 2 De overheidsbijdrage vormt een 'objectief bepaalde compensatie' voor het uitvoeren van deze taak.
- 3 De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig.
- 4 Als het gesubsidieerde werk niet openbaar wordt aanbesteed (zoals Europa in beginsel heeft voorgeschreven), moet de overheid aantonen dat het bedrijf een marktconforme kostprijsberekening hanteert.

Deze criteria vormen een 'zware hobbel' voor overheidssteun, concludeerde professor Hessel in De Gemeentestem nr 7211.¹¹ Daar staat tegenover dat overheden bijdragen die voldoen aan de Altmark-criteria niet hoeven te melden. De precieze grens van deze criteria is echter niet duidelijk en de Commissie kan altijd nog achteraf toetsen. Daardoor leidt het Altmark-arrest – hoewel 'baanbrekend' – volgens Hessel tot 'grote onzekerheid voor de decentrale overheden'.

Ook de Europese Commissie zit volgens Drijber 'duidelijk met Altmark in haar maag: zij wil geen bevoegdheden kwijtraken maar ook niet overgestroomd worden met aanmeldingen'.

De Commissie heeft daarom gezocht naar een oplossing waarbij, binnen strakke voorwaarden, enkele safe harbours worden aangeboden in de vorm van een vrijstellingsregeling en een kaderregeling. Daarbij staat de dienst van algemeen economisch belang centraal (art. 86.2 EG-verdrag). In ruil daarvoor worden zaken die qua sector of omvang minder relevant zijn vrijgesteld.

Voor wat de gemeentelijke breedbandinitiatieven betreft, gaf de Amsterdamse hoogleraar informatierecht en advocaat E.J. Dommering vorig jaar deze tijd op een congres in Amsterdam¹² enkele vuistregels:

De overheid kan een rol spelen bij ieder marktconform initiatief: launching customer, vraagbundeling modellen, mits zonder kruissubsidie.

Public-private samenwerkingsmodellen en regiomodellen zijn mededingingsrechtelijk riskant.

Een overheid moet zich niet vastleggen in een public-private partnership dat openbare aanbesteding bemoeilijkt.

Bij financiële bijdragen – al dan niet in het kader van een openbare aanbesteding – moet uitgangspunt zijn dat er wordt aangemeld als staatssteun.

En zo zijn we weer uit bij het begin: wat gaat Brussel doen?

Noten

- 1 Peter Mom, 'Lokale breedbandkrachten niet meer te beteugelen', *Overheid Innovatie* 2005, nr. 1.
- 2 Voorzieningenrechter Rechtbank Groningen, 3 september 2004, nr. 73875 KGZA 04-273, www.rechtspraak.nl/LJN/AQ8920.
- 3 Persbericht *Staatssteun: Commissie stelt onderzoek in naar financiering voor breedband in Appingedam (Nederland)*, Brussel, 24 oktober 2005, nr IP/05/1331. Zie ook Elske Schouten, 'Appingedam zet de toon', *NRC Handelsblad* 26 oktober 2005.
- 4 www.slimomgaanmetbreedband.nl
- 5 Persbericht *State aid: Commission endorses public funding for broadband in Kärnten*, Austria, Brussels, 24 October 2005, nr IP/05/1333.
- 6 P.M. Borghstijn, 'Terug naar de nutsvoorziening?', *B&G*, september 2004 (Dossier glasvezel voor breedband).
- 6 B.J. Drijber, 'Enkele tendensen in het staatssteunrecht', *Markt & Mededinging*, december 2004.
- 8 B. Hessel, 'Het kabinetstandpunt over de Europese dimensie van toezicht: een aansporing voor gemeenten om Europees recht nog meer serieus te nemen', de *Gemeentestem* 2005, 7225.
- 9 Hanneke Luijendijk, *Nederlandse gemeenten en het Europese personenverkeer*, Kluwer, Deventer 2005 (serie Europese monografiën).
- 10 Brief van minister Remkes (Binnenlandse zaken), 8 juli 2004, *Kamerstukken III* 29 698.
- 11 B. Hessel, 'Ontwikkelingen rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang na het Altmark-arrest', de *Gemeentestem* 2004, 7211.
- 12 Euroforumcongres 'ICT-infrastructuren in de stad', Amsterdam 2 november 2004.