

uitspraak

RECHTBANK NOORD-HOLLAND

Zittingsplaats Haarlem

Bestuursrecht

zaaknummer: HAA 19/2302

uitspraak van de meervoudige kamer van 6 februari 2020 in de zaak tussen

FiberNh B.V., te Emmeloord, eiseres
(gemachtigde: mr. J.W. Kempenaar-van Ittersum),

en

Gedeputeerde Staten van Noord-Holland, verweerder
(gemachtigde: mr. G.A. Dictus).

Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen:

Glasvezelnetwerk Hollands Kroon B.V., te Den Burg (gemachtigden: C. de Lange, J. Drijver, C.J.J. Bos en A. Opdeweegh).

Procesverloop

Bij besluit van 12 december 2018 (het primaire besluit) heeft verweerder aan derde-partij subsidie verleend in de vorm van een garantstelling voor het aanleggen van een glasvezelnetwerk in Hollands Kroon (de subsidie).

Bij besluit van 18 april 2019 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft bij overlegging van een aantal stukken een beroep gedaan op geheimhouding daarvan, een en ander op de voet van het bepaalde in artikel 8:29, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De rechtbank heeft dit verzoek gehonoreerd. Eiseres is er desgevraagd mee akkoord gegaan dat de rechtbank kennis neemt van deze stukken en mede op grond daarvan uitspraak doet.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 28 november 2019. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, alsook A. Dogger, J. Voesten en H.P. Scholtens. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde, alsook G. Nederbragt, R. Sabee en S. Yuksel. Derde-partij heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden.

Overwegingen

1.1 Verweerder heeft aan derde-partij subsidie verleend in de vorm van een garantstelling ten behoeve van het afsluiten van twee geldleningen voor de aanleg van een glasvezelnetwerk in het buitengebied van de gemeente Hollands Kroon. Subsidie is verleend voor aanleg van een netwerk in zogenaamde witte en grijze gebieden, zoals bedoeld in de Mededeling van de Commissie, EU-richtsnoeren (de richtsnoeren) voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken (2013/C 25/01).

1.2 Voorafgaand aan de subsidieverlening heeft verweerder in de periode van 21 november 2017 tot en met 31 januari 2018 een marktconsultatie uitgezet. Doel daarvan was vast te stellen of marktpartijen beschikbaar waren die in het buitengebied van de gemeente Hollands Kroon een glasvezelnetwerk zouden willen aanleggen in de daarop volgende drie jaren. Eiseres heeft zich in het kader van deze marktconsultatie gemeld bij verweerder. Bij brief van 18 mei 2018 heeft verweerder een definitieve lijst met witte gebieden opgesteld. Daarnaast zijn gebieden aangemerkt als grijs.

1.3 Op grond van de (voorlopige) resultaten uit de marktconsultatie konden marktpartijen tussen 15 februari en 8 maart 2018 verzoeken om garantstelling door verweerder met betrekking tot hun businesscase in de doelgebieden. Derde-partij heeft bij verweerder een garantstellingverzoek ingediend voor het aanleggen van een glasvezelnetwerk in witte en grijze gebieden in Hollands Kroon. Bij brief van 23 juli 2018 heeft verweerder Provinciale Staten van de provincie Noord-Holland bericht dat besloten is om voor de aanleg van glasvezel in genoemde gebieden een garantstelling te verlenen aan derde-partij.

2. Aan derde-partij is aldus een subsidie verleend met het oog op de aanleg van een glasvezelnetwerk in witte en in grijze gebieden. Het beroep richt zich enkel op de subsidie die is verstrekt voor de gemeente Hollands Kroon als wit gebied.

3. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage en maakt onderdeel uit van deze uitspraak.

4.1 Uitgangspunt is dat de subsidie is aan te merken als een steunmaatregel. Op grond van artikel 52, eerste lid, van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening van de Europese Unie van 17 juni 2014 (AGVV) is investeringssteun ten behoeve van de uitbouw van breedbandnetwerken verenigbaar met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, van het Verdrag en vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, van het Verdrag als de in dit artikel gestelde voorwaarden zijn vervuld. Op grond van artikel 52, derde lid, van de AGVV vindt de investering plaats in gebieden waar waarschijnlijk niet op zakelijke voorwaarden een infrastructuur binnen drie jaar vanaf het ogenblik van de bekendmaking van de voorgenomen steunmaatregel zal worden uitgerold, hetgeen ook via een open publieke consultatie moet worden nagegaan. Deze gebieden worden 'witte' gebieden genoemd. Eiseres stelt zich op het standpunt dat zij binnen drie jaar voornoemde infrastructuur kon uitrollen, zodat het gebied ten onrechte als wit is aangemerkt en aan derde-partij ten onrechte subsidie is verleend.

4.2 De vraag die voorligt is of verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat in het desbetreffende gebied waarschijnlijk niet op zakelijke voorwaarden een glasvezelnetwerk zou worden uitgerold, zoals bedoeld in artikel 52, derde lid, van de AGVV.

Uitgangspunt is dat verweerder daarbij beoordelingsruimte heeft, gelet op het gebruik van het woord 'waarschijnlijk' in combinatie met de term 'zal worden uitgerold'.

In onderdeel 63 van de richtsnoeren is opgenomen dat de steunverlenende autoriteit moet vaststellen of er breedbandinfrastructuur in het betrokken gebied aanwezig is, om geografische gebieden als wit, grijs of zwart te kunnen aanmerken. De steunverlenende autoriteit moet tevens nagaan of er particuliere investeerders zijn die concrete plannen hebben om in de nabije toekomst hun eigen infrastructuur uit te rollen, waarbij de term 'in de nabije toekomst' moet worden opgevat als 'binnen een termijn van drie jaar'. In onderdeel 65 wordt het gevaar gesignaleerd dat een loutere 'blijk van belangstelling' van een particuliere investeerder de levering van breedbanddiensten vertraagt indien die investering vervolgens niet plaatsvindt en overheidsoptreden achterwege blijft. Daarom zou de steunverlenende autoriteit kunnen verlangen dat de particulier investeerder bepaalde toezeggingen doet, die moeten garanderen dat er binnen de termijn van drie jaar aanzienlijke vooruitgang wordt geboekt qua dekking. Er kan zelfs verlangd worden dat de betrokken exploitant een overeenkomst sluit waarin de toezeggingen inzake uitrol zijn vastgelegd. Die overeenkomst zou kunnen voorzien in een aantal 'mijlpalen' die in die periode van drie jaar zouden moeten worden bereikt. In dat geval kan de steunverlenende autoriteit verlangen dat een exploitant die belangstelling laat blijken om in het steungebied zijn eigen infrastructuur aan te leggen, binnen twee maanden een geloofwaardig businessplan, bewijsstukken als kredietovereenkomsten met een bank en een gedetailleerd tijdsschema voor de uitrol overlegt.

4.3 Uit het voorgaande volgt dat in het kader van de vraag of het waarschijnlijk is dat binnen drie jaar op zakelijke voorwaarden een glasvezelnetwerk zal worden aangelegd, verweerder van de belangstellende concrete plannen mag verlangen en zelfs toezeggingen die in een overeenkomst zijn vastgelegd. Anders dan eiseres stelt, mocht verweerder in dit licht bezien groot gewicht toekennen aan bijvoorbeeld lokaal draagvlak, financiering en rendabiliteit. Niet valt in te zien waarom verweerder in redelijkheid eiseres het ontbreken van (voldoende) lokaal draagvlak niet mocht tegenwerpen. Verweerder heeft eiseres nog tijdens de marktconsultatie, te weten bij brief van 3 april 2018, de kans geboden om de voorgenomen plannen (op onderdelen) alsnog overtuigend te onderbouwen. Van deze gelegenheid heeft eiseres evenwel geen gebruik gemaakt.

4.4 Eiseres stelt daarnaast dat de genoemde termijn van drie jaar bedoeld is om de markt de gelegenheid te bieden vanaf de bekendmaking van de voorgenomen steunmaatregel op zakelijke voorwaarden een glasvezelnetwerk uit te rollen. Dit betoog slaagt niet. Verweerder heeft ter vaststelling van de witte gebieden een marktconsultatie gedaan. Zoals volgt uit de uitspraak van deze rechtbank van 10 juli 2019 (in de zaak met nummer HAA 19/1843) was die marktconsultatie afgerond op 18 mei 2018, toen verweerder de definitieve lijst met witte gebieden publiceerde. Op dat moment moet de beschikbare informatie voldoende overtuigend zijn. Dit impliceert dat de termijn van drie jaar een andere bedoeling heeft dan eiseres stelt. Bovendien vindt het betoog van eiseres geen steun in de richtsnoeren. Immers is daarin, voor het geval de steunverlenende autoriteit een overeenkomst verlangt, onder meer opgenomen dat een exploitant moet kunnen aantonen dat hij in de periode van drie jaar dekking zal bieden voor een aanzienlijk deel van het grondgebied en de betrokken bevolking. Hieruit volgt naar het oordeel van de rechtbank dat het erom gaat of een belangstellende vooraf ten minste aannemelijk kan maken dat hij concrete plannen heeft om op zakelijke voorwaarden een glasvezelnetwerk uit te rollen.

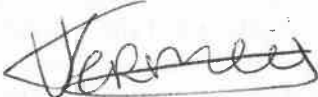
4.5 Op grond van het voorgaande komt de rechtbank tot de slotsom dat verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de desbetreffende gebieden als witte gebieden moeten worden beschouwd.

5. Het beroep is ongegrond. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

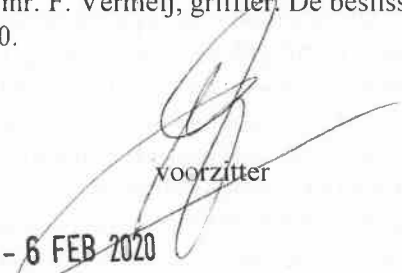
De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr.dr.s. J.H.A.C. Everaerts, voorzitter, mr. E. Jochem en mr. J.J. Maarleveld in aanwezigheid van mr. F. Vermeij, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 6 februari 2020.



griffier

Afschrift verzonden aan partijen op:



voorzitter

- 6 FEB 2020

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Als hoger beroep is ingesteld, kan bij de voorzieningenrechter van de hogerberoepsrechter worden verzocht om het treffen van een voorlopige voorziening.

Voor eensluidend afschrift.
De griffier van de Rechtbank
Noord-Holland



Bijlage

Algemene Groepsvrijstellingsverordening van de Europese Unie van 17 juni 2014artikel 52

1. Investeringssteun ten behoeve van de uitbouw van breedbandnetwerken is verenigbaar met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, van het Verdrag en is van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, van het Verdrag vrijgesteld, mits de in dit artikel en in hoofdstuk I vastgestelde voorwaarden zijn vervuld.
2. De in aanmerking komende kosten zijn de volgende:
 - a) investeringskosten voor de uitrol van passieve breedbandinfrastructuur;
 - b) investeringskosten van civieltechnische werkzaamheden voor breedband;
 - c) investeringskosten voor de uitrol van basisbreedbandnetwerken, en
 - d) investeringskosten voor de uitrol van Next Generation Access (NGA) netwerken.
3. De investering vindt plaats in gebieden waar er geen infrastructuur van dezelfde categorie (basisbreedband- of NGA-netwerk) voorhanden is en waar dit soort infrastructuur binnen drie jaar vanaf het ogenblik van de bekendmaking van de voorgenomen steunmaatregel waarschijnlijk niet op zakelijke voorwaarden zal worden uitgerold, hetgeen ook via een open publieke consultatie dient te worden nagegaan.
4. De steun wordt toegewezen op grond van een openbare, transparante en niet-discriminerende concurrerende selectieprocedure die het beginsel van technologische neutraliteit in acht neemt.
5. De netwerkexploitant biedt op eerlijke en niet-discriminerende voorwaarden de ruimst mogelijke actieve en passieve wholesaletoeegang in de zin van artikel 2, punt 139, van deze verordening, met inbegrip van fysieke ontbundeling in het geval van NGA-netwerken. Dit soort wholesaletoeegang wordt verleend voor ten minste zeven jaar en het recht op toegang tot buizen of masten wordt niet in de tijd beperkt. In het geval van steun voor de aanleg van buizen zijn deze buizen breed genoeg om plaats te bieden voor meerdere kabelnetwerken en verschillende netwerktopologieën.
6. Het wholesaletoeegangstarief is gebaseerd op de tariefbeginselen die de nationale toezichthouder heeft vastgesteld en op benchmarks die in andere vergelijkbare, meer concurrerende gebieden van de lidstaat of de Unie van toepassing zijn, rekening houdende met de steun die de netwerkexploitant ontvangt. De nationale toezichthouder wordt geraadpleegd over toegangsvoorwaarden (zoals tarieven) en in het geval van een geschil tussen de partijen die toegang willen, en de exploitant van de gesubsidieerde infrastructuur.
7. Lidstaten zetten een monitoring- en terugvorderingsmechanisme op indien het steunbedrag voor het project meer dan 10 miljoen EUR bedraagt.

