

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Handläggare
Lisa Wiberg
08-720 92 53

UNDERRÄTTELSE
2006-04-21

Aktbilaga 19

Bilaga 2

Mål nr.
25240-05 Rotel 221

Anges vid kontakt med länsrätten

Stockholms stad
Stadshuset
105 35 Stockholm

STOCKHOLMS STAD Kommunstyrelsen KF:KS Kansli	
Ink.	2006-04-24
Dnr:	035-2620/2005
Till:	RI, jur. div., akten

Thomas Svensson ./ Stockholm stad
angående laglighetsprövning enligt kommunallagen

Ni får tillfälle att yttra Er över innehållet i bifogade handlingar, aktbilaga 18 + bilaga 1.

Om Ni yttrar Er skall yttrandet vara skriftligt och ha kommit in till länsrätten **senast den 22 maj 2006**. Ange länsrättens målnummer som finns längst upp till höger.

Om Ni har några frågor kan Ni kontakta länsrätten.

Carina Westerlund

Carina Westerlund
Telefon direkt 08-720 92 65

Dok.Id 127768

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 17106 104 62 Stockholm	Krukmakargatan 19	08-720 90 00	08-720 93 00	måndag – fredag 09:00-15:00
E-post: lansrattenistockholm@dom.se				

Till
Länsrätten i Stockholms län

LÄNSRÄTTEN I STOCKHOLMS LÄN	
2006-04-20	
Målnr:	18
Aktbilaga:	18
Rotel:	

Stockholm den 19 april 2006

Mål nr 25240-05

Thomas Svensson./. Stockholms Stad

Som ombud för Thomas Svensson ("Klagande") får vi med anledning av Stockholm stads ("Staden") yttrande daterat den 8 februari 2006 (Dnr 035-2620/2005) anföra följande.

Staden bestrider i sitt yttrande att den av kommunfullmäktige godkända investeringen om 700 miljoner kronor utgör statsstöd enligt artikel 87(1) i EG-fördraget. Stadens yttrande innehåller beskrivningar av ett antal omständigheter utan någon redogörelse för deras eventuella rättsliga betydelse. Likaledes uppger Staden i allmänna ordalag att ett flertal av rekvisiten i 87(1) i EG-fördraget inte är uppfyllda utan att motivera varför. Staden har överhuvudtaget inte motiverat varför rekvisiten i artikel 87(1) inte är uppfyllda med hänsyn till Kommissionens etablerade praxis beträffande statligt stöd för bredbandsinfrastruktur. Stadens oklara argumentation försvårar avsevärt Klagandens bemötande av vad Staden anfört i sitt yttrande.

Till ytterligare stöd för Klagandens uppfattning att beslutet utgör statsstöd enligt artikel 87 (1) i EG-fördraget hänvisar vi till rättsutlåtande från professor Ulf Bernitz som åberopas som skriftlig bevisning (bifogat som Bilaga 1). Utlåtandet slår fast att:

- Stadens överklagade beslut utgör ett statsstöd enligt EG-rättens regler.
- Detta stöd utan varje tvekan uppfyller kraven på snedvridande effekt enligt 87(1) EG-fördraget.
- Eftersom stödet inte anmälts till Europeiska Kommissionen är det olagligt för staden att genomföra åtgärder grundade på stödbeslutet och att svensk domstol måste iaktta detta oberoende av varje slag av svenska rättsregler.

1. **Betydelse av åberopade omständigheter för bedömningen om statligt stöd enligt 87(1) EG-fördraget**

Stadens påpekar först i sitt yttrande att det överklagade beslutet innebär ett ställningstagande från fullmäktiges sida och innebär inte att Staden, såsom Klaganden uppfattat det, med skattemedel bidrar ekonomiskt till bredbandsutbyggnad (s. 5). Klaganden ställer sig frågande till den åtskillnad Staden synes göra i frågan om det föreligger statligt stöd beroende på om stödet utges direkt av Staden eller av Stadens helägda bostadsbolag, AB Svenska Bostäder, AB Stockholmshem och AB Familjebostäder ("Bostadsbolagen").

Enligt EG-fördragets regler om statsstöd saknar det betydelse om en stödåtgärd vidtas direkt av kommunen eller av kommunalt kontrollerade bolag, som i föreliggande fall Stadens helägda bostadsbolag och AB Stokab ("Stokab").¹ En sådan konstruktion saknar rättslig betydelse i fråga om statsstöd. Det skulle självfallet vara mycket lätt för statliga, regionala och lokala myndigheter att kringgå reglerna om statsstöd om det var tillräckligt att dessa åtgärder genomfördes av myndigheternas ensamt kontrollerade bolag för att reglerna inte skulle vara tillämpbara. Det är vidare oväsentligt om stödet finansieras genom att kommunen eller dess bolag uppbär lån för att betala stödet. Detta är fortfarande ett stöd som belastar kommunens resurser och därmed även skattebetalarna.

1.1 Stadens kommunala bolag agerar inte självständigt

Staden betonar i sitt yttrande att Bostadsbolagen är "självständiga juridiska personer" och att "Ett ställningstagande från kommunfullmäktige inte blir rättsligt bindande för bolagsstyrelserna" (Stadens yttrande, s. 5). Staden undviker dock att precisera vilken betydelse dessa omständigheter har för bedömningen om statligt stöd.

Klaganden bestrider att de kommunala bolagen på något sätt skulle anses agera oberoende av kommunen i genomförandet av handlingsplanen och

¹ Se till exempel EG-domstolens uttalande i Mål C-482/99 Frankrike mot Kommissionen, para 38: "Härav följer att kommissionen inte har gjort en felaktig tolkning av begreppet statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 EG genom att i det ifrågasatta beslutet fastslå att staten i fråga om sådana offentliga företag som *Crédit Lyonnais* och dess dotterbolag kontrollerade och således förfogade över företagens tillgångar. Genom sitt dominerande inflytande över dessa företag kan nämligen staten fullständigt bestämma över användningen av deras medel för att i förekommande fall finansiera specifika förmåner som beviljas andra företag." (egen understrykning).

breddbandsutbyggnaden. Detta framgår klart av omständigheten att det var Staden som i sitt näringspolitiska program i december 2004 gav i uppdrag till Bostadsbolagen och Stokab att ta fram den aktuella handlingsplanen ("Handlingsplanen"). Även det faktum att investeringen fordrat och fått godkännande av Stadens fullmäktige visar att de kommunala bolagen inte agerar oberoende i frågan. Vidare kan knappast Bostadsbolagen anses agera helt självständigt från sina ägare med tanke på att Stadens förtroendevalda samtidigt utgör bolagens styrelser (samt även i de allmännyttiga bostadsföretagens organisation SABO).

I själva verket är Staden i högsta grad involverad i genomförandet av breddbandsutbyggnaden i Stockholm enligt handlingsplanen. Detta framgår inte minst av Stadens ägardirektiv till de kommunala bolagen. Av Stadens budget 2006 framgår till exempel att Staden ger Stokab ett ökat ansvar för utvecklingen av IT-infrastrukturen i Stockholm och för att genomföra breddbandsutbyggnaden (se bifogat utdrag i Bilaga 2). Enligt ägardirektiv från Staden skall Stokab, tillsammans med Bostadsbolagen, fortsätta att driva på utvecklingen av breddbandsutbyggnaden. Staden anger i direktiven att det är Stokab som från 2006 har det fulla och samlade ansvaret för stadens kommunikationslösningar. Direktiven anger även att det finns ett stort behov av att bygga ut och integrera en *trådlös infrastruktur* mot Stokabs fasta nät och att Staden därför genom bolaget skall verka för en systematisk utbyggnad av infrastrukturen för trådlös kommunikation i Stockholm.

Dessa direktiv bekräftar Stadens målsättning att använda kommunala medel för att bygga ut breddbandsnätet i Stockholm, samt även *utanför staden i samarbete med andra kommuner*. Vidare kan det inte uteslutas att dessa ägardirektiv om fortsatt utveckling av trådlös infrastruktur går utöver vad kommunfullmäktige godkänt i det överklagade beslutet. Detta innebär att staden *genom ägardirektiv* beslutar om att ytterligare kommunala medel skall användas för utbyggnad av bredband i Stockholm, varigenom parter som påverkas av beslutet fräntas möjlighet att anföra besvär enligt reglerna för laglighetsprövning. Med hänsyn till dessa ägardirektiv från Staden är det särskilt angeläget att Länsrätten skyndsamt avgör detta mål för att förhindra att ytterligare arbete påbörjas.

1.2 Liknande utbyggnad av andra kommunala bostadsbolag

Staden framhåller i sitt yttrande att även andra kommunala bostadsbolag investerar i nya breddbandsnät (se s. 8 där Staden nämner Sollentunahem, Sundbyberg, Solna, Västerås och Malmö, där det rimligen idag redan finns existerande infrastruktur). Staden anger samtidigt att enligt en enkät av

SABO har 65 av 161 kommunalägda bostadsbolag uppgett att de ”byggt nya bredband i fastigheter med *existerande nät*” (egen kursivering). Det faktum att kommunala medel används för att duplicera existerande nätverk står helt i strid med Kommissionens praxis om att byggandet av parallella nätverk utgör statligt stöd som skall anmälas för godkännande och normalt inte kan anses förenligt med den gemensamma marknaden. Omständigheten att även andra kommuner i Sverige bryter mot reglerna om statligt stöd och kommunala befogenheter (vilket pådrivs av Staden) är snarast en försvårande omständighet och visar att det är ytterst angeläget att Länsrätten klargör rättsläget.

1.3 Handlingsplanen innebär byggandet av en total infrastruktur för bredband

Staden påpekar i sitt yttrande (s. 5) att investeringarna som varje ”bostadsbolag” svarar för endast avser den infrastruktur som berör respektive bolags fastigheter och att det inte är frågan om att bygga något stadsnät. Staden preciserar inte vilken betydelse detta skulle ha för Länsrättens bedömning. Det bör emellertid påpekas att Stadens beskrivning av den infrastruktur som omfattas av Handlingsplanen är missvisande. Byggandet av infrastruktur i form av stadsnät är något som sköts och till stor del redan utförts av Stokab (se vad som angivits ovan i 1.1). Handlingsplanen innebär givetvis byggande av en total infrastruktur för bredband. Enligt Handlingsplanen skall bostadsbolagen och Stokab bygga fastighets- och områdesnät som skall sammanlänkas.

2. **Staden och dess bolag agerar inte som en privat investerare**

Kommissionen anser att det är fråga om stöd när statliga (eller kommunala) medel lämnas till företag som normalt inte hade lämnats av en privat investerare som agerar enligt affärsmässiga villkor och oberoende av sociala eller politiska mål (även kallad ”the market economy investor principle”). Se även s. 6 i det bifogade rättsutlåtandet från Ulf Bernitz angående denna princip. Staden har i sitt yttrande uppgett att det finns en heltäckande finansiering för Handlingsplanen som är affärsmässigt grundad. Staden påstår även att bostadsbolagen inte står någon finansieringsrisk. Med hänsyn till dessa yttranden önskar Klaganden klargöra följande.

2.1 Heltäckande finansiering av Handlingsplanen saknas

Av den redovisning som Staden gjort beträffande den initiala investeringen på 320 miljoner kronor framgår att hela denna investering skall täckas av en hyreshöjning som Bostadsbolagen avser att avtala om med hyresgästföreningen. Någon sådan överenskommelse har Staden emellertid

inte ingått, eventuellt med undantag av Järva (där man nått en "förhandlingsöverenskommelse"). Sålunda finns det ingen klar finansiering beträffande närmare 90 % av utbyggnaden (vilket även påtalats av dem som reserverat sig mot Stadens beslut). Med hänsyn till ordvalet förhandlingsöverenskommelse bestrider Klaganden att något bindande avtal om hyreshöjning träffats för Järvaområdet.

Staden vitsordar i sitt yttrande (s. 7) att det för närvarande pågår bredbandsutbyggnad enligt Handlingsplanen i Södra Järva. Staden genomför för närvarande, i enlighet med handlingsplanen, även bredbandsutbyggnad i övriga områden där Staden inte ens fått till stånd någon "förhandlingsöverenskommelse" om hyreshöjning. Samtidigt anger Staden att om ingen överenskommelse om hyreshöjning kan uppnås kommer ytterligare utbyggnad inte att kunna fullföljas. Klaganden finner det anmärkningsvärt att utbyggnad pågår i dagsläget innan finansiering överhuvudtaget säkrats och att den investering som görs därmed riskerar att gå förlorad om inget avtal om hyreshöjning slutligen träffas.

Med hänsyn till de strikta regler som gäller för att genomföra hyreshöjningar och den begränsade fördel indragningen av fiberoptisk kabel utanför lägenheten motsvarar för hyresgästen, är det på intet sätt självklart att Staden/Bostadsbolagen i framtiden kommer att kunna ingå dessa avtal om hyreshöjning. Det skall poängteras att hyresgästen inte får någon ytterligare tjänst för hyreshöjningen utan endast möjlighet att för ytterligare betalning få nätverket indraget i lägenheten vilket därefter ger möjlighet att köpa en tjänst han redan idag har tillgång till via både koppar- eller kabelnätet från ett antal alternativa operatörer.

Enligt Stadens yttrande kommer hyresgästen att få betala ytterligare för varje anslutningspunkt i lägenheten. Därtill skall hyresgästens betalning av tjänsten täcka en marginal för Bostadsbolagen, kommunikationsoperatören samt den "oberoende" operatören. Efterfrågan hos hyresgästerna kan starkt ifrågasättas. Handlingsplanen (Dnr 2005/30/74 s. 6) uppger att: "En slutsats som kan dras av pilotprojektet i Vällingby är att Svenska Bostäder har lagt ned stora resurser på att ta sig in och färdigställa bredbandsnät hos hyresgäster som inte är villiga/mogna att använda tekniken. Sannolikt har vi därigenom skapat en del störningar och irritation i onödan. Detta talar för en successiv utbyggnad."

Enligt finansieringsplanen blir hyresgästerna därmed tvingade att betala hyreshöjningen oavsett om de vill utnyttja det nya bredbandsnätet för tjänster överhuvudtaget eller om de vill fortsätta att köpa tjänsterna från sin

nuvarande leverantör eller andra befintliga leverantörer. Det måste ifrågasättas om en sådan investering överhuvudtaget kan anses höja lägenhetens värde och utgöra grund för hyreshöjning.

2.2 Intäkter från hyresgäster motsvarar inte krav på marknadsmässig investering

Klaganden anser inte att Stadens planerade finansiering genom hyreshöjning samt eventuella intäkter från kommunikationsoperatör på något sätt skulle motsvara de krav som privata investerare ställer på investeringar i denna typ av infrastrukturprojekt beträffande avkastning på investerat kapital inom rimlig tid. Med hänsyn till att Staden inte har ingått avtal om hyreshöjning motsvarande omfattningen av bredbandsutbyggnaden i Stockholm saknas skäl för Länsrätten att överhuvudtaget överväga huruvida en sådan hypotetisk hyreshöjning skulle kunna motsvara marknadsmässiga krav på avkastning från privata investerare. För fullständighet redogör dock Klaganden nedan i korthet för varför även en överenskommelse om hyreshöjning och eventuella intäkter från en kommunikationsoperatör inte uppfyller Kommissionens krav enligt "the market economy investor principle".

2.2.1 *Initiala investeringen ger ej avkastning inom rimlig tid*

Även om Staden/Bostadsbolagen skulle uppnå en överenskommelse om hyreshöjning är det uppenbart att Staden inte kommer att få avkastning motsvarande kostnaderna för investeringen inom rimlig tid.

Enligt Stadens egna uppgifter omfattar det kommunala bostadsbeståndet 95 935 lägenheter. Med en hyreshöjning på 47 kr per lägenhet och månad motsvarar detta en hyreshöjningsintäkt på totalt 43 285 872 kr per år. Även utan lånekostnader för Staden/Bostadsbolagens lån skulle det ta över sju år att överhuvudtaget få tillbaka kostnaden för den initiala investeringen på 320 miljoner kronor, dvs utan förväntning att få avkastning på investerat kapital. Om man räknar på en realistisk ränta på cirka 4 % uppgår denna tid till över nio år. Dessa tidsramar är avsevärt högre jämfört med vad privata investerare accepterar för denna typ av infrastrukturprojekt och kan inte anses som rimliga. Det framstår därmed som tydligt att en intäkt från hyreshöjningar på 47 kronor per lägenhet och månad inte kan anses ge avkastning motsvarande kostnaderna för ens den initiala bredbandsutbyggnaden inom en rimlig tid.

Staden har vidare angett att bredbandsinvesteringen skall medföra en avkastning på investerat kapital kring 5,5-6,5 % (s. 8). Även om denna

uppgift skulle vara korrekt framgår emellertid enligt Kommissionens beslut i *ATLAS* N 213/2003, stycke 7 att privata investerare kräver en avkastning på minst 15 % för liknande typer av infrastrukturprojekt. Således ligger uppenbarligen Stadens förväntade avkastning inte inom de nivåer som uppfyller Kommissionens test för vad som en privat investerare hade accepterat.

2.2.2 *Tillkommande investeringen ger ej avkastning inom rimlig tid*

Tilläggsinvesteringen på sammanlagt 380 miljoner kronor beräknas att täckas utifrån en abonnentintäkt via en kommunikationsoperatör motsvarande cirka 47 kronor per månad för varje hyresgäst som väljer att köpa tjänster i det nya nätet. I enlighet med vad som angetts ovan i 2.2.1 skulle det, även utan lånekostnad, ta över nio år att få avkastning motsvarande kostnaderna för investeringen under förutsättning att 100 % av de boende också väljer att köpa tjänster via denna operatör. Ett mer realistiskt antagande kan vara att 30 – 50 % väljer att köpa sådana tjänster som genererar intäkten på 47 kronor per månad, och i sådana fall utsträcks tiden till dess kostnaden för investeringen har täckts till mer än 15 år. Detta kan inte anses vara rimlig tid.

Som framgår ovan förefaller det att Handlingsplanen räknat med att samtliga Bostadsbolagets hyresgäster kommer att använda det nya fiberoptiska nätverket för tillgång till bredband. En sådan utveckling är dock långt ifrån realistisk eftersom det skulle innebära att Staten/Bostadsbolagen tränger undan samtliga privata operatörer som idag levererar bredband till Bostadsbolagens hyresgäster, både existerande telekombolag (Glocalnet, Tele2, Bredbandsbolaget, TeliaSonera, m.fl.) och kabeloperatörer (Com Hem, UPC). Enligt offentlig statistik köper för närvarande drygt 60 % av innevävarna i Stockholm bredbandstjänster från dagens leverantörer på marknaden.

2.3 Stadens agerande motsvarar inte vad som gäller för en privat investerare

Med hänsyn till Stadens redovisning är det klart osannolikt att en privat investerare skulle vara beredd att genomföra projektet på grund av den osäkra finansieringskalkyl som föreligger. Detta faller på sin egen orimlighet. Vidare står det klart att Staden inte ens kommer att få avkastning motsvarande kostnaderna varken inom rimlig tid eller inom sådana normala tidsramar som privata investerare måste kalkylera med. Detta faktum styrker även den spekulativa karaktären av Stadens beslut.

Staden påstår att man vid utbyggnaden agerar på samma sätt som en privat investerare. Privata fastighetsägare låter emellertid typiskt sett operatören av infrastrukturen för bredband stå den finansiella risken för byggandet av infrastrukturen i fastigheterna. En avgörande skillnad är därmed att privata aktörer på bredbandsmarknaden inte har några som helst möjligheter att finansiera en utbyggnad av infrastruktur med hjälp av hyreshöjningar.

Detta är en avgörande principiell skillnad som, om det genomförs, leder till påtagliga snedvridningar av konkurrenssituationen på marknaden. Möjligheten att med hjälp av kollektiva hyreshöjningar kunna finansiera riskfyllda investeringar är ju något som varje privat aktör saknar. Även mot denna bakgrund kan med fog påstås att Bostadsbolagens agerande inte står i överensstämmelse med de marknadsmässiga krav som för övrigt gäller på marknaden.

Staden har i sitt yttrande hänvisat till att ett par större privata fastighetsägare i Stockholm byggt nät för bredband i sina fastigheter. Staden har emellertid inte visat att det risktagande som dessa fastighetsägare gjort beträffande bekostnaden av infrastrukturen motsvarar Stadens egna finansiella risk i det aktuella fallet. Klaganden bestrider att eventuella investeringar av privata fastighetsägare i bredbandsinfrastruktur skulle motsvara den risk som Staden och Bostadsbolagen står.

2.4 Utbyggnaden saknar affärsmässigt värde för Bostadsbolagen

Staden har angivit att utbyggnaden är en adekvat och affärsmässigt motiverad fastighetsinvestering. För att styrka detta påstående har Staden angivit ett antal fördelar utbyggnaden sägs medföra för Bostadsbolagen som fastighetsägare.

Klaganden bestrider Stadens uppgift att det fiberoptiska nätverket har en helt annan kapacitet och livslängd än existerande nät (s. 7). Fibernätverket har en förväntad livslängd på cirka 10-15 år. Kopparnätet måste anses ha en mycket längre livslängd än så och likaså har kabelnätet en betydligt längre livslängd.

Klaganden bestrider även Stadens uppgift (s. 7) att bredbandsutbyggnaden väntas medföra nytta för hyresgästerna med en helt annan valfrihet än idag då de enbart har "en leverantör" med ett nät med begränsad kapacitet och utbud att anlita. Det är ostridigt mellan parterna att samtliga allmännyttans fastigheter har idag tillgång till minst två existerande nätverk, genom koppar- eller kabelnätet (se till exempel information på Svenska Bostäders hemsida som informerar hyresgästerna om att både tele- och kabelnät finns

tillgängligt om SB Bredband inte skulle finnas i fastigheten, Bilaga 3). Genom dessa infrastrukturer har hyresgästerna redan tillgång till ett mycket brett och omfattande tjänsteutbud från ett stort antal konkurrerande leverantörer.

Enligt Stadens yttrande har det fiberoptiska nätet ett stort värde för bostadsbolagen i den fastighetstekniska delen av Bostadsbolagens fastighetsförvaltande verksamhet genom styrning av värme, vatten, larm- och låsanordningar etc. Sådana tjänster tillhandahålls emellertid redan idag genom de existerande nätverken via antingen kabel- eller kopparnätet. Det är således på intet sätt motiverat att etablera en ny nätstruktur av fastighetstekniska skäl.

Eftersom Staden inte kan påvisa några påtagliga fördelar för Bostadsbolagen som fastighetsägare att utföra investeringen framstår det som att investeringen egentligen enbart är motiverad av politiska skäl.

3. **Särskilt om Kommissionens bedömning av statligt stöd till bredbandsinfrastruktur enligt artikel 87(1)**

Staden påstår i yttrandet att "det inte är fråga om ekonomiskt stöd från en kommun eller bistånd med kommunala medel eller att kommunfullmäktige beviljat stöd till bredbandsbyggnaden" (se s. 9) utan att ange någon motivering. Vidare uppger Staden att det inte heller är fråga om överföring av offentliga medel vilket krävs för tillämpning av artikel 87 i EG-fördraget (se s. 9), även detta utan motivering. Dessutom påstår Staden, utan motivering med hänsyn till Kommissionens praxis beträffande statligt stöd, att investeringarna inte innebär några konkreta förmåner eller ingripanden med lika effekter som subventioner.

Staden slår därefter fast i sitt yttrande att det är "uppenbart" att det första kriteriet enligt artikel 87(1) inte är uppfyllt (se s. 10), dvs att åtgärden "ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel oavsett form". Det är emellertid oklart varför Stadens anser att första och övriga kriteriet i artikel 87 (1) inte är uppfyllt, särskilt inte med hänsyn till Kommissionens praxis beträffande stöd till bredband.

Med hänsyn till bedömningen för huruvida stödet uppfyller de krav som ställs enligt i artikel 87 (1) vill Klaganden särskilt uppmärksamma Länsrätten på Kommissionens beslut angående bredbandsutbyggnad i Appingedam.

3.1 Bakgrund till Kommissionens beslut om stöd till bredbandsutbyggnad i Appingedam

Kommissionen beslutade den 24 oktober 2005 att formellt inleda en fördjupad undersökning angående statligt stöd från en kommun i Nederländerna för byggnad av ett fiberoptiskt nätverk i Appingedam (se (i) Kommissionens pressmeddelande, tidigare bifogat som bilaga 8 i överklagandet till Länsrätten, samt (ii) beslut i ärendet "Statligt stöd nr C 35/2005 Bredbandsutbyggnad i Appingedam", bifogat som Bilaga 4 samt (iii) Kommissionens nyligen publicerade "Uppmaning att komma in med synpunkter enligt artikel 88.2 i EG-fördraget" beträffande ärendet publicerat den 16 december 2005 i Europeiska Unionens officiella tidning, 2005/C 321/07, bifogat som Bilaga 5). Det nyligen meddelade beslutet beträffande Appingedam bekräftar Kommissionens redan etablerade praxis beträffande statligt stöd till bredbandsutbyggnad.

Appingedams kommun beslutade att stödja utbyggnad av ett fiberaccessnät eftersom marknadsaktörer inte visat något intresse. Det planerade fibernätet är, i likhet med den nu aktuella Planen, uppdelad i en passiv och en aktiv del (se stycket "beskrivning av åtgärden" i Kommissionens publicerade uppmaning i Bilaga 5). På samma sätt som Stadens helägda Bostadsbolag, kommer den passiva delen av nätverket i Appingedam att ägas och finansieras av en offentlig stiftelse som kontrolleras av kommunen i Appingedam. Den aktiva delen kommer att ägas och finansieras av en enhet som bildas av privata investerare (Damsternet) vilket i det nu aktuella fallet kan jämföras med kommunikationsoperatören. Damsternet kommer, liksom kommunikationsoperatören, endast att tillhandahålla grossisttjänster till tjänsteleverantör som tillhandahåller bredbandstjänster till slutkund (hushåll och företag).

Det bör särskilt noteras att nederländsk nationell domstol, efter klagomål från enskilda, *förordnade den nederländska kommunen att anmäla planerna om stöd till bredbandsutbyggnad till Kommissionen för godkännande och att avbryta ytterligare utbyggnad av nätverket med stöd av artikel 88(3) i EG-fördraget.*

Efter anmälan av stödet från den Nederländska staten bekräftade Kommissionen i sitt beslut att åtgärden, med hänsyn till existerande infrastruktur för bredband i området, var att anse som stöd som enligt artikel 88(3) EG-fördraget skall anmälas för godkännande till Kommissionen. Detta fall har mycket stora likheter med det nu aktuella eftersom det redan finns existerande infrastruktur för bredband i samtliga områden som omfattas av utbyggnaden i enlighet med Planen.

Kommissionen angav dessutom i sitt beslut beträffande Appingedam att den inte var övertygad om att statsstödet kunde anses *förenligt med den gemensamma marknaden* och har därför beslutat att inleda ett formellt förfarande för att utreda denna fråga. För tydlighets skull kan anges att frågan om stödets förenlighet med den gemensamma marknaden ligger inom Kommissionens exklusiva kompetens.

3.2 Stadens beslut utgör statligt stöd

Enligt Artikel 87 (1) EG-Fördraget utgör en åtgärd statligt stöd om stödet:

- a) ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, och
- b) snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, och
- c) påverkar handeln mellan Medlemsstaterna.

I överensstämmelse med Kommissionens sedan tidigare etablerade praxis och dess motivering i målet Appingedam utgör Kommunfullmäktiges beslut statligt stöd enligt artikel 87 (1) EG-Fördraget enligt följande:

- a) Stödet till bredbandsutbyggnad ges med hjälp av "statliga medel"

Kommissionen konstaterade i målet Appingedam att det var fråga om statliga medel eftersom den passiva delen av nätet finansieras genom lån eller garanti för ett lån av Appingedams kommun (se para 13 i Kommissionens beslut samt stycket "bedömningen av åtgärden i Kommissionens publicerade uppmaning, Bilaga 5). I likhet med denna bedömning är det fråga om statliga medel i det nu aktuella fallet eftersom den passiva delen av nätet finansieras av Staden och dess helägda bostadsbolag genom lån.

Ekonomiskt stöd från en kommun eller bistånd med kommunala medel omfattas av definitionen av statligt stöd vilket därmed även inbegriper stöd som beviljas av Staden. Detta gäller även stöd från kommunalt kontrollerade företag, såsom Bostadsbolagen och AB Stokab som ägs till 100 % av Staden och som följer Stadens ägardirektiv beträffande Planen.

Med hänsyn till vad Staden uppgett är hela det beräknade beloppet på 700 miljoner kronor för utbyggnaden av det passiva nätet att anse som statligt stöd eftersom det inte finns någon säker finansiering av

utbyggnaden av nätet och eftersom Staden inte agerar som en privat investerare enligt gällande marknadsmässiga förhållanden (se närmare avsnitt 2 ovan). Staden genomför utbyggnaden själv just eftersom inga privata investerare är beredda att göra en liknande finansiellt riskfylld investering.

b) Beslutet innebär ett gynnande av vissa företag

Stadens stöd till byggnation av bredband omfattar tätortsområden (Stockholms innerstad och förorter). Det är ostridigt mellan parterna att hela allmännyttans bestånd redan idag har tillgång till bredband både via kabelnät (Com Hem eller UPC) samt genom kopparinfrastruktur (TeliaSonera, Bredbandsbolaget, Glocalnet, TDC, Spray, Tele2 med flera). Detta informerar till exempel Svenska Bostäder själva sina hyresgästerna om på sin hemsida (se bifogat utdrag från Svenska Bostäders hemsida Bilaga 3). Det finns därmed redan flera konkurrerande nät för bredband i de områden som Handlingsplanen avser med kapacitet och intresse att tillgodose hyresgästernas behov.

I enlighet med etablerad praxis från Kommissionen kan det därmed inte vara fråga om byggande av allmän infrastruktur som faller inom Stadens normala ansvar gentemot allmänheten eftersom bredbandsutbyggnaden duplicerar existerande nätverk och marknadsinitiativ.

I likhet med den bedömning som Kommissionen gjorde i målet Appingedam och tidigare etablerad praxis innebär stödet till utbyggnad att både den utvalda kommunikationsoperatören och de tjänsteleverantörer som levererar till slutkund får en ekonomisk fördel eftersom de kommer att tillhandahålla och ha tillgång till infrastruktur på villkor som är mer förmånliga än marknadsvillkor (eftersom de inte själva behöver bekosta utbyggnad av infrastruktur till skillnad från övriga operatörer på marknaden). Den statliga åtgärden snedvrider konkurrensen, eftersom den ändrar de gällande marknadsvillkoren genom att möjliggöra inträde på marknaderna i efterföljande led, dvs tillhandahållande av bredbands- och teletjänster till slutkunder. Eftersom Stödet omfattar bredband till affärslokaler är även dessa att anse som mottagare av stöd i enlighet med Kommissionens praxis eftersom de får en konkurrensfördel jämfört med sina konkurrenter (beträffande till exempel pris).

c) Beslutet påverkar handeln mellan Medlemsstaterna

I enlighet med Kommissionens praxis och dess bedömning i Appingedam måste anses att Stadens åtgärd påverkar handeln mellan Medlemsstaterna, eftersom den kan påverka leverantörer av elektroniska kommunikationstjänster i andra Medlemsstater.

3.3 Uppenbart att Stadens beslut strider mot etablerad praxis beträffande stöd till bredbandsutbyggnad

Klaganden vill särskilt framhålla att enligt åberopad praxis utgör statliga/kommunala investeringar i bredband "statligt stöd" enligt definitionen i artikel 87(1) i EG-fördraget när detta sker i tätort och i områden där det redan finns tillgång till bredband. Det är i fallet ostridigt att bostadsbolagens hyresgäster redan har tillgång till bredband via åtminstone två infrastrukturer och ett antal alternativa operatörer.

Det framstår därför som uppenbart att det överklagade beslutet, att med kommunala medel subventionera utbyggnaden av parallella nätverk för bredband i Stockholm, utgör sådant statsstöd som enligt artikel 87(1) i EG-fördraget skall anmälas till Kommissionen för slutligt godkännande innan det verkställs. Såvitt känt har någon sådan anmälan till Kommissionen inte skett och ett verkställande av utbyggnaden med kommunala medel står därför klart i strid med genomförandeförbudet i Artikel 88(3) i EG-Fördraget.

Enligt vad som redogjorts för i begäran om laglighetsprövning, innebär även det överklagade beslutet ett överskridande av den kommunala kompetensen.

3.4 Sammanfattning statligt stöd

Sammanfattningsvis anser Klaganden att det enligt fastlagd praxis inte kan råda några tvivel om att det överklagade beslutet utgör statligt stöd, enligt definitionen i artikel 87(1) i EG-fördraget, som inte anmälts till Kommissionen för godkännande före beviljande i strid med genomförandeförbudet i artikel 88(3) EG-fördraget.

Klaganden vill särskilt betona att det Länsrätten skall avgöra begränsar sig till huruvida åtgärden inryms inom EG-rättens definition av statligt stöd som därför borde anmälts till Kommissionen enligt artikel 88(3) EG-fördraget. I denna bedömning ingår inte frågan om stödet därefter kan anses "förenligt med den gemensamma marknaden". Klaganden anser

visserligen att stöden uppenbarligen inte kan anses förenligt med den gemensamma marknaden, men det är Kommissionen som har *exklusiv kompetens* att avgöra denna fråga. För att få ett sådant godkännande måste Staden anmäla stödet till Kommissionen och invänta godkännande innan genomförande.

4. Överskridande av kommunala befogenheter

Kommuner skall inte ägna sig åt verksamhetsområden som traditionellt hävdas av det enskilda initiativet enligt förbudet mot spekulativ näringsverksamhet (se Lindquist, "Kommunala befogenheter", 2005, s. 64). Klaganden bestrider att en investering på minst 700 miljoner i bredbandsutbyggnad skall betraktas som "sedvanlig affärsverksamhet för kommuner" (yttrandet s. 10). Klaganden finner det märkligt att Staden bestrider att det är frågan om tillhandahållande av elektronisk kommunikation (s. 10) när Staden bygger infrastruktur för bredband.

Staden förnekar att bredbandsutbyggnaden innebär något intrång på det egentliga näringslivets område. Utbyggnad av bredbandsnät kan självklart inte jämföras med praxis gällande främjande av den lokala trafik- eller elförsörjningen. Det åberopade rättsfallet ger inte heller stöd för att Staden skall tillåtas bygga bredbandsnät i konkurrens med privata aktörer. Verksamheten ligger i själva verket långt ifrån befintlig och erkänd kommunal verksamhet. Eftersom de bredbandstjänster som avses att erbjudas genom Stadens fiberoptiska nätverk skall tillhandahållas i konkurrens med privata företag gör Staden intrång på det egentliga näringslivets område. Det finns därmed en uppenbar risk för att Stadens verksamhet kommer att snedvrída konkurrensen på marknaden.

Avslutningsvis kan konstateras att Stadens argumentation i yttrandet är motstridig eftersom Staden å ena sidan uppger sig agera som en privat investerare angående investeringen i bredbandsnätet men samtidigt anser att Länsrätten i Stockholms läns dom 2005-08-24 i mål nr 7204-05 (beträffande kommunfullmäktige i Södertäljes upphävda beslut rörande etablering av stadsnät i kommunen) saknar relevans eftersom huvudsyftet var att generera betydande vinst. Detta måste rimligen tolkas som att Stadens främsta syfte med Handlingsplanen i det nu aktuella målet inte är att generera vinst.

5. Övrigt

I övrigt vidhåller Klaganden vad som tidigare anförts i målet.

Sammanfattningsvis åberopas bifogat rättsutlåtande från professor Ulf Bernitz som skriftlig bevisning. Utlåtandet åberopas till styrkande av att Stadens överklagade beslut utgör ett statsstöd enligt EG-rättens regler, att detta stöd utan varje tvekan uppfyller kraven på snedvridande effekt enligt 87(1) EG-fördraget samt att eftersom stödet inte anmälts till Europeiska Kommissionen är det olagligt för staden att genomföra åtgärder grundade på stödbeslutet och att svensk domstol måste iaktta detta oberoende av varje slag av svenska rättsregler. Övriga bilagor och åberopade handlingar torde vara ostridiga mellan parterna och åberopas således enbart upplysningsvis.

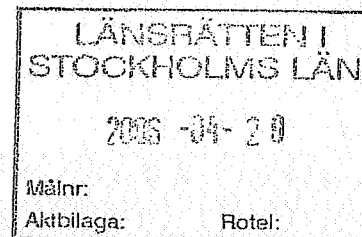
Som ovan


Eva-Maj Mühlenbock


Katrin Salwén

Bilagor:

1. Rättsutlåtande från professor Ulf Bernitz.
2. Utdrag ur Stadens budget 2006.
3. Utdrag från Svenska Bostäders hemsida beträffande tillgång till både koppar- och kabelinfrastruktur.
4. Kommissionens beslut i mål C 35/2005 beträffande statligt stöd till bredbandsinfrastruktur i Appingedam.
5. Kommissionens publicerade uppmaning att inkomma med synpunkter beträffande bredbandsutbyggnad i Appingedam.



RÄTTSUTLÅTANDE

Angående rättstvist om olagligt offentligt stöd till bredbandsutbyggnad för kommunala bostadslägenheter i Stockholm

1. Uppdraget

Vid Länsrätten i Stockholms län är anhängigt ett mål 25240-05 mellan Thomas Svensson och Stockholms stad (fortsättningsvis Staden) angående rubr. fråga. I detta mål har Svenssons juridiska ombud, advokaterna Eva-Maj Mühlenbock och Katrin Salwén, Advokatfirman Lindahl bett om mitt rättsutlåtande angående frågan om Staden beslutat om ett olagligt offentligt stöd. Ehuru stödet är kommunalt används i det följande den vedertagna termen statsstöd.

Jag har tagit del av det material som ingår i akten i målet. Härvid kan särskilt noteras att Svenssons interimistiska yrkande har prövats av Länsrätten och efter överklaganden av Kammarrätten i Stockholm och Regeringsrätten. Jag har även fått viss kompletterande information av advokaterna Mühlenbock och Salwén.

Jag ber att få anföra följande.

2. Faktiska förhållanden i korthet

Kommunfullmäktige i Stockholm beslöt 17 okt. 2005. att anta en handlingsplan för uppkoppling av bredband till hyresgästerna i stadens kommunala bostadsbolag till bredbandsnätet. Detta beslut har överklagats av Svensson (kommunalbesvär). Svenssons talan stöder sig dels på den grunden att beslutet innefattar ett enligt EG-rätten otillåtet statsstöd, dels på den grunden att beslutet utgör ett otillåtet överskridande av den kommunala kompetensen. Den senare, kommunalrättsliga grunden faller utanför ramen för mitt uppdrag och detta utlåtande.

I samband med antagandet av handlingsplanen uppdrog kommunfullmäktige till de av staden ägda bostadsbolagen AB Svenska Bostäder, AB Stockholms hem och AB Familjebostäder att genomföra bredbandsutbyggnaden och anslutningen av bostäder och lokaler i samarbete med det likaledes av staden ägda företaget AB Stokab. Avsikten är att kabel för fiberoptiskt bredbandsnät skall dras till i princip samtliga hyreslägenheter som tillhör stadens bostadsbolag. För investeringen godkände kommunfullmäktige ett belopp om 700 miljoner kr. Detta belopp kommer att tillskjutas av stadens helägda bostadsbolag. Utbyggnaden av bredbandsnätet har inletts och sker successivt. Enligt staden kommer investeringskostnaderna att täckas genom att de kommunala bostadsföretagen träffar generellt avtal med Hyresgästföreningen i Stockholm om motsvarande hyreshöjningar. Något sådant avtal har dock ännu inte träffats.

Till stöd för uppfattningen att stadens investeringsbeslut utgör otillåtet statsstöd har Svensson anfört att enligt EG-rättslig praxis utgör statliga eller kommunala investeringar i bredbandsutbyggnad statsstöd när detta sker i tätort och i områden som redan har tillgång till bredband. I de områden som i detta fall omfattas av handlingsplanen finns redan tillgång till ett flertal konkurrerande nät. Enligt EG-rätten får åtgärder som faller under statsstödsreglerna inte genomföras förrän de har anmälts till kommissionen och kommissionen har uttalat sig om den anmälda åtgärdens förenlighet med EG-rätten. Det är enligt art 88.3 EG-fördraget förbjudet att genomföra en stödåtgärd som faller under EG-rättens regler förrän slutligt beslut från kommissionen föreligger i anledning av anmälan. Denna förbudsregel har enligt fast rättspraxis direkt effekt.

Staden bestrider att investeringsbeslutet för genomförandet av bredbandsutbyggnaden innefattar ett otillåtet statsstöd. Enligt staden är investeringen i det ifrågavarande bredbandsnätet affärsmässigt grundad. Den kommunala bostadshyresmarknaden är enligt staden konkurrensutsatt och investeringen är avsedd att bekostas av hyresgäster och kommunikationsoperatörer.

Länsrätten och Kammarrätten har avslagit Svenssons yrkande om inhibition utan att ange skälen härför. Regeringsrätten har utan att lämna motivering beslutat att inte bevilja prövningstillstånd i inhibitionsfrågan.

3. Rättsliga utgångspunkter för bedömningen av statsstöd

Inledningsvis bör framhållas att EG tillämpar ett väl utbyggt system för kontroll av statsstöd, förankrat i art 87 – 89 EG-fördraget. Dessa ingår i EG-fördragets system av konkurrensregler och utgör en viktig del av EG:s konkurrensrätt. Statsstödsreglernas huvudsyfte är att kontrollera att inte offentliga organ i medlemsstaterna snedvrider konkurrensförutsättningarna på marknaden genom stödåtgärder.¹

Även om huvudprincipen i EG-rätten är förbud mot statsstöd har det dock inte ansetts möjligt eller önskvärt att förbjuda stödåtgärder rakt av, eftersom stödåtgärder i vissa fall anses kunna vara berättigade med hänsyn till övergripande allmänna intressen. Vilka hänsyn som härvid kan komma i fråga framgår av art 87.2 EG-fördraget. Det har emellertid inte bedömts lämpligt att överlåta till medlemsstaterna själva att bedöma om sådana förutsättningar föreligger som kan göra en stödåtgärd berättigad. För att säkerställa en effektiv tillämpning av statsstödsreglerna och en enhetlig praxis är det kommissionen som har exklusiv kompetens att avgöra om förutsättningar föreligger för att kunna godta ett statsstöd. Det har därför föreskrivits i art 88.3 att kommissionen skall underrättas i god tid (s k anmälan) om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder som faller under EG-rättens regler. Kommissionen har därefter att enligt reglerna i art 88.1 och 88.2 EG-fördraget granska och ta ställning till om stödåtgärden i fråga kan godtas. I de fall en stödåtgärd godtas av kommissionen har detta ofta

¹ För en översikt se t ex Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt I, Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar, 2005 s 218 ff, Aldestam, EC State aid rules – applied to taxes, Uppsala 2005 s 40 ff. och Bellamy & Child, European Community Law of Competition, 5 ed., London 2001 ch. 19.

föregåtts av att kommissionen har ställt krav på olika förändringar i stödåtgärdens omfattning och/eller inriktning. Kommissionens beslut i statsstödsärenden kan överklagas av berörda parter till Förstainstansrätten vid EG-domstolen.

Stödåtgärder som faller under EG-rättens statsstödsregler får enligt art 88.3 EG-fördraget inte genomföras i en medlemsstat förrän åtgärden har godkänts av kommissionen. Rättsföljden av att denna regel överträds berörs i det följande.

Närmare bestämmelser för handhavandet av statsstödsreglerna har samlats i en särskild procedurförordning, Rådets förordning (EG) 659/1999, ofta omtalad såsom statsstödsförordningen.²

Någon särskild svensk statsstödsåtgärdsstiftning saknas. Vissa svenska regler för implementering av EG:s statsstödsregler finns dock. I förevarande sammanhang märks främst 6 § lag (1994:1845) om tillämpningen av EG:s konkurrens- och statsstödsregler. Detta stadgande föreskriver att kommuner och landsting är skyldiga att lämna upplysningar till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer om alla former av stöd som planeras och som kan bli föremål för prövning av EG:s kommission. Detta innebär att anmälan av svenska kommunala stödåtgärder till kommissionen sker genom staten på grundval av de upplysningar om stödåtgärder som kommunerna lämnar.

Det finns sålunda en formaliserad ordning för anmälan av statsstöd till kommissionen som skall iakttas. I förevarande fall står klart att någon sådan anmälan inte har gjorts. Härvid uppkommer två rättsliga huvudfrågor, nämligen för det första om anmälningsskyldighet föreläggat – vilket ju staden bestrider - och för det andra vilka rättsverkningarna är av icke iakttagen anmälningsskyldighet.

4. Föreligger ett statsstöd enligt EG-rättens statsstödsregler?

I förevarande fall är det fråga om ett kommunalt beslut. Det framgår av art 87.1 EG-fördraget att EG:s statsstödsregler omfattar stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga

² EGT 27.3.1999 nr L 83/1.

medel, av vilket slag det än är. Det är sedan länge fastlagt i rättspraxis att reglerna även omfattar kommunala stödåtgärder. Här kan bland annat hänvisas till EG-domstolens avgörande 248/84, där domstolen uttalade att stöd härrörande från medlemsstatens regionala och lokala organ, oberoende av dessas status och beteckning, omfattas av stödbegreppet.³ Att kommunalt stöd omfattas av EG:s statsstödsregler framgår för övrigt även av 1994 års nyssnämnda lag om tillämpningen av EG:s konkurrens- och statsstödsregler.

I målet bestrider staden som nämnt att det i målet aktuella investeringsbeslutet utgör ett statsstöd enligt EG-rätten. Det är enligt staden inte fråga om en subventionering utan om en marknads- och affärsmässigt motiverad investering och normala affärsmässiga villkor.

Svensson har som redan berörts en annan uppfattning. Svensson framhåller att det finns en rad privata aktörer på bredbandsmarknaden i Stockholm, bland dem UPC, com hem, Bredbandsbolaget, Glocalnet, Tele2, Spray, TDC och TeliaSonera. Bredbandsinfrastruktur finns redan framdragen till samliga av de kommunala bostadsbolagens hyresgäster. Dessa har alla tillgång till bredband genom minst två olika typer av infrastruktur, koppar- och kabelnät. Det finns därmed ett flertal alternativa leverantörer av bredband till bostadsbolagens hyresgäster och en betydande konkurrens på den aktuella marknaden. Många av hyresgästerna i de kommunala bostadsbolagen är redan kunder hos någon av de existerande leverantörerna av bredband, andra har ingen önskan om att få bredband. Stadens beslut innebär att alla hyreslägenheter i det kommunala bostadsbeståndet skall utrustas med bredband enligt den av staden beslutade typen framdraget till lägenheten. Härvid saknas helt valfrihet eller möjlighet till alternativ; framdraging av bredband skall ske även till sådana lägenheter som redan har annan bredbandslösning. Hyresgästen har däremot valfrihet när det gäller att välja tjänsteleverantör som levererar tjänster via den av staden utvalda kommunikationsoperatören. Uppdraget att ombesörja bredbandsframdragingen har, i samarbete med de kommunägda bostadsbolagen, ensamt anförtrotts Stokab AB, ett av staden helägt aktiebolag.

Svensson anför vidare att stadens finansiering av bredbandsutbyggnaden är osäker. Den bygger på att staden lyckas generellt uppnå en överenskommelse med Hyresgästförningen om hyreshöjning i storleksordningen 50 kr/månad att betalas av samtliga hyresgäster oavsett om de utnyttjar bredband eller redan har annan bredbandslösning. Hyresgästens kostnader för att

³ Fall 248/84, Tyskland mot kommissionen, REG 1987 s 4013 domskälen p 17.

betala av hyresgästen anlita tjänsteleverantör kommer därutöver. Någon sådan generell uppgörelse med Hyresgästföreningen har staden hittills dock inte uppnått och finansieringen av den pågående bredbandsutbyggnaden framstår därför som osäker.

Vid bedömningen av om en åtgärd utgör ett statsstöd eller ej tillämpas i EG-rätten såsom grundläggande måttstock "the market economy investor principle". Den innebär att för att det inte skall anses föreligga ett offentligt stöd skall man kunna räkna med att en privat investerare, som arbetar på normala marknadsmässiga villkor och med beaktande av tillgänglig information och vid den aktuella tidpunkten förutsebar utveckling, skulle ha funnit det rimligt att erbjuda motsvarande villkor.⁴ Avgörande för bedömningen är alltså om en kommersiell aktör skulle ha genomfört en motsvarande åtgärd på ett likartat sätt. Detta uppfattas allmänt som en sträng bedömningsnorm, avsedd att hindra kringgåenden av statsstödsreglerna.

Begreppet statsstöd är likaledes vidsträckt och omfattar som nämnt enligt fördragstexten statliga stöd (inbegripet kommunala stöd) av vilket slag det än är. Hit hör inte endast subventioner och andra direkta ekonomiska bidrag utan alla former av indirekta stöd. Investeringsstöd hör helt klart till denna kategori. Avgörande för frågan om investeringsstöd från ett offentligt organ utgör ett statsstöd är, i linje med vad nyss sagts, om en privat investerare som arbetar på normala marknadsmässiga villkor skulle ha varit beredd att ställa upp med en motsvarande investering.⁵

I förevarande fall skall alltså bedömas om det framstår som sannolikt att en privat investerare, som arbetar på marknadsmässiga villkor, skulle ha tillskjutit 700 miljoner kr för en bredbandsutbyggnad av den typ och på de förutsättningar som staden uppdragit åt de kommunala bostadsbolagen och Stokab att utföra. Med hänsyn såväl till den påtagliga osäkerheten om finansieringen av den mycket stora investeringen genom framtida hyreshöjningar som den osäkerhet som torde vara knuten till frågan i vad mån de kommunägda hyreslägenheterna tillförs ett reellt mervärde, inte minst mot bakgrund av den omfattande bredbandsutbyggnad till dessa lägenheter som redan skett genom andra aktörer,

⁴ I rättspraxis märks bl a fall C-39/94, SFEI mot La Poste m fl, REG 1996 I-3547 p 60.

⁵ Se bl a fall T-296/97, Alitalia mot kommissionen, dom 12 dec. 2000 p 80-81 och Plender, Definition of Aid i Biondi m fl, The Law of State Aid in the European Union, Oxford 2003 s 8 ff.

framstår det som osannolikt att en privat investerare som arbetar på marknadsmässiga villkor skulle ha gjort motsvarande investering.

Slutsatsen blir således att stadens beslut att investera 700 miljoner genom att uppdra åt Stokab att göra den ifrågavarande generella bredbandsutbyggnaden för de av staden ägda bostadsbolagens räkning utgör ett statsstöd enligt EG-rättens regler.

5. Har stödet en enligt EG-rätten otillåten effekt?

För att ett statsstöd skall vara otillåtet enligt EG-rätten krävs enligt art 87.1 EG-fördraget att stödet snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion och att stödet påverkar handeln mellan medlemsstaterna, dvs. vad som vanligen benämns samhandeln.

EG-fördraget uppställer inget minimikrav på omfattningen av ett stöd. Kommissionen utfärdade emellertid år 2001 såsom en nyhet en förordning om tillämpningen av art 87 och 88 på stöd av mindre betydelse.⁶ Här har kommissionen ställt upp en de minimis-gräns. Som tak för vad som räknas som stöd av mindre betydelse uppställs i art 2.2 i förordningen beloppet € 100 000 beviljat till ett enskilt föredrag under loppet av en treårsperiod.

Det stödbelopp om 700 miljoner kr, varom är fråga i detta mål, ligger mycket långt utöver de de minimis-gränser som upprätthålls i EG-rätten och utgör också i EU-sammanhang ett högst betydande belopp.

Vad gäller påverkan på samhandeln framgår av fördragstexten att det inte fordras någon påvisad snedvrیدande effekt av statsstödet; det är tillräckligt att stödet hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion. Detta är också den linje som EG-domstolarna följer enligt fast rättspraxis. Dessa tillämpar sedan länge bedömningsprincipen att om ett stöd stärker den ekonomiska positionen för ett visst företag

⁶ Kommissionens förordning (EG) 69/2001, EGT 13.1.2001 L 10/30.

har detta en effekt på konkurrenssituationen för företagets konkurrenter.⁷ Det är tillräckligt att stödåtgärden är kapabel att påverka konkurrensen och samhandeln.⁸

I förevarande fall kan konstateras att stödbeloppet är stort, att den berörda geografiska marknaden – hela Stockholms kommun – är omfattande, att den konkurrensbegränsande effekten är helt uppenbar genom att staden använder 100 % av stödbeloppet för att bekosta en alternativ infrastruktur för bredband och att det på marknaden finns ett flertal konkurrerande företag vars verksamhetsförutsättningar stödet ofrånkomligen påverkar negativt. En påverkan på samhandeln inom EU sker redan genom att vissa av dessa konkurrenter har ägare i andra EU-länder och/eller driver sin verksamhet över landgränser inom EU. Härtill kommer att stödet är ägnat att påverka etableringsförutsättningarna för potentiella konkurrenter i form av företag verksamma inom EU utanför Sverige.

I rättspraxis kan särskilt påpekas målet C-280/00, *Altmark Trans* m fl, där EG-domstolen fann att lokalt eller regionalt stöd till kollektivtrafik kan uppfylla samhandelskriteriet.⁹

I sammanhanget kan erinras om kommissionens beslut i det i inlagorna i målet närmare behandlade fallet angående kommunalt stöd till bredbandsdragning i den mindre holländska staden Appingedam. Beslutet i detta fall bestyrker att det i praxis sker en strikt tillämpning av de bedömningsprinciper som här har berörts. Det framgår av beslutet att kommissionen överhuvud inte är beredd att acceptera statsstöd till bredbandsdragning där den kommersiella marknaden fungerar utan endast i landsbygdsområden och avlägsna områden där så inte är fallet.

Slutsatsen blir att det ifrågavarande stödet utan varje tvekan uppfyller de krav på att ha potentiellt snedvridande effekt och påverka samhandeln som uppställs i art 87.1 EG-fördraget.

⁷ Som det grundläggande rättsfallet brukar åberopas mål 730/79, *Philip Morris Holland mot kommissionen*, REG 1980 s 2671, p 11-12.

⁸ Se *text praxisöversikter* i *Aldestam, a.a.* s 56 ff och *The Law of State Aid in the EU*, op cit., s 45 ff och 352 f.

⁹ REG 2003 s I-7747.

6. *Rättsföljden av att stödet inte anmälts och faller under art 87.1 EG-fördraget*

Som redan nämnts är det alltid förbjudet att genomföra ett statstöd som faller under art 87.1 utan att detta först har anmälts i god tid och godtagits av kommissionen, se art 88.3 EG-fördraget.

Regeln i art 88.3 har horisontell direkt effekt och oanmälda stöd kan därför angripas i nationell domstol. Med svensk offentligrättslig terminologi är det fråga om ett olagligt stöd. Svenska eller andra nationella domstolar inom EU får inte medverka till att oanmälda stöd kommer mottagarna till godo. Otillåtet utbetalade stöd måste normalt återbetalas.

Att art 88.3 har direkt effekt slogs fast av EG-domstolen i avgörandet 120/73, Gebr. Lorenz mot Tyskland och Land Rheinland/Pfalz.¹⁰ Av domsmotiveringen i detta mål framgår att beslut om genomförande av icke anmälda statsstöd är ogiltiga, att förbudet mot sådana åtgärder har en direkt effekt och ger upphov till rättigheter till förmån för enskilda som nationella domstolar är skyldiga att skydda samt att detta förbud gäller för hela tiden fram till dess kommissionen fattat det slutgiltiga beslutet.

EG-domstolen förklarade vidare i Lorenz-domen att den direkta effekten av art 88.3 innebär att de nationella domstolarna måste tillämpa denna bestämmelse oberoende av varje slag av nationella rättsregler. Varje medlemsstat får dock i sin nationella rättsordning bestämma vilket förfarande som skall vara tillämpligt för att nå detta resultat.

I Sverige saknas som nämnt i huvudsak någon särskild författning för implementering av EG:s statsstödsrätt. Den särskilda bestämmelsen i 6 § lagen om tillämpningen av EG:s konkurrens- och statsstödsregler om regeringens rätt att upphäva kommunala stödbeslut som efter slutlig prövning underkänts av kommissionen eller EG-domstolen tar bara sikte på denna speciella situation. Sådant upphävande förutsätter inte att någon part fört eller för talan i domstol.

¹⁰ REG 1973 s 1471, svensk specialutgåva, vol. II s 177. EG-domstolen har upprätthållit ställningstagandet i Lorenz-domen i det senare målet C-354/90, FNCEPA mot kommissionen, REG 1991 s I-5505, se t ex Bellamy & Child, op. cit. s 1271 f.

När talan förs i svensk domstol om ett stödbesluts laglighet har domstolen att tillämpa art 88.3 sådan denna bestämmelse skall tolkas enligt den ovannämnda Lorenz-domen och domstolen skall följaktligen iaktta att beslut som strider mot art 87.1 och som är oanmälda är olagliga och inte får tillämpas.

7. Sammanfattande slutsatser

Under hänvisning till vad som anförts i det föregående finner jag sammanfattningsvis

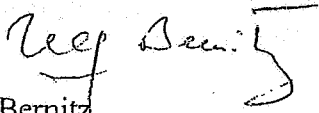
Att stadens beslut att investera 700 miljoner kronor genom att uppdra åt sina helägda bostadsbolag och det helägda dotterbolaget Stokab att göra den ifrågavarande generella bredbandsutbyggnaden för de av staden ägda bostadsföretagens räkning utgör ett statstöd enligt EG-rättens regler,

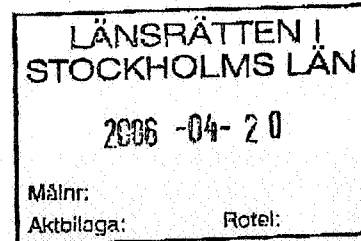
Att detta stöd utan varje tvekan uppfyller de krav på att ha potentiellt snedvridande effekt och påverka samhandeln som uppställs i art 87.1 EG-fördraget,

Att stödet inte har anmälts till kommissionen, att förbudet i art 87.1 EG-fördraget i detta läge har direkt effekt, att det därför är olagligt för staden att genomföra åtgärder grundade på stödbeslutet och att svensk domstol enligt art 88.3 måste iaktta detta oberoende av varje slag av svenska rättsregler,

Samt att det sagda i förevarande fall synes leda till att kommunfullmäktiges överklagade beslut att genomföra stödåtgärderna skall upphävas eller i vart fall inte får verkställas intill dess stödbeslutet anmälts till kommissionen och slutgiltigt prövats av denna.

Stockholm den 18 april 2006


Ulf Bernitz



AB Stokab

Bolagets mål och uppgifter

Stokabs uppgift är att bygga ut och underhålla kommunikationsnät i Stockholm i samverkan med övriga regionen samt att hyra ut nät. Utifrån ett demokratiskt perspektiv ska bolaget tillhandahålla nät som är öppet för alla på lika villkor. Syftet med infrastrukturen och verksamheten är att stimulera en positiv utveckling för Stockholm genom att bidra till goda förutsättningar för IT-utvecklingen i regionen.

Ägardirektiv för 2006-2008

Genom stadens utbyggnad av IT-infrastrukturen finns en unik tillgång till fiberkapacitet i Stockholm. Det kvarstår dock att ansluta många fastigheter till bolagets nät. Staden ska därför genom de kommunala bostadsbolagen driva på utvecklingen och koppla upp hyresgästerna i det kommunala bostadsbeståndet genom investeringar i fastighetsnät. Stadens bostadsbolag och Stokab ges i uppdrag att genomföra denna bredbandsutbyggnad enligt den handlingsplan som antagits av kommunfullmäktige. Utbyggnadstakten beror också av bolagets ekonomi och finansiella ställning. Utbyggnad utanför staden ska ske i samverkan med andra aktörer och berörda kommuner.

Det finns också ett stort behov av att bygga ut och integrera en trådlös infrastruktur mot Stokabs fasta nät. Staden ska därför genom bolaget verka för en systematisk utbyggnad av infrastrukturen för trådlös kommunikation i Stockholm. Utbyggnaden bör ske i samverkan med telemarknadens aktörer och andra intressenter.

En genomlysning av Stokab, dess strategi och verksamheter, tillsammans med en omorganisation av stadsledningskontoret, har uppdragat ett behov av förändrade roller avseende förvaltningen av IT-infrastrukturen i Stockholms stad. Stokab innehar, driver och utvecklar IT-infrastrukturen i form av ett kommunikationsnät (S:t Erik Kom). Det är Stokab som från och med 2006 har det fulla och samlade ansvaret för stadens kommunikationslösningar. Stokab kommer således att få ett utökat ansvar för den samlade nätförvaltningen i staden.

Bolagsstyrelsen ska

- utveckla kommunikationsnätet avseende täckning, funktion och säkerhet för att kunna möta kundernas och ytterst medborgarnas krav på kvalitet, service och säkerhet samt tillgång till externa tjänster
- fortsätta arbetet med kostnadseffektiviseringar och rationaliseringar
- administrera och utveckla stadens samlade kommunikationsnät
- genomföra bredbandsutbyggnaden enligt handlingsplanen
- verka för en utbyggnad av infrastrukturen för trådlös kommunikation.

R 1
Stokab:2

Kommunstyrelsens förslag till kommunfullmäktige

30. Förslaget till mål och ägardirektiv för 2006-2008 för AB Stokab godkänns.

Utdrag ur kommunfullmäktiges protokoll den 11 november 2005

Beslut

Kommunfullmäktige beslöt utan omröstning att
* bifälla kommunstyrelsens förslag.



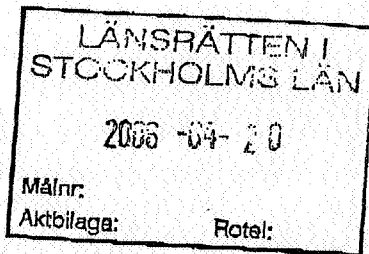
Här är ni: Hem / Bredband / Alla områden

Alla områden

Bor du i ett område som ännu inte har tillgång till SB Bredband kan du skaffa dig fast internetanslutning via tele- eller kabeltv-nätet.

I nästan alla Svenska Bostäders fastigheter (med undantag av Stadsholmen) finns UPC:s kabeltv-nät. UPC erbjuder flera olika internettjänster, Chello. På www.upc.se kan du se om din fastighet är ansluten och läsa mer tjänster, priser med mera.

Som hyresgäst hos Svenska Bostäder kan du också skaffa internetanslutning via ADSL, som går genom telenätet. De fem största leverantörerna i Sverige är Telia, Bredbandsbolaget, Tele2, Giocalnet och Spray.



Bilaga 3



EUROPEAN COMMISSION

LÄNSRÄTTEN I STOCKHOLMS LÄN	
2005-04-20	
Målnr:	
Aktbilaga:	Protel:

Subject: State aid No C 35/2005 (ex N 59/2005) – the Netherlands
Public support for broadband infrastructure in Appingedam

Dear Sir,

The Commission wishes to inform The Netherlands that, having examined the information supplied by your authorities on the measure referred to above, it has decided to initiate the procedure laid down in Article 88(2) of the EC Treaty.

I. Procedure

1. By letter dated 2 November 2004 (and registered under CP 212/2004 on 18 November 2004) Essent Kabelcom (hereafter: Essent), a cable operator, filed an informal complaint with the Commission. The complaint concerns the public funding of a fibre access network (Fibre To The Home, FTTH) in Appingedam, a town in the north of the Netherlands. Essent has in the meantime confirmed that the complaint should be qualified as a formal complaint.
2. Essent, which is the second largest cable operator in the Netherlands and which also operates a cable network in Appingedam, had already lodged an appeal with a Dutch court in September 2004. The court ordered under Article 88(3) EC Treaty the municipality to notify the plans to grant aid to the Commission and to suspend the further roll-out of the network.
3. By letter registered on 3 February 2005, the Dutch authorities notified the measure to the Commission for reasons of legal certainty, claiming that the measure did not constitute aid. On 31 March 2005, the Commission requested further information from the Dutch authorities. The authorities, after an extension of the deadlines, replied by letter dated 4 August 2005, registered on 16 August 2005. The information provided in this letter differs considerably from the information presented in the initial notification.

II Detailed description of the measure/aid

Background

4. The municipality of Appingedam considers that public intervention is needed to address the non-pervasive supply of advanced broadband services to companies and citizens by supporting the deployment of a glass fibre access network (Fibre To The Home, FTTH) in Appingedam. According to the municipality, Essent and telecommunications operator KPN provide access to the Internet in Appingedam but do not provide advanced broadband services. The municipality decided to participate financially in the project after market players showed no interest to participate in this project on market terms.

The elements of the network

5. The passive layer of the glass fibre network (rights of way, ducts, fibres, etc.) will be owned by a public foundation ("Stichting Glasvezelnet Appingedam", hereafter: the foundation) set up and controlled by the municipality. The investment in the passive layer is estimated at € 4.9 million. Initially, it was not foreseen that the construction of the passive layer would be tendered out. However, it has been decided, as stated in the letter of 4 August 2005, that the construction of the passive layer will be subject to a public procurement procedure.
6. The costs of the active layer (telecommunications equipment, network management, etc.) are estimated at € 1.000.000-1.300.000. The active components have an estimated lifecycle of 5-8 years. The operator of the active layer will only offer wholesale services to service providers who will provide broadband services to end users (households and businesses).
7. The authorities initially stated that the active layer will be owned and financed by an entity ("Stichting Damsternet", hereafter: Damsternet) set up by certain private investors. Not all private parties were known. According to the authorities, NKF (a cable manufacturer), Nacap (the pipeline division of an internationally active construction company called Koop Holding) and Ericsson Telecommunications have shown an interest. However, in the letter of 4 August 2005 the authorities have stated that the municipality will finally tender out the concession for the operation of the active network. At this stage it is moreover unclear under what financial terms the concession will be granted. The draft concession agreement lays down that concession holder will pay on an annual basis a concession fee to the foundation. The foundation will however claim "a payment which equals to maximum 80% of the generated annual cash flow". In case of a negative cash flow the foundation will not claim the payment of the fee. Under those circumstances they will only claim a minimal payment as laid down in an Annex to the concession agreement. The Annex does however not stipulate yet the payment foreseen.

III. The view of the Dutch authorities

8. The authorities claim that there is no aid involved in the measure. They bring forward several arguments:

9. First of all, they claim that there is a "partial market failure", i.e. the market does not provide services which are deemed essential for the population by the authorities. Market investors are not willing to invest in the project because it will not bring a financial return in line with market rates. Because of the fact that the market does not invest in the project, Appingedam itself sees it necessary to deploy this fibre network as a "public infrastructure". Hence, the Dutch authorities argue that the municipality of Appingedam is merely supporting the provision of a "public infrastructure" open to all parties at similar conditions.
10. Secondly, the authorities claim that there is no aid involved in this project, on any of the four levels which can be distinguished. There is no advantage to the foundation and even if there were an advantage, it would have no effect on trade between Member States. There is no aid granted to operator of the active layer either. The Commission notes that the authorities do, however, not provide arguments to substantiate these allegations. The authorities are further of the opinion that there is no aid to the service providers either. The operator will (have to) charge a wholesale price in line with market rates to service providers that deliver retail services which they already offered over existing infrastructures. If the Commission were to request the municipality to guarantee that the operator charges these market prices, the municipality will lay this down in the agreement between the foundation and the operator. Finally, the authorities claim that contrary to the ATLAS case,¹ the network in Appingedam will be mainly used to provide services to households/citizens who do not perform economic activities. If there is aid to undertakings in Appingedam, this remains under the allowed aid intensity laid down in Regulation 69/2001 ("de minimis") and falls moreover within the framework of aid granted to small and medium sized enterprises (SME).
11. The Dutch authorities claim that if the Commission comes to the conclusion that the measure constitutes aid, the measure is compatible because it is both necessary as well as proportionate. The measure is necessary because market investors do not want to invest in Appingedam, a peripheral area with a social and economic lag. To the extent broadband services are available, the current prices of these broadband services are higher than in other areas in the Netherlands. As all operators may gain open access to the network on equal terms, competition is guaranteed and no operators benefit from a selective advantage. The authorities also claim that the measure is proportionate. The foundation is not involved in the exploitation of the active layer. The operator will offer a non-discriminatory and open access and will not compete with service providers. The construction of the network will be undertaken at market conditions.

IV. Assessment of the measure/aid

12. According to the Treaty and consolidated case law there is State aid within the meaning of Article 87(1) if there is an intervention by the State or through State resources which confers an advantage on the recipient which distorts or threatens to distort competition and the intervention is liable to affect trade between Member States.

¹ Cf. Commission decision of 9 September 2004 in case N 213/03: State aid N 213/2003 -- United Kingdom Project ATLAS; broadband infrastructure scheme for business parks (Corrigendum).

State resources

13. The municipality of Appingedam will provide either a loan or a guarantee for a loan. Thus the resources for financing the passive layer of this network are stemming from the municipality of Appingedam. These resources thus have to be considered as State resources.

Economic advantage

14. The authorities have brought forward several arguments implying that the measure does not entail an aid, either because there is no advantage or because there is no effect on trade between Member States. These arguments will be dealt with in the following paragraphs.
15. According to the Dutch authorities, this type of State intervention does not fall within Article 87(1) EC but should rather be seen as a typical task of a public authority, providing general infrastructure.
16. The Commission is, however, not convinced that this project can be qualified as the provision of general infrastructure. Similar to the Commission's findings in ATLAS², the passive network and the active components do not supply a service to end users, but provide an input to businesses offering broadband services. As the presence of KPN and Essent in Appingedam show, this type of infrastructure is not a typical task of public authorities, but is normally deployed by market operators who deliver the final service to households and business. The project thus duplicates to a certain extent market initiatives or makes possible the provision of services which are already available, although the infrastructure to be constructed by the foundation provides for basic civil works and passive elements. The Commission thus considers at this stage that the project in Appingedam falls within the scope of State aid control rather than considering it a general infrastructure which falls within the normal responsibilities of the State towards the public.

Advantage to the foundation

17. The municipality has set up and controls the foundation which owns the passive layer of the infrastructure. The foundation makes the passive layer available to the operator. This can be considered as an economic activity and the foundation can therefore be qualified as an undertaking within the meaning of Article 87(1) EC. The passive layer is financed by the municipality without any remuneration from the foundation. This represents an economic advantage to the foundation within the meaning of article 87(1) EC Treaty.

Advantage to the operator

18. The statement that there is no aid granted to the operator has not been substantiated by the authorities.
19. The authorities have confirmed that the concession will be tendered out. If the concession is tendered out, in principle, the tender could minimize the economic advantage for the successful supplier within the meaning of Article 87 (1) EC Treaty. However, it is doubtful that the passive layer will be built on the same terms as a

² Cf. footnote 1.

private investment. According to the authorities, the project could not be accomplished by private investors and banks were not willing to invest in these projects either. The municipality has requested several banks to finance this project, but all banks except for the Bank Nederlandse Gemeenten (BNG) have refused to finance the project. BNG is willing to grant a loan to the municipality because according to the municipality, BNG only assessed the creditworthiness of the beneficiary of the loan, i.e. the municipality but not the set up of the FTTH network by the foundation or the project as such.

Advantage to Internet service providers (ISP's) and other providers of electronic communications services

20. Even if access to the optical network via The operator will be provided to all interested ISPs and other operators at transparent and equal conditions, it is likely that the pricing of this access may be well below the underlying costs due to State intervention and will probably not be based on market rates for comparable wholesale broadband services. Hence, the service providers will be granted an advantage since they have the possibility of entering the market for high speed retail broadband services and establishing their business on conditions not otherwise available on the market.

Advantage to the end-users

21. The above mentioned elements suggest that the advantage granted to the operator, service providers and other telecommunication service providers may also translate in an advantage for the households and enterprises in Appingedam. Whereas residential users are not subject to State aid rules, businesses in the targeted geography may benefit from service coverage beyond and prices below what would be provided purely on a commercial basis like currently offered leased line offers or satellite connections. In addition, they may enjoy an advantage in comparison to businesses located in other regions of the Netherlands. The authorities have reiterated that if there is an aid to undertakings in Appingedam, the level of the aid remains under the allowed aid intensity laid down in Regulation 69/2001 ("*de minimis*") and falls moreover within the framework of aid granted to small and medium sized enterprises (SME). The Commission acknowledges that the advantage for each of the business end users could be below *de minimis* aid thresholds. However, it can at this stage not be excluded that the aid exceeds the limits set out in that Regulation.

Distortion of competition

22. This intervention by the State alters the existing market conditions in Appingedam by enabling subsidised entry into the wholesale market for fast broadband services (The operator) as well as allowing service providers to enter in the downstream markets of, inter alia, retail broadband and retail telecommunications services. In making their decisions regarding infrastructure investment and maintenance, the existing operators Essent and KPN have based their calculations on the assumption that other operators would have had to bear the costs of a new infrastructure or pay a market price for access to wholesale services, which appears to be no longer the case after State intervention. The fact that a new infrastructure becomes available *prima facie* at conditions below market prices, has the effect of distorting competition also in the

downstream markets of retail broadband and other retail electronic communications services.

Effect on trade

23. Insofar as the intervention is liable to affect telecom operators and service providers from other Member States, the measures have an effect on trade. The telecom market is more and more open to competition between operators and service providers, which generally engage in activities that are the subject of trade between Member States.

Conclusion

24. In view of the above, the Commission considers that the project funded by State resources grants an economic advantage to the foundation, the operator and the service providers, which could at least partially translate into an economic advantage for businesses in Appingedam. The project furthermore distorts competition and has an effect on trade between Member States.

V. Assessment of the measure: compatibility

25. Having established that the project involves State aid within the meaning of Article 87(1) of the EC Treaty, it is necessary to consider whether the measure can be found to be compatible with the common market.
26. Use of public resources may not constitute State aid if they represent merely a compensation for the provision of a Service of General Economic Interest (hereafter: SGEL). The Court of Justice has indicated that compensation for costs that result from public service obligations are not within the scope of article 87(1) of the Treaty, providing certain conditions are fulfilled. These conditions are described in the *Altmark* judgement of 24 July 2003.³ Nevertheless, the authorities have neither invoked the conditions laid down in the *Altmark* judgement nor have they argued for the existence of a SGEL, not even implicitly. There are no indications that the State measure must be regarded as a compensation for the services provided by the recipient undertakings. Hence, at this stage, the Commission has therefore not assessed the notified measure against this background or under the provisions of Article 86(2) of the EC Treaty.
27. The Commission notes that the envisaged project intends to ensure the widespread availability and use of high-speed broadband services at conditions closer to those in areas which are less peripheral and have a greater density of population and businesses. It is furthermore acknowledged that the existing frameworks and guidelines cannot be applied to assess aid measures that specifically target this objective. Hence the Commission considers that the assessment of the compatibility of the measure with the common market needs to be based directly on Article 87(3)(c) of the EC Treaty⁴.

28. Article 87(3) (c) EC states that:

³ Judgement of the Court of 24 July 2003, in case C-280/00, *Altmark Trans*, ECR 2003 p. I-7747.

⁴ Cf. Commission decisions N 213/03, "Project ATLAS" and e.g. N 126/04 "Broadband for SME's in Lincolnshire and N 307/04, "Broadband in Scotland - remote and rural areas".

"aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest may be considered to be compatible with the common market".

29. Within the framework of an assessment under Article 87(3) (c) of the EC Treaty, this means that the State measure pursues in a necessary and proportionate way an objective of common interest, i.e. the correction of a market failure.

Necessity

30. Broadband connectivity is a type of service that by its nature is capable of positively affecting the productivity and growth of a large number of sectors and activities⁵. There is evidence that regional economic development may benefit from greater broadband deployment, including job creation and retention as well as improved health and education services⁶.
31. The authorities have claimed that the measure addresses a market failure: Appingedam is a less favoured area and providers do not want to upgrade their networks nor do they want to grant access to their core networks or dark fibre to providers who would deliver FTTH. The authorities have also stated that it was only after that the municipality announced to launch its own FTTH initiative; the providers Essent and KPN upgraded their networks to offer broadband services.
32. Yet, it seems questionable whether the situation in Appingedam can actually be described as a "market failure". First of all, as the authorities asserted, the market does not supply the FttH infrastructure because the expected return on investment is not sufficient to justify the investment on market terms. This can be explained by both a low demand for broadband services and high capital expenditure for the deployment of the infrastructure.
33. Secondly, according to the Commission, broadband access is available in Appingedam although the services currently provided are not entirely comparable with the services which could be offered over the planned network. KPN and Essent both offer retail broadband services up to 8Mbit/s and to a certain extent KPN also offers wholesale access to infrastructures and services. Consequently, there is an important overlap of network coverage and terms of services, which are among the best available in the European Union and it is thus doubtful that there is a "partial market failure" which will be remedied by this measure.

Proportionality

34. In order for the measure to be compatible, one needs to assess also the proportionality of the measure. The measure must be proportionate to the objective and must not distort competition to an extent contrary to the common interest.

⁵ See for example: Lehr, Osorio, Gillet and Sirbu: "Measuring Broadband's Economic Impact", 2005

⁶ OECD "Broadband Driving Growth: Policy Responses", October 2003; Orazem, Peter, University of Kansas Business School, The Impact of High-Speed Internet Access on Local Economic Growth, August 2005

35. It has to be acknowledged that the technical characteristics of, for instance, fibre access network are different from the existing cable and telecommunications networks present in Appingedam. It can be argued that next generation networks are not comparable to existing networks, enabling different and much more advanced services than the existing networks. According to the proponents of this argument, state intervention in favour of next generation open public local access networks can have a positive effect on economic development due to the positive externalities on innovation and growth generated by these networks. Moreover, existing operators of electronic communications networks have not (yet) invested in these infrastructures due to the high capital expenditure and because this would make their existing investments obsolete. Hence, the argument goes further, state support for next generation networks could be a desirable means of accelerating the pace of innovation and economic development, even at the cost of potentially undermining past and discouraging future investment.
36. It is at this stage nonetheless difficult to envisage applications or services for citizens and businesses which cannot be deployed using broadband services delivered over the existing networks. This means that the degree of substitutability between retail and wholesale services delivered over the envisaged FTTH network on the one hand and services delivered over the existing networks on the other hand are high and hence the potential distortion of competition by the measure will remain very high for the foreseeable future. This is all the more true given a number of planned developments. KPN announced that it will increase the capacity of its services and Essent is investigating the possibility to provide very high bandwidth FTTH (Ethernet to the home) broadband over its existing networks, thereby increasing the capacity of its network considerably. Thus, the measure foreseen by the authorities entails a serious risk that State intervention in this area crowds out existing and future investments by market players. Accordingly, it is under these circumstances questionable whether the foreseen measure and the use of the aid instrument as such is proportional.

Conclusion

37. On the basis of the above and the information available at this stage, the Commission has doubts that the disputed measure is compatible with the common market under Article 87(3)(c) of the EC Treaty.

VI. DECISION

38. In view of the above, the Commission has decided to initiate the procedure pursuant to Article 88(2) of the EC Treaty on the disputed measure because it has doubts that the disputed measure is compatible with the common market under Article 87(3)(c) of the EC Treaty.

In the light of the foregoing considerations, the Commission, acting under the procedure laid down in Article 88(2) of the EC Treaty, requests the Netherlands to submit its comments and to provide all such information as may help to assess the aid/measure, within one month of the date of receipt of this letter. It requests your authorities to forward a copy of this letter to the potential recipients of the aid immediately.

The Commission wishes to remind the Netherlands that Article 88(3) of the EC Treaty has suspensory effect, and would draw your attention to Article 14 of Council Regulation (EC) No 659/1999, which provides that all unlawful aid may be recovered from the recipients.

The Commission informs the Netherlands that it will inform interested parties by publishing this letter and a meaningful summary of it in the *Official Journal of the European Union*. It will also inform interested parties in the EFTA countries which are signatories to the EEA Agreement, by publication of a notice in the EEA Supplement to the *Official Journal of the European Union* and will inform the EFTA Surveillance Authority by sending a copy of this letter. All such interested parties will be invited to submit their comments within one month of the date of such publication.

Yours faithfully,

For the Commission

Neelie Kroes

Member of the Commission

If this letter contains confidential information which should not be published, please inform the Commission within fifteen working days of the date of receipt. If the Commission does not receive a reasoned request by that deadline, you will be deemed to agree to publication of the full text of this letter. Your request specifying the relevant information should be sent by registered letter or fax to:

European Commission
Directorate-General for Competition
Directorate H, State aid: Network industries, liberalised sectors
and services
Unit H-3 for Telecommunications and Media
Building/Office J-II 70, 4/166
B-1049 Brussels

Fax No: +32 2 296 98 16

STATLIGT STÖD - NEDERLÄNDERNA
Statligt stöd nr C 35/2005 (f.d. N 59/2005)
Bredbandsutbyggnad i Appingedam

Uppmaning att inkomma med synpunkter enligt artikel 88.2 i EG-fördraget
(2005/C 321/07)

(Text av betydelse för EES)

LÄNSRÄTTEN I STOCKHOLMS LÄN	
7006 -04- 2 0	
Målnr:	Rotel:
Aktbilaga:	

Genom den skrivelse, daterad den 20.10.2005, som återges på det giltiga språket på de sidor som följer på denna sammanfattning, underrättade kommissionen Nederländerna om sitt beslut att inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 i EG-fördraget avseende ovannämnda stödåtgärd.

Berörda parter kan inkomma med sina synpunkter på finansieringen av projektet för bredbandsutbyggnad i Appingedam inom en månad från dagen för offentliggörandet av denna sammanfattning och den därpå följande skrivelsen. Synpunkterna skall sändas till följande adress:

Europeiska kommissionen
Generaldirektoratet för konkurrens
Registreringsenheten för statligt stöd
Kontor SPA 3 06/05
B-1049 Bryssel
Fax: (32-2) 296 12 42

Synpunkterna kommer att meddelas Nederländerna. Den tredje part som inkommer med synpunkter kan skriftligen begära konfidentiell behandling av sin identitet, med angivande av skälen för begäran.

SAMMANFATTNING

Förfarande

I november 2004 lämnade kabeloperatören Essent in ett klagomål till kommissionen om den offentliga finansieringen av ett fiberaccessnät i Appingedam, Nederländerna. Essent hade redan i september 2004 väckt talan i en nederländsk domstol. Domstolen förpliktade kommunen att anmäla planerna att bevilja stöd till kommissionen och att avbryta den fortsatta utbyggnaden av nätet (¹). I februari 2005 anmälde de nederländska myndigheterna åtgärden till kommissionen, men hävdade samtidigt att det inte var fråga om stöd. Kommissionen begärde ytterligare upplysningar från de nederländska myndigheterna i mars 2005. Myndigheterna svarade i augusti 2005 efter en förlängning av tidsfristen.

Beskrivning av åtgärden

Appingedams kommun anser att det krävs offentliga insatser för att förbättra det otillräckliga utbudet av avancerade bredbandstjänster till företag och allmänhet genom att stödja utbyggnad av ett fiberaccessnät (Fibre to the Home, FTTH). Kommunen beslutade att delta i finansieringen av projektet, eftersom marknadsaktörerna inte visat något intresse för att delta i projektet på marknadsvillkor.

Det planerade fibernätet är uppdelat i en passiv och en aktiv del. Den passiva delen kommer att ägas och finansieras av en offentlig stiftelse som kommunen kommer att bilda och kontrollera. Den aktiva delen kommer att ägas och finansieras

(¹) På begäran av Essent förpliktade distriktsdomstolen i Groningen kommunen att anmäla planerna till kommissionen enligt artikel 88.3 i EG-fördraget.

av en enhet som bildas av privata investerare (Damsternet). Damsternet självt kommer endast att tillhandahålla grossisttjänster till tjänsteleverantörer som tillhandahåller bredbandstjänster till slutkunder (hushåll och företag).

Bedömning av åtgärden

Det är fråga om statliga medel eftersom den passiva delen av nätet finansieras av Appingedams kommun. Stiftelsen, Damsternet och de tjänsteleverantörer som levererar till slutkunder får en ekonomisk fördel, eftersom de kommer att tillhandahålla och ha tillgång till infrastruktur på villkor som är mer förmånliga än marknadsvillkoren. Den statliga åtgärden snedvrider konkurrensen, eftersom den ändrar de gällande marknadsvillkoren genom att möjliggöra inträde på grossistmarknaden för snabba bredbandstjänster (Damsternet) och genom att ge tjänsteleverantörer möjlighet att gå in på marknaderna i efterföljande led, dvs. tillhandahållande av bredbands- och teletjänster till slutkunder. Denna statliga åtgärd påverkar handeln mellan medlemsstater, eftersom den kan påverka leverantörer av elektroniska kommunikationstjänster i andra medlemsstater.

En bedömning av åtgärdens förenlighet med den gemensamma marknaden kan endast göras på grundval av artikel 87.3 c i EG-fördraget. Enligt den artikeln skall åtgärden vara nödvändig och proportionerlig för att främja genomförandet av ett mål av gemensamt intresse, dvs. att avhjälpa ett marknadsmisslyckande eller att uppnå ett godkänt mål som syftar till sammanhållning eller omfördelning.

Nödvändighet och proportionalitet

Bredbandsanslutning är en typ av tjänst som kan påverka produktiviteten och tillväxten. I andra fall har kommissionen funnit att stöd till infrastruktur kan vara ett lämpligt och proportionerligt instrument för att angripa marknadsmisslyckanden och rättviseproblem. Även det nu aktuella projektet har vissa av de egenskaper som har bedömts positivt i tidigare kommissionsbeslut om offentlig finansiering av bredbandsprojekt (öppen anbudsinfordran, allmän access osv.). Eftersom FTTH-nätens tekniska egenskaper gör det möjligt att tillhandahålla mer avancerade tjänster än genom traditionella koppar- eller kabelnät (*), skulle man kunna hävda att statligt stöd är ett lämpligt sätt att påskynda innovationstakten, även om det innebär att den privata sektorns redan gjorda investeringar riskeras och att den privata sektorn avskräcks från att investera i framtiden.

Kommissionen har hittills bara godkänt ärenden där marknaden inte tillhandahåller ett konkurrenskraftigt utbud av bredbandstjänster. I detta ärende är det fråga om en åtgärd som görs i ett område där bredbandstjänster till slutkund (KPN och Essent) och i viss mån även infrastruktur för att tillhandahålla grossisttjänster (KPN) redan finns tillgängliga till priser som är jämförbara med priserna i andra regioner. Det finns en stor överlappning med befintliga nät när det gäller nättäckning och tjänstevillkor och det finns därför en stor risk för att en statlig åtgärd skulle tränga ut marknadsaktörernas nuvarande och framtida investeringar.

Kommissionen har beslutat att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 i EG-fördraget om den omstridda åtgärden, eftersom kommissionen inte är övertygad om att åtgärden är förenlig med den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 87.3 c i EG-fördraget.

Enligt artikel 14 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 kan allt olagligt stöd komma att återkrävas från mottagaren.

SJÄLVA SKRIVELSEN

"Met dit schrijven stelt de Commissie Nederland ervan in kennis dat zij, na onderzoek van de door uw autoriteiten verstrekte inlichtingen betreffende bovengenoemde steunmaatregel, heeft besloten de procedure van artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag in te leiden.

I. Procedure

1. Bij schrijven van 2 november 2004 (dat op 18 november 2004 geregistreerd werd onder nummer CP 212/2004) diende kabelexploitant Essent Kabelcom (hierna: Essent), een informele klacht in bij de Commissie. De klacht betreft overheidsfinanciering voor een glasvezel-aansluitnetwerk (Fibre-to-the-Home, FTTH) in Appingedam,

(*) Dit finns de som hävdar att den nya generationens nät inte är jämförbara med dagens koppar- eller kabelnät och att statliga åtgärder till förmån för den nya generationens allmänna, offentliga lokala accessnät kan påverka den ekonomiska utvecklingen positivt på grund av nätens positiva effekter på innovation och tillväxt. De företag som i dag driver elektroniska kommunikationsnät har ännu inte börjat investera i dessa infrastrukturer på grund av de höga kapitalkostnaderna och på grund av att det skulle göra deras befintliga när föräldrade (motstridiga intressen).

edam, een stad in Noord-Nederland. Essent heeft intussen bevestigd dat de klacht als een formele klacht dient te worden beschouwd.

2. Essent, die de op een na grootste kabelexploitant van Nederland is en die ook een kabelnetwerk in Appingedam exploiteert, had de zaak in september 2004 al aanhangig gemaakt bij een Nederlandse rechtbank. De rechtbank heeft de gemeente op grond van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag opgedragen het steunvoornemen aan te melden bij de Commissie en de verdere aanleg van het netwerk te staken.
3. Bij een schrijven dat op 3 februari 2005 werd geregistreerd, meldden de Nederlandse autoriteiten de maatregel bij de Commissie aan om redenen van rechtszekerheid, waarbij ze aanvoerden dat de maatregel geen steun behelste. Op 31 maart 2005 verzocht de Commissie de Nederlandse autoriteiten om verdere informatie. Na een verlenging van de termijn antwoordden zij hierop bij brief van 4 augustus 2005, die op 16 augustus 2005 werd geregistreerd. De informatie in deze brief verschilt aanzienlijk van de informatie die bij de oorspronkelijke aanmelding werd verstrekt.

II. Uitvoerige beschrijving van de maatregel

Achtergrond

4. De gemeente Appingedam vindt dat de tussenkomst van de overheid nodig is om te voorzien in de algemene beschikbaarheid van geavanceerde breedbanddiensten voor ondernemingen en particulieren door uitrol van een glasvezel-aansluitnetwerk (Fibre-to-the-Home, FTTH) in Appingedam te steunen. Volgens de gemeente bieden Essent en telecommunicatie-exploitant KPN in Appingedam weliswaar internettoegang maar geen geavanceerde breedbanddiensten. De gemeente heeft besloten financieel deel te nemen in het project nadat gebleken was dat de marktpartijen geen belangstelling hadden om hierin op marktvoorwaarden deel te nemen.

De componenten van het netwerk

5. De passieve laag van het glasvezelnetwerk (graafrechten, buizen, glasvezels, enz.) zal het eigendom worden van een openbare stichting („Stichting Glasvezelnet Appingedam”, hierna: de stichting), op te richten door en onder toezicht van de gemeente. De investering in de passieve laag wordt op 4,9 miljoen EUR geschat. Aanvankelijk was niet voorzien dat de aanleg van de passieve laag openbaar zou worden aanbesteed. Er is evenwel besloten, zoals in de brief van 4 augustus 2005 wordt verklaard, om dit wel te doen.

6. De kosten van de actieve laag (telecommunicatieapparatuur, netwerkbeheer, enz.) worden op 1 tot 1,3 miljoen EUR geschat. De actieve componenten hebben een geschatte economische levensduur van 5 tot 8 jaar. De exploitant van de actieve laag zal alleen wholesale-diensten aanbieden aan service providers die breedbanddiensten aan de eindgebruikers (huishoudens en bedrijven) zullen verstrekken.
7. De autoriteiten verklaarden aanvankelijk dat de actieve laag eigendom zou worden van en gefinancierd zou worden door een entiteit („Stichting Damsternet”, hierna: Damsternet) die door bepaalde particuliere investeerders zou worden opgericht. Niet alle particuliere partijen waren bekend. Volgens de autoriteiten hebben NKF (een kabelfabrikant), Nacap (de pijpleidingdivisie van een internationaal actieve bouwonderneming, genaamd Koop Holding) en Ericsson Telecommunications belangstelling getuond. In de brief van 4 augustus 2005 hebben de autoriteiten evenwel verklaard dat de gemeente het gebruiksrecht van het actieve netwerk uiteindelijk openbaar zou aanbesteden. In dit stadium is het bovendien niet duidelijk op basis van welke financiële voorwaarden het gebruiksrecht zou worden gegund. In de concept-gebruiksovereenkomst wordt bepaald dat de houder van het gebruiksrecht jaarlijks een gebruiksvergoeding aan de stichting zal betalen. De stichting zal echter „maximaal een bedrag opeisen dat overeenkomt met 80 % van de in dat jaar gegenereerde cashflow”. Indien deze cashflow negatief is, zal de stichting geen vergoeding opeisen. In een dergelijk geval zullen zij slechts een minimale betaling verlangen, zoals aangegeven in een bijlage bij de gebruiksovereenkomst. In de bijlage wordt evenwel nog niet bepaald welke betaling voorzien is.

III. Het standpunt van de Nederlandse autoriteiten

8. De Nederlandse autoriteiten stellen dat er geen sprake is van een steunmaatregel en voeren hiervoor verschillende argumenten aan.
9. Allereerst beroepen zij zich op een „marktfalen”, d.w.z. dat de markt niet de diensten verschaft die door de autoriteiten essentieel worden geacht voor de bevolking. Marktinvesteerders zijn niet bereid om in het project te investeren omdat het geen marktconform financieel rendement zou opleveren. Doordat de markt niet in het project investeert, ziet Appingedam zich genoodzaakt dit glasvezelnetwerk aan te leggen als een „publieke infrastructuur”. De Nederlandse autoriteiten voeren daarom aan dat de gemeente Appingedam enkel steun verleent voor de aanleg van een „publieke infrastructuur” die voor alle partijen openstaat op vergelijkbare voorwaarden.
10. In de tweede plaats betogen de autoriteiten dat er geen steun gemoeid is met dit project op de vier niveaus die daarbij kunnen worden onderscheiden. Er is geen sprake van een voordeel voor de stichting en zelfs wanneer dat het geval zou zijn, zou dat niet van invloed zijn op het handelsverkeer tussen de lidstaten. Er wordt ook geen steun verleend aan de exploitant van de actieve laag. De Commissie merkt op dat de autoriteiten evenwel geen argumenten aanvoeren om deze beweringen te staven. Voorts zijn de autoriteiten van mening dat er geen steun wordt verleend aan de dienstenaanbieders. De exploitant

zou een marktconforme wholesale-prijs moeten aanrekenen aan de providers die retail-diensten aanbieden die zij reeds via bestaande infrastructuur aanboden. Indien de Commissie garanties van de gemeente zou verlangen dat de exploitant marktconforme prijzen aanrekenen, zal de gemeente dit vastleggen in de overeenkomst tussen de gemeente en de exploitant. Tenslotte betogen de autoriteiten dat, in tegenstelling tot de zaak ATLAS^(*), het netwerk in Appingedam hoofdzakelijk zou worden gebruikt om diensten te verlenen aan huishoudens/particulieren die geen economische activiteiten verrichten. Voorzover er sprake is van steun aan ondernemingen in Appingedam, blijft deze onder de toegestane steunintensiteit die is vastgelegd in Verordening (EG) nr. 69/2001 („de minimumsteun”) en bovendien valt deze onder de kaderregeling voor steun aan kleine en middelgrote ondernemingen (MKB).

11. De Nederlandse autoriteiten betogen dat indien de Commissie tot de conclusie komt dat de maatregel steun vormt, de maatregel verenigbaar is omdat deze zowel noodzakelijk als evenredig is. De maatregel is nodig omdat particuliere investeerders niet willen investeren in Appingedam, een perifere gebied met een sociaal-economische achterstand. Voor zover er breedbanddiensten beschikbaar zijn, zijn de huidige prijzen ervan hoger dan in andere gebieden van Nederland. Aangezien alle exploitanten open toegang tot het netwerk zullen krijgen op gelijke voorwaarden, is de mededinging gewaarborgd en zal geen enkele exploitant een selectief voordeel genieten. De autoriteiten stellen ook dat de maatregel evenredig is. De stichting is niet betrokken bij de exploitatie van de actieve laag. De operator zal een niet-discriminerende, open toegang bieden en niet met dienstenaanbieders concurreren. De aanleg van het netwerk zal plaatsvinden op marktvoorwaarden.

IV. Beoordeling van de maatregel/steun

12. Op grond van het Verdrag en geconsolideerde rechtspraak is er sprake van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, wanneer door overheidsbetrokkenheid of door met staatsmiddelen bekostigde maatregelen een voordeel wordt verleend aan de begunstigde, welke de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig dreigt te beïnvloeden.

Staatsmiddelen

13. De gemeente Appingedam zal ofwel een lening ofwel een garantie voor een lening verstrekken. Bijgevolg zijn de middelen voor de financiering van de passieve laag van dit netwerk afkomstig van de gemeente Appingedam. Deze middelen moeten daarom als staatsmiddelen worden beschouwd.

Economisch voordeel

14. De autoriteiten hebben verschillende argumenten aangevoerd als zou de maatregel geen steun behelzen, ofwel omdat deze geen voordeel meebrengt ofwel omdat deze niet van invloed is op het handelsverkeer tussen de lidstaten. Op deze argumenten zal hierna worden ingegaan.

(*) Zie beschikking van de Commissie van 9 september 2004 in zaak N 213/03: steunmaatregel N 213/2003 — ATLAS-project in het Verenigd Koninkrijk: regeling breedbandinfrastructuur voor bedrijventerrain (Corrigendum).

15. Volgens de Nederlandse autoriteiten valt een dergelijke vorm van overheidsbemoeienis niet onder artikel 87, lid 1, EG-Verdrag, maar dient deze veeleer te worden gezien als een typische overheidstaak, aangezien algemene infrastructuur wordt aangelegd.
16. De Commissie is echter niet overtuigd dat dit project kan worden beschouwd als het verschaffen van een algemene infrastructuur. Overeenkomstig de bevindingen van de Commissie in de zaak ATLAS (*) bieden het passieve netwerk en de actieve componenten geen dienst aan eindgebruikers, maar voorzieningen voor bedrijven die breedbanddiensten aanbieden. Zoals uit de aanwezigheid van KPN en Essent in Appingedam blijkt, is het verschaffen van dit soort infrastructuur geen typische overheidstaak, maar een activiteit die gewoonlijk wordt verricht door marktpartijen die de uiteindelijke dienst aan huishoudens en bedrijven verstrekken. Het project overlapt daarmee tot op zekere hoogte marktinitiatieven of voorziet in de verstrekking van diensten die al beschikbaar zijn, hoewel de door de stichting aan te leggen infrastructuur graafwerkzaamheden en passieve elementen behelst. De Commissie is derhalve in dit stadium van mening dat het project in Appingedam onder de staatssteunregels valt en niet als algemene infrastructuur kan worden aangemerkt die tot de gewone verantwoordelijkheden van de staat jegens de bevolking behoort.

Voordeel voor de stichting

17. De stichting die eigenaar is van de passieve infrastructuur, is opgericht door de gemeente en staat onder haar toezicht. De stichting stelt de passieve laag ter beschikking van de exploitant. Dit kan als een economische activiteit worden beschouwd en de stichting kan derhalve worden aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel 87, lid 1, EG-Verdrag. De passieve laag wordt door de gemeente gefinancierd zonder enige vergoeding van de stichting. Dit komt neer op een economisch voordeel voor de stichting in de zin van artikel 87, lid 1, EG-Verdrag.

Voordeel voor de exploitant

18. De bewering dat er geen steun wordt verleend aan de exploitant, wordt niet door de autoriteiten gestaafd.
19. De autoriteiten hebben bevestigd dat het gebruiksrecht openbaar zal worden aanbesteed. Indien dat gebeurt, kan de aanbesteding in principe het economische voordeel voor de winnende leverancier tot een minimum worden beperkt in de zin van artikel 87, lid 1, EG-Verdrag. Het valt evenwel te betwijfelen of de passieve laag op dezelfde voorwaarden zal worden aangelegd als bij een particuliere investering. Volgens de autoriteiten kon het project niet door particuliere investeerders worden uitgevoerd en waren banken evenmin bereid om geld te steken in dit project. De gemeente heeft verschillende banken gevraagd om dit project te financieren, maar met uitzondering van de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG) hebben zij dit allemaal geweigerd. BNG is bereid de gemeente een lening te verstrekken omdat zij, aldus de gemeente, alleen de kredietwaardigheid van de begunstigde van de lening, in casu de gemeente, maar niet de aanleg van het FTTH-netwerk door de stichting of het project als zodanig heeft beoordeeld.

(*) Zie 3.

Voordeel voor internetaanbieders (ISP's) en andere aanbieders van elektronische communicatiediensten

20. Zelfs wanneer de toegang tot het optische netwerk via de exploitant op transparante en gelijke voorwaarden aan alle geïnteresseerde ISP's en andere exploitanten zal worden verleend, zal de tarifiering van deze toegang waarschijnlijk ruim onder de onderliggende kosten liggen als gevolg van de overheidsbemoeienis en niet gebaseerd zijn op de markttarieven voor vergelijkbare wholesale-breedbanddiensten. De dienstenaanbieders zal daarom een voordeel worden verleend aangezien zij de kans krijgen om tot de markt voor snelle retail-breedbanddiensten toe te treden en bedrijfsactiviteiten te ontwikkelen tegen voorwaarden die anders niet op de markt kunnen worden verkregen.

Voordeel voor de eindgebruikers

21. Het voorgaande suggereert dat het voordeel dat aan de exploitant, dienstenaanbieders en andere aanbieders van telecommunicatiediensten wordt verleend, zich ook zou kunnen vertalen in een voordeel voor de huishoudens en ondernemingen in Appingedam. Particuliere gebruikers vallen niet onder de staatssteunregels. Echter ondernemingen in het beoogde gebied zouden wellicht kunnen profiteren van een dienstverlening die verder reikt en lager geprijsd is dan wat op louter commerciële basis zou worden aangeboden gezien de huidige aanbiedingen voor huurlijnen en satellietverbindingen. Bovendien zouden zij een voordeel kunnen genieten in vergelijking met bedrijven in andere regio's van Nederland. De autoriteiten hebben bij herhaling aangevoerd dat, indien er sprake is van steun voor ondernemingen in Appingedam, het steunniveau onder de toegestane steuintensiteit ligt, zoals bepaald bij Verordening (EG) nr. 69/2001 („de minimis-steun”), en dat de maatregel bovendien onder de kaderregeling inzake overheidssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen (KMO's) valt. De Commissie erkent dat het voordeel voor elk van de zakelijke eindgebruikers onder de drempel voor de minimis-steun zou kunnen liggen. Er kan in dit stadium echter niet worden uitgesloten dat de steun wel de in deze verordening vastgelegde plafonds overschrijdt.

Concurrentievervalsing

22. Door deze tussenkomst van de overheid worden de bestaande marktvoorwaarden in Appingedam gewijzigd doordat de gesubsidieerde toegang van de exploitant tot de wholesale-markt voor snelle breedbanddiensten alsmede de toegang van dienstenaanbieders tot de downstream-markten van onder andere retail-breedband- en retail-telecommunicatiediensten mogelijk wordt gemaakt. De bestaande exploitanten, Essent en KPN, hebben bij hun beslissingen inzake infrastructuurinvesteringen en -onderhoud, hun berekeningen gebaseerd op de veronderstelling dat andere exploitanten de kosten van nieuwe infrastructuur zouden moeten dragen of een marktprijs zouden moeten betalen voor de toegang tot wholesale-diensten, hetgeen niet langer het geval lijkt te zijn als er overheidssteun wordt verleend. Het felt dat er nieuwe infrastructuur beschikbaar komt tegen voorwaarden die op het eerste gezicht niet marktconform zijn, heeft tot gevolg dat de concurrentie wordt vervalst, ook op de downstream-markten van retail-breedband- en andere retail-elektronische communicatiediensten.

Gevolgen voor het handelsverkeer

23. Voor zover de overheidsmaatregelen gevolgen kunnen hebben voor telecommunicatiebedrijven en dienstenaanbieders in andere lidstaten, zijn deze van invloed op het handelsverkeer. De telecommunicatiemarkt staat steeds meer open voor concurrentie tussen exploitanten en dienstenaanbieders, die zich over het algemeen bezighouden met activiteiten waarvoor handelsverkeer bestaat tussen de lidstaten.

Conclusie

24. In het licht van het voorgaande is de Commissie van mening dat het met staatsmiddelen gefinancierde project een economisch voordeel verleent aan de stichting, de exploitant en de dienstenaanbieders, hetgeen zich tenminste ten dele zou kunnen vertalen in een economisch voordeel voor ondernemingen in Appingedam. Voorts is het project concurrentievervalsend en van invloed op het handelsverkeer tussen de lidstaten.

V. Beoordeling van de steunmaatregel: verenigbaarheid

25. Na de vaststelling dat er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag, dient te worden nagegaan of de maatregel verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden geacht.
26. Wanneer staatsmiddelen enkel worden verleend ter compensatie van de verstrekking van een dienst van algemeen economisch belang (hierna: DAEB), dan hoeft hiermee geen staatssteun te zijn gemoeid. Het Hof van Justitie heeft te kennen gegeven dat de compensatie van kosten die voortvloeien uit openbare dienstverplichtingen, niet onder de werkingssfeer van artikel 87, lid 1, van het Verdrag vallen indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden worden beschreven in het Altmark-arrest van 24 juli 2003^(*). De autoriteiten hebben zich evenwel niet beroepen op de voorwaarden die zijn vastgelegd in het Altmark-arrest en hebben evenmits het bestaan van een DAEB aangevoerd, zelfs niet impliciet. Er zijn geen aanwijzingen dat de overheidsmaatregel moet worden beschouwd als compensatie voor de diensten die door de begunstigde ondernemingen worden verstrekt. Daarom heeft de Commissie in dit stadium de aangemelde maatregel niet bezien tegen deze achtergrond of getoetst aan het bepaalde in artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag.
27. De Commissie merkt op dat met het voorgenomen project wordt beoogd de ruimere beschikbaarheid en het ruimere gebruik van snelle breedbanddiensten te verzekeren tegen voorwaarden die meer overeenkomen met minder afgelegen gebieden die dichter bevolkt zijn en relatief meer bedrijven tellen. Voorts wordt erkend dat de bestaande kaderregelingen en richtsnoeren niet kunnen worden toegepast voor de beoordeling van steunmaatregelen die

dit specifiek tot doel hebben. De Commissie is derhalve van mening dat de toetsing van de verenigbaarheid van de maatregel met de gemeenschappelijke markt rechtstreeks op artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag dient te worden gebaseerd^(*).

28. In artikel 87, lid 3, onder c), EG-Verdrag wordt bepaald dat:

„steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijke belang wordt geschaad, als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd”.

29. In het kader van een toetsing aan artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag houdt dit in dat de overheidsmaatregel noodzakelijk moet zijn en in verhouding dient te staan tot het beoogde doel van algemeen belang, d.w.z. de correctie van een gebrekkige marktwerking.

Noodzakelijkheid

30. De toegang tot een breedbandnetwerk is een voorziening die door zijn aard een positieve invloed kan hebben op de productiviteit en de groei van een groot aantal sectoren en activiteiten^(*). Er zijn aanwijzingen dat een grotere beschikbaarheid van breedbandnetwerken ten goede kan komen aan de regionale economische ontwikkeling en de schepping en het behoud van werkgelegenheid, alsook verbeterde gezondheids- en onderwijsvoorzieningen^(*).
31. De autoriteiten stellen dat de maatregel gericht is tegen een gebrekkige marktwerking: Appingedam is een achterstandsgebied waar de netwerkeigenaren Essent en KPN niet hun netwerken willen upgraden noch toegang willen verlenen tot hun core-netwerken of „dark fibre” aan providers die FTTH willen aanbieden. De autoriteiten hebben ook verklaard dat Essent en KPN pas na de aankondiging van de gemeente dat zij haar eigen FTTH-initiatief zou lanceren, hun netwerken hebben geüpgraded teneinde breedbanddiensten aan te bieden.
32. Het is evenwel de vraag of er bij de situatie in Appingedam wel sprake is van een „gebrekkige marktwerking”. In de eerste plaats voorziet de markt, aldus de autoriteiten, niet in de FTTH-infrastructuur omdat het verwachte rendement op de investering onvoldoende was om een investering tegen marktvoorwaarden te rechtvaardigen. Dit kan worden verklaard door een lage vraag naar breedbanddiensten alsook de hoge kapitaaluitgaven voor de aanleg van de infrastructuur.

^(*) Zie de beschikkingen van de Commissie in de zaken N 213/03, „ATLAS-project”, en bijv. N 126/04 „Breedbanddiensten voor KMO's in Lincolnshire” en N 307/04, „Breedbanddiensten in Schotland — afgelegen en plattelandgebieden”.

^(*) Zie bijvoorbeeld: Lehr, Osorio, Giller en Sirbu: „Measuring Broadband's Economic Impact”, 2005.

^(*) OESO „Broadband Driving Growth: Policy Responses”, oktober 2003; Orazem, Peter, University of Kansas Business School, „The Impact of High-Speed Internet Access on Local Economic Growth”, augustus 2003.

^(*) Arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, in zaak C-280/00, Altmark Trans, Jurispr. 2003, blz. I-7747.

33. In de tweede plaats is, aldus de Commissie, de toegang tot een breedbandnetwerk al beschikbaar in Appingedam hoewel de diensten die thans worden verstrekt, niet geheel vergelijkbaar zijn met de diensten die met het geplande netwerk zouden kunnen worden aangeboden. KPN en Essent bieden allebei retail-breedbanddiensten aan tot 8Mbit/s en KPN biedt tot op zekere hoogte ook wholesale-toegang tot infrastructuur en diensten. Bijgevolg is er een aanzienlijke overlapping van netwerkdekking en dienstverlening, die tot de beste in de Europese Unie behoren, en daarom valt het te betwijfelen of er sprake is van een 'marktfalen', die met deze maatregel kan worden verholpen.

Evenredigheid

34. Om te bepalen of de maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, dient ook de evenredigheid van de maatregel te worden onderzocht. De maatregel dient in verhouding te staan tot het beoogde doel en mag de concurrentie niet zo zeer vervalsen dat het gemeenschappelijke belang wordt geschaad.

35. Er dient te worden erkend dat de technische kenmerken van bijvoorbeeld glasvezelaansluitnetwerken verschillen van de bestaande kabel- en telecommunicatienetwerken in Appingedam. Er kan worden aangevoerd dat de nieuwe generatie netwerken niet te vergelijken valt met de bestaande netwerken omdat zij andere en veel geavanceerdere diensten mogelijk maken dan de bestaande netwerken. Volgens degenen die zich hierop beroepen kan overheidssteun voor de volgende generatie van openbaar toegankelijke, lokale aansluitnetwerken een positief effect hebben op de economische ontwikkeling vanwege de positieve externe effecten die deze netwerken zullen hebben op innovatie en groei. Bovendien hebben de bestaande exploitanten van elektronische communicatienetwerken (nog) niet in deze infrastructuur geïnvesteerd vanwege de hoge kapitaalsluitgaven en omdat hun bestaande investeringen daardoor niet meer van nut zouden zijn. Wanneer deze redenering wordt doorgetrokken, zou staatssteun voor de nieuwe generatie netwerken een gewenst middel kunnen zijn om het tempo van innovatie en economische ontwikkeling te versnellen, zelfs tegen de prijs dat in het verleden gedane investeringen mogelijk worden ondermijnd en toekomstige investeringen ontmoedigd.

36. In dit stadium valt evenwel moeilijk te bezien welke toepassingen of diensten aan particulieren en bedrijven kunnen worden aangeboden die niet met behulp van breedbanddiensten via de bestaande netwerken kunnen worden verschaft. Dit betekent dat er sprake is van een hoge substitueerbaarheid tussen enerzijds de retail en wholesale-diensten die via het geplande FTTH-netwerk worden verstrekt en anderzijds de diensten die via de bestaande netwerken worden verstrekt, waardoor de maatregel de mededinging in de nabije toekomst ernstig zou kunnen vervalsen. Dit geldt des te meer in het licht

van een aantal geplande ontwikkelingen. KPN heeft aangekondigd dat zij de capaciteit van haar dienstverlening zal verhogen en Essent onderzoekt de mogelijkheid om de superbreedbandverbinding ETTN (Ethernet to the home) via haar bestaande netwerken aan te bieden, waardoor de capaciteit van haar netwerk aanzienlijk wordt vergroot. De maatregel die door de autoriteiten wordt voorzien, houdt daarom een ernstig risico in van verdringing van bestaande en toekomstige investeringen door marktpartijen als gevolg van de overheidssteun. Onder de gegeven omstandigheden is het daarom de vraag of de geplande maatregel en het gebruik als zodanig van het steuninstrument als evenredig kunnen worden beschouwd.

Conclusie

37. Op grond van het voorgaande en de informatie die in dit stadium beschikbaar is, betwijfelt de Commissie of de betwiste maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt in overeenstemming met artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag.

VI. Besluit

38. In het licht van het voorgaande heeft de Commissie besloten de procedure van artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag in te leiden ten aanzien van de betwiste maatregel omdat zij betwijfelt of deze verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt in overeenstemming met artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag.

Gelet op de bovenstaande overwegingen verzoekt de Commissie Nederland in het kader van de procedure van artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag binnen een maand vanaf de datum van ontvangst van dit schrijven zijn opmerkingen te maken en alle dienstige inlichtingen te verstrekken voor de beoordeling van de steunmaatregel. Zij verzoekt uw autoriteiten onverwijld een afschrift van deze brief aan de potentiële begunstigden van de steunmaatregel te doen toekomen.

De Commissie wijst Nederland op de schorsende werking van artikel 88, lid 3, van het EG-Verdrag. Zij verwijst naar artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999, volgens hetwelk elke onrechtmatige steun van de begunstigden kan worden teruggevorderd.

Voorts deelt de Commissie Nederland mee, dat zij de belanghebbenden door de bekendmaking van dit schrijven en van een samenvatting ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* in kennis zal stellen. Tevens zal zij de belanghebbenden in de lidstaten van de EVA die partij zijn bij de EER-Overeenkomst door de bekendmaking van een mededeling in het *EER-supplement van het Publicatieblad* in kennis stellen, alsmede de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA door haar een afschrift van dit schrijven toe te zenden. Alle bovengenoemde belanghebbenden zal worden verzocht hun opmerkingen te maken binnen een maand vanaf de datum van deze bekendmaking."