



## Annotations

### UPC Nederland B.V./Gemeente Amsterdam

Gerechtshof Amsterdam, 18 januari 2007, 1252/06 KG, LJN: AZ 6508

(m.nt. mr. B.J. Drijber)

UPC verzet zich tegen de aanleg van een glasvezelnet in Amsterdam. Met een beroep op de standstill-verplichting voor steunmaatregelen tracht zij de voortgang van het project stil te leggen. Net als de voorzieningenrechter in eerste aanleg komt het Hof Amsterdam tot de conclusie dat de standstill-bepaling niet is geschonden, omdat de gemeente zich op het standpunt kan stellen dat van steun geen sprake is. De Commissie had hangende het geding de formele onderzoeksprocedure geopend. Desondanks meent het hof dat de gemeente niet tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het project gehouden is. Centrale vraag is wanneer de standstill-verplichting nu precies geldt.

### Feiten

Al enige jaren heeft de gemeente Amsterdam ambitieuze plannen voor een *fibre-to-the-home* netwerk voor zeer snel internet. Onder het motto 'glas tot in de meterkast' bracht een commissie onder leiding van oud-minister Koos Andriessen in 2003 een rapport uit over de haalbaarheid van de plannen zoals die er toen lagen. Toen de business case door banken werd afgekeurd, stelde de gemeente haar ambitieniveau bij. Uiteindelijk werd in 2006 een vennootschap opgericht, Citynet, waarin de gemeente voor 1/3 deelneemt, vijf woningcorporaties samen 1/3 deel hebben en twee particuliere investeerders, ING Real Estate en Reg-fiber, elk 1/6 deel. Al eerder slaagde de kabelsector erin een breedbandproject op de Europese staatssteunregels te laten stranden – de zaak Appingedam.<sup>1</sup> Anderen hebben reeds de feitelijke verschillen tussen beide projecten beschreven.<sup>2</sup>

Inzet van deze zaak is of de participatie van de gemeente in Citynet voldoet aan het *market economy investor principle* ('MEIP-beginsel'). De gemeente stelt dat er geen steun

is, omdat zij – kort gezegd – onder dezelfde voorwaarden in het project zou zitten als de particuliere investeerders. UPC, de kabelmaatschappij in wier verzorgingsgebied Amsterdam valt, neemt weinig verrassend het tegenovergestelde standpunt in. Hoewel Amsterdam blijkens uitlatingen van voormalig wethouder Van der Horst erg zeker van haar zaak was, is zij toch in 2004 naar Brussel afgereisd om het Citynet project aan DG COMP te presenteren. Dat leidde al snel tot kritische vragen. Door tussenkomst van het Ministerie van BZK werd het project in mei 2005 aangemeld. Het betrof hier een *aanmelding omwille van de rechtszekerheid*.<sup>3</sup> In een dergelijke aanmelding wordt de Commissie gevraagd te bevestigen dat er geen steun is. Vooralsnog is de Commissie echter meer overtuigd door de argumenten van de kabelsector, die – gewapend met rapporten van mededingingseconomen –, zich een assertieve en effectieve klager heeft getoond. Bij brief van 20 december 2006 heeft de Commissie namelijk de formele onderzoeksprocedure geopend.<sup>4</sup> Kort samengevat twijfelt zij of partijen werkelijk onder dezelfde voorwaarden investeren en of de gemeente niet toch initiële kosten alleen voor haar rekening heeft genomen. Ook twijfelt zij of alle partijen wel gelijktijdig hebben geïnvesteerd. Verder heeft de Commissie twijfel ten aanzien van de haalbaarheid van het businessplan.<sup>5</sup> Aldus zou er mogelijk een voordeel zijn voor de private investeerders en, verder downstream, voor de wholesaleroperator BBNed (hoewel geselecteerd op basis van een openbare procedure) en de retaileroperators die van BBNeds diensten gebruik maken.

- 1 Zie beschikking van 19 juli 2006 (C 35/2005 (ex N 59/2005)), besproken door N. Saanen en H.D. Stout, 'Breedband in Appingedam: verloren bij de Commissie, gewonnen door de bewoners', *NTER* 2006, p. 212-217. Zie voorts het overzichtsartikel van C.T. Dekker, 'Staatssteun voor breedbandprojecten', *M&M* 2006, p. 212-216.
- 2 Zie A.T. Ottow en J. Baard in *Mediaforum* 2007-4, nr. 12, p. 119-123.
- 3 Zie Deel 1 van Bijlage I bij Verordening 794/2004 van de Commissie (de uitvoeringsverordening), *Pb* 2004, L 140/1.
- 4 Brief van 20 december 2006, C(2006) 6589, nr. C 53/2006 (ex N 262/2005).
- 5 Zie punt 98 van de beschikking. Nogal zuur is de opmerking dat het ook nodig is de formele onderzoeksprocedure in te leiden omdat het 18 maanden heeft geduurd voordat de Commissie een compleet beeld kreeg van de investeringen die de gemeente vóór de oprichting van Citynet had gefinancierd (punt 101).

## Beslissing van het Hof Amsterdam

Met de uitvoering van het Citynet-project is al begonnen. Dat was reden voor UPC om in kort geding stopzetting van die uitvoering te eisen. Haar beroep op de standstill-bepaling van artikel 88, lid 3, laatste zin, EG werd door de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam niet gehonoreerd, omdat deze niet overtuigd was van het steunkarakter van de investering in Citynet.<sup>6</sup> Dat vonnis is nu bekrachtigd door Hof Amsterdam, dat zich door de ‘openingsbeschikking’ van de Commissie niet tot een ander oordeel heeft laten (ver)leiden.

Het hof begint met de *gelijktijdigheid* van de investeringen. Volgens de Commissie schort het daaraan in deze zaak, omdat de gemeente al vóórdat zij tot zaken kwam met de twee particuliere investeerders (op de deelname van de woningcorporaties gaat de Commissie wijselijk niet in) al het nodige had gedaan en gefinancierd. Het hof merkt dienaangaande op

*“dat ook in een markteconomie met louter particuliere investeerders het niet ongebruikelijk is dat een van hen het voortouw neemt, maar dat uiteindelijk de beslissing om een project te realiseren door alle deelnemers gelijktijdig wordt genomen. Hier lijkt de Gemeente wat verder te zijn gegaan, maar uit de voorliggende feiten kan het hof niet tot de conclusie komen dat de Gemeente reeds een zodanige beslissing had genomen dat zij daarop niet meer kon terugkomen, waardoor niet meer zou kunnen worden gezegd dat de Gemeente, ING en Reggefiber gelijktijdig hebben geïnvesteerd.”<sup>7</sup>*

Met betrekking tot de vraag of de gemeente, ING en Reggefiber op *gelijke voorwaarden* hebben geïnvesteerd, wijst de Commissie opnieuw op prefinanciering door de gemeente (tot € 1,5 mio), waarvan nog steeds niet duidelijk zou zijn in hoeverre die in het business plan is verwerkt. Het vermoeden bestaat kennelijk dat daardoor de risico’s voor de particuliere investeerders in omvang zijn verminderd. Het hof gaat daar als volgt mee om:

*“Het hof gaat ervan uit dat indien de Gemeente alsnog genoegzaam kan aantonen dat, naar zij stelt, voorinvesteringskosten die zij heeft gemaakt uiteindelijk geheel door [Citynet] en derhalve door alle investeerders tezamen worden gedragen, buiten twijfel is dat alle participanten op gelijke voorwaarden hebben geïnvesteerd.”<sup>8</sup>*

Ten slotte de *haalbaarheid van het businessplan*. UPC had laten uitrekenen dat de business case te optimistisch was. Ook de particuliere investeerders zouden niet volgens het MEIP-beginsel hebben gehandeld. De Commissie acht (ook) op dit punt nader onderzoek noodzakelijk. Het Hof overweegt:

*“Over de uitkomst van dat onderzoek kan het hof op voorhand weinig zeggen. Het [hof] is niet toegerust om zich dadelijk een zelfstandig oordeel over het businessplan te vormen en een kort geding leent zich niet voor een uitgebreid deskundigenonderzoek om in die leemte te voorzien. Hetgeen UPC omtrent het businessplan heeft aangevoerd rechtvaardigt niet reeds thans zonder meer de conclusie dat dat niet voldoet aan het MEIP-beginsel.”<sup>9</sup>*

De kern van de uitspraak betreft de standstill-verplichting. UPC had betoogd dat

*“voor de Gemeente nadat zij het Citynet-project had aangemeld bij de Commissie, een standstill-verplichting geldt. Dat is eens te meer het geval nu de Commissie een formeel onderzoek op de voet van art. 88 lid 2 EG-verdrag heeft geopend.”*

Het hof gaat hier echter niet in mee:

*“Met de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat pas sprake is van een stand still-verplichting als bedoeld in art. 88 lid 3 EG-verdrag, nadat een overheid de Commissie heeft geïnformeerd over haar voornemen een steunmaatregel in te voeren. In dat geval dient zij de uitkomst van het onderzoek van de Commissie af te wachten alvorens de steunmaatregel uit te voeren. Nu de Gemeente geen steunmaatregel heeft aangemeld maar de Commissie heeft verzocht te verklaren dat het Citynet-project geen steunmaatregel behelst, vereist voornoemd artikel niet dat de Gemeente de uitkomst van het onderzoek afwacht. De omstandigheid dat de Commissie niet dadelijk de door de Gemeente verlangde verklaring geeft maar aanleiding ziet een formeel onderzoek in te stellen, kan daaraan niet afdoen. Uit meergenoemde brief van de Commissie kan ook niet worden afgeleid dat zij meent dat in dit geval wel een standstill-verplichting geldt.”<sup>10</sup>*

Het hof overweegt verder dat “er een gereede kans is dat de Commissie alsnog tot de conclusie komt dat het Citynet-project geen staatssteun is”. De wederzijdse belangen afwegende komt het hof tot de slotsom dat de gevraagde voorzieningen moeten worden afgewezen.

## Commentaar

Veel (Nederlandse) EG-rechtjuristen fronsen de wenkbrauwen zodra een nationale rechter een oordeel geeft dat afwijkt van dat van de Commissie, of daar althans van lijkt

6 Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 22 juni 2006, L/JN AX9229.

7 Overweging 2.7.

8 Overweging 2.8.

9 Overweging 2.10.

10 Overweging 2.12.

af te wijken. Mijns inziens heeft het hof Amsterdam echter geen daad van rechterlijke insubordinatie gepleegd, daargelaten dat de (onafhankelijke) rechter in dezen een autonome rol heeft (zie hierna).

### Procedurele aspecten

De belangrijkste rechtsvraag is wat de standstill-verplichting doet ontstaan: is dat de maatregel zelf (materieel criterium) of de aanmelding van de maatregel (procedureel criterium)? Tot voor kort deed deze vraag zich niet op deze wijze voor. Als een maatregel werd aangemeld, ging het in de ogen van de meldende lidstaat om een steunvoornemen.<sup>11</sup> Sinds 2004 bestaat de mogelijkheid een maatregel louter omwille van de rechtszekerheid bij de Commissie aan te melden.<sup>12</sup> Deze figuur doet denken aan de vroegere ‘negatieve verklaring’ in het kartelrecht.<sup>13</sup> Bij staatssteun is een aanmelding omwille van de rechtszekerheid echter even goed een ‘echte aanmelding’ als een ‘gewone aanmelding’. In beide gevallen gelden dezelfde procedurevoorschriften. Dan lijkt het ook logisch aan te nemen dat de standstill-verplichting evenzeer van toepassing is.

Bij nauwkeuriger beschouwing is die benadering echter niet zonder meer juist. De standstill-verplichting van artikel 88, lid 3, laatste zin, EG heeft betrekking op ‘de voorgenomen maatregelen’ bedoeld in de eerste zin van dat artikel. Dat wil zeggen: ‘elk voornemen tot invoering of wijziging van *steunmaatregelen*’. Een steunmaatregel is een maatregel die voldoet aan alle (cumulatieve) voorwaarden van artikel 87, lid 1, EG. Voor een maatregel die niet voldoet aan die voorwaarden, geldt dus geen standstill-verplichting. Het feit dat een lidstaat de Commissie vraagt dat formeel te bevestigen, noopt niet tot een andere opvatting. Mij lijkt het dus correcter om van het materiële criterium uit te gaan. Dit klemmt te meer daar de standstill-verplichting (juist) relevant is voor steunmaatregelen die ten onrechte *niet* zijn aangemeld. Deze conclusie strookt met het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Alkmaar*.<sup>14</sup>

Verder signaleert het hof dat de Commissie in haar openingsbeschikking in *Citynet* niet aan de standstill-verplichting refereert. De beschikking wijkt op dit punt inderdaad af van de gebruikelijke openingsbeschikkingen, waarin aan het slot standaard het volgende zinnetje staat opgenomen:

*“De Commissie wijst Nederland op de schorsende werking van artikel 88, lid 3 van het EG-Verdrag en verwijst naar artikel 14 van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad, waarin wordt gesteld dat elke onrechtmatige steun van de begunstigde kan worden teruggevorderd.”*

Het is wellicht wat vroeg om op basis van deze ene beschikking conclusies te trekken, maar het lijkt er op dat de Commissie in geval van aanmelding omwille van de rechtszekerheid de betrokken lidstaat niet aan de standstill-verplichting houdt,<sup>15</sup> dus zelfs als zij tot de voorlopige conclusie komt dat wel steun wordt verleend.<sup>16</sup> Mogelijk

speelt hierbij de beleidsmatige overweging een rol dat lidstaten anders kunnen worden ontmoedigd van het instrument aanmelding omwille van de rechtszekerheid gebruik te maken.

Het vorenstaande laat onverlet dat een overheid er in de praktijk uiteraard verstandig aan kan doen een maatregel niet ten uitvoer te leggen, zo lang de Commissie niet heeft bevestigd dat deze inderdaad geen steun oplevert. Dat kan mede in het belang van de betrokken ondernemingen zijn, omdat in geval de Commissie de formele onderzoeksprocedure opent en in de eindbeschikking de terugvordering beveelt van onwettige steun, het die ondernemingen zijn die daar financieel voor opdraaien.

### Institutionele aspecten

De nationale rechter heeft een eigen verantwoordelijkheid, naast de Commissie, bij de handhaving van de staatssteunregels. Hij waakt over de naleving van de standstill-verplichting en moet de rechten van benadeelde concurrenten vrijwaren. Juist die autonome rol houdt in dat een rechter zelfstandig moet beoordelen of een bepaalde maatregel inderdaad een steunmaatregel vormt. Om toepassing te geven aan de directe werkende standstill-bepaling, moet de rechter het begrip steunmaatregel van artikel 87, lid 1, daarom zelf (kunnen) uitleggen. Dat de materiële verbodsbepaling van artikel 87, lid 1, zelf geen directe werking heeft, doet daaraan niet af, zoals blijkt uit het arrest *Pearle*<sup>17</sup> en recentelijk het arrest *Transalpine Ölleitung*.<sup>18</sup> In dat laatste arrest, dat primair ging over de vraag welke partijen terzake van welke perioden beroep kunnen doen op de standstill-verplichting, zette het Hof nog eens netjes op een rijtje wat de nationale rechter in dit kader mag en moet doen.<sup>19</sup>

De autonome rol van de nationale rechter brengt mee dat hij, anders dan bij mededingingsbeschikkingen volgens de *Masterfood* rechtspraak, niet gebonden is aan een beschikking van de Commissie tot opening van de procedure, nog daargelaten dat een dergelijke beschikking slechts een voorlopige beoordeling behelst en dat daarop een eindbeschikking *moet* volgen.<sup>20</sup> Dit betekent ook dat de rechter niet op grond van de enkele opening van de procedure door de Commissie

11 Mogelijk bij wijze van subsidiair standpunt.

12 Zie voetnoot 3.

13 Artikel 2 van Verordening nr. 17.

14 HR 7 oktober 2005, C 04/183HR, *LJN* AT6370.

15 Het voor de hand liggende tegenargument dat het vaste zinnetje in openingsbeschikking alleen maar herhaalt wat al uit het Verdrag en de procedureverordening volgt en weglating daarvan dus geen consequenties heeft, brengt ons niet veel verder. De vraag is immers of er een steunmaatregel is.

16 Meent zij dat er geen steun is, dan is de standstill sowieso niet aan de orde.

17 Zaak C-345/02, *Jur.* 2004, p. I-7139, punt 31.

18 Arrest van 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Jur.* p. I-9957, punt 39.

19 De lijnen *SFEI* en *Van Calster* komen hier samen, maar echt veel nieuws bevat het instructieve arrest niet.

20 Zelfs als de steunmaatregel na opening van de procedure wordt ingetrokken, moet er een eindbeschikking volgen. Zie b.v. de beschikking van 25 januari 2006 over *AZ en AZ Vastgoed BV*, *Pb* 2006, L 307/194.

mag concluderen dat de standstill-verplichting is geschon- den. Hij moet zelf vaststellen of de aangevochten maatregel beantwoordt aan het label steun en motiveren waarom dat wel of niet zo is, zoals ook blijkt uit het arrest *Alkmaar* van de Hoge Raad.<sup>21</sup> De nationale rechter kan de beschikking van de Commissie uiteraard wel als gezaghebbende bron aanhan- len. Voorts ligt het voor de hand aan te nemen dat een van de Commissie afwijkend standpunt een wat robuuster moti- vering vergt.

Rest de vraag of met de door het Hof Amsterdam gevolgde lijn de 'doeltreffendheid' van het gemeenschaps- recht in het geding zou kunnen zijn.<sup>22</sup> Dat lijkt mij niet. Er zijn geen nationale bewijs- of andere procedurevoorschriften die het UPC onevenredig moeilijk zouden maken om aanne- melijk te maken dat het Citynetproject staatssteun behelst. UPC heeft, voor zover valt na te gaan, ook niet aangevoerd dat zij informatie nodig had waarover zij niet kan beschikken of die de gemeente haar zou hebben onthouden. Er bestond voor het hof dan ook geen enkele aanleiding om procedurele middelen aan te wenden teneinde UPC in de gelegenheid te stellen haar uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rech- ten geldend te maken.

### Materiële aspecten

Tot slot de drie argumenten waarom de Commissie voors- hands aanneemt dat er steun is, maar die het hof niet (vol- ledig) hebben overtuigd. Gelet op de omstandigheid dat de zaak nog loopt en feitelijk gecompliceerd is, zal ik mij beperken tot enkele meer algemene observaties en reflec- ties.

De gelijktijdigheidseis is niet nieuw en wordt ook door het hof als relevant aangemerkt. Nog niet uitgekristalli- seerd is echter aan de hand van welk criterium moet worden bepaald of aan die eis is voldaan. Ik betwijfel of het formele beslismoment waarop de gemeente 'niet meer kan terugkome- n' bepalend zou moeten zijn. PPS-projecten vergen vaak een langdurige voorbereiding. Al lang voordat de handte- keningen onder de definitieve samenwerkingsovereenkom- sten worden gezet, is het *point of no return* gepasseerd. Daar staat weer tegenover 'no return' een relatief begrip is. Ook nadat de publieke partij zich formeel heeft gecommitteerd, zijn latere wijzigingen juridisch niet bij voorbaat uitgesloten. Met de vraag of joint-venture partners uit overheidsmiddelen zijn bevoordeeld – de enige relevante vraag – bestaat niet noodzakelijkerwijs een duidelijke samenhang. Dat overheden vaak het voortouw nemen omwille van een publiek belang – volkshuisvesting, leefmilieu etc. – en daarom initiatiefne- mer zijn bij gebiedsontwikkeling of stadsvernieuwing, is vol- strekt logisch en wijst niet op 'ongelijktijdigheid'. Als zij ver- volgens uit financiële noodzaak of om beleidsmatige redenen met private investeerders in zee gaan (of dat nu banken of bouwers zijn), kan ook dat enkele gegeven niet een vermoeden van steun opleveren. Verder leidt de stelling dat zonder overheidsdeelname geen enkele particuliere investeerder in een bepaald project zou zijn gestapt, op zijn best tot een kip/ei discussie. Zonder deelname van particuliere investeer-

ders was er ook geen project. De enige relevante vraag is of de *gekozen* constructie private investeerders – of eventueel ondernemingen verderop in de keten – een voordeel met publiek geld bezorgt.

Bij de – op zichzelf logische – gedachte dat voorkos- ten moeten worden opgenomen in de publiek/privaat te delen kosten plaats ik twee kanttekeningen. Ten eerste kan dit moeilijk gelden voor *alle* voorbereidingskosten. Ook par- ticuliere investeerders zullen banken een *business case* laten doorrekenen of zelf een haalbaarheidsstudie laten uitvoeren. Dergelijke kosten kunnen maar het beste bij elke partij blij- ven. Het wordt steunrechtelijk pas relevant als de publieke zijde uitgaven heeft gedaan die ten goede komen aan de joint-venture en waarvan de participerende marktpartijen dan – indirect – profiteren in een mate die overeenkomt met de omvang van hun respectievelijke deelneming. Ten tweede vraag ik mij af of, zo lang over de verdiscontering van rele- vante voorfinanciering in de gezamenlijke kosten geen vol- ledige duidelijkheid bestaat, een *vermoeden* van staatssteun mag worden gehanteerd. In beginsel moet de Commissie de aanwezigheid van steun positief aantonen; zij kan niet vol- staan met vermoedens. Als zij echter vermoedens van steun- verlening kan onderbouwen en de betrokken lidstaat nalaat de nodige informatie aan te leveren om die vermoedens te weerleggen, is het niet zo onredelijk dat de Commissie in een openingsbeschikking tot steun concludeert.

De stelling (van UPC) dat het businessplan ook voor de deelnemende marktpartijen niet uitgaat van realistische aan- names en 'dus' steun oplevert, kan ik niet helemaal plaatsen, mogelijk omdat ik de argumenten niet heb gezien. Wellicht is de gedachte dat bij een 'te optimistische' business case de private partijen niet 'echt' marktconform handelen en de publieke partij dan ook niet onder verwijzing naar de private partners kan volhouden zelf marktconform te handelen. Deze nogal vergezochte redenering gaat wellicht op als het hande- len van de particuliere investeerders *manifest* niet rationeel zou zijn of er *kennelijk* sprake zou zijn van een opzetje om de publieke partij aan een argument te helpen. Als de praktijk echter niet meer zou mogen afgaan op het handelen van pri- vate investeerders in het concrete geval, maar bepalend zou zijn wat duur betaalde rekenmeesters in opdracht van belang- hebbende partijen *ex post* becijferen als het theoretisch juiste rendement, dan is de rechtszekerheid ver te zoeken.

De belangrijkste reden waarom het argument vermoede- lijk niet op gaat lijkt mij overigens te zijn dat een 'te lage' *return on investment* voor de particuliere mede-investeerders niet betekent dat zij uit overheidsmiddelen worden bevoor- deeld. Wellicht dat partijen verderop in de keten wel een zeker voordeel ontvangen, maar de omvang daarvan zal niet zo eenvoudig te becijferen zijn. In een negatieve eindbeschik-

21 Zie voetnoot 14.

22 Dit zou zijn gesuggereerd door een van de sprekers op het Fifth Experts' Forum van het European State Aid Law Institute, dat op 21 en 22 mei jl. in Brussel werd gehouden. Daarbij werd verwezen naar het arrest *Boiron*, zaak C-526/04, *Jur.* 2006, p. I-7529. Zie over dat arrest K.J. Defares en S.M. Goossens, 'Het arrest Boiron: de pil verguld', *NTER* 2007, p. 8-13.

king dient de Commissie echter duidelijk aan te geven welke ondernemingen hoeveel onwettige steun hebben gekregen, omdat de lidstaat in kwestie moet kunnen weten wat hij bij wie moet terugvorderen.

### Slotsom

De openingsbeschikking van de Commissie in deze zaak kan ook worden gelezen als een aansporing voor de gemeente Amsterdam met extra of betere informatie te komen om de bij de Commissie gerezen twijfels alsnog weg te nemen. Het is inderdaad niet uitgesloten dat uiteindelijk een positieve beschikking uit de bus rolt.<sup>23</sup> Dat zal dan eerder een 'geen steun beschikking' dan een goedkeuringsbeschikking zijn. Als eenmaal is *vastgesteld* dat steun is verleend – in een eindbeschikking volstaan 'twijfels' niet meer –, lijken de argumenten voor een verenigbaarverklaring in dit geval niet sterk. De bewoners van Zeeburg kunnen immers gemakkelijk bij UPC, KPN of andere aanbieders aan snel internet komen.

Het hier besproken arrest van Hof Amsterdam lijkt mij te zijn gebaseerd op een juiste rechtsopvatting omtrent artikel 88, lid 3, EG. De motivering op de verschillende onderdelen oogt soms een beetje gemakkelijk (het betreft hier overigens een kort geding), maar is daarom nog niet onbegrijpelijk. Naar ik begrijp heeft UPC geen cassatieberoep ingesteld.

Tot slot: was het nu handig deze zaak bij de Commissie aan te melden? Gezien het feit dat er een zeer actieve klager is, die al eerder het oor van mevrouw Kroes wist te vinden, en de Commissie al vragen had gesteld, was een aanmelding omwille van de rechtszekerheid zeker de juiste stap. Ik voeg daar wel aan toe dat, in dit dossier, de procedure vermoedelijk noch qua inhoud noch qua timing heel veel anders zou zijn gelopen als de Commissie ambtshalve was opgetreden in een NN-zaak (*non notifié*). In andere situaties waarin een overheid meent zich op het standpunt te kunnen stellen dat van steun geen sprake is, kan de afweging anders uitvallen en kan van een aanmelding omwille van de rechtszekerheid wellicht beter worden afgezien. Bijvoorbeeld als de kans op een klacht klein is maar de kans dat de Commissie veel overhoop gaat halen groot. *To notify or not to notify* – het blijft voor veel overheden een lastige vraag.

---

<sup>23</sup> Dat het voorkomt dat de Commissie na een openingsbeschikking toch een positieve eindbeschikking geeft, wordt geïllustreerd door de zaak *Haaksbergen*, steunmaatregel nr. C 33/2005, *PbEU L 307/207*.