

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.984 van 3 februari 2011
in de zaak A. 177.494/VII-37.665.**

- In zake :
1. de NV BASE
 2. de BT LIMITED, Belgian Branch, vennootschap naar Engels recht
 3. de NV COLT TELECOM
 4. de NV EUPHONY BENELUX
 5. de NV MCI BELGIUM LUXEMBOURG, thans de NV VERIZON BELGIUM LUXEMBOURG
 6. de NV MOBISTAR
 7. de NV TELE 2 BELGIUM, thans de NV T2 BELGIUM
 8. de NV TELENET
 9. de NV VERSATEL BELGIUM, thans de NV KPN BELGIUM

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Geert Glas en Tom De Cordier
kantoor houdend te Brussel
Tervurenlaan 268 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door :

1. de minister van Begroting en Consumentenzaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen en Kris Wauters
kantoor houdend te Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de minister van Klimaat en Energie

Tussenkommende partij :

de NV BELGACOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Els Lefevre en Frederik Vandendriessche
kantoor houdend te Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 oktober 2006, strekt tot de nietigverklaring van de artikelen 3 tot en met 7 van het koninklijk besluit van 20 juli 2006 tot vaststelling van de nadere regels voor de werking van het sociale element van de universele dienst inzake elektronische communicatie.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verzoekende partijen hebben een toelichtende memorie ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 8 januari 2007. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De eerste verwerende partij en de tussenkomende partij hebben laatste memories ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 november 2010.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom De Cordier, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Frederik Vandendriessche en Joos Roets, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Wettelijk kader en feiten

3.1. De richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna : Universeledienstrichtlijn) strekt tot het waarborgen van een aantal universele dienstverplichtingen op het gebied van telecommunicatie, dat wil zeggen de levering van een vastgesteld minimumaantal diensten voor alle eindgebruikers tegen een betaalbare prijs, zoals het aanbieden van toegang tot het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie, het ter beschikking stellen van telefooninrichtingendiensten en telefoongidsen, de installatie van openbare betaaltelefoons en het treffen van bijzondere maatregelen voor gebruikers met een handicap.

3.2. Inzake de betaalbaarheid van de tarieven, zijnde het sociale element van de universele dienstverlening, bepaalde artikel 9, lid 2, van de Universeledienstrichtlijn ten tijde van het bestreden besluit :

"In het licht van de nationale omstandigheden kunnen de lidstaten verlangen dat de aangewezen ondernemingen de consument tariefopties of pakketten aanbieden die afwijken van die welke onder de gebruikelijke commerciële voorwaarden worden verstrekt, met name om ervoor te zorgen dat de toegang tot of het gebruik van de openbare telefoondienst niet wordt verhinderd voor consumenten met een laag inkomen of met bijzondere sociale behoeften".

3.3. De Universeledienstrichtlijn voorziet in de mogelijkheid dat de lidstaten één of meer ondernemingen aanwijzen voor het verstrekken van de universele diensten.

Desbetreffend stelde artikel 8 van de richtlijn :

"1. De lidstaten kunnen een of meer ondernemingen aanwijzen teneinde de aanbidding van de universele dienst als omschreven in de artikelen 4, 5, 6 en 7 en, waar van toepassing, artikel 9, lid 2, te waarborgen, zodat het gehele nationale grondgebied kan worden bestreken. De lidstaten kunnen verschillende ondernemingen of groepen van ondernemingen aanwijzen die verschillende onderdelen van de universele dienst aanbieden en/of verschillende gedeelten van het nationale grondgebied bestrijken.

2. Wanneer de lidstaten voor het gehele grondgebied of een gedeelte daarvan ondernemingen aanwijzen die met universeledienstverplichtingen worden belast, hanteren zij daartoe een efficiënt, objectief, doorzichtig en niet-discriminerend aanwijzingssysteem waarin geen enkele onderneming a priori van aanwijzing is uitgesloten. Deze aanwijzingsmethoden zorgen ervoor dat de universele dienst op een kosteneffectieve wijze wordt aangeboden en kan worden gebruikt als middel om de nettokosten van de universeledienstverplichting te bepalen in overeenstemming met artikel 12".

3.4. De kostenberekening van de universeledienstverplichtingen en de financiering ervan wordt geregeld door de artikelen 12 en 13 van de Universeledienstrichtlijn die respectievelijk als volgt luiden :

"Artikel 12

Kostenberekening van de universeledienstverplichtingen

1. Wanneer de nationale regelgevende instanties van oordeel zijn dat het aanbieden van de universele dienst als omschreven in de artikelen 3 tot en met 10 een onredelijke last kan vormen voor ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden, berekenen zij de nettokosten voor het aanbieden van die dienst.

De nationale regelgevende instanties zullen daartoe:

- a) de nettokosten van de universeledienstverplichtingen berekenen, rekening houdend met eventuele marktvoordelen die voor een aangewezen onderneming uit het aanbieden van de universele dienst voortvloeien, overeenkomstig bijlage IV, deel A; of
- b) gebruik maken van de nettokosten van het aanbieden van de universele dienst als vastgesteld door een aanwijzingssysteem overeenkomstig artikel 8, lid 2.

2. De kostenramingen en/of de andere gegevens die als basis dienen voor de berekening van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen zoals bedoeld in lid 1, onder a), worden gecontroleerd of geverifieerd door de nationale regelgevende instantie of een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen en door de nationale regelgevende instantie is gemachtigd. De resultaten van de kostenberekening en de conclusies van de controle zijn voor het publiek beschikbaar.

Artikel 13

Financiering van de universeledienstverplichtingen

1. Indien de nationale regelgevende instanties, op grond van de nettokostenberekening bedoeld in artikel 12 vaststellen dat een onderneming een onredelijke last wordt opgelegd, kunnen de lidstaten op verzoek van een aangewezen onderneming besluiten:
 - a) een mechanisme in te voeren waarmee die onderneming voor de vastgestelde nettokosten onder transparante voorwaarden uit publieke middelen worden gecompenseerd, en/of
 - b) de nettokosten van de universeledienstverplichtingen te verdelen onder de aanbieders van elektronische communicatienetwerken en -diensten.
2. Indien de nettokosten worden gedeeld overeenkomstig lid 1, onder b), voeren de lidstaten een gezamenlijke financieringsregeling in die wordt beheerd door de nationale regelgevende instantie of door een van de begunstigden onafhankelijk orgaan onder supervisie van de nationale regelgevende instantie. Alleen de nettokosten, als bepaald in overeenstemming met artikel 12, van de in de artikelen 3 tot en met 10 vastgelegde verplichtingen mogen worden gefinancierd.
3. Bij een gezamenlijke financieringsregeling worden de beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid in acht genomen, overeenkomstig de beginselen van bijlage IV, deel B. De lidstaten kunnen beslissen geen bijdrage te vragen van ondernemingen waarvan de nationale omzet onder een bepaalde grens blijft.
4. Eventuele onkosten in verband met de deling van de kosten van universeledienstverplichtingen worden voor iedere onderneming gespecificeerd en afzonderlijk bepaald. Die onkosten mogen niet worden aangerekend aan of geïnd van ondernemingen die geen diensten verlenen op het grondgebied van de lidstaat die de gezamenlijke financieringsregeling heeft ingesteld".

3.5. Het sociale element van de universele dienst werd in Belgisch recht omgezet door artikel 74 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna : wet Elektronische Communicatie).

Artikel 74 van de wet Elektronische Communicatie luidde oorspronkelijk als volgt :

"Het sociale element van de universele dienst bestaat uit de levering door elke operator aan sommige categorieën van begunstigden van bijzondere tariefvoorwaarden.

De in het eerste lid bedoelde categorieën van begunstigden en tariefvoorwaarden, alsook de werkwijzen om de voormelde tariefvoorwaarden te krijgen, worden bepaald in de bijlage.

Het Instituut bezorgt de minister jaarlijks een verslag over de relatieve aandelen van de operatoren in het totale aantal sociale abonnees ten opzichte van hun marktaandelen op basis van hun omzet op de markt voor openbare telefonie.

Er wordt een fonds voor de universeledienstverlening inzake sociale tarieven opgericht, bestemd om de aanbieders van sociale tarieven te vergoeden. Aan dit fonds wordt rechtspersoonlijkheid toegekend en het wordt beheerd door het Instituut.

De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van het Instituut, de nadere regels van de werking van dit mechanisme.

Indien blijkt dat het door de operator toegestane aantal tariefverminderingen lager is dan het aantal tariefverminderingen dat beantwoordt aan zijn aandeel in de totale omzet van de markt van de openbare telefonie, dient deze operator dit verschil te compenseren.

Indien blijkt dat het door de operator toegestane aantal tariefverminderingen hoger is dan het aantal tariefverminderingen dat beantwoordt aan zijn aandeel in de totale omzet op de markt van de openbare telefonie, dan zal deze operator ten bedrage van dit verschil een vergoeding ontvangen.

De compensaties waarvan sprake in de vorige leden zijn onmiddellijk verschuldigd. De effectieve compensatie via het fonds zal plaatsvinden zodra het fonds operationeel is, ten laatste in de loop van het jaar volgend op de inwerkingtreding van dit artikel".

De categorieën van begunstigden worden nader uitgewerkt in artikel 22 van de bijlage bij de wet. In artikel 38 van de bijlage gebeurt hetzelfde voor de tariefverminderingen.

3.6. Het thans gedeeltelijk bestreden koninklijk besluit van 20 juli 2006 tot vaststelling van de nadere regels voor de werking van het sociale element van de universele dienst inzake elektronische communicatie is genomen ter uitvoering van artikel 74 van de wet Elektronische Communicatie.

3.7. Op 30 oktober 2006 heeft het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna : BIPT) in zijn hoedanigheid van beheerder van het Fonds voor de universele dienst inzake sociale tarieven een besluit genomen betreffende de methodologie voor het bepalen van compensaties per operator voor het sociale element van de universele dienst. De verzoekende partijen betwisten de verschuldigde compensaties die het Fonds op grond van voormelde regeling per operator individueel heeft vastgesteld.

3.8. Door de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) werd de wet Elektronische Communicatie op een aantal punten gewijzigd. Ingevolge die wijzigingen bepaalt artikel 74 van de wet Elektronische Communicatie thans :

"Het sociale element van de universele dienst bestaat uit de levering aan sommige categorieën van begunstigden van bijzondere tariefvoorwaarden door elke operator die een openbare telefoondienst aanbiedt aan consumenten.

De in het eerste lid bedoelde categorieën van begunstigden en tariefvoorwaarden, alsook de werkwijzen om de voormelde tariefvoorwaarden te krijgen, worden bepaald in de bijlage.

Het Instituut bezorgt de minister jaarlijks een verslag over de relatieve aandelen van de operatoren in het totale aantal sociale abonnees ten opzichte van hun marktaandelen op basis van hun omzet op de markt voor openbare telefonie.

Er wordt een fonds voor de universeledienstverlening inzake sociale tarieven opgericht, bestemd om de aanbieders van sociale tarieven die daartoe bij het Instituut een verzoek hebben ingediend te vergoeden. Aan dit fonds wordt rechtspersoonlijkheid toegekend en het wordt beheerd door het Instituut.

De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van het Instituut, de nadere regels van de werking van dit mechanisme.

Indien blijkt dat het door de operator toegestane aantal tariefverminderingen lager is dan het aantal tariefverminderingen dat beantwoordt aan zijn aandeel in de totale omzet van de markt van de openbare telefonie, dient deze operator dit verschil te compenseren.

Indien blijkt dat het door de operator toegestane aantal tariefverminderingen hoger is dan het aantal tariefverminderingen dat beantwoordt aan zijn aandeel in de totale omzet op de markt van de openbare telefonie, dan zal deze operator ten bedrage van dit verschil een vergoeding ontvangen.

De compensaties waarvan sprake in de vorige leden zijn onmiddellijk verschuldigd. De effectieve compensatie via het fonds zal plaatsvinden zodra het fonds operationeel is, ten laatste in de loop van het jaar volgend op de inwerkingtreding van dit artikel.

Het Instituut berekent de nettokosten van de sociale tarieven voor iedere operator die daartoe een verzoek heeft ingediend bij het Instituut volgens de methodologie vastgesteld in de bijlage.

Het Instituut kan nadere uitvoeringsmaatregelen vaststellen voor het bepalen van de kosten en compensaties binnen de grenzen vastgesteld door deze wet en haar bijlage".

Tevens werd de volgende interpretatieve bepaling aangenomen bij artikel 74, laatste lid, van de wet Elektronische Communicatie :

"De wetgever is bij de voorbereiding van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie met inachtneming van de voorwaarden van de Europese richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst ingevolge een verzoek daartoe van de historische aanbieder van de universele dienst en na vaststelling van de nettokosten van de universele dienst door het Instituut, overgegaan als nationaal regelgevende instantie tot een beoordeling van de onredelijkheid van de last. Daarbij heeft de wetgever, zoals overigens werd vastgesteld door de Raad van State, geoordeeld dat voor zover rekening wordt gehouden met alle indirecte winst, met inbegrip van de immateriële winst die gehaald kan worden uit die prestatie, iedere deficitaire toestand die blijkt uit die berekening inderdaad een onredelijke last is".

Daarnaast werd in de bijlage bij de wet Elektronische Communicatie een artikel 45bis ingevoegd, luidend als volgt :

"De nettokosten voor de sociale tarieven van de universele dienst bestaan uit het verschil tussen de inkomsten die de aanbieder van de sociale tarieven zou ontvangen onder normale commerciële voorwaarden en de inkomsten die hij ontvangt als gevolg van de in deze wet gedefinieerde kortingen ten gunste van de begunstigde van het sociaal tarief.

Gedurende de eerste vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet wordt de compensatie die de historische aanbieder van de sociale tarieven in voorkomend geval ontvangt, verminderd met een percentage dat wordt vastgesteld door het Instituut.

Het percentage waarvan sprake in het voorgaande lid wordt bepaald op basis van de indirecte winst. Het Instituut zal hiervoor rekening houden met de berekeningen die ze vroeger reeds heeft vastgesteld bij het bepalen van de nettokosten van de historische aanbieder van de sociale tarieven".

3.9. De artikelen 173, 3° en 4°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) maken actueel het voorwerp uit van een beroep tot vernietiging bij het Grondwettelijk Hof (zaak gekend onder het rolnummer 4330).

Bij tussenarrest nr. 131/2008 van 1 september 2008 heeft het Grondwettelijk Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen :

"Kan artikel 12 van de richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) aldus worden geïnterpreteerd dat het toelaat dat de

bevoegde wetgever van een lidstaat, optredend als nationale regelgevende instantie, op algemene wijze en aan de hand van de berekening van de nettokosten van de aanbieder van de universele dienst, die voorheen de enige aanbieder was, vaststelt dat het aanbieden van de universele dienst een onredelijke last kan vormen voor ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden ?".

In zijn arrest C-389/08 van 6 oktober 2010 heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard :

- "1) Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (universele dienstrichtlijn) staat er in beginsel op zich niet aan in de weg dat de nationale wetgever optreedt als nationale regelgevende instantie in de zin van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), voor zover hij in het kader van de uitoefening van deze functie voldoet aan de in deze richtlijnen gestelde voorwaarden inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie en tegen de besluiten die hij in het kader van deze functie neemt een effectief beroep kan worden ingesteld bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen, hetgeen door het Grondwettelijk Hof dient te worden gecontroleerd.
- 2) Artikel 12 van richtlijn 2002/22 staat er niet aan in de weg dat de nationale regelgevende instantie op algemene wijze en op basis van de berekening van de nettokosten van de aanbieder van de universele dienst die voordien de enige aanbieder van deze dienst was, van oordeel is dat de levering van deze dienst een onredelijke last kan vormen voor de ondernemingen die thans zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden.
- 3) Artikel 13 van richtlijn 2002/22 staat eraan in de weg dat deze instantie op dezelfde wijze en op basis van dezelfde berekening vaststelt dat deze ondernemingen hierdoor daadwerkelijk een onredelijke last moeten dragen, zonder de situatie van elk van deze ondernemingen specifiek te hebben onderzocht".

Het Grondwettelijk Hof heeft vooralsnog geen eindarrest in de zaak gewezen.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Overeenkomstig artikel 21, vijfde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt de laattijdig ingediende memorie van antwoord van de eerste verwerende partij ambtshalve uit de debatten geweerd.

5. De verwerende partijen hebben nagelaten het administratief dossier neer te leggen. Derhalve worden, met toepassing van artikel 21, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de door de verzoekende partijen aangehaalde feiten als bewezen geacht, tenzij deze kennelijk onjuist zouden blijken te zijn.

V. Afstand van het tweede en het derde middel

6. In hun laatste memorie stellen de verzoekende partijen dat het tweede en het derde middel "zonder voorwerp" zijn ten gevolge van de opheffing van artikel 4, derde lid, van het bestreden koninklijk besluit van 20 juli 2006 door artikel 204 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV).

7. De afstand van het tweede en het derde middel, zoals bevestigd ter terechtzitting, wordt vastgesteld.

VI. Heropening van de debatten

8. De bestreden bepalingen van het koninklijk besluit van 20 juli 2006 tot vaststelling van de nadere regels voor de werking van het sociale element van de universele dienst inzake elektronische communicatie vinden hun rechtsgrond in artikel 74, vijfde lid, van de wet Elektronische Communicatie.

De wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) heeft verschillende wijzigingen aangebracht in de wet Elektronische Communicatie waarvan sommige het voorwerp zijn van een hangend beroep tot

vernietiging bij het Grondwettelijk Hof. A priori kan niet met zekerheid aangenomen worden dat de uitkomst van voormeld beroep bij het Grondwettelijk Hof zonder invloed is op de beoordeling van het annulatieberoep tegen het koninklijk besluit van 20 juli 2006 dat genomen werd ter uitvoering van de wet Elektronische Communicatie, inzonderheid doordat de aan de Koning opgedragen bevoegdheid tot vaststelling van de nadere werkingsregels betrekking heeft op een "mechanisme" waarvan sommige, bij wet vastgestelde, onderdelen in rechte worden betwist.

In het belang van een behoorlijke rechtspleging is het daarom aangewezen de behandeling van voorliggende zaak uit te stellen totdat het Grondwettelijk Hof definitief uitspraak zal hebben gedaan over het beroep tot vernietiging van de artikelen 173, 3° en 4°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV).

BESLISSING

1. De Raad van State heropent de debatten.

2. De Raad van State stelt de verdere behandeling van de zaak uit totdat het Grondwettelijk Hof definitief uitspraak zal hebben gedaan over het beroep tot vernietiging van de artikelen 173, 3° en 4°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV).

3. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat met het verder onderzoek van de zaak in het licht van de uitspraak van het Grondwettelijk Hof.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drie februari tweeduizend en elf, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin