

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.800 van 30 juni 2015
in de zaak A. 209.542/IX-8552**

In zake : 1. de NV BELGACOM
 2. de NV MOBISTAR
 3. de NV TELENET
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Frederik Vandendriessche en Arne Carton
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Loksumstraat 25
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Economie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sébastien Depré
kantoor houdend te 1050 Brussel
Flageyplein 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 juli 2013, strekt tot de
nietigverklaring van het koninklijk besluit van 14 april 2013 ‘houdende
goedkeuring van de investeringen met betrekking tot de databank bedoeld in
artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de
elektronische communicatie voor de periode van 1 januari 2007 tot 31 december
2011’ (BS 23 mei 2013).

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

Bij brief van 9 maart 2015 heeft het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, nadat het daartoe de mogelijkheid is geboden, meegedeeld dat het niet wenst tussen te komen in de procedure.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 mei 2015.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Arne Carton, die tevens *loco* advocaat Frederik Vandendriessche verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaten Sébastien Depré en Dimitri Schrijvers, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest gedeeltelijk eensluidend 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. Situering van het bestreden koninklijk besluit

3.1. 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’ (hierna: de Universele-dienstrichtlijn) groepeerde alle bepalingen met betrekking tot de relaties tussen netwerk- en dienstenleveranciers enerzijds en eindgebruikers anderzijds. Deze richtlijn strekt tot het waarborgen van een aantal universele dienstverplichtingen op het gebied van telecommunicatie, dit 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 telefooninlichtingendiensten en telefoongidsen, de installatie van openbare betaaltelefoons, het treffen van bijzondere maatregelen voor gebruikers met een handicap en toegang tot het internet.

Luidens artikel 9, lid 2, van de Universeledienstrichtlijn kunnen de lidstaten in het licht van de nationale omstandigheden verlangen dat de aangewezen ondernemingen de consument tariefopties of -pakketten aanbieden die afwijken van die welke onder de gebruikelijke commerciële voorwaarden worden verstrekt, namelijk om ervoor te zorgen dat consumenten met een laag inkomen of met bijzondere sociale behoeften niet wordt verhinderd gebruik te maken van de in artikel 4, lid 1, bedoelde netwerktoegang of van de diensten die in artikel 4, lid 3, en de artikelen 5, 6 en 7 zijn aangemerkt als vallend onder de universele dienstverplichtingen en die door de aangewezen ondernemingen worden aangeboden. Dit wordt ook het sociale element van de universele dienst genoemd.

3.2. Het sociale element van de universele dienst is in het interne recht omgezet bij de artikelen 74 en 74/1 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ (hierna: de wet van 13 juni 2005), alsook bij de artikelen 22 en 38 van de bijlage bij de voornoemde wet.

Luidens artikel 74, § 1, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005 bestaat het sociale element van de universele dienst uit de levering aan sommige categorieën van begunstigden van bijzondere tariefvoorwaarden door de operatoren vermeld in de paragrafen 2 en 3 die een openbare elektronische-communicatiedienst aanbieden aan consumenten. De categorieën van begunstigden en de tariefvoorwaarden, alsook de werkwijze om de voormelde tariefvoorwaarden te krijgen, worden bepaald in de bijlage (artikel 74, § 1, tweede lid). De verzoekende partijen zijn operatoren zoals bedoeld in artikel 74, § 2, eerste lid, van de wet.

In artikel 22 van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 wordt een regeling omtrent het sociale element van de universele dienst verder uitgewerkt. In artikel 22, § 1, van de bijlage worden de sociale tarieven bepaald die de operatoren moeten toepassen. In artikel 38 van de bijlage worden de tariefverminderingen bepaald die moeten worden gehanteerd in verband met de sociale tarieven.

3.3. Luidens artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 wordt bij het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna: het BIPT) een gegevensbank opgericht met betrekking tot de categorieën van begunstigden van het sociale tarief. In deze gegevensbank worden de begunstigden van een sociaal tarief geregistreerd. Deze gegevensbank heeft als doel een dubbele toekenning van sociale tarieven te vermijden.

3.4. Het BIPT heeft rechtspersoonlijkheid. Wat de financiering van het BIPT betreft, bepaalt artikel 29 van de wet van 17 januari 2003 ‘met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector’ (hierna: de wet van 17 januari 2003) dat het BIPT een autonoom financieel beheer geniet en dat alle werkingskosten worden gedragen door de inkomsten van het BIPT. In artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 worden die inkomsten bepaald. Voorts wordt in artikel 32 van dezelfde wet onder meer bepaald dat het BIPT het overschot van inkomsten aan de Staat dient af te staan indien die inkomsten groter zijn dan de werkingskosten van het BIPT (artikel 32, § 1) en dat het BIPT geen

verbintenissen mag aangaan buiten de normale dekking van de werkingskosten (artikel 32, § 2). Ook wordt het BIPT gelijkgesteld met de Staat voor de toepassing van de wetten en verordeningen betreffende de directe belastingen, de taksen, de rechten en retributies van de Staat, de gewesten en de gemeenschappen, de provincies, de gemeenten en de agglomeraties van gemeenten of elke andere staatsrechtelijke entiteit (artikel 33).

Wat het beheer en het toezicht op de universele telecommunicatiedienst betreft, worden de inkomsten van het BIPT bepaald in artikel 30, § 1, 6°, van de wet van 17 januari 2003. Zo omvatten die inkomsten van het BIPT onder meer “de terugbetaling van de kosten verbonden aan het beheer en het toezicht op de universele telecommunicatiedienst volgens de toepasselijke bepalingen van de wet van 13 juni 2005”. De administratieve bijdragen zoals bepaald in artikel 29 van de wet van 13 juni 2005, worden aangewend voor de dekking van deze kosten. In artikel 29, § 1, 2°, van de wet van 13 juni 2005 wordt bepaald dat de administratieve bijdragen die worden opgelegd aan de operatoren, dienen ter dekking van de kosten inzake “de specifieke opdrachten van het Instituut inzake toegang en universele dienstverlening”.

Wat de investerings- en onderhoudskosten van de *sub* 3.3 bedoelde gegevensbank betreft, wordt in artikel 30, §§ 2 tot 5, van de wet van 17 januari 2003 het volgende bepaald:

“§ 2. De terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, wordt op de volgende manier verdeeld :

- a) 10 % van de investerings- en 20 % van de onderhoudskosten van de gegevensbank worden in gelijke delen toegerekend aan alle aanbieders van sociale tarieven;
- b) 40 % van de investerings- en de onderhoudskosten van de gegevensbank worden aan alle aanbieders van sociale tarieven toegerekend in verhouding tot het aantal van hun klanten op wie zij het sociale tarief toepassen;
- c) 40 % van de investerings- en de onderhoudskosten van de gegevensbank worden aan alle aanbieders van sociale tarieven toegerekend in verhouding tot hun daadwerkelijke gebruik van het systeem voor het beheer van het sociale element van de universele dienst;

d) 10 % van de investeringskosten van de gegevensbank worden aan het Instituut toegerekend.

§ 3. Voor de toepassing van punt a) van de vorige paragraaf wordt geen rekening gehouden met de aanbieders van sociale tarieven die op de markt voor openbare telefonie een omzet hebben van minder dan 1 240 000 euro.

Voor de toepassing van punt b) van de vorige paragraaf wordt het aandeel van de bijdrage die de betrokken aanbieder van sociale tarieven verschuldigd is, elke dag berekend op grond van het aantal klanten op wie hij die dag het sociale telefoontarief toepast.

Voor de toepassing van punt c) van de vorige paragraaf houdt het Instituut rekening met het aantal gegevensopvragingen aan het systeem.

§ 4. Onverminderd § 2 zijn de kosten in verband met de eventuele installatie en het eventuele gebruik van een computersysteem van het type flux XML/batch voor het beheer van het sociale element van de universele dienst uitsluitend ten laste van de aanbieders van sociale tarieven die van die manier van beheer en verwerking van de informatie gebruik maken voor hun betrekkingen met de databank sociale tarieven.

Voor de toepassing van het vorige lid worden de kosten onder de betrokken aanbieders verdeeld overeenkomstig § 2.

§ 5. Het Instituut publiceert de methode voor de berekening en de verdeling van de investerings- en onderhoudskosten van de in paragraaf 2 vermelde gegevensbanken en deelt de betrokken aanbieders het bedrag van hun respectievelijke bijdrage mee.

Kosten aangaande investeringen en onderhoud met betrekking tot de in paragraaf 2 vermelde gegevensbanken die na 31 december 2006 plaatsvinden, kunnen op basis van dit artikel enkel worden teruggevorderd op voorwaarde dat de desbetreffende investeringen voorafgaandelijk goedgekeurd werden door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.”

3.5. Het ontwerp van koninklijk besluit dat ertoe strekte met toepassing van voormeld artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 goedkeuring te verlenen aan de investeringen met betrekking tot de gegevensbank voor de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011 – dat later het bestreden besluit is geworden – is voor advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd. In haar advies nr. 52.962/4 van 20 maart 2013 heeft de afdeling Wetgeving vastgesteld dat het ontwerp van koninklijk besluit een handeling van hoog toezicht is. Aangezien een koninklijk besluit met die strekking niet van reglementaire aard is in de zin van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de Raad van State de adviesaanvraag onontvankelijk verklaard.

3.6.1. Het koninklijk besluit van 14 april 2013 ‘houdende goedkeuring van de investeringen met betrekking tot de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voor de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011’ is genomen met toepassing van voormeld artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 en luidt als volgt:

“Artikel 1. Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder :

- 1° ‘Wet’ : wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie;
- 2° ‘Instituut’ : het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie zoals bedoeld in artikel 13 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.

Art. 2. De volgende investeringen die het Instituut heeft gedaan ten behoeve van de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voor de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011 worden goedgekeurd.

De specificatie van deze investerings- en onderhoudskosten is als volgt :

- 192.878,67 euro investeringskosten en 54.904,79 euro onderhoudskosten voor het jaar 2007;
- 173.187,03 euro investeringskosten en 65.827,86 euro onderhoudskosten voor het jaar 2008;
- 104.664,5 euro investeringskosten en 47.792,37 euro onderhoudskosten voor het jaar 2009;
- 249.956,51 euro investeringskosten en 109.041,71 euro onderhoudskosten voor het jaar 2010;
- 239.865,11 euro investeringskosten en 82.926,04 euro onderhoudskosten voor het jaar 2011.

Art. 3. De minister bevoegd voor Telecommunicatie is belast met de uitvoering van dit besluit.”

Dat is het bestreden besluit.

3.6.2. In het verslag aan de koning bij dat koninklijk besluit van 14 april 2013 wordt het volgende gesteld:

“Wegens de talrijke voordelen die de databank voor de operatoren inhoudt, stelt de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector een mechanisme in dat het mogelijk maakt om de investeringskosten en de onderhoudskosten die worden gemaakt met het oog op de goede werking van de databank, te laten dragen door de operatoren.

Artikel 30, § 5, tweede lid, van de voormelde wet schrijft echter voor dat de kosten voor investering en onderhoud van de databank die dateren van na 31 december 2006 maar mogen worden geëist van de aanbieders van sociale telefoontarieven die op de markt voor openbare telefonie een omzet hebben van meer dan 1.240.000 euro, voor zover de betreffende investeringen zijn goedgekeurd bij een koninklijk besluit dat vastgesteld is na overleg in de Ministerraad.

Het onderhavige koninklijk besluit heeft tot doel investeringen goed te keuren die het BIPT tijdens de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011 heeft gedaan, zodat de terugbetaling wordt toegestaan van de kosten in verband met de investeringen en het onderhoud met betrekking tot de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

Tijdens deze periode bestaan overeenkomstig de bepalingen van artikel 30, § 5, van de voormelde wet van 13 juni 2005 de door het Instituut gemaakte investeringskosten voor de hierboven bedoelde databank uit :

1° kosten voor ontwikkeling en toepassing van de ‘STTS’-webapplicatie, meer bepaald in verband met de volgende projecten :

- XML/Batch-interface
- tweejaarlijkse procedure voor de verificatie van de dossiers
- genereren door ‘STTS’ van statistieken op verzoek van het BIPT
- opname van de reden voor weigering in de brieven waarin de STT-aanvraag wordt afgewezen
- beheer van het welkomstschermb van de applicatie door het BIPT
- integratie van de wijzigingen in het Rijksregister en het BIS-register

2° hostingkosten voor de ‘STTS’-applicatie, hardware en software.

Bovendien bestaan de onderhoudskosten in verband met de databank uit :

- adaptatief onderhoud
- correctief onderhoud, kwaliteitscontrole (opvolging van de SLA)
- onderhoud van een helpdesk (call center ‘Eranova’).

Het onderhavige besluit keurt deze investerings- en onderhoudskosten met betrekking tot de databank goed.

Dankzij het besluit kan het BIPT derhalve de terugbetaling vragen van deze investerings- en onderhoudskosten voor de databank met betrekking tot de categorieën van begunstigden van het sociale telefoontarief die door het BIPT zijn gedragen van 2007 tot 2011.

Deze terugbetaling zal worden geëist op basis van een besluit van het Instituut, waarin de methode wordt vastgesteld voor de verdeling van de kosten met betrekking tot de databank en de specifieke berekeningselementen voor de jaren 2007 tot 2011 worden bepaald. Dat besluit van het BIPT zal het precieze bedrag bepalen dat door elke operator moet worden betaald.

Tevens moet worden benadrukt dat de terugbetalingen die het BIPT vraagt, uiteraard zullen plaatsvinden met inachtneming van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003, wat inhoudt dat zal worden overgegaan tot een terugbetaling van 90 % van de door het BIPT gedragen investeringskosten.

Artikelsgewijze bespreking :

Artikel 1. Dit artikel definieert een aantal in het besluit voorkomende termen. Voor het overige gelden de definities uit artikel 2 van de wet van 13 juni

2005 betreffende de elektronische communicatie.

Art. 2. Artikel 2 stelt de bedragen van de investerings- en onderhoudskosten voor de gegevensbank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voor de jaren 2007 tot 2011 vast en keurt deze investeringen goed.

Art. 3. Dit artikel betreft de uitvoering van het besluit.”

3.7. Op dezelfde datum als het bestreden besluit is een koninklijk besluit genomen ‘houdende goedkeuring van de geplande investeringen ten behoeve van de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voor de jaren 2012 en 2013’ (BS 23 mei 2013). Ook tegen dit koninklijk besluit van 14 april 2013 hebben de verzoekende partijen een beroep tot nietigverklaring ingesteld, gekend onder nr. A. 209.539/IX-8433.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4. In het inleidend verzoekschrift zetten de verzoekende partijen omtrent de ontvankelijkheid wat hun belang betreft uiteen wat volgt.

Het bestreden koninklijk besluit heeft tot doel de investeringen goed te keuren die het BIPT reeds zou hebben uitgevoerd tijdens de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011 met betrekking tot een gegevensbank. Het BIPT beschikt op grond van dit besluit over de mogelijkheid om deze in de periode van 2007 tot 2011 gemaakte kosten terug te vorderen van bepaalde operatoren die het sociale element van de universele dienst aanbieden. Artikel 30, § 5, eerste lid, van de wet van 17 januari 2003 bevat daartoe een wettelijke machtiging aan het BIPT. Als ondernemingen die instaan voor het verlenen van een substantieel deel van het sociale element van de universele dienst, zijn de verzoekende partijen belanghebbende partijen bij de voorliggende procedure. De bedragen die vermeld worden in het bestreden besluit zullen overeenkomstig artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 immers het individueel van deze operatoren gevorderde

bedrag determineren. Deze wettelijke bepaling stelt dat, indien toepassing wordt gemaakt van het mechanisme van de terugbetaling van de investeringen van het BIPT, de aanbieders van sociale tarieven 90 % van de investeringskosten en 100 % van de onderhoudskosten van de gegevensbank voor sociale tarieven moeten betalen.

5. De verwerende partij werpt een exceptie wegens gebrek aan belang op. Het bestreden besluit strekt er volgens haar enkel toe bepaalde voor de periode 2007-2011 door het BIPT verwezenlijkte investerings- en onderhoudskosten goed te keuren. Dit besluit legt deze kosten helemaal niet ten laste van de operatoren. Het is dus slechts ingevolge een beslissing van het BIPT dat de verzoekende partijen, indien nodig, de uitgaven die het voorwerp van de bestreden beslissing uitmaken, dienen terug te betalen. Hieruit vloeit voort dat het bestreden besluit, uit zichzelf, geen enkel nadeel berokkent aan de verzoekende partijen. Indien zij het moment daartoe gekomen achten, kunnen zij de individuele beslissingen van het BIPT aanvallen en de bedragen betwisten waarvan het BIPT de terugbetaling zal vragen. Het voorgaande wordt trouwens bevestigd door de Raad van State. In zijn advies bij het ontwerp van koninklijk besluit heeft hij immers vastgesteld dat de handeling van goedkeuring van uitgaven hoogstens ‘een handeling van hoog toezicht’ betrof.

6. De verzoekende partijen repliceren in hun memorie van wederantwoord dat de verwerende partij niet betwist dat zij “aanbieders van sociale tarieven” zijn in de zin van artikel 30, §§ 2 tot 5, van de wet van 17 januari 2003. Dit volstaat op zich om het belang aan te tonen. De verwerende partij gaat daarenboven voorbij aan de inhoud van artikel 30, § 2. Indien geen beroep tot nietigverklaring zou zijn ingesteld tegen het bestreden besluit, zouden de verzoekende partijen op het ogenblik dat het BIPT een aan hen gericht individueel besluit neemt, enkel nog de onderlinge verdeling van de in het bestreden besluit vermelde totaalbedragen (tussen de individuele aanbieders van sociale tarieven en het BIPT) kunnen betwisten, maar niet de totaalbedragen waarop deze individuele verdeling steunt. De kwalificatie door de afdeling Wetgeving van de Raad van

State dat het ontwerp dat heeft geleid tot het bestreden besluit een handeling van hoog toezicht betreft, heeft geen invloed op het belang van de verzoekende partijen. Het gebrek aan reglementair karakter van het bestreden besluit, heeft geen rechtsgevolgen ten aanzien van de verzoekende partijen.

7. In haar laatste memorie reageert de verwerende partij niet op het auditoraatsverslag waarin geoordeeld wordt dat de verzoekende partijen over het vereiste belang beschikken om de vernietiging te verkrijgen van het bestreden besluit.

Beoordeling

8.1. Luidens artikel 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan een annulatieberoep zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van deze wetten, voor de afdeling Bestuursrechtspraak worden gebracht door elke partij die doet blijken van een benadeling of een belang. Een verzoekende partij beschikt over dit rechtens vereiste belang indien aan twee voorwaarden is voldaan: vooreerst dient zij door de bestreden administratieve rechtshandeling een persoonlijk, rechtstreeks, zeker en actueel nadeel te lijden; voorts moet de eventueel tussen te komen nietigverklaring van die rechtshandeling haar een direct en persoonlijk voordeel verschaffen.

8.2. De terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank valt overeenkomstig artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 nagenoeg geheel ten laste van de aanbieders van sociale tarieven.

De verwerende partij ontkent niet dat de verzoekende partijen aanbieders zijn van sociale tarieven.

De kosten aangaande investeringen en onderhoud met betrekking tot de gegevensbank die na 31 december 2006 worden gemaakt, kunnen op basis van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 enkel

worden teruggevorderd van de aanbieders van sociale tarieven op voorwaarde dat de desbetreffende investeringen voorafgaandelijk goedgekeurd werden door de koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad.

De goedkeuring van de investeringen ten voordele van de databank voor de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011 is noodzakelijk vooraleer de terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten kan worden geëist. Als gevolg van de goedkeuring is het voor het BIPT mogelijk om de terugbetaling van deze kosten te eisen. Dit is een nadeel dat duidelijk uit de bestreden goedkeuring voortvloeit. Zonder goedkeuring zou het BIPT verhinderd zijn om de terugbetaling te vorderen, zodat de vernietiging van het bestreden besluit de verzoekende partijen onmiskenbaar tot voordeel strekt.

De mogelijkheid om de op een later tijdstip tot stand te komen besluiten van het BIPT aan te vechten, ontnemt de verzoekende partijen niet het belang bij het voorliggende beroep.

8.3. De verwerende partij toont niet aan waarom de vaststelling van de afdeling Wetgeving van de Raad van State dat de bestreden beslissing een handeling van hoog toezicht betreft en dus niet van reglementaire aard is, het belang van de verzoekende partijen zou tegenspreken. Het is niet uitgesloten dat de nietigverklaring van een handeling van hoog toezicht – handeling die een individuele draagwijdte heeft – zoals te dezen de vernietiging van het bestreden besluit, de verzoekende partijen tot voordeel kan strekken.

9. De exceptie is ongegrond.

V. Onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

10.1. Het eerste onderdeel van het eerste middel is ontleend aan de schending van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 en van de artikelen 33, tweede lid, 37 en 108 van de Grondwet.

10.2. Artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 bepaalt dat kosten aangaande investeringen en onderhoud met betrekking tot de databank enkel kunnen worden teruggevorderd op voorwaarde dat de desbetreffende investeringen voorafgaandelijk goedgekeurd werden bij een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit. Volgens de verzoekende partijen impliceert deze wettelijke vereiste dat de koning voorafgaandelijk, namelijk voordat deze investeringen effectief verricht worden, zijn goedkeuring dient te verlenen aan deze investeringen. Ze kadert in de noodzakelijke uitoefening van controle door de uitvoerende macht op het BIPT en verzekert dat geen investeringen in de databank worden uitgevoerd die niet nuttig of die zelfs overbodig zijn. *In casu* dient te worden vastgesteld dat het bestreden besluit reeds tijdens de periode januari 2007 tot 2011 gedane investeringen *a posteriori* goedkeurt, terwijl artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 een voorafgaande goedkeuring vereist. Dit vormt een schending van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003. Op deze wijze worden tevens de artikelen 33, tweede lid, 37 en 108 van de Grondwet die de uitvoeringsbevoegdheid van de koning grondwettelijk begrenzen, geschonden.

Een andere interpretatie zou volgens de verzoekende partijen niet in overeenstemming zijn met de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State inzake de toegewezen aard van de bevoegdheden. De uitvoerende macht moet op instellingen zoals het BIPT voldoende controle kunnen uitoefenen om voor de wetgevende macht de politieke verantwoordelijkheid ervoor te kunnen dragen. Wanneer het BIPT voor deze deels gemaakte investe-

ringen en bijbehorende kosten *a posteriori* de goedkeuring zou kunnen vragen aan de koning, wordt vrijwel elke controlemogelijkheid op het BIPT ontnomen. Ook het hof van beroep te Brussel heeft deze interpretatie gevolgd, aldus de verzoekende partijen, aangezien in zijn arrest van 7 september 2010 wordt vastgesteld “dat de investeringen niet voorafgaandelijk werden goedgekeurd door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad”.

Volgens de verzoekende partijen lijkt de federale uitvoerende macht hiermee de manifest foutieve interpretatie van het BIPT te hebben gevolgd, zoals die onder meer blijkt uit de beslissing van het BIPT van 21 oktober 2011 inzake de investeringen en de onderhoudskosten van 2006 die als volgt luidt:

“het BIPT moet zijn besluiten betreffende de terugbetaling van de investeringskosten in verband met de sociale databank van na 31 december 2006, vooraf voorleggen voor goedkeuring door de Koning.”

Deze stelling berust op een foutieve lezing van het arrest van het hof van beroep te Brussel van 7 september 2010.

Bovendien rijst dan de vraag, aldus de verzoekende partijen, op welke wijze de federale uitvoerende macht haar discretionaire goedkeuringstoezicht wel nog zou kunnen uitoefenen. Een weigering tot goedkeuring van (een deel van) de reeds gemaakte kosten voor één of meerdere jaren zou dan immers tot gevolg hebben dat het BIPT deze kosten niet zou kunnen recupereren. Overeenkomstig artikel 30, § 1, 6°, van de wet van 17 januari 2003 omvatten de inkomsten van het BIPT onder meer de terugbetaling van de kosten verbonden aan het beheer en het toezicht op de universele telecommunicatiedienst volgens de toepasselijke bepalingen van de wet van 13 juni 2005. Het BIPT zou aldus, in de hypothese van het verwerpen van de gemaakte investeringen in de gegevensbank, nog steeds artikel 30, § 1, 6°, van de wet van 17 januari 2003 kunnen invoeren om van de federale overheid terugbetaling te krijgen van de kosten die verbonden zijn aan het beheer van de gegevensbank voor sociale tarieven. Een zinvolle invulling van de controlemogelijkheid van de federale

uitvoerende macht op grond van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 zou hierdoor onmogelijk worden. Ook in het licht van deze vaststelling kan enkel besloten worden dat het bij koninklijk besluit *a posteriori* goedkeuren van reeds besliste en gemaakte investeringen door het BIPT een schending uitmaakt van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003.

11. De verwerende partij antwoordt dat uit artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 volgt dat vooraleer het BIPT een terugbetalingsbeslissing neemt, de investerings- en onderhoudskosten goedgekeurd dienen te zijn geweest. De wet bepaalt niet op welk moment dit koninklijk goedkeuringsbesluit dient te worden genomen. De wet bepaalt evenmin dat de investeringen zelf voorafgegaan dienen te worden door een koninklijk goedkeuringsbesluit. Dit goedkeuringsbesluit kan worden genomen na de verwezenlijking van de investering, met dien verstande dat, indien de koning zijn goedkeuring niet verleent, het BIPT dan de terugbetaling van de kosten verbonden aan deze investering niet kan eisen. In die zin betekent het begrip ‘voorafgaandelijk’ gebruikt in artikel 30, § 5, dat de koning zijn goedkeuring moet geven vooraleer het BIPT een terugbetaling vraagt, maar niet noodzakelijkerwijs voordat de investerings- of onderhoudskosten zijn gemaakt.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen beweren, namelijk dat het BIPT bij gebrek aan een “koninklijk toelatingsbesluit” toch de terugbetaling van de onderhouds- en investeringskosten verbonden aan de gegevensbank zou kunnen verkrijgen, door zich te beroepen op artikel 30, § 1, 6°, van de wet van 17 januari 2003 dat betrekking heeft op de kosten verbonden aan het “beheer en het toezicht op de universele telecommunicatiedienst”, is de verwerende partij van oordeel dat investeringskosten niet vallen binnen het toepassingsgebied van het voornoemde artikel 30, § 1, 6°. De verwerende partij begrijpt helemaal niet waarom een dergelijke interpretatie van de wet de koning zou verhinderen een reële controle uit te oefenen op het BIPT. Het administratief dossier toont daarentegen aan dat er een reële controle heeft plaatsgevonden aangezien het nemen van het bestreden besluit werd voorafgegaan door

gedetailleerde nota's en stukken van het BIPT, meer bepaald gericht aan de inspecteur-generaal van financiën, die de uitgavenposten en hun bedragen in detail weergeven. Uit het verslag aan de koning blijkt dat hij de investeringen op een zodanige wijze goedkeurt dat het BIPT hun terugbetaling kan eisen, binnen de grenzen van de door de koning goedgekeurde bedragen.

Voorts merkt de verwerende partij op dat zij allerm minst heeft beweerd dat de koning zijn bevoegdheid inzake controle van investerings- en onderhoudskosten zou kunnen delegeren aan het BIPT. Met de bestreden beslissing heeft de koning daarentegen de door het BIPT verwezenlijkte uitgaven voor onderhoud en werking van de gegevensbank gecontroleerd en goedgekeurd. De door de verzoekende partijen voorgestane interpretatie is niet realistisch. Het is in de praktijk niet uitgesloten dat het BIPT bij hoogdringendheid bepaalde uitgaven dient te doen voor de gegevensbank. En in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen beweren, heeft het hof van beroep te Brussel in zijn arrest van 7 september 2010 dit niet anders gesteld. Het hof heeft eenvoudigweg vastgesteld dat de betwiste investeringen niet werden goedgekeurd door de koning, maar het heeft niet geoordeeld dat deze investeringen noodzakelijkerwijs dienden te worden goedgekeurd door de koning vooraleer te worden uitgevoerd.

12.1. De verzoekende partijen repliceren in hun memorie van wederantwoord dat de tekst van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 duidelijk is. De terugvordering is enkel mogelijk “op voorwaarde dat de desbetreffende investeringen voorafgaandelijk goedgekeurd werden door de Koning”.

Wat het argument van de dringende investeringen betreft, zien de verzoekende partijen niet in waarom een snelle goedkeuring door de koning niet mogelijk zou zijn, indien daartoe een gemotiveerd en onderbouwd verzoek door het BIPT aan de uitvoerende macht wordt gericht.

De vermeende “reële controle” door de inspecteur van financiën is volgens de verzoekende partijen niet geloofwaardig. Zo blijkt uit het rapport van de inspecteur van financiën dat louter de diverse totaalbedragen, de algemene aard van de uitgaven en een beperkte toelichting hierbij worden weergegeven, maar dat geen daadwerkelijk toezicht werd verricht met betrekking tot de noodzaak en de omvang van de door het BIPT geplande uitgaven. In deze nota worden voorts enkel de totale investerings- en onderhoudskosten per jaar vermeld, zonder concrete verduidelijking waaruit deze bedragen precies zijn samengesteld, hetgeen elk zinvol toezicht onmogelijk maakt. Een reële controle was op dat ogenblik (23 november 2012) ook niet meer mogelijk voor investeringen waarvan sommige dan al bijna zes jaar voordien werden verricht. Zo vragen de verzoekende partijen zich af, hoe men op dat ogenblik bijvoorbeeld nog zou kunnen oordelen over het nuttig en marktconform karakter van prijzen voor software, die in de periode 2007-2010 nog volledig verschillend was van de software die momenteel door het BIPT wordt gebruikt.

12.2. Wat de interpretatie van artikel 30, § 1, 6°, van de wet van 17 januari 2003 betreft, zijn de verzoekende partijen van oordeel dat dit artikel een algemene draagwijdte heeft, namelijk dat hieronder vallen alle “kosten verbonden aan het beheer en het toezicht op de universele telecommunicatiedienst” op grond van de wet van 13 juni 2005. Aangezien artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 verwijst naar de oprichting en het beheer door het BIPT van een gegevensbank met betrekking tot de categorieën van begunstigten van het sociale tarief, kan er geen twijfel over bestaan dat het voornoemde artikel 30, § 1, 6°, ook zou kunnen worden ingeroepen om terugbetaling door de federale overheid te krijgen voor de investeringen in en kosten voor de sociale databank.

Beoordeling

13.1. Luidens artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 wordt de terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 verdeeld

volgens een bepaalde sleutel onder de betrokken aanbieders van sociale tarieven. Deze aanbieders dienen negentig procent van de investeringskosten en honderd procent van de onderhoudskosten te hunnen laste te nemen. Tien procent van de investeringskosten komen ten laste van het BIPT.

Door in artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 gewag te maken van de “terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank” volgt daaruit dat het BIPT in beginsel recht heeft op de terugbetaling van deze kosten, maar ook dat enkel die kosten kunnen worden teruggevorderd die het BIPT werkelijk heeft gemaakt.

13.2. Het bestreden besluit is genomen met toepassing van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003.

Artikel 30, § 5, van deze wet luidt:

“§ 5. Het Instituut publiceert de methode voor de berekening en de verdeling van de investerings- en onderhoudskosten van de in paragraaf 2 vermelde gegevensbanken en deelt de betrokken aanbieders het bedrag van hun respectievelijke bijdrage mee.

Kosten aangaande investeringen en onderhoud met betrekking tot de in paragraaf 2 vermelde gegevensbanken die na 31 december 2006 plaatsvinden, kunnen op basis van dit artikel enkel worden teruggevorderd op voorwaarde dat de desbetreffende investeringen voorafgaandelijk goedgekeurd werden door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.”

Zoals artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 is geredigeerd, is geen voorafgaande goedkeuring vereist van de “[k]osten aangaande investeringen en onderhoud”. Bijgevolg moeten de onderhouds- en investeringskosten op zich niet vooraf worden goedgekeurd, evenmin als de beslissingen in verband met het “onderhoud”. Het voorwerp van de voorafgaande goedkeuring is beperkt tot de “desbetreffende investeringen”. Kosten aangaande investeringen en onderhoud die gemaakt worden na 31 december 2006 kunnen slechts worden teruggevorderd indien de daarmee verband houdende investeringen vooraf zijn goedgekeurd. Uit diezelfde bepaling blijkt ook dat de terugbetaling

maar kan worden geëist in zoverre de desbetreffende investeringen voorafgaandelijk zijn goedgekeurd en dat bij gebrek hieraan geen terugbetaling kan worden gevorderd.

Hoewel in de memorie van toelichting met betrekking tot de draagwijdte van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 geen toelichting wordt verschaft – in tegenstelling tot wat van een memorie van toelichting zou mogen worden verwacht – mag worden aangenomen dat met artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet wordt beoogd voor de betrokken aanbieders van sociale tarieven een waarborg te bieden dat deze investeringen noodzakelijk en verantwoord zijn, zodat later de terugbetaling van de daarmee verband houdende kosten door het BIPT kan worden geëist. Die “voorafgaandelijke goedkeuring” is aldus de tegenhanger van het recht van het BIPT om de door hem gemaakte kosten met betrekking tot de gedane investeringen voor de gegevensbank – onderhouds- en investeringskosten – van de betrokken aanbieders te kunnen terugvorderen.

Hieruit volgt dat de controle die de koning op de investeringen dient uit te voeren een voorafgaande controle dient te zijn en geen controle *a posteriori*. Anders oordelen, zoals de verwerende partij doet, namelijk dat de koning achteraf – zelfs jaren nadat de investeringen zijn gerealiseerd – maar voorafgaand aan het moment waarop het BIPT de terugbetalingsbeslissing neemt, die controle zou kunnen uitvoeren, zou enerzijds aan de betrokken aanbieders van de sociale tarieven in belangrijke mate de voormelde waarborg ontnemen en anderzijds het recht van het BIPT op terugbetaling van de door hem gemaakte kosten in belangrijke mate in het gedrang kunnen brengen. Bovendien zou, indien artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 moet worden geïnterpreteerd zoals de verwerende partij dat doet, de wetgever in artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 dan veeleer in een voorafgaande goedkeuring van de investeringskosten – alsook van de onderhoudskosten – hebben voorzien, in plaats van in een specifieke voorafgaande goedkeuring van de investeringen.

Daarenboven zou in de visie dat een *a posteriori* controle volstaat, bij de weigering van een goedkeuring van de ‘investeringen’, het BIPT mogelijk in financiële moeilijkheden kunnen komen. Er mag immers niet uit het oog worden verloren dat het BIPT een autonoom financieel beheer geniet, dat alle werkingskosten moeten worden gedragen door de inkomsten van het BIPT en dat het BIPT geen verbintenissen mag aangaan buiten de totale dekking van zijn werkingskosten.

Met betrekking tot de stelling van de verwerende partij dat het in de praktijk niet uitgesloten is dat het BIPT bij hoogdringendheid bepaalde uitgaven dient te doen voor de gegevensbank waardoor een controle voorafgaand aan de uitvoering van die investering niet mogelijk is, kan met de verzoekende partijen worden gesteld dat niet valt in te zien waarom een snelle goedkeuring door de koning niet mogelijk zou zijn, indien daartoe een gemotiveerd en onderbouwd verzoek door het BIPT aan de uitvoerende macht wordt gericht, nog daargelaten de eventualiteit dat hiervan uitzonderlijk kan worden afgeweken in geval van overmacht.

13.3. De conclusie is dan ook dat het bepaalde in artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 zo dient te worden geïnterpreteerd dat de koning van tevoren, met andere woorden voordat deze investeringen effectief mogen worden verricht, moet nagaan welke voorgenomen werkzaamheden als investeringen kunnen worden beschouwd die noodzakelijk en verantwoord zijn voor de werking van de gegevensbank, opdat later de terugbetaling van de daarmee verband houdende kosten aangaande investeringen en onderhoud van de betrokken aanbieders kan worden geëist.

14. Uit wat voorafgaat volgt dat de koning, door de investeringen met betrekking tot de in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 bedoelde gegevensbank voor de periode 2007-2011 pas op 14 april 2013 goed te keuren, artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 heeft geschonden.

15. Het eerste onderdeel van het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het koninklijk besluit van 14 april 2013 ‘houdende goedkeuring van de investeringen met betrekking tot de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voor de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011’.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 525 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 juni 2015, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Geert Van Haegendoren