RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 231.801 van 30 juni 2015
in de zaak A. 209.539/IX-8433

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 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).

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 andersluidend 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 Universeledienstrichtlijn) groepeert 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 2012 tot 31 december 2013 – dat later het bestreden besluit is geworden – is voor advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd. In haar advies nr. 52.963/4 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 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’ 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 investeringen die het Instituut voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 plant ten behoeve van de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie worden goedgekeurd voor een totaal bedrag dat vastgesteld is op 1.350.000 euro en dat samengesteld is uit:
> - 1.150.000 euro investeringskosten;
> - 200.000 euro onderhoudskosten.
>
> Het Instituut wordt ermee belast om een besluit aan te nemen om voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 aan de aanbieders investerings- en onderhoudskosten aan te rekenen voor dat bedrag.
>
> 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:

> “Algemeen :
>
> Krachtens de bepalingen in de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bestaat het sociale element van de universele dienst in de levering aan de consumenten van bijzondere tariefvoorwaarden aan sommige categorieën van personen. Deze begunstigden zijn hoofdzakelijk ouderen of personen met een handicap met een laag inkomen, alsook personen die een leefloon ontvangen.
>
> Tot de inwerkingtreding van de wet van 10 juli 2012 houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie was elke operator die de consumenten openbare telefoondiensten aanbood, verplicht om bijzondere tarieven te verstrekken. Sedert de inwerkingtreding van de wet van 10 juli 2012

rust deze verplichting enkel nog op de operatoren die aan de consumenten een openbare elektronische-communicatiedienst aanbieden en van wie de omzet met betrekking tot de openbare elektronische-communicatiediensten hoger is dan vijftig miljoen euro. De overige operatoren mogen deze bijzondere tarieven verstrekken, voor zover ze daarvan een kennisgeving hebben ingediend bij het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna Instituut).

Overeenkomstig artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, is bij het Instituut een databank opgericht.

Deze databank vervult een aantal functies ten behoeve van de operatoren die sociale tarieven toekennen.

Zo gaat zij, nadat de aanvrager van een sociaal tarief zijn aanvraag bij de operator van zijn keuze heeft ingediend, na of de aanvrager aan de wettelijke voorwaarden voldoet om het recht te genieten. Dankzij de databank worden de formaliteiten die de operator bij de toekenning van een sociaal tarief moet vervullen, dus aanzienlijk verminderd. In werkelijkheid vergemakkelijkt het gebruik van de databank dus onmiskenbaar de commerciële betrekkingen tussen de operatoren en hun klanten die een sociaal tarief genieten.

De databank centraliseert de identificatiegegevens van alle begunstigden. Zij maakt het mogelijk om fraude te voorkomen, waarvan de operatoren slachtoffer zouden kunnen zijn. Het bestaan van de databank belet immers dat eenzelfde persoon aanspraak kan maken op het sociale tarief bij twee verschillende operatoren, bijvoorbeeld een operator die vaste diensten aanbiedt en een operator die mobiele diensten aanbiedt.

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 wet van 17 januari 2003 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 tarieven 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 door het Instituut geplande investeringen ten voordele van de databank voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 goed te keuren, zodat de terugbetaling wordt toegestaan.

De terugbetaling van de kosten in verband met deze investeringen en het onderhoud zal vervolgens door het BIPT worden gevraagd op basis van een besluit waarin de methode wordt vastgesteld voor de verdeling van de kosten met betrekking tot de databank en de specifieke berekeningselementen voor de jaren 2012 en 2013 worden bepaald.

Dat besluit van het Instituut zal ook het precieze bedrag vaststellen dat elke operator zal moeten betalen, overeenkomstig de bepalingen van artikel 30, § 2,

van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie. Eerst moet de databank in staat zijn om rekening te houden met de wijzigingen die door de wet van 10 juli 2012 houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie worden aangebracht in het stelsel van de sociale tarieven. Deze wijzigingen hebben met name betrekking op :

- het feit van de korting te verlenen op alle tarieven die door de operatoren worden aangeboden en niet langer op het standaardtarief of de standaardtarieven van de operator;
- de berekening van sommige kortingen op basis van een procentueel bedrag, dat niettemin geplafonneerd is;
- de mogelijkheid om de korting toe te kennen aan personen die een leefloon ontvangen via een ander mechanisme dan de vooraf betaalde kaart;
- het gebruik van het globaal belastbaar gezinsinkomen om de drempel voor de toekenning van het recht te bepalen;
- de mogelijkheid om de korting te genieten op het abonnementsgeld bij de ene operator en op de gesprekskosten bij een andere operator;
- enz.

Het Instituut heeft bovendien plannen om grote projecten te ontwikkelen voor investeringen in en onderhoud van de databank, met name om een volledige automatisering van de behandelde dossiers mogelijk te maken. Dit impliceert de creatie van een computerlink met de databanken van de FOD Financiën (toegang tot de gegevens over inkomsten) en met authentieke bronnen van socialezekerheidsgegevens, in plaats van de lijst van referenties van de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid (gegevens met betrekking tot het niveau van handicap en gegevens met betrekking tot het statuut van leefloner).

De totale kosten van de investeringen die nodig zijn voor de aanpassing van de databank kunnen daarom worden geraamd op maximumbedragen van :

- 300.000 euro om rekening te houden met de nieuwe reglementaire eisen inzake sociale tarieven;
- 450.000 euro voor de totstandbrenging van een link met de betreffende databanken.

Bovendien, op basis van de investeringskosten die gedragen zijn in de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011, kunnen de kosten voor de hosting van de ‘STTS’-applicatie, de hardware en software worden geraamd op € 400.000 voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013.

Ten slotte, tijdens deze periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013, kunnen de onderhoudskosten, uitgaande van de onderhoudskosten die gedragen zijn in de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011, worden geraamd op maximaal 200.000 euro.

Het onderhavige besluit staat de investeringen toe die het Instituut plant voor de hierboven bedoelde databank.

Het Instituut zal ermee worden belast een besluit aan te nemen om de terugbetaling te vragen van de investerings- en onderhoudskosten voor de databank met betrekking tot de categorieën van begunstigden van het sociale tarief voor de projecten die beoogd worden in 2012 en 2013. Het stelt echter plafonds vast waarboven het BIPT geen terugbetaling mag vragen.

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 keurt de investeringen in verband met de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie goed die door het BIPT gepland zijn voor de jaren 2012 en 2013.

Het beperkt de bedragen die het Instituut in 2012 en 2013 zal kunnen vragen aan de betrokken aanbieders van sociale tarieven. Het maximumbedrag dat mag worden gevraagd voor de realisatie van de twee betrokken projecten is 750.000 euro. Ook worden de onderhoudskosten vastgesteld in verband met de werking van de databank in 2012 en 2013, waarvan het bedrag door het Instituut mag worden gevraagd. Het Instituut vraagt deze bedragen op het ogenblik dat het opportuun vindt, ook na 2013.

Wat de onderhoudskosten na 2013 of andere investeringskosten betreft, zal het Instituut een nieuwe machtiging van de Ministerraad moeten vragen als het aan de betrokken operatoren de terugbetaling van die kosten wil vragen.

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 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). Ook tegen dit koninklijk besluit van 14 april 2013 hebben de verzoekende partijen een beroep tot nietigverklaring ingesteld, gekend onder nr. A. 209.542/IX-8552.

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 zou plannen of reeds zou hebben uitgevoerd tijdens de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 met betrekking tot een gegevensbank. Het BIPT beschikt op grond van dit besluit over de mogelijkheid om deze in de periode van 2012 tot 2013 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 en artikel 2, tweede lid, van het bestreden besluit van 14 april 2013 omvat een (van deze wettelijke bepaling afwijkende) reglementaire machtiging daartoe. 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 2012-2013 door het BIPT verwezenlijkte of te verwezenlijken 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 het bestreden besluit 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 aanvechten en de bedragen betwisten waarvan het BIPT de terugbetaling zal vragen. Het voorgaande wordt trouwens bevestigd door de Raad van State. In zijn advies over het ontwerp van koninklijk

besluit dat later het bestreden besluit is geworden, heeft hij immers vastgesteld dat de handeling van goedkeuring van uitgaven hoogstens een handeling van hoog toezicht betrof. Dit geldt des te meer, aangezien de bedragen die het voorwerp uitmaken van het bestreden besluit voornamelijk gebaseerd zijn op schattingen van uitgaven. Welnu, enkel de werkelijk aan het BIPT gefactureerde bedragen kunnen, indien nodig, gerecupereerd worden bij de operatoren. Elke argumentatie over het excessief karakter van de (voorgenomen) uitgaven is dus voorbarig.

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. Ingevolge artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 zal het BIPT immers elk van deze “geschatte” bedragen integraal kunnen terugvorderen. De argumentatie van de verwerende partij is niet consistent. Bij de bespreking van de ontvankelijkheid van het beroep wordt gesteld dat de bedragen in het bestreden besluit “voornamelijk gebaseerd zijn op schattingen van uitgaven” en dat “enkel de werkelijk aan het BIPT gefactureerde bedragen” recupereerbaar zullen zijn. Ten gronde geeft de verwerende partij toe dat het voornoemde artikel 30, § 2, het BIPT de mogelijkheid biedt om de in het bestreden besluit vermelde uitgaven integraal terug te vorderen van de verzoekende partijen, hetgeen elke twijfel over het belang van de verzoekende partijen bij de onderhavige procedure uitsluit. De kwalificatie door de afdeling Wetgeving 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.

7.1. In hun laatste memorie sluiten de verzoekende partijen zich aan bij het standpunt ingenomen in het auditoraatsverslag dat zij over het vereiste belang beschikken om de vernietiging te verkrijgen van het bestreden besluit.

Zij kunnen zich evenwel niet aansluiten bij de nuancering in het auditoraatsverslag met betrekking tot hun belang, namelijk dat zij geen belang hebben om op te komen tegen de goedkeuring van de onderhoudskosten omdat het bestreden besluit het BIPT niet zou machtigen om het totaalbedrag van 1.350.000 euro terug te vorderen, de koning geen plafond voor onderhoudskosten dient goed te keuren en het opleggen van een plafond voor de onderhoudskosten de verzoekende partijen enkel tot voordeel strekt.

7.2. Dat het bestreden besluit het BIPT er niet toe zou machtigen om het totaalbedrag van 1.350.000 euro terug te vorderen is volgens de verzoekende partijen kennelijk in strijd met de bewoordingen van het bestreden besluit. Artikel 2, tweede lid, van het bestreden besluit bepaalt dat "[h]et Instituut […] ermee belast [wordt] om een besluit aan te nemen om voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 aan de aanbieders investerings- en onderhoudskosten aan te rekenen voor dat bedrag [van 1.350.000 euro]". Dat dit bedrag blijkens het verslag aan de koning als een zogenaamd "maximumplafond" zou moeten worden aangezien, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat het BIPT het bestreden besluit kan – en, zo vrezen de verzoekende partijen, zal – aanwenden om het volledige bedrag van 1.350.000 euro terug te vorderen. In geval van tegenstrijdigheid tussen de bewoordingen van een koninklijk besluit en een hierbij gevoegd verslag, valt immers aan te nemen dat het koninklijk besluit zelf de meeste rechtskracht heeft, en het verslag aan de koning geen met de tekst van dit besluit strijdige interpretatie kan opleggen. De verwerende partij geeft overigens ook letterlijk toe in haar memorie van antwoord dat het de bedoeling is dat het BIPT de terugbetaling van het integrale bedrag kan eisen, aangezien zij hierin stelt dat het door de

verzoekende partijen bestreden besluit “het BIPT toelaat terugbetalingen te eisen binnen de grenzen die de Beslissing bepaalt”. Voor zoveel als nodig kan, aldus de verzoekende partijen, ook nog worden verwezen naar een nota van de inspectie van Financiën (stuk 7 van het administratief dossier, p. 14), waarin wordt gesteld dat “het BIPT een besluit zou kunnen aannemen dat het integrale (geraamde) investeringsbedrag aanrekent aan de aanbieders”.

7.3. Dat op grond van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 de koning geen plafond voor onderhoudskosten dient goed te keuren en het opleggen van een plafond voor de onderhoudskosten de verzoekende partijen enkel tot voordeel strekt, waardoor de verzoekende partijen geen belang zouden hebben bij het betwisten van de legaliteit van de machtiging aan het BIPT tot het eisen van de terugbetaling van 200.000 euro onderhoudskosten aan de operatoren, berust volgens de verzoekende partijen op een onjuiste lezing van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003.

Deze bepaling omvat volgens hen immers een goedkeuringsvereiste voor zowel investerings- als onderhoudskosten, zoals blijkt uit een letterlijke lezing ervan. Ook in de parlementaire voorbereiding van de wet die de inhoud van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 in 2006 heeft gewijzigd, wordt gesteld dat de terugvordering van “[d]e investeringskosten en de onderhoudskosten” moet gebeuren op basis van het mechanisme van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2518/1, 56). Dit is ook de reden waarom de federale uitvoerende macht een bedrag voor onderhoudskosten heeft vastgesteld in het bestreden besluit. Ook het hof van beroep te Brussel is van oordeel dat de goedkeuringsvoorwaarde van deze bepaling zowel van toepassing is op investerings- als onderhoudskosten (zie overwegingen 31 en 32 van het arrest van 7 september 2010 - 2009/AR/1871). In het licht hiervan kan niet worden ingestemd met het standpunt dat de goedkeuring van de “desbetreffende investeringen” niet zou verwijzen naar de “kosten aangaande investeringen en onderhoud” bedoeld in het voornoemde artikel 30, § 5, tweede lid.

Maar zelfs als de Raad van State zou oordelen dat artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 de koning niet zou machtigen om een plafond voor onderhoudskosten goed te keuren, kan dit volgens de verzoekende partijen enkel tot het besluit leiden dat het bestreden besluit voor een deel geen wettelijke basis heeft. Deze vaststelling volstaat dan op zich reeds om dit besluit te vernietigen. Ook in het licht hiervan valt niet in te zien waarom dit (vermeend) aspect het belang van de verzoekende partijen bij het voorliggende beroep zou beperken of nuanceren.

8. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat het bestreden besluit wel degelijk een maximumplafond vaststelt, dat het BIPT enkel de terugbetaling kan vragen van de daadwerkelijke kosten en dat artikel 30, § 5, van de wet van 17 januari 2003 enkel in een goedkeuring voorziet van de kosten aangaande investeringen.

Daarnaast stelt de verwerende partij dat de verzoekende partijen er geen belang bij hebben te beweren dat het bestreden besluit geen wettelijke grondslag heeft wat de onderhoudskosten betreft, aangezien het vastleggen van het plafond voor de onderhoudskosten voor de verzoekende partijen een gunstige beslissing is.

Beoordeling

9.1. 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.

9.2. 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 2012 tot 31 december 2013 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 beslissingen van het BIPT aan te vechten, ontneemt de verzoekende partijen niet het belang bij het voorliggende beroep.

9.3. 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.

9.4. Het argument dat de bestreden beslissing louter op schattingen van de uitgaven is gesteund en het BIPT enkel de betaling van de werkelijk gefactureerde bedragen kan terugvorderen, ontneemt evenmin het belang aan de verzoekende partijen.

Dat de goedkeuring een noodzakelijke vereiste is vooraleer het BIPT de terugbetaling kan vorderen, toont reeds het belang van de verzoekende partijen aan.

Daarenboven geldt de raming van de onderhouds- en investeringskosten, zoals in het verslag aan de koning uitdrukkelijk wordt vermeld, als een plafond waarboven geen terugbetaling door het BIPT mag worden geëist. Daargelaten zelfs de vraag of de koning bevoegd was om een plafond voor onderhoudskosten vast te stellen en goed te keuren, hebben de verzoekende partijen belang om (het plafond voor) de onderhoudskosten aan te vechten, al was het maar omdat het eventueel geen onderhoudskosten zouden zijn maar wel kosten voor beheer van de databank, of nog omdat zij niet akkoord kunnen gaan met de hoogte van de geraamde onderhoudskosten of omdat zij van oordeel zijn dat de raming niet correct is.

10. De exceptie is ongegrond.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

11.1. 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.

11.2. 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 2012 tot april 2013 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 investeringen 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".

11.3. In ondergeschikte orde wijzen de verzoekende partijen er nog op dat zelfs in de – manifest foutieve – visie die in de bestreden beslissing verdedigd wordt, namelijk dat dit besluit enkel betrekking zou hebben op "geplande" (en dus niet op reeds verrichte) investeringen, nog steeds moet worden besloten tot een schending van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003. Artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 vereist dat de door het BIPT geplande investeringen op een duidelijke en gedetailleerde wijze worden voorgelegd aan de koning. Deze bepaling veronderstelt immers dat de koning "de desbetreffende investeringen" (en dus niet "een schatting van de kostprijs van de desbetreffende investeringen" of "een algemeen budget voor de desbetreffende investeringen") voorafgaandelijk goedkeurt. Evenwel heeft de koning geen goedkeuringsbeslissing genomen op basis van een gedetailleerde lijst van investeringen, maar werd dit besluit louter gebaseerd op geraamde investeringsbedragen die een forfaitair karakter hebben. Dit vormt eveneens een schending van de beginselen van zorgvuldigheid, efficiëntie, transparantie en evenredigheid.

11.4. Daarnaast valt, eveneens in ondergeschikte orde, rekening te houden met de interpretatie van het BIPT van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003, zoals die onder meer blijkt uit de beslissing van het BIPT van 21 oktober 2011 inzake de investeringen en de onderhoudskosten van 2006 die luidt als volgt:

> "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. Zelfs indien deze – kennelijk onjuiste – visie van het BIPT zou worden gevolgd, valt te wijzen op de machtiging die de koning in artikel 2, tweede lid, van het bestreden besluit aan het BIPT geeft en die luidt als volgt:

> "Het Instituut wordt ermee belast om een besluit aan te nemen om voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 aan de aanbieders investerings- en onderhoudskosten aan te rekenen voor dat bedrag."

Deze machtiging van de koning aan het BIPT houdt geen verband met een goedkeuring van een reeds genomen besluit van het BIPT, maar vormt integendeel een machtiging voor de toekomst aan het BIPT om een besluit aan te nemen, waarbij het BIPT dan over de vrijheid beschikt om in dit besluit naar eigen keuze (hanteren van de in het bestreden besluit vermelde maximumbedragen of van lagere bedragen dan deze maximumbedragen) investerings- en onderhoudskosten aan te rekenen.

In dat verband valt, aldus de verzoekende partijen, nog te wijzen op de overweging in het verslag aan de koning dat "[h]et Instituut […] deze bedragen [vraagt] op het ogenblik dat het opportuun vindt, ook na 2013", waardoor het BIPT onbeperkt in de tijd gemachtigd wordt om de in het bestreden besluit vermelde forfaitaire bedragen terug te vorderen van de operatoren. Dit gaat in tegen de doelstelling van de wetgever om binnen een redelijke termijn (en niet onbeperkt in de tijd) de terugbetaling te vorderen.

12. De verwerende partij antwoordt dat uit het voornoemde artikel 30, § 5, tweede lid, volgt dat vooraleer het BIPT een terugbetalings-beslissing 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 besluit kan worden genomen na de verwezenlijking van de investering, niettemin in de wetenschap dat, indien de koning zijn goedkeuring niet geeft, het BIPT dan de terugbetaling van de kosten verbonden aan deze investering niet kan eisen. De verwerende partij begrijpt niet waarom een dergelijke interpretatie van de wet de koning zou verhinderen een reële controle uit te oefenen op het BIPT. Het klopt dat de bedragen waarvan sprake in het bestreden besluit zijn gesteund op schattingen gebaseerd op nieuwe projecten die voortvloeien uit de nieuwe regelgeving inzake sociale tarieven en de toegenomen automatisering van de gegevensbank. Maar deze schattingen werden gemaakt op basis van uitbreidingen van het budget van het BIPT, beslist door de minister van Begroting. Ze steunen dus op objectieve gegevens. Overigens zijn de bedragen in het bestreden besluit niet alleen gebaseerd op deze schattingen. Ze omvatten ook de reeds door het BIPT uitgevoerde uitgaven waarvoor het dus mogelijk is tot op de euro na het reële bedrag na te gaan, waarvan de terugbetaling wordt verzocht. Uit het verslag aan de koning blijkt dat hij de investeringen op een zodanige wijze goedkeurt dat het BIPT de terugbetaling ervan kan eisen, binnen de grenzen van de door hem goedgekeurde bedragen.

De verwerende partij stelt dat zij allerminst heeft beweerd dat de koning zijn bevoegdheid inzake controle van investerings- en onderhoudskosten zou kunnen delegeren aan het BIPT. Met het bestreden besluit heeft de koning de door het BIPT verwezenlijkte of te verwezenlijken 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 heeft gewoon vastgesteld dat de betwiste investeringen niet werden goedgekeurd door de koning, maar het heeft niet geoordeeld dat deze investeringen noodzakelijkerwijs dienden goedgekeurd te worden door de koning vooraleer uitgevoerd te worden.

De koning laat, volgens de verwerende partij, het BIPT dus toe een beslissing tot terugbetaling te nemen, wanneer het oordeelt dat dit gepast is, zelfs na 2013, binnen de grenzen van de bedragen die hij heeft vastgesteld. Immers, de wet schrijft helemaal niet voor wanneer deze beslissing door het BIPT dient te worden genomen en zulks maakt trouwens niet het voorwerp uit van het bestreden besluit. De kritieken op dit punt zijn dus voorbarig. Op het gepaste moment, wanneer het BIPT zal tussenkomen, zal moeten worden geoordeeld of het Instituut is tussengekomen "binnen een redelijke termijn". Deze werkwijze is volstrekt in overeenstemming met artikel 30, § 5, eerste lid, van de wet van 17 januari 2003. Het BIPT beschikt niet over een absolute vrijheid voor het nemen van deze beslissing. De verwerende partij begrijpt niet waarin het bestreden besluit in strijd zou zijn met wat het BIPT schrijft in zijn beslissing van 21 oktober 2011.

In het verslag aan de koning staat te lezen, aldus de verwerende partij, dat de ramingen van de investerings- en onderhoudskosten voor de jaren 2012 en 2013 maximale bedragen zijn. Dit wordt eveneens gesteld in de nota van het BIPT aan de inspecteur-generaal van Financiën. Het bedrag waarvan het Instituut de terugbetaling kan vragen aan de verstrekkers wordt geplafonneerd en, trouwens, enkel de werkelijk gedragen kosten kunnen worden terugbetaald. Indien nodig zullen de verzoekende partijen over alle mogelijkheden beschikken om, op het gepaste ogenblik, de uitgaven waarvan het BIPT de terugbetaling zal vragen, te controleren. Eens te meer is de kritiek van de verzoekende partijen dus voorbarig.

13. 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".

De vermeende "reële controle" door de inspecteur van Financiën is volgens de verzoekende partijen niet geloofwaardig. Zo blijkt uit het rapport van de inspectie 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. De stelling dat de in het bestreden besluit vermelde bedragen zouden steunen “op objectieve gegevens” wordt niet gesteund door de inspecteur-generaal van Financiën. Hij heeft immers geoordeeld dat het gaat om “ramingen van de maximale kosten” die “niet met zekerheid [zijn] hard te maken”.

Het is voor de verzoekende partijen bovendien volstrekt onduidelijk op welke wijze een forfaitaire inschrijving op het budget van het BIPT een objectief gegeven zou kunnen uitmaken dat de goedkeuring van de in het besluit van 14 april 2013 vermelde bedragen zou kunnen verantwoorden. Het spreekt evenwel vanzelf dat een budgettaire operatie waarbij een forfaitaire uitgave voor een bepaald project wordt ingeschreven, niet aantoont dat dit bedrag op objectieve gegevens zou berusten. In elk geval kan hieruit niet afgeleid worden dat de door het BIPT geplande investeringen op een duidelijke en gedetailleerde wijze zijn voorgelegd aan de koning. Ook het verweer dat het “niet alleen” om schattingen zou gaan, maar ook om deels gerealiseerde uitgaven, waarvan het “mogelijk is op de euro na het reële bedrag na te gaan”, kan op geen enkele wijze overtuigen. De vermeende “mogelijkheid” om het reële bedrag na te gaan wordt op geen enkele wijze gestaafd aan de hand van stukken van het administratief dossier. De loutere verwijzing naar een aantal bedragen vermeld in facturen van Smals/Egov en aangehaald in een eigenhandig door het BIPT opgestelde nota, impliceert uiteraard niet dat de door het BIPT geplande investeringen op een heldere en gedetailleerde wijze zijn voorgelegd aan de koning.

Daarnaast betogen de verzoekende partijen dat artikel 2 van het bestreden besluit geen enkele beperking oplegt aan het BIPT. In tegenstelling tot wat de verwerende partij beweert, geeft het bestreden besluit wel een onbeperkte volmacht aan het BIPT tot aanrekening van de in dit besluit vermelde forfaitaire kosten.

Het argument van de verwerende partij dat er geen wettelijke maximumtermijn geldt voor het ogenblik waarop de terugbetaling kan worden gevorderd, belet niet dat de federale uitvoerende macht ter zake geen onbeperkte beoordelingsvrijheid aan het BIPT had mogen toekennen. Een reële controle van investeringen die van jaren voordien dateren, zal dan immers niet meer mogelijk zijn. Hoe zou men dan het nuttig en marktconform karakter kunnen beoordelen van bijvoorbeeld de aanwending van het budget van 450.000 euro voor het “Project X1”, dat de totstandbrenging van een link met een aantal andere databanken beoogt.

14.1. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat, om het begrip ‘voorafgaandelijk’ te begrijpen, het essentieel is te weten wat het doel is van de wetgever bij het opleggen van deze formaliteit van voorafgaande goedkeuring. Zoals in het auditoraatsverslag wordt aangegeven, kan er worden opgemerkt “dat de betrokken wetsbepaling een waarborg wenst in te bouwen voor de aanbieders van sociale tarieven aangaande de kosten waarvan terugbetaling kan worden geëist door het BIPT... Indien er geen goedkeuring is, dan kan er geen terugbetaling worden geëist”.

Wat deze doelstelling van bescherming van de sociale tarieven betreft, is het moment waarop de goedkeuring wordt gegeven (vóór of na de daadwerkelijke verwezenlijking van de investeringen) niet van belang. Wat telt, voor de aanbieders van sociale tarieven, is dat een terugbetaling hen niet kan worden opgelegd zonder een voorafgaande tussenkomst en controle van de uitvoerende macht. Zoals de verwerende partij heeft uiteengezet in haar memorie van antwoord, zoals blijkt uit het administratief dossier en zoals in het auditoraatsverslag wordt aangegeven, kunnen de investeringen gedaan door het BIPT niet ten laste van de operatoren gelegd worden, indien er geen goedkeuring werd gegeven. Het goedkeuringsmechanisme laat dus toe de bescherming van de aanbieders van sociale tarieven te verzekeren, wat ook het ogenblik moge zijn waarop deze formaliteit tussenkomt.

De verwerende partij ziet niet in wat de verzoekende partijen toelaat te beweren dat het BIPT enkel een bestelling zou kunnen plaatsen na goedkeuring gekregen te hebben van de koning. Er staat niets in de wet of in de voorbereidende werken dat toelaat zoiets te beweren. Het goedkeurings-mechanisme van artikel 30, § 5, van de wet van 17 januari 2003 heeft immers niet tot doel de koning toe te laten te controleren of het BIPT de bestelling plaatst bij de beste aanbieder of dat het economisch meest voordelige is aangenomen. Het BIPT is niet onderworpen aan het toezicht van de uitvoerende macht. Deze controle heeft een ander doel; “de doelstelling van de goedkeuring dient om te controleren welke werkzaamheden als investeringen in de databank kunnen worden beschouwd en bijgevolg in aanmerking komen voor de terugbetaling door de operatoren”.

Er bestaat dus geen enkele noodzaak om de goedkeuring van de koning te laten tussenkomen vooraleer het BIPT een investeringsbeslissing neemt.

14.2. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen beweren, verhindert die interpretatie volgens de verwerende partij geenszins een voldoende controle van de investeringsbeslissingen. De wet legt immers niet aan de koning op om “de (definitieve) kosten van de investeringen” te controleren. Het feit dat de exacte en definitieve bedragen nog niet gekend zijn op het moment van de tussenkomst van de koning is dus niet strijdig met artikel 30, § 5, van de wet van 17 januari 2003. De wet verhindert niet dat de controle *a posteriori* gebeurt en betrekking heeft op precieze bedragen, zoals de koning gedaan heeft voor de periode 2007-2011. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen suggereren, impliceert het feit dat het BIPT en de koning twee verschillende methodes zouden hebben gevolgd, respectievelijk voor de periode 2007-2011 en voor de periode 2012-2013, niet dat één van deze twee methodes noodzakelijkerwijs onwettig is.

14.3. Overigens, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen suggereren, moet het bestreden besluit worden begrepen in de zin dat het BIPT enkel de terugbetaling zal kunnen vragen van de werkelijk gemaakte kosten. De

verwerende partij ziet geen enkel bezwaar tegen het feit dat dit verduidelijkt wordt in het arrest, zoals gewenst door de verzoekende partijen.

14.4. Volgens de verwerende partij kunnen de verzoekende partijen niet worden gevolgd waar zij, ter ondersteuning van hun argumentatie, nog opwerpen dat, in de interpretatie van artikel 30, § 5, van de wet van 17 januari 2003 zoals voorgesteld door de verwerende partij, de niet door de koning goedgekeurde investeringskosten niet rechtmatig op een andere manier door het BIPT gerecupereerd kunnen worden.

De vraag is immers niet te weten of het BIPT de investeringskosten op een andere manier zou kunnen recupereren. In geval van niet-goedkeuring door de koning, kunnen deze kosten niet gerecupereerd worden door het BIPT en dan zal het BIPT deze moeten dragen met de eigen middelen die, krachtens artikel 30 van de wet van 17 januari 2003, zeer verscheiden zijn. De verwerende partij wijst erop dat het BIPT overigens zelf de investeringskosten heeft gedragen met zijn middelen, voor de periode 2007-2011, tot aan het koninklijk besluit dat het voorwerp uitmaakt in de zaak A. 209.542/IX-8552. En nog, deze kosten zijn tot op heden nog niet terugbetaald, omdat het BIPT nog geen beslissing genomen heeft in die zin. Op dezelfde manier had het BIPT, op het moment van het nemen van het thans bestreden besluit reeds zelf met eigen middelen een deel van de investeringsuitgaven die het voorwerp uitmaken van het bestreden besluit gedragen.

De verwerende partij stelt aldus niet te kunnen begrijpen op basis waarvan de verzoekende partijen schrijven dat het BIPT deze kosten niet zelf zou kunnen dragen “aangezien hiervoor geen financiële middelen zijn voorzien”. De verwerende partij voegt hieraan toe dat, zelfs in de door de verzoekende partijen voorgestelde interpretatie, in geval van weigering door de koning, dit het BIPT niet zou beletten om toch, onder zijn volledige verantwoordelijkheid, de gewenste investeringen uit te voeren. De wet onderwerpt immers de terugbetaling

van de investeringskosten aan de goedkeuring van de koning en niet zozeer de beslissing om te investeren.

Beoordeling

a. Algemeen

15.1. 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.

15.2. 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 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 dat 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 het voornoemde artikel 30, § 5, tweede lid, zo moet worden geïnterpreteerd 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.

15.3. 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.

16. Uit wat voorafgaat volgt dat de koning, door de investeringen die het BIPT heeft gepland ten behoeve van de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013, pas op 14 april 2013 goed te keuren, artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 heeft geschonden in zoverre deze goedkeuring betrekking heeft op de geplande investeringen voor de periode van 1 januari 2012 tot 13 april 2013.

17. Het eerste middel is in die mate gegrond en leidt tot de nietigverklaring van het bestreden besluit in zoverre het betrekking heeft op de investeringen gepland vóór 14 april 2013.

b. De onderhoudskosten

18.1. In hun laatste memorie wijzen de verzoekende partijen erop dat indien artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 de koning niet zou machtigen om een plafond voor onderhoudskosten goed te keuren, dit enkel tot het besluit kan leiden dat het bestreden besluit geen wettelijke basis heeft, wat volstaat om het bestreden besluit te vernietigen.

18.2. Zoals hiervóór reeds is vastgesteld, is geen voorafgaande goedkeuring vereist van de “kosten aangaande investeringen en onderhoud” en moeten beslissingen in verband met “onderhoud” evenmin “voorafgaandelijk” worden goedgekeurd. Het voorwerp van de goedkeuring is beperkt tot de “desbetreffende investeringen”.

In zoverre de koning in het bestreden besluit de onderhoudskosten heeft goedgekeurd, alsook een plafond voor de onderhoudskosten heeft vastgesteld, heeft hij zijn bevoegdheid overschreden.

18.3. Anders dan de verzoekende partijen betogen, ontneemt die vaststelling enkel de wettelijke basis aan de goedkeuring van de onderhoudskosten en leidt dit bijgevolg niet tot de algehele nietigverklaring van het bestreden besluit.

19. Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond en leidt tot de nietigverklaring van het bestreden besluit in zoverre het betrekking heeft op de onderhoudskosten.

c. De periode 14 april 2013 tot 31 december 2013

20.1.1. In artikel 2, eerste lid, van het bestreden besluit worden de investeringen die het BIPT plant voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 ten behoeve van de databank bedoeld in artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 goedgekeurd voor een totaal bedrag dat vastgesteld is op 1.350.000 euro en dat samengesteld is uit:
- 1.150.000 euro investeringskosten;
- 200.000 euro onderhoudskosten.

In het verslag aan de koning worden die geplande investeringen nader gepreciseerd en worden de daarop betrekking hebbende investerings- en onderhoudskosten geraamd. Zo wordt in het verslag aan de koning gewezen op de uitbreiding van de taken van de databank als gevolg van de wetswijziging van 10 juli 2012 die bijkomende investeringskosten vergt. Daarnaast wordt in datzelfde verslag vermeld dat het BIPT streeft naar een volledige automatisering van de behandelde dossiers door creatie van een computerlink met de databanken van de FOD Financiën en met authentieke bronnen van de sociale zekerheidsgegevens. De totale kosten van de investeringen die nodig zijn voor de aanpassing van de databank worden geraamd op maximumbedragen van 300.000

euro en 450.000 euro. Bovendien, op basis van de investeringskosten die gedragen zijn in de periode van 1 januari 2007 tot en met 31 december 2011, worden bijkomende investeringen met betrekking tot de hosting van de 'STTS'-applicatie, de hardware en software vermeld en worden de kosten daarvoor geraamd op 400.000 euro voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013.

Op basis van de berekening van de onderhoudskosten in de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011 worden deze kosten voor de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 geraamd op maximaal 200.000 euro.

20.1.2. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen stellen, blijkt uit artikel 2, eerste lid, van het bestreden besluit, gelezen in samenhang met het verslag aan de koning, dat precies wordt aangegeven welke investeringen de koning voorafgaandelijk heeft goedgekeurd.

Door per duidelijk omschreven (onderhouds- en) investeringspost een raming vast te leggen – wat geldt als een plafond waarboven het BIPT niet mag gaan om de terugbetaling te vorderen – verleent de koning zijn goedkeuring aan de investeringen overeenkomstig artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003.

Het is belangrijk om daarbij op te merken dat dit artikel 30, § 5, tweede lid, enkel bepaalt dat de investeringen dienen te worden goedgekeurd vooraleer de kosten aangaande investeringen in de gegevensbank kunnen worden teruggevorderd. In die bepaling wordt niet bepaald dat de (definitieve) kosten van de investeringen aan goedkeuring zijn onderworpen.

Door het instellen van een plafond voor de investeringskosten waarboven het BIPT niet mag gaan, ziet de koning erop toe dat er niet meer kan worden gevraagd dan werd geraamd en dat er niet voor andere dan de goedgekeurde investeringen een terugbetaling zal worden gevraagd. Uit het

voornoemde artikel 30, § 5, tweede lid, volgt daarbij nog dat enkel de terugbetaling kan worden gevraagd voor de werkelijk gemaakte kosten.

20.2. De verzoekende partijen verwijzen in ondergeschikte orde naar de opvatting van het BIPT zoals die blijkt uit het besluit van de Raad van het BIPT van 21 oktober 2011 betreffende de methode voor verdeling van de kosten betreffende de gegevensbank van het sociale element van de universele telecommunicatiedienst alsook betreffende de specifieke berekeningselementen voor het jaar 2006.

In dat besluit wordt vermeld hoe artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 in het licht van het arrest van het hof van beroep te Brussel van 7 september 2010 dient te worden geïnterpreteerd:

> "- 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, bij een besluit dat wordt vastgesteld na overleg in de Ministerraad."

In dat arrest heeft het hof van beroep te Brussel geoordeeld over de goedkeuringsvereiste van de kosten die vóór en na 31 december 2006 plaatsvinden, een problematiek die in de huidige zaak niet voorligt. Het besluit van de Raad van het BIPT van 21 oktober 2011 heeft betrekking op de kosten voor het jaar 2006 en hoe die moeten worden verrekend, wat voor deze zaak niet relevant is. Het is niet duidelijk hoe het standpunt ingenomen door het BIPT tot de onwettigheid van het bestreden besluit kan leiden.

20.3. De verzoekende partijen putten ten slotte nog een grief uit het feit dat het BIPT onbeperkt in de tijd gemachtigd zou worden om de in het bestreden besluit goedgekeurde bedragen terug te vorderen en dat de koning hiermee een onbeperkte beoordelingsvrijheid aan het BIPT heeft gelaten. Zij steunen hun zienswijze op een passus van het verslag aan de koning luidende dat "[h]et Instituut […] deze bedragen [kan opvragen] op het ogenblik dat het opportuun vindt, ook na 2013".

Dat standpunt kan hoe dan ook niet tot de gevraagde nietigverklaring leiden.

In artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 wordt immers niets vermeld over het tijdstip waarop de terugbetaling moet worden gevraagd. Het goedkeuringstoezicht zoals georganiseerd in dat artikel 30, § 5, tweede lid, bepaalt evenmin iets omtrent het tijdstip waarop de terugbetaling kan worden gevraagd. Dit is een beslissing die het BIPT dient te nemen en waarvoor het verantwoordelijk is en die pas kan volgen nadat het Instituut zelf de kosten van de investeringen en het onderhoud heeft betaald. Ze kan hoe dan ook de wettigheid van de goedkeuring van de geplande investeringen voor de periode vanaf 14 april 2013 niet aantasten.

21. Uit wat voorafgaat volgt dat het eerste middel voor het overige dient te worden verworpen.

d. Gevolgen voor het onderzoek van de overige middelen

22. Gelet op wat geconcludeerd is *sub* 17 en 19 moet hierna bij het onderzoek van het tweede en het derde middel geen aandacht meer worden gegeven aan bijkomende grieven voor zover ze betrekking hebben, eensdeels, op de investeringen gepland vóór 14 april 2013 en, anderdeels, op de onderhoudskosten.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

23.1. Het tweede middel is ontleend aan de schending van de formelemotiveringsplicht op grond van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de materiëlemotiveringsplicht, van artikel 3, lid 2, van de Universeledienst-richtlijn, van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (“Kaderrichtlijn”) en van de beginselen van efficiëntie, transparantie en evenredigheid en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

23.2. De verzoekende partijen voeren aan dat bij elke aanrekening van kosten aan operatoren in het kader van de universele dienstverlening rekening moet worden gehouden met een uitgebreide formele- en materiëlemotiveringsverplichting, waaruit concreet blijkt dat de beginselen van efficiëntie, transparantie en evenredigheid werden gerespecteerd. Daarnaast moet rekening worden gehouden met het zorgvuldigheidsbeginsel dat een behoorlijke feitenvinding vereist.

Uit het bestreden besluit blijkt niet op welke motieven het steunt om te besluiten tot goedkeuring van de hierin vermelde investeringen en op welke wijze deze bedragen zijn verantwoord. De verzoekende partijen zijn echter niet op de hoogte van enige verantwoording voor deze totaalbedragen. Voor geen van deze posten wordt enig stavingsstuk aangebracht of wordt er zelfs maar naar verwezen. Er blijkt dus nergens uit dat de goedgekeurde uitgaven werkelijk werden gedaan door het BIPT. Evenmin is duidelijk in welke mate de in het bestreden besluit vermelde kosten verband houden met het bestaan en de instandhouding van de gegevensbank inzake sociale tarieven. Het goedkeuringstoezicht werd op een niet-transparante wijze en zonder enige pertinente motivering uitgeoefend.

23.3. De verzoekende partijen nemen aan dat naast het gebrek aan formele motivering er ook geen afdoende motivering blijkt uit het administratief dossier voor het bestreden besluit en de daarin vermelde bedragen.

De toelichting in het bestreden besluit geeft de verzoekende partijen niet de mogelijkheid om na te gaan welke onderdelen van de voormelde algemene kostenposten precies per jaar werden verricht. Er blijkt voor geen enkele kostenpost de duurtijd van de gedane uitgaven op transparante wijze te zijn uiteengezet, terwijl het bestreden besluit nochtans betrekking heeft op kosten voor een volledige periode van twee jaar zonder dat het bestreden besluit een onderscheid maakt tussen de jaren 2012 en 2013.

Hoewel artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 bepaalt dat kosten gemaakt voor investeringen in de gegevensbank “kunnen” worden teruggevorderd van de operatoren – en daartoe geen enkele verplichting oplegt – wordt niet gemotiveerd waarom de federale uitvoerende macht plots toch beslist heeft tot het uitvoering geven aan artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003.

23.4. In het verslag aan de koning wordt op geen enkele wijze toegelicht hoe de beginselen van efficiëntie, evenredigheid, transparantie en zorgvuldigheid *in casu* werden toegepast. Volgens de verzoekende partijen werden deze beginselen daarentegen miskend. Ze vereisen dat de geplande investeringen op een duidelijke en gedetailleerde wijze worden voorgelegd aan de koning. Het feit dat het bestreden besluit enkel maximumbedragen en plafonds bevat, volstaat om te besluiten dat deze beginselen werden geschonden. Uit het verslag aan de koning blijkt dat de federale uitvoerende macht het niet nodig achtte om een termijn op te leggen aan het BIPT om de bedragen in te vorderen bij de operatoren.

24. De verwerende partij antwoordt dat de motivering van het bestreden besluit dient te worden beoordeeld in het licht van de informatie die erin voorkomt, maar ook in het licht van het administratief dossier. De verwerende

partij verwijst in het bijzonder naar de nota van het BIPT aan de inspecteur-generaal van Financiën. Het bedrag van de uitgaven voor de jaren 2012-2013 bedraagt maximaal 1.350.000 euro. In deze nota geeft het BIPT vervolgens in detail de bedragen weer die opgenomen zijn in het bestreden besluit.

Het bestreden besluit steunt op precieze en objectieve gegevens: (1) ofwel van reeds gefactureerde bedragen; (2) ofwel van uitbreidingen van het budget van het BIPT met een precies bedrag, voor de verwezenlijking van twee nieuwe projecten, in de wetenschap dat deze budgettaire uitbreidingen werden toegekend, op voorwaarde dat ze gecompenseerd zouden worden door nieuwe recettes; (3) ofwel van schattingen gerealiseerd op basis van uitgaven gedaan voor de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011.

Voor wat de onderhoudskosten betreft, bedraagt de schatting 200.000 euro voor de periode 2012-2013, namelijk 100.000 euro per jaar. Deze schatting werd gemaakt op basis van de hoogste onderhoudskosten in de loop van de periode 2007-2011, namelijk 109.041,71 euro in 2010, teruggebracht op 100.000 euro. Immers, de ervaring toont dat, hoe complexer de toepassing van de gegevensbank is, hoe hoger de onderhoudskosten zijn. In de levenscyclus van op maat ontwikkelde software hebben de onderhoudskosten de neiging toe te nemen, parallel met de veroudering van het informaticasysteem.

Voor wat de investeringskosten betreft, bedraagt de schatting 400.000 euro over 2012-2013, ofwel 200.000 euro per jaar, wat in overeenstemming is met de gemiddelde investeringskosten voor de periode 2007-2011, namelijk 192.110,36 euro.

De nota van het BIPT aan de inspecteur-generaal laat eveneens toe te begrijpen waarom het bedrag van de uitgaven op vijf jaar, voor de periode 2007-2011 (1.321.044,59 euro) veel hoger ligt dan het bedrag dat toegelaten werd door het bestreden besluit over een periode van twee jaar. Immers, zoals uiteengezet, omvat het bedrag voor 2012-2013 twee uitzonderlijke uitgaven die

met nieuwe projecten overeenstemmen: 300.000 euro voor de aanpassing van de gegevensbank met het oog op de toepassing van sociale tarieven op internetabonnementen en 450.000 euro voor de creatie van banden met de gegevensbank van de FOD Financiën en bepaalde socialezekerheidsorganismen.

Indien men deze 750.000 euro aftrekt, dan komt men tot een bedrag van 600.000 euro, ofwel 300.000 euro per jaar. Dit bedrag ligt hoger dan het jaarlijkse gemiddelde gebaseerd op het bedrag van de uitgaven 2007-2011, zijnde 264.208,8035 euro, maar het omvat de financiering van een welbepaald project (de communicatie door het rijksregister aan de gegevensbank van informatie inzake het overlijden van begunstigden), voor een bedrag van 106.618 euro. Indien men van dit bedrag 600.000 euro aftrekt, komt men tot een bedrag (493.382 : 2 = 246.691 euro) dat minder hoog ligt dan het gemiddelde van 264.208,80 euro.

De verwerende partij preciseert nog dat de toegelaten bedragen “maximumbedragen” zijn. Deze bedragen omvatten niet alleen reeds gefactureerde uitgaven, maar ook schattingen. Het is helemaal niet zeker of deze schattingen behaald zullen worden, aangezien het BIPT enkel de daadwerkelijk gedane uitgaven zal kunnen factureren. Het is dus zeker mogelijk dat een bedrag lager dan 1.350.000 euro aan de operatoren wordt gefactureerd. Dit blijkt duidelijk uit de nota van het BIPT aan de inspecteur-generaal.

Het is volgens de verwerende partij louter speculatief om te beweren dat het BIPT niet de meest kostprijs-efficiënte keuze zal maken. De verzoekende partijen zullen op het gepaste ogenblik over alle mogelijkheden beschikken om beroep in te stellen tegen de beslissingen waarmee het BIPT de terugbetaling zal eisen en daarbij onder meer de relevantie, de gepastheid, de efficiëntie en het redelijke karakter van de gedane uitgaven kunnen betwisten.

Artikel 30, § 5, eerste lid, van de wet van 17 januari 2003 heeft een dwingend karakter: het BIPT moet aan de verstrekkers het bedrag van hun

respectieve bijdrage meedelen. Het principe bestaat er dus in dat de verstrekkers deelnemen aan de werkings- en onderhoudskosten van de gegevensbank omdat het een instrument ten dienste van de verstrekkers betreft. De tussenkomst van de koning is slechts een modaliteit van deze terugbetaling: deze kan slechts gevraagd worden ingevolge een toelating door de koning, zodat de betrokken bedragen gecontroleerd kunnen worden. Er werd niet “plots” beslist de terugbetaling te vragen of toe te laten van kosten verbonden met de werkingskosten van de gegevensbank. Zoals uiteengezet in de nota van het BIPT was een eerste beslissing reeds genomen in 2009 door het BIPT. Een tweede beslissing werd in 2011 genomen. Deze twee beslissingen betroffen vóór 21 december 2006 gefactureerde uitgaven en noodzaakten geen toelating van de koning. Het bestreden besluit ligt in het verlengde van de voormelde beslissingen van het BIPT. De minister van Begroting heeft de twee uitbreidingen van het budget aan het BIPT toegekend met het oog op de verwezenlijking van de twee specifieke projecten, in zoverre deze uitbreidingen gecompenseerd werden door equivalente verhogingen van de uitgaven. Bijgevolg impliceert de realisatie van deze projecten een terugbetaling van de uitgaven.

25.1. In hun memorie van wederantwoord repliceren de verzoekende partijen dat de verwerende partij niet ingaat op de kritiek wat de formele motivering van het bestreden besluit betreft. De verzoekende partijen kunnen enkel besluiten dat de federale uitvoerende macht haar bevoegdheid inzake het goedkeuringstoezicht op de kosten inzake het sociale element van de universele dienst kennelijk op een niet-transparante wijze en zonder enige pertinente motivering heeft uitgeoefend.

25.2. Als antwoord op de vraag tot mededeling van de stukken en de andere relevante documenten die de in het bestreden besluit opgesomde bedragen kunnen staven, deelt de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie bij brief van 26 juli 2013 mee dat hij niet over de administratieve documenten beschikt die de in het bestreden besluit opgesomde bedragen kunnen staven. Er werd verwezen naar het BIPT. Daaruit blijkt dat de federale administratie ten tijde van het nemen

van het bestreden besluit niet in het bezit was van het administratief dossier en dus niet op de hoogte was op het ogenblik van het nemen van het bestreden besluit van enige concrete verantwoording voor deze totaalbedragen.

Uit de memorie van antwoord blijkt dat de verwerende partij zich in essentie steunt op een nota van het BIPT van 23 november 2012 om de opgenomen bedragen te verantwoorden. Deze nota omvat elementen waarvan de verzoekende partijen niet eerder op de hoogte waren. Er wordt hieromtrent door hen het volgende opgemerkt:

- anders dan de verwerende partij stelt, heeft de overeenkomst in verband met het rijksregister geen betrekking op de periode 2012-2013, maar op de periode 2011-2012;

- hetzelfde geldt voor de overeenkomst met betrekking tot de weerkerende investerings- en onderhoudskosten;

- met betrekking tot het in overeenstemming brengen van de databank met de wet van 10 juli 2012 werd in een budget van 300.000 euro voorzien. Hiervan werd tot nog toe 45.051 euro gefactureerd;

- met betrekking tot de creatie van een link met bepaalde andere gegevensbanken werd in een budget van 450.000 euro voorzien. Hiervan werd tot nog toe 3.304,72 euro gefactureerd. Het is onduidelijk waarom slechts minder dan één procent van het bedrag gefactureerd werd.

Uit het voorgaande blijkt de enorme discrepantie tussen het door het bestreden besluit geraamde bedrag en de reële uitgaven van het BIPT.

De verwerende partij stelt in dit verband dat de extreem hoge investerings- en onderhoudskosten voor het jaar 2010 te verklaren zouden zijn door de veroudering van de software. Evenwel kunnen de generieke verwijzingen

naar “het beantwoorden aan technologische evoluties”, “de complexiteit van de gegevensbank” of “het automatiseren van de gegevensbank” niet de nodige verantwoording bieden voor het zeer grote verschil met de voorgaande jaren.

Anders dan wat de verwerende partij betoogt, blijkt uit artikel 30, § 5, eerste lid, van de wet van 17 januari 2013 niet het “dwingend karakter” van de terugvordering.

De budgettaire operatie waarbij een forfaitair bedrag voor een bepaald project wordt ingeschreven, toont niet aan dat dit bedrag op objectieve gegevens zou berusten of dat dit totaalbedrag verantwoord zou kunnen worden.

Na nazicht van het administratief dossier blijkt nergens dat het BIPT een transparante marktbevraging heeft gehouden bij andere geïnteresseerde dienstverleners. Integendeel, het BIPT is blijkbaar overgegaan tot het sluiten van een onderhandse dienstenovereenkomst met Smals/Egov, waardoor geen enkele garantie op de marktconformiteit van de door het bestreden besluit goedgekeurde bedragen bestaat. In dit verband valt er ook nog op te wijzen dat het BIPT geen lid is van of ook geen vertegenwoordiger heeft in de raad van bestuur van Smals/Egov, waardoor het onmogelijk ervan kan overtuigen dat *in casu* aan de zogenaamde Teckal-voorwaarden van het Hof van Justitie – die tot gevolg hebben dat geen verplichting bestaat om de wetgeving overheidsopdrachten toe te passen indien bepaalde opdrachten gegund worden aan een met hem verbonden rechtspersoon – zou zijn voldaan. Uit het administratief dossier blijkt dat er een ernstig risico bestaat dat de Europese drempelbedragen werden overschreden en deze dienstenopdrachten in het Europees Publicatieblad hadden moeten worden bekendgemaakt. De verwerende partij dient zo spoedig mogelijk de overeenkomsten die nog geen deel uitmaken van het neergelegde administratief dossier neer te leggen om de Raad van State toe te laten na te gaan of het transparantiebeginsel is geschonden.

26.1. In hun laatste memorie stellen de verzoekende partijen dat niet valt in te zien waarom voor het bestreden besluit, dat de rechtsbasis zal vormen voor het besluit dat het BIPT zal aannemen, fundamentele vereisten inzake motivering, efficiëntie, evenredigheid en transparantie op een minder strikte wijze zouden gelden dan voor de beslissing van het BIPT. Voor zoveel als nodig wijzen zij er nog op dat de federale uitvoerende macht voor de goedkeuring voor de periode 2007-2011 (zie het bestreden besluit in de zaak A. 209.542/IX-8552), geen schattingen of forfaitaire sommen, maar precieze (tot op de eurocent vastgestelde) bedragen bepaalt. Het standpunt dat de formelemotiveringsplicht voor de voorgeschreven goedkeuring minder intens zou gelden, zou voor deze procedure dan resulteren in het absurde gevolg dat deze bedragen niet met eenzelfde "intensiteit" zouden mogen worden getoetst aan de formelemotiveringsplicht in vergelijking met het besluit dat het BIPT op basis van dit bestreden besluit zal nemen.

26.2. Nog steeds met betrekking tot de formelemotiveringsplicht betwisten de verzoekende partijen dat de motivering voldoende nauwkeurig is omdat per investeringspost een begroting wordt gemaakt.

De in het bestreden besluit vermelde "geplande" – maar noodzakelijkerwijs op het ogenblik van het nemen van het besluit reeds gerealiseerde – kosten bedragen 200.000 euro (onderhoudskosten) en 1.150.000 euro (investeringskosten). Het bedrag van 1.150.000 euro wordt enkel nog nader onderverdeeld in drie algemene posten zoals "kosten voor het aanpassen van de databank omwille van de wijzigingen die door de wet van 10 juli 2012 zijn ingevoerd".

Evenwel blijkt uit het bestreden besluit op geen enkele wijze op grond waarvan de daarin opgesomde bedragen kunnen worden gestaafd. De verzoekende partijen blijven bijvoorbeeld in het ongewisse waarom het creëren van een link met andere databanken maar liefst bijna een half miljoen euro zou moeten kosten. Voor geen van deze posten wordt enig stavingsstuk (overeenkomst,

factuur of andere) aangebracht of wordt er zelfs maar naar verwezen. Het argument dat kan worden achterhaald wat de investeringen zijn en wat hun nut is, volstaat niet om aan de vereisten van de formelemotiveringsplicht en de beginselen van efficiëntie, evenredigheid en transparantie te voldoen. Het bestreden besluit had voor elke post afzonderlijk moeten aangeven waarom een investering van die omvang concreet kon worden verantwoord, en niet bijvoorbeeld louter – en zonder enige duiding – verwijzen naar in het verleden gemaakte kosten.

Het louter vermelden van “een begroting” waarin bepaalde “grenzen” worden aangegeven, kan nooit voldoen aan de formelemotiveringsverplichting, aangezien dit willekeur zou impliceren: als een (geenszins gestaafde) begroting van 1.350.000 euro volstaat, zou in deze redenering dan immers ook een begroting van 13.500.000 euro of 135.000.000 euro kunnen worden verantwoord in het licht van de formelemotiveringsverplichting. Deze totaalbedragen zouden in deze hypothese dan immers ook een begroting met omlijnde grenzen vormen.

Op basis van het bestreden besluit blijft het bovendien onduidelijk waarom de totale investerings- en onderhoudskosten voor de periode van vijf jaar in het andere bestreden besluit met betrekking tot de jaren 2007-2011 (namelijk 1.321.044,59 euro) lager liggen dan het totaalbedrag van 1.350.000 euro voor de periode van twee jaar vermeld in het thans bestreden besluit. Dat besluit vermeldt geen motieven die op jaarbasis meer dan een verdubbeling van deze kostprijs kunnen verantwoorden.

26.3. De verzoekende partijen stellen dat minstens moet worden besloten dat niet voldaan is aan de materiëlemotiveringsverplichting, aangezien ook na kennisname van het administratief dossier blijkt dat geen daadkrachtige motieven voorhanden zijn voor de in het bestreden besluit vermelde bedragen in enig ander document. Het administratief dossier bevat een summiere verwijzing naar (1) schattingen door Smals, (2) aan het BIPT gerichte facturen die dateren van 2012 en (3) het gemiddelde niveau van de onderhouds- en investeringskosten van

de voorbije jaren. Deze gegevens zijn evenwel duidelijk niet afdoende om de in het bestreden besluit vermelde bedragen te kunnen staven:

- In het administratief dossier worden de schattingen door Smals nergens toegelicht. Uit de overeenkomst van 5 november 2012 blijkt bijvoorbeeld dat een "aanpassing van de 'STTS'-applicatie" op 98.343,68 euro geraamd wordt, zonder dat hiervoor enige verantwoording wordt gegeven. In de mate dat deze schatting op zich al als een daadkrachtig motief zou kunnen worden aangezien *quod non*, bestaat nog steeds geen rechtvaardiging voor het feit waarom in het bestreden besluit een bedrag van drie maal hoger (300.000 euro) is bepaald, vooral nu deze overeenkomst dateert van maanden voor het bestreden besluit. Meer algemeen valt niet in te zien hoe deze en andere schattingen het bedrag van 1.350.000 euro (of onderdelen ervan) zouden kunnen staven. Hoe dan ook is een loutere "schatting" nietszeggend in de mate dat deze niet aan de hand van concrete elementen is onderbouwd.

- De verzoekende partijen zien ook niet in op welke wijze de facturen van Smals de omvang van de in het bestreden besluit vermelde bedragen zouden kunnen rechtvaardigen. Zo is in de bestreden beslissing voor het project van de creatie van een link met bepaalde andere gegevensbanken een bedrag van 450.000 euro in aanmerking genomen (verslag aan de koning), terwijl de reële kosten van Smals/Egov na bijna een jaar slechts 3.304,72 euro bleken te bedragen – dit is minder dan 1 procent van het totale bedrag (factuur van eind december 2012, stuk 62 van het administratief dossier). Het gaat hier niet louter om een beperkt deel. Integendeel blijkt dat de reële kosten slechts een uiterst minieme fractie zijn van het zeer grote budget van 450.000 euro. Ook voor andere forfaitaire posten bestaat er een enorme discrepantie tussen de door het bestreden besluit bepaalde bedragen en de reële uitgaven van het BIPT. De verzoekende partijen geven als voorbeeld het in overeenstemming brengen van de databank met de wet van 10 juli 2012: voor dit project werd een budget van 300.000 euro bepaald, maar hiervan werd tot nog toe maar 45.051 euro gefactureerd door Egov/Smals. Daarenboven is de vraag hierbij niet of het verschil in inschatting op zich tot

gevolg heeft dat de in het bestreden besluit geraamde bedragen onwettig zijn; wel is aan de orde of er concrete en onderbouwde motieven bestaan om jaarlijks een bedrag van 675.000 euro aan te rekenen aan de operatoren zonder dat hiervoor enig objectief aanknopingspunt bestaat. Dergelijke motieven kunnen geenszins worden afgeleid uit de facturen die deel uitmaken van het administratief dossier.

- Ook de verwijzingen naar het gemiddelde niveau van de onderhouds- en investeringskosten van de voorbije jaren (argumentatie die relevant zou zijn voor de kosten voor de hosting van de 'STTS'-applicatie, de hardware en software en de onderhoudskosten) kunnen niet overtuigen:
  - Voor de 'STTS'-applicatie behoorde de verwerende partij voorafgaand aan het nemen van het bestreden besluit al op de hoogte ervan te zijn dat de reële kosten hiervan veel lager liggen.
  - Daarnaast wordt met betrekking tot de onderhoudskosten geen enkele redelijke rechtvaardiging geboden voor de sterke stijging met meer dan 38 procent.

Volgens de verzoekende partijen valt tevens op te merken dat het bedrag van 106.618 euro voor het meedelen door het rijksregister van informatie met betrekking tot de identiteit van overledenen geen ondersteuning kan bieden voor de kost van 400.000 euro voor de totstandbrenging van een link met andere databanken. Uit het administratief dossier blijkt immers dat deze kost betrekking heeft op de periode 2011-eerste helft 2012, en in november 2012 al als beëindigd kon worden beschouwd. Het bestreden besluit is evenwel beperkt tot de periode van 1 januari 2012 tot 31 december 2013, waardoor de – naar het begrip van de verzoekende partijen vooral in 2011 verrichte – kost om zich door het rijksregister te laten informeren over overlijdens van begunstigden van het sociaal tarief, niet als verantwoording kan gelden voor het goedkeuren van het aanzienlijke bedrag van 400.000 euro.

Uit al deze elementen blijkt, aldus de verzoekende partijen, dat er kennelijk onvoldoende draagkrachtige motieven bestaan om de door het

bestreden besluit goedgekeurde bedragen te ondersteunen en dit besluit dan ook de materiëlemotiveringsplicht schendt.

26.4. Met betrekking tot artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 merken de verzoekende partijen op dat deze wettelijke bepaling erin voorziet dat kosten gemaakt voor investeringen in de gegevensbank “kunnen” worden teruggevorderd van de operatoren. Ze legt bijgevolg daartoe geen enkele verplichting op. Een en ander blijkt uit het verslag aan de koning, waarin bepaald is dat “de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector een mechanisme [instelt] 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” en waarin wordt benadrukt dat deze kosten “mogen worden geëist” van bepaalde operatoren. Ook het gegeven dat geen enkele motivering voorligt voor het feit waarom de federale uitvoerende macht plots toch beslist heeft tot het uitvoering geven aan artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003, leidt tot het besluit dat de materiëlemotiveringsplicht is geschonden.

26.5. Wat de aangevoerde schending van het transparantiebeginsel betreft, doordat in het bestreden besluit de kosten enkel met facturen van Smals/Egov worden verantwoord, stellen de verzoekende partijen vast dat het BIPT geen transparante marktbevraging heeft gehouden bij andere geïnteresseerde dienstverleners.

Zij herinneren eraan dat zij in hun memorie van wederantwoord het belang bij het aanvoeren van dit middelonderdeel reeds hebben uiteengezet. Doordat het BIPT is overgegaan tot het sluiten van een onderhandse dienstenovereenkomst met Smals/Egov, bestaat geen enkele garantie inzake de marktconformiteit van de door het bestreden besluit goedgekeurde bedragen. Aangezien zowel het transparantiebeginsel als de overheidsopdrachten-reglementering de gelijke behandeling tussen deelnemende ondernemingen vooropstelt en tot doel heeft om favoritisme en willekeur door de aanbestedende

overheid uit te sluiten, is het belang van de verzoekende partijen bij een transparante marktbevraging evident. In het algemeen valt immers aan te nemen dat een transparante bevraging van een concurrentiële markt steeds tot lagere prijzen leidt, en *in casu* dan ook tot een lager bedrag van kosten dat aan de verzoekende partijen zou worden doorgerekend.

Ook reeds in hun memorie van wederantwoord wezen de verzoekende partijen erop dat het BIPT geen lid is van en ook geen vertegenwoordiger heeft in de raad van bestuur van Smals/Egov, waardoor niet aan het toezichtscriterium is voldaan. De analyse van het hof van beroep te Brussel van 7 september 2010 met betrekking tot het bestaan van een “Teckal-relatie” in de verhouding BIPT - Smals/Egov is dan ook gedateerd. Dat deze analyse niet langer kan gelden, blijkt overigens ook uit de recente Teckal-rechtspraak van het Hof van Justitie.

Wel relevant is, aldus de verzoekende partijen, de overweging in het arrest van 7 september 2010 dat er in beginsel van moet worden uitgegaan dat het BIPT als ‘aanbestedende dienst’ in de zin van de Europese overheidsopdrachtenwetgeving moet worden beschouwd. Een en ander bevestigt dat de onderhandse dienstenovereenkomsten met Smals/Egov mogelijk de Europese drempelbedragen voor diensten hebben overschreden en er mogelijk sprake is van een artificiële opdeling van een dienstenopdracht die kadert in eenzelfde project. Gelet op de zeer hoge kostprijs van de dienstverlening door Smals/Egov, nemen de verzoekende partijen aan dat de kans zeer reëel is dat de betrokken opdrachten in het Europees Publicatieblad hadden moeten worden bekendgemaakt.

Ook in het licht van het voorgaande is het noodzakelijk dat de verwerende partij, gelet op haar wettelijke verplichting tot neerlegging van het integrale administratief dossier, de overeenkomsten zo spoedig mogelijk als stuk moet neerleggen, zodat de Raad van State kan oordelen of *in casu* het transparantiebeginsel is geschonden.

Beoordeling

27.1. Zoals hiervóór reeds bij de bespreking van het eerste middel is vastgesteld, is het voorwerp van de voorafgaande goedkeuring beperkt tot de “desbetreffende investeringen”. De uiteindelijke investeringskosten maken niet het voorwerp uit van de goedkeuring. Niets verhindert evenwel dat de koning bij de goedkeuring van de geplande investeringen werkt met een raming en zijn goedkeuring onderwerpt aan de voorwaarde dat de investeringen een bepaald bedrag niet mogen overschrijden.

De verzoekende partijen zullen de mogelijkheid hebben om, naast de individuele verdeling, de uiteindelijke totaalbedragen te betwisten op het ogenblik dat het BIPT ten aanzien van hen een gerichte individuele beslissing neemt. Het BIPT moet overeenkomstig artikel 30, § 5, eerst lid, van de wet van 17 januari 2003 de methode voor de berekening en de verdeling van de investerings- en onderhoudskosten voor de gegevensbank publiceren en aan de verzoekende partijen en eventuele andere aanbieders van sociale tarieven het bedrag van hun respectievelijke bijdrage meedelen. Het BIPT zal daarbij zijn vordering tot terugbetaling dienen te verantwoorden en te staven met de nodige stukken. De stelling van de verzoekende partijen dat het BIPT niet volgens de meest kostprijs-efficiënte wijze zal werken, treft hoe dan ook niet het voorliggende besluit.

Het enige wat de koning in het bestreden besluit heeft gedaan, is de investeringen goedkeuren onder meer door een plafond vast te leggen voor de investeringen. Deze goedkeuring dient om na te gaan of het wel om investeringen in de databank handelt en de investeringen noodzakelijk en verantwoord zijn voor de werking van de gegevensbank. Het vastleggen van een plafond is een raming van de bedragen voor de investeringen die geldt als bovengrens voor het BIPT. De goedkeuring van de investeringen en de inschatting van de plafonds vormt een discretionaire beoordeling.

Het valt aan de koning toe om zich uit te spreken over de opportuniteit van een investering of van een welbepaald plafond. Het valt aan de Raad van State in het kader van zijn wettigheidscontrole op grond van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet toe om hieromtrent een eigen beoordeling te maken. De Raad dient dan ook een zekere terughoudendheid aan de dag te leggen. De Raad mag enkel nagaan of er voor deze plafonds een verantwoording staat in het bestreden besluit, deze steun vindt in het administratief dossier en de koning op grond daarvan in redelijkheid tot zijn besluit is gekomen.

Het BIPT zal nadat het Instituut de bedragen heeft betaald, een beter zicht hebben op het uiteindelijke bedrag dat de operatoren dienen terug te betalen. Het BIPT zal dienen aan te tonen dat het Instituut werkelijk die kosten heeft gemaakt, de uitgaven enkel betrekking hebben op (het onderhoud en) de goedgekeurde investeringen, en de gemaakte uitgaven noodzakelijk en verantwoord waren. De loutere omstandigheid dat het BIPT de geplafonneerde bedragen niet heeft overschreden, zal bijgevolg niet volstaan om de terugbetaling te kunnen vorderen van de operatoren.

27.2. Uit de in het bestreden besluit tot uiting gebrachte motivering blijkt waarom de investeringen nodig zijn. Zo wordt gewezen op de functies van de databank:

> "Dankzij de databank worden de formaliteiten die de operator bij de toekenning van een sociaal tarief moet vervullen, dus aanzienlijk verminderd. In werkelijkheid vergemakkelijkt het gebruik van de databank dus onmiskenbaar de commerciële betrekkingen tussen de operatoren en hun klanten die een sociaal tarief genieten.
>
> De databank centraliseert de identificatiegegevens van alle begunstigden. Zij maakt het mogelijk om fraude te voorkomen, waarvan de operatoren slachtoffer zouden kunnen zijn. Het bestaan van de databank belet immers dat eenzelfde persoon aanspraak kan maken op het sociale tarief bij twee verschillende operatoren […]"

De investeringskosten voor het goedgekeurde maximumbedrag van 1.150.000 euro zijn als volgt samengesteld.

Ten eerste worden de investeringen nodig geacht om de databank in staat te stellen om rekening te houden met de wijzigingen die door de wet van 10 juli 2012 ‘houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’ worden aangebracht in het stelsel van de sociale tarieven. Deze wijzigingen worden concreet opgesomd in het bestreden besluit. Het maximumbedrag wordt geraamd op 300.000 euro.

Ten tweede dienen de investeringen om een volledige automatisering van de behandelde dossiers mogelijk te maken. Hierbij wordt een computerlink gecreëerd met de databanken van de FOD Financiën en met authentieke bronnen van socialezekerheidsgegevens. Het maximumbedrag wordt geraamd op 450.000 euro.

Ten derde bestaan de investeringskosten uit de hosting van de ‘STTS’-applicatie, de hardware en software. Het maximumbedrag wordt geraamd op 400.000 euro. Deze berekening komt voort uit een extrapolatie van dit type kosten tijdens de periode van 1 januari 2007 tot 31 december 2011.

Een dergelijke motivering voldoet aan de eisen gesteld in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’. Deze motivering is draagkrachtig. Er kan immers worden achterhaald wat de investeringen zijn, wat hun nut is en waarom ze werden goedgekeurd in het licht van de doelstelling van de databank. Eveneens wordt aangegeven binnen welke grenzen de investeringen worden goedgekeurd. De motivering is voldoende nauwkeurig nu per investeringspost een begroting wordt gemaakt.

27.3. In het licht van de aangevoerde schending van de materiëlemotiveringsplicht, dient te worden vastgesteld dat deze motivering voldoende steun vindt in het administratief dossier. Zo kan worden verwezen naar de nota van het BIPT aan de inspecteur-generaal van Financiën van 23 november 2012. Hieruit blijkt dat voormelde bedragen onder meer zijn gesteund op drie

elementen. Deze zijn (1) de reeds in 2012 aan het BIPT gerichte facturen; (2) het gemiddelde niveau van de investeringskosten van de voorgaande jaren om de werking van de gegevensbank te verzekeren; (3) de schattingen van de nieuwe projecten door Smals/Egov.

Vooreerst blijkt uit deze nota dat wat de investeringen als gevolg van de voornoemde wet van 10 juli 2012 betreft, er voor 45.052 euro gefactureerd werd. De kostprijs voor de eerste fase van de aanpassing wordt door Smals/Egov geraamd op 98.343,68 euro.

Voorts blijkt uit deze nota dat wat de investeringen als gevolg van de volledige automatisering betreft, er voor 18.368,67 euro werd gefactureerd. Deze facturen hebben evenwel enkel betrekking op een voorafgaand onderzoek dat wordt geraamd op 24.718,08 euro.

Ten slotte blijkt uit deze nota dat voor de overige onderhouds- en investeringskosten, er voor een bedrag van 106.618 euro werd gefactureerd voor de investering in verband met het verstrekken door het rijksregister aan de gegevensbank van informatie inzake het overlijden van begunstigden. Wat de terugkerende onderhouds- en investeringskosten betreft, werd er op het moment van de nota reeds gefactureerd voor het bedrag van 210.845 euro.

27.4. De verzoekende partijen betwisten in het middel ook de hoogte van de in het bestreden besluit opgenomen bedragen.

Het weze nogmaals benadrukt dat deze bedragen ramingen zijn die gelden als een plafond. Het is mogelijk dat de uiteindelijke kostprijs onder de verwachtingen zal liggen. Een discrepantie kan niet de onevenredigheid van de bestreden ramingen blootleggen.

Het feit dat voor de creatie van een link met andere databanken slechts een beperkt deel van het begroot bedrag werd gefactureerd, toont niet de

onwettigheid ervan aan. Er moet daarbij worden opgemerkt dat de facturatie enkel betrekking heeft op een voorafgaand onderzoek waardoor de uiteindelijke kostprijs hoger kan liggen.

Wat de investeringen als gevolg van de wetswijziging van 10 juli 2012 betreft, kan het zijn dat later blijkt dat de werkelijke kosten lager zijn dan het geraamde bedrag van 300.000 euro, maar het verschil dat aldus na verloop van tijd blijkt, maakt de initiële inschatting niet onwettig.

27.5. De omstandigheid dat het plafond van de investeringen in het bestreden besluit hoger ligt dan het jaargemiddelde van de investeringskosten voor de periode 2007-2011 heeft in de eerste plaats te maken met de specifieke investeringen omtrent de aanpassing aan de wet van 10 juli 2012 en de creatie van een link met andere databanken. Daarenboven wordt met het resterende investeringsbedrag van 400.000 euro rekening gehouden met de financiering van een welbepaald project ten bedrage van 106.618 euro, namelijk de mededeling door het rijksregister aan de gegevensbank van informatie inzake het overlijden van begunstigden. Blijven deze specifieke projecten buiten beschouwing, dan liggen de geraamde bedragen niet substantieel hoger dan de voorgaande jaargemiddelden. Daarbij komt dat een overschrijding van het jaargemiddelde niet de onwettigheid aantoont van het goedgekeurde investeringsbedrag.

27.6. In zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat niet wordt gemotiveerd waarom de federale uitvoerende macht uitvoering geeft aan artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 en deze kosten door het BIPT moeten worden ingevorderd, nu daartoe in de wet geen enkele verplichting wordt opgelegd, gaan zij eraan voorbij dat uit artikel 30, §§ 2 tot 5, van dezelfde wet volgt dat de onderhouds- en investeringskosten van de gegevensbank door het BIPT moeten worden teruggevorderd.

27.7. Wat het antwoord van de adviseur-generaal van de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie van 26 juli 2013 betreft, naar

aanleiding van de vraag tot openbaarmaking van de stukken en de andere relevante documenten die de in het bestreden besluit opgesomde bedragen kunnen staven, namelijk dat hij niet over deze administratieve documenten beschikt en de verzoekende partijen zich conform artikel 5, tweede lid, van de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ dienen te wenden tot het BIPT, valt hieruit niet op te maken dat de bevoegde overheid bij de voorbereiding van het bestreden besluit niet in het bezit was van het administratief dossier.

27.8. In zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat na kennisname van het administratief dossier nergens uit blijkt dat het BIPT een transparante marktbevraging heeft gehouden bij andere geïnteresseerde dienstverleners dan Smals/Egov, dient te worden vastgesteld dat dit middelonderdeel hoe dan ook faalt.

De in het bestreden besluit vastgestelde bedragen voor zover ze nog het voorwerp uitmaken van het onderzoek van dit middel, zijn ramingen die gelden als een plafond voor uitgaven die nog moeten gebeuren. De aangevoerde grief is hieraan dan ook vreemd.

28. Het tweede middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

29.1. Het derde middel is ontleend aan de schending van artikel 30, §§ 1 en 2, van de wet van 17 januari 2003, van artikel 3, lid 2, van de Universeledienstrichtlijn, van artikel 3, lid 3, van de Kaderrichtlijn en van de beginselen van efficiëntie, transparantie en evenredigheid en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

29.2. Volgens de verzoekende partijen moet het begrip ‘investeringskosten’ in de zin van artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 op restrictieve wijze worden geïnterpreteerd, gelet op de algemene regel, namelijk dat de kosten van het BIPT aangaande het beheer, het toezicht en alle specifieke opdrachten inzake de toegang tot de universele dienstverlening met inbegrip van het sociale element vallen onder artikel 30, § 1, 6°, van die wet. Dit is ook de opvatting van het hof van beroep te Brussel in zijn arrest van 7 september 2010. Geen van de in het bestreden besluit opgenomen kosten kunnen aldus worden gekwalificeerd.

Zij benadrukken dat – zoals uiteengezet in het kader van hun tweede middel – het bij gebrek aan een deugdelijke motivering in het bestreden besluit voor de verzoekende partijen niet steeds duidelijk is welke precieze kosten de in het verslag aan de koning vermelde algemene categorieën precies omvatten. Het zeer summiere overzicht opgenomen in het verslag aan de koning bij het bestreden besluit maakt dan ook – bij gebrek aan nadere verduidelijking – eveneens een inbreuk uit op het transparantiebeginsel.

29.3. Wat de investeringen betreft, voeren zij aan dat in het verslag aan de koning bij het bestreden besluit drie types investeringskosten worden onderscheiden, waarover zij het volgende opmerken.

- Wat de ‘kosten voor het aanpassen van de databank aan de wijzigingen door de wet van 10 juli 2012’ betreft.

Deze kost omvat posten als “het feit van de korting te verlenen op alle tarieven die door de operatoren worden aangeboden en niet langer op het standaardtarief of de standaardtarieven” en “de berekening van sommige kortingen op basis van een procentueel bedrag”. Er kan niet redelijk worden betwist dat dergelijke kosten zuivere beheerskosten zijn.

- Wat de ‘creatie van linken met de databanken van de FOD Financiën en met authentieke bronnen van socialezekerheidsgegevens’ betreft.

Het is volgens de verzoekende partijen onduidelijk waarom het creëren van een link met deze databanken als een investeringskost in de gegevensbank wordt beschouwd. In essentie betreft het immers investeringen in (de verbinding met) andere gegevensbanken. Bovendien valt erop te wijzen dat deze creatie van een link met andere gegevensbanken in het verslag aan de koning wordt verantwoord door de doelstelling “om een volledige automatisering van de behandelde dossiers mogelijk te maken”. Welnu, indien deze doelstelling reeds is of zal worden gerealiseerd door middel van het maken van deze kosten, impliceert dit dat de onderhoudskosten voor de databank zouden moeten zakken of mogelijk zelfs nul euro zouden moeten bedragen.

- Wat de ‘hostingkosten voor de ‘STTS’-applicatie, hardware en software’ betreft.

Ook deze kostenpost houdt geen verband met nieuwe investeringen in de databank, maar heeft louter betrekking op gebruikskosten. Kosten voor het hosten van een databank hebben namelijk tot doel ervoor te zorgen dat deze databank altijd beschikbaar is en vlot door gebruikers kan worden geraadpleegd.

30. Met betrekking tot de investeringskosten antwoordt de verwerende partij wat volgt.

- Wat de ‘kosten voor het aanpassen van de databank aan de wijzigingen door de wet van 10 juli 2012’ betreft.

Zoals reeds toegelicht bij het antwoord op het tweede middel veronderstelt de uitbreiding van de sociale tarieven naar internetabonnementen een aanpassing van de gegevensbank. Dit wordt uitgelegd in de overeenkomst tussen het BIPT en Smals/Egov waarin men kan lezen dat de toepassing ‘STTS’

aangepast en gewijzigd dient te worden om haar operationeel te maken in het licht van de wettelijke wijzigingen die de dekking van rechten uitbreiden tot internetdiensten. Deze wettelijke wijziging brengt wijzigingen met zich mee op het niveau van de interface van de ‘STTS’-toepassing.

- Wat de ‘creatie van linken met de databanken van de FOD Financiën en met authentieke bronnen van socialezekerheidsgegevens’ betreft.

Deze investering dient om de kwaliteit te verbeteren van de beslissingen tot toekenning van sociale tarieven. Het gaat niet om investeringen in andere gegevensbanken. Zoals te lezen valt in de nota van het BIPT dient deze investering in de gegevensbank te leiden tot het verlaten van de attesten in papieren vorm om ze te vervangen door informatie in elektronische vorm. Deze investering zal toelaten de opzoeking van gegevens te vergemakkelijken en te versnellen.

- Wat de ‘hostingkosten voor de ‘STTS’-applicatie, hardware en software’ betreft.

Deze hostingkosten zijn investeringskosten. Het betreft kosten met betrekking tot het bestaan zelf van de gegevensbank. Het gaat in werkelijkheid om serverkosten, zijnde de materialisatie van de gegevensbank. Om te bestaan, moet ze gehost worden. Het zijn geen gebruiksrechten. Vooraleer gebruikt te kunnen worden, moet de gegevensbank bestaan, wat weerkerende uitgaven impliceert. Het betreft een weerkerende investering die verbonden is aan de inwerkingtreding van dit instrument ten voordele van de operatoren.

31.1. De verzoekende partijen repliceren in hun memorie van wederantwoord dat geen enkel stuk van het administratief dossier toelaat om de in het bestreden besluit vermelde bedragen te bevestigen. Voorts stellen de verzoekende partijen vast dat de verwerende partij in het kader van het tweede middel wel verwijst naar de uitgave voor de “realisering van investeringen om bij het Rijksregister te informeren over overlijdens van begunstigden van het sociaal tarief”, maar deze kostenpost vervolgens in het kader van het derde middel niet

bespreekt. In dit verband valt er op te wijzen dat een dergelijke kost een loutere gebruikskost uitmaakt.

31.2. Met betrekking tot de investeringskosten repliceren de verzoekende partijen als volgt.

- Wat de ‘kosten voor het aanpassen van de databank aan de wijzigingen door de wet van 10 juli 2012’ betreft.

De stelling van de verwerende partij dat het zou gaan om kosten die nodig zijn om de databank operationeel te maken kan niet worden onderschreven. Op welke wijze kan bijvoorbeeld een kostenpost als ‘het berekenen van sommige kortingen op basis van een procentueel bedrag’ of het ‘rekening houden met tariefverminderingen voor internetabonnementen’ geacht worden noodzakelijk te zijn voor het operationeel maken van de gegevensbank? De verwerende partij neemt overigens zelf geen consistent standpunt in over de kwalificatie als investeringskosten van de kosten voor het aanpassen van de databank die het gevolg zijn van ingevoerde wetswijzigingen. De verwerende partij beschouwde in de zaak A. 209.542/IX-8552 “manipulaties [die] toelaten de continuïteit te verzekeren van de werking [van het programma], ondanks externe wijzigingen, zoals bijvoorbeeld een wijziging in de wet” als een aspect van de post “adaptatief onderhoud”.

- Wat de ‘creatie van linken met de databanken van de FOD Financiën en met authentieke bronnen van socialezekerheidsgegevens’ betreft.

De verwerende partij stelt dat dankzij dit project in plaats van 70% slechts minder dan 10% van de aanvragen manueel behandeld zullen worden. Haar stelling dat tot nog toe “slechts werd overgegaan tot voorlopige studies” blijkt niet uit het administratief dossier: dit blijkt weliswaar de situatie te zijn geweest in november 2012, maar er valt aan te nemen dat meer dan een jaar later reeds

efficiëntiekosten gerealiseerd moeten zijn. Zo niet kan er in elk geval geen rechtvaardiging zijn voor een budget van 450.000 euro voor de periode 2012-2013.

- Wat de ‘hostingkosten voor de ‘STTS’-applicatie, hardware en software’ betreft.

De verwerende partij geeft toe dat het gaat om ‘serverkosten’. Dit impliceert dat deze kosten enkel betrekking hebben op het beschikbaar houden van de gegevensbank. Het verweer van de verwerende partij dat dit wel investeringskosten zou betreffen, omdat het genereren van de statistieken veronderstelt dat voorafgaandelijk kosten voor de ontwikkeling van de gegevensbank worden gemaakt om de productie van die statistieken mogelijk te maken, kan niet worden onderschreven. In deze logica zou immers elke kost die voortvloeit uit het gebruik van een in het verleden gedane investering kunnen worden gekwalificeerd als ‘investeringskost’, waardoor dit begrip inhoudsloos zou worden. Daarnaast moet ook de poging van de verwerende partij om deze gebruikskosten als ‘weerkerende investeringskosten’ te omschrijven worden afgewezen: het is immers eigen aan gebruikskosten (in tegenstelling tot investeringskosten) dat er steeds terugkerende uitgaven zijn, die in dit geval tot doel hebben om ervoor te zorgen dat gebruikers de databank kunnen raadplegen.

32.1. Met betrekking tot de investeringskosten stellen de verzoekende partijen in hun laatste memorie nog wat volgt.

Het standpunt dat (1) de kosten voor het aanpassen van de databank omwille van de wijzigingen die door de wet van 10 juli 2012 zijn ingevoegd in de wet van 13 juni 2005, (2) de kosten voor de totstandbrenging van een link met andere databanken, (3) de hostingkosten voor de ‘STTS’-applicatie, hardware en software en (4) de kosten voor het verkrijgen van informatie van het rijksregister over overlijdens van begunstigden van het sociaal tarief zouden kunnen worden gekwalificeerd als ‘investeringskosten’, kunnen zij niet onderschrijven.

Voorafgaand benadrukken zij dat een investering in beginsel een eenmalig/niet-weerkerend karakter heeft. Het is immers eigen aan investeringen dat ze in functie staan van een bepaald doel dat pas op lange termijn wordt behaald. Zo wordt het begrip investering in de rechtsleer gedefinieerd als “une action d’engager des capitaux dans une entreprise en vue d’un profit long terme résultant de cette action” (vrije vertaling: de handeling van het plaatsen van kapitaal in een onderneming met het oog op een langetermijnwinst). In de mate dat er sprake is van periodiek terugkerende uitgaven, is er sprake van gebruikskosten, waarvoor geen wettelijke basis bestaat om deze aan de operatoren aan te rekenen.

32.2. Wat de kosten betreft voor het aanpassen van de databank omwille van de wijzigingen die door de wet van 10 juli 2012 zijn ingevoerd, wordt echter eraan voorbijgegaan dat de relevante rechtsvraag niet is of deze kosten integraal kunnen worden gekwalificeerd als ‘beheerskosten’ – dit is een begrip dat net zoals ‘gebruikskosten’ niet in de wet is opgenomen – maar wel of de betrokken kosten vallen onder het (restrictief te interpreteren) begrip ‘investeringskosten’.

32.3. Wat de kosten betreft voor de totstandbrenging van een link met de databanken van de FOD Financiën en met authentieke bronnen van socialezekerheidsgegevens, herhalen de verzoekende partijen dat het gaat om investeringen in de verbinding van andere gegevensbanken met de databank sociale tarieven. Het gaat hier geenszins om een bijkomende functionaliteit, maar louter om een investering die hoogstens onrechtstreeks in verband staat met investeringen in de gegevensbank sociale tarieven.

De verzoekende partijen stellen vast dat de doelstelling van deze kosten, namelijk om een volledige automatisering van de behandelde dossiers mogelijk te maken, nog niet bereikt is. Het komt dan ook de verwerende partij toe te verantwoorden wat het zinvol karakter is van deze investeringen, die blijkens het administratief dossier “belangrijke besparingen voor zowel het BIPT als andere instellingen” tot gevolg zouden moeten hebben, maar in de realiteit niet tot efficiëntiewinsten blijken te leiden. Gelet op deze in het administratief dossier

vermelde doelstelling, kan deze kostenpost slechts gerechtvaardigd worden indien er reële besparingen/efficiëntiewinsten bij de gegevensbank worden aangetoond.

Beoordeling

33.1. De verzoekende partijen voeren in essentie aan dat het begrip ‘investeringskosten’ beperkend dient te worden geïnterpreteerd en dat de in het bestreden besluit opgenomen ‘investeringskosten’ niet als dusdanig kunnen worden gekwalificeerd.

33.2. Met betrekking tot de financiering van het BIPT wordt in artikel 29 van de wet van 17 januari 2003 bepaald dat het BIPT een autonoom financieel beheer geniet en dat alle werkingskosten dienen te worden gedragen door de inkomsten van het Instituut.

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. Die inkomsten omvatten 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” (artikel 30, § 1, 6°, tweede zin, van de wet van 17 januari 2003). In dit verband wordt in artikel 29, § 1, 2°, van de wet van 13 juni 2005 bepaald dat de administratieve bijdragen die worden opgelegd aan de operatoren, onder meer worden aangewend voor de dekking van die kosten.

Andere inkomsten dient het BIPT te halen onder meer uit de terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank (artikel 30, § 2, en volgende van de wet van 17 januari 2013).

33.3. Uit die wettelijke bepalingen heeft het hof van beroep te Brussel in zijn arrest van 7 september 2010 onder meer het volgende afgeleid:

> "Het hof leidt uit het voorgaande af dat artikel 30, §1, 6° van de wet van 17 januari 2003 voorziet in een algemene regel die stelt dat de kosten van het BIPT aangaande het beheer, het toezicht en alle specifieke opdrachten inzake de toegang tot de universele dienstverlening, met inbegrip van het sociaal element, in principe vallen onder artikel 30, § 1, 6°.
> De investerings- en onderhoudskosten aangaande de gegevensbank van artikel 30, § 2 vormen een uitzondering op die algemene regel van artikel 30, §1 van de wet van 17 januari 2003. De uitzondering van § 2 dient bijgevolg beperkend te worden uitgelegd. Dit houdt met name in dat enkel de kosten die rechtstreeks verband houden met de investeringen in en het onderhoud van de gegevensbank in aanmerking komen om doorgerekend te worden aan de operatoren. De overige kosten in verband met het beheer en het toezicht en alle andere specifieke opdrachten in verband met de universele dienst – ook wat het sociale element betreft – vallen onder de algemene regel van §1, 6°."

In datzelfde arrest wordt een onderscheid gemaakt tussen drie soorten kosten, namelijk investeringskosten waarover in het arrest niet nader wordt uitgeweid, kosten voor onderhoud en gebruikskosten.

'Onderhoud' wordt in het vermelde arrest als volgt gekwalificeerd:

> "Het hof gaat voor het begrip 'onderhoud' uit van haar gangbare betekenis namelijk het geheel van handelingen die als doel hebben de optimale staat van functioneren te handhaven of opnieuw te bereiken. Onderhoud zal vereist zijn om defecten te herstellen, defecten te voorkomen of om de zaak aan te passen aan een evolutie, omstandigheid of omgeving. Het optimaal functioneren van een databank vereist met name ook de input van alle vereiste actuele gegevens om het systeem optimaal beschikbaar te houden om zijn doelstellingen te bereiken. Daarentegen vormen kosten verbonden aan het gebruik geen 'onderhoudskost'."

In verband met 'gebruikskosten' wordt in het arrest het volgende vermeld:

> "De consultatie en de werking van de databank en de kosten die hieruit voortvloeien zoals de kosten voor belasting, verzekering van het gebouw, telefoon en post, en overhead 5% op de werkingskosten staan niet in rechtstreeks verband met het daadwerkelijk operationeel houden van de

databank. Zij vormen ‘gebruikskosten’ en moeten opgenomen worden onder ‘de kosten verbonden aan het beheer en het toezicht op de universele telecommunicatiedienst’ zoals bepaald in artikel 30 § 1, 6° wet van 17 januari 2003 en artikel 29 van de wet van 13 juni 2005 (WEC).”

Voor zover als nodig sluit de Raad van State ook voor deze zaak aan bij die omschrijving van de begrippen ‘onderhoud’ en ‘gebruikskosten’.

33.4. Om vast te stellen wat onder het begrip ‘investeringen’ dient te worden verstaan, dient rekening te worden gehouden met het doel van de gegevensbank. Het doel van de gegevensbank is tweeledig: (1) gegevens registreren van de begunstigden van een sociaal tarief en (2) een controlesysteem installeren om dubbele toekenningen van sociale tarieven te vermijden.

‘Investeringen’ impliceert *in casu* het vastleggen van kapitaal in de gegevensbank om de doelstelling van de gegevensbank te kunnen realiseren. Investeringen zorgen ervoor dat de gegevensbank kan worden gebruikt. Ze moeten worden gedaan alvorens van de databank gebruik kan worden gemaakt en ze worden in beginsel gedaan ongeacht hoe vaak van deze databank gebruik zal worden gemaakt. Investeringen maken het gebruik van de databank mogelijk of voegen aan de databank nieuwe functionaliteiten toe. De investeringen moeten wel in een rechtstreeks verband met de gegevensbank staan. Het is ook niet uitgesloten dat investeringen een terugkerend karakter vertonen.

33.5. Wat de kritiek van de verzoekende partijen op de vastlegging van het plafond voor investeringskosten betreft, kan worden verwezen naar de bespreking van het tweede middel.

33.6.1. In het bestreden besluit wordt, wat de goedgekeurde investeringen betreft, een onderscheid gemaakt tussen drie soorten investeringen.

33.6.2. Vooreerst wordt gewezen op de wijzigingen aan de databank omwille van de belangrijke wijzigingen die door de wet van 10 juli 2012 zijn

ingevoerd. Zoals uit het verslag aan de koning blijkt, werden er belangrijke wijzigingen aangebracht aan het stelsel van de sociale tarieven. Als gevolg daarvan dient de databank te worden aangepast. Deze kosten vallen niet onder de algemene noemer van de kosten voor beheer in verband met de universele dienst. Uit de overeenkomst tussen het BIPT en Smals/Egov blijkt dat de toepassing 'STTS' dient te worden aangepast en gewijzigd. Volgens de verwerende partij worden wijzigingen aangebracht op het niveau van de interface van de 'STTS'-toepassing. Deze kosten kunnen als investeringskosten worden beschouwd. De wijziging als gevolg van de wet kent een dergelijke omvang waardoor het niet langer als een loutere onderhoudskost kan worden beschouwd. In ieder geval is het evenmin een loutere gebruiks- of beheerskost.

33.6.3. Daarnaast is er het bewerkstelligen van de automatisering van de gegevensbank door de creatie van een link met de gegevensbank van de FOD Financiën en bepaalde socialezekerheidsorganismen, wat als een investering kan worden aangezien. De investeringen in een verbinding met andere databanken verlenen een bijkomende functionaliteit aan de gegevensbank en ze kunnen als een rechtstreekse investering worden beschouwd. Hierdoor zullen aanvragen versneld kunnen worden afgehandeld. Het feit dat er nog geen efficiëntiekosten gerealiseerd werden, toont niet aan dat er geen rechtvaardiging voor deze investering ten bedrage van 450.000 euro kan bestaan.

33.6.4. Ten slotte kan worden gesteld dat hostingkosten voor de 'STTS'-applicatie, hardware en software wel degelijk investeringen betreffen. Deze serverkosten zijn, zoals de verzoekende partijen zelf aanvoeren, nodig om de gegevensbank beschikbaar te houden. Indien de gegevensbank niet langer beschikbaar zou zijn, kan men deze niet langer consulteren. Het feit dat deze kosten van weerkerende aard zijn, ontneemt er niet het karakter van investeringen aan.

33.6.5. Uit wat voorafgaat volgt dat de door het bestreden besluit goedgekeurde investeringen, investeringen zijn in de zin van artikel 30, §§ 1 en 2, van de wet van 17 januari 2003.

34. Het derde middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Standpunt van de partijen

35.1. Het vierde middel is ontleend aan de schending van het verbod van retroactiviteit inzake belastingen op grond van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 108 van de wet van 4 augustus 1986 ‘houdende fiscale bepalingen’ en als algemeen rechtsbeginsel, alsook aan de schending van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003.

35.2. Volgens de verzoekende partijen belet het fiscaal niet-retroactiviteitsbeginsel dat een belastingschuld wordt verbonden aan een reeds definitief voltrokken feit, handeling en toestand op het ogenblik dat de fiscaalrechtelijke regel in werking is getreden. Met andere woorden, een nieuwe norm kan geen feit, toestand of handeling belasten die reeds voor de inwerkingtreding van deze nieuwe bepaling volledig voltrokken is.

Er kan volgens hen geen twijfel bestaan over de kwalificatie als belasting van de door artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 opgelegde bijdrageplicht van de operatoren voor de financiering van het onderhoud van en de investeringen door het BIPT in de gegevensbank voor sociale tarieven. Het is eigen aan een belasting dat tegenover de betaling van een belasting geen individuele en aanwijsbare tegenprestatie staat ten voordele van de belastingplichtige. *In casu* is de gegevensbank enkel nuttig voor het bepalen, het toekennen en het controleren van het recht op een sociaal tarief. Het feit dat bepaalde operatoren dit sociaal tarief

aanbieden, vloeit louter voort uit de daartoe opgelegde verplichting in artikel 74, § 2, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005. Deze operatoren zijn op grond van artikel 22, § 2, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 verplicht om gebruik te maken van deze gegevensbank. Geheel ten onrechte wordt in het verslag aan de koning bij het bestreden besluit – overigens zonder enige nadere toelichting – voorgehouden dat de gegevensbank "talrijke voordelen [...] voor de operatoren inhoudt". De sociale dienstverlening wordt de operatoren immers opgelegd en deze behartigt enkel de belangen van de begunstigden van het sociale tarief. De bedragen die de operatoren hiervoor zullen moeten betalen aan het BIPT dekken dus op geen enkele wijze een kost van een aan de operatoren individueel gepresteerde dienst.

Daarnaast kan volgens de verzoekende partijen hoe dan ook geen sprake zijn van een proportionele verhouding ten aanzien van de kost of de waarde van de dienstverlening van het ter beschikking houden van een gegevensbank. Artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 voorziet voor de invordering van de investerings- en onderhoudskosten immers in diverse verdeelsleutels met verschillende percentages, waarvan de meeste geen verband houden met het daadwerkelijke gebruik van de gegevensbank. Zo worden bijvoorbeeld 10% van de investerings- en 20% van de onderhoudskosten van de gegevensbank in gelijke delen toegerekend aan alle aanbieders van sociale tarieven en wordt een ander percentage van investerings- en onderhoudskosten dan weer toegerekend aan de operatoren in verhouding tot het aantal klanten dat het sociale tarief geniet.

Uit de in artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 bepaalde vereiste van een voorafgaande goedkeuring blijkt dat de wetgever duidelijk beoogde om een belasting op te leggen die zou worden gevorderd voor de toekomstige investeringen van het BIPT. Deze bepaling vormt dus een loutere bevestiging van het in artikel 108 van de wet van 4 augustus 1986 'houdende fiscale bepalingen' opgelegde beginsel van het verbod van terugwerkende kracht van een tot uitvoering van een fiscale wet genomen besluit en het beginsel dat een

nieuwe norm geen feiten of handelingen kan belasten die reeds vóór de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling volledig voltrokken is.

Het bestreden besluit heeft tot gevolg dat aan de verzoekende partijen een retroactieve belasting zal worden opgelegd voor de periode januari 2012 - april 2013, aangezien een belastingschuld wordt verbonden aan reeds definitief voltrokken handelingen van deze periode – namelijk reeds gemaakte kosten – en deze operatoren hierdoor met terugwerkende kracht worden belast – namelijk voor periodes vanaf 2012 – en dit in functie van parameters die betrekking hebben op handelingen en klantenrelaties sinds 2012.

36. De verwerende partij antwoordt dat het middel niet rechtstreeks het bestreden besluit betreft. Dit besluit voert geen belasting en zelfs geen heffing in. Het besluit keurt de door het BIPT gerealiseerde of te realiseren uitgaven goed. Het is slechts voor de goede orde, zoals de verwerende partij opmerkt, dat zij hieraan het volgende toevoegt.

De bedragen die door een beslissing van het BIPT ten laste van de verzoekende partijen worden gelegd, hebben niet de aard van een belasting. De last komt overeen met een tegenprestatie. Uit het verslag aan de koning valt op te maken dat de gegevensbank nuttig is voor de verzoekende partijen. Hieruit vloeit voort dat de argumenten van de verzoekende partijen die steunen op het feit dat er sprake zou zijn van een belasting irrelevant zijn. Indien wordt aangenomen dat de operatoren waarvan de omzet hoger ligt dan 50 miljoen euro verplicht zijn het sociale element van de universele dienst te verschaffen, dan neemt dit niet weg dat (1) de verstrekkers schadeloos gesteld kunnen worden indien het BIPT overweegt dat de last die voortvloeit uit de prestatie onredelijk is, en (2) de prestatie in kwestie de verstrekkers verzekert van immateriële en niet te verwaarlozen voordelen (imago van het merk, visibiliteit en dies meer). Het sociale element van de universele dienst is dus niet enkel een “last” voor de operatoren. In elk geval vormt de gegevensbank een instrument dat de uitvoering van deze prestatie vergemakkelijkt en dat, op grond hiervan, een financiële tussenkomst

rechtvaardigt van de operatoren. Deze tussenkomst is trouwens slechts gedeeltelijk, aangezien het BIPT zelf 10% van de investeringskosten draagt.

De wet brengt een verband tot stand tussen de werkelijke situatie van elke operator en diens bijdrage tot de terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank. Immers, volgens artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 worden deze kosten verdeeld tussen de operatoren in functie van het aantal klanten waarop zij de sociale tarieven toepassen en in functie van het effectieve gebruik van het beheerssysteem van het sociale element van de universele dienst. Slechts 10% van de investeringskosten en 20% van de onderhoudskosten worden als gelijke delen verdeeld tussen de operatoren.

Ten slotte dient volgens de verwerende partij te worden vastgesteld dat het bekritiseerde regime geen terugwerkende kracht heeft. Dit zou wel het geval kunnen zijn indien het regime van toepassing was op een periode die de inwerkingtreding ervan voorafging. Maar *in casu* is het dat niet waar het om gaat: het regime laat enkel toe dat verwezenlijkte of te verwezenlijken uitgaven deels ten laste worden gelegd.

37. De verzoekende partijen repliceren dat de verwerende partij voorbijgaat aan de inhoud van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 door te beweren dat ingevolge het bestreden besluit geen belasting aan de verzoekende partijen wordt opgelegd.

In de mate dat het standpunt van de verwerende partij zou kunnen worden begrepen als een verdediging van de kwalificatie als retributie, valt op te merken dat *in casu* niet valt in te zien hoe aan de voorwaarden hiervan kan worden voldaan.

De bedragen die de operatoren hiervoor ingevolge het bestreden besluit zullen moeten betalen aan het BIPT, dekken op geen enkele wijze een kost van een ten voordele van de operatoren individueel gepresteerde dienst. Het door

de verwerende partij aangehaalde element dat operatoren in bepaalde gevallen aanspraak kunnen maken op een vergoeding indien de universele dienstverlening voor hen een onredelijke last vormt (artikel 74/1 van de wet van 13 juni 2005), toont dit overigens aan: waarom zou in een wettelijke vergoedingsregeling worden voorzien indien de gegevensbank beweerdelijk “talrijke voordelen” voor de operatoren zou inhouden? Er kan worden vastgesteld dat de natuurlijke personen die via de gegevensbank sociale tarieven kunnen genieten de exclusieve, minstens de hoofdzakelijke begunstigden zijn van de gegevensbank. De bewering dat de bijdrageverplichting deze operatoren bepaalde, maar niet bewezen en noodzakelijkerwijs beperkte immateriële voordelen, zoals visibiliteit, kan opleveren, is in dit verband niet pertinent: dergelijke eventuele voordelen vloeien immers niet voort uit de wijze van financiering van de databank en ze kunnen bovendien nooit tot gevolg hebben dat de operatoren de hoofdzakelijke begunstigden van de gegevensbank zijn.

Het door de verwerende partij aangehaalde element dat het BIPT zelf 10% van de investeringskosten moet dragen, toont eveneens aan dat er geen redelijke verhouding kan bestaan ten aanzien van de kost of de waarde van de dienstverlening: niet alleen worden verschillende methoden gebruikt om de kosten toe te wijzen aan de verschillende operatoren, maar daarnaast is het BIPT ook gehouden om een willekeurig (maar beperkt) percentage van een specifieke soort kosten zelf te dragen. Deze vaststellingen volstaan om te besluiten dat niet aan het proportionaliteitscriterium kan voldaan zijn.

38. In hun laatste memorie stellen de verzoekende partijen dat het bestreden besluit noodzakelijkerwijs zal resulteren in het opleggen van een heffing ten aanzien van hen. Het verslag aan de koning verwijst hierbij immers zelf naar het toepassen van het mechanisme “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”.

Voorts zijn de verzoekende partijen het oneens met het standpunt dat de retroactiviteit van de belasting aan de operatoren niet uit het bestreden besluit zou voortvloeien, maar uit artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003. De verwijzing in deze wettelijke bepaling inzake de verdeling van de terug te betalen kosten onder de aanbieders van sociale tarieven naar "[d]e terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten", heeft immers louter betrekking op het ogenblik van betaling en niet op het ogenblik van het opleggen van de belasting. Ingevolge het bestreden besluit zal dan ook een retroactieve belasting worden opgelegd voor de periode januari 2012 - april 2013, aangezien een belastingschuld wordt verbonden aan reeds definitief voltrokken handelingen van deze periode – namelijk reeds gemaakte kosten – en deze operatoren hierdoor met terugwerkende kracht worden belast – namelijk voor periodes vanaf 2012 en dit in functie van parameters die betrekking hebben op handelingen en klantenrelaties sinds 2012.

Het standpunt dat de door artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 opgelegde bijdrageplicht als een retributie dient te worden gekwalificeerd, kunnen zij voorts niet aanvaarden.

Zij betogen dat één van de cumulatieve voorwaarden voor de kwalificatie als retributie is, dat er sprake is van een dienstverlenend karakter. In de mate dat er geen sprake is van een dienst die door de overheid wordt geleverd ten voordele van de afzonderlijk beschouwde belastingplichtige moet een heffing dus als een belasting worden beschouwd. Zij argumenteren vervolgens op uitvoerige wijze dat de heffing niet als een retributie maar wel als een belasting dient te worden gekwalificeerd.

Beoordeling

39. Volgens de verzoekende partijen vormt de bijdrageverplichting voor de databank een retroactieve belasting voor het voorgaande jaar en de voorgaande maanden (januari 2012 - april 2013). Dit vormt volgens hen een

schending van het verbod op retroactiviteit inzake belastingen en tevens van artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003, dat een voorafgaande goedkeuring van de door het BIPT te maken investeringen vereist.

40.1. Uit artikel 30, § 5, tweede lid, van de wet van 17 januari 2003 volgt dat de koning zijn goedkeuring dient te geven aan “de desbetreffende investeringen”. Het bestreden besluit legt dan ook geen bijdrageverplichting op voor de gegevensbank. Het bestreden besluit kan dan ook niet het verbod op retroactiviteit inzake belastingen schenden.

40.2. Het middel is in die mate niet gegrond.

41.1. De vermeende terugwerkende kracht van de bijdrageplicht volgt uit artikel 30, § 2, van de wet van 17 januari 2003 waarin gewag wordt gemaakt van de “terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank”. Op grond daarvan kan het BIPT enkel de kosten terugvorderen nadat het zelf de uitgaven heeft verricht. Dit houdt in dat de retroactiviteit zoals omschreven door de verzoekende partijen, uit de wet zelf volgt. Het middel, zoals geformuleerd in het verzoekschrift, komt bijgevolg neer op een kritiek op de wet. Het valt de Raad van State niet toe op grond van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State om wetskrachtige bepalingen te toetsen aan de Grondwet. Kritiek op een wetsbepaling ontsnapt aan de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State.

41.2. Het middel is in die mate niet ontvankelijk.

42. Het vierde middel is deels niet ontvankelijk en deels niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het koninklijk besluit van 14 april 2013 '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', in zoverre dit koninklijk besluit betrekking heeft, eensdeels, op de investeringen gepland vóór 14 april 2013 en, anderdeels, op de onderhoudskosten.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

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

4. 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**