

Rolnummer 4330
Arrest nr. 131/2008 van 1 september 2008

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van de artikelen 173, 3° en 4°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) (wijzigingen van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie), ingesteld door de nv « Base » en anderen.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Bossuyt en M. Melchior, en de rechters P. Martens, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels en T. Merckx-Van Goey, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Bossuyt,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van het beroep en rechtspleging

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 6 november 2007 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 8 november 2007, is beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 173, 3° en 4°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) (wijzigingen van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie), bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 8 mei 2007, derde editie, door de nv « Base », met maatschappelijke zetel te 1200 Brussel, Neerveldstraat 105, de nv « Euphony Benelux », met maatschappelijke zetel te 2000 Antwerpen, Ankerrui 9, de nv « Mobistar », met maatschappelijke zetel te 1140 Brussel, Kolonel Bourgstraat 149, de nv « Uninet International », met maatschappelijke zetel te 1800 Vilvoorde, Mediaaan 50, de nv « T2 Belgium », met maatschappelijke zetel te 1780 Wemmel, Koningin Astridlaan 166, en de nv « KPN Belgium », met maatschappelijke zetel te 1780 Wemmel, Koningin Astridlaan 166.

Memories en memories van wederantwoord zijn ingediend door :

- de nv « Belgacom », naamloze vennootschap van publiek recht, met maatschappelijke zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 27;

- de Ministerraad.

De verzoekende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 15 juli 2008 :

- zijn verschenen :

- . Mr. D. Arts, tevens *loco* Mr. T. De Cordier, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partijen;

- . Mr. F. Vandendriessche, tevens *loco* Mr. E. Lefevre, advocaten bij de balie te Brussel, voor de nv « Belgacom »;

- . Mr. S. Depré en Mr. E. Maes, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers A. Alen en J.-P. Moerman verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. In rechte

- A -

Standpunt van de verzoekende partijen

A.1.1. De verzoekende partijen zijn allen actief in de sector van de telecommunicatie en komen in aanmerking als aanbieders van de universele dienstverlening inzake telecommunicatie overeenkomstig de richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 « inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en –diensten (Universeledienstrichtlijn) » (hierna : de UD-richtlijn).

Anders dan wat geldt voor het sociale element van de universele dienst, moeten de overige elementen van de universele dienst (aansluiting op een vaste locatie op het openbare telefoonnetwerk alsook toegang tot openbare telefoondiensten op een vaste locatie; telefooninlichtingendiensten en telefoongidsen; terbeschikkingstelling van openbare betaaltelefoons en bijzondere maatregelen voor personen met een handicap) niet door alle operatoren worden aangeboden, maar enkel door operatoren die door de Koning werden aangewezen volgens één van de twee procedures die in de wet van 13 juni 2005 « betreffende de elektronische communicatie » (hierna : de Wet Elektronische Communicatie) worden beschreven.

Er wordt voorzien in een vergoedingsmechanisme voor de vervulling van de verschillende verplichtingen inzake universele dienst, dat verschilt naargelang het gaat om het sociale element van de universele dienst, dan wel één van de overige elementen ervan. Bij de vaststelling van de verschuldigde vergoedingen dient rekening te worden gehouden met het feit of de kosten bij het aanbieden van de universele dienst een « onredelijke last » uitmaken. Er wordt een universeledienstenfonds opgericht dat tot doel heeft de aanbieders van de overige elementen van de universele dienst te vergoeden en waaraan alle operatoren moeten bijdragen volgens een bijzondere berekeningsformule.

A.1.2. De verzoekende partijen hebben belang bij het beroep tot vernietiging doordat zij, ten voordele van de nv « Belgacom », menen te worden gediscrimineerd in de beoordeling en de vaststelling van de « onredelijke last » welke de nettokosten van de universele dienst al dan niet uitmaken, omdat zij onderworpen zouden worden aan een belasting waarvan de essentiële elementen worden vastgesteld door de uitvoerende macht en omdat twee bestreden bepalingen worden voorgesteld als interpretatieve bepalingen, terwijl het zou gaan om retroactieve wetsbepalingen die niet voldoen aan de door het Hof gestelde vereisten. Zij zijn van oordeel dat zij door de bestreden wetsbepalingen dan ook rechtstreeks en ongunstig worden geraakt.

Dat de door hen aangevoerde middelen *in concreto* niet gegrond zouden zijn, zoals de Ministerraad en de tussenkomenende partij laten gelden, doet in geen geval afbreuk aan hun belang *in abstracto* bij het laten toetsen van de bestreden wetsbepalingen waardoor zij zich gediscrimineerd achten. Het belang van de verzoekers blijkt overigens ook uit het feit dat de Europese Commissie op 31 januari 2008 liet weten dat zij België voor het Hof van Justitie daagt wegens de niet correcte omzetting van de UD-richtlijn, vanwege het niet-voldoen van de beoordeling van de « onredelijke last » en van de berekening van de nettokosten, voornamelijk inzake de sociale tarieven, aan de vereisten van die richtlijn. Hieruit blijkt onder meer dat de Belgische wetgeving, ook na het aannemen van de bestreden bepalingen, niet alle operatoren op dezelfde wijze behandelt.

A.2.1. Het eerste middel is gericht tegen de artikelen 173, 3°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) en wordt afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Die bepalingen zouden zijn geschonden om drie redenen.

Allereerst is het de federale wetgever - en niet het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) - die de « onredelijke last » van de nv « Belgacom » vaststelt in de artikelen 202 en 203, terwijl dat voor de andere aanbieders van de universele dienst wel degelijk het BIPT is, waardoor de vaststelling van de « onredelijke last » van de nv « Belgacom » uitsluitend kan worden aangevochten voor het Grondwettelijk Hof, dat die vaststelling slechts kan vernietigen, terwijl de vaststelling van een dergelijke last voor de andere aanbieders moet worden betwist voor het Hof van Beroep te Brussel, dat zijn eigen beslissing inzake de vaststelling van de « onredelijke last » in de plaats kan stellen. De waarborgen die door de onderscheiden rechtsmiddelen worden geboden zijn dermate verschillend dat de bestreden maatregel discriminerend is.

Vervolgens heeft de wetgever zich voor de vaststelling van de « onredelijke last » van de nv « Belgacom » gebaseerd op de berekeningen van haar kosten in het besluit van de Raad van het BIPT van 17 mei 2005 « betreffende de voorlopige raming van de nettokosten van de universele dienst voor het jaar 2003 », het zogenaamde « Nettokostenbesluit ». Die berekeningen zijn gemaakt aan de hand van de boekhouding van de nv « Belgacom » uit 2001, terwijl het BIPT zich bij de berekening van de « onredelijke last » van de verzoekende partijen zou baseren op de actuele cijfers, temeer daar zij die kosten voor diezelfde periode niet zouden kunnen bewijzen vermits zij slechts sinds 2005 het sociale element van de universele dienst moeten aanbieden.

Tot slot kan de vaststelling van de « onredelijke last » van de nv « Belgacom » slechts worden herzien door middel van een wetgevend optreden, aangezien die vaststelling is gedaan door de wetgever, terwijl die vaststelling voor de andere aanbieders eenvoudig en te allen tijde kan worden herzien door het BIPT, zonder wetgevend optreden.

A.2.2. De verzoekende partijen laten gelden dat de argumentatie die het Hof in het arrest nr. 53/2006 ertoe bracht te oordelen dat de nv « Belgacom », inzake onroerende voorheffing vrijgesteld, anders kon worden behandeld dan de andere operatoren omdat die onderneming destijds de enige was die de universele dienst moest verlenen, thans niet meer opgaat, vermits alle operatoren verplicht zijn het sociale element van de universele dienst aan te bieden en zij kunnen worden aangewezen als aanbieder van een of meer andere elementen van de universele dienst.

A.2.3. Het aangeklaagde verschil in behandeling is volgens de verzoekende partijen niet objectief en redelijk verantwoord.

De met het eerste middel bestreden bepalingen streven geen geoorloofd doel na. Meer nog, uit de parlementaire voorbereiding kan het nagestreefde doel niet worden afgeleid, zodat het gemaakte onderscheid per definitie niet aanvaardbaar zou zijn. De enige toelichting die is te vinden verduidelijkt misschien wel waarom de bestreden artikelen 202 en 203 werden ingevoerd, maar niet waarom de verzoekende partijen worden gediscrimineerd tegenover de nv « Belgacom ». Zij zien ook niet in hoe het verschil in behandeling enig doel van algemeen of openbaar belang zou kunnen dienen.

Bovendien is volgens die partijen het verschil in behandeling onevenredig met het beoogde doel.

Bij afwezigheid van enig doel, staan de genomen maatregelen per definitie niet in evenredigheid tot het doel. Tevens staat vast dat de verzoekende partijen een onevenredig nadeel lijden. De nv « Belgacom » kan vandaag immers op basis van een berekening van haar nettokosten uit 2001 aanspraak maken op vergoedingen vanwege de verzoekende partijen, terwijl er vandaag de dag, op basis van de actuele cijfers, misschien niet eens meer een « onredelijke last » zou zijn, in welk geval zij geen compensaties verschuldigd zouden zijn. Diverse kosten van de nv « Belgacom » zijn onder meer door de inwerkingtreding van de wet betreffende de elektronische communicatie verminderd, zoals de kosten voor het beheer van de databank voor sociale tarieven, de kosten voor de controle ter zake die wordt uitgevoerd door het BIPT, en niet meer door de nv « Belgacom », de kosten voor openbare telefooncellen, die in aantal sterk verminderd zijn, en de kosten van het beheer van koperlijnen in het aansluitnet.

Een ander ernstig nadeel bestaat in de beperkte draagwijdte van het rechtsmiddel dat tegen de artikelen 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 kan worden aangewend, terwijl tegen beslissingen van het BIPT een beroep met volle rechtsmacht kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel.

Tot slot is ook het feit dat een herziening van de vaststelling van de beweerde « onredelijke last » van de nv « Belgacom » uitsluitend bij wet mogelijk is, een onevenredig gevolg van de maatregel.

A.2.4. In hun memorie van antwoord gaan die partijen ook dieper in op de draagwijdte van de artikelen 12 en 13 van de UD-richtlijn, waaruit zou voortvloeien dat het financieringsmechanisme slechts kan worden toegepast op het ogenblik dat de nationale regelgevende instantie van oordeel is dat het aanbieden van een element van de universele dienst een « onredelijke last » zou kunnen uitmaken voor één welbepaalde onderneming, waarna zij *in concreto*, op grond van een berekening van de nettokosten, voor die onderneming moet nagaan of het aanbieden van dat element een « onredelijke last » uitmaakt. Daaruit volgt dan ook dat de wetgever in de artikelen 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 ten onrechte *in abstracto* zou hebben vastgesteld dat de nettokosten voor het aanbieden van de universele dienst een « onredelijke last » uitmaken die recht geeft op vergoeding, ook als *in concreto* zou blijken dat er geen « onredelijke last » is. Zij herhalen dat de

voormelde bepalingen op maat van de nv « Belgacom » zijn gesneden en dat elke andersluidende interpretatie ingaat tegen de tekst zelf van die bepalingen. Het getuigt van weinig ernst te stellen dat op verzoek van de nv « Belgacom » en uitsluitend op basis van cijfers van die onderneming, een algemene en abstracte beoordeling van de onredelijkheid van de last van alle operatoren zou zijn gemaakt. In die interpretatie zouden de artikelen 74, voorlaatste lid, en 45bis van de bijlage bij de Wet Elektronische Communicatie geen enkele functie hebben. De enige logische verklaring voor de invoering van artikel 202 is dat die bepaling alleen voor de nv « Belgacom » vaststelt dat de nettokosten een « onredelijke last » uitmaken. De overige operatoren zullen een verzoek tot berekening van hun nettokosten bij het BIPT moeten indienen, dat die kosten zal berekenen aan de hand van de beide voormelde bepalingen en enkel indien het BIPT *in concreto* tot de vaststelling komt dat zij een « onredelijke last » uitmaken, heeft de desbetreffende operator recht op een vergoeding. Alleen die interpretatie is richtlijnconform.

Standpunt van de Ministerraad

A.3. Volgens de Ministerraad gaan de verzoekende partijen uit van een verkeerde lezing van de bestreden bepalingen, in zoverre de wetgever enkel voor de nv « Belgacom » tot de vaststelling zou zijn gekomen dat het aanbieden van de elementen van de universele dienst een « onredelijke last » zou uitmaken en in zoverre die vaststelling zou zijn geschied aan de hand van cijfers die aanleiding hebben gegeven tot het voormelde « Nettokostenbesluit ». De artikelen 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 hebben integendeel een algemene strekking en bepalen dat voor alle operatoren ervan moet worden uitgegaan dat het vervullen van de universeledienstverplichtingen leidt tot een « onredelijke last » zodra het verstrekken van voormelde diensten aanleiding geeft tot een deficitaire toestand. De verwijzing naar de « historische aanbieder » is niet meer dan een schets van de feitelijke context waarin de wetgever als nationale regelgevende instantie is overgegaan tot beoordeling van de vraag naar de onredelijkheid van de last. De kern van de interpretatieve bepaling ligt in de tweede zin van de onderscheiden artikelen waaruit voortvloeit dat er sprake is van een « onredelijke last » zodra een deficitaire toestand bestaat, en dit ongeacht de operator die deze dienst verstrekt.

A.4. Uit die vaststelling vloeit in hoofdorde voort dat het beroep niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang, vermits de bestreden bepalingen voor de verzoekende partijen geen ongunstige situatie in het leven roepen en zij geenszins verschillend worden behandeld. Meer nog, door de bestreden bepalingen hoeven de individuele operatoren geen aanvraag meer te richten tot het BIPT om te beoordelen of er voor hen al dan niet een « onredelijke last » is. Zij lopen niet meer het risico dat de nationale regelgevende instantie tot het besluit zou komen dat er voor hen geen « onredelijke last » zou bestaan, wat hun elke mogelijkheid tot compensatie zou ontnemen naar aanleiding van het verlenen van enig element van de universele dienst. Het beroep dient bijgevolg te worden afgewezen bij gebrek aan belang van de verzoekende partijen.

In zoverre de verzoekende partijen erover klagen dat de UD-richtlijn verkeerd is omgezet in het Belgisch recht - middel dat eerst in de memorie van antwoord werd ontwikkeld en dus onontvankelijk is -, merkt de Ministerraad op dat zij die discussie niet kunnen voeren voor het Grondwettelijk Hof, maar dat die moet worden gevoerd voor het Hof van Justitie. Hun stelling, waarbij zij de interpretatie van de bestreden bepalingen door de Ministerraad verwerpen, komt overigens erop neer dat zij een probleem erin zien dat alle operatoren op dezelfde wijze worden behandeld.

A.5. In dezelfde geest voert de Ministerraad aan dat het eerste middel ongegrond is bij ontstentenis van een ongelijke behandeling. De vaststelling dat er sprake is van een « onredelijke last », ongeacht de operator, zodra er een deficitaire toestand ontstaat ten gevolge van het verlenen van de universele dienst, steunt geenszins op de cijfers van 2001 die aanleiding hebben gegeven tot het Nettokostenbesluit. De Ministerraad ziet dan ook niet in waarin de ongelijke behandeling zou bestaan en het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden.

In ondergeschikte orde merkt de Ministerraad op dat, wat het aangeklaagde verschil in procedure betreft, de wetgever niet alleen voor de nv « Belgacom » heeft beslist in welke gevallen er sprake is van een « onredelijke last », maar voor alle operatoren, zodat er ook in dat opzicht geen sprake is van een verschil in behandeling. De beoordeling van de « onredelijke last » dient daarom zowel voor wat de nv « Belgacom » betreft, als voor wat de verzoekende partijen betreft, te worden aangevochten voor het Grondwettelijk Hof, en niet voor het hof van beroep. Dat laatste beschikt overigens niet over een volle rechtsmacht, maar oefent, gelet op de uitgebreide appreciatiebevoegdheid van het BIPT, slechts een marginaal toezicht uit. Het vermag de activiteiten van het BIPT te controleren, maar mag diens beoordelingsbevoegdheid geenszins zelf uitoefenen.

In dat perspectief zijn de argumenten betreffende het teleologische criterium en het proportionaliteitsbeginsel eveneens ongegrond.

Standpunt van de nv « Belgacom »

A.6. De nv « Belgacom » meent als onderneming die instaat voor het verstrekken van de verschillende elementen van de universele dienst, voldoende belang te hebben om in de rechtspleging tussen te komen, vermits de bestreden bepalingen deel uitmaken van de financieringsregeling van de nettokosten van de universele dienst inzake elektronische communicatie en de eventuele vernietiging ervan de toekenning van compensaties aan de nv « Belgacom » voor het verstrekken van de verschillende elementen van de universele dienst kan bemoeilijken.

De tussenkomende partij merkt op dat de verzoekende partijen hun belang uiterst summier hebben verantwoord, terwijl dat belang allerm minst evident is in een bijzonder complexe zaak en materie. Ook volgens die partij hebben de verzoekende partijen geen belang omdat de door hen bestreden bepalingen geenszins een ongunstige weerslag hebben op hun situatie. Meer in het bijzonder baseren zij hun belang op een verkeerde lezing van de bestreden bepalingen, zodat hun belangen in werkelijkheid niet worden geschonden. Bovendien verduidelijken de bestreden artikelen 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 enkel uitdrukkelijk het feitelijke optreden en het bestaan van bepaalde handelingen en beslissingen van de wetgever die er steeds zijn geweest, zodat zij als dusdanig geen nieuwe rechtsregels, verplichtingen of aansprakelijkheden regelen en bijgevolg de rechten en belangen van de verzoekende partijen niet rechtstreeks en ongunstig kunnen raken.

Om de voormelde redenen stelt de nv « Belgacom », in hoofdorde, ten aanzien van elk middel dat het onontvankelijk is.

A.7.1. Wat het eerste middel betreft, werpt de nv « Belgacom » op dat de bestreden artikelen 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 slechts toelichten op welke wijze de door de UD-richtlijn vermelde stappen met betrekking tot de kostenberekening en het invoeren van een financieringsmechanisme voor de universeledienstverplichtingen door de betrokken Belgische instanties werden verricht. Volgens die artikelen is de wetgever, als nationale regelgevende instantie, bij de voorbereiding van de wet betreffende de elektronische communicatie overgegaan tot een beoordeling van en beslissing tot de onredelijkheid van de last die noopte tot het invoeren van een financieringsmechanisme. Dat mechanisme bestaat in de verdeling van de nettokosten onder alle operatoren die een openbare telefoondienst aanbieden aan de consumenten. Het is op alle operatoren gelijkmatig van toepassing en voldoet volgens die tussenkomende partij aan de beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid, overeenkomstig artikel 13 van de UD-richtlijn.

De overige bepalingen betreffen niet meer de invoering van het financieringssysteem, doch de daadwerkelijke toepassing van de verdeling van de nettokosten nadat het systeem werd ingevoerd. Op grond van de Europese regelgeving mogen alleen de nettokosten van de universeledienstverplichtingen worden gefinancierd, die moeten worden vastgesteld rekening houdend met eventuele marktvordelen die voor een aangewezen onderneming voortvloeien uit het aanbieden van de universele dienst. Voor het sociale element berekent het BIPT voor iedere operator die daartoe een verzoek heeft ingediend, de nettokosten op basis van artikel 45bis van de bijlage bij de Wet Elektronische Communicatie en voor de overige elementen de nettokosten van elke betrokken aanbieder op basis van de artikelen 41, 42, 44 en 45 van dezelfde bijlage. Er is dan ook een fundamenteel onderscheid tussen, enerzijds, het berekenen van de nettokosten met het oog op het al dan niet invoeren van een financieringsmechanisme - hetgeen een eenmalige operatie is, voorafgaand aan het instellen van een compensatiemechanisme - en, anderzijds, de berekening van de nettokosten met het oog op de vergoeding van de aanbieders, hetgeen een jaarlijkse operatie is met het oog op de uitbetaling van de vergoedingen aan alle betrokken operatoren. De verzoekende partijen zouden het Hof bewust een - niet bestaande - discriminatie voorspiegelen door de berekening van de nettokosten met het oog op het al dan niet invoeren van een financieringssysteem te vergelijken met de berekening van de nettokosten met het oog op de vergoeding van de aanbieders. Het betreft immers twee onderscheiden en niet-vergelijkbare gevallen, terwijl in elk van die gevallen de nv « Belgacom » en de verzoekers volkomen gelijk werden en worden behandeld.

A.7.2. De nv « Belgacom » wijst erop dat het vaststellen van een « onredelijke last » voor het verlenen van de verschillende elementen van de universele dienst gebeurde voor alle operatoren op basis van dezelfde gegevens. Aangezien zij de enige was die alle elementen van de universele dienst verstrekt bij de vaststelling van de « onredelijke last », waren de beschikbare elementen voor de beoordeling van de onredelijkheid van de last

- onder meer, maar niet uitsluitend, de vaststelling van de nettokosten van de universele dienst - uiteraard gebaseerd op gegevens van de nv « Belgacom ». Dit doet echter geen afbreuk aan het feit dat de wetgever bij de totstandkoming van de Wet Elektronische Communicatie de onredelijkheid van de last van het verstrekken van de universele diensten ten aanzien van alle operatoren heeft vastgesteld en niet enkel ten aanzien van de nv « Belgacom ». De artikelen 202 en 203 verwijzen immers louter naar het verzoek van de nv « Belgacom » om de onredelijkheid van de last te beoordelen, maar zijn in algemene bewoordingen gesteld en hebben dus betrekking op de « onredelijke last » voor het verstrekken van de universele dienst, die wordt vastgesteld ten aanzien van alle operatoren. De verzoekende partijen gaan verder ook misleidend en onterecht in op de « berekening » van hun « onredelijke last » vandaag, die volgens hen op actuele cijfers zou gebeuren, doch van een dergelijke « berekening » is geen sprake meer, vermits die beoordeling in 2005 reeds geschiedde door de wetgever als nationale regelgevende instantie.

Ook voor de berekening die wordt gemaakt voor de uitbetaling van eventuele compensaties, worden alle partijen gelijk behandeld, doordat zowel het recht op als de wijze van vergoeding in beginsel dezelfde zijn. Hoogstens kan worden vastgesteld dat in het nieuwe artikel 45bis van de bijlage bij de Wet Elektronische Communicatie enkel voor de nv « Belgacom » wordt bepaald dat de vergoeding waarop aanspraak kan worden gemaakt, zal worden verminderd, wat veeleer ten nadele van de tussenkomen partij en in het voordeel van de verzoekende partijen is.

Om alle voormelde redenen alleen reeds is het eerste middel volgens de tussenkomen partij ongegrond.

A.7.3. Ten overvloede werpt de nv « Belgacom » tegen het eerste middel verder op dat zowel de verzoekende partijen als zijzelf beschikken over dezelfde actiemogelijkheden in het kader van de onderscheiden beslissingen van de nationale regelgevende instanties, dat er met betrekking tot de herzieningsmogelijkheid van hun beslissingen geen onderscheid kan worden vastgesteld en dat de jaarlijkse berekening van de nettokosten, vergoedingen en compensaties in het kader van de financiering van de universele dienst zowel voor de verzoekende partijen als voor de tussenkomen partij wordt uitgevoerd door het BIPT en het Fonds, zodat zij ook voor hen allen in staat zijn deze te herzien en er evenmin sprake is van een onderscheiden behandeling.

A.7.4. De tussenkomen partij is in ieder geval van oordeel dat de door haar voorgestane interpretatie niet ingaat tegen de artikelen 12 en 13 van de UD-richtlijn, die niet uitsluiten dat op basis van de berekening van de nettokosten van een onderneming wordt besloten tot het onredelijk karakter van die nettokosten en vervolgens een compensatiesysteem wordt ingesteld voor alle ondernemingen die zulke nettokosten zullen moeten dragen. De bestreden bepalingen moeten worden gelezen in de context van de gehele richtlijn. Artikel 12 van de richtlijn, dat uitdrukkelijk spreekt over « ondernemingen » in het meervoud, heeft het dus in werkelijkheid over alle nettokosten voor het aanbieden van de universele dienst en niet enkel die voor één onderneming. De verwijzing naar artikel 13, lid 1, van de UD-richtlijn is misleidend in zoverre niet *littera a* - waarbij het financieringssysteem de nettokosten compenseert uit publieke middelen - doch *littera b* - waarbij de kosten worden verdeeld onder alle aanbieders - van toepassing is. De interpretatie van de verzoekende partijen zou tot de absurde conclusie leiden dat ondernemingen slechts een vergoeding zouden ontvangen indien de « onredelijke last » voor een onderneming, op haar uitdrukkelijk verzoek, is vastgesteld, terwijl alle ondernemingen de universele dienst moeten verstrekken en dus zekere nettokosten moeten dragen én moeten bijdragen tot de nettokosten van de onderneming waarvoor de nettokosten een « onredelijke last » uitmaken. Aangezien alle operatoren die een openbare telefoondienst aanbieden, tevens het sociale element moeten aanbieden, is het logisch dat de beoordeling en de instelling van een compensatiesysteem voor allen gezamenlijk werden geregeld. De wetgever heeft met betrekking tot het verstrekken van de universele dienst terecht geoordeeld dat iedere deficitaire toestand die voor één van de betrokken ondernemingen blijkt uit de berekening van de nettokosten, een « onredelijke last » is, voor zover rekening wordt gehouden met de indirecte winst.

Overigens doet het verzoek van een operator geen afbreuk aan de vaststelling dat de wetgever over alle nodige gegevens kan beschikken om over te gaan - voor zover dat al nodig zou zijn - tot een globale en algemene beoordeling van de onredelijkheid van de last van het verstrekken van de universele dienst voor alle operatoren. Het bestaan van de « onredelijke last » werd vastgesteld op een ogenblik dat alleen de nv « Belgacom » alle elementen van de universele dienst verstrekke.

A.7.5. In ieder geval ziet de nv « Belgacom » geen strijdigheid tussen de bestreden bepalingen en het zesde en zevende lid van artikel 74 van de wet betreffende de elektronische communicatie. Die bepalingen vullen elkaar immers aan. De operatoren zijn allen ertoe gehouden bij te dragen tot het sociale element van de universele dienst, naar evenredigheid met hun totale omzet op de markt van de openbare telefonie. Zij dragen in beginsel in nature bij tot het verstrekken van het sociale element van de universele dienst. Zonder aanvullende

compensatieregeling zou dit zorgen voor een scheeftrekking van de concurrentie en een ongelijke bijdrage van de operatoren tot het sociale element van de universele dienst. Het compensatiemechanisme dat de verhouding tussen het reële en het theoretische aandeel van elke operator in aanmerking neemt, zal dan voorzien in een bijdrage tot het sociaal element « bij equivalent ».

- B -

Wat de bestreden bepalingen betreft

B.1.1. Het beroep tot vernietiging, ingesteld door de nv « Base » en anderen, is gericht tegen de artikelen 173, 3° en 4°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 « houdende diverse bepalingen (IV) » (*Belgisch Staatsblad* van 8 mei 2007, derde editie). De bestreden bepalingen wijzigen verschillende artikelen van de wet van 13 juni 2005 « betreffende de elektronische communicatie » (hierna : de Wet Elektronische Communicatie).

B.1.2. Artikel 173 van de wet van 25 april 2007 brengt in artikel 74 van de Wet Elektronische Communicatie de volgende wijzigingen aan, waarvan alleen de derde en de vierde wijziging worden bestreden.

Het eerste lid van artikel 74 van de Wet Elektronische Communicatie wordt vervangen door de woorden :

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

In het vierde lid van artikel 74 van de Wet Elektronische Communicatie worden tussen de woorden « aanbieders van sociale tarieven » en « te vergoeden » de volgende woorden toegevoegd : « die daartoe bij het Instituut een verzoek hebben ingediend ».

Aan artikel 74 van de Wet Elektronische Communicatie wordt een lid toegevoegd dat bepaalt :

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

Aan artikel 74 van de Wet Elektronische Communicatie wordt bovendien een lid toegevoegd dat bepaalt :

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

Ingevolge de voormelde wijzigingen bepaalt artikel 74 van de Wet Elektronische Communicatie thans :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Het bestreden artikel 202 bepaalt :

« In artikel 74, laatste lid [thans achtste lid], van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, dienen de woorden ‘ De compensaties waarvan sprake in de vorige leden zijn onmiddellijk verschuldigd. ’ als volgt te worden geïnterpreteerd :

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

B.1.3. Het bestreden artikel 200 van de wet van 25 april 2007 voegt in de bijlage van de Wet Elektronische Communicatie een artikel 45*bis* in, met als titel « Afdeling 6. - Het sociale element van de universele dienst », dat bepaalt :

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

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

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

B.1.4. Het bestreden artikel 203 van de wet van 25 april 2007 strekt ertoe enkele woorden in artikel 101, eerste lid, van de Wet Elektronische Communicatie te interpreteren.

Artikel 101 van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt :

« Voor elk element van de universele dienst behoudens het sociale element moet het fonds een vergoeding uitkeren aan de betrokken aanbieders die hiertoe een verzoek hebben ingediend bij het Instituut.

Het geïndexeerde bedrag van de vergoeding stemt overeen :

1° met de nettokosten die berekend zijn overeenkomstig de methode van de bijlage, zoals goedgekeurd door het Instituut, voor de aanbieders die van ambtswege aangewezen zijn, geïndexeerd aan de hand van de gezondheidsindex;

2° met het bedrag dat is vastgesteld na afloop van de open procedure van aanwijzing, geïndexeerd aan de hand van de gezondheidsindex, voor elke aanbieder die aangewezen is volgens een open mechanisme van aanwijzing ».

Het bestreden artikel 203 bepaalt :

« In artikel 101, eerste lid, van dezelfde wet, dienen de woorden ‘ Voor elk element van de universele dienst behoudens het sociale element moet het fonds een vergoeding uitkeren aan de betrokken aanbieders. ’ als volgt te worden geïnterpreteerd :

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

Wat de ontvankelijkheid van het beroep betreft

B.2. De Ministerraad en de tussenkomende partij, de nv « Belgacom », betwisten het belang van de verzoekende partijen bij het beroep tot vernietiging.

Volgens hen worden alle aanbieders van de universele dienst, zowel de nv « Belgacom » als de verzoekende partijen, door de bestreden bepalingen op gelijke wijze behandeld. Aangezien die bepalingen geen ongunstige situatie in het leven roepen, doordat voor alle

aanbieders wordt erkend dat het verstrekken van de universele dienst een « onredelijke last » vormt, zouden de verzoekende partijen geen blijk geven van het vereiste belang.

B.3. De verzoekende partijen zijn aanbieders van de universele dienst inzake telecommunicatie. Zij voeren aan dat de bestreden artikelen, zoals zij volgens hen moeten worden geïnterpreteerd, de in de middelen aangehaalde bepalingen schenden.

De bestreden artikelen raken de rechtspositie van de verzoekende partijen vermits zij de rechten van de aanbieders van de universele dienst regelen. Afhankelijk van de interpretatie die aan die bepalingen wordt gegeven, worden zij al dan niet ongunstig geraakt. In zoverre de exceptie van niet-ontvankelijkheid inhoudt dat de betekenis van die bepalingen vooraf dient te worden onderzocht, valt het onderzoek ervan samen met dat van de grond van de zaak.

Ten gronde

B.4. Het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, is gericht tegen de artikelen 173, 3°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV).

Het bekritiseerde verschil in behandeling bestaat erin dat de wetgever uitsluitend voor de nv « Belgacom » heeft vastgesteld dat het aanbieden van de universele dienst een « onredelijke last » vormt en dat die vaststelling alleen door de wetgever kan worden herzien, terwijl de « onredelijke last » voor de verzoekende partijen werd vastgesteld en in de toekomst kan worden herzien door het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna : BIPT). Bovendien zou de wetgever zich voor de vaststelling van de nettokosten van de nv « Belgacom » baseren op cijfers uit de boekhouding van 2001, terwijl voor de verzoekende partijen de vaststelling van de nettokosten zou zijn geschied door het BIPT op basis van actuele cijfers. Voor die verschillen in behandeling bestaat volgens de verzoekende partijen geen enkele verantwoording.

B.5. De door de Ministerraad en de nv « Belgacom » voorgestane interpretatie van de bestreden bepalingen leidt ertoe dat het door de verzoekende partijen aangeklaagde verschil in behandeling niet zou bestaan, doordat de wetgever als nationale regelgevende instantie zou

hebben vastgesteld dat het aanbieden van het sociale element van de universele dienst voor alle aanbieders, waaronder ook de verzoekende partijen sedert 2005, een « onredelijke last » zou vormen.

B.6. De Europese Commissie heeft België voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gedaagd omdat de Belgische wetgeving inzake de vaststelling van de « onredelijke last » (*unfair burden assessment*) en de berekening van de nettokosten voor het aanbieden van de universele dienst (*calculation of the net costs*), in het bijzonder met betrekking tot de sociale tarieven, ondanks de bij de bestreden bepalingen aangenomen wetswijzigingen, nog steeds niet in overeenstemming is met de richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) (hierna : de UD-richtlijn).

B.7. Artikel 12 van de UD-richtlijn bepaalt :

« Kostenberekening van de universeledienstverplichtingen

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

De nationale regelgevende instanties zullen daartoe :

a) de nettokosten van de universele dienstverplichtingen berekenen, rekening houdend met eventuele marktvoordelen die voor een aangewezen onderneming uit het aanbieden van de universele dienst voortvloeien, overeenkomstig bijlage IV, deel A; of

b) gebruik maken van de nettokosten van het aanbieden van de universele dienst als vastgesteld door een aanwijzingssysteem overeenkomstig artikel 8, lid 2.

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

B.8. Het onderzoek van het eerste middel vereist dat wordt nagegaan of artikel 12 van de UD-richtlijn toelaat dat de federale wetgever, als nationale regelgevende instantie, op

algemene wijze en aan de hand van de berekening van de nettokosten van de aanbieder van de universele dienst, die voorheen de enige aanbieder was, kan vaststellen dat het aanbieden van de universele dienst een « onredelijke last » kan vormen voor ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden.

Bijgevolg dient, alvorens het onderzoek van het eerste middel voort te zetten, met toepassing van artikel 234, derde alinea, van het EG-Verdrag aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de in het beschikkend gedeelte geformuleerde prejudiciële vraag te worden gesteld.

Om die reden,

het Hof

stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de volgende prejudiciële vraag :

« Kan artikel 12 van de richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en –diensten (Universeledienstrichtlijn) aldus worden geïnterpreteerd dat het toelaat dat de bevoegde wetgever van een lidstaat, optredend als nationale regelgevende instantie, op algemene wijze en aan de hand van de berekening van de nettokosten van de aanbieder van de universele dienst, die voorheen de enige aanbieder was, vaststelt dat het aanbieden van de universele dienst een onredelijke last kan vormen voor ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden ? ».

Aldus uitgesproken in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, op de openbare terechtzitting van 1 september 2008.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt