ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

6 oktober 2010 *

In zaak C-389/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Grondwettelijk Hof (België) bij beslissing van 1 september 2008, ingekomen bij het Hof op 8 september 2008, in de procedure

Base NV e.a.

tegen

Ministerraad,

in tegenwoordigheid van:

Belgacom NV,

* Procestaal: Nederlands.

wijst HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot (rapporteur), kamerpresident, C. Toader, K. Schiemann, P. Kūris en L. Bay Larsen, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 17 maart 2010,

gelet op de opmerkingen van:

— Base NV e.a., vertegenwoordigd door D. Arts en T. De Cordier, advocaten,

— Belgacom NV, vertegenwoordigd door F. Vandendriessche en H. Viaene, advocaten,

— de Belgische regering, vertegenwoordigd door M. Jacobs als gemachtigde, bijgestaan door S. Depré, advocaat,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door H. van Vliet en A. Nijenhuis als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 juni 2010,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 12 van richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) (PB L 108, blz. 51).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van het onderzoek van een door Base NV e.a. (hierna: „Base e.a.") ingesteld beroep tot nietigverklaring van 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, blz. 25103; hierna: „wet van 25 april 2007"), waarbij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (*Belgisch Staatsblad* van 20 juni 2005, blz. 28070; hierna: „wet van 13 juni 2005") is gewijzigd, die met name de methode vaststelt ter bepaling van de vergoeding van de zogenaamde „onredelijke" lasten die op grond van de universeledienstverplichtingen worden gedragen door de operatoren die een openbare telefoondienst aanbieden.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

Kaderrichtlijn

3 Punt 11 van de considerans 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) (PB L 108, blz. 33; hierna: „kaderrichtlijn") luidt als volgt:

„Overeenkomstig het beginsel van scheiding van regelgevende en operationele functies moeten de lidstaten de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie of instanties waarborgen teneinde ervoor te zorgen dat hun besluiten onpartijdig zijn. Deze eis van onafhankelijkheid doet niet af aan de institutionele autonomie en de constitutionele verplichtingen van de lidstaten of aan het beginsel van neutraliteit met betrekking tot de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten, dat is neergelegd in artikel 295 [EG]. De nationale regelgevende instanties moeten over de nodige middelen (personeel, expertise en geldelijke middelen) beschikken om de hun opgedragen taken te kunnen uitvoeren."

4 Artikel 2, sub g, van de kaderrichtlijn omschrijft de „nationale regelgevende instantie" als „één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd".

5 Artikel 3 van de kaderrichtlijn, „Nationale regelgevende instanties", luidt als volgt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat alle taken die bij deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen, door een bevoegd lichaam worden uitgevoerd.

2. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronischecommunicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over elektronischecommunicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze uitoefenen.

[...]"

6 Artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn bepaalt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat er op nationaal niveau doeltreffende regelingen voorhanden zijn krachtens welke iedere gebruiker of onderneming die elektronischecommunicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, die door een beslissing van een

nationale regelgevende instantie is getroffen, het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen. Dit lichaam, bijvoorbeeld een rechtbank, dient de nodige deskundigheid te bezitten om zijn taken te kunnen uitoefenen. De lidstaten dragen er zorg voor dat de feiten van de zaak op afdoende wijze in aanmerking worden genomen en dat er een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep aanwezig is. Hangende de uitspraak van een dergelijk beroep blijft het besluit van de nationale regelgevende instantie van kracht, tenzij de beroepsinstantie anders beslist."

Richtlijn 2002/22

7 Volgens punt 4 van de considerans van richtlijn 2002/22 „[kan] [h]et waarborgen van de universele dienst (dit is het tegen een betaalbare prijs voorzien in een vastgesteld minimumaantal diensten voor alle eindgebruikers) [...] inhouden dat er moet worden voorzien in bepaalde diensten voor bepaalde eindgebruikers tegen prijzen die afwijken van die welke het resultaat zijn van normale marktomstandigheden. Het vergoeden van de ondernemingen die worden aangewezen om onder zulke omstandigheden in dergelijke diensten te voorzien, hoeft evenwel niet tot concurrentieverstoring te leiden indien de specifieke nettokosten van de aangewezen ondernemingen worden vergoed en de nettolast gecompenseerd wordt op een uit mededingingsoogpunt neutrale wijze."

8 Artikel 3 van richtlijn 2002/22, „Beschikbaarheid van de universele dienst", bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de in dit hoofdstuk beschreven diensten van een nader gespecificeerde kwaliteit en tegen een in het licht van de specifieke nationale omstandigheden betaalbare prijs beschikbaar zijn voor alle eindgebruikers op hun grondgebied, onafhankelijk van de geografische locatie.

2. De lidstaten bepalen de meest efficiënte en geschikte wijze om te waarborgen dat in de universele dienst wordt voorzien, met inachtneming van de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en evenredigheid. Zij trachten verstoring van de markt, met name het aanbieden van diensten tegen prijzen of onder andere voorwaarden die afwijken van normale commerciële voorwaarden, tot een minimum te beperken en daarbij het algemeen belang te beschermen."

9 Artikel 8 van richtlijn 2002/22, „Aanwijzing van ondernemingen", bepaalt:

„1. De lidstaten kunnen een of meer ondernemingen aanwijzen teneinde de aanbieding van de universele dienst [...] te waarborgen [...].

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

10 Artikel 9 van richtlijn 2002/22, „Betaalbaarheid van de tarieven", bepaalt:

„1. De nationale regelgevende instanties houden toezicht op de ontwikkeling en het niveau van de tarieven voor de eindgebruiker van de in de artikelen 4, 5, 6 en 7 omschreven diensten die onder de universeledienstverplichtingen vallen en door aangewezen ondernemingen worden verstrekt, met name met betrekking tot de nationale consumentenprijzen en inkomens.

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

[...]"

11 Artikel 12 van richtlijn 2002/22, „Kostenberekening van de universeledienstverplichtingen", bepaalt in lid 1:

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

De nationale regelgevende instanties zullen daartoe:

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

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

12 Artikel 13 van richtlijn 2002/22, „Financiering van de universeledienstverplichtingen", luidt als volgt:

„1. Indien de nationale regelgevende instanties, op grond van de nettokostenberekening bedoeld in artikel 12 vaststellen dat een onderneming een onredelijke last wordt opgelegd, kunnen de lidstaten op verzoek van een aangewezen onderneming besluiten:

a) een mechanisme in te voeren waarmee die onderneming voor de vastgestelde nettokosten onder transparante voorwaarden uit publieke middelen [wordt] gecompenseerd, en/of

b) de nettokosten van de universeledienstverplichtingen te verdelen onder de aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten. [...]"

13 In bijlage IV, deel A, bij richtlijn 2002/22 is de methode voor de berekening van de nettokosten van universeledienstverplichtingen als volgt beschreven:

„[...]

De nationale regelgevende instanties onderzoeken alle middelen voor geschikte stimulansen om (al dan niet aangewezen) ondernemingen aan te zetten tot een kostenefficiënte vervulling van universeledienstverplichtingen. Bij de berekening wordt ervan uitgegaan dat de nettokosten van universeledienstverplichtingen het verschil vormen tussen de nettokosten voor een aangewezen onderneming van het werken met universeledienstverplichtingen en het werken zonder universeledienstverplichtingen. Dit geldt zowel voor een netwerk dat in een bepaalde lidstaat ten volle is ontwikkeld als voor een netwerk dat nog in de ontwikkelings- en expansiefase is. Er dient gepaste aandacht te worden geschonken aan de juiste raming van de kosten die een aangewezen onderneming zou hebben vermeden, indien er geen universeledienstverplichting zou zijn. Bij het berekenen van de nettokosten moeten de voordelen, met

inbegrip van de immateriële voordelen, van de universele dienst voor de exploitant in aanmerking worden genomen.

[...]"

Nationale regeling

14 Artikel 74 van de wet van 13 juni 2005, zoals gewijzigd bij de wet van 25 april 2007, luidt als volgt:

„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 [Belgisch] Instituut [voor postdiensten en telecommunicatie (hierna: ‚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."

15 Artikel 45bis van de bijlage bij de wet van 13 juin 2005, dat is ingevoegd bij artikel 200 van de wet van 25 april 2007, omschrijft de methode die voor de berekening van de nettokosten van de sociale tarieven dient te worden gevolgd. Dit artikel 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 [het] vroeger reeds heeft vastgesteld bij het bepalen van de nettokosten van de historische aanbieder van de sociale tarieven."

16 Artikel 202 van de wet van 25 april 2007 luidt als volgt:

„In artikel 74, laatste lid, van de wet van 13 juni 2005 [...] 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 [...] met inachtneming van de voorwaarden van [...] richtlijn [2002/22] 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."

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

17 Base e.a. zijn ondernemingen die actief zijn in de sector van de telecommunicatie en potentiële aanbieders van universele diensten op dit gebied.

18 Zij hebben op 6 november 2007 bij het Grondwettelijk Hof een beroep tot nietigverklaring van de artikelen 173, 3° en 4°, 200, 202 en 203 van de wet van 25 april 2007 ingesteld. Volgens hen zijn deze bepalingen, die de regels vaststellen ter beoordeling van de onredelijkheid van de last die voortvloeit uit universeledienstverplichtingen, in het bijzonder uit het aanbieden van sociale tarieven, in strijd met het grondwettelijke beginsel van non-discriminatie. Deze wettelijke bepalingen plaatsen Belgacom

NV, die vóór de inwerkingtreding van de wet van 13 juni 2005 de enige aanbieder van de universele dienst was, immers in een voordelige positie ten opzichte van Base e.a., aangezien de wetgever er principieel van is uitgegaan dat het aanbieden van de universele dienst voor Belgacom NV een „onredelijke last" vormde, terwijl het bestaan van een dergelijke last in het geval van Base e.a. wordt vastgesteld door het Instituut, dat deze vaststelling in de toekomst kan herzien. Voorts heeft de wetgever zich ter bepaling van de nettokosten van de universeledienstverplichting van Belgacom NV gebaseerd op de boekhoudkundige gegevens van 2001, terwijl het Instituut zich voor verzoeksters op actuele cijfers baseert.

19 Aangezien het Grondwettelijk Hof van oordeel is dat het zonder uitlegging van artikel 12 van richtlijn 2002/22 geen uitspraak over het bij hem aanhangige beroep kan doen, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Kan artikel 12 van richtlijn 2002/22 [...] 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 [van deze dienst] 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?"

Beantwoording van de prejudiciële vraag

20 Vooraf zij vastgesteld dat aan deze vraag twee aspecten verbonden zijn. Enerzijds strekt zij ertoe te vernemen of artikel 12 van richtlijn 2002/22, voor zover het de beoordeling van de vraag of de levering van de universele dienst een onredelijke last voor de daarvoor aangewezen ondernemingen kan vormen, aan de nationale regelgevende instanties overlaat, eraan in de weg staat dat deze beoordeling vanuit formeel

oogpunt door de nationale wetgever wordt verricht. Anderzijds strekt zij ertoe te vernemen of dit artikel 12 eraan in de weg staat dat deze vraag vanuit materieel oogpunt op algemene wijze voor alle ondernemingen wordt beoordeeld op basis van de nettokosten van de historische aanbieder, die vroeger de exclusieve aanbieder van de universele dienst was.

21 Het Hof dient deze twee aspecten van de vraag afzonderlijk te onderzoeken.

Optreden van de nationale wetgever als nationale regelgevende instantie

22 Artikel 2, sub g, van de kaderrichtlijn omschrijft de nationale regelgevende instantie als één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd. Deze definitie is volgens artikel 2, eerste alinea, van richtlijn 2002/22 — één van de in artikel 2, sub g, van de kaderrichtlijn bedoelde bijzondere richtlijnen — voor de toepassing van deze richtlijn van toepassing.

23 Noch de kaderrichtlijn noch richtlijn 2002/22 wijst de organen van de lidstaten aan waaraan deze lidstaten de aan deze instantie opgedragen regelgevende taken moeten toevertrouwen.

24 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat uit artikel 249 EG volgt dat de lidstaten verplicht zijn, bij de omzetting van een richtlijn in nationaal recht de volle werking ervan te verzekeren, maar daarbij over een ruime beoordelingsmarge beschikken met betrekking tot de te kiezen middelen (zie met name arrest van 9 november 2006, Commissie/Ierland, C-216/05, Jurispr. blz. I-10787, punt 26).

25 Voorts zij eraan herinnerd dat de vrijheid bij de keuze van de middelen en wegen voor de uitvoering van een richtlijn niet afdoet aan de verplichting van elk van de lidstaten waarvoor zij bestemd is, alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de betrokken richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren (zie met name arrest van 15 april 2008, Impact, C-268/06, Jurispr. blz. I-2483, punt 40).

26 De lidstaten beschikken weliswaar onder deze voorwaarden en op dit gebied over een institutionele autonomie bij de organisatie en de structurering van hun regelgevende instanties in de zin van artikel 2, sub g, van de kaderrichtlijn, maar zij dienen deze autonomie te gebruiken met volledige inachtneming van de in deze richtlijn vastgelegde doelstellingen en verplichtingen (arrest van 6 maart 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, C-82/07, Jurispr. blz. I-1265, punt 24).

27 Aldus kan een lidstaat de nationale wetgever slechts de taken opdragen die krachtens de kaderrichtlijn en richtlijn 2002/22 op de nationale regelgevende instanties rusten, indien het wetgevende orgaan in het kader van de uitoefening van zijn taken voldoet aan de organisatie- en werkingsvoorwaarden die door deze richtlijnen aan deze instanties worden opgelegd.

28 Dienaangaande volgt uit punt 11 van de considerans van de kaderrichtlijn dat de lidstaten overeenkomstig het beginsel van scheiding van regelgevende en operationele functies de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie of instanties

moeten waarborgen teneinde ervoor te zorgen dat hun besluiten onpartijdig zijn, en dat deze instanties over de nodige middelen (personeel, expertise en geldelijke middelen) moeten beschikken om de hun opgedragen taken te kunnen uitvoeren.

29 Aldus moeten de lidstaten volgens artikel 3 van de kaderrichtlijn met name ervoor zorgen dat alle taken die aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen door een bevoegd lichaam worden uitgevoerd, de onafhankelijkheid van deze instanties waarborgen door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronischecommunicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden, en ervoor zorgen dat deze instanties hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze uitoefenen. Bovendien moet volgens artikel 4 van deze richtlijn tegen de besluiten van deze instanties een effectief beroep kunnen worden ingesteld bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen.

30 Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat richtlijn 2002/22 er in beginsel op zich niet aan in de weg staat dat de nationale wetgever optreedt als nationale regelgevende instantie in de zin van de kaderrichtlijn, voor zover hij in het kader van de uitoefening van deze functie voldoet aan de in deze richtlijnen gestelde voorwaarden inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie en tegen de besluiten die hij in het kader van deze functie neemt een effectief beroep kan worden ingesteld bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen.

31 Het staat aan het Grondwettelijk Hof om te controleren of de Belgische wetgever, wanneer hij als nationale regelgevende instantie op het gebied van elektronischecommunicatiediensten optreedt, kan worden beschouwd als een nationale regelgevende instantie die voldoet aan alle voorwaarden van de kaderrichtlijn en richtlijn 2002/22.

Wijze waarop de nationale regelgevende instantie beoordeelt of de last die de levering van de universele dienst kan vormen, onredelijk is

32 Richtlijn 2002/22 beoogt een geharmoniseerd regelgevingskader in te voeren dat in de sector van de elektronische communicatie de levering van een universele dienst — dat wil zeggen de levering van een vastgesteld minimumaantal diensten voor alle eindgebruikers tegen een betaalbare prijs — moet garanderen. Volgens artikel 1, lid 1, van deze richtlijn heeft deze onder meer tot doel, ervoor te zorgen dat door middel van daadwerkelijke mededinging en keuzevrijheid in de gehele Europese Gemeenschap diensten van hoge kwaliteit algemeen beschikbaar zijn (arrest van 19 juni 2008, Commissie/Frankrijk, C-220/07, punt 28).

33 Volgens artikel 3, lid 2, van deze richtlijn moeten de lidstaten de meest efficiënte en geschikte wijze bepalen om te waarborgen dat in de universele dienst wordt voorzien, met inachtneming van de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en evenredigheid, en moeten zij trachten verstoring van de markt tot een minimum te beperken en daarbij het algemeen belang te beschermen (arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 29).

34 Zoals in punt 4 van de considerans van richtlijn 2002/22 is verklaard, kan het waarborgen van de universele dienst inhouden dat er moet worden voorzien in bepaalde diensten voor bepaalde eindgebruikers tegen prijzen die afwijken van die welke het resultaat zijn van normale marktomstandigheden. Om die reden heeft de gemeenschapswetgever, zoals blijkt uit punt 18 van de considerans van deze richtlijn, bepaald dat de lidstaten, waar nodig, mechanismen voor het financieren van de nettokosten van universeledienstverplichtingen moeten invoeren in gevallen waarin is aangetoond dat de verplichtingen alleen kunnen worden vervuld met verlies of tegen nettokosten die buiten de normale commerciële normen vallen.

35 Volgens artikel 12, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2002/22 moeten de nationale regelgevende instanties aldus, wanneer zij van oordeel zijn dat het aanbieden van de universele dienst als omschreven in de artikelen 3 tot en met 10 van deze richtlijn een onredelijke last kan vormen voor ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden, de nettokosten voor het aanbieden van die dienst berekenen.

36 Vastgesteld moet worden dat in artikel 12, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2002/22 en bijlage IV bij deze richtlijn weliswaar de regels zijn vastgelegd volgens welke de nettokosten voor het aanbieden van de universele dienst moeten worden berekend wanneer de nationale regelgevende instanties van oordeel zijn dat de levering van deze dienst een onredelijke last kan vormen, maar dat noch uit artikel 12, lid 1, noch uit enige andere bepaling van deze richtlijn blijkt dat de gemeenschapswetgever zelf de voorwaarden heeft willen vaststellen waaronder deze instanties vooraf dienen vast te stellen dat de levering van deze dienst een dergelijke onredelijke last kan vormen.

37 Daarentegen blijkt uit artikel 13 van richtlijn 2002/22 dat de nationale regelgevende instanties slechts op grond van de berekening van de nettokosten voor het aanbieden van de universele dienst zoals bedoeld in artikel 12 van deze richtlijn kunnen vaststellen dat een onderneming die is aangewezen om de universele dienst aan te bieden, daadwerkelijk een onredelijke last wordt opgelegd, en dat de lidstaten in dat geval op verzoek van deze onderneming moeten besluiten, een regeling ter compensatie van deze kosten vast te stellen.

38 Gelet op deze overwegingen zij vastgesteld dat, ook al heeft de verwijzende rechter zijn vraag formeel beperkt tot de uitlegging van artikel 12 van richtlijn 2002/22, dit het Hof niet belet om hem alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het recht van de Unie te verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de voor hem dienende zaak, ongeacht of deze in zijn vraag worden genoemd (zie met name arrest

van 8 november 2007, ING. AUER, C-251/06, Jurispr. blz. I-9689, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 Bijgevolg dient, gelet op de formulering van het geschil dat voor het Grondwettelijk Hof is gebracht in het kader van het bij hem aanhangige beroep, te worden onderzocht of artikel 13 van richtlijn 2002/22 zich verzet tegen de wijze waarop een nationale wetgever als de Belgische in zijn hoedanigheid van nationale regelgevende instantie heeft vastgesteld dat de levering van de universele dienst een onredelijke last vormt.

40 In dit opzicht dient te worden opgemerkt dat de nettokosten volgens artikel 12, lid 1, tweede alinea, sub a, van richtlijn 2002/22 en bijlage IV bij deze richtlijn moeten worden berekend voor elk van de ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst te verlenen.

41 Aangezien de lidstaten voorts eerst dienen vast te stellen dat de levering van de universele dienst een onredelijke last vormt voor een of meerdere van deze ondernemingen alvorens mechanismen ter compensatie van de door deze onderneming(en) gedragen kosten te kunnen invoeren, dient te worden vastgesteld wat onder een „onredelijke last" dient te worden begrepen, aangezien richtlijn 2002/22 dit begrip niet omschrijft.

42 Dienaangaande blijkt uit punt 21 van de considerans van richtlijn 2002/22 dat de gemeenschapswetgever de mechanismen ter dekking van de nettokosten die de levering van de universele dienst voor een onderneming kan meebrengen heeft willen koppelen aan de voorwaarde dat deze onderneming een onredelijke last draagt. Aangezien hij dienaangaande van mening is dat de nettokosten van de universele dienst niet noodzakelijkerwijs voor alle betrokken ondernemingen een onredelijke last vormen, heeft hij willen uitsluiten dat alle nettokosten voor het aanbieden van de universele

dienst automatisch recht op compensatie verlenen. Bijgevolg is de onredelijke last waarvan de nationale regelgevende instantie het bestaan moet vaststellen alvorens compensatie te kunnen toekennen, de last die onevenredig groot is ten opzichte van de draagkracht van elk van de betrokken ondernemingen, gelet op al haar eigen kenmerken, met name het niveau van haar uitrusting, haar economische en financiële situatie en haar marktaandeel.

43 Bij gebreke van preciseringen dienaangaande in richtlijn 2002/22 staat het weliswaar aan de nationale regelgevende instantie om op algemene en objectieve wijze de criteria vast te stellen op basis waarvan drempels kunnen worden bepaald waarboven een last, gelet op de in het vorige punt genoemde kenmerken, als onredelijk kan worden beschouwd, maar dat neemt niet weg dat deze instantie slechts kan vaststellen dat de last voor het aanbieden van de universele dienst onredelijk is in de zin van artikel 13 van deze richtlijn, indien zij de situatie van elk van de betrokken ondernemingen specifiek aan deze criteria toetst.

44 Indien de nationale regelgevende instantie vaststelt dat aan een of meer ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst te leveren een onredelijke last wordt opgelegd, en deze onderneming of ondernemingen verzoeken om hiervoor te worden vergoed, dient de lidstaat overeenkomstig artikel 13, lid 1, sub a, van richtlijn 2002/22 de daartoe noodzakelijke mechanismen in te voeren. Uit deze bepaling volgt bovendien dat deze compensatie in verhouding moet staan tot de nettokosten zoals deze op basis van artikel 12 van deze richtlijn zijn berekend.

45 Uit een en ander volgt dat de lidstaten niet zonder de uit richtlijn 2002/22 voortvloeiende verplichtingen te schenden kunnen vaststellen dat de levering van de universele dienst daadwerkelijk een vergoedbare onredelijke last vormt, zonder de nettokosten te hebben berekend die deze last meebrengt voor elke onderneming die deze dienst dient te leveren, en zonder te hebben beoordeeld of deze kosten een onredelijke last voor deze onderneming vormen. Zij kunnen evenmin een vergoedingsregeling vaststellen waarin deze vergoeding niet in verhouding zou staan tot deze nettokosten.

46 Uit artikel 74 van de wet van 13 juni 2005, zoals uitgelegd door de wet van 25 april 2007, blijkt dat de Belgische wetgever op basis van de overweging dat, voor zover bij de berekening van de nettokosten van de universele dienst rekening is 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 [...] een onredelijke last is", tot de conclusie is gekomen dat de levering van het sociale element van de universele dienst een onredelijke last vormt. Blijkens hetzelfde artikel 74 heeft deze wetgever bepaald dat 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, deze operator ten bedrage van dit verschil een vergoeding zal ontvangen.

47 De Belgische wetgever heeft dit in 2005 geformuleerde standpunt over de onredelijkheid van de last die de verlening van sociale tarieven op grond van de universeledienstverplichting vormt, gebaseerd op een advies dat het Instituut in 2002 — uitgaande van ramingen voor het jaar 2003 — heeft uitgebracht over de kosten van de historische aanbieder, Belgacom NV.

48 Zoals blijkt uit de vaststelling in punt 36 van het onderhavige arrest, staat niets eraan in de weg dat een nationale regelgevende instantie op basis van gegevens zoals bovengenoemde van oordeel is dat de kosten voor het aanbieden van de universele dienst een onredelijke last „kan" vormen in de zin van artikel 12 van richtlijn 2002/22, ook al zijn thans alle telecomoperatoren wettelijk verplicht om sociale tarieven aan te bieden.

49 Daarentegen voldoen de modaliteiten ter bepaling van de onredelijke last die recht geeft op compensatie, zoals deze zijn vastgesteld in een wet zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet aan de vereisten van artikel 13 van richtlijn 2002/22.

50 In de eerste plaats verleent een nationale regelgevende instantie — zoals in het hoofdgeding de Belgische wetgever — immers, door ervan uit te gaan dat elke deficitaire situatie die uit de berekening van de nettokosten blijkt een „onredelijke last" vormt, a priori een recht op compensatie aan operatoren voor wie de nettokosten die uit de op hen rustende universeledienstverplichtingen voortvloeien toch geen onredelijke last vormen, hoewel uit de overwegingen in punt 42 van het onderhavige arrest blijkt dat een deficitaire situatie weliswaar een last, maar niet noodzakelijkerwijs voor elke operator een onredelijke last vormt.

51 In de tweede plaats dienen voor de beoordeling van deze onredelijkheid van de last die is verbonden aan de levering van de universele dienst zowel de nettokosten van deze levering voor elke betrokken operator als alle eigen kenmerken van deze operator, zoals het niveau van zijn uitrusting, zijn economische en financiële situatie en zijn marktaandeel, specifiek te worden onderzocht, zoals blijkt uit de punten 40 en 42 van het onderhavige arrest. Uit geen van de aan het Hof overgelegde stukken blijkt evenwel dat de nationale wetgever in casu al deze kenmerken in aanmerking heeft genomen bij de vaststelling dat de levering van de universele dienst een onredelijke last vormt.

52 In de derde plaats voert een wet zoals de wet van 13 juni 2005, door te bepalen dat alle kosten die voortvloeien uit het feit dat het aantal door een operator toegestane tariefverminderingen verhoudingsgewijs hoger is dan zijn marktaandeel, automatisch dienen te worden vergoed, een mechanisme in dat leidt tot een compensatie die geen verband houdt met de nettokosten van de levering van de universele dienst zoals deze zouden moeten worden berekend op de in punt 40 van het onderhavige arrest bedoelde wijze.

53 Gelet op een en ander dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat:

— richtlijn 2002/22 er in beginsel op zich niet aan in de weg staat dat de nationale wetgever optreedt als nationale regelgevende instantie in de zin van de

kaderrichtlijn, voor zover hij in het kader van de uitoefening van deze functie voldoet aan de in deze richtlijnen gestelde voorwaarden inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie en tegen de besluiten die hij in het kader van deze functie neemt een effectief beroep kan worden ingesteld bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen, hetgeen door het Grondwettelijk Hof dient te worden gecontroleerd;

— artikel 12 van richtlijn 2002/22 er niet aan in de weg staat dat de nationale regelgevende instantie op algemene wijze en op basis van de berekening van de nettokosten van de aanbieder van de universele dienst die voordien de enige aanbieder van deze dienst was, van oordeel is dat de levering van deze dienst een onredelijke last kan vormen voor de ondernemingen die thans zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden, en

— artikel 13 van richtlijn 2002/22 eraan in de weg staat dat deze instantie op dezelfde wijze en op basis van dezelfde berekening vaststelt dat deze ondernemingen hierdoor daadwerkelijk een onredelijke last moeten dragen, zonder de situatie van elk van deze ondernemingen specifiek te hebben onderzocht.

Kosten

54 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

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 elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) staat er in beginsel op zich niet aan in de weg dat de nationale wetgever optreedt als nationale regelgevende instantie in de zin van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), voor zover hij in het kader van de uitoefening van deze functie voldoet aan de in deze richtlijnen gestelde voorwaarden inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie en tegen de besluiten die hij in het kader van deze functie neemt een effectief beroep kan worden ingesteld bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen, hetgeen door het Grondwettelijk Hof dient te worden gecontroleerd.**

2) **Artikel 12 van richtlijn 2002/22 staat er niet aan in de weg dat de nationale regelgevende instantie op algemene wijze en op basis van de berekening van de nettokosten van de aanbieder van de universele dienst die voordien de enige aanbieder van deze dienst was, van oordeel is dat de levering van deze dienst een onredelijke last kan vormen voor de ondernemingen die thans zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden.**

3) **Artikel 13 van richtlijn 2002/22 staat eraan in de weg dat deze instantie op dezelfde wijze en op basis van dezelfde berekening vaststelt dat deze ondernemingen hierdoor daadwerkelijk een onredelijke last moeten dragen, zonder de situatie van elk van deze ondernemingen specifiek te hebben onderzocht.**

ondertekeningen