FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN fremsat den 22. juni 2010[1]

I — Indledning

1. Domstolen har tidligere taget stilling til finansieringen af forsyningspligten vedrørende telekommunikation[2]. Dette traktatbrudssøgsmål, der er anlagt imod Belgien, stiller imidlertid et ubehandlet spørgsmål ved for første gang at berøre spørgsmålet om de »sociale takster«: de takster, der er lavere end markedsprisen, og som udbyderne anvender, når de yder deres tjenester til bestemte typer brugere.

2. Denne sag kræver, at Domstolen fortolker betingelserne for, hvornår økonomisk kompensation for sociale takster er tilladt. Nærmere bestemt undersøges de betingelser, hvorunder direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester[3] tillader, at en medlemsstat kvalificerer alle sociale takster, som indebærer en situation, der fører til et underskud for de udbydere, der skal tilbyde dem, som »urimelig byrde«.

3. Sagen er imidlertid ikke opstået af ingenting, men er en del af en tvist imellem belgiske udbydere i sektoren og den oprindelige udbyder i Belgien, Belgacom. Kommissionen er gået ind i sagen ved at anlægge dette traktatbrudssøgsmål, men Domstolen er ligeledes forelagt et præjudicielt spørgsmål, der er nært forbundet med nærværende sag, som hidrører fra en sag anlagt af udbyderne for den belgiske forfatningsdomstol (sag C-389/08, Base m.fl.). Denne omstændighed forklarer, at forslaget til afgørelse i begge sager fremsættes samme dag, eftersom de har samme genstand, om end med særegenheder, der begrunder, at de behandles adskilt.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Jf. bl.a. dom af 24.4.2008, sag C-55/06, Arcor, Sml. I, s. 2931, af 17.7.2008, forenede sager C-152/07 — C-154/07, Arcor m.fl., Sml. I. 5959, og af 13.7.2006, sag C-438/04, Mobistar, Sml. I, s. 6675.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7.3.2002 (EFT L 108, s. 51).

II — Sagens genstand

4. Europa-Kommissionen har i henhold til artikel 226 EF nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Belgien ikke har overholdt sine forpligtelser i henhold til artikel 12, stk. 1, artikel 13, stk. 1, og bilag IV, del A, i direktiv 2002/22, eftersom:

— det ikke har foretaget en konkret beregning af nettoomkostningerne ved de sociale takster, inden det kvalificerede dem som en »urimelig byrde«

— det har fastsat metoden til beregning af nettoomkostningerne ved de sociale takster i strid med direktiv 2002/22.

III — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

5. Artikel 3 i direktiv 2002/22 pålægger medlemsstaterne at sikre, at markedet for telekommunikation ikke fordrejes, navnlig ved udbud af tjenester til priser eller på betingelser, der er mere fordelagtige eller gunstige med henblik på at udføre opgaver af almen interesse. Det drejer sig således om at opfylde den såkaldte »forsyningspligt« i denne sektor samtidig med, at det sikres, at markedet fungerer på lige vilkår for alle udbydere.

6. I henhold til direktiv 2002/22 omfatter de grundlæggende ydelser: a) en tilslutning til det offentlige telefonnet på et fast sted til en rimelig pris [4], b) det fornødne antal offentlige betalingstelefoner samt alarmnumre, herunder navnlig det fælleseuropæiske alarmnummer 112, som er gratis fra alle telefoner [5], c) nummeroplysning og nummeroplysningstjenester [6] og d) visse foranstaltninger til fordel for brugere med særlige sociale behov, såsom brugere i landdistrikter eller øde områder, ældre [7], handicappede [8] og lavindkomstgrupper [9], for at de har adgang på samme betingelser som andre.

4 — Betragtning 8 og artikel 4, stk. 1.
5 — Betragtning 12 og artikel 6, stk. 1 og 3.
6 — Betragtning 11 og artikel 5.
7 — Betragtning 7.
8 — Artikel 7.
9 — Artikel 9.

7. Artikel 8 i direktiv 2002/22 vedrører udpegning af leverandører af forsyningspligten:

»1. Medlemsstaterne kan udpege en eller flere virksomheder til at varetage de i artikel 4, 5, 6 og 7 og, hvor det er muligt, artikel 9, stk. 2, omhandlede forsyningspligttjenester, således at hele det nationale område dækkes. Medlemsstaterne kan udpege forskellige virksomheder eller grupper af virksomheder til at varetage forskellige af forsyningspligtens elementer og/eller til at dække forskellige dele af deres område.

2. Når medlemsstaterne udpeger virksomheder til at varetage forsyningspligten på hele deres område eller en del heraf, skal de anvende en effektiv, objektiv, transparent og ikke-diskriminerende udpegningsmetode, der sikrer, at ingen virksomhed på forhånd er udelukket fra at blive udpeget. Sådanne udvælgelsesmetoder skal sikre, at forsyningspligten varetages på en omkostningseffektiv måde og kan anvendes som et middel til at bestemme nettoomkostningerne ved forsyningspligten, jf. artikel 12.«

1. De »sociale takster«

8. På baggrund af nødvendigheden af at tilbyde en »rimelig pris«, er de sociale takster en del af forsyningspligten, der er udtrykkeligt omfattet af EU-retten. I henhold til betragtning 10 til direktiv 2002/22 forstås der ved en »rimelig pris« en pris, »som medlemsstaterne fastlægger på nationalt plan under hensyn til særlige nationale forhold, herunder fastlæggelse af eventuelle ensartede takster uafhængigt af den geografiske placering eller særlige takstvilkår, der tager højde for mindrebemidlede brugeres behov. De enkelte forbrugeres vurdering af, hvorvidt priserne er rimelige, hænger sammen med, om de kan kontrollere deres udgifter«.

9. Artikel 9, stk. 1-3, bestemmer:

»1. De nationale tilsynsmyndigheder overvåger detailtaksternes udvikling og niveau for så vidt angår de tjenester, der i artikel 4, 5, 6 og 7 angives som værende omfattet af forsyningspligten og ydes af de udpegede virksomheder, navnlig i forhold til nationale forbrugerpriser og indkomster.

2. Medlemsstaterne kan under hensyn til de nationale forhold kræve, at udpegede virksomheder tilbyder forbrugerne takstvalgmuligheder eller -ordninger, der afviger fra dem, der tilbydes under almindelige forretningsmæssige vilkår, navnlig for at sikre, at personer med lave indkomster eller personer med særlige sociale behov ikke hindres i at få

adgang til eller anvende den offentlig tilgængelige telefonitjeneste.

3. Medlemsstaterne kan ud over eventuelle bestemmelser om, at de udpegede virksomheder skal tilbyde særlige takstvalgmuligheder, overholde prislofter, anvende en geografisk udligning eller lignende ordninger, sikre, at der ydes støtte til forbrugere, der findes at have lav indtægt eller særlige sociale behov.«

2. Finansieringen af forsyningspligten

10. Det fremgår af betragtningerne til direktiv 2002/22, at godtgørelsen til de virksomheder, der leverer forsyningspligten, ikke behøver »at medføre nogen konkurrenceforvridning«, når blot »de specifikke nettoomkostninger derved […] inddækkes på en konkurrenceneutral måde« [10]. Ud fra denne forudsætning har direktiv 2002/22 beføjet medlemsstaterne til at fastlægge ordninger til godtgørelse af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, om end kun »om nødvendigt« og »såfremt det godtgøres, at forpligtelserne kun kan opfyldes med tab til følge eller er forbundet med nettoomkostninger, der ligger uden for normal forretningsstandard« [11]. Resultatet af anvendelsen af disse kriterier er det, direktivet betegner som en »urimelig byrde« [12].

11. Under overskriften »Finansiering af forsyningspligten« angiver artikel 13 i direktiv 2002/22 metoderne til godtgørelse af omkostningerne til forsyningspligten:

»1. Såfremt de nationale tilsynsmyndigheder på grundlag af den i artikel 12 omhandlede nettoomkostningsberegning mener, at en virksomhed pålægges en urimelig byrde, skal medlemsstaterne efter anmodning fra en udpeget virksomhed beslutte at:

a) indføre en ordning, der på transparente vilkår giver den pågældende virksomhed kompensation fra offentlige midler for de beregnede nettoomkostninger, og/eller

b) dele nettoomkostningerne ved forsyningspligten mellem udbydere af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

10 — Betragtning 4.

11 — Betragtning 18.

12 — Betragtning 21.

2. Såfremt nettoomkostningerne deles i henhold til stk. 1, litra b), fastsætter medlemsstaterne en deleordning, som forvaltes af den nationale tilsynsmyndighed eller af en af de begunstigede uafhængig instans under de nationale tilsynsmyndigheders tilsyn. Kun de i henhold til artikel 12 fastlagte nettoomkostninger ved de i artikel 3-10 omhandlede forpligtelser kan finansieres.

3. En deleordning skal overholde principperne om transparens, mindst mulig konkurrenceforvridning, ikke-diskriminering og proportionalitet, jf. principperne i bilag IV, del B. Medlemsstaterne kan vælge ikke at kræve bidrag fra virksomheder, hvis nationale omsætning ikke overstiger en fastsat grænse.

4. Eventuelle udgifter i forbindelse med deling af omkostningerne ved forsyningspligten skal udskilles fra de øvrige udgifter og anføres særskilt for hver enkelt virksomheds vedkommende. Sådanne udgifter kan ikke pålægges eller afkræves virksomheder, der ikke udbyder tjenester i den medlemsstat, der har indført den pågældende deleordning.«

3. Nettoomkostningen ved varetagelsen af forsyningspligten.

12. Artikel 12 i direktiv 2002/22 fastsætter under henvisning til »Beregning af omkostninger ved forsyningspligt« følgende regler:

»1. Hvis de nationale tilsynsmyndigheder finder, at varetagelsen af forsyningspligten, som den er fastlagt i artikel 3-10, kan udgøre en urimelig byrde for virksomheder med forsyningspligt, beregner de nettoomkostningerne herved.

De nationale tilsynsmyndigheder skal med henblik herpå:

a) beregne nettoomkostningerne ved den pågældende forsyningspligt, idet der tages hensyn til eventuelle markedsfordele, som en virksomhed, der udpeges til at varetage forsyningspligt, nyder godt af, jf. bilag IV, del A, eller

b) anvende de nettoomkostninger ved varetagelse af forsyningspligt, der bestemmes ved den i artikel 8, stk. 2, omhandlede udpegningsmetode.

2. De regnskaber og/eller oplysninger, der ligger til grund for beregningen af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, jf. stk. 1, litra a), kvalitetskontrolleres eller verificeres

af den nationale tilsynsmyndighed eller en af de berørte parter uafhængig instans, der er godkendt af den nationale tilsynsmyndighed. Omkostningsberegningen og kvalitetskontrollens konklusioner er offentlig tilgængelig.«

13. Endelig fastsætter del A i bilag IV følgende:

»[…] Nettoomkostningerne ved forsyningspligten beregnes som forskellen mellem de nettodriftsomkostninger, en udpeget virksomhed har med denne pligt, og de nettodriftsomkostninger, den ville have uden denne pligt. Dette gælder, uanset om den pågældende medlemsstats net er fuldt udbygget eller stadig under etablering eller udbygning. Der lægges vægt på, at omkostninger, som den udpegede virksomhed ville have valgt at undgå, hvis der ikke havde været nogen forsyningspligt, vurderes så korrekt som muligt. Der tages ved beregningen af nettoomkostningerne højde for de fordele, herunder immaterielle fordele, der kommer forsyningspligtudbydere til gode.

Beregningen baseres på de omkostninger, der kan henføres til:

i) elementer af de pågældende tjenester, som kun kan udbydes med tab eller på omkostningsbetingelser, der falder uden for almindelige forretningsmæssige standarder.

Dette kan f.eks. omfatte adgang til alarmtjenester, visse offentlige betalingstelefoner, bestemte tjenester eller udstyr til handicappede mv.

ii) bestemte slutbrugere eller grupper af slutbrugere, som, under hensyntagen til omkostninger og indtægter ved bestemte net- og tjenesteudbud samt eventuelle af medlemsstaten foreskrevne, geografisk bestemte gennemsnitstakster, kun kan betjenes med tab eller på omkostningsbetingelser, der falder uden for almindelige forretningsmæssige standarder.

Dette omfatter f.eks. slutbrugere eller grupper af slutbrugere, som ikke ville blive betjent af en kommerciel operatør uden forsyningspligt.

Nettoomkostningerne ved bestemte aspekter af forsyningspligten beregnes særskilt for at undgå at medregne eventuelle direkte eller indirekte fordele og omkostninger to gange. Forsyningspligtens samlede nettoomkostninger beregnes for alle virksomheders vedkommende som summen af nettoomkostningerne ved forsyningspligtens enkelte komponenter iberegnet eventuelle immaterielle fordele. Den nationale tilsynsmyndighed har ansvar for at kontrollere, at nettoomkostningerne er korrekt beregnet.«

B — *Belgisk ret*

14. Lov af 13. juni 2005 om elektronisk kommunikation [13], som ændret ved lov af 25. april 2007 [14] (herefter »loven af 2005 med senere ændringer«), fastsætter en ordning for finansiering af forsyningspligten, hvorved der sondres mellem sociale takster og øvrige omkostninger ved forsyningspligten.

1. Finansiering af de sociale takster

15. Artikel 74 i loven af 2005 med senere ændringer indeholder de grundlæggende principper, som regulerer godtgørelserne mellem udbyderne, hvori der tages hensyn til, at et socialt element i forsyningspligten består i, at »visse kategorier af modtagere tilbydes særlige takstvilkår« [15].

16. Det tilkommer Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (det Belgiske Institut for Post og Telekommunikation, herefter »BIPT«) en gang om året for ministeren at fremlægge en oversigt over operatørernes relative andel af det samlede antal »sociale abonnenter« i forhold til deres markedsandel på markedet for offentligt tilgængelige telefonitjenester [16].

17. Godtgørelse for »sociale takster« betales af en fond, der er en juridisk person og drives af BIPT, når den pågældende udbyder har anmodet BIPT herom [17].

18. For at kompensere for byrderne til de »sociale kunder«, som hvert selskab påtager sig, fastsætter artikel 74, stk. 6 og 7, at der tildeles midler i forhold til selskabets samlede omsætning. Godtgørelsen skal betales straks, idet den faktiske ydelse af godtgørelse gennem fonden dog finder sted, så snart fonden er i drift, eller senest et år efter artikel 74's ikrafttræden [18].

19. Nettoomkostningerne ved »sociale takster« beregnes for hver udbyder, der anmoder herom, af BIPT i henhold til den metode, der er fastsat i bilaget [19].

20. BIPT kan således fastsætte reglerne for beregning af omkostningerne og godtgørelsen inden for denne lovs rammer [20].

21. I henhold til artikel 45a i nævnte bilag svarer beregningen af nettoomkostningerne ved de sociale takster til forskellen mellem

13 — *Moniteur belge* af 20.6.2005.
14 — *Moniteur belge* af 8.5.2007.
15 — Artikel 74, stk. 1.
16 — Artikel 74, stk. 3.
17 — Artikel 74, stk. 4.
18 — Artikel 74, stk. 8.
19 — Dette er udtrykkeligt fastsat i artikel 45a i bilaget til lov af 13.6.2005, indført ved artikel 200 i loven af 2005 med senere ændringer.
20 — Artikel 74, stk. 10.

den indtægt, som virksomheden med sociale takster ville kunne opnå under normale økonomiske vilkår, og den indtægt, der rent faktisk opnås på grundlag af de sociale nedsættelser, der er fastsat ved denne lov til fordel for de personer, der begunstiges af de sociale takster. Endvidere er der fastsat en overgangsregel, hvorefter godtgørelsen (når den kan ydes), som inden for de første fem år efter lovens ikrafttræden tildeles den oprindelige udbyder, skal nedsættes med en procentsats, der fastsættes af BIPT på grundlag af indirekte gevinster, hvorved beregninger, som BIPT allerede har foretaget ved fastsættelsen af nettoomkostningerne ved de sociale takster, lægges til grund.

22. Artikel 202 i loven af 2007 indeholder en fortolkning af sidste stykke i artikel 74 i loven af 2005 med senere ændringer, hvorefter fondens tilbagebetalinger er umiddelbart skyldige. Det angives i nævnte artikel 202, at den belgiske lovgiver under forberedelsen af loven om telekommunikation af 13. juni 2005 på anmodning fra den oprindelige udbyder af forsyningspligten, og efter at BIPT havde fastsat nettoomkostningerne ved denne tjeneste, som national tilsynsmyndighed vurderede de byrder, der vedrørte den tidligere monopolhaver. Den belgiske lovgiver fastslog således, at enhver ved denne beregning konstateret situation, der fører til et underskud som følge af varetagelsen af forsyningspligten, var urimelig og dermed udgjorde en »urimelig byrde«.

23. Reglerne for virkningen af de sociale takster blev fastsat ved »kongelig anordning« af 20. juli 2006 [21], hvis artikel 4, stk. 3, bestemmer, at fonden beregnede godtgørelsen under hensyn til størrelsen af de nedslag, hver udbyder indrømmede de begunstigede, antallet af begunstigede samt antallet af ydelsesdage. Disse bestemmelser blev ændret ved loven af 25. april 2007.

2. Rabatterne i forbindelse med de sociale takster.

24. Artikel 22 i bilaget til loven af 13. juni 2005 fastsætter betingelserne for at være begunstiget af sociale takster [22].

25. I denne lovs artikel 38 specificeres de takstnedslag, som denne del af forsyningspligten indebærer, idet der tages udgangspunkt i en mindsteopkrævning (»mindst«, som det er udtrykt i bestemmelsen) af normaltaksten, som alt efter de begunstigede kan udgøre 50% af normaltaksten for forbindelsen til det offentlige telefonnet på et bestemt sted

21 — *Moniteur belge* af 8.8.2006.

22 — Bl.a. og forudsat at de opfylder de øvrige betingelser i henhold til artikel 22, ældre over 65 år, personer over 18 år med en invaliditetsgrad på mindst 66%, personer, der modtager indslusningsydelse, personer, der er omfattet af en af kongen vedtaget beslutning, samt blinde krigsveteraner.

eller i en nedsættelse af de faste udgifter til abonnementet eller opkaldsudgifterne alt efter de perioder, for hvilke beregningen foretages, og alt efter, om der betales en eller flere udbydere. På samme måde foreskrives der for visse kundetyper et betalingskort på 6,20 EUR i to måneder.

Endvidere bestemmes det, at de pågældende udbydere, som har indgivet en ansøgning til BIPT herom, for hver enkelt del af forsyningspligten — med undtagelse af de sociale takster — skal modtage godtgørelse fra fonden.

3. Finansieringen af de øvrige omkostninger ved forsyningspligten

26. Afsnit IV, kapitel I, del 7, i loven af 13. juni 2005 henviser i artikel 92-95 til fonden for forsyningspligten. De konkrete finansieringsordninger er detaljeret angivet i del 8 [23].

27. I henhold til artikel 100 beregner BIPT årligt på baggrund af passende meddelelse af oplysninger fra hver udbyder af forsyningspligten nettoomkostningerne ved denne pligt, hvorved den ser bort fra de sociale takster, hvilken beregning er genstand for en detaljeret offentliggørelse.

28. Artikel 101 i loven om elektronisk kommunikation udelukker i overensstemmelse med affattelsen af loven af 25. april 2007 de sociale takster fra sit anvendelsesområde, idet disse takster er underlagt et andet regelsæt.

29. Artikel 203 i loven af 25. april 2007 fortolker denne beføjelse, idet det påpeges, at lovgiver »i forbindelse med udarbejdelsen af lov af 13. juni 2005 om elektronisk kommunikation i lyset af de krav, der er fastsat i det europæiske direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og på grundlag af en ansøgning herom fra den etablerede udbyder af forsyningspligten og efter instituttets fastsættelse af nettoomkostningerne ved forsyningspligten, i sin egenskab af national tilsynsmyndighed har vurderet byrdens urimelighed. I den henseende har lovgiver, hvilket Raad van State i øvrigt har bekræftet, lagt til grund, at for så vidt som alle indirekte gevinster er taget i betragtning, herunder sådanne immaterielle gevinster, der måtte opstå som følge af levering af tjenesteydelsen, udgør enhver situation, der fremkommer ved denne beregning, der fører til et underskud, en urimelig byrde, og denne skal bæres af alle berørte virksomheder«.

IV — Den forudgående administrative procedure og retsforhandlingerne for Domstolen

30. Den 15. december 2006 udtrykte Kommissionen over for Kongeriget Belgien tvivl om, hvorvidt telekommunikationsloven af 2005 var forenelig med artikel 12, stk. 1, og

23 — Artikel 96-102.

artikel 13, stk. 1, samt bilag IV, del A, i direktiv 2002/22.

31. Den belgiske regering meddelte i sit svar den 16. februar 2007, at den var uenig med Kommissionen, og at direktivet var korrekt gennemført. De belgiske myndigheder oplyste ved denne skrivelse om ændringer til loven af 2005, som faktisk blev foretaget ved loven af 2007, hvilket fik Kommissionen til at trække visse klagepunkter fra sin anfægtelse og blot opretholde sin tvivl om godtgørelsen af omkostningerne skabt i forbindelse med de sociale takster.

32. Den 27. juni 2007 tilsendte Kommissionen Kongeriget Belgien en begrundet udtalelse, som sidstnævnte ikke besvarede, hvilket førte til anlæggelsen af nærværende søgsmål den 22. maj 2008 i henhold til den daværende artikel 226, stk. 2, EF.

33. Efter indleveringen af stævningen og svarskriftet har Kommissionen indleveret en replik, som Kongeriget Belgien har besvaret ved en duplik.

34. Der blev afholdt fælles retsmøde i sagen vedrørende dette traktatbrudssøgsmål og den præjudicielle forelæggelse i sag C-389/08 den 17. marts 2010. I retsmødet deltog repræsentanter fra Kongeriget Belgien og Kommissionen, hvorefter sagen er moden til fremsættelse af dette forslag til afgørelse.

V — Bedømmelse

A — *Indledning og foreløbige bemærkninger*

35. I Belgien er alle udbydere af telekommunikationstjenester forpligtet til at anvende sociale takster i forhold til alle, der har ret til at være omfattet heraf. Derimod gælder resten af de forpligtelser, der er omfattet af forsyningspligten, ikke for alle virksomhederne, men udelukkende for visse.

36. Med henblik på den økonomiske godtgørelse for de sociale takster fordeler den belgiske retsorden denne byrde på alle selskaberne ved at oprette en fond, som drives på grundlag af de takstnedslag, som hver udbyder tilbyder, i forhold til dennes andel af den samlede omsætning på markedet. Såfremt udbyderen påtager sig færre end dem, der påhviler selskabet, skal det betale denne forskel til fonden. Såfremt selskabet derimod hæmmes af en andel »ikke-rentable kunder«, der overstiger dette forhold, har denne udbyder ret til at modtage en godtgørelse for denne forskel fra fonden.

37. Parallelt med denne godtgørelsesordning for de sociale takster findes en anden fond, der har til formål at finansiere de øvrige omkostninger ved forsyningspligten.

38. Kommissionen har understøttet sit første traktatbrudsanbringende ved at anføre, at den belgiske finansieringsordning af de sociale takster er i strid med direktiv 2002/22, eftersom den ved omtalen af en »urimelig byrde« ikke foreskriver en konkret beregning af nettoomkostningerne ved de sociale takster, men automatisk foretager denne kvalificering ved en lov, der er fortolket med tilbagevirkende kraft af en senere lov.

39. Kommissionen har ved sit andet traktatbrudsanbringende foreholdt Belgien, at landets ordning til beregning af nettoomkostningerne ved de »sociale takster« er uforenelig med direktiv 2002/22, idet den nævner et anderledes begreb for »nettoomkostninger« end det i direktivet fastsatte, og idet der i beregningen heraf ikke tages hensyn til immaterielle fordele.

40. Den belgiske regering har afvist, at den ikke har beregnet nettoomkostningerne, inden den har kvalificeret tilstedeværelsen af en »urimelig byrde«, idet den har anført, at den i 2003 vurderede nettoomkostningerne ved Belgacoms forpligtelser som følge af forsyningspligten, hvilken virksomhed på dette tidspunkt var ene om at bære disse. Belgien har endvidere gjort gældende, at direktiv 2002/22 foreskriver en abstrakt beregningsordning, uden at det er nødvendigt, at den gentages for hver udbyder. Endelig har Belgien gjort gældende, at dette direktiv ikke er til hinder for en økonomisk vurdering udført på grundlag af den rentabilitet, der ikke længere opnås som følge af anvendelsen af disse fordele.

41. For at afklare ovennævnte tvivl er det nødvendigt at forholde sig til artikel 12 og 13 i direktiv 2002/22 for at afdække deres rækkevidde og de formål, de forfølger. Denne vurdering er endvidere nyttig med henblik på behandling af både det første og det andet af Kommissionens traktatbrudsanbringender.

42. Som nævnt ovenfor indfører direktiv 2002/22 nogle engangsforanstaltninger hvad angår de forpligtelser, der som følge af forsyningspligten bliver urimelige for virksomhederne, men det fastsætter reelt ikke en samlet finansieringsordning. På trods af at forpligtelserne ved forsyningspligten er heterogene og svarer til dens særlige kendetegn, følger det af direktiv 2002/22, at fastsættelsen samt kontrollen og vurderingen af omkostningerne ved forsyningspligten skal foretages af medlemsstaterne ved at følge nogle principper om individuel bedømmelse, konkret bedømmelse og jævnlig kontrol.

1. Individuel bedømmelse

43. Belgien har gjort gældende, at den vurdering af den økonomiske indsats, der behøves for at varetage forsyningspligten, kræver en overordnet og bred vurdering. Det er Belgiens opfattelse, at en ordning som fastsat i direktivet kan medføre, at visse virksomheder ikke opnår støtte, hvis de ikke anmoder herom, eller hvis deres omkostninger er rimelige, hvorved der skabes en ulige behandling, hvilket er i strid med de forfulgte formål.

44. Denne påstand er ikke overbevisende.

45. For det første mister argumentet styrke, idet direktivet giver mulighed for — men ikke forpligter til — at anmode om godtgørelse som følge af den »urimelige byrde«. For det andet er ikke alle de byrder, som følger af forsyningspligten, nødvendigvis »urimelige«.

46. Direktivet forpligter medlemsstaterne til, at de tager hensyn til hver udbyders strategiske stilling og økonomiske evne, uden at der i princippet foretages en generel matematisk beregning, der støttes på oplysninger fra en enkelt virksomhed. Et godt eksempel herpå er, at betragtning 21 bemærker, at »[…] [n]år omkostningerne dækkes gennem gebyrer, der pålægges markedsaktørerne, bør medlemsstaterne sikre, at gebyrerne fordeles ud fra objektive og ikke-diskriminerende kriterier og i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Dette princip hindrer ikke medlemsstaterne i at undtage nye markedsaktører, der endnu ikke har vundet tilstrækkelig fodfæste på markedet […]«, og at »navnlig fondsbaserede ordninger skal baseres på principperne om ikke-diskriminering og proportionalitet […]«.

2. Konkret bedømmelse

47. Den i ovenstående punkt gengivne argumentation fører til en konkret bedømmelse af byrdens berettigelse, dvs. i forhold til hver af de forpligtelser, der er omfattet af forsyningspligten, i stedet for, at den vurderes abstrakt.

48. Domstolen har i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig [24], selv om den tog stilling til det tidligere direktiv, bemærket, at alene de omkostninger, »der er den direkte følge af leveringen af disse ydelser«, kan tages i betragtning ved opgørelsen af omkostningerne, hvorved det udledes, at »direktiv 97/33 forbyder, at bestanddele af nettoomkostningerne ved forsyningspligten fastsættes skønsmæssigt eller upræcist, uden at der foretages en specifik beregning«.

24 — Domstolens dom af 6.12.2001, sag C-146/00, Sml. I, s. 9767, præmis 60.

49. På den anden side følger det af bilag IV, del A, til direktiv 2002/22, at »nettoomkostningerne ved bestemte aspekter af forsyningspligten beregnes særskilt […] Forsyningspligtens samlede nettoomkostninger beregnes for alle virksomheders vedkommende som summen af nettoomkostningerne ved forsyningspligtens *enkelte komponenter*« [25].

50. Således tilskynder betragtning 24 til direktiv 2002/22 de nationale tilsynsmyndigheder til at sikre sig, at virksomheder, der modtager godtgørelse afledt af forsyningspligten, fremlægger »oplysninger om de støtteberettigede elementer, der er tilstrækkelig detaljerede til at begrunde deres anmodning«. Betragtning 24 konstaterer ligeledes, at »de udpegede virksomheder [kan have] en interesse i at fastlægge nettoomkostningerne ved forsyningspligten så højt som muligt«, hvorved det for at fjerne enhver fristelse tilpligter medlemsstaterne at skabe »reel åbenhed om og mulighed for at kontrollere de beløb, der opkræves til finansiering af forsyningspligten« [26].

51. Den omstændighed, at de såkaldte tillægsydelser til forsyningspligten er styret af rentabilitetskriteriet uden at »pålægge en kompensationsordning, der omfatter bestemte virksomheder« [27], underbygger efter min opfattelse, at opdelingen af beregningen fungerer som et instrument til at undgå muligt svig som f.eks. at lade tillægselementer til forsyningspligten være omfattet af finansieringen eller anvendelsen af såkaldt »krydssubsidiering«.

3. Jævnlig kontrol

52. Kongeriget Belgien har i overensstemmelse med sin indstilling vedrørende vurderingens enkeltstående karakter gjort gældende, at der, når der er indført økonomisk neutralitet ved betalingerne til fonden, ikke er behov for at gennemføre nye analyser af, om byrderne er urimelige, hvilket efter Belgiens opfattelse imidlertid ikke er til hinder for en årlig ajourføring [28].

25 — Mine fremhævelser.

26 — Generaladvokat Geelhoed er mere direkte i sit forslag til afgørelse fremsat den 7.6.2001 i nævnte sag Kommissionen mod Frankrig, idet han udtaler, at det, der kræves, »[n]år det kommer til stykket, er […] et tilsyn med de tidligere monopolvirksomheder, som indtager en dominerende stilling på markedet, og som på baggrund af denne dominerende stilling alene har øje for, om de pågældende omkostninger, der skal opkræves, har betydning for deres lønsomhed. Det er klart, at disse operatører ikke har nogen interesse i at sætte disse omkostninger for lavt […]«.

27 — Artikel 32 i direktiv 2002/22, der er bebudet ved betragtning 25 hertil: »[…] Medlemsstaterne kan ikke kræve, at markedsaktørerne bidrager til foranstaltninger, der ikke indgår i forsyningspligten. De enkelte medlemsstater har ret til at indføre særforanstaltninger (som ikke er omfattet af forsyningspligten) og finansiere dem i overensstemmelse med EF-lovgivningen, men de må ikke finansiere dem via bidrag fra markedsaktørerne.«

28 — I henhold til artikel 45a i den belgiske lov om telekommunikation.

53. Denne vurdering synes at fornægte dynamikken ved de med forsyningspligten forbundne forpligtelser, som i henhold til direktiv 2002/22 »bør revurderes løbende for at foreslå ændringer eller omdefinere omfanget [alt efter] ændringer i de samfundsmæssige, erhvervsmæssige og teknologiske forhold« [29]. Det tilføjes i direktivet desuden, at »ændringer i omfanget [automatisk betyder], at eventuelle nettoomkostninger kan finansieres ved hjælp af de metoder, der er tilladt ifølge direktivet« [30].

54. Såfremt der indføres nye forpligtelser i forsyningspligten, eller der viser sig virksomheder, som tidligere ikke blandede sig i dens varetagelse, vil der følgelig opstå andre omkostninger, som vil kræve en ny vurdering. Denne betragtning tilsigter, at de nationale tilsynsmyndigheder studerer, hvordan hver virksomhed skal bære omkostningerne under de nye omstændigheder, og således afgør, om disse omkostninger endeligt udgør en »urimelig byrde« i sammenligning med den tidligere situation.

B — *Om det første traktatbrudsanbringende*

55. Ved nærmere undersøgelse har Kommissionen i det første anbringende anført, at der ikke er foretaget en foregående gennemgang med henblik på at afgøre, om varetagelsen af forsyningspligten er for byrdefuld for hver telekommunikationsudbyder. Imidlertid henvises i den belgiske regerings forklaringer til den omstændighed, at denne analyse er foretaget, og udelukkende for Belgacom, der var den eneste tilstedeværende udbyder på dette tidspunkt. Endvidere omfattede beregningen alle de forpligtelser ved forsyningspligten, som skulle opfyldes, og ikke udelukkende de sociale takster.

56. Den belgiske regering har anerkendt, at der, indtil loven af 25. april 2007 trådte i kraft, ikke fandtes den udtrykkelige erklæring, hvorved det fastslås, at nettoomkostningerne ved de sociale takster udgør en »urimelig byrde« som omhandlet i direktiv 2002/22. Den formelle erklæring blev først fremsat ved vedtagelsen af artikel 202 i nævnte lov af 2007, som ved fortolkning skulle bringe en situation med usikker retsstilling til ophør. Ved de første indledende kontakter i denne tvist erklærede Belgien ved lov, at dens lovgivning af 2005 fastslog, at anvendelsen af sociale takster altid udgjorde en urimelig byrde. Med henblik herpå benyttede lovgiver i 2005 den beregning af nettoomkostningerne, der blev udført i 2003 og ajourført i 2005, på *alle* Belgacoms forpligtelser ved forsyningspligten. Kongeriget Belgien har gjort gældende, at beslutningen om, at byrden var urimelig, herved

29 — Artikel 15 i direktiv 2002/22 og betragtning 15 hertil.
30 — Betragtning 25 til direktiv 2002/22.

først blev truffet af lovgiver, efter at BIPT havde gennemført en undersøgelse.

57. Artikel 12 i direktiv 2002/22 fastsætter nemlig en vurderings- og beregningsordning, der går forud for erklæringen om, at der foreligger en »urimelig byrde«. Som Kommissionen har beskrevet, oprettede den belgiske lovgiver en godtgørelsesordning, som undlod at omtale den urimelige karakter af omkostningerne ved forsyningspligten, der senere blev fulgt af en fortolkning med tilbagevirkende kraft. I mit forslag til afgørelse i sag C-389/09 har jeg bemærket betydningen af den indledende vurderings- og beregningsfase i betragtning af retssikkerheden og den tekniske upartiskhed, som de nationale tilsynsmyndigheder sikrer. I betragtning af de formål, erklæringen af en »urimelig byrde« forfølger, og rækkevidden af artikel 12 i direktiv 2002/22, udgør et indgreb som det i 2007 foretagne, hvorved en lovgivningsbeslutning fra 2005 fortolkes ved lov, en adfærd, der er uforenelig med nævnte direktiv.

58. Kommissionen har i sin stævning alligevel anført, at erklæringens retlige karakter ikke udgør kernen i dens betænkelighed. Den omstændighed, der ligger til grund for denne sag, er den manglende forudgående beregning, sammenholdt med den omstændighed, at erklæringen i 2005 og 2007 er af generel karakter og vanskelig at efterprøve.

59. Vedrørende dette spørgsmål har jeg allerede i punkt 42-54 i dette forslag til afgørelse bemærket, at den i direktivets artikel 12 fastsatte ordning pålægger — om end stiltiende — de betingelser om individuel bedømmelse, konkret bedømmelse og jævnlig kontrol, som skal overholdes ved anvendelsen af nævnte regel. Som allerede bemærket, var disse kendetegn fraværende ved Kongeriget Belgiens fremgangsmåde, da det fremsatte erklæringen om en »urimelig byrde«. Dermed, og idet lovgiver handlede således, at anvendelsen af kriterierne om individuel bedømmelse, konkret bedømmelse og jævnlig kontrol blev vanskeliggjort, finder jeg, at Kommissionens første anbringende er begrundet.

C — *Om det andet traktatbrudsanbringende*

60. Kommissionen har inddelt det andet traktatbrudsanbringende i to underanbringender, hvoraf det ene vedrører metoden til beregning af »nettoomkostningerne« ved de sociale takster, og det andet vedrører inkluderingen af immaterielle fordele i denne beregning. Hvor det foregående anbringende vedrørte fortolkningen af artikel 12 i direktiv 2002/22, vedrører det andet anbringende dermed fordelingsordningen i henhold til artikel 13, hvor kriterierne om individuel bedømmelse, konkret bedømmelse og jævnlig kontrol ligeledes skal tages i betragtning.

1. Om definitionen af »nettoomkostningerne« og særegenhederne ved beregningen anvendt på de sociale takster

61. Ifølge Kommissionen er den belgiske måde at finansiere forsyningspligten på i strid med direktiv 2002/22, idet den har foretaget en samlet vurdering af de oplysninger, der udelukkende vedrørte Belgacom — den tidligere monopolhaver — og har overført den på de øvrige virksomheder uden at undersøge deres særlige omstændigheder. Således udgør de »sociale takster« i den sagsøgte medlemsstat altid og i forhold til alle udbydere en »urimelig byrde«. Eftersom denne konklusion er støttet på en beregningsmetode, som efter Kommissionens opfattelse er urigtig, foreholdes Kongeriget Belgien en tilsidesættelse af artikel 12, stk. 1, og artikel 13, stk. 1, samt bilag IV, del A, i direktiv 2002/22.

62. Den sagsøgte medlemsstat har gjort gældende, at støtten til forsyningspligten ikke skal baseres på en jævnlig undersøgelse af, om byrden er urimelig, hvilket kan føre til »indrømmelsen af en godtgørelse«. Kongeriget Belgien mener derimod, at det er tilstrækkeligt, at omkostningerne undersøges en enkelt gang med henblik på at »oprette en almindelig finansieringsordning«.

63. Direktiv 2002/22 foreskriver, at konkurrencen også skal indfinde sig på de »geografisk eller økonomisk ugunstigt stillede« områder. Den belgiske regering har anført de fordele, som dens model til regulering af de sociale takster har i forhold til konkurrencen, idet den har støttet sig på følgende argument: Såfremt en udbyder tiltrækker flere sociale abonnenter, end der tilkommer den i forhold til dens omsætning, modtager den en godtgørelse fra fonden, men hvis den ikke styrker sin tiltrækning, skal den betale for den del, den ikke påtager sig. Således er det konkurrencen, der fordeler disse kunder.

64. Analysen af dette anbringende, som er støttet på udviklingen af konkurrencen mellem udbyderne, skal ske i betragtning af de særlige omstændigheder, der kendetegner ydelsen af sociale takster i Belgien, men idet der som relevant og overordnet ramme tages hensyn til betingelserne om individuel bedømmelse, konkret bedømmelse og jævnlig kontrol, som udledes af bestemmelserne i direktiv 2002/22.

65. For det første er direktiv 2002/22 i betragtning af dets artikel 8 ikke til hinder for, at alle telekommunikationsvirksomhederne i en medlemsstat samarbejder om varetagelsen af en del af forsyningspligten, som det sker i Belgien for så vidt angår de sociale takster. For det andet er finansieringsordningen, som er indført i Belgien, inspireret af artikel 13, stk. 1, litra b), i direktiv 2002/22.

Denne bestemmelse fastsætter til forskel fra artikel 13, stk. 1, litra a), ikke godtgørelse med offentlige midler til en virksomhed, men en fordeling af nettoomkostningerne ved forsyningspligten »mellem udbydere af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester«.

66. Kort sagt forudsætter denne fordelingsordning altså reelt en selvfinansiering: Der er egentlig tale om at fordele byrden ikke blot blandt de udbydere, der har påtaget sig den tilsvarende forpligtelse ved forsyningspligten, men ligeledes blandt dem, der ikke er blevet udpeget hertil.

67. Ud fra denne forudsætning relativiseres behovet for en tidligere vurdering af omkostningerne, når *alle* de virksomheder, der udbyder tjenesten, påtager sig den tilhørende forsyningspligt (i dette tilfælde de sociale takster). Eftersom nettoomkostningerne ved de sociale takster svarer til godtgørelsen for denne takst på markedet, er den individuelle og konkrete beregning endvidere ikke uundværlig for at sikre den frie konkurrence.

68. Denne idé ville derimod ikke være gældende, såfremt der var en udbyder (selv om det blot var en enkelt), der ikke var underlagt forpligtelsen til at anvende sociale takster, eller i forhold til en situation, hvor forpligtelsen til forsyningspligten ikke gav mulighed for nogen matematisk beregning til forskel fra, hvad der gælder for de sociale takster. Under disse omstændigheder vil anvendelsen af den samme målestok af forholdet »markedsandel-sociale kunder« uden en forudgående vurdering af omkostningerne kunne fremkalde overkompenseringer eller underkompenseringer til gavn for en eller flere udbydere og herved konkurrencefordrejning. Resultatet er klart i strid med direktiv 2002/22 og ville med endnu større sandsynlighed kunne forekomme i Belgien, hvor den oprindelige udbyder, som det entydigt ses, påtager sig ca. 96% af de sociale takster.

69. Påtagelse af andre forpligtelser ved forsyningspligten end de sociale takster forudsætter nemlig for nogle udbydere en opofrelse af en vis økonomisk størrelse, mens den for andre ikke ville gå ud over deres endelige rentabilitet. Det hele afhænger af hver udbyders økonomiske soliditet og naturligvis deres stilling på markedet.

70. Det er iøjnefaldende, at Kongeriget Belgien er bevidst om denne risiko, eftersom artikel 100 i telekommunikationsloven inden for de særlige kendetegn, som forekommer i tilfældet med sociale takster, foreskriver, at BIPT på baggrund af passende meddelelse af oplysninger fra hver udbyder af forsyningspligten årligt beregner nettoomkostningerne

ved denne pligt. Denne beregning er genstand for en detaljeret offentliggørelse.

71. På baggrund af det ovenstående finder jeg, at den første del af Kommissionens andet traktatbrudsanbringende er ugrundet.

2. Om beregningen af de immaterielle fordele

72. Som Kommissionen har anført, henviser direktiv 2002/22 i betragtning 20 hertil udtrykkeligt til de immaterielle fordele, hvorefter »en skønnet pengeværdi af de indirekte fordele, som en virksomhed opnår som følge af sin stilling som forsyningspligtleverandør, bør fratrækkes den direkte nettoomkostning ved forsyningspligten for at kunne bestemme den samlede omkostningsbyrde«.

73. Bekymringen for opgørelsen af de immaterielle fordele er ligeledes afspejlet i bilag IV, del A, som ved at bemærke, »at nettoomkostningerne ved bestemte aspekter af forsyningspligten beregnes særskilt«, afklarer, at man skal »undgå at medregne eventuelle direkte eller indirekte fordele og omkostninger to gange«. Endelig omtales endvidere i bilaget hensyntagen til »immaterielle fordele« med henblik på at beregne de samlede nettoomkostninger ved forsyningspligten.

74. Domstolen afviste ligeledes i dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor [31], at der kunne opstå denne type fordele, der skabes af varetagelsen af forsyningspligten. Det skal nemlig ikke afvises, at hver udbyder anvender et særskilt præget mærke på markedet, hvis omdømme kan bedres alt efter, hvordan disse ydelser udbydes.

75. Disse fordele er forbigået i belgisk lovgivning, eftersom det er bevist, at der ved analysen udelukkende blev taget hensyn til Belgacoms omkostninger, uden at der foreligger nogen forskrifter i forhold til de øvrige udbydere eller for så vidt angår eventuelle fremtidige vurderinger.

76. På denne baggrund er Kommissionens andet anbringende begrundet, idet den metode, Belgien har opfundet for at beregne nettoomkostningerne ved de sociale takster, ikke tager højde for muligheden for at inkludere disse indirekte fordele.

31 — I præmis 76 insisteres på forpligtelsen til at medregne disse immaterielle fordele.

3. Sammenfatning

77. Som beskrevet i punkt 48-59 i dette forslag til afgørelse, skal beregningen af nettoomkostningerne generelt og med henblik på at fordele hver enkelt virksomheds ansvar i kompensationsfondene ske i henhold til kriterierne om individuel bedømmelse, konkret bedømmelse og jævnlig kontrol, hvilket ikke er sket i denne sag, hvorfor Kommissionens første anbringende er velbegrundet.

78. Nødvendigheden af, at beregningen går forud for den egentlige erklæring om, at byrden i givet fald er urimelig, skal ligeledes iagttages i de tilfælde, hvor ikke alle udbydere, såfremt der vælges en fordelingsordning af byrderne som fastsat i artikel 13, stk. 1, litra b), i direktiv 2002/22, varetager en bestemt forpligtelse i forsyningspligten, selv om de bidrager til dens støtte. Imidlertid foreligger denne omstændighed ikke i denne sag, snarere tværtimod: Alle virksomhederne er underlagt en forpligtelse til at levere tjenesten, og alle bringer midler til ordningen. I dette tilfælde opnås beregningen af nettoomkostningerne ved en matematisk operation, som anvendes ensartet på alle de berørte udbydere. Kommissionen har i forhold til ovenstående ikke godtgjort, at nettoomkostningerne ved de sociale takster skal opnås ved en anden beregningsmetode end den af Belgien foreslåede. Såfremt der hertil lægges, at alle udbyderne bidrager til at levere tjenesten, idet de alle alligevel er forpligtede til at tilbyde den, og at de sammen bidrager til dens finansiering, fastslår jeg, at andet anbringendes første led ikke kan tages til følge.

79. Alligevel og af de årsager, der er anført i punkt 72-74 i dette forslag til afgørelse, skal Kommissionens andet anbringendes andet led godtages, for så vidt som Kongeriget Belgien ved beregningen af nettoomkostningerne ved de sociale takster ikke tager hensyn til de indirekte fordele, der følger af at yde disse.

VI — Sagens omkostninger

80. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, kan Domstolen, hvis der gives delvis medhold i sagen, fordele omkostningerne mellem parterne eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger.

81. Da Kommissionen kun vil få medhold i et af sine anbringender mod Kongeriget Belgien, hvis Domstolen følger mit forslag, bør hver part af billighedsgrunde bære sine egne omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

82. Herefter foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Det fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 12, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, idet det ikke på det krævede tidspunkt og under de beskrevne omstændigheder har fremsat erklæringen om »urimelig byrde«.

2) Det fastslås, at Kongeriget Belgien

— ikke har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 12, stk. 1, og artikel 13, stk. 1, samt bilag IV, del A, i direktiv 2002/22 ved at fastsætte en ordning for beregningen af nettoomkostningerne ved de sociale takster, som svarer til forskellen mellem den indtægt, som udbyderen ville kunne opnå under normale markedsvilkår, og den indtægt, der rent faktisk opnås fra de af de sociale takster begunstigede personer

— har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 12, stk. 1, og artikel 13, stk. 1, samt bilag IV, del A, i direktiv 2002/22, idet det har fastsat en ordning til beregning af nettoomkostningerne, der ikke tager hensyn til de immaterielle fordele afledt af leveringen af tjenesten.

3) Hver part bærer sine egne omkostninger.«