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

I — Indledning

1. Belgiens Grondwettelijk Hof (forfatningsdomstol) har anmodet Domstolen om at udtale sig om rækkevidden af bestemmelserne i direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt i telekommunikationssektoren[2], som fastsætter regler for godtgørelse af omkostninger ved forsyningspligt. Nærmere bestemt skal Domstolen afgøre, om nævnte direktiv, når det fortolkes i forbindelse med rammebestemmelserne, direktiv 2002/21/EF[3], giver lovgiver mulighed for at handle som en national tilsynsmyndighed og alene på grundlag af en vurdering af omkostningerne før liberaliseringen af telekommunikationsmarkedet erklære, at den mangelfulde varetagelse af en forsyningspligt udgør en »urimelig byrde«.

2. Selv om sagens genstand for den forelæggende ret er koncentreret om de belgiske regler om godtgørelse for de samlede omkostninger til forsyningspligt, synes den nationale sag hovedsageligt at vedrøre en konkret tjenesteydelse: de såkaldte sociale takster. De belgiske regler, der fastsætter en godtgørelse for denne tjenesteydelse, har nemlig ligeledes påkaldt sig Europa-Kommissionens opmærksomhed, hvilket har ført den til at anlægge et traktatbrudssøgsmål for Domstolen i sag C-222/08, Kommissionen mod Belgien, i hvilken sag jeg fremsætter et forslag samme dag som i denne sag.

3. I denne præjudicielle sag har en gruppe telekommunikationsvirksomheder for Grondwettelijk Hof anlagt en sag med påstand om, at den lov, der fastsætter regler for godtgørelse for omkostninger ved telekommunikationsforsyningspligt, er uforenelig med forfatningen. Sagsøgerne har gjort gældende, at de er udsat for forskelsbehandling i forhold til den gamle udbyder, Belgacom, idet godtgørelse for disse tjenesteydelser begunstiger dette selskab til skade for resten.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) (EFT L 108, s. 51).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT L 108, s. 33).

4. Følgelig har Grondwettelijk Hof anmodet Domstolen om en fortolkning, idet den udtaler sig om de kendetegn, EU-retten tillægger de nationale tilsynsmyndigheder, men ligeledes om den måde, hvorpå omkostningerne til forsyningspligten godtgøres i lyset af direktiv 2002/22.

II — Gældende lovgivning

A — *EU-retten*

5. Direktiv 2002/21 fastsætter som rammebestemmelser for den afledte ret vedrørende telekommunikation en række bestemmelser, der gælder for de nationale tilsynsmyndigheder. I forbindelse med denne sag fremhæves artikel 3, som bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at alle opgaver, de nationale tilsynsmyndigheder får pålagt i dette direktiv og i særdirektiverne, varetages af et kompetent organ.

2. Medlemsstaterne garanterer de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed, idet de sikrer, at de er retligt adskilt fra og funktionelt uafhængige af alle organisationer, der udbyder elektroniske kommunikationsnet, elektronisk kommunikationsudstyr eller elektroniske kommunikationstjenester. Medlemsstater, som bevarer ejerskab til eller kontrol over virksomheder, der stiller elektroniske kommunikationsnet og/eller -tjenester til rådighed, sikrer, at der er reel strukturel adskillelse mellem myndighedernes tilsynsfunktion og aktiviteter, der er knyttet til ejerskab eller kontrol.

3. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder udøver deres beføjelser upartisk og transparent.

4. Medlemsstaterne offentliggør, hvilke opgaver der udføres af de nationale tilsynsmyndigheder, på en let tilgængelig måde, navnlig hvor disse opgaver er fordelt på flere organer. […] Hvis mere end én myndighed har beføjelser til at tage sig af sådanne spørgsmål, sikrer medlemsstaterne, at disse myndigheder offentliggør deres respektive opgaver i en let tilgængelig form.

[…]

6. Medlemsstaterne meddeler Kommissionen, hvilke nationale tilsynsmyndigheder der har fået tildelt opgaver i henhold til dette direktiv og særdirektiverne samt disses respektive ansvarsområder.«

6. Direktiv 2002/22 konkretiserer bestemmelserne i rammedirektivet ved at anvende dem på den del af forsyningspligten, der omfatter telekommunikationsydelser.

7. Artikel 3 i direktiv 2002/22 pålægger medlemsstaterne at sikre, at telekommunikationsydelserne leveres i en nærmere fastsat kvalitet, hvorved det særligt fremmes, at ydelserne leveres til rimelige priser, når det sker under andre betingelser end de almindelige.

8. 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, b) det fornødne antal offentlige betalingstelefoner samt alarmnumre, herunder navnlig det fælleseuropæiske alarmnummer 112, som er gratis fra alle telefoner, c) nummeroplysning og nummeroplysningstjenester og d) visse foranstaltninger til fordel for brugere med særlige sociale behov, såsom brugere i landdistrikter eller øde områder, ældre, handicappede og lavindkomstgrupper, for at de har adgang på samme betingelser som andre.

9. 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.«

10. I henhold til tiende betragtning 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«.

11. De sociale takster er overordnet omfattet af artikel 9 i direktiv 2002/22:

»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.

[…]«

12. For at sikre forsyningspligtens effektivitet har artikel 13 i direktiv 2002/22 på følgende vis indført en metode til finansiering af 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.

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.«

13. Skridtet forud for godtgørelsen er en vurdering af omkostningerne til forsyningspligten, hvis ordning er fastsat i artikel 12 i direktiv 2002/22:

»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 offentligt tilgængelig.«

14. Den omtalte del A i bilag IV bestemmer 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*

15. Lov af 13. juni 2005 om elektronisk kommunikation, som ændret ved lov af 25. april 2007 (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.

16. Artikel 74 i loven af 2005 med senere ændringer om elektronisk kommunikation (som affattet ved artikel 173 i loven af 25.4.2007) 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« [4].

17. 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 [5].

18. 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 [6].

19. 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 [7].

20. Nettoomkostningerne ved »sociale takster« beregnes for hver udbyder, der anmoder herom, af BIPT i henhold til den metode, der er fastsat i bilaget [8]. BIPT kan således fastsætte reglerne for beregning af omkostningerne og godtgørelsen inden for de lovbestemte rammer [9].

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

4 — Artikel 74, stk. 1.
5 — Artikel 74, stk. 3.
6 — Artikel 74, stk. 4.
7 — Artikel 74, stk. 8.
8 — Artikel 74, stk. 9.
9 — Artikel 74, stk. 10.

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, hvorefter fondens tilbagebetalinger er umiddelbart skyldige. Artiklen foreskriver, at den belgiske lovgiver under forberedelsen af nævnte lov af 2005 under hensyn til betingelserne i direktiv 2002/22 på anmodning fra den oprindelige udbyder af forsyningspligten, og efter at BIPT havde fastsat nettoomkostningerne til denne tjenesteydelse, som national tilsynsmyndighed vurderede de byrder, der vedrørte den tidligere monopolhaver. Den belgiske lovgiver fastslog, at når indirekte fordele (herunder immaterielle fordele) tages i betragtning, indebærer enhver situation, der fører til et underskud, en urimelig byrde.

III — Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

23. Den 8. november 2007 indleverede Base, Euphony Benelux, Mobistar, Uninet International, T2 Belgium og KPN Belgium en stævning til Grondwettelijk Hof med påstand om annullation af loven af 25. april 2007, idet de gjorde gældende, at der var sket en tilsidesættelse af artikel 10 og 11 i Grondwet (den belgiske forfatning).

24. Sagsøgerne har gjort gældende, at der efter deres opfattelse som følge af disse forskrifter er foretaget forskelsbehandling i forhold til Belgacom, idet lovgiver for den gamle monopolhaver erklærede, at forsyningspligten udgjorde en »urimelig byrde«, hvorefter denne kvalificering fremover kun kan ændres ved lov. I forhold til sagsøgerne kan en »urimelig byrde« kun fastslås og i givet fald prøves på ny af BIPT.

25. Sagsøgerne har tilføjet, at lovgiver ved fastsættelsen af Belgacom NV's nettoomkostninger støttede sig på taloplysningerne i regnskaberne for 2001, mens sagsøgernes nettoomkostninger blev fastslået af BIPT på grundlag af de aktuelle tal.

26. Alligevel har Grondwettelijk Hof taget udgangspunkt i en betragtning om, at lovgiver som national tilsynsmyndighed erklærede, at leveringen af forsyningspligten under tabsgivende forhold udgør en »urimelig byrde« for udbyderne, hvilket viser sig i affattelsen af dens forelæggelse gennem følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 12 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i

forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) fortolkes således, at den tillader, at den kompetente lovgiver i en medlemsstat, som handler i egenskab af national tilsynsmyndighed, fastslår, generelt og på grundlag af beregningen af nettoomkostningerne for udbyderen af den af forsyningspligten omfattede tjenesteydelse, der tidligere var eneste udbyder, at udbud af den af forsyningspligten omfattede tjenesteydelse udgør en urimelig byrde for de virksomheder, der er blevet udpeget som forsyningspligtige virksomheder?«

IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

27. Forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål er indgået til Domstolens Justitskontor den 8. september 2008.

28. Den belgiske regering, Base, Belgacom og Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg.

29. Der blev afholdt fælles retsmøde i sagen vedrørende dette præjudicielle spørgsmål og i sag C-222/08 den 17. marts 2010. I mødet deltog repræsentanter for Kongeriget Belgien, Base m.fl., Belgacom SA samt Kommissionen.

V — Vurdering af det præjudicielle spørgsmål

30. Som følge af Grondwettelijk Hofs affattelse af forelæggelsen skal det for det første afklares, om den belgiske lovgiver har handlet i overensstemmelse med direktiv 2002/22 ved afgivelsen af fortolkningsmeddelelsen med tilbagevirkende kraft i 2007, når der tages hensyn til, at nævnte direktiv udtrykkeligt pålægger de nationale tilsynsmyndigheder at vedtage denne beslutning. Såfremt svaret på dette spørgsmål er bekræftende, skal det herefter afklares, om en samlet og abstrakt vurdering af de oplysninger, der udelukkende vedrørte Belgacom — den tidligere monopolhaver — kan udvides til at finde anvendelse på de øvrige virksomheder uden hensyn til deres særlige omstændigheder.

A — *Om de nationale tilsynsmyndigheder og den belgiske lovgivers indgreb*

31. For at opfylde de tilsynsopgaver, der er pålagt ved direktiv 2002/21, har medlemsstaterne pålagt uafhængige organer, der har et særligt teknisk kendskab, disse opgaver. Dette fremgår af nævnte direktivs artikel 3, stk. 2, hvori fremhæves, at disse organer, de nationale tilsynsmyndigheder, »er retligt adskilt fra og funktionelt uafhængige af alle organisationer, der udbyder elektroniske kommunikationsnet, elektronisk kommunikationsudstyr eller elektroniske kommunikationstjenester«.

32. Denne foranstaltning, som har væsentlig institutionel betydning, har grundlag i åbningen af de strategiske markeder, som staten

oprindeligt havde monopol på, såsom markedet for telekommunikation, idet staten i henhold til EU-retten blev pålagt at foretage opdeling af sine opgaver: dels som mægler med offentlig myndighedsbeføjelse, dels som virksomhed med legitime forventninger om overskud.

33. For at gøre de to aspekter forenelige overlades tilsynsopgaver til nogle uafhængige myndigheder, som på telekommunikationsområdet benævnes nationale tilsynsmyndigheder. Den uafhængighed, disse myndigheder har, understreges i direktivets affattelse, men medlemsstaterne har ligeledes en skønsmargen, når de fastsætter det præcise omfang af denne uafhængighed. Det skal følgelig bemærkes, at der findes to niveauer af beskyttelse/fastsættelse af de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed. Det ene er på EU-retligt niveau, hvor direktiverne udgør det mest overordnede parameter for fastsættelse, og det andet er i national ret, som mere konkret skal udtrykke denne uafhængighed.

34. Dette andet niveau for fastsættelsen af de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed er fastsat i selve rammedirektivet, hvori det tillades, at disse organers lovrammer fastsættes, så det »hverken [berører] medlemsstaternes institutionelle autonomi og forfatningsmæssige forpligtelser eller princippet om neutralitet i forhold til de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne, jf. traktatens artikel 295 […]« [10].

35. For at fuldende disse rammer har Domstolen for nylig givet visse nyttige fortolkningsregler, hvorved den hjælper med at løse spændingen mellem de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed og medlemsstaternes institutionelle autonomi.

1. Domstolens praksis, der finder anvendelse på de nationale tilsynsmyndigheder og medlemsstaternes institutionelle autonomi

36. I henhold til et stærkt rodfæstet princip foretages afgørelsen af, hvilke organer i medlemsstaterne, der skal gennemføre forpligtelser afledt af EU-retten, i overensstemmelse med de respektive forfatningssystemer [11]. Medlemsstaternes tildeling af beføjelser må hverken bringe ordlyden eller den effektive virkning af de EU-retlige bestemmelser i fare.

10 — 11. betragtning.

11 — Jf. bl.a. domme af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, og sag 45/76, Comet, Sml. s. 2043, præmis 13, samt dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 12, af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 29, af 11.9.2003, sag C-13/01, Safalero, Sml. I s. 8679, præmis 49, af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 39, og af 7.6.2007, forenede sager C-222/05–C-225/05, Van der Weerd m.fl., Sml. I, s. 4233, præmis 28.

37. Denne spænding mellem den institutionelle autonomi og EU-rettens effektivitet bliver yderligere skærpet, når den europæiske lovgiver harmoniserer en sektor og indfører foranstaltninger med institutionelle regler, der gælder i medlemsstaterne. Dette sker som bekendt i direktiverne vedrørende telekommunikation, hvis rammedirektiv pålægger medlemsstaterne at oprette uafhængige og specialiserede organer [12]. I dette tilfælde er det bydende nødvendigt, at de nationale institutionelle regler tilpasser sig EU-retten, men dette betyder ikke, at medlemsstaterne er frataget enhver skønsmargen.

38. Domstolens praksis har nemlig bekræftet, at oprettelsen og reguleringen af de nationale tilsynsmyndigheder foretages inden for en overordnet og abstrakt ramme, der er fastsat ved telekommunikationsdirektiverne, og hvorved der er tilkendt medlemsstaterne en betydelig beslutningsmargen. Af de to relevante domme på området, i sagen Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [13] og Kommissionen mod Tyskland [14], fremgår disse og andre retningslinjer, der fremstår særligt anvendelige ved afgørelsen af denne præjudicielle forelæggelse.

39. Sagen Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones vedrørte spørgsmålet, om en medlemsstat kan tillægge forskellige organer tildelingen af nationale nummerressourcer og disponeringen af de nationale nummerplaner. Disse opgaver er omfattet af rammedirektivets artikel 10, stk. 1, og Spanien havde opdelt dens gennemførelse mellem den nationale tilsynsmyndighed og regeringen. Domstolen afgjorde spørgsmålet ved slå fast, at rammedirektivet ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger forskellige organer de opgaver, som denne regel pålægger de nationale tilsynsmyndigheder. Imidlertid indførte dommen en vigtig nuancering ved at fastslå, at medlemsstaterne ikke blot skal garantere, at tilsynsmyndighederne er funktionelt uafhængige af alle organisationer, der udbyder elektroniske kommunikationsnet, elektronisk kommunikationsudstyr eller elektroniske kommunikationstjenester. »Medlemsstaterne skal endvidere offentliggøre, på en let tilgængelig måde, hvilke opgaver der udføres af de nationale tilsynsmyndigheder, og meddele Kommissionen navnene på de nationale tilsynsmyndigheder, der har fået tildelt opgaver, samt disses respektive ansvarsområder« [15].

40. Tvisten mellem den spanske nationale tilsynsmyndighed og dette lands regering blev endelig afgjort af Tribunal Supremo, der anvendte nævnte dom, og afgørelsen var til

12 — Jf. I den henseende S. Muñoz Machado og J. Esteve Pardo, (Red.) »Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica«, *Derecho de la regulación económica*, bind I, Iustel, Madrid, 2009, s. 133.

13 — Dom af 6.3.2008, sag C-82/07, Sml. I, s. 1265.

14 — Dom af 3.12.2009, sag C-424/07, Sml. I, s. 11431.

15 — Præmis 25.

fordel for den nationale tilsynsmyndighed [16]: På den ene side anerkendes det, at der kan findes forskellige uafhængige tilsynsorganer, der opfylder betingelserne som national tilsynsmyndighed. På den anden side skal medlemsstaten foretage denne opdeling således, at den opfylder en minimumstandard for forudsigelighed, hvorved det skal fastsættes, hvilket beføjelser hvert organ har, og uden forsinkelse give Kommissionen meddelelse herom [17].

41. Den anden afgørelse fra Domstolen, der skal tages i betragtning, er den nyligt afsagte dom i sagen Kommissionen mod Tyskland. Ved dette traktatbrudssøgsmål påstod Kommissionen, at Forbundsrepublikken Tyskland havde tilsidesat telekommunikationsdirektiverne, idet den ved lov havde begrænset anvendelsen af reglerne til følsomme markeder og de nationale tilsynsmyndigheders muligheder for rådgivning og indgreb i forhold til konkrete lovgivningsformål. Domstolen fastslog ved sin dom regler for to forhold af særlig interesse for denne sag: For det første fremhævedes den nationale tilsynsmyndigheds rolle ved undersøgelsen af de relevante markeder hovedsageligt med henblik på, at de afgør, om de virksomheder, der er til stede på disse markeder, udøver en betydelig magt, som forvrider markedets funktion. Eftersom den tyske lovgiver havde udelukket de nationale tilsynsmyndigheder fra definitionen og undersøgelsen af de nye markeder, fastslog Domstolen, at lovgiver havde frataget disse enheder de muligheder, som direktiverne *udtrykkeligt* tildeler dem [18]. For det andet blev det ved dommen ligeledes fastslået, at en national bestemmelse, som fastsætter bestemte formål, de nationale tilsynsmyndigheder skal følge, hvorved den udelukker andre, som er omfattet af direktiverne, er ulovlig. Domstolen fastslog herved, at lovgiver, når denne alene fremhæver et af de formål, de nationale tilsynsmyndigheder er pålagt ved direktiverne, foretager »en afvejning af de nævnte målsætninger, skønt en sådan afvejning dog tilkommer den nationale tilsynsmyndighed under udførelsen af dens pålagte tilsynsopgaver« [19].

42. Generaladvokat Poiares Maduro foretog en detaljeret undersøgelse af sidstnævnte spørgsmål i sit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Tyskland og fastslog, at de opgaver, der var tildelt de nationale tilsynsmyndigheder, i visse tilfælde kan varetages af lovgiver. Som det fremgår af punkt 63 i nævnte forslag til afgørelse, »har det forskellige konsekvenser, alt efter om man udpeger den nationale lovgiver eller de nationale tilsynsmyndigheder til at foretage en sådan afvejning. Grundlaget for, at de nationale tilsynsmyndigheder er blevet oprettet og har fået tildelt særlige beføjelser i medfør af Fællesskabets rammebestemmelser, er, at det forventes, at de er isoleret fra visse interesser og udelukkende træffer deres afgørelser på grundlag af de i rammebestemmelserne angivne kriterier«.

16 — Dom afsagt af Tribunal Supremo, forvaltningsafdelingen, tredje kammer, den 10.3.2009.

17 — Jf. M. Cienfuegos Mateo og F. Armengol Ferrer »Cuestión prejudicial comunitaria, pluralidad de organismos nacionales reguladores en el ámbito de las telecomunicaciones y conflicto potencial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas«, *Unión Europea Aranzadi*, oktober 2008.

18 — Præmis 81-83.

19 — Præmis 93.

43. Netop fordi lovgiver udfører en konkret opgave inden for hver nationale forfatningsordning, er jeg enig med generaladvokat Poiares Maduro i, at der vil være tilfælde, hvor denne opgave ikke er forenelig med de opgaver, de nationale tilsynsmyndigheder skal forestå. Den omstændighed, at det forberedende arbejde ved markedsanalysen, afvejningen af formålene og afgørelsen af individuelle beslutninger påhviler disse organer, betyder, at direktiverne tildeler dem disse opgaver, fordi de i teknisk og retlig forstand anses for bedst egnede til at påtage sig at udøve beføjelserne i henhold til den EU-retlige ramme [20].

44. Henset til det ovenstående, kan der drages følgende konklusioner.

45. For det første er tildelingen af konkrete opgaver til de nationale tilsynsmyndigheder gennem direktiverne en opgave, som hver medlemsstat afgør under udøvelse af et betydeligt skøn. Følgelig er direktiverne ikke til hinder for, at der er flere nationale tilsynsmyndigheder på det samme marked, som hver især har forskellige funktioner, forudsat at denne opdeling ikke skaber en usikker retsstilling. Følgelig skal tildelingen af beføjelserne som national tilsynsmyndighed til forskellige organer overholde nogle minimumskrav til forudsigelighed og gennemsigtighed.

46. For det andet er det ikke udelukket, at lovgiver lejlighedsvis påtager sig visse af de nationale tilsynsmyndigheders funktioner, såfremt medlemsstaten finder det passende, dog forudsat at førnævnte betingelser om forudsigelighed og gennemsigtighed opfyldes. Det er endvidere muligt, at lovgiver træffer beslutninger, som direkte påvirker de nationale tilsynsmyndigheders funktioner, uden at lovgiver som sådan indtager deres stilling [21]. For at dette indgreb er i overensstemmelse med direktiverne kan det imidlertid udledes af dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, at denne adfærd hverken kan begrænse eller fjerne de funktioner, der udtrykkeligt er tillagt de nationale tilsynsmyndigheder i henhold til direktiverne. Denne indskrænkning af medlemsstaternes lovgivningsbeføjelser skyldes de nationale tilsynsmyndigheders eksistensberettigelse, idet de er oprettet og indført for at tjene konkrete formål, som staterne ved vedtagelsen af direktiverne har ønsket skal udføres af tekniske organer, som

20 — N. Komesar, Imperfect Alternatives — Choosing Institutions in Law, *Economics and Public Policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, s. 176 ff.

21 — I betragtning 13 til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25.11.2009 (EUT L 337, s. 37) om ændring af telekommunikationsdirektiverne fra 2002 anerkendes det, at lovgiver ikke er den bedst egnede instans til at påtage sig de opgaver, der tilkommer de nationale tilsynsmyndigheder, men der drages ikke en konklusion desangående. Betragtningens tvetydighed, som blot fraråder anvendelsen af lovmæssigt indgreb, synes snarere tværtimod at bekræfte, at lovgiverne, forudsat at de overholder visse betingelser, kan handle som national tilsynsmyndighed: »[…] Til dette formål bør det udtrykkelig fastsættes i national ret, at den nationale tilsynsmyndighed, der er ansvarlig for forhåndsregulering af markedet eller for bilæggelse af tvister mellem virksomheder, i udførelsen af sine opgaver er beskyttet mod indblanding udefra og politisk pres, der kan forhindre en uafhængig vurdering af de sager, den skal behandle. *En sådan påvirkning udefra gør en instans, der medvirker i den nationale lovgivningsproces, uegnet til at fungere som tilsynsmyndighed under regelsættet*« (mine fremhævelser).

er funktionelt adskilt fra regeringsmagten og den parlamentariske virksomhed.

2. De belgiske retlige rammer i lyset af direktiverne og domstolsfortolkningen heraf

47. Det skal herefter afklares, om den belgiske lovgiver lovligt har påtaget sig de funktioner, som rammedirektivet og direktiv 2002/22 i princippet tillægger de nationale tilsynsmyndigheder. Såfremt dette ikke er tilfældet, skal det ligeledes undersøges, om den belgiske lovgiver, hvis den har tildelt sig rollen som national tilsynsmyndighed, lovligt kunne handle således.

48. Det bestemmes i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2002/22 udtrykkeligt, at det tilkommer de nationale tilsynsmyndigheder at undersøge, om varetagelsen af forsyningspligten kan udgøre en urimelig byrde for virksomheder med forsyningspligt. Med henblik herpå beregner de nettoomkostningerne ved leveringen, idet der tages hensyn til kriterierne fastsat i artikel 12, stk. 1, litra a) og b). Når denne beregning er foretaget, afgør den nationale tilsynsmyndighed formelt, om en virksomhed er pålagt en urimelig byrde i henhold til artikel 13 i direktiv 2002/22. Fra dette tidspunkt omtaler reglen ikke åbent de nationale tilsynsmyndigheder og bestemmer, at »*medlemsstaterne efter anmodning fra en udpeget virksomhed [skal] beslutte*« [22] at indføre en ordning, der giver kompensation fra offentlige midler, eller en ordning om deling af omkostningerne mellem udbyderne af telekommunikationstjenester.

49. Den ved direktiv 2002/22 fastlagte fremgangsmåde fremstår lysende klart og angiver de funktioner, som udøves af hver institution. Det står klart, at det er de nationale tilsynsmyndigheder — og udtrykkeligt dem — der skal udføre de forudgående opgaver med undersøgelse og fastlæggelse af markedet og omkostningerne ved forsyningspligt. De får overdraget denne opgave med henblik på, at markedsovervågningen påhviler et teknisk dygtigt og funktionelt uafhængigt organ. Det forholder sig således, fordi det, selv om godtgørelsen for opfyldelsen af en forsyningspligt er en acceptabel foranstaltning set ud fra markedet, ligeledes er klart, at der foreligger en risiko for misbrug, som kan føre til en fordrejning af konkurrencesituationen for visse udbydere. Direktivet tilsigter derfor, at det er de nationale tilsynsmyndigheder, som fastsætter det grundlag, som senere tjener til, at der sker en kapitaloverførsel til en eller flere tjenesteudbydere.

50. Når det er fastslået, at der er et tilstrækkeligt teknisk og retligt grundlag for at yde godtgørelsen, tildeler direktiv 2002/22 på den baggrund »medlemsstaterne« noget, som kan betegnes som en beslutningskerne. Således

22 — Mine fremhævelser.

forsvinder de nationale tilsynsmyndigheder, når de vedtager det, der uden tvivl er den væsentlige afgørelse: godtgørelsesordningen og dens eventuelle individuelle anvendelse. Dermed har direktivet skabt en ordning i to etaper, hvor den første etape, som er analytisk og teknisk, udelukkende tilkommer de nationale tilsynsmyndigheder, og den anden etape, der tilkommer medlemsstaterne, kan tillægges den institution, der anses for bedst egnet og i overensstemmelse med hvert lands institutionelle autonomi. Der er intet til hinder for, at lovgiver er den kompetente myndighed i forhold til at fastsætte godtgørelsesordningen, såfremt det sker i overensstemmelse med de regler, der er fastsat i artikel 13 i direktiv 2002/22.

51. Er denne fremgangsmåde blevet fulgt i Belgien?

52. I betragtning af de begivenheder, der er indtruffet mellem 2005 og 2007, står det klart, at svaret må være benægtende.

53. For det første skal det bemærkes, at under den indledende fase, som i henhold til direktiv 2002/22 er tillagt de nationale tilsynsmyndigheder, og som i denne sag blev gennemført i 2005 af den lovgivende myndighed, var udeladt enhver omtale af en vurdering af omkostningerne samt en vurdering af, om der forelå en »urimelig byrde«. Først i 2007, da den administrative traktatbrudsprocedure var indledt hos Kommissionen, vedtog den belgiske lovgiver en fortolkningsbestemmelse med tilbagevirkende kraft, hvorved det blev præciseret, at loven af 2005 havde gennemført denne analyse og havde bekræftet, at der forelå en »urimelig byrde«. Denne fremgangsmåde er vitterligt i strid med selve essensen af artikel 12 i direktiv 2002/22, hvis formål er at sikre, at den første processuelle fase er forudsigelig og af tekniske karakter. Således som det er fastslået i dommen i sagen Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, er årsagen hertil, at når et organ (i dette tilfælde lovgiver) påtager sig den nationale tilsynsmyndigheds funktioner, skal de offentliggøres på en lettilgængelig måde og meddeles til Kommissionen, således at enhedernes respektive ansvarsområder fremstår klart defineret [23]. Ikke blot foreligger der ikke oplysninger om, at Belgien inden 2005 havde afgivet en erklæring af denne art, men derimod havde handlet helt i strid med denne fremgangsmåde, for så vidt som lovgiver pålagde sig selv disse funktioner med tilbagevirkende kraft, hvilket er vanskeligt foreneligt med den betydning, som direktiverne tillægger værdien af stabilitet og retssikkerhed på dette område.

54. Selv under forudsætning af, at den belgiske lovgiver ikke ønskede at gribe ind som national tilsynsmyndighed, men som den suveræne regelskabende myndighed, ville denne adfærd ligeledes være uforenelig med direktiv 2002/22. Ovennævnte artikel 12 tillægger nemlig de nationale tilsynsmyndigheder, og kun disse, analytiske opgaver af

23 — Jf. dommen i sagen Comisión Nacional de Telecomunicaciones, præmis 25.

teknisk-juridisk karakter for at afgøre, om de virksomheder, der har en forsyningspligt, er pålagt en »urimelig byrde«. Direktiv 2002/22 gør i artikel 13 udelukkende undtagelse fra dette monopol, når tidspunktet for anvendelsen af en bestemt godtgørelsesordning indtræffer. Selv om lovgiver i henhold til dette direktiv har fuld beføjelse til at vælge en af de godtgørelsesmodeller, som EU-retten opstiller for den, og i denne forbindelse har en vid skønsbeføjelse, som sikrer medlemsstaternes institutionelle autonomi, når det er nært forbundet med den rent økonomiske beslutning, gælder det modsatte i den forudgående fase vedrørende analyse og oplysning. Eftersom den belgiske lovgiver har påtaget sig både den indledende funktion og funktionen vedrørende vedtagelse af den økonomiske beslutning, der er fastsat i artikel 12 og 13 i direktiv 2002/22, er den balance mellem de nationale tilsynsmyndigheder og de øvrige nationale myndigheder, der henvises til heri, blevet ændret, hvorved den belgiske lovgiver har tilsidesat EU-retten.

B — *Beregningen af omkostningerne til forsyningspligten*

55. Besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål gør det ufornødent at uddybe de øvrige forhold, Grondwettelijk Hof har forelagt. En besvarelse som affattet ovenfor vil føre den forelæggende ret til en kategorisk afgørelse: Eftersom såvel loven af 2005 som loven af 2007 er uforenelige med EU-retten, idet de indfører en ordning, som ikke har fulgt den procedure, der er pålagt ved direktiv 2002/22, er genstanden for den sag, den er forelagt til behandling, bortfaldet.

56. Derfor og selv om den forelæggende ret har henvist til tillægsspørgsmål i sin præjudicielle forelæggelse, må de væsentligste tvivlsspørgsmål, som denne sag har rejst, anses for afklaret på formålstjenlig måde med det forslag, jeg herved fremsætter for Domstolen, med forbehold for mit forslag til afgørelse i sag C-222/08, hvortil der henvises.

VI — Forslag til afgørelse

57. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 12 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7. marts 2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester er til hinder for, at den nationale lovgiver på grundlag af beregningen af nettoomkostningerne for udbyderen af den af forsyningspligten afgør, om der foreligger en »urimelig byrde«, idet disse funktioner i henhold til direktiv 2002/22 udtrykkeligt er blevet tillagt de nationale tilsynsmyndigheder. Medlemsstaten skal, såfremt den nationale lovgiver tildeler sig selv opgaven som national tilsynsmyndighed, inden den påbegynder sine funktioner klart og efter forudgående høring af Kommissionen meddele de konkrete beføjelser, hver myndighed er blevet tillagt.«