CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. CRUZ VILLALÓN van 22 juni 2010 [1]

I — Inleiding

1. Het Grondwettelijk Hof van België vraagt het Hof van Justitie zich uit te spreken over de draagwijdte van de bepalingen van richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst in de telecommunicatiesector [2], die de vergoeding van universeledienstverplichtingen regelen. Concreet moet het Hof bepalen of genoemde richtlijn, in samenhang met haar kaderrichtlijn 2002/21/EG [3], toelaat dat een wetgever optreedt als nationale regelgevende instantie en op basis van uitsluitend een kostenberekening gemaakt vóór de liberalisering van de telecommunicatiemarkt vaststelt dat de levering van een universele dienst met verlies een „onredelijke last" oplevert.

2. Hoewel het arrest van de verwijzende rechter gericht is op de Belgische bepalingen die de vergoeding voor alle universeledienstverplichtingen regelen, lijkt de Belgische procedure voornamelijk te gaan over één bijzondere dienst, de zogenoemde sociale tarieven. Feit is, dat de Belgische regeling van de vergoedingen voor de levering van die dienst ook de aandacht heeft getrokken van de Europese Commissie. Deze heeft bij het Hof een inbreukprocedure tegen België aangespannen (zaak C-222/08), waarin ik op dezelfde dag conclusie neem als in de onderhavige procedure.

3. In de onderhavige prejudiciële procedure heeft een groep telecommunicatiemaatschappijen bij het Grondwettelijk Hof beroep tot vernietiging ingesteld wegens ongrondwettigheid van de wet waarin de vergoeding voor het aanbieden van universele telecommunicatiediensten wordt geregeld. Verzoeksters stellen dat zij worden gediscrimineerd ten opzichte van de historische aanbieder, Belgacom, doordat de vergoeding voor deze diensten Belgacom bevoordeelt in het nadeel van de overige aanbieders.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Richtlijn 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).

3 — Richtlijn 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).

4. Daarom verzoekt het Grondwettelijk Hof om uitlegging van de definitie van nationale regelgevende instantie (hierna: „NRI") volgens het recht van de Unie, maar ook van de vorm van de vergoeding van universeledienstverplichtingen in het licht van richtlijn 2002/22.

II — Toepasselijke wetgeving

A — *Recht van de Unie*

5. Als kaderregeling van afgeleid recht op het gebied van telecommunicatie voorziet richtlijn 2002/21 in een aantal algemene bepalingen die van toepassing zijn op de NRI's. Voor het onderhavige geding is artikel 3 van belang, dat als volgt luidt:

„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 elektronische communicatienetwerken, -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.

4. De lidstaten maken de door de nationale regelgevende instanties uit te voeren taken op een gemakkelijk toegankelijke wijze bekend, met name wanneer die taken aan meer dan één lichaam worden toegewezen. [...] Indien meer dan één instantie bevoegd is om die aangelegenheden te behandelen, zorgen de lidstaten ervoor dat de respectieve taken van elke instantie in een gemakkelijk toegankelijke vorm bekendgemaakt worden.

[...]

6. De lidstaten stellen de Commissie in kennis van alle nationale regelgevende instanties waaraan krachtens deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen taken zijn opgedragen, en van hun onderscheiden verantwoordelijkheden."

6. Richtlijn 2002/22 concretiseert de bepalingen van de kaderrichtlijn en past ze toe op de universeledienstcomponent van telecommunicatiediensten.

7. Artikel 3 van richtlijn 2002/22 verlangt van de lidstaten ervoor te zorgen dat telecommunicatiediensten van een gespecificeerde kwaliteit worden verleend, en met name dat deze tegen een betaalbare prijs worden aangeboden wanneer zich omstandigheden voordoen die afwijken van de gebruikelijke.

8. Volgens richtlijn 2002/22 omvatten de basisdiensten: (a) de aansluiting op het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie tegen een betaalbare prijs; (b) een voldoende beschikbaarheid van openbare betaaltelefoons met de mogelijkheid om kosteloos alarmnummers, met name het uniforme Europese alarmnummer 112, op te roepen; (c) telefoongidsen en telefooninlichtingendiensten, en (d) bepaalde maatregelen voor sociaal kwetsbare groepen gebruikers, bijvoorbeeld die gebruikers in plattelands- of geografisch geïsoleerde gebieden, ouderen, gebruikers met een handicap of een laag inkomen, om de toegang onder gelijke voorwaarden voor hen te waarborgen.

9. Artikel 8 van richtlijn 2002/22 betreft de aanwijzing van aanbieders van de universele dienst:

„1. De lidstaten kunnen een of meer ondernemingen aanwijzen teneinde de aanbieding van de universele dienst als omschreven in de artikelen 4, 5, 6 en 7 en, waar van toepassing, artikel 9, lid 2, te waarborgen, zodat het gehele nationale grondgebied kan worden bestreken. De lidstaten kunnen verschillende ondernemingen of groepen van ondernemingen aanwijzen die verschillende onderdelen van de universele dienst aanbieden en/of verschillende gedeelten van het nationale grondgebied bestrijken.

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. Volgens punt 10 van de considerans van richtlijn 2002/22 wordt onder betaalbare prijs verstaan „een prijs die de lidstaten op nationaal niveau bepalen in het licht van specifieke nationale omstandigheden. [Deze kan] de vaststelling van eenheidstarieven omvatten, ongeacht de locatie of speciale tariefopties

die op de behoeften van gebruikers met lage inkomens zijn afgestemd. Voor een consument houdt betaalbaarheid verband met het vermogen om zijn uitgaven te controleren en te beheersen."

11. De sociale tarieven worden in algemene zin behandeld in artikel 9 van richtlijn 2002/22:

„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.

3. In aanvulling op bepalingen luidens welke aangewezen ondernemingen bijzondere tariefopties moeten aanbieden of moeten voldoen aan voorschriften inzake maximumprijzen of geografische gemiddelden of andere vergelijkbare regelingen, kunnen de lidstaten voorzien in waarborgen dat consumenten van wie vaststaat dat zij een laag inkomen of bijzondere sociale behoeften hebben, worden bijgestaan.

[...]"

12. Om de doeltreffendheid van de universele dienst te waarborgen, voert artikel 13 van richtlijn 2002/22 een methode voor de financiering van de universeledienstverplichtingen in:

„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 worden gecompenseerd, en/of

b) de nettokosten van de universeledienstverplichtingen te verdelen onder de aanbieders van elektronische communicatienetwerken en -diensten.

2. Indien de nettokosten worden gedeeld overeenkomstig lid 1, sub b, voeren de lidstaten een gezamenlijke financieringsregeling in die wordt beheerd door de nationale regelgevende instantie of door een van de begunstigden onafhankelijk orgaan onder supervisie van de nationale regelgevende instantie. Alleen de nettokosten, als bepaald in overeenstemming met artikel 12, van de in de artikelen 3 tot en met 10 vastgelegde verplichtingen mogen worden gefinancierd.

3. Bij een gezamenlijke financieringsregeling worden de beginselen van transparantie, minimale verstoring van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid in acht genomen, overeenkomstig de beginselen van bijlage IV, deel B. De lidstaten kunnen beslissen geen bijdrage te vragen van ondernemingen waarvan de nationale omzet onder een bepaalde grens blijft.

4. Eventuele onkosten in verband met de deling van de kosten van universeledienstverplichtingen worden voor iedere onderneming gespecificeerd en afzonderlijk bepaald. Die onkosten mogen niet worden aangerekend aan of geïnd van ondernemingen die geen diensten verlenen op het grondgebied van de lidstaat die de gezamenlijke financieringsregeling heeft ingesteld."

13. Voorafgaand aan de compensatie vindt de evaluatie van de kosten van de universele dienst plaats, die worden berekend op de wijze als aangegeven in artikel 12 van richtlijn 2002/22:

„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.

2. De kostenramingen en/of de andere gegevens die als basis dienen voor de berekening van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen zoals bedoeld in lid 1, sub a, worden gecontroleerd of geverifieerd door de nationale regelgevende instantie of een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen en door de nationale regelgevende

instantie is gemachtigd. De resultaten van de kostenberekening en de conclusies van de controle zijn voor het publiek beschikbaar."

14. Het bovengenoemde deel A van bijlage IV bepaalt het volgende:

„[...]

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.

De berekening wordt gebaseerd op de kosten die toe te schrijven zijn aan:

i) elementen van de diensten die slechts met verlies of op voorwaarden die buiten de normale commerciële normen vallen kunnen worden geleverd.

   Deze categorie kan elementen van de dienst omvatten zoals de toegang tot alarmtelefoondiensten, aanbieding van bepaalde openbare betaaltelefoons, verstrekking van bepaalde diensten of apparaten voor gehandicapten, enz.;

ii) specifieke eindgebruikers of groepen van eindgebruikers die, rekening houdend met de kosten van het aanbieden van het gespecificeerde netwerk en de gespecificeerde dienst, het gegenereerde inkomen en geografische prijsgemiddelden die door de lidstaat zijn opgelegd, slechts met verlies of op voorwaarden die buiten de normale commerciële normen vallen kunnen worden bediend.

   Deze categorie omvat die eindgebruikers of groepen van eindgebruikers die zonder de verplichting tot het aanbieden van de universele dienst niet zouden worden bediend door een commerciële exploitant.

De nettokosten van specifieke aspecten van universeledienstverplichtingen worden afzonderlijk berekend, teneinde dubbeltelling van bepaalde directe of indirecte voordelen en kosten te vermijden. De totale nettokosten van universeledienstverplichtingen voor een onderneming worden berekend als de som van de nettokosten die uit de specifieke componenten van universeledienstverplichtingen voortvloeien, rekening houdend met alle immateriële voordelen. De bevoegdheid voor het verifiëren van de nettokosten berust bij de nationale regelgevende instantie."

B — *Belgisch recht*

15. De wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, zoals gewijzigd bij de wet van 25 april 2007 (hierna: „gewijzigde wet van 2005"), voorziet in een financieringssysteem voor de universele dienst, dat onderscheid maakt tussen de sociale tarieven en de overige universeledienstverplichtingen.

16. Artikel 74 van de gewijzigde wet van 2005 bevat de basisbeginselen voor de compensatie tussen aanbieders en beschouwt „de levering aan sommige categorieën van begunstigden van bijzondere tariefvoorwaarden" als het sociale element van de universele dienst. [4]

17. Het is de taak van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna: „BIPT"), de minister jaarlijks verslag uit te brengen van het totale aantal „sociale abonnees" dat de verschillende aanbieders bedienen ten opzichte van hun marktaandelen op de markt voor openbare telefonie. [5]

18. De vergoeding van de aanbieders van „sociale tarieven" komt, wanneer zij daartoe bij het BIPT een verzoek hebben ingediend, ten laste van een fonds dat rechtspersoonlijkheid bezit en wordt beheerd door het BIPT. [6]

19. De compensatie van de last van de „sociale abonnees" die door elke aanbieder worden bediend, vindt overeenkomstig artikel 74, zesde en zevende alinea, plaats door verdeling van de middelen in verhouding tot het aandeel in de totale omzet van de aanbieder. Deze compensaties zijn onmiddellijk verschuldigd, zij het dat 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 artikel 74. [7]

20. Het BIPT berekent, volgens de in de bijlage vastgestelde methodologie, de nettokosten van de „sociale tarieven" voor iedere aanbieder die daartoe een verzoek heeft ingediend. [8] Het BIPT kan bovendien de wijze van berekening van de kosten en compensaties bepalen, binnen de door de wet vastgestelde grenzen. [9]

21. Artikel 45 bis van de genoemde bijlage bepaalt dat 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 begunstigden van de sociale tarieven. Bovendien bevat het een overgangsregeling volgens welke de compensatie (indien van toepassing) die de historische aanbieder van de sociale tarieven ontvangt, gedurende de eerste vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet wordt verminderd met een percentage

4 — Artikel 74, eerste alinea.
5 — Artikel 74, derde alinea.
6 — Artikel 74, vierde alinea.
7 — Artikel 74, achtste alinea.
8 — Artikel 74, negende alinea.
9 — Artikel 74, tiende alinea.

dat door het BIPT op basis van de indirecte winst wordt vastgesteld, rekening houdende met de berekening van de nettokosten van diens sociale tarieven.

22. Artikel 202 van de wet van 2007 legt de laatste alinea van artikel 74 van de wet van 2005 in die zin uit, dat de compensaties uit het fonds onmiddellijk verschuldigd zijn. De Belgische wetgever is volgens dat artikel bij de voorbereiding van de wet van 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 deze dienst door het BIPT, als nationale regelgevende instantie overgegaan tot een beoordeling van de last van de vroegere monopolist. Daarbij heeft de wetgever geoordeeld dat, rekening houdende met de indirecte winst (met inbegrip van de immateriële winst), iedere deficitaire toestand een onredelijke last oplevert.

III — Hoofdgeding en prejudiciële vraag

23. Op 8 november 2007 hebben Base, Euphony Benelux, Mobistar, Uninet International, T2 Belgium en KPN Belgium bij het Grondwettelijk Hof een beroep tot vernietiging van de wet van 25 april 2007 ingesteld wegens schending van de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet.

24. Verzoeksters komen op tegen het verschil in behandeling dat naar hun mening in vergelijking met Belgacom uit deze bepalingen voortvloeit, aangezien de wetgever heeft vastgesteld dat de universele dienst een „onredelijke last" voor de vroegere monopolist oplevert, zodat deze vaststelling in de toekomst wederom alleen bij wet kan worden gewijzigd. Voor de verzoeksters daarentegen kan de vaststelling en, indien van toepassing, actualisering van de „onredelijke last" slechts door het BIPT worden verricht.

25. Verzoeksters betogen verder dat de wetgever zich bij de berekening van de nettokosten van de NV Belgacom heeft gebaseerd op boekhoudkundige cijfers uit 2001, terwijl het BIPT in het geval van verzoeksters de kosten heeft geraamd op basis van actuele cijfers.

26. Het Grondwettelijk Hof stelt zich echter op het standpunt, dat de wetgever als nationale regelgevende instantie heeft vastgesteld dat het aanbieden van de universele dienst onder niet-rentabele voorwaarden voor alle aanbieders een „onredelijke last" oplevert, en formuleert zijn prejudiciële vraag daarom op de volgende wijze:

„Kan 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) aldus worden geïnterpreteerd dat het toelaat dat de bevoegde wetgever van een lidstaat, optredend als nationale regelgevende instantie, op algemene wijze en aan de hand van de berekening van de nettokosten van de aanbieder van de universele dienst die voorheen de enige aanbieder was, vaststelt dat het aanbieden van de universele dienst een onredelijke last kan vormen voor ondernemingen die zijn aangewezen om de universele dienst aan te bieden?"

IV — Procedure voor het Hof

27. Het prejudiciële verzoek is op 8 september 2008 ter griffie van het Hof ingeschreven.

28. De Belgische regering, Base en Belgacom alsook de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

29. De terechtzitting, die voor dit prejudiciële verzoek en zaak C-222/08 tezamen is gehouden, vond plaats op 17 maart 2010 in aanwezigheid van de vertegenwoordigers van het Koninkrijk België, Base e.a., NV Belgacom en de Commissie.

V — Analyse van de prejudiciële vraag

30. Gegeven de wijze waarop het Grondwettelijk Hof de vraag heeft geformuleerd, moet in de eerste plaats worden beoordeeld of de Belgische wetgever conform richtlijn 2002/22 heeft gehandeld door een retroactieve interpretatieve bepaling vast te stellen als die in de wet van 2007, terwijl de genoemde richtlijn die beslissing uitdrukkelijk aan de NRI's opdraagt. Als het antwoord op die vraag bevestigend is, moet vervolgens worden onderzocht of een algemene en abstracte beoordeling van de gegevens die uitsluitend op Belgacom — de vroegere monopolist — betrekking hadden, kan worden uitgebreid tot de overige ondernemingen, zonder daarbij rekening te houden met hun bijzondere omstandigheden.

A — *De NRI's en het optreden van de Belgische wetgever*

31. De lidstaten zorgen ervoor dat de in richtlijn 2002/21 omschreven taken worden uitgevoerd door onafhankelijke en technisch gespecialiseerde lichamen. Dit volgt uit artikel 3, lid 2, van die richtlijn, waarin wordt bepaald dat deze lichamen, de NRI's, „juridisch gezien onderscheiden en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronischecommunicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden".

32. Deze bepaling, die verstrekkende institutionele gevolgen heeft, vindt haar grondslag in de opstelling van strategische markten als

de telecommunicatiemarkt, waarop de staat traditioneel een monopolie bezat. Ingevolge het recht van de Unie moeten de lidstaten overgaan tot scheiding van twee verschillende functies, namelijk enerzijds die van publiekrechtelijke bemiddelaar, en anderzijds die van ondernemer met een legitieme winstverwachting.

33. Om beide aspecten met elkaar te verenigen, wordt de regelgevende taak aan onafhankelijke instanties opgedragen die op het gebied van de telecommunicatie nationale regelgevende instanties heten (NRI's, zoals ik ze eerder heb afgekort). De tekst van de beide richtlijnen lijkt de onafhankelijkheid van deze instanties te benadrukken, al hebben de lidstaten nog een zekere discretionaire bevoegdheid bij de bepaling van de precieze reikwijdte van die onafhankelijkheid. De bescherming/definiëring van de onafhankelijkheid van de NRI's vindt dus op twee niveaus plaats: ten eerste op het niveau van het recht van de Unie, waar de richtlijnen de algemene afbakeningsgrondslagen aangeven, en ten tweede op het niveau van het nationale recht, waar de regeling van deze onafhankelijkheid moet worden geconcretiseerd.

34. Dit tweede niveau van de inrichting van de onafhankelijkheid van de NRI's wordt door de kaderrichtlijn zelf erkend, waar in de considerans wordt opgemerkt dat de marges waarover deze instanties bij de regelgeving beschikken, „niet af[doen] 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 van het Verdrag [...]." [10]

35. Om dit kader aan te vullen heeft het Hof onlangs enkele nuttige uitleggingscriteria ontwikkeld, waardoor de spanning tussen de onafhankelijkheid van de NRI's en de institutionele autonomie van de lidstaten kan worden opgeheven.

1. De rechtspraak van het Hof met betrekking tot de NRI's en de institutionele autonomie van de lidstaten

36. Volgens een diepgeworteld beginsel is de aanwijzing van de organen van de lidstaten die de verplichtingen van het recht van de Unie moeten uitvoeren, een aangelegenheid van de respectieve constitutionele systemen. [11] De verdeling van de bevoegdheden door de lidstaten mag echter noch de letter, noch het nuttig effect van de bepalingen van het recht van de Unie in gevaar brengen.

10 — Punt 11 van de considerans.

11 — Zie onder meer de arresten van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5) en Comet (45/76, Jurispr. blz. 2043, punt 13); 14 december 1995, Peterbroeck, (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 12); 20 september 2001, Courage Crehan (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 29); 11 september 2003, Safalero (C-13/01, Jurispr. blz. I-8679, punt 49); 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 39), en 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 28).

37. Deze spanning tussen de institutionele autonomie en de doeltreffendheid van het recht van de Unie wordt nog scherper wanneer de Europese wetgever een sector harmoniseert en maatregelen van institutionele ordening aan de lidstaten oplegt. Dit is, zoals bekend, het geval met de richtlijnen op het gebied van de telecommunicatie, waarvan de kaderrichtlijn de lidstaten verplicht om onafhankelijke en gespecialiseerde instanties in het leven te roepen. [12] In die situatie is het absoluut noodzakelijk dat de nationale institutionele ordening aan het recht van de Unie is aangepast, maar dat wil nog niet zeggen dat de lidstaten in het geheel geen handelingsvrijheid meer bezitten.

38. De rechtspraak van het Hof heeft namelijk bevestigd dat de oprichting en organisatie van de NRI's plaatsvindt in een algemeen en abstract kader dat bij de telecommunicatierichtlijnen is vastgesteld, en dat de lidstaten hierbij een aanzienlijke beslissingsruimte hebben. Uit de twee arresten die voor dit onderwerp relevant zijn, namelijk Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [13] en Commissie/Duitsland [14], zijn deze en andere normen af te leiden, die van bijzonder nut zijn voor de beantwoording van de onderhavige prejudiciële vraag.

39. In de zaak Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deed zich de vraag voor of een lidstaat de toewijzing van de nationale nummervoorraden en het beheer van de nationale nummerplannen aan verschillende organisaties kan opdragen. Deze functies staan omschreven in artikel 10, lid 1, van de kaderrichtlijn, en Spanje had de uitvoering van die taken verdeeld tussen de nationale regelgevende instantie en de regering. Het Hof oordeelde dat de kaderrichtlijn zich er niet tegen verzet dat een lidstaat aan verschillende instanties de taken toewijst die de richtlijn aan de NRI's opdraagt. Het arrest bracht echter een belangrijke nuancering aan door te verklaren dat de lidstaten niet alleen verplicht zijn om de functionele onafhankelijkheid van de regelgevende instanties te waarborgen tegenover de organisaties die elektronischecommunicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden, „maar ook [om] op een gemakkelijk toegankelijke wijze de door die regelgevende instanties uit te voeren taken bekend [te] maken en de Commissie in kennis [te] stellen van de naam van de regelgevende instanties waaraan die taken zijn opgedragen en van hun respectieve verantwoordelijkheden". [15]

40. Het geschil tussen de Spaanse NRI en de Spaanse regering werd uiteindelijk door het Spaanse Hooggerechtshof langs de lijnen van deze uitspraak beslecht. De beslissing viel

12 — Zie hierover Muñoz Machado, S., en Esteve Pardo, J. (uitgever), „Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", *Derecho de la regulación económica*, deel I, Iustel, Madrid, 2009, blz. 133.

13 — Arrest van 6 maart 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, Jurispr. blz. I-1265).

14 — Arrest van 3 december 2009, Commissie/Duitsland (C-424/07, Jurispr. blz. I-11431).

15 — Punt 25.

uit ten gunste van de NRI [16]: enerzijds werd aanvaard dat verschillende onafhankelijke regelgevende instanties als NRI optreden, en anderzijds moet de lidstaat de scheiding zodanig vorm geven, dat daarbij een minimum aan voorzienbaarheid wordt bereikt; de lidstaat moet dus duidelijk aangeven welke bevoegdheden aan welke organisatie toebehoren en die bevoegdheden onmiddellijk ter kennis brengen van de Commissie. [17]

41. De tweede beslissing van het Hof die van belang is, is de recente uitspraak in de zaak Commissie/Duitsland. In die nietnakomingszaak betoogde de Commissie dat de Bondsrepubliek Duitsland in strijd met de telecommunicatierichtlijnen had gehandeld door bij wet de toepassing van de regeling op de gevoelige markten, alsook de bevoegdheden van de NRI's om ten aanzien van specifieke reguleringsdoelstellingen sturend en corrigerend op te treden, te beperken. In zijn arrest zette het Hof een lijn uit voor twee aspecten die voor de onderhavige zaak van bijzonder belang zijn. Ten eerste wees het op de rol van de NRI's waar het de analyse van de relevante markten betreft, waarbij het er hoofdzakelijk om gaat de NRI's in staat te stellen te bepalen of de op die markt aanwezige ondernemingen een aanmerkelijke macht uitoefenen die het functioneren van de markt verstoort. Waar de Duitse wetgever de NRI's had uitgesloten van de definitie en analyse van de nieuwe markten, had hij naar het oordeel van het Hof hun bevoegdheden ontnomen, die de richtlijnen nochtans *uitdrukkelijk* aan de NRI's hebben toegekend. [18] Ten tweede stelde het arrest vast dat een wettelijke bepaling die aangeeft welke doelen de NRI's moeten nastreven, maar daarin een aantal doelen niet noemt die wel in de richtlijnen zijn opgenomen, in strijd is met het recht van de Unie. Ten aanzien van dit punt verklaarde het Hof dat een wetgever die voorrang geeft aan één van de doelstellingen die de kaderrichtlijn aan de NRI's oplegt, „een afweging tussen deze doelstellingen [maakt], terwijl deze afweging door de NRI dient te worden gemaakt bij de uitvoering van de haar opgedragen reguleringstaken". [19]

42. Advocaat-generaal Poiares Maduro heeft deze laatste vraag in detail behandeld in zijn conclusie in de zaak Commissie/Duitsland, en daarin benadrukt dat de aan de NRI's opgedragen taken voor de wetgever soms verboden gebied zijn. In punt 63 van die conclusie stelt hij: „Die afweging aan de nationale wetgever opdragen heeft andere gevolgen dan haar bij de nationale regelgevende instantie leggen. De nationale regelgevende instanties zijn ingesteld door en ontlenen bijzondere bevoegdheden aan het communautaire rechtskader om een reden: zij worden verondersteld zich afzijdig te houden van bepaalde belangen en uitsluitend op basis van de in dat kader vastgelegde criteria tot hun beslissingen te komen."

16 — Arrest van het Spaanse Hooggerechtshof, Bestuursrechtkamer, Afdeling 3, van 10 maart 2009.

17 — Zie Cienfuegos Mateo, M. en Armengol Ferrer, F., „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", uitg. *Unión Europea Aranzadi*, oktober 2008.

18 — Punten 81-83.

19 — Punt 93.

43. Juist omdat de wetgever binnen elk nationaal constitutioneel stelsel een bijzondere opdracht heeft, ben ik het met advocaat-generaal Poiares Maduro eens dat er situaties bestaan waarin die opdracht niet verenigbaar is met de taken die de NRI's moeten uitvoeren. Het feit dat de taken van voorbereiding van de marktanalyse, afweging tussen de doelstellingen, en beslissing van individuele gevallen aan deze instanties toekomen, betekent dat de richtlijnen hun die taken toewijzen vanuit de gedachte dat zij de instanties zijn die technisch en juridisch het meest geschikt zijn om de in het regelgevingskader van de Unie aangegeven taken op zich te nemen. [20]

44. Op grond van het voorgaande kom ik tot de volgende conclusie.

45. In de eerste plaats heeft elke lidstaat een ruime discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de toewijzing van specifieke taken op basis van de richtlijnen aan de NRI's. Daarom verzetten de richtlijnen zich er niet tegen dat er binnen eenzelfde markt verschillende NRI's met elk een eigen functie bestaan, mits die verdeling niet leidt tot rechtsonzekerheid. Bij de toewijzing van de status van nationale regelgevende instantie aan verschillende lichamen moet dus een minimum aan voorzienbaarheid en transparantie in acht worden genomen.

46. In de tweede plaats is het niet uitgesloten dat, wanneer de lidstaat dat dienstig acht, de wetgever incidenteel bepaalde taken als nationale regelgevende instantie op zich neemt, mits wordt voldaan aan de bovengenoemde voorwaarden van voorzienbaarheid en transparantie. Het is zelfs mogelijk dat de wetgever beslissingen neemt die rechtstreeks invloed hebben op de taken van de NRI, zonder dat de wetgever als NRI optreedt. [21] Wil deze ingreep echter in overeenstemming zijn met de richtlijnen, zo is af te leiden uit het arrest Commissie/Duitland, dan mogen taken die de richtlijnen uitdrukkelijk aan de NRI opdraagt, niet worden beperkt of tenietgedaan. Deze beperking van de wetgevingsbevoegdheid van de lidstaten is gebaseerd op de bestaansreden van de NRI's, die zijn ingesteld en geëquipeerd om specifieke doelen te dienen. De lidstaten hebben, door de richtlijn goed te keuren, de wens te kennen gegeven dat deze doelstellingen door instanties met een technisch karakter, functioneel gescheiden van de

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

21 — Punt 13 van de considerans van richtlijn 2009/140 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 37) tot wijziging van de richtlijnen van 2002 op het gebied van de telecommunicatie, erkent dat de wetgever niet de meest geschikte instantie is om taken op zich te nemen die toekomen aan de NRI's, maar doet daarover ook geen definitieve uitspraak. De ambiguïteit van dat punt, waarin slechts wordt afgeraden een beroep op de wetgever te doen, lijkt eerder te bevestigen dat de wetgever, mits deze aan bepaalde voorwaarden voldoet, wel degelijk als nationale regelgevende instantie kan optreden: „Hiertoe zouden uitdrukkelijke bepalingen moeten worden opgenomen in de nationale wetgeving om ervoor te zorgen dat een nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is voor marktregulering ex ante of voor geschillenbeslechting tussen ondernemingen, bij het uitoefenen van haar taken beschermd is tegen externe interventie of politieke druk die haar onafhankelijke oordeel over de vraagstukken die haar worden voorgelegd in gevaar zouden kunnen brengen. *Dergelijke externe invloed maakt een nationale wetgevende instantie ongeschikt om volgens het regelgevingskader op te treden als een nationale regelgevende instantie.*" (Cursivering van mij.)

regerings- en de parlementaire werkzaamheden, zouden worden gerealiseerd.

2. Het Belgische rechtskader in het licht van de richtlijnen en hun uitlegging door het Hof

47. Op dit punt aangekomen zal ik nagaan of de Belgische wetgever conform het recht van de Unie heeft gehandeld door taken op zich te nemen die zowel in de kaderrichtlijn als in richtlijn 2002/22 in principe aan de NRI's zijn opgedragen. Als dat niet zo zou zijn, moet ook worden onderzocht of de Belgische wetgever, ook al heeft hij als NRI gehandeld, rechtmatig op die wijze kon optreden.

48. Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2002/22 bepaalt uitdrukkelijk dat het de verantwoordelijkheid is van de NRI's, te beoordelen of het aanbieden van een universele dienst een onredelijke last kan vormen voor de ondernemingen die deze dienst aanbieden. Daartoe berekenen zij de nettokosten van de dienst volgens de criteria die sub a en b van dat lid zijn vastgesteld. Na deze berekening stelt de NRI krachtens artikel 13 van richtlijn 2002/22 formeel vast of een onderneming een onredelijke last wordt opgelegd. Vanaf dat moment spreekt de bepaling niet meer met zoveel woorden over de NRI's en voegt toe dat „*de lidstaten* op verzoek van een aangewezen onderneming [*kunnen*] *besluiten*" [22] een systeem van compensatie gefinancierd uit publieke middelen van verdeling van de nettokosten onder de aanbieders van telecommunicatiediensten in te voeren.

49. Het door richtlijn 2002/22 aangegeven systeem is volkomen duidelijk en karakteriseert de taken die aan elke instelling toekomen. Opvallend is dat de NRI's — en uitdrukkelijk zij — worden aangewezen voor de uitvoering van de voorbereidende taken van analyse en definiëring van de markt en de kostenberekening van een universele dienst. Deze taak is hun opgedragen omdat het marktonderzoek moet worden uitgevoerd door een technisch deskundig en functioneel onafhankelijk organisme. De reden daarvoor is, dat weliswaar de compensatie voor de levering van een universele dienst een vanuit het gezichtspunt van de markt aanvaardbare maatregel is, maar dat er ook gevaar bestaat voor misbruik, hetgeen uiteindelijk kan leiden tot verstoring van de concurrentiepositie van sommige aanbieders. Daarom verlangt richtlijn 2002/22 dat juist de NRI de grondslagen vaststelt voor een latere kapitaaloverdracht ten gunste van een of meer dienstenaanbieders.

50. Vanaf dat moment, zodra is vastgesteld dat er een voldoende technische en juridische grondslag bestaat voor toekenning van de compensatie, wijst richtlijn 2002/22 „de lidstaten" een beslissing toe die gekwalificeerd zou kunnen worden als kernbeslissing. De bemoeienis van de NRI's houdt op op het moment waarop de ongetwijfeld essentiële beslissing wordt genomen: die omtrent het

22 — Cursivering van mij.

compensatiemechanisme en de uiteindelijke toepassing daarvan in individuele gevallen. Richtlijn 2002/22 heeft derhalve een systeem in het leven geroepen dat uit twee fasen bestaat. De eerste, die een explorerend en technisch karakter heeft, ligt uitsluitend in handen van de NRI's; de tweede, die aan de lidstaten is overgelaten, kan worden opgedragen aan de instantie die wordt gezien als meest geschikt en meest in overeenstemming met de institutionele autonomie van elke staat. Er is niets op tegen dat de wetgever de bevoegde autoriteit zou zijn om het compensatiemechanisme vast te stellen, al moet hij daarbij wel de regels in acht nemen die in artikel 13 van richtlijn 2002/22 zijn geformuleerd.

51. Heeft België die weg bewandeld?

52. In het licht van de gebeurtenissen tussen 2005 en 2007 is het duidelijk dat het antwoord alleen maar ontkennend kan zijn.

53. In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat gedurende de eerste fase, die volgens richtlijn 2002/22 uitdrukkelijk voor de NRI's is gereserveerd en die in de onderhavige zaak in het jaar 2005 bij de wetgever plaatsvond, iedere verwijzing naar de kostenraming of naar het feit dat er sprake was van een „onredelijke last" ontbrak. Pas in 2007, nadat de Commissie een precontentieuze niet-nakomingsprocedure had ingeleid, heeft de Belgische wetgever een retroactieve interpretatieve bepaling vastgesteld, inhoudend dat de wet van 2005 deze analyse had gemaakt en had bevestigd dat er sprake was van een „onredelijke last". Deze handelwijze staat echter haaks op het wezen van artikel 12 van richtlijn 2002/22, dat tot doel heeft de voorzienbaarheid en het technische karakter van deze eerste fase van de procedure te waarborgen. Zoals het Hof immers in de zaak Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones heeft geoordeeld, wanneer een lichaam, in dit geval de wetgever, taken van een NRI aan zich trekt, moet dit op een gemakkelijk toegankelijke wijze worden bekendgemaakt en aan de Commissie worden medegedeeld, met specificatie van de verantwoordelijkheden van elke NRI. [23] Niet alleen staat niet vast dat België vóór 2005 een dergelijke verklaring heeft afgegeven, er is zelfs een diametraal tegenovergestelde handelwijze te constateren, aangezien de wetgever die taken met terugwerkende kracht heeft overgenomen, hetgeen moeilijk verenigbaar is met het belang dat in de richtlijnen aan stabiliteit en rechtszekerheid op dit gebied wordt gehecht.

54. Zelfs indien de wetgever niet als NRI maar als soeverein wetgevend lichaam had willen optreden, zou een dergelijke handelwijze eveneens in strijd zijn geweest met richtlijn 2002/22. Bovengenoemd artikel 12 draagt namelijk aan de NRI's, en aan hen alleen, de technisch-juridische onderzoekstaak op om te beoordelen of

23 — Zie het arrest Comisión Nacional de Telecomunicaciones, reeds aangehaald, punt 25.

de universeledienstverplichtingen voor de ondernemingen die deze diensten leveren, een „onredelijke last" vormen. Artikel 13 van richtlijn 2002/22 maakt slechts een uitzondering op dit monopolie wanneer de tijd van de vaststelling en toepassing van een concreet compensatiemechanisme is gekomen. Terwijl de richtlijn de wetgever alle ruimte laat om te kiezen voor een van de modellen die de wetgeving van de Unie hem biedt, en dit in het kader van de ruime beoordelingsbevoegdheid die de institutionele autonomie van de lidstaten waarborgt op een moment waarop een strikt vermogensrechtelijke beslissing moet worden genomen, is juist het tegendeel het geval in de eerdere fase van analyse en onderzoek. Doordat de Belgische wetgever zowel de voorafgaande taak als de vermogensrechtelijke beslissing aan zich heeft getrokken, die in de artikelen 12 en 13 van richtlijn 2002/22 zijn voorzien, heeft hij het daarin bepaalde evenwicht tussen de NRI's en de overige nationale autoriteiten verstoord en derhalve inbreuk gemaakt op het recht van de Unie.

B — *De berekening van de kosten van de universeledienstverplichtingen*

55. Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag maakt het onnodig om op de overige door het Grondwettelijk Hof opgeworpen aspecten in te gaan. Een antwoord in de bovengenoemde zin kan de verwijzende rechter slechts tot één stellige conclusie brengen: aangezien zowel de wet van 2005 als de wet van 2007 onverenigbaar is met het recht van de Unie, omdat zij een systeem in het leven roepen dat afwijkt van de bij richtlijn 2002/22 vastgestelde procedure, is het bij het Grondwettelijk Hof ingestelde beroep zonder onderwerp geraakt.

56. Hoewel de verwijzende rechter in zijn verwijzingsarrest nog aanvullende aspecten aan de orde heeft gesteld, moet de voornaamste vraag van deze procedure afdoende beantwoord worden geacht met het voorstel dat ik hier aan het Hof in overweging geef, waarbij ik tevens verwijs naar mijn conclusie in de zaak C-222/08.

VI — Conclusie

57. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, op de prejudiciële vraag die het Belgische Grondwettelijk Hof heeft gesteld, te antwoorden als volgt:

„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, staat eraan in de weg dat een nationale wetgever het bestaan van een onredelijke last vaststelt op basis van de berekening van de kosten van de aanbieder van de universele dienst, aangezien die taken bij richtlijn 2002/22 uitdrukkelijk aan de nationale regelgevende instanties zijn opgedragen. Indien de nationale wetgever als nationale regelgevende instantie optreedt, moet de lidstaat voorafgaand aan die taakstelling en de mededeling aan de Commissie, duidelijk vastleggen wat de specifieke bevoegdheden van elke instantie zijn."