

**PHILIPPE
&
PARTNERS**Avenue Louise 240
1050 BruxellesTel. +32 2 600 52 00
Fax +32 2 600 52 01

Fax

A l'attention de : Thibaut Feron	Société : IBPT
Fax n° : 02/226 88 41	<input type="checkbox"/> Urgent - <input type="checkbox"/> Réponse s.v.p. - <input type="checkbox"/> Pour information
De :	Fax n° : +32.2.600.52.01
Nombre de page (s) : 1 + 37	Si vous n'avez pas reçu toutes les pages, veuillez appeler : +32.2.600.52.00
Date : Bruxelles, le 16/09/10	Notre référence :

Message :

Concerne : arrêt 2009/AR/181

5

Nr.: 10162

A.R. Nr.: 2009/AR/1871

Rep. nr.: 2010/5974

Atschrift-art. 782
 Vrij van expeditie recht
 art. 280. 2° Wetb. reg.

HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL
18° kamer,

zetelend in burgerlijke zaken,
 na beraad, wijst volgend arrest:

INZAKE VAN:

1. **BELGACOM N.V.**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 27, ingeschreven met KBO-nummer 0202.239.951, verzoekster,

✓ vertegenwoordigd door Mr. VANDENDRIESSCHE Frederik en Mr. ROETS J., advocaten te 1000 BRUSSEL, Loksumstraat 25;

Eindarrest

van 07-09-2010

TEGEN:

1. **B.I.P.T.**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 35, verweerster,

✓ vertegenwoordigd door Mr. DEPPE Sebastien, advocaat te 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240;

I. **DE RECHTSPLEGING EN DE VORDERING.**

1. De akte waarbij beroep wordt ingesteld werd ten verzoeken van Belgacom NV en Belgacom Mobile NV neergelegd op de griffie van het hof op 6 juli 2009 met toepassing van artikel 2 van de Wet van 17 januari

Ant. 31 x 32 005

N° 1017	kamer 18	2009/AR/1871	2
---------	----------	--------------	---

betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna "Wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling").

2. De bestreden beslissing is het "Besluit van de Raad van het BIPT van 22 april 2009 betreffende de methode voor verdeling van de kosten betreffende de gegevensbank van het sociale element van de universele telecommunicatiedienst alsook betreffende de specifieke berekeningselementen voor de jaren 2006 en 2007" (hierna "het bestreden besluit").

3. De partijen hebben conclusie genomen en een dossier met overtuigingsstukken ingediend.

4. De partijen werden gehoord bij monde van hun raadslieden op de openbare terechtzitting van 27 april 2010.

5. Tengevolge van een met een fusie door overname gelijkgestelde verrichting die plaats vond na de indiening van het verzoekschrift heeft Belgacom Mobile NV opgehouden te bestaan. In conclusie bevestigt Belgacom NV als overnemer en houder van alle rechten en verplichtingen van Belgacom Mobile NV, de rechtspleging verder te zetten (enkel) op haar naam.

6. Belgacom NV vordert de nietigverklaring van het bestreden besluit.

Ze vraagt om het BIPT te veroordelen in de kosten van het geding waaronder de rechtsplegingsvergoeding ten belope van 1.200 €.

II. HET REGLEMENTAIR KADER

7. De relevante regelgeving omvat Europese en nationale voorschriften en wordt gevormd door:

N° 1018

kamer 18

2009/AR/1871

3

a) Europese regelgeving.

- Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

- Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

- Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna de "Universeledienstrichtlijn").

- Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (hierna "Kaderrichtlijn").

- Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna de "Machtigingsrichtlijn").

- Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996, Publicatieblad Nr. L 077 van 27/03/1996 blz. 0020 - 0028 (hierna "Databankenrichtlijn").

b) Nationale regelgeving

- Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna de "WEC"). Relevant voor onderhavig beroep zijn in het bijzonder de artikelen 29 en 74 en de artikelen 22 en 39 van de bijlage bij deze wet.

- Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. Relevant voor onderhavig beroep is in het bijzonder artikel 30.

N° 1019	kamer 18	2009/AR/1871	4
---------	----------	--------------	---

- Wet van 17 juli 2001 betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatiebeveiliging.
- Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.
- Wet van 15 januari 1990 houdende de oprichting en organisatie van een Kruispunt van de sociale zekerheid.
- Wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk.
- Koninklijk Besluit van 20 juli 2006 tot vaststelling van de nadere regels voor de werking van het sociale element van de universele dienst inzake elektronische communicatie.

8. Bevoegdheid van het BIPT en het sociaal element van de universele dienst

Artikel 74 van de WEC bepaalt dat het sociale element van de universele dienst bestaat uit de levering aan sommige categorieën van begunstigten van bijzondere tariefvoorwaarden door elke operator die een openbare telefoondienst aanbiedt aan consumenten.

Verder bepaalt artikel 74 dat het BIPT tot opdracht heeft het fonds voor de universele dienstverlening inzake sociale tarieven, bestemd om de aanbieders van sociale tarieven (die daartoe bij het Instituut een verzoek hebben ingediend) te vergoeden, te beheren.

Artikel 22 § 2 van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 regelt de oprichting van een gegevensbank door het BIPT met betrekking tot de categorieën van begunstigten van het sociale telefoontarief.

De financiering van de gegevensbank wordt geregeld door artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.

N° 1020

kamer 18

2009/AR/1871

5

III. BEKNOPTE WEERGAVE VAN DE FEITELIJKE ANTECEDENTEN

9. Het begrip "universele dienstverlening" hangt samen met de liberalisering van de telecommunicatiesector op 1 januari 1998 en schrijft de verlening voor van een aantal vastgestelde minimumdiensten inzake elektronische communicatie voor alle eindgebruikers tegen een betaalbare prijs. Vanuit de noodzaak communicatiediensten tegen een "betaalbare prijs" aan te bieden voert de Europese en nationale wetgeving de verplichting in van sociale tarieven als één van de vastgestelde minimumdiensten.

10. De werking van het sociaal tariefsysteem veronderstelt een systeem om misbruiken te voorkomen (ondermeer door dubbele toekenningen) en is daarom onder andere gebaseerd op een databank, opgericht bij het BIPT, waarin verschillende categorieën van begunstigten worden geregistreerd. Wanneer een aanvraag voor een sociaal tarief wordt gericht aan een operator, kan deze laatste de gegevensbank laten nagaan of de aanvrager van het sociaal tarief niet reeds bij een andere operator het recht op tariefvermindering geniet.

11. In het kader van de ontwikkeling en installatie van de gegevensbank, vonden er verschillende vergaderingen plaats en werd er door de operatoren een werkgroep opgericht onder de benaming "STTS" of "Sociaal Telefoon/ Tarif Social".

Op een infovergadering van het BIPT en de werkgroep "STTS" van 10 oktober 2005 (stuk 12.1 administratief dossier BIPT) werd onder andere de mogelijke samenwerking besproken met de VZW SmalS-MvM/Egov voor de ontwikkeling en installatie van de gegevensbank.

Op 7 november 2005 (stuk 11 administratief dossier BIPT) werd er een presentatie gegeven aangaande de ontwikkeling en het gebruik van de beoogde applicatie van SmalS-MvM/Egov aan verschillende operatoren.

Een volgende vergadering met betrekking tot de werkplanning van de VZW's SmalS-MvM/Egov en een voorlopige schatting van de investeringskosten (ontwikkeling van de software (SmalS-MvM), hosting (SmalS-MvM), implementering van de software (SmalS-MvM), projectbeheer (SmalS-MvM), computeraansluitingen en een

N° 1021	kamer 18	2009/AR/1871	6
---------	----------	--------------	---

veiligheidsmarge) en werkingskosten (personeelskosten, lokalen, administratieve werking, onderhoud van de software en hosting, tweejaarlijkse controle van de databank en een veiligheidsmarge) vond plaats op 5 december 2005 (stuk 12.2 administratief dossier BIPT).

12. Op 19 december 2005 volgde een advies van de Inspectie van Financiën aangaande het ontwerp van samenwerkingsakkoord tussen BIPT en Smals-MvM/Egov en de organisatie voor de prefinanciering van de kosten aangaande het onderhoud van de investeringen (stuk 13 administratief dossier BIPT). Een uittreksel ervan luidt aldus:

"overwegende dat SMALS-MvM/Egov (op grond van een wet, die men hier niet zal bekritisieren...) de bevoorrechte partner is van het BIPT (met name) voor de ontwikkeling van diens informaticasystemen, niettegenstaande het feit dat de wet evenwel geen enkele exclusiviteit toekent.

Hopende dat het risico van een juridisch beroep door een potentiële inschrijver die zich a priori uitgesloten zou voelen van de opdracht, en dus benadeeld, zich niet zal verwerkelijken:

Voor zover de bestuurders van het BIPT kunnen aanvaarden, als bedachtzame managers, dat de prijzen van SMALS-MvM/Egov als normaal kunnen worden beschouwd, hetgeen echter beter geverifieerd had kunnen worden door een inmededingingstelling [...]."

Dit advies werd door een definitief advies door de inspecteur van financiën op 10 maart 2006 bevestigd (stuk 14 administratief dossier BIPT).

13. Een samenwerkingsakkoord (genaamd "Bijzondere samenwerkingsmodaliteiten") werd gesloten tussen het BIPT en de VZW Egov met onder meer als opdrachtoomschrijving het proces voor het bepalen, het toekennen, het wijzigen en verifiëren van het recht op een sociaal telefoontarief te ondersteunen via een informaticatool (stuk 19 gerechtelijk dossier BIPT). De overeenkomst werd niet gedateerd maar het document draagt de vermelding 9 februari 2006. Uit de omschrijving van de opdracht vervat in deze overeenkomst blijkt dat Egov beroep doet op de infrastructuur van SmalS-MvM ondermeer voor de hosting en de housing van de databank.

Volgens het bestreden besluit is de databank sinds 2 mei 2006 operationeel.

N° 1098

kamer 18

2009/AR/1871

7

14. Een koninklijk besluit van 20 juli 2006 bepaalt de nadere regels voor de werking van het sociale element van de universele dienst inzake elektronische communicatie en voerde in de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, een artikel 30 in, dat onder andere voorziet in de terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank.

Het koninklijk besluit van 20 juli 2006 bepaalt de werkwijze inzake de aanvraag en het verloop van de aanvraagprocedure.

In het advies 40.206/4 van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State betreffende het koninklijk besluit van 20 juli 2006¹, werd aangaande het sociaal telefoontarief en de instelling van een gegevensbank zoals voorzien in artikel 22 van het koninklijk besluit van 20 juli 2006 het volgende overwogen:

"[...] Uit die bepaling volgt enerzijds dat het aan de betrokken operator staat om de tariefverminderingen toe te passen op de personen die voldoen aan de erin gestelde voorwaarden, en anderzijds dat alleen de volgende bevoegdheden aan het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie worden verleend:

1° de bevoegdheden betreffende de binnen het Instituut opgerichte gegevensbank inzake de categorieën van begunstigden van het sociaal telefoontarief, die bij iedere aanvraag van een kandidaat voor de toekenning van het sociaal telefoontarief welke aan het Instituut door de operator wordt meegedeeld, nagaat of de betrokken begunstigde dat recht al niet heeft "genoten" bij een andere operator,

2° bepalen welke stukken het bewijs moeten leveren dat voldaan is aan de voorwaarden voor toekenning van het sociaal telefoontarief;

3° in samenwerking met de aanbieders van het sociaal tarief nagaan of de begunstigde nog recht heeft op het sociale tarief; het Instituut kan dit recht maximaal eenmaal om de twee jaar uitoefenen.

Onder die bevoegdheden bevindt zich net die om bij de indiening, door een persoon, van iedere aanvraag om toekenning van het sociaal telefoontarief systematisch na te gaan, en a fortiori te beslissen, of de aanvrager voldoet aan de wettelijke voorwaarden om een zodanig tarief te genieten.

In dat verband moet inzonderheid worden opgemerkt dat bij de indiening van een aanvraag het Instituut zich ertoe beperkt toegang te verlenen tot de voornoemde gegevensbank zodat die bank kan nagaan of de betrokken begunstigde dat recht niet reeds heeft "genoten" bij een andere operator.

De controlebevoegdheid beperkt zich zijnerzijds ertoe dat in samenwerking met de aanbieders van het sociaal tarief nagegaan wordt of de begunstigde nog recht heeft op het sociale tarief. Het

¹ B.S., 8 augustus 2006.

N° 1023

kamer 18

2009/AR/1871

8

betreft dus een controle a posteriori, die bovendien maximaal eenmaal om de twee jaar kan worden uitgeoefend.

De bevoegdheid om te beslissen het sociaal tarief al dan niet toe te kennen aan de aanvrager komt dus uitsluitend toe aan de operator.

De onderzochte bepaling kan dus niet worden aanvaard in zoverre ze een regeling invoert waarbij het Instituut systematisch de bevoegdheid van controle en besluitvorming inzake de toekenning van het sociaal telefoontarief wordt verleend."

15. Van 11 december 2008 tot 19 januari 2009 organiseerde het BIPT een openbare raadpleging (stuk 4 administratief dossier BIPT) met als doel het inwinnen van het advies van de telecomsector over de praktische uitvoering van de methode voor de verdeling van de kosten betreffende de gegevensbank van het sociale element van de universele communicatiedienst.

Op de pagina's 4, 5 en 6 van de raadpleging werden ook de basisbedragen voorgesteld voor de berekening van de kosten voor de jaren 2006 en 2007.

In haar schrijven van 20 januari 2009 aan het BIPT formuleerde Belgacom NV naar aanleiding van de openbare raadpleging enkele opmerkingen:

"In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat de kosten die worden voorgesteld weinig geëxpliciteerd zijn. In het verleden merkte de sector reeds op dat het enigzins vreemd is dat een onderneming als Smals werd geselecteerd zonder daarin de sector te kennen, terwijl de kosten toch moeten worden gedragen door de sector. Vandaag worden aan de sector algemene kosten voor investeringen en onderhoud voorgelegd zonder onderbouwing. We menen dat op dit vlak nog verduidelijking wenselijk is."

16. Op 22 april 2009 werd door het BIPT het besluit betreffende de methode en de verdeling van de kosten betreffende de gegevensbank van het sociale element van de universele telecommunicatiedienst alsook betreffende de specifieke berekeningselementen voor de jaren 2006 en 2007 genomen. Het bestreden besluit vermeldt de mogelijkheid voor Belgacom NV om beroep in te stellen voor het hof binnen de 60 dagen na de kennisgeving.

In het besluit werden tabellen opgenomen die het totaal van de investeringskosten (pagina 6) en onderhoudskosten (pagina 7) voor 2006 en 2007 weergeven:

N° 1024	kamer 18	2009/AR/1871	9
---------	----------	--------------	---

Investeringskosten 2006-2007

	2006	2007
Investeringskosten BIPT	€ 27.709	€ 6.440
Prestaties van Smals en KSZ voor de STTS-ontwikkeling	€ 728.748	€ 236.946
Totaal	€ 756.458	€ 243.386

Onderhoudskosten 2006-2007

	2006	2007
Onderhoudskosten BIPT (in €)	270.495	523.673
Onderhoudskosten gefactureerd door Smals (in €)	0	0
Onderhoudskosten gefactureerd door KSZ (in €)	0	39.838
Totaal	270.495	563.511

17. Het besluit werd per brief van 5 mei 2009 ter kennis gebracht aan Belgacom NV en Belgacom Mobile NV en dit samen met de volgende facturen: factuur STTS2009/0543 voor een bedrag van 7.951,61 EUR, factuur STTS2009/0559 voor een bedrag van 14.949,11 EUR, factuur STTS2009/0585 voor een bedrag van 5.836,47 EUR en factuur STTS2009/0601 voor een bedrag van 7.92,77 EUR.

18. In juli 2009 werd door het Rekenhof een verslag gepubliceerd over de 'Samenwerking van de overheid met de vzw Smals'. Het Rekenhof analyseerde de samenwerking tussen de overheid en de informaticabedrijven van de overheid (specifiek de VZW Smals) die zonder het volgen van een aanbestedingsprocedure worden aangesteld. Het Rekenhof komt tot het volgende besluit (p. 47 van stuk 7 dossier Belgacom):

"Het argument alsof de dienstverlening van de vzw Smals niet berust op een contract maar enkel op een wettelijk toegestane lidmaatschapsrelatie berust, zal bij een eventuele betwisting voor gerechtelijke instanties wellicht niet volstaan om te verantwoorden waarom geen aanbestedingsprocedure werd gevolgd. Een verplichte aanbesteding zou echter de huidige manier van samenwerken en zelfs het voortbestaan van de vzw Smals ernstig in het gedrang kunnen brengen. Nochtans biedt de nauwe band tussen de OISZ en de vzw Smals een opening om de gelijkstelling met een in house-relatie aannemelijk te maken. Daartoe moeten dan wel prioritair voorzorgen worden genomen zodat voldaan is aan de strikte voorwaarden van deze uitzondering: de instellingen

zullen bij een betwisting trouwens zelf moeten bewijzen dat die voorwaarden zijn vervuld."

19. Op 6 juli 2009 werd dan door Belgacom NV en Belgacom Mobile NV de rechtspleging aangevat waarbij de vernietiging van het bestreden besluit van 22 april 2009 wordt gevorderd.

IV. BESTREDEN BESLUIT

20. Het bestreden besluit houdt de vaststelling in van de investerings- en onderhoudskosten voor de gegevensbank van het sociaal element voor de jaren 2006 en 2007, evenals de methode voor de verdeling van die kosten tussen de betrokken operatoren. De individuele door de operatoren te financieren bedragen voor de jaren 2006 en 2007 worden berekend krachtens het besluit en bekend gemaakt aan de operatoren.

De bijlagen 1 en 2 bij het bestreden besluit bevatten een overzicht van de onderhouds- en investeringskosten voor het jaar 2006 respectievelijk voor het jaar 2007 en vermelden de gehanteerde verdeelsleutels.

V. MIDDELEN TEN GRONDE EN BEOORDELING

Eerste grief betreffende de schending van artikel 30 § 5, tweede lid van de Wet van 17 januari 2003

Standpunten van partijen

21. Volgens Belgacom schendt het bestreden besluit artikel 30 § 5, tweede lid van de wet van 17 januari 2003 omdat de investeringen met betrekking tot de gegevensbank voor het jaar 2007 niet voorafgaandelijk goedgekeurd werden door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

De kosten van de investeringen en het onderhoud aan de gegevensbank van het jaar 2007 maken volgens Belgacom kosten uit die plaatsvinden na 31 december 2006 met als gevolg dat deze kosten voorafgaandelijk goedgekeurd moesten worden door de Koning, bij een besluit vastgelegd na overleg in de ministerraad.

N° 1096	kamer 18	2009/AR/1871	11
---------	----------	--------------	----

De voorafgaande goedkeuring door de Koning is volgens Belgacom een *conditio sine qua non* waarbij er geen onderscheid gemaakt wordt naargelang het tijdstip van de vaststelling van de betrokken investeringen.

22. Volgens het BIPT is artikel 30 §5, tweede lid van de wet van 17 januari 2003 niet van toepassing op het bestreden besluit om twee redenen:

(i) De beslissing tot vaststelling van de betrokken investeringen werd namelijk volgens het BIPT genomen vóór 28 juli 2006, dit is vóór de datum waarop artikel 30 § 5, tweede lid door artikel 66 van de Wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen werd ingevoegd en in werking trad. Op het ogenblik van de vaststelling van de investering was er bijgevolg wettelijk gezien nog geen goedkeuring door de Koning vereist. Het BIPT betwist in dit verband dat het bestreden besluit, de beslissing is die de investeringen van het jaar 2007 vaststelt. Hierbij meent het BIPT dat de notie "investeringen die plaatsvinden" verwijst naar het ogenblik van vaststellen van de investeringen.

(ii) Volgens het BIPT dient verder een onderscheid gemaakt te worden tussen de vaststelling van de investeringen (dewelke aan de goedkeuring van de Koning is onderworpen) en de vaststelling van de kosten van de investeringen (dewelke niet aan de goedkeuring van de Koning is onderworpen). Het voorwerp van het bestreden besluit houdt niet de effectieve aanrekening in van de betreffende kosten, maar legt enkel de kosten van de investeringen uitgevoerd in de jaren 2006 en 2007 vast en bepaalt de methode voor de verdeling van die kosten tussen de operatoren in het algemeen. Uit het doel van het bestreden besluit en uit de organisatie van de openbare raadpleging kan volgens het BIPT duidelijk worden afgeleid dat het bestreden besluit geen invordering inhoudt en dat er een afzonderlijke beslissing tot invordering per operator diende genomen te worden.

23. Belgacom betoogt dat de facturen en kennisgevingsbrieven van het BIPT loutere uitvoeringshandelingen zijn, gezien er geen melding wordt gemaakt van een beroepsmogelijkheid overeenkomstig artikel 2, 4° van de Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur dat

bepaalt dat "elk document waarmee een beslissing of een administratieve handeling met individuele strekking uitgaande van een federale administratieve overheid ter kennis wordt gebracht aan een bestuurde, de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen vermeldt (...)"

24. Het BIPT betwist dat het gaat om loutere uitvoeringshandelingen omdat het bestreden besluit de beslissing is die de eigenlijke beslissing tot invordering voorafgaat en rechtsgevolgen teweeg brengt in hoofde van Belgacom. Het is de factuur zelf die de beslissing uitmaakt tot invordering van de kosten.

25. In ondergeschikte orde betoogt het BIPT dat indien artikel 30 §5, tweede lid wel van toepassing zou zijn op het bestreden besluit, er niet tot de onwettigheid van het besluit kan besloten worden maar het besluit niet kan worden uitgevoerd.

Beoordeling door het Hof

26. Volgens artikel 68 WEC, dat verwijst naar artikel 74 WEC, bestaat het sociaal element van de universele dienst uit de levering van diensten aan sommige categorieën van begunstigde van bijzondere tariefvoorwaarden (sociaal tarief), door elke operator die een openbare telefoondienst aanbiedt aan consumenten.

27. Bij de invoering van het sociaal tarief en de installatie van een databank om onder meer dubbele toekenningen te vermijden, achtte de wetgever het noodzakelijk om artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 te vervangen "teneinde rekening te houden met de terugbetaling van de kosten gemaakt door het Instituut in uitvoering van zijn verplichtingen inzake universele dienstverlening die volgen uit de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie"².

Artikel 30 § 5, tweede lid van de wet van 17 januari 2003 ingevoerd door artikel 66 van de wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen, trad in werking op 7 augustus 2006 (de tiende dag na de publicatie op 28 juli 2006) en bevat de volgende bepaling:

² Parl. St. Kamer, 2005-2006, 2518/001, 56-57.

N° 1018

kamer 18

2009/AR/1871

13

"Kosten aangaande investeringen en onderhoud m.b.t. de in § 2 vermelde gegevensbanken die na 31 december 2006 plaatsvinden, kunnen op basis van dit artikel enkel worden teruggevorderd op voorwaarde dat de desbetreffende investeringen voorafgaandelijk goedgekeurd werden door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad."

28. Het hof dient vast te stellen dat de investeringen niet voorafgaandelijk werden goedgekeurd door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

Het BIPT kan niet gevolgd worden waar het aanvoert dat de desbetreffende kosten van de investeringen in, en het onderhoud van de databank kunnen worden verhaald op de operatoren zonder die goedkeuring door de Koning nu deze investeringen reeds zouden zijn vastgesteld vóór de inwerkingtreding van het desbetreffende artikel. Het artikel 30 §5 maakt op dit punt evenwel geen onderscheid naargelang van de datum van "vaststelling" van de investeringen. Dat de goedkeuring door de Koning vóór de inwerkingtreding van het betreffende artikel niet verplicht was om investeringen vast te kunnen stellen, neemt niet weg dat de terugvordering van de kosten die er betrekking op hebben ná die datum enkel nog kan gebeuren onder de voorwaarden van artikel 30, §5.

De goedkeuring van de desbetreffende investeringen door de Koning is enkel niet vereist voor de terugvordering van kosten aangaande de investeringen en het onderhoud van de gegevensbank voor zover die kosten reeds vóór 31 december 2006 "plaatsvinden".

29. De wetgever definieert niet wat onder het begrip "plaatsvinden" van kosten moet worden verstaan. Uit de parlementaire voorbereidingen kan men evenwel afleiden dat het gaat om "gemaakte" kosten:

"[...] de terugbetaling van de kosten gemaakt door het Instituut in uitvoering van zijn verplichtingen inzake universele dienstverlening die volgen uit de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie."³

30. Bijgevolg kunnen sinds de inwerkingtreding van artikel 30, §5 nog enkel de kosten voor investeringen en onderhoud van de gegevensbank die gemaakt werden vóór eind 2006 teruggevorderd worden op basis van

³ Parl. St. Kamer, 2005-2006, 2518/001, 56-57.

N° 1099	kamer 18	2009/AR/1871	14
---------	----------	--------------	----

artikel 30, § 2 zonder voorafgaandelijke goedkeuring van de desbetreffende investeringen door de Koning. Uit de stukken van het administratief en gerechtelijk dossier van het BIPT en het bestreden besluit van 22 april 2009 blijkt dat de gegevensbank sinds 2 mei 2006 operationeel is. Dit gegeven wordt door Belgacom niet betwist. Welnu, dit impliceert dat de noodzakelijke investeringen werden gerealiseerd en de kosten voor de uitvoering ervan reeds hadden plaatsgevonden vóór eind 2006. Dit blijkt ten overvloede ook uit de bijlagen bij de bestreden beslissing: er was meubilair aangekocht en software ontwikkeld voorafgaand aan de ingebruikname van de gegevensbank.

31. De goedkeuringsvoorwaarde van artikel 30 § 5 is bijgevolg niet van toepassing op de investerings- en onderhoudskosten gemaakt vóór eind 2006 en aldus kunnen deze kosten in principe worden doorgerekend aan Belgacom.

De goedkeuringsvoorwaarde is echter wel van toepassing voor de investerings- en onderhoudskosten die ná 2006 worden gemaakt en die betrekking hebben op per hypothese niet voorafgaandelijk goedgekeurde investeringen. Afschrijvingen van investeringen gerealiseerd vóór eind 2006 vormen evenwel een boekhoudkundige verrichting, op basis van een voorheen effectief gedane uitgave en kunnen derhalve niet worden beschouwd als een 'kost' die aan de voorafgaande goedkeuring is onderworpen.

De verdere argumentatie van partijen over het al dan niet bestaan van een afzonderlijke beslissing tot invordering waarop artikel 30, §5, tweede lid van toepassing zou zijn, is terzake niet meer dienend nu het bestreden besluit in elk geval een onmisbare rechtshandeling vormt om de desbetreffende kosten te kunnen invorderen.

32. Het eerste middel is gegrond in zoverre het bestreden besluit door de terugvordering van investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank bedoeld in artikel 22, §2 van de bijlage bij de WEC die gemaakt werden ná 31 december 2006, artikel 30, §5, tweede lid van de Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector schendt.

N° 1030

kamer 18

2009/AR/1871

15

Tweede grief betreffende de schending van artikel 30 § 2 van de Wet van 17 januari 2003, de artikelen 5 en 29 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en schending van de beginselen van behoorlijk bestuur (efficiëntie, transparantie, redelijkheid, zuinigheid en materiële motiveringsplicht)

33. De tweede grief omvat vier onderdelen. Belgacom betoogt dat (i) er voor geen van de investerings- en onderhoudskosten een stavingsstuk wordt aangebracht, (ii) de gegevensbank hoge kosten met zich meebrengt die niet overeenstemmen met de marktprijs, (iii) de bestreden beslissing beheerskosten aanmerkt als onderhoudskosten voor de gegevensbank zoals bepaald in artikel 30 § 2 van de Wet van 17 januari 2003 terwijl deze geïnd worden via de administratieve bijdrage volgens artikel 29 WEC, (iv) dat de invordering van de kosten kennelijk onredelijk is ten aanzien van de weigering van het BIPT om de vergoeding voor het verstrekken van sociale tarieven volgens artikel 74 WEC aan de operatoren uit te betalen.

Het derde onderdeel komt eerst aan bod omdat de inhoud van de door het BIPT recupereerbare investerings- en onderhoudskosten het uitgangspunt vormt voor de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur en de andere toepasselijke wetgeving.

(i) Het bestreden besluit kwalificeert beheerskosten onterecht als onderhoudskosten voor de gegevensbank zoals bepaald in artikel 30 §§ 1 en 2 van de wet van 17 januari 2003. Deze kwalificatie schendt de algemene beginselen, in het bijzonder efficiëntie, transparantie, redelijkheid, zuinigheid en materiële motiveringsplicht en artikel 30 §§ 1 en 2 en artikel 29 WEC.

34. Belgacom betoogt dat diverse werkingskosten en beheerskosten van het BIPT worden doorgerekend aan de operatoren onder de vorm van 'onderhoudskosten van de gegevensbank'. De onderhoudskosten van de gegevensbank zijn volgens Belgacom kosten voor het "in goede staat houden" van de gegevensbank waarbij deze laatste aanzien moet worden als een 'databank' waarin de begunstigden van een sociaal tarief worden geregistreerd en niet als een specifieke 'dienst gegevensbank'. Belgacom steunt zich hiervoor onder andere op het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 20 juli 2006 waarin gesteld wordt:

"Om dubbele toekenningen van sociale tarieven te vermijden, wordt bij het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie een databank opgericht waarin de begunstigden van een sociaal tarief worden geregistreerd. [...]"

35. De verdeelsleutel die het BIPT toepast op de uitgavenposten voor 2006 en 2007 zoals opgenomen in de bijlagen 1 en 2 van het bestreden besluit, zijnde personeelskosten, de kosten voor huur (lasten en onderhoud) voor de ruimte in de Astrotoren waarvan 1/33^{ste} van de gehuurde ruimte in beslag wordt genomen door de dienst STTS, de posten "belasting, verzekering gebouw" en "telefoon en post", kantoorbenodigdheden toegewezen aan de dienst STTS, onderhoudskosten eigen aan de dienst STTS (kosten helpdesk KSZ-BCSS en de kosten T-service interim) en overheadkosten: 5% op de werkingskosten (deze omvatten de ondersteuning van de IT-helpdesk, de personeelsdienst, de boekhouding, de aankoopdienst, follow-up door de directie en het gebruik van algemeen materiaal), zijn volgens Belgacom geen 'onderhoudskosten van de gegevensbank' omdat ze niet in rechtstreeks verband staan met het in goede staat houden van de gegevensbank. Deze kosten kunnen dus niet in aanmerking komen voor terugbetaling door de operatoren.

Verder betwist Belgacom de kwalificatie als 'onderhoudskosten', van de kosten aangaande het verifiëren of een aanvraag voldoet aan de voorwaarden van artikel 22 van de bijlagen bij de WEC (zijnde de voorwaarden voor het toepassen van het sociaal tarief) en de kosten voor het bijwerken en actualiseren van het bestand van de gegevensbank.

36. De kosten die geen betrekking hebben op de investeringen en het onderhoud van de gegevensbank en die volgens Belgacom kunnen worden aangemerkt als 'beheerskosten', vallen onder de toepassing van artikel 30, §1, 6° van de wet van 17 januari 2003 en kunnen niet onder artikel 30 §2 van dezelfde wet vallen.

Belgacom verwijst in dit verband naar de memorie van toelichting bij het wetsontwerp⁴ van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 dat benadrukt dat de terugbetaling van de kosten in artikel 30 § 1, 6° geen

⁴ Parl. St. Kamer, 2005-2006, 2518/001, 56-57.

N° 1032

kamer 18

2009/AR/1871

17

aanleiding kan geven tot het opleggen van extra bijdragen, maar dient gekaderd te worden in de administratieve bijdragen van artikel 29 WEC.

37. Belgacom betoogt tevens dat het bestreden besluit artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn schendt, door enerzijds de teveel geïnde administratieve bijdragen door te storten aan de Staat overeenkomstig artikel 32 § 1 van de wet van 17 januari 2003 en door anderzijds aan de operatoren nog bijkomende lasten op te leggen.

38. Steunend op de tekst van artikel 22 §2 van de Bijlage van de WEC en het advies 40.206/4 van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State, stelt het BIPT dat de gegevensbank als een "afzonderlijke georganiseerde dienst" moet beschouwd worden, waardoor de kosten van het "beheer en de werking van de afzonderlijke georganiseerde dienst" onder het begrip "onderhoud" vallen. Het begrip "onderhoud" betekent aldus volgens het BIPT niet enkel het onderhoud van de databank als Informaticasysteem.

Bijgevolg, zo stelt het BIPT, vallen de kosten voor de behandeling en verwerking van de aanvragen van gebruikers van sociale tarieven, zijnde het actualiseren van gegevens en nagaan of de aanvrager al dan niet het recht reeds heeft genoten bij een andere operator, onder artikel 30 §2 van de wet van 17 januari 2003 (onderhoudskosten van de gegevensbank) en niet onder artikel 30 §1, 6° van dezelfde wet.

Ook de kosten van huur, lasten, onderhoud, belasting, verzekering van het gebouw, telefoon en post vallen onder artikel 30 §2 van de wet van 17 januari 2003 aangezien het gaat om middelen en materiaal dat het personeel van de gegevensbank nodig heeft om de gegevensbank te laten functioneren. De "overheadkosten" en de "onderhoudskosten eigen aan de dienst STTS" waaronder kosten voor de helpdesk KSZ-BCSS en de kosten T-SERVICE Interim, zijn volgens het BIPT ondersteunende kosten voor de dienst gegevensbank. Deze kosten vallen eveneens onder artikel 30 §2 van de wet van 17 januari 2003.

39. Verder betwist het BIPT dat er dubbele kosten worden aangerekend en dat artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn wordt geschonden.

De kosten die volgens het BIPT onder artikel 30 §1, 6° vallen, worden niet verrekend in de onderhoudskosten maar zijn het voorwerp van de

N° 1033

kamer 18

2009/AR/1871

18

administratieve bijdragen geïnd door het Fonds voor de Universele Dienstverlening.

Daarenboven wordt er volgens het BIPT een afzonderlijk klassement voorbehouden voor de facturen die betrekking hebben op de dienst STTS en worden deze opgenomen in een afzonderlijk business unit "70" binnen de boekhouding van het BIPT.

De eventueel teveel geïnde bijdragen overeenkomstig artikel 32 § 1 van de wet van 17 januari 2003 worden doorgestort naar de federale overheid en maken geen voorwerp uit van bijkomende lasten.

Beoordeling van het Hof

40. De wetgever heeft voorzien in verschillende financieringsmechanismen voor het BIPT.

De wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, zoals gewijzigd bij de wet van 25 april 2007, voorziet in een afzonderlijk financieringssysteem voor de universele dienst waaronder het sociaal element van de universele dienst.

41. De financiering van de universele dienst wordt geregeld in de artikelen 29 en 30 van hoofdstuk IV van de Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en artikel 29 van de Wet van 13 juni 2005 inzake elektronische communicatie.

42. Artikel 29 van de Wet van 17 januari 2003 bepaalt dat het BIPT een financieel autonoom beheer geniet en *alle werkingskosten* gedragen worden door de inkomsten van het BIPT. Wat de inkomsten van het BIPT omvatten wordt bepaald in artikel 30 waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen (i) de inkomsten uit de terugbetaling van de kosten verbonden aan het beheer en het toezicht op de universele communicatiediensten (artikel 30, §1, 6°) en (ii) de inkomsten uit de terugbetaling van de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank (artikel 30, §2).

N° 6034

kamer 18

2009/AR/1871

19

De sociale tarieven zijn een component van de universele dienst. Aangezien de kosten van het beheer en het toezicht op de universele dienst onder artikel 30 § 1, 6° vallen dat verder verwijst naar artikel 29 WEC, vallen bijgevolg ook de kosten voor het beheer en toezicht op het sociaal element van de universele dienst onder artikel 30 § 1, 6° en dus onder artikel 29 WEC.

Artikel 29, §1, 2° van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, bepaalt dat de administratieve bijdragen die worden opgelegd aan de operatoren dienen ter dekking van de kosten inzake de specifieke opdrachten van het Instituut inzake de toegang en universele dienstverlening.

Dit wordt tevens bevestigd in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp⁵ van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 waarin de wetgever duidelijk stelt: *"de terugbetaling van de kosten waarnaar verwezen wordt in 6° kunnen geen aanleiding geven tot het opleggen van extra bijdragen voor de sector, maar dient te kaderen in de administratieve bijdragen die door het BIPT op basis van artikel 29 van de wet van 13 juni 2005 worden geïnd."*

Het hof leidt uit het voorgaande af dat artikel 30, §1, 6° van de wet van 17 januari 2003 voorziet in een algemene regel die stelt dat de kosten van het BIPT aangaande het beheer, het toezicht en alle specifieke opdrachten inzake de toegang tot de universele dienstverlening, met inbegrip van het sociaal element, in principe vallen onder artikel 30, §1, 6°.

De investerings- en onderhoudskosten aangaande de gegevensbank van artikel 30, §2 vormen een uitzondering op die algemene regel van artikel 30, §1 van de wet van 17 januari 2003. De uitzondering van §2 dient bijgevolg beperkend te worden uitgelegd. Dit houdt met name in dat enkel de kosten die rechtstreeks verband houden met de investeringen in en het onderhoud van de gegevensbank in aanmerking komen om doorgerekend te worden aan de operatoren. De overige kosten in verband met het beheer en het toezicht en alle andere specifieke opdrachten in verband met de universele dienst - ook wat het sociale element betreft - vallen onder de algemene regel van §1, 6°.

⁵Parl. St. Kamer, 2005-2006, 2518/001, 56-57.

43. Het hof stelt vast dat partijen niet debatteren over de vraag wat er specifiek onder het begrip 'investeringskosten' moet verstaan worden, maar wel debatteren over de vraag wat onder het begrip 'onderhoudskosten' moet begrepen worden.

Ter beoordeling van deze vraag dient vooreerst teruggegrepen te worden naar het doel van de installatie van een gegevensbank. De wetgever onderscheidt twee doelen: (i) gegevens registreren van de begunstigten van een sociaal telefoontarief, (ii) een controlesysteem installeren om dubbele toekenningen van sociale tarieven te vermijden⁶.

Een verzameling van gegevens, werken of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk beantwoordt aan de definitie van een databank zoals bepaald in de Databankenrichtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996⁷. De gegevensbank is bijgevoel een databank.

Om haar wettelijke doelstelling te kunnen bereiken (gegevens registreren en controle om dubbele toekenningen te vermijden) dient de databank optimaal operationeel te zijn. Het onderhoud van de databank moet dan ook gebeuren in functie van de beschikbaarheid van de databank. Het hof gaat voor het begrip 'onderhoud' uit van haar gangbare betekenis namelijk het geheel van handelingen die als doel hebben de optimale staat van functioneren te handhaven of opnieuw te bereiken. Onderhoud zal vereist zijn om defecten te herstellen, defecten te voorkomen of om de zaak aan te passen aan een evolutie, omstandigheid of omgeving. Het optimaal functioneren van een databank vereist met name ook de input van alle vereiste actuele gegevens om het systeem optimaal beschikbaar te houden om zijn doelstellingen te bereiken. Daarentegen vormen kosten verbonden aan het gebruik geen 'onderhoudskost'.

44. Het hof stelt bovendien vast dat de wetgever de bedoeling had om de terugbetaling van de onderhouds- en investeringskosten door de operatoren te koppelen aan verschillende elementen, zoals de verdeelsleutel van de beheerskosten, de operatoren die sociale tarieven

⁶ Parl. St. Kamer, 2005-2006, 2518/001, 56-57.

⁷ Publicatieblad Nr. L 077 van 27/03/1996 blz. 0020 - 0028

N° 1036	kamer 18	2009/AR/1871	21
---------	----------	--------------	----

dienen aan te bieden, het aantal sociaal gerechtigden waarover de operatoren beschikken en het daadwerkelijk gebruik van het systeem door de operatoren.

Om de gegevensbank daadwerkelijk te kunnen gebruiken moet ze volledig en optimaal ter beschikking zijn. De gegevens van de sociaal begunstigde moeten aldus op een correcte wijze ingegeven en geactualiseerd worden.

Enkel en alleen de kosten die in rechtstreeks verband staan met het operationeel houden van de gegevensbank kunnen gekwalificeerd worden als 'onderhoudskosten'. Het betreft hier met name de kosten van het personeel dat de databank optimaal beschikbaar moet houden door de nodige gegevens in te geven evenals de kosten voor het onderhoud van het vereiste informaticasysteem en de aanpassing eraan.

De consultatie en de werking van de databank en de kosten die hieruit voortvloeien zoals de kosten voor belasting, verzekering van het gebouw, telefoon en post, en overhead 5% op de werkingskosten staan niet in rechtstreeks verband met het daadwerkelijk operationeel houden van de databank. Zij vormen 'gebruikskosten' en moeten opgenomen worden onder 'de kosten verbonden aan het beheer en het toezicht op de universele telecommunicatiedienst' zoals bepaald in artikel 30 §1, 6° wet van 17 januari 2003 en artikel 29 van de wet van 13 juni 2005 (WEC).

Door de kosten voor consultatie en werking te kwalificeren als 'onderhoudskosten', schendt het BIPT artikel 30, §1, 6° en §2 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en artikel 29 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

Het derde onderdeel is gegrond.

(ii) schending beginselen van behoorlijk bestuur door de investerings- en onderhoudskosten niet te staven

45. Belgacom is van oordeel dat het bestreden besluit dient te worden vernietigd gezien het besluit in rechte niet verantwoord is en strijdig met de materiële motiveringsplicht, het transparantiebeginsel en de formele motiveringsplicht omdat het BIPT geen enkel stavingsstuk bijbrengt met

N° 1037	kamer 18	2009/AR/1871	22
---------	----------	--------------	----

betrekking tot de posten die zij kwalificeert als enerzijds investeringskosten en anderzijds onderhoudskosten.

46. Het BIPT betwist niet dat het bestreden besluit onderworpen is aan zowel het beginsel van de materiële motiveringsplicht als aan het transparantiebeginsel zoals vervat in artikel 5 WEC.

Volgens het BIPT wordt het bestuur echter noch door de formele, noch door de materiële motiveringsplicht verplicht haar beslissing te staven met de nodige bewijsstukken van de kosten.

Het BIPT betoogt verder dat in het bestreden besluit wordt gemotiveerd welke de verschillende onderhouds- en investeringskosten zijn en in de bijlagen de details van de totaalbedragen van de kosten voor het jaar 2006 en 2007 werden toegeëlicht.

Het BIPT merkt op dat een schending van de formele motiveringsplicht overigens niet tot de vernietiging van het bestreden besluit kan leiden aangezien het hof in het kader van haar volle rechtsmacht kennis kan nemen van alle aspecten van het bestreden besluit en desgevallend dit besluit kan hervormen wat impliceert dat het hof kennis kan nemen van andere motieven dan dewelke in de bestreden beslissing worden vermeld.

Oordeel van het Hof

47. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur behoren als suppletieve normen te worden toegepast ingeval het wettenrecht niet van aard is een voldoende rechtsbescherming te bieden en onvolledig, onduidelijk of tegenstrijdig is⁸.

De formele motiveringsplicht is strenger dan de materiële motiveringsplicht aangezien de motieven die de beslissing dragen niet enkel kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig moeten zijn, maar ook terug te vinden in het bestreden besluit.

⁸ MAST, DUJARDIN en VANDELANOTTE, "Overzicht van het administratief recht 2006", p. 48.

N° 1038	kamer 18	2009/AR/1871	23
---------	----------	--------------	----

Zoals het BIPT terecht stelt, is het vaste rechtspraak van de Raad van State dat de kenbaarheid voldoende is als de motieven terug te vinden zijn in het administratief dossier.⁹

48. Het transparantiebeginsel vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel, maar ook uit het zuinigheidsbeginsel en is er om een adequate rechtsbescherming mogelijk te maken. Het transparantiebeginsel is opgenomen in artikel 5 WEC dat stelt dat *'binnen het kader van het uitoefenen van zijn bevoegdheden treft het Instituut alle passende maatregelen om de in de artikelen 6 tot 8 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregelen worden op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd, proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Ze dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen en leven de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit na'*.

Het transparantiebeginsel van artikel 5 WEC komt voort uit artikel 3, lid 2 van de Universeledienstenrichtlijn en artikel 3, lid 3 van de Kaderrichtlijn, dat stelt dat *'de lidstaten (ervoor) zorgen dat de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze uitoefenen.'*

49. Deze beginselen toepassend op het bestreden besluit stelt het hof vast dat het bestreden besluit op pagina 3 en 4 een opsomming geeft van de toepasselijke wetgeving, op pagina 6 een summier toelichting van de investeringskosten en op pagina 7 een summier toelichting van de onderhoudskosten waarbij er telkens een tabel wordt weergegeven met de totale investerings- respectievelijk onderhoudskosten voor de jaren 2006 en 2007 (zie randnummer 16).

In de bijlagen 1 en 2 bij het bestreden besluit wordt verder een overzicht gegeven van de posten die de verschillende kosten vertegenwoordigen, maar dit zonder enige verdere toelichting.

Het hof stelt vast dat er voor deze posten geen facturen en/of andere stukken worden bijgebracht in of bij het besluit.

50. Het is in die omstandigheden onmogelijk voor de bestuurde om na te gaan of de elementen en motieven van het bestreden besluit feitelijk juist

⁹ R.v.St., Noë, nr. 16.592, 26 juli 1974; R.v.St., Renard, nr. 32.036, 21 februari 1989; R.v.St., Macken, nr. 34.532, 27 maart 1990; R.v.St., V., nr. 34.816, 26 april 1990, R.W. 1990-91, 1055.

N° 1039	kamer 18	2009/AR/1871	24
---------	----------	--------------	----

en draagkrachtig zijn. De motieven zijn niet kenbaar aangezien er in het besluit zelf niet naar enig stuk in het administratief dossier wordt verwezen, het is pas in de conclusie van het BIPT van 14 april 2010 dat er enkele facturen worden bijgebracht of verwezen wordt naar stukken.

Voor de onderhoudskosten wordt er enkel verwezen naar de facturen van T-SERVICE INTERIM voor enkele personeelskosten en naar de factuur van CONTINUGA voor de aankoop van kantoorbenodigdheden. Voor de andere posten worden er geen facturen voorgelegd.

Daarenboven stelt het hof vast dat de verstuurde facturen voor de onderhoudskosten op datum van 5 mei 2009 met de nummers STTS2009/0543 voor een bedrag van 7.951,61 EUR, STTS2009/0559 voor een bedrag van 14.949,11 EUR, STTS2009/0585 voor een bedrag van 5.836,47 EUR en STTS2009/0601 voor een bedrag van 7.92,77 EUR enkel de volgende vermelding bevatten:

« Conform de bepalingen van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 betreffende het statuut van de Belgische regulator inzake de sectoren post en telecommunicatie, gewijzigd door de reparatiewet van 20 juli 2006, en rekening houdend met de door U medegedeelde informatie, heeft het BIPT de bijdrage van Uw vennootschap berekend oor het jaar 2006 in de terugbetaling van de onderhoudskosten van de gegevensbank zoals bedoeld in artikel 22, §2 van de bijlage van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische telecommunicatie »¹⁰.

Behalve een verwijzing naar de toepasselijke wetgeving wordt geen toelichting gegeven over de samenstelling van het bedrag voor de onderhoudskosten.

51. Niettegenstaande het BIPT tijdens de gerechtelijke procedure voor het hof verschillende stukken uit haar administratief dossier heeft meegedeeld waardoor de kenbaarheid van de verschillende kostenposten duidelijker is geworden, moet het hof vaststellen dat het bestreden besluit niet voldoet aan het transparantiebeginsel van artikel 5 WEC, artikel 3, lid 2 van de

¹⁰ *Vrije vertaling van de volgende tekst: Conformément aux dispositions de l'article 30 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, modifié par la loi réparatrice du 20 juillet 2006, et tenant compte des informations que vous lui avez transmises, l'IBPT a calculé la contribution de votre société pour l'année 2006 au remboursement des frais d'entretien de la base de données visée à l'article 22, § 2 de l'annexe à la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques."*

N° <i>1040</i>	kamer 18	2009/AR/1871	25
----------------	----------	--------------	----

Universeledienstenrichtlijn en artikel 3, lid 3 van de Kaderrichtlijn doordat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen de onderhoudskosten en beheerskosten.

Het is voor Belgacom bijgevolg onmogelijk om na te gaan of de gevorderde kosten op een objectieve, proportionele en wettelijke wijze werden aangerekend.

52. Het bestreden besluit schendt artikel 5 WEC, artikel 3, lid 2 van de Universeledienstenrichtlijn en artikel 3, lid 3 van de Kaderrichtlijn.

Dit eerste onderdeel is eveneens gegrond.

(iii) de hoge kosten van de gegevensbank zijn disproportioneel en de aanbesteding is in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten

Standpunten van de partijen

53. De totale investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank liepen in de jaren 2006 en 2007 op tot 1.833.851 € wat volgens Belgacom disproportioneel, inefficiënt en niet in overeenstemming is met de redelijke (markt)prijs.

Verwijzend naar het advies van de Inspectie van financiën dd. 19 december 2005 (stuk 13 administratief dossier van het BIPT) en het verslag aan de Kamer van het Rekenhof aangaande "*Informaticabedrijven van de overheid. Samenwerking van de overheid met de vzw Smals*" (stuk 7, p. 39-30 van het dossier van Belgacom) betoogt Belgacom dat het BIPT minstens een marktbevraging of een *benchmarking* had moeten uitvoeren om marktconforme en optimale prijzen te bekomen.

54. Het BIPT stelt dat een marktbevraging of benchmark niet verplicht is en daarenboven onnodig, omdat zij volgens artikel 17*bis* van de wet van 15 januari 1990 houdende de oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid en de artikelen 2 en 3 van de wet van 17 juli 2001 betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake informaticabeheer en informaticaveiligheid, bevoegd is om beroep te doen op de diensten van Smals/Egov VZW.

55. Verder betoogt Belgacom dat het BIPT de dienstverlener Smals/Egov VZW heeft aangesteld zonder de wetgeving op de overheidsopdrachten en het beginsel van eerlijke mededinging na te leven.

Het BIPT meent niet onderworpen te zijn aan de betrokken reglementering omdat de relatie tussen dienstverlener Smals/Egov VZW en het BIPT een *in-house* relatie betreft die voldoet aan de twee cumulatieve voorwaarden van het TECKAL-arrest van het Hof van Justitie¹¹ namelijk:

- de opdracht werd toegekend aan een rechtspersoon op wie de overheid een controle heeft zoals op zijn eigen diensten (het toezichtscriterium) en;
- deze rechtspersoon voert de meerderheid van zijn activiteiten uit ten gunste van de aanbestedende overheid (het criterium van de meerderheid).

56. Steunend op de rechtspraak van het Hof van Justitie (HJEU, 10 september 2009, C-573/07, *Sea t. Comune dit PonteNossa*; HVJEU, 13 november 2008, C-324/07, *NV C. t. Gemeente Ukkel*) argumenteert het BIPT dat ter beoordeling van het toezichtscriterium er rekening dient worden gehouden met de kapitaalsinbreng van de dienstverlener en de invloed die het BIPT heeft op de dienstverlener. Verwijzend naar het verslag van het Rekenhof en de VZW-wet van 27 juni 1921¹² betoogt het BIPT dat het criterium van de kapitaalsinbreng evenwel niet van toepassing is omdat Smals en Egov beide VZW's zijn waarin geen kapitaalsinbreng aanwezig is.

57. Volgens het BIPT is het criterium van de doorslaggevende invloed op de beslissingen en strategie van de VZW Egov vervuld aangezien een lid van de Raad van het BIPT ondervoorzitter is van Egov en het mandaat van Voorzitter waargenomen wordt door een vertegenwoordiger van de FOD Financiën.

Verder beroept het BIPT zich op het hierboven aangehaalde arrest NV C. tegen gemeente Ukkel van 13 november 2008 van het Hof van Justitie om aan te tonen dat het aantal bestuursmandaten niet relevant is om aan te tonen of er al dan niet een toezicht is zoals op eigen diensten maar dat

¹¹ HJEU, 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*.

¹² B.S., 1 juli 1921

N° 1049	kamer 18	2009/AR/1871	27
---------	----------	--------------	----

wanneer meerdere overheidsinstanties een onderneming in handen hebben waaraan zij de vervulling van één van hun verplichtingen van openbare dienst toevertrouwen, deze overheidsinstantie gezamenlijk toezicht op die onderneming moet kunnen uitoefenen.

58. Belgacom betwist dat beide voorwaarden van het Teckal-arrest zijn voldaan omdat het Hof van Justitie inzake het toezichtscriterium heeft geoordeeld dat een participatie van een particuliere onderneming in een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst participeert, uitsluit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen (HJEU 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*). Volgens Belgacom blijkt uit het ledenbestand van Smals VZW dat niet alleen publiekrechtelijke overheden lid zijn van de VZW maar ook bijvoorbeeld het waarborg en sociaal fonds Horeca en aanverwante bedrijven, het waarborg en sociaal fonds voor het tuinbouwbedrijf en de Nationale federatie van Elektrotechnische ondernemers (Fedelec).

Bovendien kan het BIPT volgens Belgacom geen doorslaggevende invloed hebben op de beslissingen van Egov vzw met maar één zetel in de Raad van Bestuur van Egov vzw en zeker niet op de beslissingen van Smals vzw daar beide VZW's aparte entiteiten zijn en het BIPT geen lid is van Smals VZW.

59. Ten overvloede betoogt het BIPT dat Belgacom overigens vóór de ontvangst van de betrokken facturen, nooit enig bezwaar heeft geuit tegen de aanstelling van de dienstverlener Smals/Egov VZW. Dit wordt betwist door Belgacom dat verwijst naar de voorafgaandelijke opmerkingen van de sector in de openbare raadpleging, meer bepaald een schrijven van Belgacom dd. 9 januari 2010 en de bedenkingen geformuleerd door het Platform voor Telecom Operators & Service Providers dd. 20 januari 2009 (stuk 3.2 administratief dossier van het BIPT).

Beoordeling door het hof

60. Het middel dient nog enkel beantwoord te worden voor zover bepaalde investeringskosten door het BIPT kunnen worden doorgerekend aan Belgacom rekening houdend met de behandeling van voorgaande middelen.

N° 1043	kamer 18	2009/AR/1871	28
---------	----------	--------------	----

61. Het uitvoeren van een marktbevraging of een benchmark voor het bekomen van een optimale prijs is een handeling die de overwegingen en kostprijs van de aanbestedingsbeslissing transparanter maakt, maar kan niet in het algemeen verplicht worden geacht.

Belgacom toont niet aan en maakt ook niet aannemelijk dat een vrijwillige marktbevraging in casu tot een lagere investeringskost zou hebben geleid. Belgacom heeft geen formeel bezwaar aangetekend tegen een beroep op Egov VZW in de planningsfase en was nochtans op de hoogte van de intentie van het BIPT in dit verband. De bezwaren die Belgacom heeft geuit in haar schrijven van 20 januari 2010 waren bovendien laattijdig.

62. De vraag die zich vervolgens stelt betreft de "bevoegdheid" van het BIPT om op basis van artikel 17bis van de wet van 15 januari 1990 houdende de oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van sociale zekerheid en de artikelen 2 en 3 van de wet van 17 juli 2001 betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake Informaticabeheer en informaticaveiligheid en op basis van de Teckal-rechtspraak van het Hof van Justitie, een opdracht aan te besteden aan Smals/Egov VZW zonder de Europese en nationale reglementering inzake overheidsopdrachten na te leven.

Zowel in het arrest Stadt Halle¹³, Coditel¹⁴ en de Commissie tegen Duitsland¹⁵, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een overheidsinstantie de mogelijkheid heeft, haar taken van algemeen belang te vervullen met haar eigen middelen. Van deze mogelijkheid voor overheidsinstanties om op hun eigen middelen beroep te doen om hun openbardienstverplichting te vervullen, kan gebruik worden gemaakt in samenwerking met andere overheidsdiensten (zie in die zin de arresten van het Hof van Justitie van 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo* en van 13 november 2009, C-324/07, *Coditel*).

Zo verleent de wet van 15 januari 1990 en de wet van 17 juli 2001 (zoals hierboven aangehaald) de bevoegdheid aan bepaalde instanties om zich te

¹³ HJEU 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle en RPL Lochau*

¹⁴ HJEU 13 november 2009, C-324/07, *Coditel*

¹⁵ HJEU 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie /Duitsland*.

N° 1044	kamer 18	2009/AR/1871	29
---------	----------	--------------	----

verenigen teneinde werkzaamheden aangaande informaticabeheer en informaticabeveiliging uit te voeren.

In toepassing van voormelde wetten werd de VZW Egov opgericht met als statutair doel (artikel 3 van de statuten 17 juli 2001) *"het ondersteunen van haar leden voor wat betreft hun werkzaamheden inzake informatiebeheer, ICT en aanverwante aangelegenheden."*

63. Het hof stelt vast dat aan de voorwaarden voor de toepassing van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten is voldaan. Als publiekrechtelijke instelling wordt het BIPT als een "aanbestedende dienst" in de zin van artikel 1 van geciteerde richtlijnen beschouwd, die met Egov VZW, "dienstverlener" in die zin van artikel 1 van de richtlijnen, een overeenkomst onder bezwarende titel, met name een samenwerkingsovereenkomst heeft afgesloten. Uit de samenwerkingsovereenkomst blijkt dat er enkel een samenwerking met Egov VZW werd gesloten en niet met Smals vzw.

In principe is de overheidsopdrachtenreglementering dus van toepassing op de aanstelling van Egov VZW als dienstverlener. Volgens het Hof van Justitie dienen de overheidsinstanties bij de gunning van overheidsopdrachten de fundamentele regels van het EG-Verdrag, het verbod op discriminatie van nationaliteit, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in acht te nemen (HJEU 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria en Telefonadress* en HJEU 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen* in noot van K. WAUTERS onder HJEU 13 november 2008, C-324/07, *NV C. t. Ukkel*, RW 2009-10, nr. 6, p. 233-236). In toepassing van de ondertussen vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is het geen verplichting de procedures voor plaatsing van overheidsopdrachten voor dienstverlening toe te passen (wat dus een afwijking van de fundamentele regels van het EG-Verdrag impliceert) indien twee voorwaarden van cumulatief zijn vervuld, namelijk (i) de aanbestedende dienst moet een toezicht uitoefenen op de betrokken onderscheiden dienst zoals op zijn eigen diensten en (ii) tegelijkertijd moet de onderscheiden dienst het

N° <u>1045</u>	kamer 18	2009/AR/1871	30
----------------	----------	--------------	----

merendeel van zijn werkzaamheden verrichten ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die hem beheersen (HJEU 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle en RPL Lochau* en HJEU, 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*).

64. Belgacom betwist niet dat voldaan is aan de vereiste dat het merendeel van de activiteiten gebeurt ten behoeve van de leden die de dienstverlener beheersen. Aangenomen mag worden dat dit inderdaad het geval is nu de statuten van de VZW Egov bepalen dat de diensten uitsluitend ten behoeve van haar leden worden verleend (artikel 3 statuten Egov VZW van 17 juli 2001 – stuk 23 gerechtelijke dossier BIPT).

65. Niettegenstaande verschillende arresten van het Hof van Justitie (HJEU 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle en RPL Lochau*; HJEU 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*; HJEU, 11 mei 2005, C-340/04, *Carbotermo*; HJEU 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*) - zoals ook aangehaald in de conclusies van de partijen - het toezichtscriterium verder hebben gepreciseerd, is de scheidingslijn tussen wat wel en wat niet als "toezicht zoals op de eigen diensten" in aanmerking wordt genomen, niet geheel sluitend.

Het Hof van Justitie beoordeelt het toezichtscriterium aan de hand van twee elementen a) het houderschap van het kapitaal, b) de doorslaggevende invloed op de belangrijke en strategische beslissingen.

a) Houderschap van het kapitaal

Het Hof van Justitie heeft meermaals geoordeeld (o.a. in HJEU, 13 november 2008, C-324/07, *Coditel*; HJEU, 11 mei 2005, C-340/04, *Carbotermo*; HJEU 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle en RPL Lochau*) dat deelneming - ook al is het maar voor de helft - van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap (dienstverlener) waarin ook de aanbestedende dienst deelneemt, een aanwijzing vormt dat de aanbestedende dienst geen toezicht kan uitoefenen op deze vennootschap (dienstverlener) zoals op haar eigen diensten (*Coditel* en *Stadt Halle*).

De dienstverlener Egov is opgericht als een vereniging zonder winstoogmerk (VZW). Het BIPT stelt, verwijzend naar het verslag van het

Rekenhof en de VZW-wet van 27 juni 1921¹⁶, terecht dat criterium van de kapitaalsinbreng moeilijk toepasbaar is omdat Egov een VZW is waarin geen kapitaalsinbreng mogelijk is.

Het hof stelt ten overvloede vast dat de leden van Egov VZW zowel federale overheidsdiensten als federale publiekrechtelijke rechtspersonen als VZW's zijn. Het grootste deel van de leden streeft een algemeen belang na en zowel Egov VZW zelf als haar leden hebben geen handelskarakter. Het lidmaatschap van het waarborgfonds en sociaal fonds Horeca en aanverwante bedrijven, het waarborgfonds en sociaal fonds voor het tuinbouwbedrijf en de Nationale federatie van Elektrotechnische ondernemers (Fedelec) staat niet gelijk met de deelneming van privé kapitaal in de VZW, zoals Belgacom in haar syntheseconclusie op pagina 26 betoogt. Deze leden zijn zelf verenigingen zonder winstoogmerk.

Het lidmaatschap van een VZW kan niet gelijkgesteld worden met de deelname in het kapitaal van een vennootschap dat in principe een proportioneel zeggenschap inhoudt in verhouding tot deze deelname. Het criterium van de deelname in het kapitaal is dan ook in voorliggend geval niet van toepassing.

b) De doorslaggevende invloed op de belangrijke en strategische beslissingen

Het Hof van Justitie neemt ter beoordeling van de doorslaggevende invloed op de belangrijke en strategische beslissingen in aanmerking (i) de mate van marktgerichtheid van de dienstverlener waarbij de geografische en materiële omvang van de activiteiten een rol spelen naast de mogelijkheid om betrekkingen aan te knopen met ondernemingen uit de particuliere sector en (ii) de mate van autonomie die de dienstverlener geniet. Dit laatste element heeft betrekking op de samenstelling en de bevoegdheid van de beslissingsorganen.

Volgens artikel 3 van de statuten verleent Egov VZW haar diensten uitsluitend aan haar leden die allemaal publiekrechtelijke overheden of VZW's zijn. Er is bijgevolg geen sprake van enige marktgerichtheid.

¹⁶ B.S., 1 juli 1921

De beslissingsorganen van Egov VZW (algemene vergadering en de raad van bestuur - artikelen 7 tot en met 18 van de statuten van Egov VZW dd. 17 juli 2001, B.S., 6 september 2001 - stuk 23 gerechtelijk dossier van het BIPT) bestaan uitsluitend uit afgevaardigden van publiekrechtelijke overheden zoals de FOD Financiën en het BIPT, wat erop wijst dat deze laatste controle kunnen uitoefenen op de beslissingen en dus een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen op zowel de strategische doelstellingen van de vereniging als op de belangrijke beslissingen van de vereniging.

Ten overvloede verwijst het hof nog naar de rechtspraak van het Hof van Justitie (HJEU, 11 mei 2005, C-340/04, *Carbotermo*) dat er geen individueel toezicht vereist is maar er rekening moet gehouden worden met het toezicht dat gezamenlijk uitgeoefend wordt, dus door alle leden.

66. Het hof besluit dat op grond van de gegevens waarop het acht mag slaan, zowel het toezichtscriterium als het criterium van het merendeel van de activiteiten kennelijk vervuld zijn. De "aanbesteding" van de informaticaopdracht door het BIPT aan Egov VZW, is niet onderworpen aan de wetgeving overheidsreglementering.

Er bestaat ook geen wettelijke of reglementaire verplichting voor het BIPT om bij wijze van alternatief een marktbevraging of benchmarking te doen. Belgacom toont ook niet aan en maakt ook niet aannemelijk dat de gemaakte kosten kennelijk disproportioneel zouden zijn omwille van het ontbreken van een marktbevraging. Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat aangezien het BIPT ook zelf een deel (10%) van de investeringskost voor de databank draagt zij redelijkerwijs mag verondersteld worden afdoende toezicht te houden op prijszetting door Egov VZW.

Het tweede onderdeel is ongegrond.

(iv) de invordering van de kosten is kennelijk onredelijk ten aanzien van de weigering van het BIPT om de vergoeding voor het verstrekken van sociale tarieven volgens artikel 74 WEC aan de operatoren uit te betalen

N° 1098

kamer 18

2009/AR/1871

33

Standpunten partijen

67. Belgacom stelt dat zij sinds de invoering van een compensatiemechanisme overeenkomstig artikel 74 WEC nog geen enkele vergoeding heeft ontvangen. Het is volgens Belgacom onredelijk om een bijkomende terugbetaling van kosten voor investeringen en onderhoud van een gegevensbank te eisen en daarnaast geen compensatie te verlenen zoals voorzien in artikel 74 WEC.

De weigering tot het uitbetalen van de compensatie aan de operatoren in combinatie met het terugvorderen van kosten bij de operatoren voor een gegevensbank gaat kennelijk de grenzen van de redelijkheid te buiten en is manifest in strijd met het gedrag dat van een zorgvuldige overheidsinstantie mag worden verwacht.

68. Het BIPT voert aan dat ingevolge de lopende procedures voor het Hof van Justitie (C-222/08) en het Grondwettelijk Hof (vernietigingsprocedure nr. 131/2008) aangaande het mogelijk niet overeenstemmen van artikel 74 WEC met artikel 12 van de Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (berekening van de nettokosten voor het aanbieden van de dienst als basis voor de beoordeling van de onredelijke last voor de ondernemingen die de dienst aanbieden), de nationale rechter en alle overheidsorganen met inbegrip van de bestuursorganen, verplicht zijn de nationale wetgeving buiten toepassing moet laten.

69. Overigens meent het BIPT dat de terugvordering van de kosten van de gegevensbank en het betalen van een vergoeding zoals voorzien in artikel 74 WEC twee afzonderlijke zaken zijn die niet met elkaar in relatie staan.

Oordeel van het hof

70. Artikel 74 van WEC bepaalt in lid 4 dat er een fonds voor de universele dienstverlening inzake sociale tarieven wordt opgericht bestemd om de aanbieder van sociale tarieven die daartoe een verzoek hebben ingediend,

N° 1049

kamer 18

2009/AR/1871

34

te vergoeden. Het fonds heeft rechtspersoonlijkheid en wordt beheerd door het BIPT.

Artikel 13, lid 1, Universeledienstenrichtlijn bepaalt dat indien de nationale regelgevende instanties, op grond van de nettokostenberekening bedoeld in artikel 12, vaststellen dat een onderneming een onredelijke last wordt opgelegd, de lidstaten op verzoek van een aangewezen onderneming kunnen besluiten, een compensatie mechanisme in te voeren.

De Europese Commissie heeft een procedure ingespannen voor het Hof van Justitie omdat volgens haar België de bepalingen van artikel 12, lid 1, en artikel 13, lid 1, en van bijlage IV, deel A, van de richtlijn niet correct heeft omgezet. De Belgische regelgeving zou niet voorzien in een beoordeling van de vraag of het aanbieden van sociale tarieven in het kader van de verstrekking van de universele dienst, een onredelijke last vormt voor de aangewezen ondernemingen. Voorts zou de Belgische regelgeving niet voldoen aan de eis inzake de berekening van de nettokosten zoals met name neergelegd in het laatste deel van bijlage IV, deel A, van de richtlijn.

De procedure is nog steeds hangende voor het Hof van Justitie.

71. Het hof stelt evenwel vast dat er geen onmiskenbare onderlinge band bestaat tussen het compensatiemechanisme van artikel 74 WEC en het terugvorderingsmechanisme van 30 § 2. Beide mechanismen kunnen afzonderlijk worden toegepast. De weigering tot het uitbetalen van de compensatie aan de operatoren in combinatie met het terugvorderen van kosten bij de operatoren voor de gegevensbank met betrekking tot het sociaal tarief gaat niet kennelijk de grenzen van de redelijkheid te buiten.

Het vierde onderdeel is ongegrond.

Derde grief betreffende de schending artikel 30 § 3 van de wet van 17 januari 2003 (vrijstellingen)

Standpunten partijen

72. Belgacom is van oordeel dat het BIPT artikel 30, §2 van de wet van 17 januari 2003 schendt door op een onwettige wijze de in dit artikel voorziene vrijstelling uit te breiden.

N° 1050

kamer 18

2009/AR/1871

35

De formulering in het bestreden besluit dat *"de kosten dienen te worden gedragen door alle operatoren die sociale tarieven dienen aan te bieden (en die begunstigen van het sociale tarief als klanten hebben (...) op voorwaarde dat hun omzet op het vlak van openbare telefonie groter is dan 1.240.000 €"* is een onwettige uitbreiding van de vrijstelling van alle bijdragen aan alle operatoren die een omzet hebben die lager is dan 1.240.000 €. Volgens Belgacom schrijft paragraaf 3 van artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 voor dat de vrijstelling enkel geldt voor 10% van de investerings- en 20% van de onderhoudskosten van de gegevensbank (punt a) van artikel 30 § 2 van de wet van 17 januari 2003.

73. Het BIPT betoogt dat Belgacom uitgaat van een verkeerde lezing van het bestreden besluit. Volgens het BIPT heeft het bestreden besluit enkel de toepassing van de wettelijke verdeelsleutels nader toegelicht en heeft het geen ruimere vrijstelling gecreëerd voor operatoren die onder de drempel van 1.240.000 euro blijven. Het BIPT gaat ervan uit dat operatoren met een omzet lager dan 1.240.000 overigens geen sociale abonnees hebben.

Oordeel van het hof

74. Uit de samenlezing van artikel 30, §2, a) en §3 van de wet van 17 januari 2003 volgt dat de investerings- en onderhoudskosten van de gegevensbank a rato van 10% van de investerings- en 20% van de onderhoudskosten, wordt verdeeld in gelijke delen onder alle aanbieders van sociale tarieven (punt a) van artikel 30, §2), met uitzondering van de aanbieders van sociale tarieven die op de markt voor openbare telefonie een omzet hebben van minder dan 1.250.000 EUR (§3 van artikel 30). Deze laatste aanbieders vallen buiten de toepassing van punt a) en dienen niet in te staan voor de 10% van de investerings- en 20% van de onderhoudskosten van de gegevensbank. Het gaat om een specifieke categorie van aanbieders die moeten voldoen aan een bepaalde voorwaarde.

75. Het BIPT bevestigt in haar conclusie formeel de wettelijke regel dat de drempel van 1.250.000 EUR enkel geldt wat betreft de aanbieders van sociale tarieven onder voornoemd punt a). Het bevestigt met andere woorden dat de relevante passage in het bestreden besluit conform deze regel dient te worden geïnterpreteerd en toegepast. Bijgevolg kan de

N° <i>1051</i>	kamer 18	2009/AR/1871	36
----------------	----------	--------------	----

stelling van Belgacom dat het bestreden besluit de vrijstelling onder punt a) uitbreidt door onder punt '4. ALGEMENE METHODE', te stellen dat *"de kosten dienen te worden gedragen door alle operatoren die sociale tarieven dienen aan te bieden (en die begunstigden van het sociale tarief als klanten hebben), ongeacht of ze al dan niet aanbieder zijn op voorwaarde dat hun omzet op het vlak van openbare telefonie groter is dan 1.240.000 €"* niet worden gevolgd en is het middel zonder voorwerp geworden.

Het middel is ongegrond.

76. De vordering betreft een geschil dat niet in geld waardeerbaar is en de partijen voeren geen middelen aan die er toe strekken een ander bedrag dan het door de Koning bepaalde basisbedrag toe te kennen.

Bijgevolg wordt de rechtsplegingsvergoeding bepaald op 1.200 euro.

**Om deze redenen,
Het hof,**

Rechtsprekende na tegenspraak;

In acht genomen de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in rechtszaken;

Ontvangt het beroep en verklaart het gegrond;

Vernietigt de bestreden beslissing.

Veroordeelt het BIPT tot de kosten van het geding begroot op 1.386 euro in hoofd van Belgacom, 1.200 euro rechtsplegingsvergoeding inbegrepen en op nul euro voor haarzelf.

N° 1052	kamer 18	2009/AR/1871	37
---------	----------	--------------	----

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de **kamer 18** van het Hof van Beroep te Brussel op 7 september 2010,

waar aanwezig waren :

- Dhr. P. BLONDEEL,
- Mevr. S. GADEYNE,
- Dhr. E. BODSON,
- Mevr. D. VAN IMPE,

Kamervoorzitter,
raadsheer,
raadsheer,
griffier.

VAN IMPE

GADEYNE

BODSON

BLONDEEL