

OPTA: klem tussen CBb en Commissie? Over regulering, onmacht en overmacht

Mr. J.F.A. Doeleman*

Telecomtoezichthouder OPTA stelt elke drie jaar plafonds vast voor bepaalde groothandelstarieven. Voor de berekening van deze plafonds hanteert OPTA een door de Commissie aanbevolen methode. Het laatste besluit – voor de periode juli 2010 tot juli 2013 – werd in augustus 2011 door het CBb vernietigd. De rechter voorzag deels zelf in de zaak en droeg OPTA voor het overige op vóór 1 januari 2012 een herstelbesluit te nemen waarin de betrokken tariefplafonds volgens een andere dan de door de Commissie aanbevolen methode werden berekend. De Commissie verhindert dat nu met een ‘standstill’. OPTA moet van het CBb rechtsaf, maar de Commissie wil dat zij linksaf gaat. Een toezichthouder tussen Scylla en Charybdis.

Europese Commissie 13 februari 2012, C(2012) 1038, opening fase II onderzoek krachtens artikel 7 bis Richtlijn 2002/21/EG als gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG ('serious doubts letter').

Inleiding

Nadat een van haar marktbesluiten door het CBb was vernietigd, moest OPTA vóór 1 januari 2012 een verbeterd besluit nemen binnen de door het CBb gestelde kaders. De Telecommunicatiewet en de Europese telecomrichtlijnen waarop zij berust, schrijven echter ook bij een ontwerpherstelbesluit een consultatie van de Commissie voor. Heeft de Commissie bezwaar, dan volgt in een geval als het onderhavige een wachtperiode van ten minste drie maanden, waarin OPTA het voorgenomen besluit niet mag nemen. Uiteindelijk staat het OPTA echter vrij de aanbevelingen – van een veto is geen sprake – van de Commissie niet te volgen. OPTA heeft het ontwerpherstelbesluit in januari 2012 aan de Commissie voorgelegd, waarbij zij de tarieven berekende volgens de instructies van het CBb. In februari 2012 liet de Commissie weten voorshands ernstige twijfels

over het beoogde besluit te hebben en opende zij een nader onderzoek, waardoor het OPTA vooralsnog onmogelijk werd gemaakt het beoogde besluit te nemen. *In casu* betreft het bezwaar van de Commissie precies de reden waarom het CBb het oorspronkelijke besluit vernietigd heeft: op basis van een nieuwe aanbeveling van de Commissie besloot OPTA in 2010 tot een ‘zuiniger’ berekening van de tarieven dan zij eerder had gedaan, maar het CBb vond dat de eerdere, minder zuinige berekeningswijze volstond om het risico van te hoge prijzen te bezweren. Deze botsing van rechtsplichten roept vragen op.

Achtergrond

De telecomsector in Europa wordt nog steeds gekenmerkt door de aanwezigheid van grote nationale ex-PTT's. Voorbeelden zijn Deutsche Telekom, France Télécom, Telefónica, Belgacom, en KPN in Nederland. Ondanks 25 jaar privatisering en liberalisering en de opkomst van nieuwe uitdagers als Vodafone, Tele2 en kabelbedrijven als UPC en Ziggo, zijn de ‘incumbents’ er in veel productmarkten goed in geslaagd een stevige positie te behouden.

Om misbruik van machtspositie door – vooral – de voormalige staatsbedrijven tegen te gaan, is in de Europese Unie een reguleringstelsel ontwikkeld, dat voorziet in onafhankelijke ‘Nationale Regelgevende Instanties’ (NRI's) die elke drie jaar de lokale risicomarkten onderzoeken om eventueel aanwezige dominante¹ partijen zonodig aan *ex ante* toezicht te onderwerpen. In deze periodieke marktanalyses wordt per productmarkt nagegaan of er een dominante partij is, welke mededingingsproblemen zich zouden kunnen (gaan) voordoen, en met welke ‘remedies’ die het beste voorkomen kunnen worden, waarbij de remedies ‘pas-

1. In het telecommunicatierecht wordt het begrip ‘aanmerkelijke marktmacht’ gebruikt, vaak afgekort tot AMM (of SMP, van ‘Significant Market Power’). Er is geen verschil beoogd met het mededingingsrechtelijke begrip ‘(economische) machtspositie’.

* Mr. J.F.A. Doeleman is advocaat te Amsterdam (Houthoff Buruma).

send' moeten zijn. Een voorbeeld van een vaak toegepaste remedie is de verplichting van ex-PTT's hun concurrenten toegang te geven tot de koperen aansluitlijn tussen een telefooncentrale en een huishouden of bedrijf, opdat de klanten ook voor andere leveranciers van bijvoorbeeld telefonie en breedband kunnen kiezen dan alleen voor de netwerkeigenaar. De Nederlandse NRI is OPTA, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, opgericht in 1998.

Samenspel Commissie en NRI's

De basis van het Europese reguleringsstelsel voor de telecom-sector is een pakket richtlijnen uit 2002, herzien in 2009, dat wel aangeduid wordt als het 'Nieuwe Regulatorische Kader' ('NRK').² In 2004 is de Telecommunicatiewet aan deze richtlijnen aangepast. Een wetwijziging waarmee de revisie van het NRK uit 2009 wordt geïmplementeerd, is op 8 mei 2012 door de Eerste Kamer aangenomen.³

De verhouding tussen de Europese Commissie en de NRI's in het stelsel is gecompliceerd. *Ex ante* regulering is maatwerk, toegesneden op het concrete mededingingsprobleem dat zich op een bepaalde markt voordoet. De NRI zit het dichtst op de markt en kan beter dan de Commissie de lokale bijzonderheden in de regulering verdisconteren. Uitgangspunt van het NRK is dan ook het primaat van de NRI, geheel in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel. De autonomie van de NRI's wordt echter in het stelsel aan twee kanten begrensd.

Aan de 'voorkant' kan de Commissie aanbevelingen opstellen, waarnaar de NRI's zich dienen te richten. Een voorbeeld is de aanbeveling relevante markten,⁴ waarin de Commissie een aantal markten definieert die voor onderzoek in aanmerking komen, zoals de vaste en

mobiele afgiftemarkten.⁵ Een ander voorbeeld is de NGA-aanbeveling⁶ voor de regulatorische behandeling van nieuwe glasvezelnetten. Aanbevelingen zijn niet bindend (art. 289 VWEU), maar ook niet zonder betekenis. Enerzijds zal een NRI inhoudelijke argumenten moeten geven waarom hij een aanbeveling volgt, anderzijds zal hij moeten motiveren waarom hij afwijkt (vgl. het 'comply or explain' onder de code-Tabaksblat in het vennootschapsrecht). Omdat zij niet bindend zijn, moeten deze aanbevelingen het hebben van inhoudelijke overtuigingskracht, die de NRI zonodig zal moeten overbrengen: hij kan zich immers niet achter een niet-bindende aanbeveling 'verschuilen' en hij behoudt zijn eigen verantwoordelijkheid voor iedere gemaakte keuze.

Aan de 'achterkant' heeft de Commissie ook bevoegdheden. Alle voorgenomen marktbesluiten van de NRI's moeten vooraf aan de Commissie worden voorgelegd, in het kader van de zogenoemde Artikel 7-procedure.⁷ Artikel 7 Kaderrichtlijn bepaalt dat de Commissie binnen één maand na aanmelding van het ontwerpmarktbesluit haar eventuele bedenkingen kenbaar moet maken. In twee gevallen kan de Commissie het marktbesluit nog twee maanden opschorten voor nader onderzoek en kan zij een veto uitspreken: indien de NRI de te onderzoeken markt onjuist heeft afgebakend,⁸ en indien de NRI een partij ten onrechte niet, of juist wél, aanmerkelijke marktmacht heeft toegekend.⁹ Het vetorecht van de Commissie strekt zich aldus niet uit tot remedies die een NRI in een marktbesluit wil vastleggen. In gevallen waarvoor geen vetorecht geldt, moet de Commissie het ingevolge artikel 7 Kaderrichtlijn laten bij niet-bindende 'opmerkingen', die de NRI's naast zich neer kunnen leggen, al houden zij er wél 'zoveel mogelijk rekening mee'.¹⁰ Bij een veto geeft de Commissie aan hoe het voorgenomen besluit aangepast dient te worden, waarna de NRI zes maanden de tijd heeft om het besluit te wijzigen.

In de laatste versie van de Kaderrichtlijn¹¹ is toegevoegd artikel 7 bis, dat de Commissie meer invloed moet geven op de remedies waarvoor een NRI kiest. Het was de Commissie een doorn in het oog dat zij geen middelen had harmonisering van remedies af te dwingen. Was in de eerste versie van de richtlijn in november 2007 nog

- Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *Pb. EG* 2002, L 108/33 (Kaderrichtlijn), Richtlijn 2002/19/EG van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, *Pb. EG* 2002, L 108/7 (Toegangsrichtlijn), Richtlijn 2002/20/EG van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *Pb. EG* 2002, L 108/121 (Machtigingsrichtlijn), Richtlijn 2002/22/EG van 7 maart 2002, inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) en Richtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, *Pb. EG* 2002, L 201/37 (Privacyrichtlijn). Deze richtlijnen zijn in 2009 aangepast door de 'betere reguleringsrichtlijn' (Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, *Pb. EU* 2009, L 337) en de 'richtlijn burgerrechten' (Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 november 2009, *Pb. EU* 2009, L 337).
- Wetsvoorstel Wijziging Telecommunicatiewet (implementatie herziene telecommunicatierichtlijnen), *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 1-3.
- Aanbeveling van de Europese Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen, 17 december 2007, 2007/879/EG, *Pb. L* 344, 28 december 2007.

- Veelal worden de Engelse begrippen voor vaste, respectievelijk mobiele afgifte gebruikt: *Fixed Termination Access* (FTA), respectievelijk *Mobile Termination Access* (MTA). Ik duid het marktbesluit van OPTA waarover het hier gaat aan als het 'FTA/MTA-besluit'.
- Aanbeveling van de Europese Commissie over geregelde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken, 20 september 2010, 2010/572/EU, *Pb. EU* 2010, L 251/35.
- Sinds 2003 zijn er ruim 1300 voorgenomen marktbesluiten aan de Commissie voorgelegd en beoordeeld. Een overzicht van deze marktbesluiten is te vinden op: <http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/implementation_enforcement/eu_consultation_procedures/index_en.htm>.
- Art. 7 lid 4 sub a Kaderrichtlijn.
- Art. 7 lid 4 sub b Kaderrichtlijn.
- Art. 7 lid 7 Kaderrichtlijn.
- Kaderrichtlijn, aangepast door Richtlijn 2009/140/EG, 25 november 2009, *Pb. EU* 2009, L 337/37.

een vetorecht van de Commissie op remedies voorzien,¹² in de eindversie is dat teruggebracht tot een recht op aanbeveling, gekoppeld aan een verlenging van de wachtperiode met in beginsel ten hoogste vijf maanden. Daarbij is ook een adviserende rol voor BEREC voorzien, de nieuwe organisatie van de verzamelde NRI's.

Artikel 7 bis Kaderrichtlijn

Artikel 7 Kaderrichtlijn voorzagt uitsluitend in een opschorting van een voorgenomen besluit van een NRI gedurende een maand ten behoeve van het initiële onderzoek van de Commissie. Tenzij de bezwaren van de Commissie de onderwerpen betroffen waarvoor de Commissie over een vetorecht beschikt (marktafbakening en dominantie), kon een NRI deze naast zich neerleggen. Zo had de Commissie feitelijk weinig te zeggen over de remedies die de NRI's hanteerden.

Met de aanzet voor een herziening van het NRK in 2007 probeerde de Commissie het vetorecht uit te breiden naar de remedies (zie art. 7 in het richtlijnvoorstel van de Commissie). Dat voorstel haalde het echter niet. Het uiteindelijk door Raad en Europees Parlement aangenomen artikel 7 bis Kaderrichtlijn stelt de Commissie weliswaar in staat een NRI te dwingen een voorgenomen besluit vijf maanden langer aan te houden, maar van dit uitstel kan zij geen afstel maken. Het is een ingewikkelde regeling – die sporen vertoont van moeizame onderhandelingen – maar zij komt erop neer dat indien de Commissie aan het eind van de eerste onderzoeksfase van een maand ernstige twijfels heeft over een voorgenomen remedie:

- a. het besluit van de NRI gedurende de drie volgende maanden opgeschort blijft, in welke periode ook BEREC haar bevindingen mededeelt, en de NRI, de Commissie en BEREC trachten een oplossing te vinden;
- b. bij uitblijven van een oplossing, kan de Commissie binnen een maand de NRI een aanbeveling doen voor een gewijzigd besluit;
- c. waarna de NRI binnen een maand – of zoveel langer als nodig is voor een eventuele nieuwe consultatie – het definitieve besluit vaststelt, waarbij zij gehouden is een afwijking van de aanbeveling 'met redenen te omkleden' (art. 7 bis lid 7 Kaderrichtlijn).

Artikel 7 bis Kaderrichtlijn geeft de Commissie aldus evenveel invloed op de door een NRI vast te stellen remedie als de betrokken NRI toelaat. De Commissie kan wél uitstel van een haar onwelgevallig besluit afdwingen, maar geen gehoorzaamheid.

12. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, COM(2007) 697 definitief, 2007/0247 (COD), 13 november 2007 ('richtlijn-voorstel' van de Commissie).

Aanbevolen rekenmodel afgiftetarieven (art. 19 Kaderrichtlijn)

Het marktbesluit waar het in deze zaak om gaat, dateert van 7 juli 2010¹³ en betreft primair de afgiftemarkten voor vaste en mobiele telefonie. Onder 'afgifte' wordt verstaan het afleveren van verkeer van een andere aanbieder op het eigen netwerk: als een klant van KPN belt naar een klant van Vodafone, levert Vodafone het gesprek af bij haar klant en krijgt zij daarvoor een vergoeding van KPN. Omdat iedere netwerkaanbieder de toegang tot zijn klanten beheerst, wordt hij geacht op 'zijn' afgiftemarkt aanmerkelijke marktmacht te hebben.¹⁴ De afgiftetarieven worden gereguleerd door middel van een jaarlijks lager wordend tariefplafond ('glijpad'). Zo zijn de mobiele afgiftetarieven tussen 2010 en 2012 in een aantal stappen teruggebracht van 7 eurocent per minuut naar 2,7 eurocent per minuut.

De afgiftetarieven hebben sinds jaar en dag de bijzondere aandacht van de Commissie. In het kader van het streven naar een geharmoniseerde verlaging van de afgiftetarieven in de Europese Unie heeft de European Regulators Group (de voorganger van BEREC) samen met de Commissie, een 'Common Position' gepubliceerd, waarin de NRI's werden geadviseerd over de wijze van berekening van een 'kostengeoriënteerd' afgiftetarief.¹⁵ In 2009 publiceerde de Commissie echter een aanbeveling, waarbij het eerder geadviseerde rekenmodel voor de afgiftetarieven aanmerkelijk verscherpt werd.¹⁶ De aanbeveling is gebaseerd op artikel 19 Kaderrichtlijn, dat de Commissie daartoe machtigt indien divergenties in regulering 'obstakels opwerpen voor de interne markt' (art. 19 lid 1). Het ingevolge artikel 289 VWEU niet-bindende karakter van de aanbevelingen ex artikel 19 Kaderrichtlijn wordt onderstreept in het tweede lid van de bepaling:

'De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van hun taken zoveel mogelijk rekening houden met dergelijke aanbevelingen. Wanneer een nationale regelgevende instantie besluit om een aanbeveling niet op te volgen, brengt zij de Commissie daarvan op de hoogte met vermelding van de motivering van haar standpunt.'

In het besluit van 7 juli 2010 bepaalde OPTA de afgiftetarieven voor de periode juli 2010 – juli 2013, met een

13. Marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte, OPTA, 7 juli 2010, OPTA/AM/2010/201951 (FTA/MTA-besluit).

14. Zie bijv. FTA/MTA-besluit, p. 91.

15. ERG, 'Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework', ERG(03)30rev1, april 2004 en 'Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework', Final version, mei 2006.

16. Aanbeveling van de Europese Commissie inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU, 7 mei 2009, 2009/396/EG, Pb. EU 2009, L 124/67.

'glijpad' uitkomend per 1 juli 2012 op 1,2 eurocent per minuut voor mobiele afgifte, respectievelijk 0,36 eurocent per minuut voor vaste afgifte.¹⁷ Deze tarieven berekende OPTA met behulp van het nieuwe rekenmodel van de Commissie als opgenomen in de hierboven genoemde aanbeveling, bekend als 'pure BULRIC'¹⁸ dat in tegenstelling tot het eerder door OPTA gebruikte 'plus BULRIC'-model,¹⁹ geen *mark-up* kent voor niet-incrementele vaste kosten.²⁰ Dat maakte groot verschil: per juli 2012 kwam het *pure BULRIC* MTA-tariefplafond uit op 1,2 eurocent per minuut, terwijl het *plus BULRIC* MTA-tariefplafond twee keer zo hoog uitkwam, te weten op 2,4 eurocent per minuut.²¹ Bij enkele miljarden mobiele afgifteminuten per jaar loopt dat verschil stevig op, ook als men de onderlinge leveringen tussen de mobiele partijen elimineert. Dat vele marktpartijen dan ook in beroep²² gingen tegen het FTA/MTA-marktbesluit, zal niemand hebben verrast. In de beroepsprocedure tegen het besluit stelden de telecombedrijven onder meer dat het op *pure BULRIC* gebaseerde tariefplafond te ver ging en niet 'passend'²³ was. Het mededingingsprobleem waarom het gaat in afgiftemarkten, is het risico op de excessieve prijzen die de monopolie-aanbieder (immers de enige partij die de abonnees/gebruikers op zijn netwerk kan bereiken) zou kunnen dicteren. Dat risico kon echter, in de opvatting van diverse marktpartijen, uitstekend ondervangen worden met een hoger tariefplafond dan OPTA had vastgesteld.

172

CBb vernietigt marktbesluit, ondanks aanbeveling

Bij uitspraak van 31 augustus 2011 honoreerde het CBb het beroep van marktpartijen op dit punt.²⁴ Het College overwoog als volgt:

'Het College zal derhalve de vraag beantwoorden of een tariefmaatregel op basis van pure BULRIC passend is, dan wel OPTA met een lichtere vorm van tariefregulering had dienen te volstaan. (r.o. 4.8.3.1)

17. FTA/MTA-besluit, p. 183 in samenhang met annex A bij het besluit.

18. FTA/MTA-besluit, p. 48.

19. FTA/MTA-besluit, p. 145.

20. In *pure BULRIC* wordt slechts rekening gehouden met kosten die niet ontstaan indien geen afgiftdienst wordt geleverd. Dat betekent dat de kosten van bijv. het netwerk, de marketing en de overhead voor het overgrote deel met andere diensten moeten worden terugverdiend.

21. CBb 31 augustus 2011, LJN BR6195, r.o. 4.9.6.2.

22. Voor marktbesluiten is bezwaar uitgesloten en zijn de beroepsmogelijkheden beperkt tot rechtstreeks beroep bij het CBb, opdat zo spoedig mogelijk tijdens de reguleringsperiode van – slechts – drie jaar zekerheid over het reguleringsregime ontstaat, zie art. 17.1 lid 1 Tw jo. art. 18 lid 3 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie.

23. Art. 8 Kaderrichtlijn jo. art. 6a.2 lid 3 Tw.

24. CBb 31 augustus 2011, LJN BR6195. De auteur trad in deze procedure op voor T-Mobile Netherlands B.V. De uitspraak is gepubliceerd in *Mediaforum* 2012-2, nr. 5 m.nt. L.J.W. Wildeboer, alsmede (gedeeltelijk) in *Mediaforum* 2012-5, nr. 16 m.nt. L.Y.M. Parret. De eerste annotatie behandelt de nationaalrechtelijke aspecten, terwijl de tweede zich richt op de Europeesrechtelijke aspecten.

(...)

Aan de eisen waaraan een door OPTA opgelegde tariefverplichting moet voldoen, is nader invulling gegeven door artikel 6a.7 Tw. Volgens het tweede lid van deze bepaling kan deze verplichting onder meer inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief wordt gerekend. Een tarief is kostengeoriënteerd als het een weerslag vormt van de aan de dienstverlening ten grondslag liggende relevante kosten en investeringen, vermeerderd met een redelijke winst-opslag. (r.o. 4.8.3.2.)

(...)

Een tariefbepaling is passend indien deze is gebaseerd op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 Tw proportioneel en gerechtvaardigd is. (r.o. 4.8.3.3.)

(...)

De vraag die dient te worden beantwoord is of de aard van het geconstateerde mededingingsprobleem dusdanig is, dat tariefregulering op grond van pure BULRIC met de genoemde ingrijpende gevolgen als passend kan worden beschouwd. (r.o. 4.8.3.4.)

(...)

OPTA heeft in paragraaf 8.2.3 en volgende van haar verweerschrift betoogd dat het haar geoorloofd is om een tariefverplichting op te leggen die verder gaat dan strikt nodig is om het geconstateerde mededingingsprobleem te verhelpen. Dit zou onder meer blijken uit artikel 6a.7, tweede lid, Tw waarin kostenoriëntatie als tariefmaatregel wordt genoemd. Voor zover OPTA hiermee beoogt aan te geven dat een tariefverplichting in beginsel zover mag gaan dat de door een partij met AMM in rekening gebrachte tarieven geheel worden gereduceerd van een buitensporig naar een kostengeoriënteerd niveau, deelt het College deze opvatting. Het College deelt eveneens de in paragraaf 8.2.5 van het verweerschrift weergegeven opvatting van OPTA dat *plus BULRIC* een kostenmethodiek is die kan worden gehanteerd om een kostengeoriënteerd tarief vast te stellen. Dit volgt immers reeds uit de uitspraak van 26 mei 2010.

[Het CBb verwijst hier naar de uitspraak (LJN BM5564) waarbij een eerder MTA-besluit van OPTA werd vernietigd, omdat, kort gezegd, OPTA ten onrechte een hoger tarief had toegestaan dan het *plus BULRIC* tarief. De uitspraak van 26 mei 2010 is gepubliceerd in *Mediaforum* 2010-6, p. 204 m.nt. A.T. Meijer]. Het College volgt echter niet de redenering van OPTA dat uit het voorgaande volgt dat naast *plus BULRIC* ook *pure BULRIC* mag worden opgelegd. *Pure BULRIC* is immers een verdergaande vorm van tariefregulering dan *plus BULRIC* – er is geen *mark-up* voor niet-incrementele vaste kosten – en de tekst van artikel 6a.7, tweede lid, Tw ondersteunt geenszins de interpretatie dat een vorm van tariefregulering mag worden opgelegd die verdergaat dan een tariefmaatregel die reeds als kostengeoriënteerd kan worden aangemerkt.' (r.o. 4.8.3.4.)

OPTA werd aldus ‘afgerekend’ op haar eigen *plus* BULRIC uitkomst, die zij in de vorige ronde marktbesluiten nog voldoende had geacht om het risico van excessieve prijzen te bezweren.

Het feit dat de Commissie een aanbeveling ex artikel 19 lid 1 Kaderrichtlijn had vastgesteld, en zij de NRI's *pure* BULRIC adviseerde,²⁵ was voor het CBB geen aanleiding het FTA/MTA-marktbesluit van OPTA in stand te laten. Over de betekenis van deze aanbeveling overwoog het College het volgende:

‘Het voorgaande wordt niet anders doordat de Commissie in de aanbeveling van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (2009/396/EG; hierna: de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven) *pure* BULRIC heeft aanbevolen als passende tariefmaatregel op de gespreksafgiftemarkten. Dat artikel 19, eerste lid, Kaderrichtlijn, bepaalt dat de lidstaten er voor zorgen dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van hun taken zoveel mogelijk rekening houden met de aanbevelingen van de Commissie, doet niet af aan de verplichting van OPTA om af te wijken van de – niet-bindende – Aanbeveling gespreksafgiftetarieven indien zij anders in strijd zou handelen met bepalingen van nationaal recht.’ (r.o.4.8.3.6.)

Telecommunicatiewet gaat voor aanbeveling

Het CBB geeft aldus voorrang aan de Telecommunicatiewet, die voorschrijft dat een remedie ‘passend’ moet zijn.²⁶ In haar annotatie bij de uitspraak vindt Parret ‘de uiterst summiere bewoordingen’ van het CBB op dit punt ‘te kort door de bocht’; zij kent aan dit type aanbevelingen van de Commissie, die hun grondslag vinden in een richtlijn en die harmonisatie beogen, ‘de facto een zeker dwingend effect’ toe; zij acht het niet ‘ondenkbaar’ dat het CBB ingevolge de voorrang van het Unierecht de aanbeveling boven de Telecommunicatiewet zou moeten stellen.²⁷

Aan Parret kan onmiddellijk worden toegegeven dat dergelijke aanbevelingen in de praktijk een ‘zeker dwingend effect’ hebben. Meestal volgen de NRI's de aanbevelingen van de Commissie trouw. De vraag is of de NRI's dat rehtens ook moeten doen of dat zij mogen afwijken, mits gemotiveerd, zoals artikel 19 lid 2 Kaderrichtlijn eist. Naar mijn mening zou de werking van de aanbeveling te ver worden opgerekt indien een plicht tot ‘aanbevelingsconforme’ toepassing werd aangenomen. De Uniewetgever heeft andere instrumenten tot zijn beschikking om de Commissie te machtigen NRI's bin-

dende aanwijzingen te geven. Zo kent artikel 19 lid 1 Kaderrichtlijn naast het instrument van de, mede gezien artikel 289 VWEU uitdrukkelijk niet-bindende, aanbeveling ook het instrument van het – wél bindende – besluit: indien een eerdere aanbeveling onvoldoende effect heeft, kan de Commissie na twee jaar onder bepaalde omstandigheden proberen het onderwerp van de aanbeveling in een besluit te regelen (zie art. 19 lid 3 Kaderrichtlijn).²⁸ Deze ‘escalatie’ ware overbodig, indien de NRI's al gehouden zouden zijn steeds de aanbeveling te volgen. Hierbij komt dat de Commissie een ontwerpuitvoeringshandeling (ontwerpbesluit ex art. 19 Kaderrichtlijn) krachtens het vierde lid van die bepaling in verbinding met artikel 22 lid 3 Kaderrichtlijn moet voorleggen aan een comité bestaande uit vertegenwoordigers van de lidstaten. Zonder gekwalificeerde meerderheid in het comité kan de Commissie in beginsel het besluit niet vaststellen.²⁹ De Uniewetgever meende kennelijk dat de transformatie van aanbevelingen in besluiten extra waarborgen vereiste. Ook dat wijst er niet op dat aan aanbevelingen bindend effect zou toekomen. Kortom, wat er ook in het algemeen zij van de hardere kanten van *soft law* als een aanbeveling, in dit geval zie ik geen goede redenen OPTA haar in artikel 19 lid 3 Kaderrichtlijn gegeven recht te ontnemen om ‘een aanbeveling niet op te volgen’, mits zij ‘de Commissie daarvan op de hoogte (brengt) met vermelding van de motivering van haar standpunt’.³⁰

Een bijzonder element in de uitspraak van het CBB was, dat het College grotendeels zelf in de zaak voorzag.³¹ Meestal wordt de zaak na vernietiging teruggestuurd naar OPTA voor een herstelbesluit, waar dan vaak weer vele maanden overheen gaan.³² Voor MTA hakte het CBB de knoop meteen door: omdat OPTA ook het *plus* BULRIC MTA-tariefplafond had uitgerekend

25. Aanbeveling van de Europese Commissie inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU, 7 mei 2009, 2009/396/EG, *Pb. EU* 2009, L 124/67, nr. 6.

26. Art. 6a.2 lid 1 sub a Tw met welke bepaling art. 16 lid 4 Kaderrichtlijn is geïmplementeerd.

27. *Mediaforum* 2012-5, nr. 16, p. 183.

28. Of art. 19 lid 3 Kaderrichtlijn ook een besluit over remedies toelaat, is omstreden. Toen in november 2009 het voorstel tot wijziging van de Kaderrichtlijn werd aangenomen, lieten zestien lidstaten – waaronder Duitsland, Italië, Polen, Spanje en het Verenigd Koninkrijk – noteren dat de bepaling zich naar hun oordeel beperkt tot ‘matters concerning market definition, assessment of significant market power and the effect of market analysis on whether obligations should be imposed or not on undertakings but does not extend to the choice and design of remedies under Articles 8 of the Access Directive or Article 17 of the Universal Service Directive.’ Council of the European Union, 2007/0247 (COD), Document 15864/09 ADD1 REV1, 18 november 2009, p. 4.

29. Indien het comité geen advies uitbrengt en een meerderheid in het comité zich niet tegen de vaststelling van de ontwerpuitvoeringshandeling verzet, kan de Commissie wel overgaan tot vaststelling (zie art. 13 lid 1 sub c jo. art. 5 Verordening (EG) 182/2011).

30. Gezien de letterlijke tekst van art. 19 lid 2 Kaderrichtlijn, is er mijns inziens sprake van een ‘*acte clair*’ en behoeft het CBB op dit punt dus ook geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen: als de NRI gemotiveerd van een aanbeveling mag afwijken, mag de rechter dat ook. Dat geldt zowel voor de eigen afwijking van het CBB (het in de uitspraak van 31 augustus 2011 zélf voorzien in het MTA-tarief op basis van *plus* BULRIC), als de ‘indirecte’ afwijking van de aanbeveling (het bevel aan OPTA voor 1 januari 2012 het FTA-tarief en de poorttarieven op basis van *plus* BULRIC vast te stellen).

31. Art. 8:72 lid 4 sub c Abw.

32. Ook herstelbesluiten moeten veelal nationaal (art. 6b.1 Tw jo. afdeling 3.4 Awb) en ‘Europees’ (art. 7 lid 3 Kaderrichtlijn jo. art. 6b.2 Tw) geconsulteerd worden, zoals ook uit de onderhavige zaak blijkt. Tegen een herstelbesluit kan bij het CBB beroep worden ingesteld.

(2,4 eurocent per minuut per medio 2012), kon het College het maximumtarief voor mobiele afgifte voor de periode juli 2012 tot juli 2013 bepalen op 2,4 eurocent in plaats van 1,2 eurocent per minuut. Dit tarief van 2,4 eurocent per minuut valt overigens binnen de bandbreedte van 1,5 tot 3 eurocent die de Commissie wenselijk acht.³³ Voor vaste afgifte dienden echter nog enkele berekeningen gemaakt te worden, zodat het College nog geen definitief tariefplafond kon vaststellen: het College bepaalde daarom dat OPTA met gebruikmaking van *plus* BULRIC in plaats van *pure* BULRIC vóór 1 januari 2012 een nieuw besluit omtrent de FTA-tarieven moest nemen en dat tot dat moment de FTA-tariefplafonds uit het vernietigde besluit zouden blijven gelden. Voor een laatste categorie diensten (kort gezegd: het beschikbaar stellen door A van 'poorten' tot zijn netwerk aan concurrent B, waardoor B zijn netwerk (rechtstreeks) kan aansluiten op het netwerk van A) volstond het College met vernietiging, en de bepaling dat OPTA vóór 1 januari 2012 nieuwe tariefplafonds voor deze 'poorttarieven' c.a. diende vast te stellen, wederom met gebruikmaking van *plus* BULRIC in plaats van *pure* BULRIC. Tegen de uitspraak van het CBb staat geen hogere voorziening open.³⁴

Het zal duidelijk zijn dat het CBb geen ruimte voor OPTA liet nieuwe tariefplafonds voor FTA of de poorttarieven te berekenen op basis van een 'zuiniger' methodiek dan *plus* BULRIC. Aan het tariefplafond voor MTA kon OPTA *überhaupt* niet meer 'sleutelen', aangezien het CBb het MTA-tarief voor de gehele reguleringperiode tot medio 2013 had vastgelegd.³⁵ Daarmee leek de toon gezet voor de afhandeling van de zaak.

Commissie houdt vast aan aanbeveling

Met de nodige vertraging publiceerde OPTA uiteindelijk op 12 januari 2012 haar ontwerpbesluit.³⁶ De

33. Eurocommissaris Viviane Reding, speech, Brussel, 7 mei 2009 (<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/222>>).

34. Art. 17.1 Tw jo. art. 18 lid 3 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie.

35. Niets – behalve de 'praktische bezwaren' van de dichter – belet OPTA overigens aanleiding te zien voor een vervroegde volgende ronde FTA/MTA-marktanalyses, waarin op verbeterde gronden alsnog tot toepassing van *pure* BULRIC wordt gekozen, uitmondend in een nieuw marktbesluit waarin vóór juli 2013 al een MTA-tariefplafond lager dan 2,4 eurocent per minuut wordt bepaald. Art. 6a.4 Tw schrijft slechts voor dat OPTA telkens 'binnen drie jaar' een nieuwe marktanalyse uitvoert en dan besluit over intrekking, aanpassing of handhaving van bestaande remedies dan wel de introductie van nieuwe remedies, maar niet dat OPTA een eenmaal gereguleerde reguleringperiode moet uitzetten. De kans op een tussentijdse aanpassing lijkt gering. Bij brief van 6 maart 2012 (<www.OPTA.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3561>) informeerde OPTA de marktpartijen dat zij in de tweede helft van 2012 de marktanalyse voor de volgende FTA/MTA-reguleringsperiode zou starten.

36. Ontwerpbesluit voor notificatie - Marktanalyse vaste en mobiele gespreksafgifte, OPTA, 12 januari 2012, OPTA/AM/2011/202782.

nationale consultatie had voordien plaatsgevonden.³⁷ Het FTA-tarief werd licht opwaarts bijgesteld, terwijl ook de 'poorttarieven' aan *plus* BULRIC werden aangepast.

Nadat OPTA haar ontwerpbesluit op 12 januari 2012 aan de Commissie had voorgelegd, reageerde de Commissie op 13 februari 2012 met de zogenoemde *serious doubts letter*.³⁸ In deze brief stelde de Commissie dat zij een schending van het Unierecht vreesde indien OPTA zich niet alsnog aan de *pure* BULRIC methodologie conformeerde, alsmede dat de interne markt in het geding zou komen indien aanbieders in lidstaat A hogere afgiftetarieven aan aanbieders uit land B zouden mogen rekenen dan in het omgekeerde geval. De Commissie ging niet in op de vraag of OPTA zich naar nationaal recht wel iets kón aantrekken van de bezwaren van de Commissie. BEREK deed dat evenmin, toen zij op 27 maart 2012³⁹ haar opinie gaf (waarin zij de Commissie ondersteunde).

Aangezien de kritiek van de Commissie niet de marktafbakening gold, noch het al dan niet aanwijzen van een partij met aanmerkelijke marktmacht, beschikt zij in de onderhavige zaak niet over een veto krachtens artikel 7 lid 5 Kaderrichtlijn. Nu gaat het over een remedie waarin de Commissie zich niet kan vinden, meer precies over de wijze van berekening van een tariefplafond. Daarvoor geldt slechts het uit artikel 7 bis Kaderrichtlijn voortvloeiende recht van de Commissie het voorgenomen besluit op te schorten, aanbevelingen te doen waarmee de NRI zo veel mogelijk rekening heeft te houden, en tezamen met BEREK te trachten de NRI op andere gedachten te brengen.

Impasse

Met het 'harde' standpunt dat de Commissie in de *serious doubts letter* van 13 februari 2012 heeft ingenomen,⁴⁰ lijkt de kans klein dat de Commissie de aftocht blaast en zich alsnog neerlegt bij het door het CBb gedicteerde herstelbesluit van OPTA. Reductie van de afgiftetarieven in Europa staat ook al jaren hoog op de agenda van de Commissie. Anderzijds heeft OPTA van het CBb geen ruimte gekregen alsnog *pure* BULRIC toe te passen. OPTA zal dus medio mei 2012 de Commissie

37. In de periode van 7 november tot en met 19 december 2011, <www.OPTA.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3537>.

38. Brief van de Europese Commissie van 13 februari 2012, kenmerk C(2012) 1038, zaaknummers NL/2012/1284 en NL/2012/1285.

39. BEREK opinie van 27 maart 2012 inzake het fase II-onderzoek ingevolge art. 7 bis Kaderrichtlijn ten aanzien van zaaknummers NL/2012/1284 en NL/2012/1285.

40. In het persbericht van de Commissie naar aanleiding van de *serious doubts letter* van 13 februari 2012 is een citaat van eurocommissaris Kroes opgenomen dat van weinig inschikkelijkheid getuigt, ook niet ten opzichte van de rechter: 'This case is important to lay down the roles of national authorities and courts in applying EU telecoms rules in a coordinated way that brings maximum benefit to consumers and to competition.', (persbericht Digital Agenda: *Commission suspends Dutch proposal to raise wholesale rates for fixed & mobile telephony and starts an in-depth review*, 13 februari 2012, IP/12/130).

op voet van artikel 7 bis lid 4 sub b Kaderrichtlijn vermoedelijk laten weten dat zij de ontwerpmaatregel handhaaft. Binnen een maand nadien zal OPTA in dat geval naar verwachting de in artikel 7 bis lid 5 sub a Kaderrichtlijn bedoelde aanbeveling van de Commissie ontvangen om haar ontwerpbesluit te wijzigen, waarna zij nog een maand heeft om het definitieve besluit te nemen.⁴¹

Gezien de opdracht van het CBB de plafonds voor de vaste afgiftetarieven en de 'poorttarieven' op basis van *plus* BULRIC vast te stellen, kan OPTA moeilijk een ander besluit nemen dan het ontwerpherstelbesluit zoals aan de Commissie voorgelegd. De opschorting van het besluit krachtens artikel 7 bis Kaderrichtlijn vervalt medio juli 2012 (behoudens aanhouding in verband met eventuele consultaties). Vanaf dat moment heeft OPTA derhalve ook geen excuus meer zich niet te houden aan de opdracht van het CBB de nieuwe tarieven uiterlijk per 1 januari 2012 in te doen gaan.

Commentaar

De Commissie staat met de opschorting van OPTA's definitieve marktbesluit op het eerste gezicht in haar recht. Artikel 7 bis van de Kaderrichtlijn geeft de Commissie immers de bevoegdheid bij 'ernstige twijfel' over een voorgenomen marktbesluit de wachtperiode te verlengen.

Bij nadere beschouwing rijzen er evenwel vragen. Moet de Commissie het oordeel van het CBB respecteren? Kan OPTA het besluit van de Commissie ongestraft negeren? Mag de Commissie haar bevoegdheid ook inzetten indien het beoogde resultaat niet bereikt kan worden?

Het antwoord op de eerste twee vragen is niet moeilijk. De Commissie is niet gehouden zich in een geval als het onderhavige veel aan het oordeel van een nationale rechter gelegen te laten liggen. De uitspraak van het CBB geldt een besluit van OPTA, niet een besluit van de Commissie. Over de rechtsgeldigheid van besluiten van de Commissie kan bovendien slechts de Unierechter oordelen, al kan een nationale rechter een tijdelijke voorziening treffen waarbij een voorschot wordt genomen op het vermoedelijke eindoordeel van de Unierechter.⁴² Negeren kan OPTA de wachtperiode niet: zolang een besluit van de Commissie niet is vernietigd of is geschorst, heeft een lidstaat zich eraan te houden, ook indien hij daardoor in strijd handelt met een eerdere uit-

spraak van een nationale rechter. Een besluit krachtens Unierecht gaat voor.⁴³

De laatste vraag laat zich minder eenvoudig beantwoorden. Vanuit het beleidsmatig perspectief van de Commissie is OPTA's 'keuze' voor *plus* BULRIC in plaats van *pure* BULRIC evident ongewenst, want rechtstreeks in strijd met de nieuwe aanbeveling. Anderzijds is ook evident dat de – OPTA immers niet-bindende – opvattingen van de Commissie bij OPTA geen gewicht meer in de schaal kunnen leggen. OPTA heeft geen enkele beleidsvrijheid of beoordelingsmarge meer, gebonden als zij is aan de eenduidige instructies van de Nederlandse rechter. OPTA verkeert in een staat van overmacht, en zij zou de '*trias politica*' geweld aandoen indien zij de – bestuurlijke – aanbevelingen van de Commissie voorrang zou geven boven het oordeel van de rechter. Het besluit van de Commissie wordt daarmee een slag in de lucht, die wellicht nog beleidsmatig nut kan hebben als waarschuwing voor andere NRI's,⁴⁴ maar een demonstratie van onmacht is ten opzichte van OPTA. OPTA moet weliswaar wachten met het vaststellen van het definitieve besluit, maar kan dat niet aanpassen in de door de Commissie gewenste zin. De wachtperiode is daarmee zinloos geworden. Ik meen dat bestuursorganen zich behoren te onthouden van de bestuurlijke varianten van 'symboolpolitiek'. Besluiten die nergens toe kunnen leiden, verstopten het systeem, vervuilen de bestuurspraktijk en tasten het gezag van het openbaar bestuur aan. In een Nederlandse context zou een dergelijk besluit in strijd geacht kunnen worden met het evenredigheidsbeginsel (art. 3.4 lid 2 Awb) en het verbod op *détournement de pouvoir* (art. 3.3 Awb). In het Unierecht geldt hetzelfde. Het 'Europese' evenredigheidsbeginsel is gecodificeerd in artikel 5 lid 4 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) (en het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid⁴⁵). De Commissie mag geen maatregelen nemen die niet tot de verwezenlijking van de betrokken doelstellingen bijdragen (noodzakelijkheidsvereiste), noch maatregelen die ongeschikt zijn om die doelstellingen te verwezenlijken (effectiviteitsvereiste).⁴⁶ Misbruik van bevoegdheid is in artikel 263 lid 2 VWEU opgenomen als een van de vier uitdrukkelijke

175

41. Art. 7 bis lid 6 Kaderrichtlijn.

42. HvJ EG 9 november 1995, zaak C-465/93, *Atlanta Früchtgesellschaft*, *Jur.* 1995, p. I-3761.

43. Het principe van de voorrang van Europees recht op nationaal recht volgt uit het arrest HvJ EG 15 juli 1964, zaak C-6/64, *Costa/Enel*, *Jur.* 1964, 1203. Dit principe is niet opgenomen in het Verdrag van Lisabon maar onverminderd geldig gebleven, zie verklaring 17 bij de slotakte van de intergouvernementele conferentie die het Verdrag van Lisabon heeft aangenomen van 13 december 2007, *Pb. EU* 2010, C 83/335.

44. De Duitse NRI heeft op 24 april 2012 de ontwerpmaatregelen voor de afgiftetarieven voor Duitsland aangekondigd en heeft daarbij aangegeven de tarieven in weerwil van de aanbeveling van de Commissie niet op *pure* BULRIC te zullen baseren, <www.bundesnetzagentur.de/cln_1932/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/RegulierungTelekommunikation/Kostenmodelle/AnalytKM_Mobilfunk/AnalytKM_Mobilfunk_Basepage.html?nn=69052#doc202322bodyText1>.

45. Protocol nr. 2 bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, *Pb. EU* 2010, C 83/206.

46. Art. 5 VEU.

vernietigingsgronden voor handelingen van de instellingen. De opschorting van het herstelbesluit is onevenredig omdat het aanzienlijke belang van OPTA en – vooral – de marktpartijen bij spoedige zekerheid omtrent de geldende tariefregulering genegeerd wordt, en het – kennelijk veronderstelde – belang bij een gratis besluit geen rechtens te respecteren belang is: een bestuursorgaan moet besturen, en als het al meent te moeten getuigen, heeft het andere middelen tot zijn beschikking om zijn mening kenbaar te maken. Van misbruik van bevoegdheid is sprake bij gebruik van een bevoegdheid voor andere doeleinden dan de doeleinden waarvoor zij bedoeld is. In dit geval is de bevoegdheid tot opschorting gegeven om ruimte voor overleg – en ‘inkeer’ – te scheppen. Nu, gezien de eenduidige instructie van het CBb, zodanig overleg niet tot een ander besluit kán leiden dan het door OPTA voorgenomen besluit – en in ieder geval niet tot herinvoering van het door de Commissie bepleite *pure* BULRIC methode –, kan het beoogde doel niet worden bereikt en dient inzet van de bevoegdheid achterwege te blijven.

Het is jammer dat de Nederlandse regering – al dan niet op aangeven van OPTA – tegen de *serious doubts letter* van de Commissie geen beroep tot nietigverklaring ex artikel 263 VWEU bij het Hof heeft ingesteld, maar inmiddels is het daarvoor te laat. Het besluit van de Commissie dateert immers van 13 februari 2012, zodat de beroepstermijn van twee maanden (art. 263 paragraaf 6 VWEU) al geruime tijd verstreken is.⁴⁷

Wellicht echter dat de rechtmatigheid van de Commissiebeschikking nog door de Nederlandse bestuursrechter ‘exceptief’ wordt beoordeeld. Denkbaar is immers dat een marktpartij gedurende de huidige impasse een hoger tarief moet betalen dan het tarief voorzien in het ontwerpherstelbesluit van OPTA. Deze partij zou onder meer kunnen overwegen de voorzieningenrechter van het CBb te verzoeken bij wege van voorlopige maatregel te bepalen dat de tarieven vooralsnog niet hoger mogen zijn dan als aangegeven in het ontwerpherstelbesluit van OPTA.⁴⁸ In dat geval zal de voorzieningenrechter – indien tenminste aan de overige vereisten voor het treffen van een voorziening voldaan is – een oordeel moeten vormen over de – uiteindelijk door het Hof van Justitie⁴⁹ – vast te stellen rechtmatigheid van de Commissiebeschikking. Tot nu toe lijken aanbieders evenwel niet de kat op het spek gebonden te hebben door te proberen betaling van hogere tarieven dan de door OPTA beoogde tarieven af te dwingen. De voorzieningenrechter zou voor dezelfde afweging komen te staan indien OPTA de uitspraak van het CBb alsnog zou negeren en

zij in het herstelbesluit tóch de *pure* BULRIC-tarieven zou hanteren.⁵⁰

Vermoedelijk loopt de kwestie echter met een sisser af. De wachtperiode kan door de Commissie met in beginsel ten hoogste vijf maanden verlengd worden. Daarna is OPTA vrij het beoogde besluit alsnog te nemen. De klem waarin OPTA zich bevindt, is dus hoe dan ook slechts van tijdelijke aard.

Dat zou anders zijn indien de Commissie een door de rechter ‘voorgeschreven’ OPTA-besluit zou kunnen verbieden uit hoofde van artikel 7 Kaderrichtlijn. Dan wordt de spanning tussen nationale rechter en Commissie permanent en zal de voorrang bepaald moeten worden. Zou OPTA van de nationale rechter besluit A moeten nemen, terwijl de Commissie haar vervolgens – bevoegdelijk – besluit B voorschrijft (en het om incompatibele besluiten gaat), dan volgt uit de voorrang van het Unierecht dat de Commissie prevaleert.⁵¹

Tot slot

Men zou zich nog kunnen afvragen of het CBb, het beginsel van Unietrouw indachtig, in zijn uitspraak van 31 augustus 2011 ruimte had moeten overlaten voor OPTA in haar herstelbesluit rekening te houden met de beoordeling van het voorgenomen besluit door de Commissie.⁵² Het was immers te verwachten dat de Commissie haar eigen aanbeveling niet zou willen *désavoueren* en de voorkeur zou blijven geven aan de *pure* BULRIC-methode.⁵³ Ik zou menen dat een rechter in een geval als het onderhavige die ruimte niet behoeft te bieden. De Raad en het Europees Parlement hebben de Commissie welbewust het – door de Commissie voorgestelde – vetorecht op remedies ontzegd, en volstaan met het recht voor de Commissie om een wachtperiode af te kondigen waarin met de NRI over een de Commissie

47. In art. 263 par. 4 VWEU is thans ook een beroepsmogelijkheid voorzien voor particulieren tegen regelgevingshandelingen die deze particulieren rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengen. Het is twijfelachtig of aan dit criterium voldaan wordt nu in beginsel alle marktpartijen die de in OPTA's ontwerpbesluit vermelde diensten aanbieden of afnemen door het uitblijven van de beoogde tariefregulering bevoordeeld of benadeeld kunnen worden.

48. Vgl. HvJ EG 9 november 1995, zaak C-465/93, *Atlanta Früchtgesellschaft*, Jur. 1995, p. I-3761.

49. HvJ EG 22 oktober 1987, zaak C-314/85, *Foto Frost*, Jur. 1987, 4199.

50. Voor zover het de FTA- en de 'poort'-tarieven betreft. Het CBb heeft immers de MTA-tarieven tot medio 2013 al definitief bepaald in de uitspraak van 31 augustus 2011.

51. Zie HvJ EG 15 juli 1964, zaak C-6/64, *Costa/Enel*, Jur. 1964, 1203.

52. Volgens Parret in haar reeds genoemde annotatie in *Mediaforum* 2012-5, 'brengt de uitspraak van het CBb op dit punt onvoldoende tot uiting dat de keuze van OPTA (...) is getoetst aan de aanbeveling en dat aan die aanbeveling voldoende belang is gehecht' (p. 183). Hiermee wordt het College geen recht gedaan. OPTA had haar keuze voor *pure* BULRIC niet alleen gemotiveerd met een – zo men wil: 'formalistisch' – beroep op de aanbeveling, maar ook op een tweetal materiële argumenten (*plus* BULRIC zou leiden tot een 'inefficiënte retailstructuur' en tot 'dubbele marginalisatie'). Op beide materiële argumenten is het College uitvoerig ingegaan (zie de overwegingen 4.8.3.4. respectievelijk 4.8.3.5. in de uitspraak van 31 augustus 2011), echter met als conclusie dat zij geen hout sneden. De inhoudelijke argumenten van OPTA vóór de door de Commissie aanbevolen berekeningswijze van het tariefplafond zijn aldus door de nationale rechter wel degelijk gewogen, maar te licht bevonden.

53. Ik beperk mij hierna tot de inhoudelijke argumenten tegen *pure* BULRIC, die in de voorgaande noot al aan de orde kwamen. Het CBb heeft kennelijk geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat de Commissie de vaststelling van het herstelbesluit zou vertragen met een beroep op art. 7 bis Kaderrichtlijn. Gezien het mijns inziens onjuiste gebruik dat de Commissie met deze vertraging van haar formele bevoegdheden maakt, acht ik dat niet onbegrijpelijk.

niet welgevallig conceptbesluit moet worden overlegd. Weliswaar moet de NRI bij zijn definitieve besluit 'zoveel mogelijk' rekening houden met de overwegingen van de Commissie (en die van BEREC), maar hij mag er – gemotiveerd – van afwijken. Gegeven dat de motivering waarom een tariefplafond berekend met behulp van de *pure* BULRIC-methode geen passende remedie is, besloten ligt in de uitspraak van het CBb, was een afwijking door OPTA in het herstelbesluit die geheel strookt met artikel 7 bis Kaderrichtlijn goed mogelijk. Mede gezien de alom erkende noodzaak zo spoedig mogelijk zekerheid te scheppen omtrent marktbesluiten als het FTA/MTA-besluit, lag het dan ook niet voor de hand de deur open te zetten voor een nieuwe, wederom door de Commissie geïnspireerde, poging de Nederlandse afgiftetarieven op basis van *pure* BULRIC te reguleren.⁵⁴ *Lites finiri oportet*, ook als de Commissie in het geding is.

54. Meer voor de hand ligt in een geval als dit dat de Commissie een infractieprocedure ex art. 258 VWEU tegen de lidstaat begint. Als de Commissie vindt dat haar aanbevelingen ten onrechte in de wind zijn geslagen door een orgaan van een lidstaat – en dat is niet alleen de NRI, maar ook de rechter (zeker waar hij zélf in de zaak voorziet, zoals het CBb inzake het MTA-tariefplafond heeft gedaan) – is de 'bypass' van art. 7 bis Kaderrichtlijn (opschorting, en druk vanuit 'Brussel' op de NRI) niet de meest koninklijke weg.