

Nr. 5 T-Mobile c.s./OPTACollege van Beroep voor het bedrijfsleven 31 augustus 2011¹

Uitspraak in de zaken van:

1. T-Mobile Netherlands BV, te Den Haag (hierna: T-Mobile), appellante in de zaak AWB 10/684, gemachtigden: mr. J.F.A. Doeleman en mr. J.B. van Dijk, beiden advocaat te Amsterdam;
2. Vodafone Libertel BV, te Maastricht (hierna: Vodafone), appellante in de zaak AWB 10/783, gemachtigden: mr. P.M. Waszink en mr. J.J.R. Lautenbach, beiden advocaat te Amsterdam;
3. Koninklijke KPN NV, KPN BV en Telfort BV, te Den Haag (hierna: KPN), appellanten in de zaak AWB 10/817, gemachtigden: mr. P.V. Eijssvoogel en mr. L.P.W. Mensink, beiden advocaat te Amsterdam;
4. Schiphol Telematics BV, te Schiphol (hierna: ST), appellante in de zaak AWB 10/846, gemachtigde: mr. P. Wit, advocaat te Amsterdam;
5. UPC Nederland BV en UPC Nederland Business BV, te Den Haag (hierna: UPC), appellanten in de zaak AWB 10/847, gemachtigde: mr. P. Wit, advocaat te Amsterdam;
6. Hilf Telecom BV, te Amsterdam (hierna: Hilf), appellante in de zaak AWB 10/848, gemachtigde: mr. P. Wit, advocaat te Amsterdam;
7. Ziggo BV, te Groningen (hierna: Ziggo), appellante in de zaak AWB 10/852, gemachtigden: mr. N. Lorjé en mr. N. Al-Ani, beiden advocaat te Amsterdam;
8. Tele2 Nederland BV, te Amsterdam (hierna: Tele2), appellante in de zaak AWB 10/853, gemachtigde: mr. P. Burger, advocaat te Amsterdam;
9. Lycamobile Netherlands Ltd., te Dublin (Ierland) (hierna: Lycamobile), appellante in de zaak AWB 10/855, gemachtigden: mr. P.E. Lucassen en mr. V.N. Mantel, beiden advocaat te Rotterdam;
10. BT Nederland NV, te Amsterdam (hierna: BT) en Verizon Nederland BV, te Amsterdam (hierna: Verizon), appellanten in de zaak AWB 10/858, gemachtigde: mr. D. Verhulst, advocaat te Amsterdam; hierna ook gezamenlijk aangeduid als: appellanten,

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), verweerster, gemachtigden: mr. J. Bootsma en mr. E.C. Pietermaat, beiden advocaat te Den Haag,

1. De procedure

Bij besluit van 7 juli 2010, met kenmerk OPTA/AM/2010/201951, heeft OPTA krachtens hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) de wholesalemarkten voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie, en voor gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken geanalyseerd. Tegen dit besluit hebben appellanten tijdig bij afzonderlijke brieven van 8 en 23 juli 2010 alsmede 4, 12, 13, 16 respectievelijk 17 augustus 2010, beroep ingesteld.

Appellanten hebben de gronden van de beroepen aangevuld.

OPTA heeft een verweerschrift ingediend en de op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden. Met verwijzing naar artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft OPTA medegedeeld dat uitsluitend het College kennis mag nemen van een aantal nader aangeduide stukken, genummerd B1 tot en met B21. Bij beslissing van 2 september 2010 heeft het College bepaald dat de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is. Bij afzonderlijke brieven van 8, 9 en 16 september 2010 alsmede ter zitting van het College van 15 maart 2011 hebben appellanten ermee ingestemd dat het College mede op grondslag van de vertrouwelijke stukken uitspraak doet op de beroepen.

Appellanten en OPTA hebben nadien zienswijzen en nadere schriftelijke stukken ingediend die geen nadere vermelding behoeven.

Voorts heeft Vodafone bij brief van 18 februari 2011, bij het College op dezelfde dag binnengekomen, nadere stukken ingediend, bestaande uit negen bijlagen en een toelichting hierop. Vodafone heeft deze stukken tevens toegezonden aan OPTA en alle andere partijen.

Bij brief van 21 februari 2011, bij het College op dezelfde dag binnengekomen, heeft OPTA verzocht deze nadere stukken wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing te laten. OPTA heeft hiertoe gewezen op de omvang en complexiteit van deze stukken, alsmede op de korte tijd die restte tot de zitting. Ten aanzien van een aantal van

deze stukken heeft OPTA betoogd dat deze zich richten tegen het op 7 juli 2010 genomen besluit en niet of nauwelijks een reactie vormen op latere stukken, zodat niet valt in te zien waarom deze stukken niet eerder in het geding zijn gebracht. Drie van de door Vodafone ingediende stukken dateren van voorafgaand aan het bestreden besluit en hadden eveneens eerder kunnen worden ingebracht, aldus OPTA.

Bij brief van 22 februari 2011, bij het College op dezelfde dag binnengekomen, heeft Vodafone op voornoemde brief van OPTA gereageerd en daarbij onder meer betoogd dat de stukken ruimschoots binnen de termijn van artikel 8:58 Awb zijn ingediend. Voor vijf bijlagen geldt volgens Vodafone dat dit onderzoeksrapporten zijn die door deskundigen in opdracht van Vodafone zijn opgesteld, dat deze rapporten geen nieuwe gronden bevatten maar slechts uitwerkingen en illustraties van al in het beroepschrift opgenomen stellingen en dat zij redelijkerwijs niet eerder konden worden ingediend.

Bij brief van 22 februari 2011 heeft de griffier namens het College, voor zover van belang, het volgende medegedeeld:

De termijn voor het indienen van zienswijzen eindigde op 14 januari 2011. Op die datum diende u een korte zienswijze in, evenwel zonder daarbij te verzoeken om deze te mogen aanvullen, zonder mee te delen dat nieuwe deskundigenrapporten werden ingewonnen, zonder de stukken toe te zenden waarover Vodafone reeds beschikte en zonder aan te kondigen dat nadere stukken zouden worden toegezonden waarover Vodafone op dat moment nog niet beschikte. [...]

De door u toegezonden stukken [...] zijn van een zodanige omvang en complexiteit dat een goede procesorde zou worden geschaad indien het College deze stukken alsnog bij de behandeling ter zitting op 15 en 17 maart zou betrekken.

Het College heeft in verband hiermede besloten de nader toegezonden stukken te accepteren maar de behandeling op de genoemde data te beperken in die zin dat het onderwerp 'welvaartsanalyse', waarop de bijlagen in hoofdzaak betrekking hebben, niet aan de orde zal komen. OPTA en de andere partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld schriftelijk [...] op het onderwerp 'welvaartsanalyse', te reageren, waarna geen verdere stukkenwisseling meer zal worden toegestaan. Voor de behandeling van dit onderdeel van het marktanalysebesluit zal een nieuwe zittingsdatum worden bepaald.

Op 15 en 17 maart 2011 en op 25 mei 2011 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij partijen, vertegenwoordigd door hun gemachtigden, hun standpunten hebben toegelicht. Namens OPTA heeft voorts H.R. de Klein, werkzaam als senior adviseur bij OPTA, het woord gevoerd. Voorts hebben M. Griffioen, werkzaam bij T-Mobile en prof. dr. M.C.W. Janssen, werkzaam aan de universiteit van Wenen (Oostenrijk), voor T-Mobile het woord gevoerd. Namens Lycamobile heeft tevens M. van der Laan, werkzaam als consultant bij Lycamobile, het woord gevoerd.

Bij brief van 25 maart 2011 heeft het College, met toepassing van artikel 8:45 Awb, OPTA verzocht om overlegging van de vertrouwelijke versie van twee nader aangeduide stukken. OPTA heeft deze stukken bij brief van 4 april 2011 aan het College toegezonden waarbij zij, met verwijzing naar artikel 8:29 Awb, heeft medegedeeld dat uitsluitend het College van deze stukken kennis mag nemen. Bij beslissing van 15 april 2011 heeft het College bepaald dat de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is. Appellanten hebben ter zitting van het College van 17 maart 2011 ermee ingestemd dat het College mede op grondslag van deze vertrouwelijke stukken uitspraak doet op de beroepen.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Het wettelijk kader wordt bij partijen door het College bekend verondersteld, zodat dit hier niet in extenso behoeft te worden weergegeven. Zonodig zullen onder 'De beoordeling van het geschil' (rubriek 4) de daarvoor relevante bepalingen worden geciteerd of geparafraseerd.

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Bij brief van 9 april 2009 (OPTA/AM/2009/200861) heeft OPTA de marktpartijen geïnformeerd over een in de tweede helft van 2009 te starten nieuwe en gecombineerde marktanalyse voor vaste en mobiele gespreksafgifte.
- OPTA heeft de marktpartijen op 19 juni 2009 uitgenodigd deel te nemen aan de ontwikkeling door Analysys Mason van zoge-

¹ Alleen die onderdelen zijn opgenomen die relevant zijn in verband met de opgenomen annotatie. De uitspraak is integraal gepubliceerd op rechtspraak.nl, LJN BR6195.

noemde Bottom-Up Long-Run Incremental Costs (hierna: BULRIC) modellen via een Industry Group voor BULRIC.

- Op 16 oktober 2009 heeft OPTA een vragenlijst aan alle aanbieders van vaste en mobiele gespreksafgifte gestuurd. In deze vragenlijst heeft OPTA deze marktpartijen gevraagd om hun zienswijze op de marktafbakening, dominantieanalyse, mededingingsproblemen en verplichtingen. OPTA heeft van dertien marktpartijen een reactie ontvangen.
- Op 12 april 2010 heeft OPTA het ontwerpbesluit voorgelegd aan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa). NMa heeft bij brief van 23 april 2010 omtrent het ontwerpbesluit advies uitgebracht. Het advies luidt:
De NMa onderschrijft de afgebakende relevante markten en de dominantieanalyse zoals beschreven in het ontwerpbesluit FTA-MTA-3.
- Op 26 april 2010 heeft OPTA het ontwerpbesluit ter inzage gelegd en marktpartijen in de gelegenheid gesteld hun schriftelijke zienswijzen over het ontwerpbesluit aan OPTA kenbaar te maken. Tevens zijn belanghebbenden in de gelegenheid gesteld om mondeling hun zienswijzen naar voren te brengen op een hoorzitting op 18 mei 2010. Het verslag van de hoorzitting heeft OPTA op haar website gepubliceerd.
- Op 27 april 2010 heeft OPTA het ontwerpbesluit ter notificatie voorgelegd aan de Commissie van de Europese Unie (hierna: de Commissie) en aan de nationale regelgevende instanties van de EU-lidstaten.
- Op 26 mei 2010 heeft het College uitspraak gedaan op de beroepen van marktpartijen tegen het marktanalysebesluit mobiele gespreksafgifte van OPTA van 30 juli 2007 (OPTA/TN/2007/201479, hierna: MTA-2-besluit), zoals gewijzigd bij besluit van 19 december 2008 (OPTA/AM/2008/202914, hierna: MTA-2b-besluit). (AWB 07/674 e.a.; LJN: BM5564)
- Op 7 juli 2010 heeft OPTA van de Commissie opmerkingen, als bedoeld in artikel 7, derde lid, van de Kaderrichtlijn ontvangen. Van de nationale regelgevende instanties van andere EU-lidstaten heeft OPTA geen reacties ontvangen.
- Vervolgens heeft OPTA het bestreden besluit (hierna: marktanalysebesluit) genomen.
- Op 5 november 2010 heeft de voorzieningenrechter van het College de verzoeken van T-Mobile, KPN, Vodafone en Lycamobile om een voorlopige voorziening ten aanzien van het marktanalysebesluit te treffen, afgewezen. (AWB 10/784 e.a.; LJN: BO3594)

3. De standpunten van appellanten en het verweer van OPTA

Het College acht het niet noodzakelijk de standpunten van appellanten, het verweer van OPTA alsmede de in rubriek 1 van deze uitspraak genoemde schriftelijke uiteenzettingen en reacties op het verweerschrift en de betogen van appellanten ter zitting hier afzonderlijk weer te geven. Het College zal al hetgeen partijen hebben aangevoerd, betrekken en zondig bespreken bij de beoordeling van de beroepen.

4. De beoordeling van het geschil

4.1 Marktafbakening

4.1.1 In het marktanalysebesluit heeft OPTA geconcludeerd dat de volgende relevante markten overeenkomen met de in de Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007, PbEU L 344, betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (hierna: Aanbeveling relevante markten) vermelde markten voor 'gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie' (markt 3) en 'gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken' (markt 7):

- a. 'gespreksafgifte op geografische nummers, 088-, 084/087, 112 en 14xy- en 116xyz nummers op een afzonderlijk vast netwerk in geheel Nederland, aangeduid als 'gespreksafgifte op een afzonderlijk vast netwerk' of kortweg 'vaste gespreksafgifte' (hierna ook: FTA) en
- b. 'gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken' of kortweg 'mobiele gespreksafgifte' (hierna ook: MTA).

Om tot een gelijkwaardige regulering van vaste en mobiele gespreksafgifte te komen heeft OPTA, anders dan voorheen, een gezamenlijke analyse van vaste en mobiele gespreksafgifte noodzakelijk geacht. Voor iedere aanbieder van gespreksafgifte heeft OPTA een separate relevante markt vastgesteld.

4.1.2 T-Mobile (grief 1), KPN (grief 11) en Vodafone (gronden II, IV, XIV.2 en XIV.3) hebben beroepsgronden aangevoerd tegen de marktafbakening.

4.1.3 Beoordeling van de beroepsgronden

4.1.3.1 T-Mobile heeft betoogd dat OPTA, in afwijking van de Aanbeveling relevante markten, ook de markt voor gespreksopbouw bij de afbakening had moeten betrekken in verband met de – zich specifiek in Nederland voordoende – samenhang tussen de mobiele retailmarkt en de markt voor mobiele gespreksafgifte. OPTA meent dat, omdat T-Mobile een en ander niet in haar zienswijze naar voren heeft gebracht, het College in verband met het bepaalde in artikel 6:13 Awb aan dit betoog moet voorbijgaan.

4.1.3.2 Uit artikel 6:13 Awb vloeit voort dat een belanghebbende geen beroep kan instellen tegen onderdelen van een besluit waarover hij geen zienswijze naar voren heeft gebracht, tenzij het niet naar voren brengen van een zienswijze hem redelijkerwijs niet kan worden verweten. In het marktanalysebesluit heeft OPTA onder meer de markten voor gespreksafgifte afgebakend en geanalyseerd. T-Mobile heeft ten aanzien van dit besluit een zienswijze ingediend. Het afbakenen van de relevante markt is naar het oordeel van het College geen in het kader van artikel 6:13 Awb te onderscheiden onderdeel van het marktanalysebesluit, zodat het bepaalde in dat artikel T-Mobile niet kan worden tegengeworpen. Er bestaat dan ook geen aanleiding haar beroep op dit punt niet-ontvankelijk te verklaren.

4.1.3.3 Het College heeft in zijn uitspraak van 26 mei 2010 onder verwijzing naar eerdere uitspraken geoordeeld dat gesteld noch gebleken is dat wat betreft mobiele telefonie sprake is van specifieke omstandigheden op de Nederlandse markt die OPTA een ontheffing gaven van haar verplichting de relevante markten af te bakenen overeenkomstig de Aanbeveling relevante markten T-Mobile heeft ook thans niet onderbouwd waarom het College in verband met de genoemde samenhang tussen de mobiele retailmarkt en de markt voor mobiele gespreksafgifte tot een ander oordeel zou moeten komen. Deze beroepsgrond faalt.

4.1.3.4 Vodafone (grond II) heeft aangevoerd dat OPTA alvorens te komen tot vaststelling van de markt voor mobiele gespreksafgifte eerst de mobiele retailmarkt had moeten afbakenen, overeenkomstig punt 4 van de Aanbeveling relevante markten en OPTA's eigen standaardonderzoeksmethodiek. Afbakening van de retailmarkt, aldus Vodafone, is nodig om te onderzoeken of sprake is van inefficiëntie op die markt, of van andere mededingingsproblemen.

4.1.3.5 Met betrekking tot de stelling van OPTA dat aan deze beroepsgrond van Vodafone moet worden voorbijgegaan in verband met het bepaalde in artikel 6:13 Awb verwijst het College naar hetgeen hiervoor onder 4.1.3.2 is overwogen.

4.1.3.6 Het College is van oordeel dat OPTA zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat voor wat betreft de markten voor vaste en mobiele gespreksafgifte sprake is van een bijzondere situatie die noopt tot afwijking van het uitgangspunt, neergelegd in punt 4 van de Aanbeveling relevante markten, dat voorafgaand aan de analyse van de wholesalemarkten eerst de onderliggende retailmarkten worden geanalyseerd. De markten voor gespreksafgifte worden, omdat sprake is van het wederzijds inkopen van diensten, gekenmerkt door een tweezijdig karakter. Aanmerkelijke marktmacht (AMM) op deze markt heeft niet rechtstreeks tot gevolg dat er geen effectieve concurrentie is op de onderliggende retailmarkten, maar kan deze wel nadelig beïnvloeden. OPTA mocht er daarom voor kiezen eerst de afgiftemarkten te onderzoeken en de vraag of het adresseren van de door haar op deze markten waargenomen potentiële mededingingsproblemen een gunstig effect sorteert op de retailmarkten te beantwoorden in het kader van de effectentoeets. Dat OPTA, als door Vodafone gesteld, ten onrechte elementen uit de effectentoeets aan de marktafbakening ten grondslag heeft gelegd is het College niet gebleken. Ook overigens volgt het College niet het standpunt van Vodafone (grond IV) dat een andere procedure had moeten worden gevolgd ter afbakening van de mobiele markten voor gespreksafgifte.

4.1.3.7 KPN (grief 11) en Vodafone (grond XIV.3) hebben betoogd dat gespreksafgifte met behulp van nummers uit de reeks 084/087 niet behoort tot de markt voor vaste gespreksafgifte en hebben in dit verband gewezen op hetgeen zij hebben gesteld in hun beroepen tegen de marktanalyse vaste gespreksafgifte van 19 december 2008 (hierna FTA-2-besluit). OPTA heeft haar destijds gevoerde verweer gehandhaafd.

4.1.3.8 De dienst gespreksafgifte is in het marktanalysebesluit als volgt omschreven:

195. De dienst gespreksafgifte is noodzakelijk indien een gebruiker (hierna: beller) op een netwerk A van aanbieder A een andere gebruiker op een ander netwerk B, van aanbieder B, wil bellen. Het gesprek kan dan niet door uitsluitend aanbieder A worden afgehandeld. Aanbieder A dient het gesprek te routeren naar een interconnectielocatie vanaf waar het gesprek wordt afgewikkeld door aanbieder B. Aanbieder B levert aanbieder A de afgiftedienst die er uit bestaat dat aanbieder B het gesprek naar de bestemming brengt, zijnde een gebelde gebruiker (hierna: gebelde) of een bestemmingsnummer waarop een bepaalde dienst wordt geleverd.

4.1.3.9 De 084/087-nummers zijn niet-geografische nummers (persoonlijke assistentie c.q. PA-nummers) waarmee natuurlijke personen (nummergebruikers) kunnen worden bereikt. OPTA hanteert het uitgangspunt dat de kosten van vaste gespreksafgifte gedragen worden door de beller. Deze belt vanaf het netwerk van netwerkaanbieder A naar netwerkaanbieder B, het netwerk dat wordt gebruikt door de PA-dienstverlener, waarna de PA-dienst, bestaande uit het telefonisch of op andere wijze bereiken van de nummergebruiker, wordt verricht. Het geheel van diensten dat plaatsvindt nadat het gesprek door netwerkaanbieder A aan netwerkaanbieder B is aangeboden rekent OPTA tot de dienst vaste gespreksafgifte. OPTA meent dat de mededingingsproblemen die voortvloeien uit de monopoliepositie van netwerkaanbieder B geadresseerd moeten worden. Zij acht het daarom gewenst dat het tarief, dat door netwerkaanbieder B aan A in rekening wordt gebracht wordt gereguleerd.

4.1.3.10 Het College is van oordeel dat het geheel van diensten dat wordt verricht nadat het gesprek bij netwerkaanbieder B is aangeboden en dat er toe strekt dat gesprek bij de nummergebruiker af te leveren uit verschillende onderdelen bestaat. Een van die onderdelen valt aan te merken als vaste gespreksafgifte, echter alleen voor zover het gesprek wordt afgegeven aan de PA-dienstverlener. Weliswaar zijn de onderdelen van de dienst, die er toe strekt dat door tussenkomst van de PA-dienstverlener de nummergebruiker wordt bereikt, onlosmakelijk met elkaar verbonden, maar die omstandigheid maakt niet dat het geheel van de PA-dienstverlening kan worden aangemerkt als gespreksafgifte als omschreven onder randnummer 195 van het marktanalysebesluit. De desbetreffende beroepsgronden van KPN en Vodafone zijn derhalve gegrond. Het marktanalysebesluit dient in zoverre te worden vernietigd wegens strijd met artikel 6a.1, eerste en tweede lid, Tw.

4.1.3.11 Vodafone (grond XIV.2) heeft betoogd – eveneens onder verwijzing naar haar beroep tegen het FTA-2-besluit – dat de afgifte van gesprekken op nummers uit de reeks 085 ten onrechte niet tot de markt voor vaste gespreksafgifte is gerekend. OPTA heeft ook hier haar in die zaak gevoerde verweer gehandhaafd.

4.1.3.12 Nummers uit de reeks 085 zijn niet-geografische nummers die bijvoorbeeld door landelijk opererende ondernemingen kunnen worden gebruikt om onder één telefoonnummer toegankelijk te zijn. In het marktanalysebesluit is vastgesteld dat de 085-nummers wat betreft concurrentieomstandigheden vergelijkbaar zijn met geografische nummers. Vanuit het nummerplan (Besluit van de minister van Economische zaken van 4 juli 2006, Stcrt. 2006, 137) geldt echter al een maximum afgiftetarief. OPTA overweegt dat geen indicatie bestaat dat prijsgerelateerde en andere mededingingsproblemen optreden, zodat deze nummers buiten beschouwing kunnen blijven. Wanneer gevreesd moet worden voor het aanrekenen van excessief hoge tarieven kan de wetgever de wholesaletarieven voor 085-uitgifte verlagen. Ook al zou Vodafone het gelijk aan haar zijde hebben, aldus OPTA, dan is haar belang slechts van academische waarde.

4.1.3.13 Het College overweegt dat het vooraf ingenomen standpunt dat zich met betrekking tot een bepaalde vorm van gespreksafgifte geen mededingingsproblemen (kunnen) voordoen, gelet op hergeen met betrekking tot marktafbakening is vermeld in de Richtsnoeren marktanalyse (Richtsnoeren van de Commissie van 11 juli 2002 voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten) niet van invloed behoort te zijn op de afbakening van de relevante markten. De omstandigheid dat in het nummerplan is voorzien in een maximumtarief met betrekking tot gespreksafgifte op 085-nummers doet niet af aan de verplichting die op OPTA rust om de markten voor vaste gespreksafgifte af te bakenen en vervolgens na te gaan of op die markten sprake is van potentiële mededingingsproblemen. Pas dan kan worden vastgesteld of sprake is van een al dan niet reëel belang van

Vodafone en/of andere aanbieders bij het opleggen van verplichtingen.

Het marktanalysebesluit dient daarom te worden vernietigd omdat het in strijd met artikel 3:2 Awb onvoldoende zorgvuldig is voorbereid voor zover OPTA daarin heeft geconcludeerd dat gespreksafgifte op 085-nummers op een afzonderlijk vast netwerk niet deel uitmaakt van de relevante markten. Aan OPTA zal worden opgedragen op dit punt een nieuw besluit te nemen.

[...]

4.8 Tariefverplichting

4.8.1 OPTA heeft in het marktanalysebesluit aangegeven de tarieven voor FTA en MTA te bepalen op grond van een kostentoerekeningssysteem dat zij aanduidt als pure BULRIC. Zij heeft hiertoe, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

Tariefregulering is geschikt om de potentiële problemen van buitensporig hoge tarieven en marge-utholling te adresseren. Met een tariefplafond op een voldoende laag niveau kunnen beide problemen worden voorkomen. OPTA acht het reguleren van het tarief van gespreksafgifte naast geschikt ook noodzakelijk. De monopoliepositie van een aanbieder van gespreksafgifte en het ontbreken van concurrentieprikkels die het gedrag van deze monopolist beperken, kunnen tot een situatie leiden waarin aanbieders buitensporig hoge tarieven voor gespreksafgifte kunnen vragen. Marge-utholling is vooral nadelig voor Carrier PreSelect (hierna: CPS) aanbieders, die hiervoor gevoelig zijn omdat zij relatief veel diensten (gespreksopbouw en gespreksafgifte) moeten inkopen. Alleen tariefregulering kan de prijsgerelateerde mededingingsproblemen adresseren.

Ten behoeve van de invulling van de tariefregulering heeft OPTA BULRIC-modellen laten ontwikkelen door het adviesbureau Analysys Mason. De BULRIC-modellen berekenen voor zowel vaste als mobiele gespreksafgifte drie kostprijzen:

- pure BULRIC – dit zijn alleen de kosten die incrementeel zijn aan het leveren van gespreksafgifte;
- plus BULRIC – dit zijn de BULRIC kosten met een mark-up voor niet-incrementele vaste kosten zoals gebruikelijk was bij BULRIC modellering;
- plus+ BULRIC – als plus BULRIC maar met een mark-up waarin alle overige (niet-incrementele) kosten die toerekenbaar zijn aan telefonie volledig worden toegerekend aan minuten (waaronder gespreksafgifte) en niet aan een telefonieabonnement.

Een belangrijk nadelig effect van het geconstateerde mededingingsprobleem van buitensporig hoge tarieven is de inefficiënte retailtariefstructuur. De hogere afgiftetarieven zijn kosten die worden doorgegeven in hogere retailminuuttarieven. Dit verstoort een efficiënte afname van abonnementen en minuten door eindgebruikers. Een efficiëntere retailtariefstructuur betekent concreet dat het gebruik van telefonie in termen van minuten zal toenemen terwijl het aantal mobiele gebruikers wellicht iets zal dalen door de mogelijk hogere mobiele abonnementstarieven. Een efficiënte retailtariefstructuur ontstaat indien de kosten van ingekochte afgifte gelijk zijn aan de werkelijke marginale kosten.

Alleen pure BULRIC voorkomt het nadelige effect van een inefficiënte retailtariefstructuur geheel. Tarieven op basis van incrementele kosten geven in termen van welvaart altijd de beste uitkomst. In de praktijk zijn zij vaak niet te realiseren in sectoren met significante vaste kosten omdat dan de vaste kosten ongedekt blijven. Op de afgiftemarkten is echter sprake van een bijzondere situatie door het wederzijdse karakter in de zin dat elke aanbieder van afgiftediensten zelf ook afgiftediensten moet inkopen. De vaste kosten worden dan nog steeds niet goedgemaakt op levering van afgifte, maar dit valt weg tegen de lagere kosten van de inkoop van afgifte bij andere aanbieders. In die situatie is het efficiënt indien op wholesaleniveau onderling tarieven op of onder de incrementele kosten worden gehanteerd. De vaste kosten worden dan terugverdiend op retailniveau. Daarnaast is het niet efficiënt om vaste kosten tweemaal in de verticale productieketen volledig toe te rekenen aan tarieven, dat wil zeggen eerst aan het wholesale afgiftetarief en daarna nogmaals aan het retailminuuttarief. Er is dan sprake van dubbele marginalisatie.

De aldus opgelegde maatregel voldoet naar het oordeel van OPTA aan de vereisten van artikel 6a.2, derde lid, Tw. De verplichting is gebaseerd op de aard van het geconstateerde mededingingsprobleem, te

weten (het risico op) buitensporig hoge tarieven. Er bestaat dus een verband tussen de maatregel en het geconstateerde probleem. De maatregel is voorts proportioneel en gerechtvaardigd in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3, eerste lid, Tw. Door de maatregel worden de belangen van eindgebruikers gediend. Een tariefmaatregel op grond van plus BULRIC voorkomt niet dat dubbele marginalisatie plaatsvindt en dat is in het nadeel van eindgebruikers. Pas met pure BULRIC wordt dat nadeel weggenomen. Dat rechtvaardigt de maatregel en maakt dat deze passend en evenredig is. De maatregel is bovendien in overeenstemming met artikel 13, tweede lid, Toegangsrichtlijn, waaruit volgt dat de tariefmaatregel de consument maximaal voordeel moet bieden. De maatregel is voor de aanbieders niet onredelijk belastend of onevenredig. Een tariefmaatregel op grond van pure BULRIC waarborgt immers dat zij de extra kosten die zij ten behoeve van gespreksafgifte moeten maken ook via het gespreksafgiffetarief kunnen terugverdienen. De gemeenschappelijke kosten kunnen nog steeds worden terugverdiend, te weten via de diensten die op de retailmarkt worden aangeboden.

4.8.2 Met name de mobiele partijen hebben grieven gericht tegen de keuze van OPTA voor pure BULRIC. Het betreft (delen van) grief 4 van T-Mobile, gronden VIII.1, VIII.2 en VIII.4 van Vodafone, grief 2a tot en met c alsmede grief 3 van KPN en punt 57-96 van Lycamobile.

4.8.3 Beoordeling van de beroepsgronden

4.8.3.1 De door OPTA op grond van artikel 6a.2, eerste lid, Tw juncto artikel 6a.7, eerste lid, Tw opgelegde tariefverplichting dient passend te zijn, hetgeen volgens artikel 6a.2, derde lid, Tw inhoudt dat deze verplichting 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.

OPTA heeft geconstateerd dat zich op de afgiftemarkten de potentiële mededingingsproblemen van buitensporig hoge tarieven en marge-utholling voordoen. Het College heeft in paragraaf 4.3 de hiertegen gerichte grieven verworpen. Het College ziet geen grond om te betwijfelen dat een tariefverplichting een geschikte maatregel is om voornoemde potentiële mededingingsproblemen te remediëren. Evenmin ziet het College in met welke – lichtere – verplichting dan een tariefmaatregel OPTA had kunnen volstaan. Voor zover T-Mobile in haar grief 4 heeft betoogd dat een tariefmaatregel niet noodzakelijk is omdat haar afgiffetarief in de afgelopen jaren is gedaald, komt deze grief er op neer dat het gestelde mededingingsprobleem zich niet voordoet. Het College verwijst in dit verband naar paragraaf 4.3.2 waarin wordt gerefereerd aan analoge grieven van de andere mobiele aanbieders en de verworping van deze grieven in het vervolg van paragraaf 4.3.

Het voorgaande wil echter niet zeggen dat OPTA, gegeven de passendheid van een tariefverplichting als zodanig, bij de nadere invulling van deze tariefverplichting niet behoefte te onderzoeken of ook deze invulling passend is. 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.

4.8.3.2 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 toezeg 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 winsttopslag. Uit de jurisprudentie van het College inzake de invulling van het begrip redelijke winsttopslag (het College verwijst wederom naar de uitspraak van 26 mei 2010, met name de overweging 16.7.1), volgt dat OPTA de tarieven van een partij met AMM zodanig mag reguleren dat deze tarieven zich op een niveau bevinden als op een concurrentiële markt zou worden bereikt. Zoals blijkt uit onder meer voornoemde uitspraak van het College, hoeft OPTA hierbij niet uit te gaan van de daadwerkelijke kosten van de gereguleerde onderneming, maar kan zij zich ook baseren op de kosten die een hypothetisch efficiënte aanbieder zou maken. De kanttekening die hierbij moet worden gemaakt, is dat er sprake kan zijn van exogene kostenverschillen die aanleiding geven tot een zekere mate van asymmetrische tariefregulering, een kwestie die het College afzonderlijk zal bespreken onder 4.8.3.16.

4.8.3.3 Naar vaste jurisprudentie van het College (zie bijvoorbeeld overweging 11.6 van de uitspraak van 29 augustus 2008, LJN: AY7997)

dient OPTA overeenkomstig artikel 3:4, eerste lid, Awb de belangen af te wegen die rechtstreeks bij het opleggen van verplichtingen in het kader van een marktanalysebesluit zijn betrokken. Artikel 6a.2, derde lid, Tw dient te worden beschouwd als een bepaling die geen afbreuk doet aan deze verplichting, maar hieraan een nadere invulling geeft. 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.

De in artikel 1.3 Tw genoemde doelstellingen zijn blijkens het eerste lid, onderdelen a tot en met c, het bevorderen van concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, of bijbehorende faciliteiten, onder meer door efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit. Deze doelstellingen worden derhalve beschouwd als de door regulering te dienen belangen, waartegen de belangen van de gereguleerde partijen dienen te worden afgewogen.

OPTA heeft in haar verweerschrift in reactie op subgrief 2a van KPN geciteerd uit de wetsgeschiedenis van artikel 6a.7 Tw (Tweede Kamer, 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 119), die op dit punt overeenstemt met het door OPTA aangehaalde artikel 13, tweede lid, Toegangsrichtlijn:

Bij zijn overwegingen om een prijsmaatregel op te leggen zal het college [van OPTA; toevoeging CBB] rekening moeten houden met de door de betrokken onderneming gedane investeringen en de daaraan verbonden risico's. Ook dient het college acht te slaan op de belangen van consumenten. Uiteindelijk moeten de maatregelen er op gericht zijn het ontstaan van duurzame concurrentie te bevorderen en moeten ze de consument maximaal voordeel bieden. [cursivering en onderstreping OPTA].

Het College leest in het cursief weergegeven gedeelte een nadere aanduiding van de door OPTA na te streven doelen, maar leidt hieruit niet af dat OPTA is gehouden tot het opleggen van de prijsmaatregel die de consument maximaal voordeel oplevert, ongeacht de gevolgen hiervan voor de gereguleerde partijen. Dat sprake dient te zijn van een belangenafweging, blijkt overigens uit het niet door OPTA gecursiveerde gedeelte van het citaat.

Met de term 'desbetreffende markt' in artikel 6a.2, derde lid, Tw wordt, zo volgt uit de verwijzing naar artikel 6a.2, eerste lid, Tw, bedoeld op de relevante markt waarvan uit een onderzoek (marktanalyse) als bedoeld in artikel 6a.1, derde lid, Tw, blijkt dat deze niet daadwerkelijk concurrerend is. Dit staat er niet noodzakelijkerwijs aan in de weg dat OPTA een geconstateerd mededingingsprobleem remediëert door het opleggen van regulering op een andere markt. Niet ter discussie staat immers dat als uitgangspunt geldt dat, indien een mededingingsprobleem wordt geconstateerd op een lager gelegen markt, allereerst dient te worden onderzocht of dit probleem kan worden verholpen door middel van regulering van een hoger gelegen markt. Dit laat echter onverlet dat de proportionaliteit van de regulering dient te worden beoordeeld in het licht van de ernst van het probleem op de markt waarvan is vastgesteld dat deze niet daadwerkelijk concurrerend is.

Niet in geschil is dat de belangen van de mobiele aanbieders in zeer aanzienlijke mate worden getroffen bij tariefregulering op grond van pure BULRIC. Hieraan doet niet af dat op de afgiftemarkten sprake is van 'two-way-access' in de zin dat aanbieders over en weer afgifte bij elkaar inkopen. Deze omstandigheid leidt er weliswaar toe dat tegenover verminderde inkomsten van een mobiele aanbieder bij het reguleren van mobiele afgiffetarieven op een lager niveau, ook lagere uitgaven staan omdat afgifte op andere mobiele netwerken voor lagere tarieven kan worden ingekocht, maar met name in de relatie met de aanbieders van vaste telefonie treedt voor de mobiele aanbieders een zeer aanzienlijke inkomstenderving op. Volgens de berekeningen die volgen uit de effectentoets van OPTA als weergegeven in paragraaf 10.3.3 van het marktanalysebesluit gaat het om een winstenderving voor de mobiele aanbieders in de orde van € 21 miljoen tot € 219 miljoen, de mobiele aanbieders komen zelf tot nog hogere bedragen.

Evenmin is in geschil dat tegenover deze nadelen voor de mobiele aanbieders, voordelen staan voor de vaste aanbieders en/of de eindgebruikers. Deze belangen dienen in de te maken belangenafweging te worden betrokken. De mobiele aanbieders enerzijds en OPTA anderzijds verschillen overigens wel van mening over de mate waarin deze groepen profiteren, met name omdat zij een verschillende opvatting hebben omtrent de mate waarin de vaste aanbieders een verlaging

van de door hen te betalen mobiele afgiftetarieven door middel van tariefsverlagingen laten komen ten gunste van de eindgebruikers.

4.8.3.4 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. De discussie tussen partijen heeft zich daarbij toegespitst op het mededingingsprobleem van de buitensporig hoge tarieven en het College ziet ook los hiervan geen noodzaak om in dit verband de remediëring van het mededingingsprobleem van marge-uitholling afzonderlijk te bespreken. Het probleem van buitensporig hoge tarieven doet zich voor op de markten voor mobiele afgifte die het onderwerp vormen van het marktanalysebesluit. OPTA is, zoals volgt uit de hierboven aangehaalde wetsbepalingen, in beginsel bevoegd om partijen op hun onderscheiden afgiftemarkten tariefregulering op te leggen die er toe leidt dat zij niet meer in rekening kunnen brengen dan de kosten en investeringen, vermeerderd met een redelijke winstopslag, die een hypothetisch efficiënte aanbieder zou maken.

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 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.

Zoals blijkt uit de in paragraaf 4.8.1 weergegeven samenvatting van de in dit opzicht relevante passages van het marktanalysebesluit, heeft OPTA de keuze voor pure BULRIC vooral gebaseerd op de motivatie dat tariefregulering op basis van pure BULRIC als enige het nadelige effect van een inefficiënte retailtariefstructuur geheel voorkomt. Niet in geschil is dat dit door OPTA gestelde probleem zich niet voordoet op de overeenkomstig artikel 6a.1, derde lid, Tw onderzochte markten die voorwerp vormen van het marktanalysebesluit. Voor zover het probleem zich voordoet en voor zover het kan worden ondervangen met behulp van pure BULRIC – de mobiele partijen hebben dit bestreden in met name hun tegen de door OPTA uitgevoerde effectentoets gerichte grieven, waarover het College zich in dit kader niet hoeft uit te laten – doet het zich voor op de retailmarkt voor mobiele telefonie, die door OPTA als effectief concurrerend wordt beschouwd. Hiernaast constateert het College dat het een kwestie betreft die niet behoort tot de lijst van (potentiële) mededingingsproblemen, waarop OPTA zich in overeenstemming met de ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework van 1 april 2004 in al haar marktanalysebesluiten heeft gebaseerd en die ook in paragraaf 3.5.2 van het marktanalysebesluit is weergegeven. Deze omstandigheden dragen naar het oordeel van het College niet bij aan de conclusie dat pure BULRIC zou leiden tot tariefverplichtingen die passend zijn in de zin van artikel 6a.2, derde lid, Tw.

Dat de beweerde gevolgen voor de bestrijding van de inefficiënte retailtariefstructuur het opleggen van tariefverplichtingen op basis van pure BULRIC rechtvaardigen, is door OPTA voorts gemotiveerd door te verwijzen naar de in paragraaf 10.3.3 van het marktanalysebesluit weergegeven uitkomsten van de effectentoets die zij op grond van artikel 1.3, vierde lid, Tw heeft uitgevoerd. Blijkens deze resultaten heeft pure BULRIC positievere effecten op het consumentensurplus en de totale welvaart dan plus BULRIC en plus+ BULRIC.

Het College stelt in dit verband voorop dat artikel 1.3, vierde lid, Tw een nadere motiveringsplicht geeft voor OPTA – zij dient onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve, als voor zover redelijkerwijs mogelijk in kwantitatieve zin te onderbouwen dat de door haar opgelegde

maatregel noodzakelijk is en een andere minder ingrijpende maatregel niet effectief – en niet een maatregel kan rechtvaardigen die niet passend is in de zin van artikel 6a.2, derde lid, Tw juncto artikel 6a.7, tweede lid, Tw. Het College constateert dat OPTA in randnummer 8.2.30 van haar verweerschrift ook erkent dat artikel 1.3, vierde lid, Tw niets verandert aan het gegeven dat een verplichting passend moet zijn. Bespreking behoeft in dit verband echter de verwijzing door OPTA naar rechtsoverweging 17.3.1 van de uitspraak van 26 mei 2010:

Het College acht de door OPTA op dit punt gegeven motivering ontoereikend. Het stelt hierbij voorop dat OPTA weliswaar terecht heeft gewezen op het in artikel 1.3, vierde lid, Tw neergelegde proportionaliteitscriterium, maar uit deze bepaling kan niet worden afgeleid dat reeds van een effectieve maatregel sprake is indien deze enig positief effect sorteert. Het is immers denkbaar dat een minder ingrijpende maatregel in een dusdanige mate minder effectief is dan een meer ingrijpende maatregel, dat het hanteren van een proportionaliteitstoets de uitkomst oplevert dat het opleggen van de laatstgenoemde maatregel geïndiceerd is.

Het College verwees in dat verband naar de inconsistentie in de motivering van het in die uitspraak beoordeelde besluit van OPTA. Hierin had OPTA betoogd dat, aangezien in artikel 1.3, eerste lid, Tw bevordering van de belangen van de eindgebruikers als expliciete doelstelling van regulering wordt genoemd, het effect van een prijsmaatregel op het consumentensurplus de belangrijkste indicator is, terwijl het optreden van een positief effect op de totale welvaart veel eerder zou fungeren als randvoorwaarde bij de effectentoets. In dit licht had OPTA niet het feit mogen negeren dat volgens de door OPTA gehanteerde effectentoets een MTA-tarief van 5,6 eurocent – het door OPTA op basis van (plus) BULRIC gebaseerde kostengeoriënteerde tarief – het effect van een tarief van 7 eurocent op het consumentensurplus met € 42 miljoen zou overtreffen. Daarbij kwam dat OPTA in hetzelfde besluit had betoogd kostengeoriënteerde tarieven zoals die in een situatie van duurzame concurrentie tot stand zouden zijn gekomen, als na te streven doel te blijven zien en de door haar opgelegde tarieven slechts als tussenstap op de weg naar dit doel. Van een situatie waarin OPTA de effectentoets gebruikte ter rechtvaardiging van een maatregel die verder ging dan een alternatief waarvan vaststond dat het kostengeoriënteerd was of de beweerde positieve effecten zich voordeden op een andere dan de gereguleerde markt, was hier geen sprake. Ook uit de aangehaalde passage kan derhalve niet worden afgeleid dat OPTA de opgelegde tariefmaatregel mocht baseren op pure BULRIC, op de grond dat deze vorm van kostentoe rekening in de effectentoets gunstiger werd beoordeeld dan plus BULRIC.

4.8.3.5 De enige door OPTA genoemde rechtvaardiging van pure BULRIC die nog bespreking behoeft, is het oogmerk om dubbele marginalisatie te voorkomen. Deze term is door OPTA geïntroduceerd in paragraaf 2.6.16 van haar verweerschrift, waar zij stelt dat een tariefmaatregel op grond van plus BULRIC niet voorkomt dat dubbele marginalisatie plaatsvindt, hetgeen in het nadeel is van de eindgebruikers. Pas met pure BULRIC zou dit nadeel worden weggenomen. Het College begrijpt uit lezing hiervan in samenhang met randnummer 627 van het marktanalysebesluit dat OPTA het welvaartsoptimaal acht indien mobiele aanbieder de vaste kosten die zijn gemoeid met gespreksafgifte (uitsluitend) in hun retailtarieven verwerken en hiervoor geen opslag op wholesaleniveau wordt gehanteerd. In dit randnummer wijst OPTA opnieuw op de in haar opvatting bestaande wenselijkheid van een efficiënte retailtariefstructuur die zou vereisen dat de kosten van de ingekochte gespreksafgifte gelijk zijn aan de werkelijke kosten. In zoverre kan dit argument van OPTA niet tot een ander oordeel leiden, dan hierboven is gegeven omtrent de wenselijkheid van het vermijden van een inefficiënte retailtariefstructuur. Dit zou mogelijk anders zijn, indien het hanteren van een opslag voor vaste kosten in de (wholesale) afgiftetarieven er toe zou leiden dat een overdekking van vaste kosten zou plaatsvinden omdat deze kosten dan voor een tweede maal op retailniveau in rekening zouden kunnen worden gebracht, hetgeen OPTA als mogelijkheid lijkt te suggereren in randnummer 4.13 van haar pleitnota bij de zitting van 17 maart 2011. In dat geval zouden mobiele aanbieder mogelijk meer kunnen verhalen dan hun kosten en investeringen (vermeerderd met een redelijke winstopslag), zodat van een kostengeoriënteerd tarief geen sprake zou zijn. Het is het College echter niet duidelijk hoe een dergelijke opvatting kan worden gerijmd met de ook door OPTA ingenomen stelling dat een tarief op basis van plus BULRIC – dat zoals hierboven aangegeven een mark-up voor niet-incrementele vaste kosten bevat – kostengeoriënteerd is. Desgevraagd heeft OPTA ter zitting van 25 mei 2011 te kennen gegeven dat ook bij een tarief van plus BULRIC geen overdekking van kosten plaatsvindt. Het College concludeert derhalve dat de betoogde wenselijkheid van het vermijden van dub-

bele marginalisatie het opleggen van een tariefmaatregel op grond van pure BULRIC niet rechtvaardigt.

4.8.3.6 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.

4.8.3.7 De conclusie luidt dat OPTA de MTA-tarieven niet heeft mogen baseren op pure BULRIC. Dictumonderdeel XVIII van het marktanalysebesluit dient daarom te worden vernietigd wegens strijd met artikel 6a.2, eerste lid, aanhef en onder a, en derde lid, Tw, voor zover OPTA daarin heeft verwezen naar de in Annex A, onder 2 opgenomen tariefplafonds voor mobiele gespreksafgifte.

4.8.3.8 Het College ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of een tariefverplichting op basis van pure BULRIC passend is voor de regulering van de FTA-tarieven. KPN heeft hier tegen een grief gericht, ter ondersteuning waarvan zij mutatis mutandis verwijst naar hetgeen zij ter zake van de regulering van MTA-tarieven op basis van pure BULRIC heeft aangevoerd (grief 10 KPN). OPTA heeft als verweer hier tegen volstaan met een verwijzing naar hetgeen zij in dat kader heeft opgemerkt ten aanzien van de MTA-tarieven. Het College ziet gelet hierop geen aanleiding om voor de FTA-tarieven tot een ander oordeel te komen dan voor de MTA-tarieven.

4.8.3.9 De conclusie luidt dat grief 10 van KPN slaagt en dat dictumonderdeel XVIII van het marktanalysebesluit ook dient te worden vernietigd wegens strijd met de in 4.8.3.7 genoemde wettelijke bepalingen in zoverre OPTA daarin heeft verwezen naar de in Annex A, onder 2 opgenomen tariefplafonds voor vaste gespreksafgifte.

4.8.3.10 Het College ziet in deze vernietiging niet zonder meer aanleiding aan OPTA op te dragen een nieuw besluit te nemen. Het College overweegt in dit verband dat de aan het College in het kader van de onderhavige procedure voorgelegde stukken voldoende aanknopingspunten bieden om na te gaan of tariefregulering op basis van plus BULRIC kan worden beschouwd als een passende verplichting en of het College zelf in de zaak kan voorzien. Om deze reden zal het College in het volgende de grieven van partijen bespreken voor zover deze kunnen worden beschouwd als (mede) te zijn gericht tegen het opleggen van een tariefmaatregel op basis van plus BULRIC.

4.8.3.11 Zoals blijkt uit de overwegingen 4.8.3.4 tot en met 4.8.3.9 van het College is plus BULRIC in beginsel een passende maatregel in de zin van artikel 6a.2, derde lid, Tw juncto artikel 6a.7, tweede lid, Tw. In het voorgaande is echter nog niet de vraag aan de orde gekomen of plus BULRIC voldoet aan de effectentoets (waarvoor ook de term welvaartsanalyse wordt gebruikt) die op grond van artikel 1.3, vierde lid, Tw is uitgevoerd. Tegen deze effectentoets zijn grieven aangevoerd door T-Mobile (grief 6), Vodafone (gronden VIII.2 en XIII, alsmede haar op 18 februari 2011 ingediende 'Toelichting onderzoeksrapporten'), KPN (grief 9) en Lycamobile (punten 94-96 en 162-192). Tevens zijn door T-Mobile en Vodafone rapporten ingebracht waarin OPTA's effectentoets wordt bekritiseerd. Deze grieven en rapporten richten zich voornamelijk tegen de analyse van de effecten van pure BULRIC en behoeven in zoverre geen bespreking. Het College zal in het volgende nagaan of deze grieven nopen tot de conclusie dat plus BULRIC wegens strijd met artikel 1.3, vierde lid, Tw niet kan worden opgelegd.

De resultaten van de effectentoets zijn, ook wat betreft plus BULRIC, samengevat weergegeven in paragraaf 10.3.3 van het marktanalysebesluit. OPTA onderscheidt in totaal vier scenario's, afhankelijk van de door haar gehanteerde schattingen van de parameters 'cost pass through' en 'waterbed'. Het voor plus BULRIC berekende totale effect op het consumentensurplus varieert van € 78 miljoen (€ 178 miljoen vast -/€ 100 miljoen mobiel in tabel 11) tot € 395 miljoen (€ 221 miljoen vast + € 174 miljoen in tabel 13). Het effect op de totale welvaart varieert van € 83 miljoen in tabel 11 tot € 257 miljoen in tabel 13.

4.8.3.12 Ten aanzien van het te hanteren toetsingskader overweegt het College het volgende. Zoals reeds onder 4.8.3.3 is overwogen,

geeft artikel 1.3, vierde lid, Tw een nadere motiveringsplicht voor OPTA ten aanzien van de passendheid van een op te leggen maatregel. Onder omstandigheden kan het vereiste van artikel 1.3, vierde lid, Tw er toe leiden dat een maatregel die in beginsel passend is in de zin van artikel 6a.2, derde lid, Tw toch niet mag worden opgelegd. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van het College van 24 juli 2007 (LJN: BB0186) waar een door OPTA opgelegde maatregel geen stand hield omdat de verwachte baten niet opwogen tegen de met de maatregel gemoeide directe reguleringskosten. Dat de directe reguleringskosten in het onderhavige geval een doorslaggevende rol spelen is door appellanten niet betoogd. OPTA heeft deze kosten in paragraaf 10.2.3 becijferd op € 1.965.000, hetgeen een fractie is van de in de effectenanalyse berekende (overige) kosten en baten.

In de effectentoets kan voorts aan de orde komen of niet met een minder ingrijpende dan de door OPTA voorgestane maatregel kan worden volstaan. In de onderhavige effectentoets heeft OPTA niet alleen de effecten onderzocht van pure BULRIC, maar ook die van het minder ingrijpende plus BULRIC en het nog weer minder ingrijpende plus+ BULRIC. Dat OPTA had dienen te volstaan met het opleggen van tariefregulering op basis van plus+ BULRIC omdat dit een effectieve maatregel zou zijn die minder ingrijpend is dan plus BULRIC is door appellanten niet betoogd: zij hebben zich op het standpunt gesteld dat de effectentoets niet kan leiden tot de conclusie dat een voorgelegde maatregel effectief is. Het College ziet daarom geen aanleiding om te onderzoeken of OPTA met het opleggen van een tariefmaatregel op basis van plus+ BULRIC had dienen te volstaan.

Het door OPTA te verrichten onderzoek is onvermijdelijk met een aanzienlijke onzekerheidsmarge omgeven, zodat OPTA nooit met zekerheid kan aangeven welke maatregel nog net effectief is. Grond VIII.2 van Vodafone waarin wordt gesteld dat de keuze van OPTA voor BULRIC onzorgvuldig is omdat zij onvoldoende heeft onderzocht wat de lichtst mogelijke doch effectieve maatregel is, kan reeds daarom niet slagen.

De conclusie uit het voorgaande is dat in het kader van artikel 1.3, vierde lid, Tw alleen nog behoeft te worden nagegaan of plus BULRIC een effectieve maatregel is. OPTA acht hiervoor terecht een positieve uitkomst wat betreft zowel consumentensurplus als totale welvaart relevant. Het College volgt T-Mobile niet in haar in punt 6 van haar pleitnota bij de zitting van 25 mei 2011 geponeerde stelling dat hierbij voor OPTA een strenge maatstaf geldt. OPTA is gehouden een zorgvuldig en objectief onderzoek uit te (laten) voeren, maar inherent aan een effectenanalyse van op te leggen maatregelen is dat daarbij sprake is van een onzekerheidsmarge bij de schatting van de waarden van de parameters waarmee de analyse wordt uitgevoerd.

Het College merkt voorts op dat het College in de uitspraak van 26 mei 2010 reeds een oordeel heeft gegeven over een door OPTA ingebrachte welvaartsanalyse waarin de effecten van plus BULRIC werden beoordeeld. Het College zag in hetgeen partijen toen aanvoerden geen aanleiding om te oordelen dat deze effectenanalyse het opleggen van plus BULRIC niet kon dragen. In dit licht acht het College het slechts nodig om in te gaan op de grieven van partijen voor zover hier nieuwe argumenten worden aangevoerd of wordt gewezen op inmiddels gewijzigde omstandigheden.

[...]

4.8.3.29 Uit het vorenstaande volgt dat, indien OPTA voor mobiele afgifte een tariefregulering zou hebben vastgesteld die gebaseerd was geweest op een kostprijsberekening aan de hand van plus BULRIC, een desbetreffend besluit door het College in stand zou zijn gelaten. Tevens is hiervoor vastgesteld dat een op plus BULRIC gebaseerde tariefregulering passend is en voldoet aan de eisen van artikel 1.3, vierde lid, Tw.

Het College stelt verder vast dat uit de stukken geen twijfel blijkt aan de juistheid van OPTA's uitgangspunt dat een kostprijsberekening op basis van plus BULRIC voor mobiele gespreksafgifte leidt tot een tarief van 2,4 eurocent per minuut.

Onder die omstandigheden acht het College het mogelijk en gewenst om voor wat betreft mobiele gespreksafgifte zelf in de zaak te voorzien en wel door te bepalen dat de op te leggen tariefmaatregel zal worden gebaseerd op een kostprijsberekening aan de hand van plus BULRIC. Dat betekent dat het uiteindelijk te bereiken tariefplafond wordt vastgesteld op 2,4 eurocent per minuut. Met betrekking tot het tijdstip waarop en het glijpad waarlangs dit uiteindelijke niveau zal worden bereikt verwijst het College naar hetgeen hierna onder 4.9 en 4.10 wordt overwogen.

Het College acht het daarentegen mogelijk noch gewenst in deze uitspraak, zelf voorzienend, ook voor vaste gespreksafgifte het uiteindelijk te bereiken tariefplafond vast te stellen. Het College overweegt hier toe dat uit de stukken de kostprijs op basis van plus BULRIC niet met volstrekte zekerheid valt af te leiden, te minder omdat omtrent elementen die van betekenis zijn voor de vaststelling van de kosten van vaste afgifte, zoals de omvang van de VoIP licentiekosten, die door Vodafone, zij het te laat, gemotiveerd is bestreden, nog onduidelijkheid kan bestaan. Hierbij komt nog het volgende.

Als het College het FTA-tarief zou vaststellen op het in Annex D genoemde plus BULRIC-niveau van 0,58 eurocent per minuut in plaats van op het pure BULRIC-tarief van 0,36 eurocent per minuut, doet zich het volgende probleem voor. Voor regionale en lokale vaste afgifte golden reeds op grond van het WPC-IIa besluit verschillende tariefplafonds. Blijkens Annex A bij het marktanalysebesluit, Tabel 15 (p. 185) geldt in 2011 (H2) voor regionale afgifte een tariefplafond van 0,72 eurocent per minuut. Het tariefplafond voor lokale afgifte is voor 2011 H2 overeenkomstig het WPC-IIa besluit bepaald op 0,53 eurocent per minuut.

Blijkens Annex J, punt 4, heeft de Commissie als volgt gereageerd op het ontwerp-marktanalysebesluit:

De Commissie verheugt zich over OPTA's voorstel om de vaste afgiftetarieven tegen september 2012 op een (voor regionale en lokale afgifte) gelijk te stellen niveau van efficiënte kosten vast te stellen, waarmee gevolg wordt gegeven aan de aanbeveling betreffende de afgiftetarieven. De Commissie constateert dat de tussenstap naar een op BULRIC gebaseerd streeftarief (van 0,45 €/min) voor de periode januari 2012 tot september 2012 is vastgesteld op 0,59 €/min. Dit komt neer op een tijdelijke verhoging van de vaste afgiftetarieven op lokaal niveau ten opzichte van het tarief van 0,53 €/min dat van toepassing is in de tweede helft van 2011. De Commissie dringt er daarom bij OPTA op aan om in haar definitieve besluit de tussenstap in het glijpad vast te stellen op een niveau tussen dat voor 2011 en het op efficiënte kosten gebaseerde BULRIC-streefniveau van 0,45 €/min.

OPTA heeft, rekening houdend met onder meer de opmerking van de Commissie, het tariefplafond voor lokale vaste afgifte met ingang van 1 januari 2012 vastgesteld op 0,45 eurocent per minuut en voor regionale afgifte op 0,54 eurocent per minuut. Voor het achterwege laten van de gelijkstelling van lokale en regionale tarieven ziet het College geen aanleiding, zodat op dit punt OPTA dient te worden gevolgd. Vaststelling van een algemeen geldend FTA tarief van 0,58 eurocent per minuut zou echter resulteren in de door de Commissie onwenselijk geachte tijdelijke verhoging van de vaste afgiftetarieven op lokaal niveau ten opzichte van het tarief van 0,53 eurocent per minuut dat van toepassing is in de tweede helft van 2011. Over deze problematiek hebben partijen zich tegenover het College niet kunnen uitlaten omdat zij zich voordeel in het ontwerpbesluit en niet in het definitieve besluit dat voorwerp was van de procedure bij het College. Het zelf voorzien door het College is in dit licht bezien niet wenselijk.

Aan OPTA zal daarom worden opgedragen met betrekking tot de tariefplafonds voor vaste gespreksafgifte met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen een nieuw besluit te nemen. Het College zal hiervoor een termijn stellen tot 1 januari 2012. Hiertoe wordt overwogen dat de reguleringsperiode reeds voor een derde is verstreken en de aanbieders er belang bij hebben snel over zekerheid te beschikken omtrent de hoogte van de afgiftetarieven. Naar het het College voorkomt gaat het voor OPTA om een betrekkelijk beperkte

ingreep. Voor de duur van de periode waarin door OPTA nog niet is beslist zal het College hierna onder 4.11.5 een voorlopige voorziening treffen.

[...]

4.10.4 Op grond van de overwegingen in paragrafen 4.9.1 tot en met 4.10.3 komt het College tot de vaststelling van de navolgende tariefplafonds voor minuten mobiele gespreksafgifte in eurocenten per minuut (zie tabel 1 hieronder; red.).

4.11 Glijpad met betrekking tot FTA-tarieven

4.11.1 Het College heeft hiervoor onder 4.8.3.29 geoordeeld dat dictumonderdeel XVIII van het marktanalysebesluit dient te worden vernietigd voor zover OPTA daarin heeft verwezen naar de in Annex A, onder 2 opgenomen tariefplafonds voor vaste gespreksafgifte en dat OPTA terzake een nieuw besluit moet nemen. Hierbij zal OPTA ook het in aanmerking te nemen glijpad moeten betrekken, zodat in zoverre voor een beoordeling van de beroepsgronden die zijn ingebracht tegen het in Annex A bij het marktanalysebesluit neergelegde glijpad geen aanleiding meer bestaat. Het College ziet evenwel, als gezegd, termen om met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb met betrekking tot het FTA-glijpad een voorlopige voorziening te treffen voor de periode waarin nog geen nieuw besluit is genomen. In dit verband acht het College het aangewezen het standpunt van OPTA en de daartegen aangevoerde beroepsgronden tegen het licht te houden.

In het marktanalysebesluit is voorzien in een glijpad met betrekking tot de verlaging van de FTA-tarieven volgens de hierna weergegeven tabel (zie tabel 2; red.).

[...]

4.11.5 Voorlopige voorziening.

Het College is in paragraaf 4.11.4 tot de slotsom gekomen dat een glijpad dat overeenkomt met hetgeen voor het jaar 2011 is vastgelegd in het WPC-IIa besluit door OPTA in redelijkheid kon worden vastgesteld.

In het licht van die conclusie acht het College het, ter voorkoming van onzekerheid bij partijen omtrent de tariefplafonds die gelden zolang door OPTA niet opnieuw is beslist, geraden bij wege van voorlopige voorziening te bepalen dat tot het tijdstip waarop door OPTA een nieuw besluit is genomen, voor vaste gespreksafgifte regionaal en lokaal de tariefplafonds zullen gelden die in Annex A bij het marktanalysebesluit zijn vastgesteld voor de periode 2011 H2.

4.12 Glijpad directe interconnectie en bijbehorende faciliteiten

4.12.1 OPTA heeft geen glijpaden noodzakelijk geacht voor de opgelegde tariefmaatregelen met betrekking tot mobiele interconnectie. Deze tarieven hebben niet een zodanige invloed op de retailtarieven dat een geleidelijke aanpassing noodzakelijk is. Wel acht OPTA het passend om de interconnectieplafonds eerst per 1 september 2010 te laten ingaan. Het gaat hier niet om tarieven die worden geraakt door de uitspraak van het College van 26 mei 2010 en mobiele aanbieders dienen voldoende tijd te hebben om de facturering van bestaande interconnectie op hun netwerk daarop aan te passen.

Tabel 1

Dienst	7-7-2010 tot 1-9-2010	1-9-2010 tot 1-1-2011	1-1-2011 tot 1-9-2011	1-9-2011 tot 1-9-2012	Vanaf 1-9-2012
Mobiele gespreksafgifte	5,6	5,6	4,2	2,7	2,4
Mobiele gespreksafgifte T Mobile (en haar MVNO's) tot 1 september 2010	7,1				

Tabel 2

Dienst	2010 H2	2011 H1	2011 H2	1-9-2012 tot 1-9-2012	Vanaf 1-9-2012
Vaste gespreksafgifte (regionaal)	0,71	0,71	0,72	0,54	0,36
Idem (lokaal)	0,50	0,52	0,53	0,45	0,36

4.12.2 Tele2 (grief 6) en BT hebben hiertegen grieven aangevoerd. Tele2 heeft aangevoerd dat OPTA ten onrechte heeft besloten met betrekking tot de poortkosten direct over te stappen op een op BULRIC gebaseerd tarief, terwijl voor het bepalen van de minuutprijs voor vaste gespreksafgifte volgens het glijpad tot 2012 wordt vastgehouden aan de tarieven van het WPC-IIa besluit. Nu ook de poorttarieven in het WPC-IIa besluit zijn vastgesteld, is het inconsequent om dit glijpad niet te laten gelden voor de gehele interconnectiedienst.

BT heeft betoogd dat zij in het verleden, in een situatie waarin van regulering voor deze faciliteiten geen sprake was en tevens excessieve MTA-tarieven golden, extreem hoge investeringen heeft moeten doen in interconnecties voor mobiel verkeer met mobiele aanbieders zoals KPN en Vodafone, waarvoor zeer hoge tarieven in rekening werden gebracht. Hiermee werd de ook door OPTA gewenste concurrentie op de transitmarkt verder ontwikkeld. Het onmiddellijk verlagen van de interconnectietarieven zal leiden tot een plotselinge en snelle daling van de afname van transitdiensten van derde partijen naar mobiele aanbieders, nu een eigen directe interconnectie voor die partijen realistisch wordt als alternatief voor de transitdienst van BT, alsmede tot de toetreding van nieuwe aanbieders op de transitmarkt tegen veel lagere (gereguleerde) tarieven. Aan deze belangen van BT is OPTA ten onrechte voorbij gegaan.

4.12.3 Beoordeling van de beroepsgronden

OPTA heeft in het verweerschrift (zie randnummer 12.3.18) gesteld dat de omzet die is gemoeid met de opgelegde verlaging van de tarieven voor de in tabel 17 van Annex A van het marktanalysebesluit in verband met directe interconnectie genoemde diensten (poorten en dergelijke) slechts een fractie vormt van de omzet die met de afgifte-tarieven is gemoeid. Tele2 en BT hebben dit niet weersproken. Aangenomen mag derhalve worden dat in relatieve zin sprake is van een minimaal omzetverlies als gevolg van de opgelegde tariefregulering op dit punt. Met hetgeen Tele2 en BT in het kader van de hier aan de orde zijnde beroepsgronden naar voren hebben gebracht, hebben zij naar het oordeel van het College niet aannemelijk gemaakt dat de invoering per 1 september 2010 van deze door OPTA voorgestane, op pure BULRIC gebaseerde, tariefregulering zou leiden tot onevenredig nadelige gevolgen voor hun bedrijfsvoering als gevolg van dit omzetverlies. Het College stelt vast dat tariefregulering op basis van plus BULRIC naar zijn aard reeds tot een hoger tarief leidt dan tariefregulering op basis van pure BULRIC. Dit betekent dat indien OPTA met inachtneming van deze uitspraak zou besluiten tot tariefregulering op basis van plus BULRIC, een dergelijk besluit evenmin tot onevenredig nadelige gevolgen voor de bedrijfsvoering van Tele2 en BT zal leiden. Mede gelet op het door OPTA in de afweging betrokken belang van de gelijkwaardige regulering voor vaste en mobiele aanbieders van de tarieven voor genoemde diensten, ziet het College derhalve geen grond voor het oordeel dat OPTA, indien zij met inachtneming van deze uitspraak besluit tot tariefregulering op basis van plus BULRIC er niet in redelijkheid vanaf kan zien daarbij te voorzien in een glijpad. Het is naar het oordeel van het College niet kennelijk onredelijk te achten dat OPTA het belang bij invoering van tariefregulering laat prevaleren boven de door BT genoemde belangen bij een glijpad, die volgens de optiek van BT hun oorsprong vinden in de marktsituatie in de periode voorafgaande aan de in geding zijnde reguleringsperiode, toen geen (tarief)regulering gold voor de onderhavige diensten.

4.13 Eindoordeel en proceskostenveroordeling.

4.13.1 Het College komt tot de slotsom dat de beroepen gegrond dienen te worden verklaard en dat het marktanalysebesluit op onderdelen moet worden vernietigd. Het College zal gedeeltelijk zelf in de zaak voorzien en OPTA opdragen met betrekking tot bepaalde aspecten een nieuw besluit te nemen. Het College verwijst voor zijn precieze beslissing naar rubriek 5 van deze uitspraak.

4.13.2 Het College acht termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 Awb. Op de voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden de kosten van beroepsmatig verleende rechtsbijstand voor T-Mobile, KPN en Tele2 telkens vastgesteld op € 3.933,-, op basis van 4,5 punten (indienen beroepschrift, schriftelijke uiteenzetting, repliek, bijwonen zitting en nadere zitting, indien nadere zienswijze en nadere zitting) tegen een waarde van € 437,- per punt en vermenigvuldigd met een factor 2 omdat de zaak als zeer zwaar wordt aangemerkt. Voor Vodafone, ST, UPC, Hilf, Ziggo en Lycamobile worden deze kosten telkens vastgesteld op € 3.496,-, op basis van 4 punten (deze appellanten hebben geen nadere zienswijze ingediend) en voor BT/Verizon op € 3.059,-, op basis van

3,5 punten (BT/Verizon heeft geen nadere zienswijze ingediend en is niet verschenen ter zitting van 25 mei 2011).

Beslist wordt als volgt:

5. De beslissing

Het College:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt dictumonderdeel 11.1 van het marktanalysebesluit voor zover OPTA daarin heeft geconcludeerd dat gespreksafgifte op 084/087-nummers op een afzonderlijk vast netwerk wel, en gespreksafgifte op 085-nummers op een afzonderlijk vast netwerk niet deel uitmaakt van de relevante markten, en bepaalt dat OPTA opnieuw beslist met betrekking tot de 085-nummers met inachtneming van het in deze uitspraak overwogene;
- vernietigt dictumonderdeel 11.3.3 onder XVIII van het marktanalysebesluit voor zover OPTA daarin heeft verwezen naar de in Annex A, onder 2, opgenomen tariefplafonds en bepaalt:
 - a. zelf voorzienend, dat voor mobiele gespreksafgifte de tariefplafonds gelden die zijn opgenomen in r.o. 4.10.4 van deze uitspraak;
 - b. dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het marktanalysebesluit;
 - c. dat OPTA voor 1 januari 2012 een nieuw besluit neemt over de hoogte van de tariefplafonds voor vaste gespreksafgifte en voor de in tabel 17 van Annex A van het marktanalysebesluit genoemde diensten met inachtneming van het in deze uitspraak overwogene;
- bepaalt bij wege van voorlopige voorziening dat, tot het tijdstip waarop door OPTA een nieuw besluit is genomen, voor vaste gespreksafgifte regionaal en lokaal de tariefplafonds zullen gelden die in Annex A bij het marktanalysebesluit zijn vastgesteld voor de periode 2011 H2.
- veroordeelt OPTA in de kosten van deze procedure aan de zijde van appellanten, welke worden vastgesteld op € 3.933,- voor T-Mobile, KPN en Tele2, op € 3.496,- voor Vodafone, ST, UPC, Hilf, Ziggo en Lycamobile en op € 3.059,- voor BT/Verizon;
- bepaalt dat OPTA het door ieder van de appellanten betaalde griffierecht ten bedrage van € 298,- aan hen vergoedt;
- wijst af het meer en anders gevorderde.

Aldus gewezen door mr. C.M. Wolters, mr. H.O. Kerkmeester en mr. S.C. Stuldreher, in tegenwoordigheid van mr. G.D. Kleijne als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 31 augustus 2011.

Noot

Luurt Wildeboer

Mr. ing. L.J. Wildeboer is advocaat te Utrecht (CMS Derks Star Busmann NV).

Bovenstaande uitspraak in de bodemprocedure heeft betrekking op het marktanalysebesluit van OPTA van 7 juli 2010 voor de markt van vaste gespreksafgifte (FTA) en voor mobiele gespreksafgifte (MTA). Het gaat daarbij om de tarieven die mobiele en vaste partijen aan elkaar in rekening brengen voor afgifte van verkeer op hun eigen netwerken. Bij uitspraak van 5 november 2010 had de voorzieningenrechter van het CBB de verzoeken van T-Mobile, KPN, Vodafone en Lycamobile om een voorlopige voorziening te treffen ten aanzien van het marktanalysebesluit, afgewezen. Aan die uitspraak is eerder in dit tijdschrift reeds aandacht besteed.¹

In mijn annotatie bij die uitspraak schreef ik destijds dat met het marktanalysebesluit en de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBB een nieuw hoofdstuk was toegevoegd aan het boek over (de pogingen van OPTA tot) het reguleren van de markt voor mobiele gespreksafgifte en dat zou moeten worden afgewacht of met de uitspraak in beroep het boek gesloten zou kunnen worden. Uit bovengenoemde uitspraak blijkt dat dit – helaas voor OPTA – nog niet het geval is. Het CBB heeft geoordeeld dat de door OPTA vastgestelde tarieven niet in stand kunnen blijven. Door zelf in de zaak te voorzien heeft het CBB vervolgens het tarief voor mobiele gespreksafgifte definitief vastgesteld. Over het tarief voor vaste gespreksafgifte en voor een aantal daarmee samenhangende diensten moet OPTA vóór 1 janu-

¹ Vzr. CBB 5 november 2010, LJN BO3594, *Mediaforum* 2011-5, nr. 15 m.nt. L.J. Wildeboer.

ari 2012 een nieuw besluit nemen. Begin november 2011 heeft OPTA naar aanleiding van de uitspraak van het CBB een ontwerpbesluit ter consultatie aan de marktpartijen voorgelegd. Op 12 januari 2012 heeft OPTA blijkens haar website een aanvullend ontwerpbesluit marktanalyse vaste en mobiele gespreksafgifte aangeboden (genotificeerd) bij de Europese Commissie.

Eerdere (marktanalyse)besluiten van OPTA waarbij MTA-tarieven werden gereguleerd zijn op verschillende gronden door het CBB vernietigd.² Desalniettemin zijn de MTA-tarieven in de afgelopen jaren wel sterk gedaald mede door afspraken die onder druk van de (dreigende) regulering door OPTA tussen de aanbieders zijn gemaakt. Het marktanalysebesluit van 7 juli 2010 bevat de voorschriften voor de reguleringsperiode van medio 2010 tot medio 2013. Daarnaast heeft OPTA met dit besluit – in plaats van het nemen van een herstelbesluit – uitvoering gegeven aan de gevolgen van de uitspraak van het CBB van 26 mei 2010, waarbij het eerdere besluit voor de markten van mobiele gespreksafgifte door het CBB is vernietigd.³

De redactie heeft mij gevraagd bij enkele bestuursrechtelijke aspecten stil te staan. In een afzonderlijke annotatie zal meer in het bijzonder worden ingegaan op de Europeesrechtelijke aspecten. In deze uitspraak springt bestuursrechtelijk het meest in het oog dat het CBB zelf in de zaak heeft voorzien door zelf de tarieven voor de mobiele gespreksafgifte vast te stellen in een tamelijk complex dossier. Daarnaast zal ik hieronder stilstaan bij de zogeheten 'grondenfuik' en de indiening van nadere stukken voor de zitting en de wijze waarop daarmee wordt omgegaan hetgeen van invloed kan zijn op de behandeling van een beroep.

Zelf in de zaak voorzien

Als gezegd valt in de hiervoor opgenomen uitspraak met name op dat het CBB zelf in de zaak heeft voorzien door zelf de tarieven voor mobiele gespreksafgifte vast te stellen. Toepassing van deze bevoegdheid door het CBB past in de trend om daar waar mogelijk in een beroepsprocedure te komen tot definitieve geschilbeslechting. Op dit moment is een wetsvoorstel tot aanpassing van het bestuursproceduresrecht⁴ bij de Tweede Kamer aangehangen, dat onder andere tot doel heeft te komen tot een effectievere geschilbeslechting. In het kader van dat wetsvoorstel worden de bevoegdheid voor de rechter om zelf in de zaak te voorzien, maar ook de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten en het toepassen van de 'bestuurlijke lus' verder verruimd. Uit de toelichting volgt dat de bestuursrechter een geschil zoveel mogelijk finaal dient te beslechten, met inachtneming overigens van de beleidsvrijheid van een bestuursorgaan. Dit is een duidelijke opdracht aan de rechter. Dat gaat verder dan de huidige situatie. In dit geval lijkt het CBB meer om proceseconomische redenen te hebben gekozen voor zelf voorzien.

Op grond van art. 8:72 lid 4 onder c van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan de rechter in die gevallen waarin het beroep gegrond is zelf in de zaak voorzien door te bepalen dat zijn besluit in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Een ingewikkelde formulering voor de mogelijkheid voor een rechter om zelf een nieuw (definitief) besluit te nemen waarmee dan een eind komt aan het geschil. Zou de rechter daarvan afzien dan is bij de vernietiging van een bestreden besluit door de rechter een bestuursorgaan, zoals OPTA, gehouden een nieuw besluit te nemen waartegen opnieuw beroep openstaat, tenzij de rechter de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laat. Ook dan is geen nieuw besluit meer nodig en is met de uitspraak van de rechter de beroepsprocedure (definitief) beëindigd.

Het gebruik van deze bevoegdheid is op grond van de oorspronkelijke toelichting bij deze bepaling beperkt. Daarin is gesteld dat de rechter slechts zelf in de zaak mag voorzien indien na de vernietiging rechte-ns nog slechts één beslissing mogelijk is. Dat betekent dat niet zelf in de zaak kan worden voorzien als het bestreden besluit gebaseerd is op beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid.⁵ In die gevallen dient het bestuursorgaan de afweging te maken welk besluit het wil nemen, nu immers meerdere rechtmatige beslissingen mogelijk zijn. Indien derhalve geen sprake is van een situatie waarin rechte-ns slechts één beslissing mogelijk is, zou door zelf in de zaak te voorzien de rechter

op de stoel van het bestuur gaan zitten en voor het openbaar bestuur bepalen welk besluit (materieel gezien) rechtmatig is en genomen zou moeten zijn, hetgeen een doorkruising is van de scheiding tussen rechter en bestuur. Bovendien zou een bestuursorgaan goede argumenten gehad kunnen hebben om een andersluidend besluit te nemen, maar daartoe niet (meer) in staat worden gesteld door het ingrijpen van de rechter. Het uitgangspunt dat ten grondslag is gelegd aan de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien, namelijk het primaat van de besluitvorming door een bestuursorgaan, zou daarmee onder druk komen te staan. Inmiddels zijn echter wel nuanceringen op dit uitgangspunt in de rechtspraak aangebracht.⁶

Het blijkt dat om te komen tot finale geschilbeslechting steeds vaker van de bevoegdheid om zelf in een zaak te voorzien gebruik wordt gemaakt. Dit kan zijn op verzoek van partijen maar veelal om redenen van proceseconomie om daarmee aan langlopende procedures een einde te maken. Ook de afgedrukte uitspraak past mijns inziens in die trend. Ook hier wordt de keuze van het CBB, zo lijkt uit de overwegingen van de uitspraak te kunnen worden afgeleid, dat de rechter zich door pragmatische overwegingen en redenen van proceseconomie heeft laten leiden en in een feitelijk en juridisch tamelijk gecompliceerd geschil (gedeeltelijk) zelf in de zaak voorziet door de tarieven voor mobiele gespreksafgifte definitief vast te stellen. Dit moge ook blijken uit de uitgebreide rechtsoverwegingen om te (kunnen) komen tot het zelf voorzien en tot de uiteindelijke vaststelling van de tarieven voor mobiele gespreksafgifte. Niettemin is met deze uitspraak na jaren van procederen eindelijk duidelijkheid geschapen over de hoogte van de tarieven, hetgeen op zichzelf valt toe te juichen. Dit laat echter onverlet dat er gelet op de uitgangspunten van de Awb enige kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij het in deze procedure zelf in de zaak voorzien.

OPTA heeft in het marktanalysebesluit bepaald dat de tarieven voor vaste en mobiele gespreksafgifte (FTA, MTA) moeten worden berekend op basis van een kostentoerekeningsstelsel dat zij aanduidt als pure BULRIC. Met de tariefregulering kunnen volgens OPTA potentiële problemen vanwege buitensporig hoge tarieven en marge-utholling worden tegengegaan.⁷

Ten behoeve van de invulling van de tariefregulering heeft OPTA een aantal BULRIC-modellen laten ontwikkelen. De BULRIC-modellen berekenen voor zowel vaste als mobiele gespreksafgifte, zo volgt uit de uitspraak, drie kostprijzen, te weten (i) pure BULRIC: alleen de kosten die incrementeel zijn aan het leveren van gespreksafgifte, (ii) plus BULRIC: de BULRIC kosten met een mark-up voor niet-incrementele vaste kosten, en (iii) plus+ BULRIC: de kosten als berekend bij plus BULRIC maar met een mark-up waarin alle overige (niet-incrementele) kosten die toerekenbaar zijn aan telefonie volledig worden toegerekend aan minuten (waaronder gespreksafgifte) en niet aan een telefonieabonnement.

Om redenen die ik hier niet verder zal bespreken, heeft OPTA in het marktanalysebesluit gekozen voor de toepassing van de methode van pure BULRIC om te komen tot vaststelling van de tarieven voor FTA en MTA. De vraag die het CBB dient te beoordelen 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. Het CBB komt (in r.o. 4.8.3.7) tot de conclusie dat OPTA de MTA-tarieven niet heeft mogen baseren op pure BULRIC. Op grond van dezelfde bezwaren kunnen ook de FTA-tarieven niet in stand blijven.

In verband hiermee is het beroep gegrond en overweegt het CBB of er aanleiding is om zelf in de zaak te voorzien. Het is thans gebruikelijk voor een rechter om wanneer een besluit wordt vernietigd, de mogelijkheden van finale beslechting van het geschil te onderzoeken,⁸ waarbij onder meer wordt beoordeeld of er aanleiding is om met toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb zelf in de zaak te voorzien. Zo ook hier.

Het CBB is in dit geval blijkens de overwegingen in de uitspraak van oordeel dat de aan het CBB in het kader van de onderhavige procedure voorgelegde stukken voldoende aanknopingspunten bieden om na te

2 CBB 29 augustus 2006, LjN AY7997; CBB 23 juli 2008, LjN BD8280, *Mediaforum* 2008-10, nr. 35 m.nt. L.J. Wildeboer; CBB 26 mei 2010, LjN BM5564.

3 CBB 26 mei 2010, LjN BM5564; zie ook 'MTA-tarieven eindelijk kostengeoriënteerd' van A. Th. Meijer, *Mediaforum* 2010-6, p. 185. Deze uitspraak had betrekking op een eerder herstelbesluit van OPTA nadat het marktanalysebesluit voor mobiele gespreksafgifte (MTA) voor de eerste reguleringsperiode door het CBB

ook reeds was vernietigd (CBB 29 augustus 2006, LjN AY7997).

4 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nrs. 1-3.

5 Zie ABRvS 13 mei 2009, LjN B13699.

6 Zie C. L. G. F. H. Albers onder ABRvS 20 februari 2008, JB 2008/76.

7 Zie r.o. 4.8.1 e.v..

8 Zie o.a. ABRvS 10 december 2008, JB 2009/39.

gaan of tariefregulering op basis van plus BULRIC als een passende maatregel kan worden beschouwd. Ook dit model was door OPTA in het kader van het marktanalysebesluit beoordeeld. In verband daarmee bespreekt het CBB in de uitspraak vervolgens (uitgebreid) de grieven van partijen voor zover die kunnen worden beschouwd als (mede) te zijn gericht tegen het opleggen van een tariefmaatregel op basis van plus BULRIC, hetgeen een minder vergaande vorm van tariefregulering betreft dan pure BULRIC.

De vraag rijst of het CBB hiermee niet een stap(je) te ver gaat en enkel omwille van proceseconomische redenen – waar veel voor te zeggen valt gezien de lange duur van de diverse procedures over de regulering van de tarieven voor de vaste en mobiele gespreksafgifte en om eindelijk duidelijkheid te scheppen over de hoogte van de tarieven – teveel is gefocust op finale geschilbeslechting, hetgeen ten koste zou gaan van het primaat van het bestuur omdat voor OPTA – in ieder geval in theorie – nog beleids- en beoordelingsvrijheid resteert.

In dat verband valt bij lezing van de uitspraak op dat het CBB bij de bespreking van de grieven tegen toepassing van plus BULRIC enkele malen constateert dat de grieven en/of de in dat kader overgelegde deskundigenrapporten zich voornamelijk richten tegen de analyse van pure BULRIC, hetgeen ook voor de hand ligt nu OPTA immers dat model aan de vastgestelde tarieven in het marktanalysebesluit ten grondslag heeft gelegd. Het is niet uitgesloten dat partijen nog andere of in ieder geval meer uitgewerkte grieven naar voren zouden hebben gebracht tegen plus BULRIC indien OPTA dat model aan de tariefregulering ten grondslag had gelegd. Op grond daarvan vraag ik me dan ook af of het CBB hiermee recht doet aan de (financiële) belangen van de betrokken telecomaandieners.

Bij de afweging om zelf in de zaak te voorzien zal echter een rol hebben gespeeld dat in de uitspraak van 26 mei 2010⁹ door het CBB reeds was geoordeeld dat hetgeen door partijen toen was aangevoerd tegen plus BULRIC geen grond vormde voor de conclusie dat de tarieven niet konden worden gebaseerd op plus BULRIC. Bovendien is in die uitspraak ook door het CBB geoordeeld dat het geldende regelgevend kader het in beginsel aan OPTA toestaat om niet van de daadwerkelijke kosten van een aanbieder uit te gaan, maar om een hypothetisch efficiënte aanbieder tot uitgangspunt te nemen en dat in het algemeen geldt dat aan OPTA bij de keuze van een systeem voor tariefbepaling een ruime beoordelingsruimte toekomt.

In verband hiermee zou het door het CBB opdragen aan OPTA om een nieuw besluit te nemen in plaats van zelf in de zaak te voorzien niet tot een (wezenlijk) andere uitkomst leiden.

Hoewel op basis van de uitspraak kan worden vastgesteld dat door zelf in de zaak te voorzien het CBB voor de praktijk tot een wenselijke uitkomst is gekomen, lijkt daarmee door het CBB naar mijn indruk in zekere zin een bestuurlijk oordeel te zijn gegeven.

Op basis van de bespreking van de grieven komt het CBB tot een conclusie over de wijze waarop in de zaak kan worden voorzien. Daarbij valt de formulering door het CBB op, namelijk 'indien OPTA voor mobiele afgifte een tariefregulering zou hebben vastgesteld die gebaseerd was geweest op een kostprijsberekening aan de hand van plus BULRIC, een desbetreffend besluit door het College in stand zou zijn gelaten'. Voorts is een op plus BULRIC gebaseerde tariefregulering passend volgens het CBB en blijkt OPTA's uitgangspunt dat een kostprijsberekening op basis van plus BULRIC voor mobiele gespreksafgifte leidt tot een tarief van 2,4 eurocent per minuut, juist is.

Onder die voorwaarden c.q. omstandigheden acht het CBB het mogelijk en gewenst om voor wat betreft mobiele gespreksafgifte zelf in de zaak te voorzien en wel door te bepalen dat de op te leggen tariefmaatregel zal worden gebaseerd op een kostprijsberekening aan de hand van plus BULRIC. De formulering van het CBB lijkt te impliceren dat het ook (nog) mogelijk zou zijn geweest om een andere kostprijsberekening of op basis van andere uitgangspunten de tarieven te reguleren, maar dit is niet beoordeeld. Daarvoor was kennelijk geen aanleiding aanwezig, maar het CBB maakt dit in de uitspraak (voor een buitenstaander) niet inzichtelijk. Gezien de voorgeschiede-

nis moet het er kennelijk voor worden gehouden dat een andere uitkomst van de procedure niet goed denkbaar is, hetgeen de keuze van het CBB om zelf in de zaak te voorzien en na jaren van procederen eindelijk duidelijkheid te scheppen en de tarieven definitief vast te stellen, kan rechtvaardigen. Daarmee heeft het CBB ongetwijfeld de door partijen gewenste zekerheid gegeven, daarbij wellicht het risico voor lief nemend dat in geval van een herstelbesluit door OPTA, partijen in een nieuwe beroepsprocedure nog meer gronden hadden kunnen bereiken.

Onderdelenfuik

In de onderhavige zaak hebben een aantal partijen, waaronder T-Mobile, beroepsgronden aangevoerd tegen de marktafbakening die door OPTA ten grondslag is gelegd aan het door haar vastgestelde marktanalysebesluit. T-Mobile had in dat verband geklaagd over het niet betrekken door OPTA van de markt voor gespreksopbouw bij de marktafbakening. OPTA meent dat die beroepsgrond buiten beschouwing moet blijven omdat T-Mobile dit punt niet in haar zienswijze tegen het ontwerpbesluit naar voren heeft gebracht. OPTA beroept zich daartoe op art. 6:13 van de Awb.

Op grond van art. 6:13 Awb geldt de zogeheten 'onderdelenfuik'. Dit houdt in dat men geen beroep kan instellen tegen onderdelen van een besluit waarover hij niet eerder een zienswijze bij het bestuursorgaan naar voren heeft gebracht, tenzij dit hem of haar redelijkerwijs niet kan worden verweten en het achterwege laten daarvan verschoonbaar is. Daarmee is een zekere trechtering beoogd waardoor moet worden voorkomen dat op een later moment in de juridische procedure nog nieuwe argumenten kunnen worden aangevoerd. Het is dan ook om die reden dat dit (in de literatuur hierover) ook wel wordt aangeduid als 'grondenfuik' of 'onderdelentrecht'. In beroep kunnen alleen die besluitonderdelen worden bestreden waartegen men zich ook in de bestuurlijke fase reeds heeft verzet. In verband daarmee moet voor ieder besluitonderdeel worden nagegaan of daartegen (tijdig) zienswijzen zijn ingediend of bezwaar is gemaakt.¹⁰

Het CBB komt tot het oordeel dat OPTA in het marktanalysebesluit weliswaar de markten voor gespreksafgifte heeft afgebakend en geanalyseerd, maar het afbakenen van de relevante markt geen in het kader van art. 6:13 Awb te onderscheiden besluitonderdeel is. Volgens het CBB zijn binnen een marktanalysebesluit geen besluitonderdelen te onderscheiden. Nu door T-Mobile tegen het marktanalysebesluit (als geheel) een zienswijze is ingediend, kan haar niet worden verweten dat zij geen zienswijze heeft ingebracht op het punt van het door OPTA niet betrekken van de markt voor gespreksopbouw bij de marktafbakening. Er bestaat volgens het CBB daarom geen aanleiding het beroep op dit punt niet-ontvankelijk te verklaren. Als gevolg hiervan heeft de onderdelentrecht of onderdelenfuik in dit geval feitelijk geen betekenis.

Dat het CBB geen besluitonderdelen binnen een marktanalysebesluit heeft onderscheiden kan niet als een volkomen verrassing worden gezien. Eerder had het CBB bijvoorbeeld al geoordeeld in een zaak over de vaststelling van de aansluit- en transporttarieven door de NMa voor energiebedrijven, dat de hoogte van het aansluittarief en de berekeningsmethodiek voor de vaststelling van aansluittarieven geen te onderscheiden besluitonderdelen zijn waartegen eerst in beroep bezwaren kunnen worden aangevoerd.¹¹ Deze casus vertoont mijns inziens sterke overeenkomst met de onderhavige zaak ten aanzien van de vaststelling van de tarieven en de daaraan ten grondslag gelegde marktafbakening.

Indiening nadere stukken

Vermeldenswaard is ten slotte nog de schermutseling over de indiening van nadere stukken. Uit de uitspraak blijkt dat Vodafone (ruim) drie weken voorafgaand aan de zitting nog aanvullende stukken, bestaande uit negen bijlagen en een toelichting, bij het CBB heeft ingediend. In reactie daarop heeft OPTA het CBB verzocht de nadere stukken wegens strijd met een goede procesorde buiten beschouwing te laten. OPTA heeft daartoe gewezen op zowel de omvang als de complexiteit van de stukken en de korte tijd die restte tot de zitting.

⁹ CBB 26 mei 2010, LJN BM5564.

¹⁰ Zie meer uitgebreid hierover o.a.: H.J.M. Besselink, 'Art. 6:13 Awb; een tussen-

stand', JB Plus 2008, p. 197 e.v..

¹¹ CBB 2 juni 2009, LJN BJO727, AB 2009, 340.

Bovendien viel volgens OPTA niet goed in te zien waarom de stukken niet eerder in het geding hadden kunnen worden gebracht, nu die stukken niet of nauwelijks een reactie inhielden op latere processtukken en gedeeltelijk zelfs dateerden van voor de datum van het bestreden besluit. Volgens OPTA was er daarom geen enkele belemmering om die stukken eerder in het geding te brengen in plaats van OPTA daarmee kort voor de zitting te confronteren.

Art. 8:58 lid 1 Awb bepaalt dat tot tien dagen voor de zitting partijen nadere stukken kunnen indienen bij de bestuursrechter in het kader van een lopende (hoger) beroepsprocedure. Deze bepaling beoogt een behoorlijk verloop van een beroepsprocedure te bewerkstelligen en daarmee een goede procesorde voor alle betrokken partijen te waarborgen. Uit deze bepaling volgt dat de stukken (in beginsel) uiterlijk 11 dagen voor de zitting door de bestuursrechter moeten zijn ontvangen. Daaraan wordt in de regel strikt de hand gehouden, hoewel er omstandigheden kunnen zijn die een uitzondering op die regel kunnen rechtvaardigen vanwege een goede procesorde.

Het is echter ook vaste rechtspraak dat de termijn van tien dagen niet bepalend is voor de vraag of het overleggen van nadere stukken in strijd is met een goede procesorde. Ook in de gevallen waarin de tien-dagentermijn wel degelijk in acht wordt genomen – zoals ook in het onderhavige geval – kan er toch, vanwege bijvoorbeeld de omvang van de stukken sprake zijn van strijd met een goede procesorde in verband waarmee de zitting moet worden verdaagd of de nadere stukken buiten beschouwing moeten worden gelaten.¹² Het zal steeds van de omstandigheden van het geval afhangen hoe met de (te) late indiening van nadere stukken door de bestuursrechter wordt omgegaan en of de rechter oordeelt of in een bepaald geval sprake is van strijd met de goede procesorde. Daarvan hoeft overigens niet steeds sprake te zijn ook al worden kort voor de tien-dagentermijn nog aanvullende rapporten ingediend.¹³ Daarbij speelt een rol of een partij in zijn procesbelangen is geschaad, omdat die partij in redelijkheid niet meer tijdig kan reageren op de nieuw ingebrachte documenten of eventueel aangevoerde nieuwe beroepsgronden.

In verband hiermee ziet het CBB zich in de eerste plaats gesteld voor de vraag of de nadere stukken van Vodafone bij de behandeling van haar beroep konden worden betrokken. Door Vodafone is als reactie op het verzoek van OPTA om de stukken buiten beschouwing te laten aangevoerd dat het merendeel onderzoeksrapporten betreft die door deskundigen in opdracht van Vodafone zijn opgesteld en die rapporten geen nieuwe gronden bevatten maar slechts een uitwerking

inhouden van reeds in het beroepsschrift opgenomen stellingen, welke rapporten overigens niet eerder konden worden ingediend.

Het CBB is echter van mening dat de door Vodafone toegezonden stukken van een zodanige omvang en complexiteit zijn dat daardoor de goede procesorde zou worden geschaad indien die stukken alsnog bij de behandeling van het beroep ter zitting – kort daarna – zouden worden betrokken. Het CBB betreft daarbij de omstandigheid dat Vodafone naar aanleiding van de door het CBB geboden mogelijkheid voor het indienen van zienswijzen, die eindigde op 14 januari 2011, slechts een korte zienswijze indiende, zonder daarbij te verzoeken om deze te mogen aanvullen en zonder daarbij mee te delen dat nieuwe deskundigenrapporten werden ingewonnen en zonder de stukken toe te zenden waarover Vodafone reeds beschikte en ook overigens niet aan te kondigen dat nog nadere stukken zouden worden toegezonden waarover Vodafone op dat moment nog niet beschikte.

Desalniettemin heeft het CBB besloten de nader toegezonden stukken te accepteren, kennelijk vanwege het belang en de complexiteit van de onderhavige zaak. Dit blijkt niet expliciet uit de uitspraak. Om echter strijd met een goede procesorde te voorkomen, omdat OPTA immers niet in de gelegenheid was om kort voor de (eerste) behandeling van de beroepen op 15 en 17 maart 2011 nog adequaat te kunnen reageren op de nader ingediende stukken, heeft het CBB beslist om twee maanden later op 25 mei 2011 een tweede zitting te houden en het onderwerp 'welvaartsanalyse', waarop de stukken van Vodafone in hoofdzaak betrekking hebben, tijdens die zitting te behandelen. Daarnaast zijn OPTA en de andere partijen nog in de gelegenheid gesteld schriftelijk op het onderwerp 'welvaartsanalyse' te reageren, waarna geen verdere stukkenwisseling meer is toegestaan en het CBB op basis van de stukken en de behandeling gedurende in totaal drie zittingen tot een uitspraak is gekomen.

Uit het voorgaande blijkt dat een procespartij het risico loopt, indien hij in het kader van een lopende beroepsprocedure (te) laat nadere aanvullende stukken aan de rechter overlegt, dat die stukken niet meer bij de behandeling van dat beroep zullen worden betrokken. Er kunnen allerlei redenen zijn waarom een partij eerst kort voor de behandeling ter zitting nog nadere stukken overlegt. Soms behoort het tot de processtrategie. De keerzijde van die medaille is dat die stukken buiten beschouwing blijven en niet een nieuwe zitting wordt gehouden. Uit de van toepassing zijnde rechtspraak zijn geen duidelijke spelregels af te leiden. Daarom geldt: let op uw zaak.

¹² Zie o.a. ABRvS 4 juli 2005, LJN AT9534, AB 2006, 62 (verdaging zitting); en ABRvS 15 augustus 2007, LJN BB1758, JB 2007, 183 (buiten beschouwing laten

stukken).

¹³ Zie bijv. ABRvS 25 april 2007, LJN BA3697, AB 2007, 264.