

Nr. 15 T-Mobile c.s./OPTA

Voorzieningenrechter College van Beroep voor het Bedrijfsleven 5 november 2010

Uitspraak op de verzoeken om voorlopige voorziening in de zaak van:

1. T-Mobile Netherlands BV, te Den Haag (hierna: T-Mobile), verzoekster in de zaak AWB 10/784, gemachtigden: mr. J.F.A. Doeleman en mr. J.B. van Dijk, beiden advocaat te Amsterdam;
 2. Koninklijke KPN NV, KPN BV en Telfort BV, te Den Haag (hierna: KPN), verzoekster in de zaak AWB 10/831, gemachtigden: mr. B.J.H. Braeken en mr. L.P.W. Mensink, beiden advocaat te Amsterdam;
 3. Vodafone Libertel BV, te Maastricht (hierna: Vodafone), verzoekster in de zaak AWB 10/832, gemachtigden: mr. P.M. Waszink en mr. J.J.R. Lautenbach, beiden advocaat te Amsterdam;
 4. Lycamobile Netherlands Ltd., te Dublin (Ierland) (hierna: Lycamobile), verzoekster in de zaak AWB 10/954, gemachtigden: mr. P.E. Lucassen en mr. V.N. Mantel, beiden advocaat te Rotterdam;
- hierna ook gezamenlijk aangeduid als: verzoeksters,

tegen

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

aan welk geding tevens als derde-partijen deelnemen:

- UPC Nederland BV en UPC Nederland Business BV, te Den Haag (hierna: UPC), gemachtigde: mr. P. Wit, advocaat te Amsterdam;
- Ziggo BV, te Groningen (hierna: Ziggo), gemachtigden: mr. P.J. Kreijger en mr. N. Lorjé, beiden advocaat te Amsterdam;
- Tele2 Nederland BV, te Amsterdam (hierna: Tele2), BT Nederland NV, te Amsterdam (hierna: BT),
- Verizon Nederland BV, te Amsterdam (hierna: Verizon), gemachtigde: mr. P. Burger, advocaat te Amsterdam.

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 wholesalemakten voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie en voor gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken geanalyseerd. Tegen dit besluit heeft T-Mobile bij brief van 8 juli 2010, per fax bij het College binnengekomen op gelijke datum, beroep ingesteld. Dit beroep is bij het College aanhangig onder procedurenummer AWB 10/684. Voorts hebben Vodafone en KPN bij afzonderlijke brieven van 23 juli 2010, bij het College binnengekomen op 26 juli 2010, en 4 augustus 2010, per fax bij het College binnengekomen op gelijke datum, tegen hetzelfde besluit beroep ingesteld. Deze beroepen zijn bij het College aanhangig onder procedurenummers AWB 10/783 en 10/817. Bij brief van 16 augustus 2010, per fax bij het College binnengekomen op gelijke datum, heeft Lycamobile tegen voornoemd besluit beroep ingesteld. Dit beroep is bij het College aanhangig onder procedurenummer AWB 10/855.

Op 27 juli 2010 heeft T-Mobile de voorzieningenrechter van het College verzocht om bij wijze van voorlopige voorziening het bestreden besluit te schorsen voor zover T-Mobile en/of haar groepsmaatschappijen als bedoeld in onderdeel VI van het dictum tariefregulering wordt opgelegd, alsmede de verplichting wordt opgelegd gespreksafgiftetarieven te hanteren die niet liggen boven de in Annex A van het bestreden besluit opgenomen tariefplafonds, althans iedere andere maatregel ten aanzien van het bestreden besluit te nemen die de voorzieningenrechter aangewezen acht.

Op 10 augustus 2010 heeft KPN de voorzieningenrechter van het College primair verzocht om bij wijze van voorlopige voorziening het bestreden besluit te schorsen voor zover KPN daarin wordt verplicht als mobiele aanbieder de in Annex A genoemde tariefplafonds voor mobiele diensten, althans voor MTA-diensten, te hanteren totdat het College heeft besloten op alle beroepen tegen het besluit. Subsidiar heeft KPN de voorzieningenrechter verzocht om de voorlopige maatregel te treffen dat alle mobiele aanbieders (waaronder begrepen T-Mobile) het MTA-tarief moeten hanteren zoals KPN en Vodafone dat hanteerden voorafgaand aan inwerkingtreding van het bestreden

besluit (7 eurocent) totdat het College heeft besloten op alle beroepen tegen het besluit. Meer subsidiair heeft KPN de voorzieningenrechter verzocht om de voorlopige maatregel te treffen dat alle mobiele aanbieders (waaronder begrepen T-Mobile) het MTA-tarief moeten hanteren zoals KPN en Vodafone dat thans verplicht zijn te hanteren (5,6 eurocent) totdat het College heeft besloten op alle beroepen tegen het besluit. Nog meer subsidiair heeft KPN de voorzieningenrechter verzocht om de voorlopige maatregel te treffen dat met ingang van 1 januari 2011 alle mobiele aanbieders de in het ontwerpbesluit van 26 april 2010 in Annex A genoemde tariefplafonds moeten hanteren totdat het College heeft besloten op alle beroepen tegen het besluit, althans een dusdanige voorlopige maatregel te treffen dat aan de belangen van KPN wordt tegemoet gekomen.

Op 10 augustus 2010 heeft Vodafone de voorzieningenrechter van het College verzocht om bij wijze van voorlopige voorziening de bij het bestreden besluit in dictumonderdeel XVII aan Vodafone opgelegde tariefregulering, alsmede de ingevolge dictumonderdeel XVIII aan haar opgelegde verplichting om een tarief voor mobiele gespreksafgifte te hanteren dat niet boven de door OPTA in Annex A opgenomen tariefplafonds ligt, te schorsen. Daarbij heeft Vodafone de voorzieningenrechter verzocht, vanwege de gelijkheid van partijen en het uitgangspunt van symmetrische regulering, in geval geoordeeld wordt dat een schorsing van de tariefverplichting van één van de andere verzoekers gerechtvaardigd, ook Vodafone's tariefverplichting op een wijze waarop recht wordt gedaan aan haar belangen, te schorsen. Voorts heeft Vodafone de voorzieningenrechter verzocht om dictumonderdeel XIX te schorsen, waarin de onmiddellijke inwerkingtreding van het bestreden besluit per 7 juli 2010 is bepaald, alsmede het in Annex A opgenomen startplafond van het glijpad (5,6 eurocent). Subsidiar heeft Vodafone de voorzieningenrechter verzocht om voornoemde dictumonderdelen te schorsen en een maatregel te treffen die hij in goede justitie meest aangewezen acht.

Op 11 augustus 2010 heeft OPTA de op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden en daarbij ten aanzien van een aantal nader aangeduide stukken verzocht om beperking van de kennisneming als bedoeld in artikel 8:29 Awb. Bij beslissingen van 24 augustus 2010 (AWB 10/784), 2 september 2010 (AWB 10/831 en 10/832) en 20 september 2010 (AWB 10/954) heeft het College bepaald dat de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.

Bij brief van 13 augustus 2010 heeft T-Mobile nadere stukken ingediend.

Op 16 augustus 2010 heeft OPTA een schriftelijke reactie op het verzoek van T-Mobile ingediend.

Bij brief van 18 augustus 2010 heeft OPTA een nader stuk ingediend.

Bij brief van 19 augustus 2010 heeft T-Mobile nadere stukken ingediend.

Bij brieven van 19 augustus 2010 heeft het College UPC, Ziggo, Tele2, BT en Verizon in de gelegenheid gesteld als partijen aan het geding deel te nemen.

Bij brief van 20 augustus 2010 heeft Vodafone nadere stukken ingediend.

Bij afzonderlijke brieven van 23 augustus 2010 heeft T-Mobile nadere stukken ingediend.

Op 8 oktober 2010 heeft OPTA schriftelijke reacties op de verzoeken van KPN, Vodafone en Lycamobile ingediend.

Op 8 oktober 2010 heeft T-Mobile een nader stuk ingediend.

Op 18 oktober 2010 hebben Vodafone, KPN en Lycamobile nadere stukken ingediend.

De voorzieningenrechter heeft het verzoek behandeld ter zitting van 20 oktober 2010, waarbij partijen, vertegenwoordigd door hun gemachtigden, hun standpunten hebben toegelicht. Van de zijde van T-Mobile is tevens verschenen prof. dr. M.C.W. Janssen. Ter zitting hebben partijen laten weten erin toe te stemmen dat de voorzieningenrechter mede op grondslag van de stukken waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geoordeeld, uitspraak doet.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken endiensten (PbEG L 108/33; hierna: Kaderrichtlijn) luidt, voor zover en ten tijde hier van belang:

Artikel 7

Consolidatie van de interne markt voor elektronische communicatie

1. De nationale regelgevende instanties houden bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven taken zoveel mogelijk

rekening met de doelstellingen van artikel 8, waaronder die welke verband houden met de werking van de interne markt.

[...]

3. Indien de nationale regelgevende instantie [...] voornemens is een maatregel te nemen die:

- valt onder de artikelen 15 of 16 van de onderhavige richtlijn [...]; en
- van aanzienlijke invloed is op de handel tussen de lidstaten, stelt zij de Commissie en de nationale regelgevende instanties in de andere lidstaten in kennis van de ontwerpmaatregel, tezamen met de motivering voor de maatregel [...] en stelt zij de Commissie en de andere nationale regelgevende autoriteiten daarvan in kennis. Nationale regelgevende instanties en Commissie kunnen de betrokken nationale regelgevende instantie hun opmerkingen meedelen binnen maximaal één maand of binnen de in artikel 6 genoemde termijn indien deze langer is. De periode van één maand kan niet worden verlengd.

Artikel 8

Beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in leden 2, 3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen.

[...]

2. De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

- zij zorgen ervoor dat de gebruikers [...] maximaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;
- zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is;

[...]

Artikel 14

Ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht

[...]

2. Een onderneming wordt geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.

[...]

Artikel 15

Procedure voor marktdefinitie

1. Na openbare raadpleging en overleg met de nationale regelgevende instanties neemt de Commissie een aanbeveling aan inzake relevante markten voor producten en diensten (hierna 'de aanbeveling' genoemd). Daarin worden [...] de markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn, onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd. De Commissie definieert de markten overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.

De Commissie herzielt de aanbeveling op gezette tijden.

2. De Commissie publiceert [...] richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (hierna 'de richtsnoeren' te noemen), in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht.

3. De nationale regelgevende instanties bepalen, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. [...]

Artikel 16

Marktanalyseprocedure

1. Zo spoedig mogelijk na de aanneming van de Aanbeveling of een bijwerking daarvan voeren de nationale regelgevende instanties, zoveel mogelijk met inachtneming van de richtsnoeren een analyse van de relevante markten uit.

[...]

4. Wanneer een nationale regelgevende instantie vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt een aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als beschreven in lid 2 of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.

De Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische com-

municatiesector 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 (PbEU L 344/65; hierna: Aanbeveling relevante markten 2007) luidt, voor zover hier van belang:

De Commissie van de Europese Gemeenschappen [...] beveelt aan:

- Bij het bepalen conform artikel 15, lid 3, van Richtlijn 2002/21/EG van de relevante markten die met de nationale omstandigheden overeenkomen, dienen de nationale regelgevende instanties de producten- en dienstenmarkten te analyseren die in de bijlage bij deze aanbeveling worden opgesomd.

[...]

Bijlage

[...]

- Gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie.

[...]

- Gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken.

In de Tw is, voor zover hier van belang, bepaald:

Artikel 13

1. Het college draagt er zorg voor dat zijn besluiten bijdragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen als bedoeld in artikel 8, tweede, derde en vierde lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG in elk geval door:

- 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;
- het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.

[...]

4. Indien het college een besluit neemt, dat aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt heeft, onderbouwt het college, onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve, als voor zover redelijkerwijs mogelijk in kwantitatieve zin dat de maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van de in het eerste lid genoemde doelstellingen en dat een andere minder ingrijpende maatregel niet effectief is.

Artikel 6a.1

1. Het college bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht de relevante markten in de elektronische communicatiesector waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een in een aanbeveling als bedoeld in artikel 15, eerste lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG vermelde product- of dienstenmarkt.

[...]

3. Het college onderzoekt de overeenkomstig het eerste en tweede lid bepaalde relevante markten zo spoedig mogelijk.

[...]

5. Het in het derde en vierde lid bedoelde onderzoek is er in ieder geval op gericht om vast te stellen:

- of de desbetreffende markt al dan niet daadwerkelijk concurrerend is en of hierop ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden actief zijn die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en
- welke verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 en 6a.12 tot en met 6a.15 passend zijn voor de onder a bedoelde ondernemingen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht.

6. Nadat het onderzoek als bedoeld in het derde of vierde lid is afgerond, geeft het college zo spoedig mogelijk uitvoering aan de artikelen 6a.2, eerste lid, of 6a.3.

[...]

Artikel 6a.2

1. Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt onderscheidenlijk een transnationale markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en:

- legt hij ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 of 6a.12 tot en met 6a.15 op;

[...]

2. Het college legt op grond van het eerste lid, onderdeel a:

- verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10

alleen op aan ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken of bijbehorende faciliteiten aanbieden;

[...]

3. Een verplichting als bedoeld in het eerste lid, is passend indien deze gebaseerd is op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 proportioneel en gerechtvaardigd is.

[...]

Artikel 6a.7

1. Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door het college te bepalen vormen van toegang een verplichting opleggen betreffende het beheersen van de hiervoor te rekenen tarieven of kostentoerekening indien uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van een werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van de eindgebruikers. Aan de verplichting kunnen door het college voorschriften worden verbonden die nodig zijn voor een goede uitvoering van de verplichting.

2. Een verplichting als bedoeld in het eerste lid kan inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief moet worden gerekend of dat een door het college te bepalen of goed te keuren kostentoerekeningssysteem moet worden gehanteerd.

[...]

Artikel 6b.2

1. Indien een besluit als bedoeld in artikel 6b.1, eerste lid, van invloed is op de handel tussen de lidstaten, legt het college het ontwerp van het desbetreffende besluit en de gronden die aan het ontwerpbesluit ten grondslag liggen, voor aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen en aan de nationale regelgevende instanties, bedoeld in artikel 7 van richtlijn nr. 2002/21/EG en stelt het college hen gedurende een maand in de gelegenheid daarvoor opmerkingen te maken.

[...]

3. Het college houdt bij het nemen van het besluit zoveel mogelijk rekening met de opmerkingen die de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de nationale regelgevende instanties met betrekking tot het ontwerp aan het college hebben medegedeeld.

4. Indien de Commissie van de Europese Gemeenschappen [...] heeft medegedeeld dat zij van mening is dat het voorgelegde ontwerpbesluit een belemmering vormt voor de interne Europese markt of dat zij ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van het ontwerpbesluit met het Gemeenschapsrecht, wacht het college tenminste twee maanden vanaf de datum van die mededeling met het vaststellen van zijn besluit.

[...]

2.2 Bij de beoordeling van de verzoeken om voorlopige voorziening gaat de voorzieningenrechter uit van de volgende feiten en omstandigheden.

- 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 Analysis Mason van zogenoemde Bottom-Up Long-Run Incremental Costs (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. De vragen hebben betrekking op hun zienswijze op de marktafbakening, dominantieanalyse, mededingingsproblemen en mogelijke verplichtingen. OPTA heeft van elf marktpartijen een reactie ontvangen.
- Op 12 april 2010 heeft OPTA het ontwerpbesluit voorgelegd aan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa). De 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 zienswijze 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 juni 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 genomen.

3. Het bestreden besluit

In het bestreden besluit heeft OPTA geconcludeerd dat de volgende relevante markten overeenkomen met de in de Aanbeveling relevante markten 2007 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: FTA) en
- b. ‘gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken’ of kortweg ‘mobiele gespreksafgifte’ (hierna: MTA).

Voor iedere aanbieder van gespreksafgifte heeft OPTA een separate relevante markt vastgesteld.

OPTA heeft geconcludeerd dat de hiervoor genoemde relevante markten voor het afleveren van gespreksafgifte niet daadwerkelijk concurrerend zijn en alle aanbieders van gespreksafgifte en hun groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de markt voor vaste en mobiele gespreksafgifte, aangewezen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, Tw (hierna: AMM).

OPTA heeft op de relevante markten voor gespreksafgifte onder meer de volgende potentiële mededingingsproblemen geïdentificeerd:

- a. buitensporig hoge tarieven en
- b. marge-uitholling (als gevolg van te hoge vaste gespreksafgifte-tarieven).

Om deze gedragingen te remediëren heeft OPTA – onder gelijktijdige intrekking van de niet langer passend geachte verplichtingen als opgelegd in het marktanalysebesluit vaste gespreksafgifte van 19 december 2008 (OPTA/AM/2008/202723, hierna: FTA-2-besluit) – aan alle aanbieders voor gespreksafgifte tariefregulering opgelegd. Bovendien heeft OPTA hun, voor zover hier van belang, de verplichting opgelegd kostengeoriënteerde tarieven te hanteren die niet boven de hierna weergegeven, in Annex A opgenomen tariefplafonds in eurocenten per minuut mogen liggen.

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	1,2
Mobiele gespreksafgifte T-Mobile (en haar MVNO's) tot 1 september 2010	7,1				

4. Het standpunt van T-Mobile

T-Mobile heeft ter ondersteuning van haar verzoek, samengevat weergegeven, aangevoerd dat OPTA in het bestreden besluit tariefplafonds heeft vastgesteld die T-Mobile beletten haar werkelijke kosten met betrekking tot mobiele gespreksafgifte terug te verdienen.

Ten onrechte heeft OPTA de klantgerelateerde kosten, zijnde de kosten die een aanbieder moet maken om nieuwe klanten te werven en

bestaande klanten te behouden, niet betrokken bij het berekenen van het kostengeoriënteerde MTA-tariefplafond. Bovendien heeft OPTA ten onrechte vastgesteld dat de voorheen geldende asymmetrische tariefregulering op grond waarvan het T-Mobile was toegestaan een hoger MTA-tarief in rekening te brengen dan andere mobiele aanbieders (het verschil wordt aangeduid als: de delta), niet langer passend is. Ten aanzien van het afschaffen van de delta had OPTA in elk geval moeten voorzien in een glijpad nu het College in de uitspraak van 26 mei 2010 heeft overwogen dat zelfs een buitensporig hoog tarief

[...] geen grond kan opleveren voor een abrupt optreden, dat zou leiden tot onevenredig nadelige gevolgen voor de bedrijfsvoering van de mobiele aanbieders als gevolg van het plotseling wegvallen van een groot deel van een belangrijke inkomstenbron.

Voorts is OPTA bij de modellering van de efficiënte aanbieder ten onrechte uitgegaan van een aanbieder met een marktaandeel van 33,3% en niet van het daadwerkelijke marktaandeel van T-Mobile.

Daarnaast heeft T-Mobile betoogd dat OPTA een te hoog positief welvaartseffect van de verlaging van de MTA-tarieven heeft berekend omdat OPTA het door haar berekende positieve welvaartseffect ten onrechte heeft gebaseerd op een ingeschatte verlaging van de mobiele retailtarieven. De verwachting is dat de gedwongen verlaging van het MTA-tarief zal leiden tot een verhoging van de retailtarieven. OPTA heeft er voorts ten onrechte geen rekening mee gehouden dat vaste aanbieders een verlaging van de MTA-tarieven (voor een groot gedeelte) niet aan hun eindgebruikers zullen doorgeven.

Ten slotte heeft T-Mobile betoogd dat haar belangen bij toewijzing van het verzoek dermate zwaarwegend zijn dat deze dienen te prevaleren boven de met het bestreden besluit gediende belangen.

5. Het standpunt van KPN

KPN heeft ter ondersteuning van haar verzoek, samengevat weergegeven, aangevoerd dat de invulling van de tariefverplichting door OPTA met het pure BULRIC-model niet voldoet aan het passendheidsvereiste van artikel 6a.2, derde lid, Tw en bovendien in strijd is met het wettelijk begrip van kostenoriëntatie van artikel 6a.7 Tw. In dit verband heeft KPN betoogd dat de tariefverplichting, zoals deze door OPTA in het bestreden besluit is ingevuld, niet passend is aangezien zij verder gaat dan noodzakelijk om het mededingingsprobleem van buitensporig hoge tarieven te voorkomen. Daarbij beoogt genoemde tariefverplichting het probleem van een inefficiënte tariefstructuur te verhelpen op een andere markt dan de mobiele afgiftemarkt. Die andere markt is in de marktanalyse niet onderzocht, maar OPTA heeft wel vastgesteld dat daarop geen aanbieders met AMM actief zijn. Zelfs al zouden alleen met een op het pure BULRIC-model gebaseerde tariefverplichting de nadelige effecten van een inefficiënte tariefstructuur kunnen worden voorkomen, dan kan hierin geen rechtvaardiging zijn gelegen voor een dergelijke tariefverplichting als die verplichting niet nodig is om het geconstateerde mededingingsprobleem van buitensporig hoge prijzen op de afgiftemarkt te verhelpen.

Bij de invulling van de tariefverplichting heeft OPTA belangrijke, voor de mobiele aanbieders ongunstige, elementen uit de Aanbeveling van de Commissie van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftemarkten van vaste en mobiele telefonie in de EU (PbEU L 124/67; hierna: Aanbeveling afgiftemarkten 2009) overgenomen, terwijl zij tegelijkertijd de voor de mobiele aanbieders gunstiger elementen uit die Aanbeveling niet heeft overgenomen. Door deze willekeurige handelwijze van OPTA is de door haar gekozen invulling van het pure BULRIC-model niet passend.

Voorts heeft KPN aangevoerd dat OPTA in het bestreden besluit niet, althans niet zonder voorafgaande consultatie, van de in Annex A van het ontwerpbesluit genoemde tariefplafonds had mogen afwijken. OPTA kiest in het door haar vastgestelde glijpad ten onrechte voor een verlaagd starttarief ten opzichte van de voorafgaand aan het bestreden besluit gehanteerde MTA-tarieven. Anders dan OPTA meent kan uit de uitspraak van het College van 26 mei 2010 niet worden afgeleid dat het College die lagere tarieven aan het einde van de vorige regulatieperiode als rechtmatig zou hebben aangemerkt.

6. Het standpunt van Vodafone

Vodafone heeft, samengevat weergegeven, aan haar verzoek ten grondslag gelegd, dat de onmiddellijke inwerkingtreding van een eerste verlaging van het MTA-tariefplafond per 7 juli 2010, zonder

voorafgaande consultatie, onzorgvuldig en onevenredig is en daarmee in strijd met artikel 6b.1 en 6b.2 Tw.

Het door OPTA gehanteerde glijpad voor de verlaging van het MTA-tariefplafond is onzorgvuldig en onrechtmatig jegens de mobiele aanbieders. OPTA heeft ten onrechte het glijpad doen aanvangen met een tariefplafond van 5,6 cent per minuut per 7 juli 2010. Zeker gelet op de onmiddellijke inwerkingtreding van het besluit heeft als uitgangspuntte gelden dat het voordien daadwerkelijk gerekende tarief als startplafond wordt bepaald. In dit geval had het glijpad daarom met een tariefplafond van 7,0 cent per minuut moeten aanvangen.

De bij het bestreden besluit opgelegde tariefverplichting is passend noch proportioneel omdat deze niet is gebaseerd op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem, als bedoeld in artikel 6a.2, derde lid, Tw, maar het buitenwettelijk en normatief doel van een optimale efficiënte retailstructuur nastreeft. Aldus heeft OPTA niet de lichtst mogelijke effectieve maatregel opgelegd en komt de tariefverplichting in strijd met artikel 6a.2 Tw in verbinding met artikel 1.3 Tw.

Vodafone heeft voorts aangevoerd dat het pure BULRIC-model naar zijn aard niet passend en niet proportioneel is alsmede in strijd met het beginsel van kostenoriëntatie. Volgens Vodafone hadden de gemeenschappelijke kosten moeten worden begrepen onder de aan de dienstverlening ten grondslag liggende relevante kosten die in het model moeten worden verwerkt. Daarbij gaat de opgelegde tariefverplichting verder dan noodzakelijk is om de prikkel en de mogelijkheid tot buitensporig hoge tarieven te adresseren.

Het BULRIC-model berust bovendien op een aantal onjuiste en/of niet-realistische aannames, die elk afzonderlijk reeds tot effect hebben dat de kosten voor gespreksafgifte in dit model kunstmatig laag uitkomen. Nu hiermee vaststaat dat het eindtariefplafond te laag is vastgesteld, bestaat er voldoende aanleiding tot schorsing van de tariefverplichting.

Tot slot heeft Vodafone betoogd dat OPTA de welvaartsanalyse onjuist heeft uitgevoerd. Ten onrechte gaat de welvaartsanalyse er vanuit dat een groot positief welvaartseffect zal ontstaan als gevolg van de in het bestreden besluit neergelegde tariefverplichting. Een verlaging van het MTA-tarief tot het niveau dat is gebaseerd op het pure BULRIC-model, zal leiden tot welvaartsverlies bij consumenten. Bovendien heeft OPTA onjuiste aannames over het waterbedeffect en de 'cost-pass-throughrate' gehanteerd.

7. Het standpunt van Lycamobile

Lycamobile heeft ter onderbouwing van haar verzoek, samengevat weergegeven, aangevoerd dat zij als gevolg van het bestreden besluit zal worden gedwongen mobiele gespreksafgifte onder de kostprijs aan te bieden. Hierdoor zal zij niet langer in staat zijn om de door haar gedane investeringen terug te verdienen en is uittrading uit de Nederlandse markt op termijn onvermijdelijk.

OPTA heeft ten onrechte gekozen voor symmetrische tariefregulering in de zin dat voor mobiele aanbieders met (grotendeels) een eigen netwerk, ook aangeduid als 'mobile network operators' (hierna: MNO's), een gelijk tariefplafond is vastgesteld als voor mobiele aanbieders die gebruik maken van de netwerken van MNO's, ook aangeduid als 'mobile virtual network operators' (hierna: MVNO's). De omstandigheid dat Lycamobile een MVNO is, heeft OPTA ten onrechte niet als een exogene, buiten de invloed van een aanbieder liggende, factor beschouwd.

Lycamobile heeft voorts betoogd dat zij niet als onderneming met AMM kan worden aangemerkt en dat als gevolg daarvan aan haar geen tariefverplichting kan worden opgelegd.

8. De standpunten van de derde-partijen

8.1 UPC heeft ter zitting, samengevat weergegeven, geconcludeerd dat niet voldaan is aan de wettelijke vereisten van artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) voor het treffen van een voorlopige voorziening aangezien er aan de zijde van verzoeksters geen sprake is van een spoedeisend belang.

Voorts heeft UPC erop gewezen dat schorsing van het bestreden besluit zal leiden tot onoverkomelijke executieproblemen. Daarentegen zal het in stand laten van het bestreden besluit geen onomkeerbare gevolgen met zich brengen.

8.2 Evenals UPC heeft Ziggo ter zitting, samengevat weergegeven, betoogd dat het verzoeksters aan het rechtens vereiste spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening ontbreekt. Voorts hebben verzoeksters niet aannemelijk gemaakt dat ook zonder diepgaand onderzoek naar de feiten of het recht geoordeeld kan worden dat de kans groot is dat het College, oordelend in de bodemprocedure, op een of meer van de in de onderhavige voorzieningenprocedure aangevoerde gronden dan wel ambtshalve het bestreden besluit zal vernietigen.

Bovendien heeft Ziggo aangevoerd dat haar belang bij het in stand laten van het bestreden besluit dient te prevaleren boven de belangen van verzoeksters bij het treffen van een voorlopige voorziening, nu laatstgenoemde belangen financieel van aard zijn, niet onomkeerbaar worden geraakt en overigens onvoldoende onderbouwd zijn.

8.3 Tele2, BT en Verizon hebben ter zitting, samengevat weergegeven, betoogd dat niet valt in te zien waarom verzoeksters de beroepsprocedures tegen het bestreden besluit niet zouden kunnen afwachten. Aldus hebben verzoeksters geen spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening. Bovendien is er geen sprake van dat het bestreden besluit evident onrechtmatig is. Schorsing van het bestreden besluit ligt daarom niet in de rede.

Tele2, BT en Verizon hebben voorts gewezen op de belangen van de vaste aanbieders. Deze belangen dienen bij de beoordeling van de verzoeken om voorlopige voorziening nadrukkelijk te worden meegewogen.

9. Het standpunt van OPTA

OPTA heeft geconcludeerd tot afwijzing van de verzoeken om voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter acht het niet noodzakelijk het verweer van OPTA en de betogen van verzoeksters ter zitting hier afzonderlijk weer te geven. Hetgeen partijen naar aanleiding van de hierboven weergegeven gronden hebben aangevoerd, zal worden betrokken en waar nodig besproken bij de beoordeling van de verzoeken.

10. De beoordeling van het geschil

10.1 Ingevolge artikel 8:81 Awb in samenhang gelezen met artikel 19, eerste lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie kan, indien tegen een besluit beroep is ingesteld bij het College, de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening treffen, indien onverwijld spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Voor zover in deze uitspraak een oordeel wordt gegeven over de rechtmatigheid van het bestreden besluit, is sprake van een voorlopig oordeel dat het College niet bindt in de aanhangige bodemprocedures.

10.2 De voorzieningenrechter ziet zich allereerst geplaagd voor de vraag of verzoeksters een spoedeisend belang hebben dat het treffen van een voorlopige voorziening kan rechtvaardigen. De voorzieningenrechter overweegt dienaangaande het volgende.

Van de zijde van de derde-partijen is erop gewezen dat verzoeksters louter een financieel belang hebben bij het treffen van een voorlopige voorziening en dat een dergelijk belang – gelet op vaste jurisprudentie – op zichzelf onvoldoende is voor het aannemen van een spoedeisend belang.

Vast staat dat als gevolg van de bij het bestreden besluit aan verzoeksters opgelegde tariefregulering de maximum in rekening te brengen MTA-tarieven over de periode van 7 juli 2010 tot en met 1 september 2012 in zeer aanzienlijk mate dalen. Deze tariefregulering heeft tot gevolg dat verzoeksters in genoemde periode geconfronteerd worden met een zeeraanzienlijke daling van inkomsten uit de aan andere vaste en mobiele aanbieders aangeboden dienst van mobiele gespreksafgifte.

Daarmee is echter niet gezegd dat verzoeksters louter een financieel belang hebben bij het treffen van een voorlopige voorziening. In verband met de zeer aanzienlijke daling van het MTA-tariefplafond hebben verzoeksters aannemelijk gemaakt dat het bestreden besluit van grote invloed is op de gehele meerjarige bedrijfsvoering van de betrokken ondernemingen. Met name zullen aanpassingen moeten volgen in de retailtarieven, die voor langere tijd gevolgen kunnen hebben in de concurrentieverhoudingen op de retailmarkt en die bij een eventuele vernietiging van het bestreden besluit niet eenvoudig ongedaan gemaakt kunnen worden.

Mede in het licht van de reeds per 7 juli 2010 en 1 september 2010 geëffectueerde, en de per 1 januari 2011 te effectueren tariefsverlagingen acht de voorzieningenrechter daarin een voldoende mate van spoedeisendheid gelegen om tot een afweging van de betrokken belangen alsmede een voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit over te gaan.

10.3 T-Mobile heeft aangevoerd dat continuering van een voor haar, ten opzichte van KPN en Vodafone, geldend hoger MTA-tariefplafond gerechtvaardigd is.

De voorzieningenrechter stelt vast dat het voor T-Mobile geldende hogere MTA-tariefplafond in de voorheen geldende regulering was gebaseerd op een verschil in exogene kosten tussen T-Mobile enerzijds en KPN en Vodafone anderzijds. Dit exogene kostenverschil vloeide voort uit de omstandigheid dat KPN en Vodafone een deel van hun spectrum zonder kosten hadden verkregen terwijl T-Mobile voor haar gehele spectrum een marktprijs had betaald. Ten aanzien van het MTA-2-besluit heeft het College in de uitspraak van 26 mei 2010 geoordeeld dat het in het licht van de in artikel 1.3, eerste lid, Tw geformuleerde doelstellingen geen onjuiste benadering van OPTA was om in het te hanteren kostentoerekeningssysteem slechts rekening te houden met kostenverschillen tussen aanbieders als het gaat om verschillen veroorzaakt door exogene omstandigheden en geen rekening te houden met de endogene, binnen de invloedssfeer van een aanbieder liggende, kostenverschillen. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter heeft dit uitgangspunt ook voor het bestreden besluit te gelden. De vraag ligt dan voor of T-Mobile ook thans nog wordt geconfronteerd met zodanig hogere exogene kosten ten opzichte van KPN en Vodafone dat OPTA gehouden was om voor T-Mobile een hoger MTA tariefplafond vast te stellen. Voor bevestigende beantwoording van die vraag vindt de voorzieningenrechter onvoldoende grond.

Er moet vanuit gegaan worden dat KPN en Vodafone, vanaf de verlenging van hun vergunning met ingang van maart 2010, een licentieprijs betalen die is gebaseerd op een geschatte marktwaarde van de door hen geëxploiteerde netwerken. T-Mobile stelt wel, dat tegen de juistheid van die schatting steekhoudende argumenten kunnen worden ingebracht, maar dat neemt niet weg dat OPTA er bij zijn besluitvorming van mag uitgaan dat niet langer gesproken kan worden van een situatie waarin KPN en Vodafone bevoordeeld worden, doordat zij hun netwerken zonder redelijke vergoeding aan de overheid kunnen exploiteren. In het bestreden besluit motiveert OPTA de symmetrische tariefplafonds voor alle mobiele aanbieders door erop te wijzen dat het voorheen bestaande exogene kostenverschil tussen T-Mobile, KPN en Vodafone daarmee is komen te vervallen.

Mede in aanmerking genomen de te respecteren beoordelingsvrijheid van OPTA, acht de voorzieningenrechter het voormelde in het bestreden besluit neergelegde standpunt niet kennelijk onjuist.

10.4 T-Mobile heeft vervolgens nog betoogd dat de omstandigheid dat OPTA de delta per 1 september 2010 heeft afgeschaft zonder daarbij te voorzien in een glijpad, noopt tot het treffen van een voorlopige voorziening.

De voorzieningenrechter overweegt dienaangaande dat onder punt 10.3 is vastgesteld dat er geen rechtvaardiging meer is voor het hanteren van een delta. Gelet op het belang van KPN en Vodafone bij symmetrische regulering, heeft OPTA daarom in beginsel kunnen overwegen om de asymmetrische tariefregulering te beëindigen op het moment dat de grondslag daarvoor verviel. Dit zou slechts anders zijn als zich hier een situatie zou voordoen, waarin, zoals het College bij zijn heropeningsbeschikking van 23 juli 2008 (AWB 07/674 e.a.; LJN: BD8280) heeft overwogen, een dergelijk abrupt optreden zou leiden tot onevenredig nadelige gevolgen voor de bedrijfsvoering van de betrokken mobiele aanbieder als gevolg van het plotseling wegvallen van een groot deel van een belangrijke inkomstenbron.

In dit verband heeft T-Mobile erop gewezen dat OPTA in het bestreden besluit wel heeft voorzien in een glijpad met betrekking tot de verlaging van het generieke MTA-tarief, terwijl deze verlaging voor haar leidt tot het wegvallen van een minder belangrijke inkomstenbron dan waartoe de afschaffing van de delta zal leiden. Een verlaging van het generieke MTA-tarief met 1 eurocent per minuut, scheelt T-Mobile op jaarbasis ongeveer € 5.000.000,-, terwijl de afschaffing van de delta van 1 eurocent per minuut, voor haar een kostenpost van ongeveer € 25.000.000,- per jaar tot gevolg heeft. Van de zijde van OPTA is daartegen ter zitting ingebracht dat OPTA heeft voorzien in een glijpad voor de totale verlaging van het MTA-tarief van 5,6 euro-

cent per minuut naar 1,2 eurocent per minuut. Deze verlaging zal naar schatting van OPTA voor T-Mobile leiden tot een verlies aan jaarlijkse inkomsten van ongeveer € 50.000.000,-. De afschaffing van de delta is in verhouding hiermee een kleinere stap die op zichzelf niet noopt tot het instellen van een glijpad.

In het licht van de hieromtrent ter zitting gevoerde discussie constateert de voorzieningenrechter dat de door T-Mobile gepresenteerde cijfers niet onomstreden zijn.

Gelet ook op het feit, dat de delta ertoe strekte T-Mobile te compenseren voor het feit dat zij hogere kosten had dan haar concurrenten en deze concurrenten nu een extra betalingsverplichting opgelegd hebben gekregen, is voor de voorzieningenrechter niet aannemelijk geworden dat de direct ingaande afschaffing van de delta onevenredig nadelige gevolgen voor de bedrijfsvoering oplevert, als waarvan in de heropeningsbeschikking sprake was.

Mede gelet op het uit het oogpunt van concurrentiële overwegingen aan symmetrische regulering van alle mobiele aanbieders onderling te hechten belang, acht de voorzieningenrechter daarom geen noodzaak aanwezig tot het treffen van een voorlopige voorziening.

10.5 Vodafone heeft betoogd dat OPTA het glijpad ten behoeve van de verlaging van het MTA-tariefplafond ten onrechte heeft doen aanvaangen op een tarief dat is gelegen onder het op de datum van inwerking-treding van het bestreden besluit daadwerkelijk gehanteerde MTA tarief van 7,0 eurocent.

OPTA heeft het starttarief van het glijpad in randnummers 676 en 677 in het bestreden besluit gemotiveerd met een verwijzing naar eerdergenoemde uitspraak van het College van 26 mei 2010. Uit deze uitspraak leidt OPTA af dat het College de invulling van kostenoriëntatie en BULRIC uitkomend op een plafond gelijk aan de oude BULRIC kostprijzen van 7,1 eurocent (T-Mobile) en 5,6 eurocent (KPN en Vodafone) aan het einde van de reguleringsperiode, als rechtmatig zou hebben beoordeeld. De voorzieningenrechter constateert dat in de uitspraak van 26 mei 2010 het College heeft geoordeeld dat in het MTA-2b-besluit een deugdelijke motivering ontbreekt van de keuze door OPTA voor het in de op 11 mei 2007 tussen KPN, Vodafone, Orange, Tele2, T-Mobile en Telfort gesloten vaststellingsovereenkomst bepaalde MTA-tarief, in plaats van voor het BULRIC-tarief dat in overeenstemming is met het beginsel van kostenoriëntatie.

Uit de uitspraak kan worden opgemaakt, dat – indien OPTA bij het MTA-2b-besluit het door haar berekende BULRIC-tarief als tariefplafond zou hebben opgelegd – het College dit niet als onrechtmatig zou hebben aangemerkt. De voorzieningenrechter wil voor de beoordeling in de hier aan de orde zijnde voorzieningenprocedure daarom wel aannemen dat – indien OPTA ervoor gekozen zou hebben om na de vernietiging bij de uitspraak van 26 mei 2010 nog een MTA-2c-herstelbesluit te nemen – bij een toetsing in beroep alleen de datum van ingang van oplegging van een BULRIC-tarief nog ter discussie zou hebben gestaan. OPTA's keuze om dit tarief per 7 juli 2010 op te leggen en op basis daarvan de verdere besluitvorming te verrichten, is in dat licht te beschouwen als een keuze, waarvan niet gezegd kan worden dat aannemelijk is dat het College, oordelend in de hoofdzaak, deze onrechtmatig zou achten.

10.6 Door T-Mobile, KPN en Vodafone is betoogd dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 6a.2, derde lid, Tw aangezien de invulling van de tariefverplichting met het pure BULRIC model niet voldoet aan het passendheidsvereiste nu dit niet is gebaseerd op de aard van het op de in het bestreden besluit geanalyseerde markt geconstateerde probleem en voorts niet proportioneel is.

10.6.1 In randnummer 412 in het bestreden besluit heeft OPTA geconcludeerd dat het aannemelijk is dat aanbieders van gespreksafgifte, waaronder verzoeksters, op de relevante markten in staat zijn buitensporig hoge tarieven te rekenen. In verband met hun AMM-posities hebben de aanbieders de mogelijkheid om de tarieven op een buitensporig hoog niveau vast te stellen. Voorts hebben zij tevens een prikkel om de tarieven op dit niveau te handhaven. In randnummer 496 is OPTA tot de conclusie gekomen dat het opleggen van tariefregulering aan aanbieders van gespreksafgifte een geschikte en noodzakelijke maatregel is aangezien het de lichtst denkbare verplichting is die het geïdentificeerde mededingingsprobleem van buitensporig hoge afgiftetarieven die in het nadeel van eindgebruikers zijn, kan adresseren. Gelet hierop is de beslissing om tariefregulering op te leggen gebaseerd op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem, als bedoeld in artikel 6a.2, derde lid, Tw.

10.6.2 In het MTA-2b-besluit heeft OPTA overwogen dat een prijsplafond, vastgesteld op basis van het BULRIC-model de potentiële mededingingsproblemen van buitensporig hoge prijzen en marge-uit-holling op afdoende wijze kan adresseren. Tussen partijen is niet in geschil dat het pure BULRIC model, zoals door OPTA in het bestreden besluit is toegepast, voor verzoeksters belastender is dan het BULRIC-model aangezien in eerstgenoemd model enkel de incrementele kosten onder de voor vergoeding in aanmerking te komen relevante kosten worden gerekend en geen vergoeding mogelijk is voor de gemeenschappelijke kosten. Aldus kan de vraag worden opgeworpen of een prijsplafond vastgesteld op basis van het pure BULRIC-model voldoet aan het beginsel van proportionaliteit als bedoeld in artikel 6a.2, derde lid, Tw.

OPTA heeft haar keuze voor de invulling van het pure BULRIC-model gemotiveerd door erop te wijzen dat de nadelige effecten van een inefficiënte tariefstructuur voor eindgebruikers en aanbieders primair alleen volledig kunnen worden voorkomen door afgiftetarieven op het niveau van de incrementele kostprijs. OPTA heeft daarbij uiteengezet van mening te zijn dat, als een verplichting tot tariefregulering moet worden opgelegd, bij de bepaling van de exacte inhoud daarvan steun gevonden kan worden in het bepaalde in artikel 1.3 Tw. Daarbij heeft OPTA ook een beroep gedaan op de uitspraak van het College van 26 mei 2010, overweging 17.3.1, waaruit zij afleidt dat bij voorkeur gekozen moet worden voor de maatregel die het consumentensurplus maximaal doet toenemen.

De voorzieningenrechter kan de houdbaarheid van deze interpretatie op dit moment in het midden laten, omdat OPTA in randnummer 644 van het bestreden besluit heeft vastgesteld dat het MTA-tarief op basis van het BULRIC-model zou uitkomen op 2,4 eurocent per minuut terwijl het MTA-tarief op basis van het pure BULRIC-model 1,2 eurocent per minuut bedraagt. Derhalve zal de vraag of een tariefplafond, vastgesteld op basis van het door OPTA gehanteerde pure BULRIC-model aan het proportionaliteitsbeginsel voldoet, pas feitelijk relevant zijn op het moment dather in het bestreden besluit neergelegde MTA tariefplafond onder 2,4 eurocent per minuut zal komen.

De voorzieningenrechter stelt vast dat het bestreden besluit voorziet in een maximaal MTA-tarief van 2,7 eurocent per minuut in de periode vanaf 1 september 2011 tot 1 september 2012. Vanaf 1 september 2012 geldt een MTA-tariefplafond van 1,2 eurocent per minuut. In zoverre is de houdbaarheid van de opgelegde tariefregulering in het licht van de hier aan de orde zijnde kwestie pas na 1 september 2012 aan de orde.

Ook als moet worden aangenomen dat OPTA tot een ander glijpad zou hebben besloten, als zij met verzoeksters zou menen, dat oplegging van een lager tariefplafond dan 2,4 eurocent per minuut niet proportioneel zou zijn, levert dat onvoldoende grond op voor het oordeel dat van verzoeksters niet gevergd kan worden het – op zichzelf niet onrechtmatige – tariefplafond van 2,7 eurocent tot de uitspraak in hoofdzaak in acht te nemen.

Het College heeft partijen aangekondigd de beroepen in de bodemprocedure medio maart 2011 ter zitting te zullen behandelen. Het ligt daarom in de rede te verwachten dat het College voor 1 september 2012 uitspraak in de bodemprocedure zal hebben gedaan. Gelet hierop is er op dit moment geen grond om over te gaan tot het treffen van een voorlopige voorziening.

10.7 KPN en Vodafone hebben aangevoerd dat OPTA niet zonder voorafgaande nieuwe uniforme openbare voorbereidingsprocedure en Europese consultatieprocedure in het bestreden besluit had mogen afwijken van de in Annex A van het ontwerpbesluit opgenomen tariefplafonds. De voorzieningenrechter constateert dat OPTA naar aanleiding van de uitspraak van het College van 26 mei 2010 het ontwerpbesluit heeft aangepast in die zin dat de MTA-tariefplafonds per 7 juli 2010, 1 september 2010, 1 januari 2011 en 1 september 2011 in het bestreden besluit zijn gewijzigd, zoals vermeld onder punt 3 van deze uitspraak. Er heeft evenwel geen wijziging plaatsgevonden met betrekking tot het MTA-tariefplafond per 1 september 2012.

10.7.1 Op 26 april 2010 heeft OPTA het ontwerpbesluit ter inzage gelegd en zijn marktpartijen in de gelegenheid gesteld hun schriftelijke zienswijzen over het ontwerpbesluit aan OPTA kenbaar te maken. Ingevolge artikel 6b.1 Tw in verbinding met artikel 3:16, eerste lid, Awb hadden marktpartijen in een periode van zes weken de mogelijkheid om zienswijzen naar voren te brengen. De termijn voor de nationale consultatie verliep derhalve op 7 juni 2010. Voornoemde uitspraak van het College is bekendgemaakt binnen deze termijn van

de nationale consultatie. Het stond marktpartijen dan ook vrij om bij hun zienswijze in te gaan op de vraag welke gevolgen aan de uitspraak van het College voor het ontwerpbesluit in het algemeen, en de daarin opgenomen tariefregulering in het bijzonder, zouden moeten worden verbonden. De voorzieningenrechter stelt vast dat KPN in haar zienswijze OPTA onder meer het volgende heeft meegedeeld.

Gegeven de huidige situatie ziet KPN in de CBB uitspraak geen reden voor OPTA om het voorliggende ontwerpbesluit aan te passen voor wat betreft het gehanteerde glijpad voor gespreksafgiffetarieven [...]. Het ontwerpbesluit strijdt niet met de door het CBB aangegeven uitgangspunten en evenmin met de door het CBB verstrekte duidelijkheid over het recht.

De voorzieningenrechter stelt voorts vast dat UPC in haar zienswijze OPTA eveneens heeft gewezen op de uitspraak van 26 mei 2010 van het College.

Het CBB heeft het MTA besluit 2007 – en daarmee ook de aanpassing in het MTA besluit 2008 – op 26 mei 2010 vernietigd. OPTA dient dit – in het bijzonder het effect hiervan op de tariefregulering van de mobiele aanbieders – in het definitieve besluit MTA/FTA te verwerken.

[...]

Indien wel van een glijpad uitgegaan zou mogen worden, dient – aangezien het CBB in de uitspraak van 26 mei 2010 het MTA besluit 2007 en daarmee de tariefregulering op basis van de convenantstarieven heeft vernietigd – het startpunt van het glijpad bijgesteld te worden. Het glijpad dient aan te vangen met een tarief onder het niveau van de laatste stap uit het op BULRIC gebaseerde glijpad uit het MTA besluit 2007.

Aldus is komen vast te staan dat OPTA door marktpartijen enerzijds in overweging is gegeven het ontwerpbesluit niet aan te passen en anderzijds is meegedeeld dat de uitspraak van het College wel tot een aanpassing van het ontwerpbesluit zou behoren te leiden. In het licht hiervan kan aan OPTA worden toegegeven dat een hernieuwde nationale consultatieprocedure in dit verband naar verwachting geen voor een zorgvuldige besluitvorming noodzakelijke nieuwe zienswijzen zou opleveren. Op grond van het voorgaande kan naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter daarom niet tot de conclusie worden gekomen dat het bestreden besluit onmiskenbaar onrechtmatig is, dan wel dat OPTA het bestreden besluit met veronachtzaming van de belangen van verzoeksters heeft genomen.

10.7.2 Op 27 april 2010 heeft OPTA het ontwerpbesluit ter notificatie voorgelegd aan de Commissie en aan de nationale regelgevende instanties van de EU-lidstaten. Ingevolge artikel 7, derde lid, Kaderrichtlijn verliep de termijn van de Europese consultatie eveneens op 7 juni 2010. Op deze datum heeft de Commissie aan OPTA haar opmerkingen met betrekking tot het ontwerpbesluit kenbaar gemaakt. De nationale consultatieprocedure heeft dan ook gelijktijdig met de nationale consultatie gelopen. De voorzieningenrechter overweegt dat de Commissie meermalen in haar beoordelingen van aan haar voorgelegde ontwerpbesluiten heeft opgemerkt dat een hernieuwde Europese consultatieprocedure aangewezen is, wanneer een ontwerpbesluit ten gevolge van de nationale consultatieprocedure door de nationale regelgevende instantie in materiële zin wordt gewijzigd. In zoverre zou tot de conclusie gekomen kunnen worden dat OPTA gehouden was om een gewijzigd ontwerpbesluit aan de Commissie ter notificatie voor te leggen. De voorzieningenrechter staat daarom voor de vraag of er een noodzaak bestaat tot het treffen van een voorlopige voorziening nu OPTA heeft nagelaten het ontwerpbesluit naar aanleiding van de door haar voorgenomen wijzigingen nogmaals ter notificatie aan de Commissie voor te leggen. Deze vraag beantwoordt de voorzieningenrechter ontkennend en overweegt dienaangaande het volgende.

In haar opmerkingen heeft de Commissie geen overwegingen gewijd aan het in het ontwerpbesluit opgenomen glijpad. Als gevolg van de naar aanleiding van de uitspraak van het College van 26 mei 2010 doorgevoerde aanpassingen, is het glijpad in het bestreden besluit iets geleidelijker gemaakt door in vijf in plaats van in vier stappen op het uiteindelijke MTA-tariefplafond van 1,2 eurocent per minuut uit te komen, terwijl daarnaast het startpunt van het glijpad verlaagd is. Het betreft naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet een wijzigingsbeslissing die op zichzelf voldoet aan de omschrijving van artikel 7, derde lid, van de Kaderrichtlijn, waarnaar in artikel 6b.2 Tw wordt verwezen, van besluiten die aan de Commissie moeten worden voorgelegd.

De voorzieningenrechter acht niet aannemelijk dat de aanpassing van het glijpad een belemmering voor de interne Europese markt kan opwerpen of ernstige twijfels zou oproepen omtrent de verenigbaar-

heid van het bestreden besluit met het Unierecht en de in artikel 8 Kaderrichtlijn genoemde doelstellingen. In het licht hiervan kan de voorzieningenrechter niet als vaststaand aannemen, dat OPTA deze wijziging niet had mogen aanbrengen, zonder de zaak opnieuw aan de Commissie voor te leggen. Evenmin kan, naar voorlopig oordeel, zonder meer gezegd worden, dat een procedurefout in deze zonder meer tot vernietiging van het bestreden besluit moet leiden.

Gelet daarop rechtvaardigt de twijfel of een hernieuwde Europese consultatie noodzakelijk geweest zou zijn naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet dat thans een voorlopige voorziening wordt getroffen als door verzoeksters verzocht.

10.8 In het kader van haar stelling dat zij niet kan worden aangemerkt als onderneming met AMM, heeft Lycamobile erop gewezen dat zij op 17 juli 2009 met KPN in het kader van de totstandbrenging van interoperabiliteit een interconnectieovereenkomst heeft gesloten. Het betoog van Lycamobile komt erop neer dat KPN gedurende de onderhandelingen over de interconnectieovereenkomst effectieve tegenwerkende kopersmacht heeft kunnen uitoefenen waardoor Lycamobile niet in staat is gebleken om een tarief voor mobiele gespreksafgifte in rekening te brengen dat uitstijgt boven het MTA-tarief van haar netwerkhost Vodafone. Hierop heeft Lycamobile bij OPTA een verzoek om geschilbeslechting ingediend. De omstandigheid dat OPTA in het geschilbesluit van 11 januari 2010 tot de conclusie is gekomen dat Lycamobile gehouden is het principe 'MVNO volgt host' toe te passen, brengt naar de mening van Lycamobile met zich dat zij geen AMM heeft. De voorzieningenrechter overweegt dienaangaande het volgende.

In voornoemd geschilbesluit heeft OPTA overwogen dat de omstandigheid dat Lycamobile in het destijds geldende MTA-marktanalysebesluit niet is aangewezen als aanbieder met AMM, niet leidt tot het oordeel dat hetonredelijk is dat andere aanbieders voor afgifte bij Lycamobile eenzelfde afgiftetarief zouden moeten betalen als voor afgifte bij haar netwerkhost Vodafone. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter kan aan de omstandigheid dat het door Lycamobile ingediende geschilverzoek door OPTA is afgewezen, niet de conclusie verbonden worden dat Lycamobile geen AMM heeft. Daarbij tekent de voorzieningenrechter aan dat niet slechts van AMM gesproken kan worden als een onderneming op een markt in het geheel geen rekening hoeft te houden met concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten, maar reeds als zij zich in belangrijke mate onafhankelijk daarvan kan gedragen. Dat Lycamobile KPN niet zonder meer kan verplichten het door haar gevraagde tarief te accepteren is onvoldoende om te constateren dat zij dat, anders dan andere aanbieders van afgifte, zich niet onafhankelijk kan gedragen.

10.9 Volgens Lycamobile heeft OPTA in het bestreden besluit ten onrechte gekozen voor symmetrische tariefregulering in die zin dat voor haar, als MVNO, eenzelfde tariefplafond is vastgesteld als voor de mobiele aanbieders die als MNO op de Nederlandse markt actief zijn. Lycamobile stelt dat voor haar een hoger tarief zou moeten gelden, dan in het bestreden besluit als plafond is vastgesteld. In dit verband heeft Lycamobile aangevoerd dat de omstandigheid dat zij als MVNO moet worden beschouwd een voor haar exogene factor vormt.

De voorzieningenrechter overweegt dat OPTA in het bestreden besluit heeft erkend dat MVNO's een specifiek bedrijfsmodel, en als gevolg daarvan, eveneens een specifieke kostenstructuur hebben, die verschillen van die van MNO's. Daarbij heeft OPTA onder ogen gezien dat niet is uitgesloten dat als gevolg van de bijzondere positie die MVNO's innemen, zij geconfronteerd kunnen worden met hogere kosten dan de aanbieders die als MNO actief zijn. Dit mogelijke kostenverschil heeft OPTA echter niet relevant geacht voor het vaststellen van afwijkende tariefplafonds voor MVNO's aangezien de omstandigheid dat een MVNO gebruik maakt van het netwerk van een MNO door OPTA is aangemerkt als een endogene factor.

OPTA stelt zich op het standpunt dat het voor iedere telecomaanbieder en dus ook voor Lycamobile in het verleden mogelijk is geweest om als MNO tot de Nederlandse markt toe te treden. Ook begin 2010 bestond immers nog de mogelijkheid om een licentie te verkrijgen met de frequentie 2600 MHz. Nu het aldus in haar mogelijkheid had gelegen MNO te worden is de hoedanigheid van MVNO het gevolg van een eigen eerder genomen beslissing dat niet te doen en derhalve een endogene factor.

De voorzieningenrechter laat in het midden of dit betoog houdbaar zal blijken. Naar zijn oordeel is beslissend, dat de enkele stelling van een MVNO, dat hij zich op de Nederlandse markt bij de voorge-

nomen tariefregulering niet staande zal kunnen houden, OPTA niet verplicht om voor die MVNO alsnog een voorziening te creëren, die dat mogelijk maakt. De vraag of dat anders zou zijn, als geen enkele MVNO op de Nederlandse markt staande zou kunnen blijven, hoeft de voorzieningenrechter op dit moment niet te beantwoorden, aangezien gesteld noch gebleken is dat zich die situatie voordoet.

In het licht hiervan komt de voorzieningenrechter tot het voorlopig oordeel dat deze grief van Lycamobile geen grond vormt om tot schorsing of het treffen van een voorlopige voorziening over te gaan.

10.10 T-Mobile en Vodafone hebben zich tegen de door OPTA uitgevoerde effectenanalyse gericht en betoogd dat van de in het bestreden besluit voorziene tariefregulering geen positief welvaartseffect te verwachten is. Het verschil van inzicht tussen T-Mobile en Vodafone enerzijds en OPTA anderzijds spint zich toe op de vraag welke effecten op de retailmarkten te verwachten zijn van een verlaging van de MTA-tarieven.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat door de Commissie in de Aanbeveling afgiftetarieven 2009 is voorgeschreven dat de NRI's de marktregulering zodanig vorm geven dat alleen die kosten aan de geregelde gespreksafgiftdiensten worden toegerekend die vermeden kunnen worden wanneer gespreksafgifte op wholesaleniveau aan derden niet langer wordt verstrekt. Aan de andere kant moet de voorzieningenrechter onder ogen zien dat de door OPTA uitgevoerde effectenanalyse van deze – door de Commissie voorgeschreven – wijze van regulering niet buiten twijfel stelt dat van de in het bestreden besluit vervatte tariefregulering, zoals OPTA stelt, een duidelijk positief welvaartseffect te verwachten is. Verzoeksters hebben met nadruk naar voren gebracht, dat dit afhankelijk is van de vraag in hoeverre de vaste aanbieders de verlaging van het MTA tarief aan de consument doorgeven.

Gelet op artikel 15, derde lid, Kaderrichtlijn heeft als uitgangspunt te gelden dat OPTA bij de regulering van de Nederlandse markt zoveel mogelijk rekening heeft te houden met de door de Commissie uitgebrachte aanbevelingen, waaronder de Aanbeveling afgiftetarieven 2009. Daarbij heeft OPTA onweersproken gesteld dat de Commissie die Aanbeveling heeft gebaseerd op een eigen analyse van de daarvan te verwachte effecten. In die analyse komt de Commissie tot de conclusie dat regulering van de afgiftetarieven aan de hand van het pure BULRIC-model naar verwachting tot een in totaliteit positief welvaartseffect zal leiden.

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. Zoals het College in de uitspraak van 26 mei 2010 heeft overwogen noopt deze onzekerheid tot een zekere mate van voorzichtigheid bij het verbinden van conclusies aan de uitkomsten van de welvaartsanalyse. OPTA heeft de onzekerheidsmarges in de door haar uitgevoerde effectenanalyse grotendeels ondervangen door meerdere scenario's uit te werken waarbij telkens met andere parameters is gerekend. Bovendien heeft OPTA deze scenario's niet alleen ten behoeve van het pure BULRIC-model doorgerekend maar tevens de effecten van regulering bepaald als zij zou hebben gekozen voor een BULRIC-model, dan wel een plus BULRIC-model. Tevens heeft OPTA gemotiveerd dat de door haar in de welvaartsanalyse gehanteerde uitgangspunten en parameters overeenkomen met inzichten daarover in de economische literatuur. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter kan dan ook thans niet tot de conclusie worden gekomen dat OPTA de te betrachten mate van voorzichtigheid bij het analyseren van de welvaartseffecten heeft overschreden.

In het licht van het voorgaande ziet de voorzieningenrechter geen grond om te oordelen dat OPTA op onvoldoende grond heeft besloten tot het opleggen van de tariefregulering. OPTA heeft – gelet op alle omstandigheden en naar voorlopig oordeel – in redelijkheid daarvoor kunnen kiezen.

10.11 Ook in hetgeen overigens door verzoeksters is aangevoerd ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter acht geen termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 Awb.

11. De beslissing

De voorzieningenrechter wijst de verzoeken om voorlopige voorziening af.

Aldus gewezen door mr. W.E. Doolaard, in tegenwoordigheid van mr. G.D. Kleijne als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 5 november 2010.

Noot

Luurt Wildeboer

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

Bovenstaande uitspraak heeft betrekking op een marktanalysebesluit van OPTA van 7 juli 2010 op grond van art. 6a.1 van de Telecommunicatiewet (Tw). Het gaat hier om een marktanalysebesluit voor de markt van vaste gespreksafgifte (FTA) en mobiele gespreksafgifte (MTA), waarbij voor het eerst de tarieven voor FTA en MTA door OPTA in hetzelfde besluit zijn gereguleerd. MTA en FTA tarieven zijn de tarieven die mobiele en vaste partijen aan elkaar in rekening brengen voor afgifte van verkeer op hun eigen netwerken. De MTA-tarieven liggen daarbij traditioneel op een hoger niveau dan de FTA tarieven.

Met dit besluit en deze uitspraak wordt een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan het boek over de (diverse pogingen van OPTA tot) regulering van de markt voor mobiele gespreksafgifte. De eerdere (marktanalyse)besluiten van OPTA waarbij MTA-tarieven werden gereguleerd zijn op steeds weer andere gronden door het CBB vernietigd.¹ Overigens zijn de MTA-tarieven in de praktijk de afgelopen jaren wel sterk gedaald in overeenstemming met convenanten die onder druk van (dreigende) regulering door OPTA tussen de mobiele aanbieders zijn afgesloten. In die convenanten en (de pogingen tot) regulering door OPTA werd een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de partijen die een deel van hun frequenties in het verleden zonder betaling tijdens een tender hebben verworven (KPN en Vodafone) en anderzijds de partijen die hun frequenties via een veiling hebben verworven (T-Mobile en (destijds) Orange). Deze laatste partijen mochten vanwege de extra 'exogene' kosten die zij op de veilingen hebben moeten maken hogere MTA tarieven in rekening brengen. Dat verschil tussen mobiele aanbieders is in het onderhavige marktanalysebesluit komen te vervallen. Voor mobiele netwerkaanbieders die gebruik maken van een netwerk van een andere mobiele partij, zoals Tele2 en Lycamobile, geldt er gold dat de MTA-tarieven die deze partijen in rekening brengen gelijk zijn aan de MTA-tarieven die van toepassing zijn voor het hostende netwerk waarvan zij gebruik maken.

Het marktanalysebesluit van 7 juli 2010 bevat 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.²

Op grond van de Tw moet OPTA onderzoek doen naar de mate van concurrentie op de verschillende markten in Nederland. Uitgangspunt voor de marktanalysebesluiten zijn de markten die door de Europese Commissie zijn geïdentificeerd in haar Aanbeveling voor (ex ante-)regulering.³ Vervolgens moet OPTA nagaan of er partijen actief zijn op die markt met een aanmerkelijke marktmacht. Als blijkt dat er partijen zijn die aanmerkelijke marktmacht hebben, kan OPTA ter bevordering van de mededinging voorwaarden stellen aan de tarieven alsmede verplichtingen opleggen die leiden tot een situatie als ware er sprake van voldoende concurrentie. Volgens OPTA bestaat er op zowel de markten voor mobiele gespreksafgifte als de markten voor vaste gespreksafgifte vanuit een oogpunt van een eerlijke mededinging met name een potentieel gevaar voor buitensporig hoge tarieven en marge-utholling ten gevolge van te hoge gespreksafgiftetarieven. OPTA heeft derhalve aan de vaste en mobiele partijen tariefregulering opgelegd, waarbij de door OPTA in het bestreden besluit voorgeschreven tariefplafonds in acht moeten worden genomen.

1 CBB 29 augustus 2006, *LJN AY7997*; CBB 23 juli 2008, *LJN BD8280*, *Mediaforum* 2008-10, nr. 35, p. 416-420 m.nt. L.J. Wildeboer; CBB 26 mei 2010, *LJN BM5564*.

2 CBB 26 mei 2010, *LJN BM5564*; zie ook A.Th. Meijer, 'MTA-tarieven eindelijk kostengeoriënteerd,' *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*).

3 Aanbeveling d.d. 17 december 2007, *PbEU* 2007/L344/65.

Tegen de meeste – veelal zeer omvangrijke – marktanalysebesluiten zijn tot nu toe beroepsprocedures gevoerd. In dit tijdschrift is al eerder uitgebreid stilgestaan bij de gevolgen van de rechterlijke toetsing van (de eerste ronde) marktanalysebesluiten met betrekking tot de periode 2006 tot 2008.⁴ Sindsdien hebben de ontwikkelingen niet stilgestaan en lopen ook tegen de nieuwe marktanalysebesluiten en de eventuele herstelbesluiten door OPTA diverse beroepsprocedures.⁵ Ook de hiervoor opgenomen uitspraak past daarin. Het verbaast ook niet gezien de grote strategische en financiële belangen die voor de betrokken marktpartijen met de marktanalysebesluiten en de daarin opgenomen remedies in het geding zijn, zoals ook de opgenomen uitspraak nog maar weer eens illustreert aan de hand van de gevolgen van de daling van het gereguleerd tariefplafond met één eurocent.

Ongetwijfeld vormt het onderdeel van de marktanalysebesluiten waardoor marktpartijen het meest rechtstreeks worden geraakt de (keuze van de) aan de marktpartijen opgelegde verplichtingen als remedie tegen het niet daadwerkelijk concurreren van een bepaalde markt. Deze moeten passend zijn en niet disproportioneel voor het door OPTA geconstateerde mededingingsprobleem. In veel beroepsprocedures tegen marktanalysebesluiten staat naast de opgelegde verplichtingen de marktafbakening en de aanwijzing van AMM-partijen ter discussie. In het onderhavige geval ligt de klemtoon op de opgelegde verplichtingen, omdat de marktafbakening en de dominantieanalyse de eerdere toetsing door het CBB (deels in de herkansing) heeft doorstaan.

In dit geval hebben de mobiele netwerkaanbieders die door OPTA ieder op hun eigen mobiele netwerk als AMM-partij voor mobiele terminatingdiensten zijn aangewezen, vooruitlopend op een uitspraak in de bodemprocedure, de voorzieningenrechter van het CBB – kort samengevat – verzocht om bij wijze van voorlopige voorziening het marktanalysebesluit te schorsen voor zover hen daarbij tariefverplichtingen zijn opgelegd, in het bijzonder het hanteren van maximale kostengeoriënteerde tariefplafonds.

Spoeisend belang

Door enkele derde-partijen is betoogd dat niet wordt voldaan aan de voorwaarden voor het treffen van een voorlopige voorziening, omdat geen sprake is van een spoedeisend belang bij verzoekers. Er zou slechts sprake zijn van louter belangen van financiële aard en de gevolgen van het bestreden besluit zouden niet onomkeerbaar zijn. Bovendien is er volgens hen geen sprake van dat het bestreden besluit evident onrechtmatig is. Om die reden dienen de belangen van deze derden zwaarder te wegen, temeer daar zij executieproblemen zouden ondervinden in het geval van schorsing van het marktanalysebesluit.

In verband hiermee ziet de voorzieningenrechter zich in de eerste plaats gesteld voor de vraag of verzoeksters een spoedeisend belang hebben bij het treffen van een voorlopige voorziening.

Volgens vaste jurisprudentie ontbreekt in het algemeen een spoedeisend belang als er slechts sprake is van een financieel belang. Een spoedeisend belang met (louter) een financieel karakter vormt op zichzelf geen aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening. Dit is slechts anders indien dit belang zodanig zwaarwegend is, in het licht van de totale handelsactiviteiten en de vermogenspositie van de onderneming, dat de continuïteit van de onderneming wordt of onherstelbaar dreigt te worden beschadigd.⁶

Volgens de voorzieningenrechter is in de hiervoor opgenomen uitspraak geen sprake van een louter financieel belang. Weliswaar zullen als gevolg van de opgelegde tariefregulering de MTA-tarieven aanzienlijk dalen en zullen verzoeksters derhalve geconfronteerd worden met een zeer aanzienlijke daling van de inkomsten. Maar daarmee is niet gezegd dat slechts kan worden gesproken van een financieel belang bij het treffen van een voorlopige voorziening. Door verzoeksters is voldoende aannemelijk gemaakt dat het bestreden besluit eveneens van grote invloed is op de gehele meerjarige bedrijfsvoering in verband met de aanpassing van de retailtarieven die voor langere tijd van invloed kunnen zijn op de concurrentieverhoudingen op de retailmarkt welke gevolgen bij een eventuele vernietiging van het bestreden besluit niet eenvoudig ongedaan gemaakt kunnen worden.

⁴ Zie themanummer *Mediaforum* 2007-11/12, OPTA's Marktanalyses.

⁵ Zie E.C. Pietermaat, 'Rechterlijke besteltermijnen in de Telecommunicatiewet', *Mediaforum* 2010-11/12, p. 345.

⁶ Zie o.a. V.zr. CBB 8 maart 2005, JB 2005/161.

De voorzieningenrechter ziet dan ook geen belemmering voor het in behandeling nemen van (de verzoeken tot het treffen van) de voorlopige voorziening vanwege het ontbreken van het vereiste spoedeisend belang bij het treffen van de gevraagde voorlopige voorziening.

Symmetrische tariefplafonds

Door T-Mobile is bepleit dat voor haar een gecontinueerd hoger MTA-tariefplafond gerechtvaardigd is ten opzichte van KPN en Vodafone. Dit verschil zou net als voorheen worden gerechtvaardigd doordat KPN en Vodafone een deel van het door hun gebruikte (frequentie)spectrum zonder kosten hebben verkregen terwijl T-Mobile voor haar gehele spectrum via een veiling een marktprijs heeft betaald. Hierdoor is sprake van een verschil in (exogene) kosten tussen de betrokken aanbieders.

Volgens de voorzieningenrechter bestaat voor dit verschil niet langer een rechtvaardiging. Hij sluit hiertoe aan bij de hiervoor genoemde uitspraak van het CBB van 26 mei 2010. Daarin is door het CBB reeds geoordeeld dat gelet op de in artikel 1.3 lid 1 Tw geformuleerde doelstellingen het is toegestaan om in het te hanteren kostentoerekeningssysteem slechts rekening te houden met kostenverschillen tussen aanbieders als het gaat om verschillen veroorzaakt door exogene omstandigheden, zoals het verkrijgen van het benodigde spectrum. Daarentegen is een verschil in marktaandeel volgens het CBB niet een 'exogene' omstandigheid. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of T-Mobile ook op dit moment nog wordt geconfronteerd met zodanig hogere exogene kosten ten opzichte van KPN en Vodafone dat OPTA gehouden was om voor T-Mobile een hoger MTA tariefplafond vast te stellen.

De voorzieningenrechter meent van niet, omdat de betrokken marktpartijen sinds de verlening van hun frequentievergunningen in 2010 voor hun vergunning een licentieprijs betalen die is afgestemd op de marktwaarde van de door hen geëxploiteerde netwerken. OPTA heeft geen aanleiding gezien om een hoger MTA-tarief voor T-Mobile vast te stellen vanwege het niet langer bestaan van het exogene kostenverschil. De voorzieningenrechter acht dit standpunt niet onjuist. Daarbij wijst hij in de uitspraak op de ruime beoordelingsvrijheid die OPTA op dat punt heeft. Dat volgens T-Mobile het een en ander valt af te dingen op de hoogte van de licentieprijs, maakt het voorgaande niet anders.

De opgenomen uitspraak geeft blijk van een terughoudende toetsing, hetgeen vanzelfsprekend samenhangt met de aard van een voorlopige voorzieningsprocedure, maar ook aansluit bij een marginale toetsing van zulke besluiten. Bij een marginale toetsing is het niet aan de (bestuurs)rechter om in de bodemprocedure te beoordelen of het bestuursorgaan een andere methodiek had kunnen of moeten kiezen, of sterker nog, een andere methodiek beter zou zijn geweest, omdat hij daarmee op de stoel van OPTA gaat zitten. De bestuursrechter volstaat met de beoordeling van de vraag of – in dat geval – OPTA in redelijkheid (op basis van haar onderzoek omtrent de feiten en de af te wegen belangen, zoals voorgeschreven op grond van art. 3:2 Algemene wet bestuursrecht) tot dat besluit heeft kunnen komen. De voorzieningenrechter kijkt daarom met name naar de motivering van OPTA en oordeelt of OPTA (in het bestreden besluit) voldoende inzichtelijk heeft gemaakt op grond waarvan zij tot een bepaalde keuze is gekomen. Daarmee preludeert hij op de terughoudende opstelling van het CBB in de bodemprocedure.⁷

Glijpad t.b.v. verlaging MTA-tariefplafond

Voorts hebben de aanbieders geklaagd over het door OPTA voorgeschreven glijpad ten behoeve van de verlaging van het MTA-tariefplafond. Er waren twee verschillende klachten. T-Mobile klaagde over het ontbreken van een glijpad voor de afschaffing van de delta vanwege het kostenverschil ten opzichte van andere mobiele netwerkaanbieders in verband met het verkrijgen van het gebruikte (frequentie)spectrum. Vodafone klaagde erover dat het starttarief direct een stuk lager was dan de tarieven die voor de inwerkingtreding van het besluit van 7 mei 2010 werden gehanteerd.

T-Mobile kreeg ongelijk omdat er allereerst geen rechtvaardiging meer is voor de delta gezien het wegvallen van de exogene kosten, omdat met de verlening van de frequentievergunningen in 2010 de

⁷ Zie ook de aangehaalde jurisprudentie in E.C. Pietermaat en A.T. Ottow, 'De rechterlijke toetsing van OPTA's marktanalyses; procedurele aspecten' *Mediaforum* 2007, p. 347.

mobiele aanbieders voor hun vergunning een licentieprijs betalen die is afgestemd op de marktwaaarde van de door hen geëxploiteerde netwerken. Daarnaast had T-Mobile zich beroepen op de financiële gevolgen van de verlaging van het generieke MTA-tarief met één eurocent, hetgeen een kostenpost van circa € 25 miljoen zou opleveren. De door T-Mobile aangevoerde cijfers zijn volgens de voorzieningenrechter niet onomstreden, gelet op hetgeen ter zitting op dat punt is besproken. Ten slotte baseert de voorzieningenrechter zich voor zijn oordeel op de belangen van de andere aanbieders bij een uit een oogpunt van concurrentiële overwegingen symmetrische regulering van alle aanbieders.

Ten aanzien van de tariefplafonds, waarop de bezwaren van Vodafone betrekking hadden, is in het bestreden besluit bepaald dat de tariefplafonds per direct (op 1 augustus 2010) ingaan. Het startplafond is daarbij bepaald op 5,6 cent en deze wordt gedurende de reguleringsperiode stapsgewijs verlaagd naar 1,2 cent per 1 september 2012.

Uitgangspunt van de regulering door OPTA is te komen tot kostengeoriënteerde tarieven. Eerder heeft OPTA geprobeerd met de betrokken partijen te komen tot een convenant over de hoogte van de tarieven. De daarin afgesproken tarieven kwamen echter niet overeen met de berekende kostengeoriënteerde tarieven overeenkomstig het zogeheten BULRIC-model. Om die reden vond het CBB de motivering van OPTA om voor de hoogte van de tarieven aan te sluiten bij de tarieven in de convenanten onrechtmatig.⁸

Vodafone klaagt over de hoogte van het starttarief. De voorzieningenrechter gaat hierin niet mee. Op basis van de uitspraak van 26 mei 2010 neemt hij aan dat de keuze om de (destijds) door OPTA met behulp van het BULRIC-model berekende tariefplafonds op te leggen niet als onrechtmatig zou zijn aangemerkt. Onder die omstandigheden neemt hij aan dat wanneer naar aanleiding van voornoemde uitspraak een herstelbesluit zou zijn genomen – hetgeen feitelijk niet heeft plaatsgevonden in verband met het vaststellen van het onderhavige marktanalysebesluit voor een nieuwe reguleringsperiode – die keuze van OPTA door het CBB in stand zou zijn gelaten. Met andere woorden, OPTA had op zichzelf voorafgaande aan het besluit van 7 juli 2010 ook al het lagere MTA tarief op kunnen leggen, bijvoorbeeld in de vorm van een herstelbesluit. Indien OPTA van die mogelijkheid gebruik zou hebben gemaakt in het kader van het nemen van een herstelbesluit, dan zou in dat geval alleen de ingangsdatum van het tariefplafond nog ter discussie hebben gestaan, aldus de voorzieningenrechter, namelijk vanaf het moment van het nemen van het herstelbesluit of met terugwerkende kracht vanaf het moment van die reguleringsperiode.

Pure BULRIC

Voorts is in dat verband door een aantal aanbieders aangevoerd dat de tariefverplichting op grond van het pure BULRIC-model niet passend zou zijn en bovendien niet proportioneel gelet op de aard van de door OPTA geanalyseerde markt voor gespreksafgifte en door OPTA op die markt geconstateerde mededingingsproblemen.

De discussie 'BULRIC' of 'Pure BULRIC' is een van de springende punten in de bodemprocedure (geweest). Over deze discussie heeft de voorzieningenrechter zich niet uitgelaten. Daartoe ontbreekt blijkens de uitspraak een spoedeisend belang. De voorzieningenrechter meent dat die discussie pas actueel wordt op het moment dat in de bodemprocedure (reeds) uitspraak zal zijn gedaan.

De voorzieningenrechter stelt vast dat het tariefplafond dat aan de hand van het BULRIC-model is berekend 2,4 eurocent bedraagt en bij toepassing van het pure BULRIC-model 1,2 eurocent bedraagt. Omdat op grond van het bestreden besluit eerst met ingang van 1 september 2011 een tariefplafond van 2,7 eurocent geldt en met ingang van 1 september 2012 een MTA-tariefplafond geldt van 1,2 eurocent, is de houdbaarheid van de tariefplafonds pas vanaf die datum relevant. De voorzieningenrechter veronderstelt dat tegen die tijd in de bodemprocedure uitspraak is gedaan. Gelet daarop ziet hij geen aanleiding in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening hierover op dit moment een oordeel te geven over de rechtmatigheid van die tariefplafonds vooruitlopend op het oordeel in de bodemprocedure.

Deze overwegingen geven ook aan dat procespartijen zich moeten afvragen of het zinvol is alle bezwaren in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening naar voren te brengen. Bestuursrechtelijk is vereist dat er een spoedeisend belang van verzoeksters bestaat bij een (voorlopig) oordeel over de rechtmatigheid van de over een tijdje pas geldende tariefplafonds. Art. 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vereist een spoedeisend belang. Bij gebreke daarvan is er geen belang bij het treffen van een voorlopige voorziening.

Een spoedeisend belang is aanwezig indien een directe interventie van de voorzieningenrechter nodig is om de (rechts)gevolgen van een besluit teniet te doen in afwachting van de bodemprocedure. Daarvan is hier blijkens de uitspraak geen sprake aangezien de bewuste tariefplafonds, waartegen verzoeksters ageren, op zijn vroegst in 2012 gaan gelden. De eis van spoedeisendheid vereist een afweging tussen het belang bij directe uitvoering en bij schorsing van (de werking van) het bestreden besluit. Het is niet (altijd) voldoende te stellen dat het bestreden besluit (kennelijk) onrechtmatig is. Er zijn in het algemeen additionele omstandigheden vereist voor het aannemen van een spoedeisend belang en voor derhalve voor de mogelijkheid om bepaalde bezwaren tegen een besluit te beoordelen.

In het onderhavige geval zijn door verzoeksters overigens meerdere bezwaren aangevoerd, die (in onderlinge samenhang bezien) aanleiding hadden kunnen vormen voor het treffen van een voorlopige voorziening. Voorts kan hierbij worden aangetekend dat in dit geval ook anders tegen het ontbreken van spoedeisendheid kan worden aangekeken. Indien de bodemtarieven hoger hadden dienen uit te vallen, dan zou het glijpad ernaar toe ook hoger uitvallen, hetgeen dus direct gevolgen heeft bij onmiddellijke inwerkingtreding van het marktanalysebesluit. De vraag die dan nog rijst of dit niet slechts financiële gevolgen zijn. Voor mijn kanttekeningen op dat punt verwijs ik naar datgene wat ik daarover hiervoor heb opgemerkt onder het kopje 'Spoedeisend belang'.

(Nieuwe) consultatieprocedure

Voorts hebben verzoeksters aangevoerd dat OPTA niet zonder voorafgaande (Europese) consultatieprocedure andere tariefplafonds had mogen voorschrijven dan eerder in het ontwerp marktanalysebesluit. Deze wijziging heeft plaatsgevonden naar aanleiding van de uitspraak van het CBB van 26 mei 2010, waarbij het eerdere marktanalysebesluit voor de mobiele gespreksafgifte was vernietigd.

Op grond van art. 6b.1 Tw is OPTA verplicht bij de voorbereiding van een marktanalysebesluit een zogeheten consultatieprocedure te voeren. Dit vindt plaats door het volgen van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. Het belangrijkste element daarvan is dat door OPTA een marktanalysebesluit ter inzage dient te worden gelegd. Naar aanleiding daarvan kunnen de betrokken marktpartijen hun zienswijzen naar voren brengen.

In het onderhavige geval was op 26 april 2010 het ontwerpbesluit ter inzage gelegd waartegen gedurende zes weken zienswijzen konden worden ingebracht. Gedurende deze termijn is de hiervoor reeds genoemde uitspraak van het CBB van 26 mei 2010, waarbij het MTA-besluit voor een eerdere reguleringsperiode is vernietigd, bekend geworden. Volgens de voorzieningenrechter stond het de marktpartijen dan ook vrij om de gevolgen van deze uitspraak in hun zienswijzen te betrekken. Daarbij wijst hij er als voorbeeld op dat KPN van die mogelijkheid ook gebruik heeft gemaakt en heeft aangevoerd dat de uitspraak van het CBB geen aanleiding gaf tot aanpassing van de tariefplafonds, terwijl door UPC juist het tegendeel is bepleit.

In verband daarmee diende OPTA bij het nemen van het definitieve marktanalysebesluit dan ook gemotiveerd aan te geven waarom zij tot een bepaalde keuze – namelijk een aanpassing van de tariefplafonds – is gekomen bij het opleggen van verplichtingen aan marktpartijen. Op grond daarvan meent de voorzieningenrechter dat OPTA daarmee materieel uitvoering heeft gegeven aan de consultatieverplichting. Onder die omstandigheden is er begrip op te brengen voor de constatering van de voorzieningenrechter dat een hernieuwde nationale consultatieprocedure naar verwachting geen voor een zorgvuldige besluitvorming noodzakelijke nieuwe zienswijzen zou opleveren.

⁸ Zie daarvoor CBB 26 mei 2010, LJN BM5564.

Op grond daarvan kan naar het voorlopig oordeel van de rechter niet worden geconcludeerd dat het bestreden besluit onmiskenbaar onrechtmatig is, dan wel onzorgvuldig is genomen met veronachtzaming van de belangen van verzoeksters.

Met andere woorden, het heeft het dan ook niet veel zin om partijen terug te sturen naar de fase van de consultatie in plaats van het marktanalysebesluit inhoudelijk te beoordelen of meer in het bijzonder de aan de marktpartijen opgelegde (tarief)verplichtingen.

Hoewel er strikt genomen zou kunnen worden gesteld dat geen of althans geen volledige consultatie heeft plaatsgevonden, nu immers de uitspraak van het CBB eerst tijdens de reeds in gang gezette consultatieprocedure volgde, kiest de voorzieningenrechter hier een praktische benadering, waarop strikt juridisch mogelijk iets kan worden afgedongen. Hij neemt daarbij echter nadrukkelijk in beschouwing dat het niet (volledig) voldoen aan de consultatieverplichting in dit geval niet zodanig gewicht behoort toe te komen nu een hernieuwde consultatie naar verwachting niet tot een andere uitkomst zal leiden. Zeker is dit echter niet. Nu OPTA in het definitieve marktanalysebesluit haar keuze voor de (hoogte en het glijpad van de) tariefplafonds heeft moeten motiveren, kunnen de marktpartijen daartegen opkomen in de bodemprocedure (beroep) en ligt het meer in de rede om die verplichting ten gronde te beoordelen in plaats van partijen terug te sturen naar de consultatiefase.

In de rechtspraak van het CBB is in het algemeen ook een zekere terughoudendheid waar te nemen om op grond van formele argumenten tot een vernietiging van een besluit te komen. Die trend is ook op dit punt in de uitspraak waarneembaar, hoewel daarbij ook in aanmerking moet worden genomen dat het hier gaat om een voorlopig oordeel en in het kader van het verzoek om voorlopige voorziening een zekere belangenafweging plaatsvindt in verband met het treffen van een voorlopige voorziening. Afgewacht moet worden of het CBB deze lijn ook volgt in de bodemprocedure. Dit ligt echter wel in de lijn der verwachting.⁹

Behalve een nationale consultatieprocedure verplicht art. 6b.2 Tw ook tot een Europese consultatie, waarbij het ontwerp van het marktanalysebesluit ter notificatie aan de Europese Commissie wordt voorgelegd. De voorzieningenrechter overweegt dat de Commissie meermalen in het kader van een consultatieprocedure heeft opgemerkt dat een hernieuwde Europese consultatieprocedure alleen nodig is, wanneer een ontwerpbesluit ten gevolge van de nationale consultatieprocedure door de nationale regelgevende instantie in materiële zin wordt gewijzigd. Daarvan zou ook in dit geval sprake kunnen zijn. De voorzieningenrechter stond daarom voor de vraag of er een noodzaak bestaat tot het treffen van een voorlopige voorziening aangezien OPTA heeft nagelaten het ontwerpbesluit naar aanleiding van de door haar voorgenomen wijzigingen nogmaals ter notificatie aan de Commissie voor te leggen. De voorzieningenrechter ziet hiertoe echter geen aanleiding. Mede op grond van de door de Commissie gemaakte opmerkingen met betrekking tot het ontwerpbesluit en in aanmerking genomen de (geringe) aard van de door OPTA daarin aangebrachte wijzigingen is er geen sprake van een wijzigingsbeslissing die op zichzelf voldoet aan de omschrijving in artikel 7, derde lid, van de Kaderrichtlijn waarnaar in artikel 6b.2 Tw wordt verwezen, van besluiten die aan de Commissie moeten worden voorgelegd. Het betreft naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter geen wijziging die op grond van artikel 7, derde lid, van de Kaderrichtlijn, die aan de Commissie had moeten worden voorgelegd. De voorzieningenrechter acht het ook niet aannemelijk dat de aanpassing van het glijpad een belemmering voor de interne Europese markt kan opwerpen of ernstige twijfels zou oproepen omtrent de verenigbaarheid van het bestreden besluit met het Unierecht en de in artikel 8 Kaderrichtlijn genoemde doelstellingen. Ook ten aanzien van deze grond is een materiële toetsing zichtbaar.

Effectenanalyse

T-Mobile en Vodafone hebben zich ten slotte verzet tegen de door OPTA uitgevoerde effectenanalyse. Volgens hen is van in het bestreden besluit voorziene tariefregulering geen positief welvaartseffect te verwachten. Daarbij spitst de discussie zich toe op de vraag welke effecten op de retailmarkten te verwachten zijn van een verlaging van de MTA-tarieven.

De voorzieningenrechter baseert zich primair op de Aanbevelingen van de Europese Commissie met betrekking tot de afgiftetarieven voor 2009. Daarin is bepaald dat alleen die kosten aan de gereguleerde gespreksafgiftediensten worden toegerekend die vermeden kunnen worden wanneer gespreksafgifte op wholesaleniveau aan derden niet langer wordt verstrekt.

De voorzieningenrechter constateert ook dat de door OPTA uitgevoerde effectenanalyse van deze – door de Commissie voorgeschreven – wijze van regulering niet uitsluit dat van de door OPTA voorgestelde tariefregulering een positief welvaartseffect te verwachten is. Volgens Vodafone en T-Mobile is dit effect echter afhankelijk van de vraag in hoeverre de vaste aanbieders de verlaging van het MTA tarief aan de consument doorgeven. In dat verband heeft OPTA gewezen op een door de Commissie uitgevoerde eigen analyse van de op bovenbedoelde Aanbeveling gebaseerde tariefregulering te verwachten effecten. In die analyse komt de Commissie tot de conclusie dat regulering van de afgiftetarieven aan de hand van het pure BULRIC-model naar verwachting tot een in totaliteit positief welvaartseffect zal leiden.

De voorzieningenrechter onderkent blijkens de overwegingen van de uitspraak dat dergelijke effectenanalyses van op te leggen maatregelen een onzekerheidsmarge kennen. OPTA heeft daaraan proberen tegemoet te komen door meerdere scenario's uit te werken waarbij telkens met andere parameters is gerekend. Daarnaast heeft OPTA deze scenario's niet alleen ten behoeve van het pure BULRIC-model doorgerekend maar tevens de effecten van regulering bepaald als zij zou hebben gekozen voor een BULRIC-model, dan wel een plus BULRIC-model. Verder heeft OPTA voor de motivering van de gekozen uitgangspunten aansluiting gezocht bij de inzichten daarover in de economische literatuur.

Onder die omstandigheden komt de voorzieningenrechter tot het voorlopig oordeel dat OPTA op dit punt niet onzorgvuldig heeft gehandeld en daarmee niet de te betrachten mate van voorzichtigheid bij het analyseren van de welvaartseffecten heeft overschreden. Op grond daarvan heeft OPTA op voldoende (goede) gronden in redelijkheid kunnen kiezen voor de in het bestreden besluit vervatte tariefregulering.

Ook hier valt op dat de voorzieningenrechter beoordeelt of OPTA voldoende inzichtelijk heeft gemaakt op grond waarvan zij tot een bepaalde keuze is gekomen en of OPTA op grond daarvan in redelijkheid voor een bepaalde wijze van tariefregulering heeft kunnen kiezen. De basis voor een marginale toetsing van het bestreden besluit van OPTA in de bodemprocedure.

Naar verwachting zal in de bodemprocedure over dit aspect uitgebreid worden gediscussieerd aangezien dit in belangrijke mate bepalend is voor de vraag of OPTA op goede gronden voor de in het besluit opgenomen tariefregulering heeft kunnen kiezen.

Tot slot

De opgenomen uitspraak is een mooi voorbeeld van de nauwgezette beoordeling van de rechtmatigheid van een marktanalysebesluit, met oog voor de betrokken belangen van de verschillende betrokken marktpartijen. Door de materiële benadering wordt (waar mogelijk) voorbijgegaan aan een (te) formele toetsing van de marktanalyses. Dit heeft tot gevolg dat niet lichtvaardig tot schorsing of tot het treffen van een voorlopige voorziening wordt besloten. Daarnaast houdt de voorzieningenrechter consequent in het oog of ten aanzien van alle gronden in een verzoek om voorlopige voorziening sprake is van een spoedeisend belang. Dit wil echter nog niets zeggen over de beoordeling van de rechtmatigheid van het marktanalysebesluit. Het verleden heeft immers aangetoond dat in de bodemprocedure het CBB kritisch was ten aanzien van de rechtmatigheid van de marktanalysebesluiten. Het betreft hier slechts een voorlopig (rechts)oordeel. OPTA zal het ongetwijfeld ervaren als een steun in de rug. Het boek is echter nog niet gesloten. Er wordt tenminste nog één hoofdstuk toegevoegd, namelijk de uitspraak in beroep. Op grond daarvan moet blijken of eindelijk een MTA-tariefbesluit in stand blijft.

⁹ Vergelijk CBB 25 september 2007, LJN BB4187; ook daarin werd een materiële toets toegepast.