

Nr. 35 Mobiele aanbieders/OPTA (Marktanalysebesluit MTA)

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 23 juli 2008

Beschikking heropening in de gevoegde zaken van:

1. Koninklijke KPN NV en KPN BV (hierna gezamenlijk: KPN), te Den Haag, gemachtigde: mr. B. J. H. Braeken, advocaat te Amsterdam,
2. Vodafone Libertel BV (hierna: Vodafone), te Maastricht, gemachtigden: mr. P. Sippens Groenewegen en mr. J. J. Allen, beiden advocaat te Amsterdam,
3. UPC Nederland BV (hierna: UPC), te Amsterdam, gemachtigde: mr. P. Wit, advocaat te Amsterdam,
4. Orange Nederland NV (hierna: Orange), te Den Haag, gemachtigde: mr. M. J. Geus, advocaat te Den Haag,
5. Tele2 (Netherlands) BV (thans: Tele2 Nederland BV; hierna: Tele2), te Amsterdam, gemachtigden: mr. E. F. van Hasselt en mr. drs. J. H. Senduk, beiden advocaat te Amsterdam,
6. T-Mobile Netherlands BV en T-Mobile Netherlands Holding BV (hierna gezamenlijk: T-Mobile), te Den Haag, gemachtigden: mr. J. F. A. Doeleman en mr. J. B. van Dijk, beiden advocaat te Amsterdam,

tegen

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

1. Overwegingen

1.1 Het onderzoek ter zitting in deze zaak heeft plaatsgevonden op 12 maart 2008 en is vervolgens gesloten. Het College is evenwel tot de slotsom gekomen dat het onderzoek dient te worden heropend. Hier toe wordt het volgende overwogen.

1.2 OPTA heeft, nadat een eerder besluit ter zake door het College bij uitspraak van 29 augustus 2006 (AWB 05/903 e.a., www.rechtspraak.nl, LJN AY7997), vernietigd was, op 30 juli 2007 krachtens hoofdstuk 6A van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) een marktanalysebesluit genomen inzake de wholesalemarkten voor gespreksafgifte op de afzonderlijke mobiele telefoonnetwerken van KPN, Orange, Tele2, T-Mobile en Vodafone. Tegen dit marktanalysebesluit hebben, voorzover thans nog van belang, UPC, KPN, Vodafone, Orange, Tele2 en T-Mobile beroep ingesteld. Deze beroepen zijn geregistreerd onder de nummers AWB 07/674, 07/675, 07/676, 07/679, 07/680 en 07/681.

Bij brief van 9 oktober 2007 heeft T-Mobile, mede namens KPN, Vodafone, Orange en Tele2 (hierna gezamenlijk ook: de mobiele aanbieders) het College verzocht om uitstel voor het indienen van de gronden van hun beroepen totdat het College op het beroep van UPC zou hebben beslist, waarna de mobiele aanbieders hun beroepen zouden intrekken als het beroep van UPC niet-ontvankelijk dan wel ongegrond was verklaard.

Dit verzoek is bij brief van 22 oktober 2007 door het College afgewezen.

In het verweerschrift van 25 januari 2008 heeft OPTA het College in overweging gegeven de behandeling van de beroepen ter zitting te beperken tot het beroep van UPC en, afhankelijk van een (tussen)beslissing daarop, de beroepen van de mobiele aanbieders op een latere datum te behandelen.

Dit verzoek is bij brief van 6 februari 2008 afgewezen.

1.3 Bij het bestreden besluit heeft OPTA de wholesalemarkten voor gespreksafgifte op de afzonderlijke mobiele netwerken van KPN, Vodafone, Orange, T-Mobile en Tele2 aangewezen als relevante markten en hen zelf aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht en hun toegangs-, tarief-, non-discriminatie- en transparantieverplichtingen opgelegd. Daartoe heeft OPTA, voorzover voor deze beschikking van belang en samengevat weergegeven, het volgende overwogen en beslist.

OPTA heeft als doelstelling van de ex-ante-regulering gekozen voor het bevorderen van de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit door het opleggen van verplichtingen die tot uitkomsten leiden zoals die in het geval van duurzame concurrentie tot stand zouden zijn gekomen. Eveneens heeft OPTA prioriteit gegeven aan het voorkomen van de nadelige gevolgen die mededingingsbeperkende gedragingen kunnen hebben voor eindgebruikers en aanbieders op de retailmarkten voor vaste en mobiele telefonie en op de wholesalemarkt voor transitgespreksdoorgifte.

Ten aanzien van tariefregulering heeft OPTA overwogen dat een kostengeoriënteerd tarief, bepaald aan de hand van een te ontwikkelen BULRIC-model, noodzakelijk en geschikt is, aangezien daarmee een competitief tariefniveau voor mobiele gespreksafgifte het best benaderd kan worden. In de annexen B, C en D bij het bestreden besluit heeft OPTA een nadere onderbouwing gegeven van de proportionaliteit van de invulling van de gekozen BULRIC-methode, die methodiek geoperationaliseerd, met name wat betreft de modellering van de hypothetisch efficiënte toetreders, en een overzicht gegeven van de totstandkoming van de definitieve uitwerking van het model, neergelegd in een viertal rapporten van Analysis van 31 augustus 2006, die onderdeel uitmaken van het bestreden besluit. Daarbij heeft OPTA rekening gehouden met de kostenverschillen tussen de eerste groep toetreders, die gebruik maakt van zowel 900 MHz als 1800 MHz-frequenties, en de tweede groep toetreders, die uitsluitend over 1800 MHz-frequenties beschikt. Ten aanzien van de mobiel virtueel netwerkoperaator (MVNO) Tele2 heeft OPTA overwogen dat deze altijd radiospectrum zal moeten inkopen bij een mobiele aanbieder die beschikt over een vergunning voor gebruik van dat spectrum. Volgens OPTA biedt het kostengeoriënteerde tarief van de host van de MVNO een goede benadering van het tariefniveau van de MVNO en wordt door aan te sluiten bij dat tarief vermeden dat een eigen kostentoerekeningsmodel voor de MVNO dient te worden ontwikkeld.

OPTA heeft in de overwegingen van de uitspraak van het College van 29 augustus 2006 aanleiding gevonden een door de mobiele aanbieders op 11 mei 2007 met medeweten van NMa en OPTA gesloten vaststellingsovereenkomst, waarbij afspraken zijn gemaakt over de te hanteren tarieven in de periode tot 1 juli 2010, te betrekken bij haar beoordeling van de tariefverplichting en te bezien of die uit proportionaliteitsoverwegingen een bijstelling van de hoogte van het BULRIC-tarief – dat op een niveau van 5,6 eurocent per minuut neerkomt – zou rechtvaardigen. Daartoe is in opdracht van OPTA door Ecorys een rapport opgesteld, waarin een welvaartsanalyse is gemaakt die tot de conclusie leidt dat een verlaging van het mobiele afgiftetarief naar de BULRIC-kostprijs van 5,6 eurocent een positief effect op de welvaart als geheel heeft en van de eindgebruikers in het bijzonder. Uit het rapport blijkt echter tevens dat, indien niet van het BULRIC-tarief, maar van het tarief dat door de mobiele aanbieders is overeengekomen – dat uiteindelijk op 7 eurocent per minuut ligt – wordt uitgegaan, het verschil in welvaartseffect beperkt is en met name is terug te vinden in een minder sterke stijging van het positieve effect voor eindgebruikers en vaste aanbieders. Voorts wordt gemarkeerd dat laatstgenoemd effect nog lager zou uitvallen, indien ervan wordt uitgegaan dat het zogenoemde waterbedeffect groter is dan waarmee Ecorys rekening heeft gehouden. OPTA heeft verder mee laten wegen dat het toepassen van de door de mobiele aanbieders afgesproken tarieven in hoge mate zou bijdragen aan de (rechts)zekerheid van alle betrokken partijen, nu de tarieven voor drie jaar vast zouden staan en partijen onderling een beperkte beroepsmogelijkheid zijn overeengekomen. Daarnaast zal verzekerd zijn dat een positief welvaartseffect zal optreden gedurende de reguleringsperiode. OPTA heeft aan het belang van het ontstaan van genoemde zekerheid een groter gewicht toegekend dan aan de voordelen van het opleggen van de BULRIC-kostprijs. In het tarief van de mobiele aanbieders is voorts rekening gehouden met de door OPTA noodzakelijk geoordeelde delta tussen de aanbieders met een 900 MHz en 1800 MHz-netwerk en de aanbieders met uitsluitend een 1800 MHz-netwerk. De door OPTA bij het bestreden besluit opgelegde tariefregulering is derhalve bepaald op de hoogte die in de vaststellingsovereenkomst is afgesproken.

1.4 De beroepen van de mobiele aanbieders, die zijn gericht tegen de in het bestreden besluit vervatte rechtsoordelen van OPTA inzake de marktafbakening, de dominantie-analyse, de vaststelling van de potentiële mededingingsproblemen en de tariefverplichting, dienen volgens de verklaring van de mobiele aanbieders door het College als ingetrokken te worden beschouwd ingeval het beroep van UPC niet-ontvankelijk dan wel ongegrond wordt verklaard.

Het College heeft hierin aanleiding gevonden om eerst het beroep van UPC te beoordelen.

1.4.1 UPC heeft zich op het standpunt gesteld dat OPTA de tariefverplichting ten onrechte heeft bepaald op de door de mobiele aanbieders onderling overeengekomen tarieven in plaats van op het tariefniveau zoals dat voortvloeit uit het BULRIC-model.

In de randnummers 666 en 668 van het bestreden besluit heeft OPTA, mede op basis van de paragrafen 8.3.4 en 8.3.5 en de annexen B, C en D van het besluit, uitgesproken dat tariefregulering op grond van de BULRIC-methode een geschikte en noodzakelijke maatregel is voor regulering van aanbieders van mobiele gespreksafgifte in Nederland. Daarnaast heeft OPTA op grond van de analyse van de effecten van die wijze van regulering geconcludeerd, dat zo'n tariefmaatregel een positief effect heeft op zowel het consumentensurplus als de totale welvaart. Daarmee zou volgens OPTA – met name door het gunstige effect van het tarief van 5,6 eurocent – worden voldaan aan de doelstelling om een verplichting op te leggen waardoor een situatie wordt bereikt zoals die in geval van duurzame concurrentie zou zijn, waarmee de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit worden bevorderd. Vervolgens heeft OPTA evenwel andere, hogere maximumtarieven vastgesteld dan de tarieven op basis van het BULRIC-model. Aan die beslissing heeft OPTA blijkens de randnummers 669 en 670 van het bestreden besluit ten grondslag gelegd, dat uit de uitspraak van het College van 29 augustus 2006 voortvloeit dat rekening moet worden gehouden met de vaststellingsovereenkomst van de mobiele aanbieders. Uit hetgeen OPTA in randnummer 669 overweegt, begrijpt het College dat hetgeen in overweging 11.5.2 van zijn uitspraak van 29 augustus 2006 is geformuleerd, door OPTA is opgevat als een verplichting om voor- of nadelen voor eindgebruikers af te wegen tegen voor- of nadelen voor mobiele aanbieders, op een zodanige wijze dat hun in monetaire termen berekende belangen evenveel gewicht toekomt.

Het College moet vaststellen dat het bestreden besluit in zoverre berust op een onjuiste lezing van voornoemde uitspraak. Het College heeft in overweging 11.5.2 slechts gemarkeerd, dat alle effecten van een tariefmaatregel, ook op andere gereguleerde markten, onder ogen gezien moeten worden, voor hij wordt opgelegd.

Het College heeft echter geen aanwijzing gegeven hoe die effecten moeten worden gewogen.

Naar het oordeel van het College kan de beslissing om de wholesaletarieven voor mobiele gespreksafgifte niet te baseren op het BULRIC-model, niet worden gedragen door de daaraan in het bestreden besluit ten grondslag gelegde overwegingen, aangezien OPTA nu juist geconcludeerd heeft dat BULRIC noodzakelijk en passend is om de geconstateerde mededingingsproblemen te remediëren. OPTA heeft in het vervolg van haar overwegingen niet aangegeven dat het niettemin aansluiten bij de door de mobiele aanbieders overeengekomen tarieven noodzakelijk en passend is om de door haar geformuleerde doelstelling – het bereiken van een situatie zoals die zou zijn indien sprake was van duurzame concurrentie, teneinde de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit te bevorderen – te verwezenlijken, zodat de motivering van het bestreden besluit op dit punt niet consistent is. Dat met de hogere tarieven van de mobiele aanbieders slechts een gering verschil in de welvaartseffecten wordt gemaakt waartegen de toename in rechtszekerheid in voldoende mate zou opwegen, vormt op zichzelf geen deugdelijke onderbouwing van de keuze voor die tarieven, nu de welvaartseffecten blijkens het bestreden besluit op zichzelf geen zelfstandige doelstelling zijn van het opleggen van verplichtingen.

Voorts heeft UPC er terecht op gewezen dat de tarieven van de mobiele aanbieders tot stand zijn gekomen buiten het zicht van OPTA in een onderhandelingsproces tussen de mobiele aanbieders, zodat ook niet controleerbaar is – voor OPTA noch voor derden of het College – of daarbij een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen, inclusief die van de vaste aanbieders, is gemaakt. Tot slot kan de keuze voor die tarieven ook niet worden onderbouwd met een beroep op het belang van rechtszekerheid, zoals OPTA heeft betoogd. Hoewel het College erkent dat aan het belang van rechtszekerheid een groot gewicht kan toekomen, staat vast dat het in het onderhavige geval niet is gediend, reeds omdat een belanghebbende tegen de tariefvaststelling in beroep is gekomen.

1.4.2 UPC heeft voorts betoogd dat OPTA ten onrechte een glijpad heeft opgelegd, waarmee de mobiele aanbieders in staat worden gesteld de tarieven stapsgewijs te verlagen.

In het bestreden besluit heeft OPTA in paragraaf 8.6.4 het glijpad onder meer gemotiveerd door te verwijzen naar eerdere beslissingen

waarin ook steeds een glijpad redelijk is geacht. Een stapsgewijze daling van de tarieven is volgens OPTA voorts in overeenstemming met de regulering voor mobiele gespreksafgifte in andere landen van de Europese Unie en is neergelegd in het document 'Principles of Implementation and Best Practice on the application of remedies in the mobile voice call termination market (MTA PIBs)', dat door de IRG is vastgesteld op 20 november 2003. In dat document wordt benadrukt dat een aanzienlijke eenmalige daling van de tarieven kan leiden tot disproportionele problemen voor mobiele aanbieders, aangezien hun ondernemingen vaak in grote mate zijn ingericht op de inkomsten uit de afgiftetarieven. Met een glijpad kan een overgangperiode worden ingesteld om ernstig versturende effecten op de concurrentie op de mobiele retailmarkt te voorkomen. Aangezien retailcontracten vaak een langere looptijd hebben van één of twee jaar, zou het plotseling wegvallen van een deel van de inkomsten uit gespreksafgifte kunnen leiden tot liquiditeitstekorten. Ook op de wholesalemarkt voor gespreksafgifte zal volgens OPTA als gevolg van de tariefverlagingen door de mobiele aanbieders een aanpassing van hun marktstrategie worden gevergd.

Het College ziet in het betoog van UPC onvoldoende aanknopingspunten om de door OPTA genoemde gronden voor het bieden van een glijpad onredelijk te achten. Het betoog van UPC berust op de gedachte dat de tarieven buitensporig hoog zijn en dat voor alle in het glijpad opgenomen tarieven in meerdere of mindere mate hetzelfde geldt. Maar zelfs indien dat zo zou zijn, kan dat geen grond 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. Dat met een dergelijk optreden het belang van eindgebruiker wordt gediend, is niet vanzelfsprekend. Het beroep van UPC kan op dit punt niet slagen.

1.4.3 De conclusie uit het voorgaande moet zijn dat het beroep van UPC gegrond dient te worden verklaard, omdat het bestreden besluit wat betreft de hoogte van de tarieven in strijd met artikel 3:46 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) niet berust op een deugdelijke motivering.

1.5 De mobiele aanbieders hebben aangegeven dat ingeval het College die conclusie bereikt zij op hun beroepen een inhoudelijke beslissing van het College willen.

Gelet op de uit het voorgaande reeds voortvloeiende noodzaak het bestreden besluit te vernietigen, kan het College niet overzien welk nieuw besluit door de met de beroepen aangevallen overwegingen wellicht zal worden gedragen, omdat voor OPTA na vernietiging verschillende keuzemogelijkheden openstaan. OPTA heeft, door in het bestreden besluit te besluiten als zij heeft gedaan, te kennen gegeven in beginsel tegemoet te willen komen aan de mobiele aanbieders. De mobiele aanbieders hebben verklaard dat zij wilden berusten in het bestreden besluit, nu OPTA tegemoet kwam aan hun wens om geen hogere tarieven op te leggen dan de tarieven die zij onderling waren overeengekomen.

De mobiele aanbieders beogen met de beroepen geen wijziging te bewerkstelligen in de rechtsgevolgen, die door het nu bestreden besluit in het leven worden geroepen.

In aanmerking genomen dat dit besluit rust op complexe feitelijke beoordelingen en berekeningen van (deels) hypothetische situaties die wellicht, na hernieuwde beoordeling, leiden tot andere overwegingen dan nu voorliggen, staat voor het College niet vast tot welke conclusie over de mobiele afgiftemarkt OPTA in het licht van het vorenoverwogene gaat komen. Niet uit te sluiten is dat OPTA tot een resultaat komt, waarin de mobiele aanbieders ook willen berusten, indien dat besluit een (hernieuwde) toetsing in rechte naar aanleiding van een door een derde ingesteld beroep zou doorstaan.

Onder deze bijzondere omstandigheden van het geval en gelet ook op de reeds langdurige periode dat onzekerheid heeft bestaan over de op de wholesalemarkt voor mobiele gespreksafgifte te hanteren regulering, ziet het College aanleiding om, alvorens te beslissen op de beroepen van de mobiele aanbieders, het onderzoek in onderhavige zaken te heropenen teneinde OPTA in de gelegenheid te stellen haar standpunt te bepalen naar aanleiding van de overwegingen van het College over het beroep van UPC. Indien dat standpunt leidt tot een wijziging van het bestreden besluit, zullen de beroepen van partijen – tenzij die worden ingetrokken – op de voet van artikel 6:19, eerste lid, Awb worden geacht mede tegen dat nieuwe besluit te zijn gericht.

2. De beslissing

Het College:

- heropent het onderzoek;
- nodigt OPTA uit een schriftelijk standpunt bij het College in te dienen naar aanleiding van de overwegingen inzake het beroep van UPC;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus gegeven door mr. W.E. Doolaard, mr. C.J. Borman en mr. H.O. Kerkmeester, in tegenwoordigheid van mr. J.M.W. van de Sande, als griffier, op 23 juli 2008.

Noot

Luurt Wildeboer

Mr. ing. L.J. Wildeboer is advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Utrecht

De hiervoor opgenomen 'uitspraak' is interessant omdat het College van Beroep voor het Bedrijfsleven daarin toepassing heeft gegeven aan de zogeheten 'bestuurlijke lus' met behulp van de mogelijkheden die het huidige procesrecht in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) biedt. De bestuurlijke lus is een middel om definitieve geschilbeslechting te bevorderen. Een bestuursorgaan krijgt de mogelijkheid om nog tijdens de beroepsprocedure gebreken in een besluit te herstellen. Inmiddels zijn er initiatieven om de bestuurlijke lus een wettelijke verankering te geven om op die manier de slagvaardigheid van het bestuursprocesrecht te verhogen. Begin dit jaar is door enkele kamerleden een initiatiefwetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend, waarin een algemene regeling voor een bestuurlijke lus in de Awb wordt voorgesteld.¹ Deze leden wilden niet (meer) wachten op een voorstel van de regering voor de bestuurlijke lus dat deel uitmaakt van het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht van de ministeries van Justitie en van BZK. Daarnaast wordt in een aantal wetsvoorstellen op enkele specifieke deelgebieden van het omgevingsrecht voorgesteld de bestuurlijke lus op te nemen.² Met name de problemen bij de besluiten voor de bouw en wegaanleg hebben de roep om een wettelijke regeling voor de bestuurlijke lus versterkt. De bedoeling van deze (wets)voorstellen is dat na herstel van gebreken in het bestreden besluit vaker dan tot nu toe een beroepsprocedure kan worden beëindigd zonder dat daarna het bestuursorgaan nog een nieuw besluit moet nemen ter uitvoering van die uitspraak.

Ook zonder aanpassing van de Awb of bijzondere wetten bestaan er voor de bestuursrechter nu reeds processuele mogelijkheden zo wordt aangenomen om een vergelijkbaar resultaat te bereiken, zoals de hiervoor opgenomen beslissing laat zien. Die mogelijkheden worden tot nu toe echter niet of nauwelijks benut. Voor zover mij bekend is dit de eerste keer dat het CBB de 'bestuurlijke lus' in een zaak toepast. Die omstandigheid was kennelijk voor het College ook bijzonder, in verband waarmee het de bekendmaking van de beslissing gepaard liet gaan met een (pers)bericht dat het de 'bestuurlijke lus' had toegepast.

De zaak gaat over een marktanalysebesluit krachtens de Telecommunicatiewet (Tw). Op grond van de Tw moet OPTA, toezichthouder op de markt voor telecommunicatie, onderzoek doen naar de mate van concurrentie op de verschillende markten in Nederland. De zaak heeft betrekking op de markt voor mobiele gespreksafgifte, welke markt in belangrijke mate de tarieven bepaalt voor het mobiel bellen. Als blijkt dat er partijen zijn die aanmerkelijke marktmacht hebben, kan OPTA voorwaarden stellen aan de tarieven alsmede verplichtingen opleggen die leiden tot een situatie als ware er sprake van voldoende concurrentie. OPTA heeft in een eerder besluit voorwaarden gesteld aan de tarieven van de mobiele aanbieders, welk besluit door het College in 2006 is vernietigd.³ Daarop heeft OPTA opnieuw een besluit genomen en wederom bepaald dat de markt voor mobiele gespreksafgifte niet concurrerend is en de tarieven daarom moeten worden gereguleerd.

In dat kader heeft OPTA zelf onderzoek gedaan naar de hoogte van de tarieven. De mobiele aanbieders hebben echter ook – met toestemming van OPTA – de maximum tarieven bepaald en dit laatste tarief is door OPTA – in afwijking van haar eigen onderzoek – vastgesteld en aan de mobiele aanbieders opgelegd. Tegen dat besluit heeft UPC, een aanbieder van vaste telefonie, beroep ingesteld. UPC meent dat OPTA de tarieven ten onrechte heeft gebaseerd op de door de mobiele aanbieders onderling overeengekomen tarieven in plaats van op het niveau dat voortvloeit uit het aanvankelijk door OPTA toegepaste BULRIC-model. Ook de mobiele aanbieders hebben beroep ingesteld.

1 Voorstel van wet van de leden Vermeij, Koopmans en Neppérus tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter (Wet bestuurlijke lus Awb), *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 352, nrs 1-6.

2 Zie het wetsvoorstel Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, *Kamerstukken I 2007-2008*, 30 844, A, in verband met het aannemen van het amendement Koopmans/Vermeij, *Kamerstukken II 2006-2007*, 30 844, nr. 9; het Voorstel van wet houdende wijziging van de Tracéwet, Spoedwet wegverbreding en de Wet ruimtelijke ordening met het oog op de verbetering van de beroepsprocedure, *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 546, nrs. 1-4, en het amendement Koppejan/Bochhouwer inzake de Waterwet, *Kamerstukken II 2007-2008*, 30 818, nr. 27.

Zij kunnen zich niet verenigen met de in het bestreden besluit vervatte rechtsoordelen over de marktafbakening, dominantie-analyse, de vaststelling van de potentiële mededingingsproblemen en de tariefverplichting als zodanig.

De aanbieders hebben verklaard dat hun beroepen voorwaardelijk zijn en slechts hoeven te worden behandeld wanneer het beroep van UPC gegrond is. De mobiele aanbieders kunnen immers met de door hen onderling overeengekomen en door OPTA aan hen opgelegde tarieven leven. De mobiele aanbieders hadden het College eerder verzocht om uitstel voor het indienen van de gronden van hun beroep totdat op het beroep van UPC zou zijn beslist. Tevens heeft OPTA bij haar verweerschrift het College in overweging gegeven de behandeling van de beroepen ter zitting te beperken tot het beroep van UPC en, van een (tussen)beslissing daarop, de beroepen van de mobiele aanbieders op een later tijdstip te behandelen. Beide verzoeken zijn door het College afgewezen. Hoewel die verzoeken vanuit de optiek van de betrokken procespartijen begrijpelijk zijn gezien de door hen te verrichten inspanningen, zou die (be)handelwijze normaliter hebben geleid tot vertraging wanneer het beroep van UPC gegrond zou zijn verklaard en het bestreden besluit zou zijn vernietigd omdat dan nog geen zekerheid bestond over de consequenties van de beroepen van de mobiele aanbieders voor het bestreden besluit en het opnieuw door OPTA te nemen besluit. Dit zou dan tot onnodige complicaties voor de verdere procedure hebben geleid en tot vertraging in de definitieve besluitvorming.

De keuze van het College voor een gezamenlijke behandeling van de beroepen biedt het College thans de mogelijkheid voor een praktische oplossing door middel van het toepassen in dit geval van de zogeheten 'bestuurlijke lus'. Omdat de beroepen van de mobiele aanbieders tegen het besluit van OPTA voorwaardelijk zijn, heeft het College hierin aanleiding gezien eerst het beroep van UPC te beoordelen, hetgeen heeft geleid tot de hiervoor opgenomen (tussen)beslissing.

Wat is het geval. Nadat het vooronderzoek – in welke fase door OPTA een verweerschrift bij het College is ingediend – is afgerond, heeft in het voorjaar van 2008 het onderzoek ter zitting plaatsgevonden tijdens een openbare behandeling van de beroepen door het College. Daarna is het onderzoek door de rechter gesloten. Met de hiervoor opgenomen (tussen)beslissing wordt het onderzoek door het College heropend op de voet van artikel 8:68 van de Awb, dat de mogelijkheid biedt om het onderzoek te heropenen op een door de bestuursrechter te bepalen wijze. Het College nodigt OPTA in dat kader uit om een nieuw besluit te nemen omdat het bestreden besluit naar het oordeel van het College niet in stand kan blijven. De hiervoor opgenomen (tussen)beslissing van het College bevat de overwegingen voor het heropenen van het onderzoek door middel van een verzoek tot het innemen van een nieuw standpunt dat zal worden aangemerkt als een wijziging van het bestreden besluit.

Het College komt tot het oordeel dat het bestreden besluit van OPTA niet kan worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering en om die reden in strijd is met artikel 3:46 van de Awb. Het College is – kort samengevat – van oordeel dat het besluit van OPTA om de tarieven voor mobiele gespreksafgifte niet te baseren op het BULRIC-model niet berust op een deugdelijke motivering omdat BULRIC volgens OPTA nu juist noodzakelijk en passend is om het geconstateerde gebrek in de mededinging op te heffen. OPTA heeft in haar besluit voorts aangegeven dat het niettemin aansluiten bij de door de mobiele aanbieders onderling overeengekomen tarieven noodzakelijk en passend is om een situatie als ware sprake van duurzame concurrentie, te bereiken. Daarbij neemt het College in aanmerking dat de tarieven, nu deze in het kader van een onderhandelingsproces tussen de mobiele aanbieders tot stand zijn gekomen, niet controleerbaar is of bij de vaststelling van die tarieven een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen, inclusief die van de vaste aanbieders zoals UPC, heeft plaatsgevonden.

Het beroep van UPC is om die reden gegrond en het besluit van OPTA zou daarom in aanmerking komen voor vernietiging. Dit zou betekenen dat ook de beroepen van de mobiele aanbieders zouden moeten worden behandeld. Hoewel het College niet kan overzien welk besluit door OPTA zal worden genomen omdat haar na vernietiging

verschillende keuzes openstaan, acht zij het gezien de bijzondere omstandigheden van het geval – OPTA heeft tegemoet willen komen aan de mobiele aanbieders door de door hen zelf vastgestelde tarieven te volgen in plaats van de door OPTA zelf bepaalde tarieven – niet uitgesloten dat OPTA ook na vernietiging tot een voor de mobiele aanbieders aanvaardbare vaststelling van de tarieven komt. Wanneer dat besluit een (hernieuwde) toetsing in rechte naar aanleiding van een door een derde, zoals UPC, ingesteld beroep zou doorkomen, zal dat tot gevolg hebben dat de mobiele aanbieders hun beroep intrekken. De mobiele aanbieders hebben immers aangegeven te willen berusten in een besluit van OPTA indien de tarieven niet hoger zullen zijn dan die zij onderling zijn overeengekomen. Onder deze omstandigheden en in aanmerking genomen de langdurige periode dat reeds onzekerheid bestaat over de geldende tarieven voor mobiele gespreksafgifte, ziet het College aanleiding om, alvorens te beslissen op de beroepen, het onderzoek in deze zaak te heropenen en OPTA in de gelegenheid te stellen haar standpunt te bepalen naar aanleiding van de overwegingen van het College terzake van het beroep van UPC. Indien dat standpunt leidt tot een wijziging van het bestreden besluit, dan zullen de aanhangig zijnde beroepen, waaronder dat van UPC, op grond van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb geacht worden mede te zijn gericht tegen dat nieuwe besluit. Dat biedt het College dan te komen tot een definitieve beoordeling van de beroepen en mogelijk tot een definitieve geschilbeslechting, hetgeen wenselijk wordt geacht.

De hier opgenomen beslissing illustreert dat de bestuursrechter nu reeds de mogelijkheid heeft om het bestuursorgaan uit te nodigen tot het nemen van een nieuw besluit ter vervanging van het bestreden besluit. Een wetswijziging zoals voorgesteld lijkt daarvoor niet (meer) nodig te zijn. Niettemin kan ik me niet aan de indruk onttrekken dat met de toepassing van artikel 8:68 van de Awb de grenzen van de wet worden opgezocht, hoewel er algemeen van uitgegaan wordt dat dit instrument voor dit doel kan en mag worden gebruikt.⁴

Artikel 8:68 Awb geeft de bestuursrechter de bevoegdheid om het onderzoek te heropenen in gevallen waarin naar het oordeel van de rechter het onderzoek niet volledig is geweest. Volgens de toelichting bij genoemde bepaling moet worden gedacht aan gevallen waarin bij de voorbereiding van de uitspraak blijkt dat een bepaald voor de uitspraak relevant punt onopgehelderd is gebleven en derhalve het onderzoek niet volledig is geweest.⁵ De vraag kan dan ook worden gesteld of de wetgever met het door de rechter toepassen van artikel 8:68 van de Awb (mede) heeft bedoeld voor situaties als de onderhavige om een bestuursorgaan te bewegen tot het innemen van een nader standpunt of het nemen van een nieuw besluit, dat op de voet van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb kan worden betrokken in de lopende beroepsprocedure. In de praktijk wordt er van uitgegaan dat de mogelijkheid van het heropenen van het onderzoek kan en mag worden gebruikt voor dit doel. In dat kader wordt wel gesproken van een 'informele lus'. Wat daarvan overigens ook zij, vaststaat dat de toepassing ervan in dit geval tot een pragmatische oplossing leidt en bijdraagt aan een slagvaardiger bestuursprocesrecht waardoor de kans op finale geschilbeslechting wordt vergroot.

Deze handelwijze op basis van de bestaande processuele mogelijkheden kent echter ook nadelen. Alvorens de rechter de bestuurlijke lus kan toepassen moet hij eerst vaststellen of het bestreden besluit onrechtmatig is. Met het nemen van een (tussen)beslissing die strekt tot het uitnodigen van een bestuursorgaan om een nieuw besluit te nemen is dus onvermijdelijk dat de rechtsstrijd reeds op onderdelen wordt beslist. De rechter moet om nu toepassing te kunnen geven aan de 'bestuurlijke lus' immers op punten de feiten vaststellen en rechtsoordelen geven over de (on)rechtmatigheid van de toepassing van de wettelijke regels in het desbetreffende geval. Het verdient mijns inziens de voorkeur indien daarvoor een expliciete wettelijke grondslag in de wet is opgenomen en het resultaat van de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van een besluit niet slechts in een processuele beslissing vastligt, maar in een 'echte' (tussen)uitspraak waaraan niet alleen het bestuursorgaan maar ook in de rechter in het vervolg van de beroepsprocedure is gebonden. Het zou dan ook de voorkeur hebben om een dergelijke bindende beslissing een wettelijke grondslag te geven. Bovendien moeten in het kader van de definitieve beslechting van een geschil de belangen van andere betrokken burgers en bedrijven voldoende worden gediend. Betwijfeld wordt of daarvoor vol-

3 CBB 29 augustus 2006, IJN AY7997.

4 Zie bv. MvT bij initiatiefwetsvoorstel Wet bestuurlijke lus Awb, Kamerstukken II

2007-2008, 31 352, nr. 3, blz. 6.

5 Zie PG Awb II, blz. 463.

doende aandacht bestaat bij de toepassing van de huidige processuele mogelijkheden. Hoewel de bestaande processuele bevoegdheden de rechters goede mogelijkheden biedt om te komen tot een zekere vorm van finale geschilbeslechting, valt het toe te juichen dat daarvoor in de Awb een algemene wettelijke regeling wordt getroffen waarbij aan deze aspecten aandacht is besteed.

Deze regeling⁶ houdt kort samengevat in dat de rechter wanneer hij vaststelt dat het bestreden besluit op één of meer punten een gebrek vertoont, hij een bestuursorgaan in de gelegenheid kan stellen om gebreken in het besluit nog tijdens de lopende (hoger) beroepsprocedure te herstellen. Daarbij kan de rechter een termijn bepalen waarbinnen de gebreken moeten zijn hersteld. Het betreft hier een bevoegdheid en geen verplichting. De bestuursrechter biedt de mogelijkheid tot herstel door middel van een (tussen)uitspraak. Daarbij wordt vastgesteld op welke punten het bestreden besluit onrechtmatig is en moet worden hersteld. De rechter is bij de einduitspraak gebonden aan de eindbeslissingen in de tussenuitspraak. Een bestuursorgaan kan in de gelegenheid worden gesteld een gebrek te herstellen, hetgeen inhoudt dat het bestuursorgaan vrijstaat om geen gebruik te maken van de bestuurlijke lus. Bij zaken in hoger beroep en eerste en enige aanleg bestaat de mogelijkheid voor de bestuursrechter het bestuursorgaan te dwingen om een gebrek in het besluit te herstellen. Ten slotte staat tegen een tussenuitspraak geen hoger beroep open. Wel kan indirect door het instellen van hoger beroep tegen de einduitspraak worden opgekomen tegen de tussenuitspraak.

Dat de toepassing van een bestuurlijke lus door de rechter – nu of straks op grond van een regeling in de Awb – onmiskenbaar voordelen zal hebben staat vast. Er zal echter moeten worden bezien of toepassing van de bestuurlijke lus ook effectief zal zijn in meer complexe geschillen als het onderhavige met meerdere belanghebbende partijen met verschillende, veelal tegengestelde belangen. Ik ben daar niet op voorhand van overtuigd en betwijfel of in die gevallen het toepassen van de bestuurlijke lus uiteindelijk zal leiden tot definitieve geschilbeslechting. In die zaken is het voor de bestuursrechter nog moeilijker dan in andere, minder complexe zaken of in geschillen met slechts twee partijen om (vooraf) aan te geven hoe het bestuursorgaan uitvoering moet geven aan de tussenuitspraak en een rechtmatig besluit moet nemen. Daarbij dient de rechter er tevens voor te waken dat hij bij het geven van aanwijzingen op welke wijze het gebrek in het bestreden besluit kan worden hersteld, niet teveel op de stoel van het bestuursorgaan gaat zitten. In meerpartijengeschil-

len kunnen zich overigens nog diverse andere complicaties voordoen. Zonder volledig te zijn, kan daarbij bijvoorbeeld worden gedacht aan de vraag welke belanghebbenden moeten worden betrokken in het traject van het bestuursorgaan om te komen tot een nieuw besluit. In dat verband rijst tevens de vraag of de voorbereidingsprocedure die van toepassing is opnieuw (volledig) moet worden gevolgd of dat op andere wijze belanghebbenden bij de besluitvorming moeten worden betrokken door middel van het inbrengen van zienswijzen. Bovendien kan door belanghebbenden aan wie redelijkerwijs niet kan worden verweten niet eerder beroep te hebben aangetekend op de grondslag van artikel 6:13 van de Awb alsnog beroep worden aangetekend. De bestuursrechter zal er in die gevallen een hele kluit aan hebben om een en ander adequaat en doelmatig te registreren teneinde tot het met de toepassing van de bestuurlijke lus beoogde doel te komen. In dergelijke gevallen is het besluitvormingsproces weerbarstig en die zal naar verwachting in onvoldoende mate in goede banen worden geleid door aanwijzingen van de bestuursrechter bij de beslissing tot het toepassen van de bestuurlijke lus.

In het onderhavige geval doet zich de omstandigheid voor dat de mobiele aanbieders een gezamenlijke lijn trekken en bereid zijn om zich bij een besluit van OPTA over de tariefstelling neer te leggen en hun beroepen in te trekken, indien die tarieven in lijn zijn met die welke de aanbieders onderling zijn overeengekomen. Mocht (straks) blijken dat het nieuwe door OPTA ter uitvoering van de tussenuitspraak te nemen besluit aan de hand van de daarbij volgens het College in acht te nemen criteria, heel anders luidt en niet meer in overeenstemming is met de onderling overeengekomen tarieven, dan zal een geheel nieuwe situatie ontstaan, waarbij het dan nog maar de vraag is of kan worden gekomen tot finale geschilbeslechting gezien alle bij het geschil betrokken belangen.

Het is hoe dan ook winst dat het College in de opgenomen (tussen)beslissing de bestaande bevoegdheden om te komen tot een 'bestuurlijke lus' heeft beproefd. Tot op heden is daarvan te weinig gebruik gemaakt. Mogelijk dat dit leidt tot het vaker toepassen daarvan zolang de Awb nog geen regeling voor de bestuurlijke lus bevat. Afgewacht zal moeten worden of het College in veelal meer complexe zaken op het gebied van telecom en andere gereguleerde sectoren, gebruik zal (willen) maken van de mogelijkheid van een 'bestuurlijke lus'. Vanuit proceseconomisch oogpunt valt deze handelwijze in ieder geval toe te juichen.

⁶ Zie voor een meer uitgebreide bespreking van het wetsvoorstel Wet bestuurlijke lus Awb: B.J. Schueler, 'De lus als ontknoping van het proces', *TBR* 2008/151, blz. 786-798.