CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 28 april 2016[1]

Zaak C-28/15

Koninklijke KPN NV,
KPN BV,
T-Mobile Netherlands BV,
Vodafone Libertel BV,
Tele2 Nederland BV,
Ziggo BV,
Ziggo Services BV, voorheen UPC Nederland BV,
Ziggo Zakelijk Services BV, voorheen UPC Business BV,
tegen
Autoriteit Consument en Markt (ACM)

[verzoek van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten — Richtlijn 2002/19/EG — Artikelen 8 en 13 — Richtlijn 2002/21/EG — Artikelen 4, 8 en 19 — Aanbeveling 2009/396/EG — Juridische draagwijdte — Verplichtingen inzake prijscontrole en kostentoerekening — Tarieven voor vaste en mobiele gespreksafgiftediensten — Door een nationale regelgevende instantie (NRI) aan exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht opgelegde verplichtingen — Omvang van de rechterlijke toetsing van de economische beoordelingen van een NRI”

I – Inleiding

1. Is een nationale rechter bij wie beroep is ingesteld tegen een beslissing van een nationale regelgevende instantie (hierna: „NRI”) waarbij maximumtarieven zijn vastgesteld voor vaste en mobiele gespreksafgiftediensten die worden verricht door exploitanten waarvan is vastgesteld dat zij op de markt een aanmerkelijke macht bezitten, bevoegd, en zo ja op welke gronden, af te wijken van een door deze NRI toegepaste aanbeveling van de Europese Commissie? Is deze nationale rechter bij een bevestigend antwoord met name bevoegd de evenredigheid van de door de NRI opgelegde tariefmaatregel te toetsen in het licht van de door het gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten nagestreefde doelstellingen en kan hij van de NRI vergen dat deze voldoende aannemelijk maakt dat met de litigieuze tariefmaatregel de nagestreefde doelstellingen daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd?

2. Dat is in wezen het voorwerp van de twee door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland) voorgelegde prejudiciële vragen in de context van de uitlegging van de artikelen 4, lid 1, en 8 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

(kaderrichtlijn)[2], zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009[3] (hierna: „kaderrichtlijn"), en van de artikelen 8 en 13 van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn)[4], zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140 (hierna: „toegangsrichtlijn").

3. Deze vragen zijn gerezen in het kader van een geding van meerdere Nederlandse telecommunicatie-exploitanten, waaronder Koninklijke KPN NV, tegen de Autoriteit Consument en Markt (hierna: „ACM") betreffende het besluit van laatstgenoemde om maximumtarieven vast te stellen voor de door de genoemde exploitanten verrichte vaste en mobiele gespreksafgiftediensten, waarbij zij zich baseert op het kostenberekeningsmodel dat is omschreven en aanbevolen in aanbeveling 2009/396/EG van de Commissie van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU[5].

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Recht van de Unie*

1. Kaderrichtlijn

4. Artikel 4 van de kaderrichtlijn („Recht van beroep") bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat er op nationaal niveau doeltreffende regelingen voorhanden zijn krachtens welke iedere gebruiker of onderneming die elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, die door een beslissing van een NRI is getroffen, het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen. Dit lichaam, bijvoorbeeld een rechtbank, bezit de nodige deskundigheid om zijn taken effectief te kunnen uitoefenen. De lidstaten dragen er zorg voor dat de feiten van de zaak op afdoende wijze in aanmerking worden genomen en dat er een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep aanwezig is.

[...]"

5. Artikel 7 van de kaderrichtlijn bepaalt dat:

„[...]

3. [...] een [NRI], wanneer zij voornemens is een maatregel te nemen die:

a) valt binnen de draagwijdte van de artikelen 15 of 16 van deze richtlijn of de artikelen 5 of 8 van de [toegangsrichtlijn]; en

b) van invloed is op de handel tussen de lidstaten,

2 — PB 2002, L 108, blz. 33.
3 — PB 2009, L 337, blz. 37.
4 — PB 2002, L 108, blz. 7.
5 — PB 2009, L 124, blz. 67.

de ontwerpmaatregel tegelijkertijd toegankelijk [maakt] voor de Commissie, [het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (Berec)[6]] en de [NRI's] in andere lidstaten, vergezeld van een motivering [...]. De [NRI's], Berec en de Commissie krijgen een maand de tijd om opmerkingen in te dienen bij de nationale regelgevende instantie in kwestie. De periode van één maand kan niet worden verlengd.

[...]

7. De betrokken [NRI] houdt zo veel mogelijk rekening met opmerkingen van andere [NRI's], Berec en de Commissie [...].

[...]"

6. Artikel 8 van de kaderrichtlijn („Beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen") luidt als volgt:

„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 de leden 2, 3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen.

[...]

2. De [NRI's] bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

a) zij zorgen ervoor dat de gebruikers [...] optimaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;

b) zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is [...];

[...]

3. De [NRI's] dragen bij aan de ontwikkeling van de interne markt, onder meer op de volgende wijze:

[...]

d) zij werken met elkaar, met de Commissie en met Berec op transparante wijze samen om de ontwikkeling van een consistente regelgevende praktijk en de consistente toepassing van deze richtlijn en van de bijzondere richtlijnen[7] te waarborgen.

4. De [NRI's] bevorderen de belangen van de burgers van de Europese Unie [...]".

7. Artikel 16 van deze richtlijn („Marktanalyseprocedure") bepaalt:

„[...]

2. Wanneer een [NRI] krachtens [...] artikel 8 van [de toegangsrichtlijn] moet bepalen of ten aanzien van ondernemingen verplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken, bepaalt zij overeenkomstig de richtsnoeren op basis van haar analyse volgens lid 1 van dit artikel of een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is.

6 — Dit orgaan is opgericht bij verordening (EG) nr. 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB 2009, L 337, blz. 1).

7 — De uitdrukking „bijzondere richtlijnen" doelt met name op de toegangsrichtlijn.

3. Wanneer een [NRI] concludeert dat de markt daadwerkelijk concurrerend is, mag zij niet een van de specifieke wettelijke verplichtingen als beschreven in lid 2 opleggen of handhaven. [...]

4. Wanneer een [NRI] vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat zij na welke ondernemingen op die markt afzonderlijk of gezamenlijk aanmerkelijke macht op de markt in de zin van artikel 14 hebben en legt zij de ondernemingen in kwestie passende specifieke wettelijke verplichtingen op als bedoeld in lid 2 van dit artikel of handhaaft zij deze verplichtingen wanneer zij reeds bestaan.

[...]"

8. Artikel 19 van de kaderrichtlijn („Harmonisatieprocedures") bepaalt:

„1. De Commissie kan, wanneer zij vaststelt dat verschillen bij de tenuitvoerlegging door de [NRI's] van de in deze richtlijn en de specifieke richtlijnen gespecificeerde taken obstakels opwerpen voor de interne markt, [...] zo veel mogelijk rekening houdend met het advies van Berec, een aanbeveling doen of een besluit vaststellen inzake de geharmoniseerde toepassing van de bepalingen van deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen bij de verwezenlijking van de in artikel 8 uiteengezette doelstellingen.

2. [...]

De lidstaten zorgen ervoor dat de [NRI's] bij de uitvoering van hun taken zo veel mogelijk rekening houden met dergelijke aanbevelingen. Wanneer een [NRI] besluit om een aanbeveling niet op te volgen, brengt zij de Commissie daarvan op de hoogte met vermelding van de motivering van haar standpunt.

[...]"

2. Toegangsrichtlijn

9. Artikel 8 van de toegangsrichtlijn („Oplegging, wijziging of opheffing van verplichtingen") bepaalt:

„1. De lidstaten zien erop toe dat de [NRI's] de nodige bevoegdheden krijgen om de in de artikelen 9 tot en met 13 bis van deze richtlijn vermelde verplichtingen op te leggen.

2. Wanneer een overeenkomstig artikel 16 van [de kaderrichtlijn] verrichte marktanalyse uitwijst dat een exploitant een aanmerkelijke macht op een specifieke markt bezit, leggen de [NRI's] hem, waar passend, de in de artikelen 9, 10, 11, 12 en 13 van deze richtlijn genoemde verplichtingen op.

[...]

4. De overeenkomstig dit artikel opgelegde verplichtingen worden op de aard van het geconstateerde probleem gebaseerd en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van [de kaderrichtlijn] proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Die verplichtingen worden alleen opgelegd na overleg als bedoeld in de artikelen 6 en 7 van die richtlijn.

[...]"

10. Artikel 13 van de toegangsrichtlijn („Verplichtingen inzake prijscontrole en kostentoerekening”) bepaalt:

„1. Een [NRI] kan overeenkomstig artikel 8 verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers. Om investeringen door de exploitant in nieuwegeneratienetwerken ook aan te moedigen, houden de [NRI's] rekening met de door de exploitant gedane investeringen, en laten zij toe dat hij een redelijke opbrengst krijgt uit zijn kapitaalinbreng, waarbij zij de specifieke risico's van een bepaald nieuw netwerkproject waarin wordt geïnvesteerd in aanmerking nemen.

2. De [NRI's] zien erop toe dat regelingen voor het terugverdienen van kosten en tariferingsmethoden die worden opgelegd erop gericht zijn efficiëntie en duurzame concurrentie te bevorderen en de consument maximaal voordeel te bieden. In dat verband kunnen de [NRI's] ook rekening houden met beschikbare prijzen van vergelijkbare concurrerende markten.

3. Wanneer voor een exploitant een verplichting inzake kostenoriëntering van zijn tarieven geldt, is het aan hem om aan te tonen dat de tarieven worden bepaald op basis van de kosten verhoogd met een redelijk investeringsrendement. Voor de berekening van de kosten verbonden aan efficiënte dienstverlening, kunnen de [NRI's] boekhoudkundige kostenberekeningsmethoden gebruiken die losstaan van de door de onderneming gebruikte methoden. De [NRI's] kunnen van een exploitant verlangen dat deze volledige verantwoording aflegt over zijn tarieven en indien nodig dat deze worden aangepast.”

3. Aanbeveling 2009/396

11. Overweging 1 van aanbeveling 2009/396 luidt:

„[...] Tijdens de beoordeling van meer dan 850 ontwerpmaatregelen die overeenkomstig artikel 7 van [de kaderrichtlijn] waren aangemeld, bleek [...] dat nog steeds een aantal tegenstrijdigheden bestaan bij de regeling van tarieven voor gespreksafgifte.”

12. Overweging 3 van aanbeveling 2009/396 preciseert:

„Grote verschillen in de regelgeving ten aanzien van afgiftetarieven voor vaste en mobiele telefonie leiden tot grondige concurrentieverstoringen. [...]”

13. Overweging 4 van dezelfde aanbeveling luidt:

„Het gebrek aan harmonisatie bij de toepassing van kostentoerekeningssystemen op afgiftemarkten tot op heden wijst op de noodzaak van een gemeenschappelijke aanpak die een grotere rechtszekerheid zal bieden en de juiste stimulansen zal verschaffen voor potentiële investeerders. Ook zullen daardoor de lasten van de regelgeving voor de bestaande exploitanten die momenteel actief zijn in verschillende lidstaten, verminderen. [...]”

14. In overweging 7 van aanbeveling 2009/396 wordt aangegeven:

„[...] Het tariferingsysteem in de EU is gebaseerd op Calling Party Network Pays, hetgeen inhoudt dat de kosten voor afgifte worden vastgesteld door het opgeroepen netwerk en worden betaald door het netwerk dat de oproep doet. De opgeroepen partij wordt niets in rekening gebracht voor deze dienst en heeft over het algemeen geen reden om te reageren op de afgifteprijs die door zijn

netwerkexploitant is vastgesteld. De [NRI's] maken zich in dit verband met betrekking tot de concurrentie vooral zorgen over extreme prijzen. Hoge afgifteprijzen worden uiteindelijk terugverdiend door hogere beltarieven voor eindgebruikers. Gelet op het feit dat afgiftemarkten toegankelijk zijn vanuit twee richtingen vormt ook kruissubsidiëring tussen exploitanten een potentieel concurrentieprobleem. Concurrentieproblemen kunnen zich voordoen bij zowel vaste als mobiele afgiftemarkten. Omdat het in het belang van de exploitanten van gespreksafgifte is om de prijzen vast te stellen op een niveau dat ver boven de kosten ligt, wordt kostenoriëntatie beschouwd als de meest geschikte oplossing op middellange termijn. [...] Gezien de specifieke kenmerken van markten voor gespreksafgifte en de daaraan verbonden concurrentie- en distributieproblemen, erkent de Commissie al geruime tijd dat een gemeenschappelijke aanpak die gebaseerd is op doelmatige kosten en de toepassing van symmetrische afgiftetarieven doelmatigheid en duurzame concurrentie zou bevorderen en zou zorgen voor optimale consumentenvoordelen wat betreft prijzen en dienstenaanbod."

15. Overweging 13 van aanbeveling 2009/396 luidt:

„Rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de markten voor gespreksafgifte moeten de kosten van afgiftediensten worden berekend op basis van toekomstige incrementele kosten op lange termijn (LRIC). [...] LRIC-modellen houden alleen rekening met kosten die het gevolg zijn van een vastgestelde stijging (increment). Een aanpak op basis van incrementele kosten waarbij alleen efficiënte kosten worden toegerekend die er niet zouden zijn wanneer de aan het increment ten gronde liggende dienst niet langer zou worden verstrekt (dat wil zeggen vermijdbare kosten) bevordert een efficiënte productie en een efficiënt gebruik en beperkt potentiële concurrentieverstoringen. Hoe meer afgiftetarieven afwijken van de meerkosten, des te groter de concurrentieverstoringen tussen vaste en mobiele markten en/of tussen exploitanten met asymmetrische marktaandelen en verkeersstromen. Een pure LRIC-aanpak waarbij de gespreksafgiftedienst op wholesaleniveau als relevant increment wordt beschouwd en alleen vermijdbare kosten omvat, is dan ook gerechtvaardigd. [...]"

16. De punten 1 en 2 van aanbeveling 2009/396 zijn als volgt verwoord:„1. Wanneer de [NRI's] overeenkomstig artikel 13 van [de toegangsrichtlijn] prijscontrole en kostenberekeningen opleggen aan exploitanten die door hen zijn aangewezen als ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht op markten voor gespreksafgifte op wholesaleniveau voor afzonderlijke openbare telefoonnetwerken (hierna ‚vaste en mobiele afgiftemarkten' genoemd), naar aanleiding van een marktanalyse die is uitgevoerd in overeenstemming met artikel 16 van [de kaderrichtlijn], dienen zij afgiftetarieven vast te stellen die gebaseerd zijn op de kosten van een efficiënte exploitant. Dit houdt in dat deze ook symmetrisch zouden zijn. De NRI's dienen hierbij als volgt te werk te gaan.

2. Aanbevolen wordt de evaluatie van efficiënte kosten te baseren op de huidige kosten en een aanpak te hanteren waarbij als relevante kostenberekeningsmethode gebruik wordt gemaakt van een bottom-up model en incrementele kosten op lange termijn (LRIC)."

17. Het staat vast dat de Commissie in aanbeveling 2009/396 uitgaat van het zogenoemde „pure bottom-up long-run incremental costs (BULRIC)"-model, dat in wezen inhoudt dat slechts rekening wordt gehouden met de incrementele kosten van het betrokken dienstenaanbod, waarbij de gespreksafgifte op wholesaleniveau als relevant increment wordt beschouwd en alleen vermijdbare kosten omvat, namelijk kosten die kunnen worden vermeden wanneer de aan het increment ten grondslag liggende dienst niet langer wordt verstrekt. De onvermijdbare kosten zoals de gezamenlijke kosten (kosten die niet rechtstreeks aan een specifieke dienst zijn toe te rekenen) en de gemeenschappelijke kosten (die rechtstreeks kunnen worden toegerekend aan meer dan één enkele dienst) worden derhalve bij dit kostenberekeningsmodel niet in aanmerking genomen.

B – *Nederlands recht*

18. Artikel 1.3, lid 1, van de Telecommunicatiewet in de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende redactie bepaalt:

„[ACM] draagt er zorg voor dat haar besluiten bijdragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen als bedoeld in artikel 8, tweede tot en met vijfde lid, van [de kaderrichtlijn] in elk geval door:

a. 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;

b. de ontwikkeling van de interne markt;

c. het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit."

19. Artikel 1.3, lid 2, van de Telecommunicatiewet bepaalt dat ACM bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden zo veel mogelijk rekening moet houden met aanbevelingen van de Commissie als bedoeld in artikel 19, lid 1, van de kaderrichtlijn. Indien ACM geen toepassing geeft aan een aanbeveling, moet zij de Commissie daaromtrent informeren, onder vermelding van de redenen van haar besluit.

20. Volgens artikel 6a.1 van deze wet bepaalt ACM, in haar hoedanigheid van NRI, de relevante markten in de elektronische-communicatiesector. Daartoe stelt ACM overeenkomstig artikel 6a.1, lid 5, van deze wet vast of de desbetreffende markt al dan niet daadwerkelijk concurrerend is. Indien dat niet het geval is, stelt ACM krachtens artikel 6a.2 van de wet vast of een of meer ondernemingen beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en legt zij hun passende verplichtingen op.

21. Artikel 6a.2, lid 3, van de Telecommunicatiewet voegt daaraan toe dat een verplichting als bedoeld in lid 1 passend is 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.

22. Artikel 6a.7 van deze wet bepaalt:

„1. [ACM] kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door [ACM] 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 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 [ACM] 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 [ACM] te bepalen of goed te keuren kostentoerekeningssysteem moet worden gehanteerd.

3. Indien [ACM] een onderneming heeft verplicht om voor toegang een kostengeoriënteerd tarief te rekenen, toont de onderneming aan dat haar tarieven werkelijk kostengeoriënteerd zijn.

4. Onverminderd het eerste lid, tweede volzin, kan [ACM] aan een verplichting tot het opstellen van een kostentoerekeningssysteem voorschriften verbinden met betrekking tot het overleggen van de resultaten van de toepassing van het systeem door de onderneming waarop de verplichting rust.

[...]"

III – Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

23. In het kader van een aan het hoofdgeding voorafgaande procedure heeft de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA, thans ACM, die in Nederland de hoedanigheid van NRI heeft op het gebied van de telecommunicatie) na een analyse van de relevante markt, bij besluit van 7 juli 2010 tariefmaatregelen volgens het „pure BULRIC"-kostenberekeningsmodel opgelegd aan aanbieders van vaste en mobiele gespreksafgiftediensten in Nederland. Op 31 augustus 2011 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat besluit vernietigd, met name op grond dat een ander kostenberekeningsmodel had moeten worden toegepast, namelijk het „plus BULRIC"-model, waarmee in wezen eveneens de gemeenschappelijke kosten (de kosten die rechtstreeks kunnen worden toegerekend aan meer dan één enkele dienst) en de gezamenlijke kosten (kosten die niet rechtstreeks aan een specifieke dienst zijn toe te rekenen) in aanmerking kunnen worden genomen en zelfs kunnen worden vergoed. [8]

24. Vervolgens heeft ACM, na te hebben vastgesteld dat er op de wholesalemarkt voor gespreksafgiftediensten sprake was van een risico van buitensporig hoge tarieven, op 5 augustus 2013 het in het hoofdgeding bestreden besluit vastgesteld, waarbij zij maximumtarieven heeft vastgesteld voor deze diensten. Deze tarieven zijn bepaald op basis van het „pure BULRIC"-model, overeenkomstig de bepalingen van de Telecommunicatiewet die de artikelen 8 en 13 van de toegangsrichtlijn en aanbeveling 2009/396 omzetten. ACM heeft geoordeeld dat dit een passend model is om kostengeoriënteerde gespreksafgiftetarieven vast te stellen en dat het blijkens deze aanbeveling de enige vorm van kostenoriëntatie is die in overeenstemming is met het recht van de Unie. Zij heeft gesteld dat een op dat berekeningsmodel gebaseerde tariefmaatregel het risico van buitensporig hoge tarieven en van marge-uitholling bezweert, terwijl de concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en de belangen van eindgebruikers worden bevorderd.

25. Koninklijke KPN, KPN BV, T-Mobile Netherlands BV en Vodafone Libertel BV, exploitanten van met name mobiele gespreksafgiftediensten, hebben bij de verwijzende rechter vernietiging gevorderd van het besluit van ACM van 5 augustus 2013, waarvan de tenuitvoerlegging is geschorst bij uitspraak in kort geding van 27 augustus 2013.

26. In het bij de verwijzende rechter aanhangige beroep voeren Koninklijke KPN, KPN, T-Mobile Netherlands en Vodafone Libertel aan dat een tariefverplichting op basis van het „pure BULRIC"-model in strijd is met de artikelen 6a.2, lid 3, en 6a.7, lid 2, van de Telecommunicatiewet, die respectievelijk bepalen dat een tarief kostengeoriënteerd en een door ACM opgelegde verplichting passend moet zijn.

27. Zij voegen daaraan toe dat alle stellingen van ACM met betrekking tot de verwachte positieve gevolgen van de toepassing van het „pure BULRIC"-model op de tariefstructuur het opleggen van tariefverplichtingen zoals de in het hoofdgeding litigieuze niet kunnen rechtvaardigen. De volgens dat model vastgestelde prijzen leiden huns inziens ertoe dat de gespreksafgiftetarieven lager zijn dan die welke op een concurrerende markt zouden worden verkregen. Aanbeveling 2009/396 is derhalve niet in overeenstemming met artikel 13 van de toegangsrichtlijn.

28. De verwijzende rechter merkt op dat de tekst van artikel 6a.7, lid 2, van de Telecommunicatiewet geen steun biedt aan de opvatting dat een vorm van tariefregulering kan worden opgelegd die verder gaat dan een regulering van de prijzen die reeds geacht kan worden kostengeoriënteerd te zijn.

8 — De vraag of deze twee kostensoorten door de betrokken exploitanten al dan niet kunnen worden terugverdiend wanneer het „pure BULRIC"-model wordt toegepast, is omstreden tussen belanghebbenden en wordt gedeeltelijk besproken in de punten 88 tot en met 91 van deze conclusie.

29. Naar zijn oordeel kan echter een meer strikte tariefverplichting zijn toegestaan wanneer deze evenredig en gerechtvaardigd is, de aard van het op de betrokken markt vastgestelde probleem in aanmerking genomen, en wanneer deze de in artikel 8, leden 2 tot en met 4, van de kaderrichtlijn omschreven doelstellingen nastreeft. In dat geval moet ACM volgens de verwijzende rechter nagaan of de betrokken tariefmaatregel geschikt is om de nagestreefde doelstelling te verwezenlijken en niet verder gaat dan voor dat doel noodzakelijk is. Zij moet bovendien de redenen van haar beslissing inzichtelijk maken en alle betrokken belangen tegen elkaar afwegen.

30. De verwijzende rechter vraagt zich echter in de eerste plaats af welke belangen mogen of moeten worden gewogen en welk gewicht aan elk van deze belangen mag of moet worden toegekend bij de analyse die moet worden verricht voor het opleggen van tariefverplichtingen. In de tweede plaats vraagt hij zich af welk belang in het hoofdgeding moet worden gehecht aan het feit dat de Commissie in aanbeveling 2009/396 het „pure BULRIC”-model heeft gekozen voor het vaststellen van een passende tariefmaatregel op de wholesalemarkt van vaste en mobiele gespreksafgiftediensten.

31. In deze omstandigheden heeft de verwijzende rechter de procedure geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Dient artikel 4, eerste lid, van de kaderrichtlijn, gelezen in samenhang met de artikelen 8 en 13 van de toegangsrichtlijn, aldus te worden uitgelegd dat het de nationale rechterlijke instantie in beginsel is toegestaan om in een geschil over de rechtmatigheid van een door de [NRI] opgelegd kostengeoriënteerd tarief in de wholesalemarkt voor gespreksafgifte anders te oordelen dan overeenkomstig [...] aanbeveling [2009/396], waarin pure-BULRIC wordt aanbevolen als passende tariefmaatregel op de gespreksafgiftemarkten, indien dit naar zijn oordeel geboden is op basis van de feitelijke omstandigheden van de door hem te beoordelen zaak en/of overwegingen van nationaal c.q. supranationaal recht?

2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord in hoeverre komt dan aan de nationale rechterlijke instantie ruimte toe om bij het beoordelen van een tariefmaatregel die op kosten is georiënteerd:

   a) in het licht van artikel 8, derde lid, van de kaderrichtlijn het argument van de NRI dat de ontwikkeling van de interne markt wordt bevorderd te waarderen aan de hand van de mate waarin de werking van de interne markt daadwerkelijk wordt beïnvloed?

   b) in het licht van de beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen die zijn neergelegd in [artikel] 8 van de kaderrichtlijn en artikel 13 van de toegangsrichtlijn, te toetsen of de tariefmaatregel:

      i) evenredig is;

      ii) passend is;

      iii) proportioneel toegepast en gerechtvaardigd is?

   c) van de NRI te vergen dat zij voldoende aannemelijk maakt dat:

      i) de onder artikel 8, tweede lid, van de kaderrichtlijn genoemde beleidsdoelstelling dat de NRI's de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten bevorderen, daadwerkelijk wordt gerealiseerd en de gebruikers daadwerkelijk optimaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;

      ii) de onder artikel 8, derde lid, van de kaderrichtlijn genoemde beleidsdoelstelling bij te dragen aan de ontwikkeling van de interne markt, daadwerkelijk wordt gerealiseerd; en

iii) de onder artikel 8, vierde lid, van de kaderrichtlijn genoemde beleidsdoelstelling dat de belangen van de burgers van de Europese Unie worden bevorderd, daadwerkelijk wordt gerealiseerd?

d) in het licht van artikel 16, derde lid, van de kaderrichtlijn, alsmede artikel 8, tweede en vierde lid, van de toegangsrichtlijn, bij de beantwoording van de vraag of de tariefmaatregel passend is in aanmerking te nemen dat de maatregel is opgelegd op de markt waarop de gereguleerde ondernemingen aanmerkelijke marktmacht bezitten maar in de gekozen vorm (pure BULRIC) strekt ter bevordering van een van de doelstellingen van de kaderrichtlijn, de belangen van de eindgebruikers, op een andere, niet voor regulering in aanmerking komende markt?"

IV – Procedure bij het Hof

32. Met betrekking tot deze prejudiciële vragen zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoeksters in het hoofdgeding, door Tele2 Nederland BV, Ziggo BV, Ziggo Services BV en Ziggo Zakelijk Services BV, die in het hoofdgeding zijn tussengekomen [9], door de Nederlandse, de Italiaanse, de Poolse en de Finse regering en door de Commissie. Op de pleitzitting van 16 maart 2016 zijn deze belanghebbenden en de Duitse regering gehoord in hun pleidooien, met uitzondering van Tele2 Nederland en de Italiaanse en de Poolse regering, die niet vertegenwoordigd waren.

V – Analyse

A – *Inleidende opmerkingen*

33. De kaderrichtlijn stelt een geharmoniseerd kader vast voor de regulering van elektronische-communicatiediensten, elektronische-communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten en bijbehorende diensten. Zij legt de taken van de NRI's vast alsmede een reeks procedures om de geharmoniseerde toepassing van het regelgevingskader in de gehele Unie te waarborgen. [10]

34. In de kaderrichtlijn worden aan de NRI's specifieke taken op het gebied van de regulering van elektronische-communicatiemarkten opgedragen.

35. Bij de uitoefening van hun taken moeten de NRI's zo veel mogelijk rekening houden met de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn. Krachtens artikel 8, lid 1, van deze richtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de NRI's alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel. In laatstgenoemde bepaling wordt bovendien gepreciseerd dat de door de NRI's getroffen maatregelen in evenredigheid dienen te zijn met die doelstellingen.

36. Krachtens de bepalingen van de kaderrichtlijn moeten de NRI's, in nauwe samenwerking met de Commissie, de relevante markten bepalen in de sector elektronische communicatie en beoordelen of deze markten daadwerkelijk concurrerend zijn. [11] Indien een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, is de betrokken NRI bevoegd om ondernemingen die op die markt over een aanmerkelijke marktmacht beschikken ex-antereguleringsverplichtingen op te leggen.

9 — Deze vier partijen hebben tegen het besluit van ACM beroep ingesteld met betrekking tot punten die noch aan het hoofdgeding, noch aan de prejudiciële vragen ten grondslag liggen. Ter zitting heeft de vertegenwoordiger van Ziggo, Ziggo Services en Ziggo Zakelijk Services aangevoerd dat deze vennootschappen de belangrijkste aanbieders zijn die in Nederland gespreksafgiftetarieven betalen.

10 — Zie in deze zin arrest van 3 december 2009, Commissie/Duitsland (C-424/07, EU:C:2009:749, punt 53).

11 — Artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn.

37. Wanneer een NRI dergelijke verplichtingen oplegt, moet zij rekening houden met de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn, en deze ex-antereguleringsverplichtingen moeten evenredig zijn en gerechtvaardigd in het licht van genoemde doelstellingen. [12]

38. Volgens artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn kunnen deze ex-antereguleringsverplichtingen onder andere verplichtingen omvatten inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant of exploitanten de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kunnen handhaven of de marges kunnen uithollen, ten nadele van de eindgebruikers. Artikel 13, lid 2, van de toegangsrichtlijn vereist dat regelingen voor het terugverdienen van kosten en tariferingsmethoden die worden opgelegd erop gericht zijn efficiëntie en duurzame concurrentie te bevorderen en de consument maximaal voordeel te bieden.

39. In het hoofdgeding staat vast dat ACM ex-antetariefverplichtingen in de zin van met name artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn [13] heeft opgelegd aan de exploitanten waarvan deze autoriteit heeft vastgesteld dat zij over een aanmerkelijke marktmacht beschikken op de wholesalemarkt voor gespreksafgifte in Nederland. Deze verplichtingen hebben de vorm van kostengeoriënteerde maximumtarieven en zijn gebaseerd op het door de Commissie in aanbeveling 2009/396 aanbevolen kostenberekeningsmodel, namelijk het „pure BULRIC”-model. Overigens merk ik op dat de verwijzende rechter het Hof geen vragen voorlegt over de rechtsgeldigheid van deze aanbeveling, in tegenstelling tot hetgeen verzoeksters in het hoofdgeding hem lijken te hebben voorgesteld. [14]

40. In het hoofdgeding wordt evenmin betwist dat het opleggen van ex-antetariefverplichtingen op basis van kostengeoriënteerde prijzen gerechtvaardigd is gelet op het niet-concurrerende karakter en de bijzondere kenmerken van de wholesalemarkt voor vaste en mobiele gespreksafgifte, factoren waarop met name de aandacht is gevestigd in overweging 7 van aanbeveling 2009/396, aangehaald in punt 14 van deze conclusie.

41. De verwijzende rechter vraagt zich nochtans in wezen af of de door ACM gekozen tariefmaatregelen op basis van het „pure BULRIC”-kostenberekeningsmodel, dat wordt genoemd in aanbeveling 2009/396, niet buitensporig zijn en of, zoals verzoeksters in het hoofdgeding aanvoeren, een maximumtarief dat is gebaseerd op een iets ander berekeningsmodel, namelijk het zogenoemde „plus BULRIC”-model, waarmee de betrokken exploitanten op de betrokken markt de onvermijdbare kosten, zoals de gezamenlijke en de gemeenschappelijke kosten, kunnen terugverdienen [15], niet zou volstaan, aangezien een op dat model gebaseerde tariefmaatregel reeds zou voldoen aan de vereisten van kostengeoriënteerde prijzen.

42. Zoals blijkt uit het dossier leidt de toepassing van het „pure BULRIC”-kostenberekeningsmodel concreet tot de vaststelling van een maximumtarief voor mobiele gespreksafgifte van 1,019 eurocent per minuut, terwijl dat volgens het „plus BULRIC”-model 1,861 eurocent per minuut zou zijn. Bij de vaste gespreksafgifte bedraagt het maximumtarief 0,108 eurocent per minuut overeenkomstig het „pure BULRIC”-model, tegen 0,302 eurocent per minuut volgens het „plus BULRIC”-model.

12 — Zie artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn en arrest van 3 december 2009, Commissie/Duitsland (C-424/07, EU:C:2009:749, punt 60).

13 — Ik herinner er ten overvloede aan dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de verlening door een NRI van een tariefvergunning voor mobiele gespreksafgifte onder de „verplichtingen inzake [...] prijscontrole [...] voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes” valt, in de zin van artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn; zie arrest van 14 januari 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, punten 42 en 43).

14 — Zie punt 27 van deze conclusie.

15 — Zie betreffende de kosten, de punten 17 en 23 van deze conclusie.

43. In beide gevallen kunnen de betrokken exploitanten bij toepassing van het „plus BULRIC”-model hun gespreksafgiftetarieven dus op een hoger niveau vaststellen dan het niveau dat voortvloeit uit de toepassing van het door ACM, in navolging van aanbeveling 2009/396, gekozen „pure BULRIC”-model.

44. Nu het economische belang van het hoofdgeding duidelijk is, kunnen de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter op de volgende wijze in twee delen worden gesplitst: is een nationale rechter bevoegd, en zo ja op welke gronden, af te wijken van een door een NRI toegepaste aanbeveling van de Commissie? Zo ja, is hij dan met name bevoegd het evenredige karakter van de door de NRI opgelegde tariefmaatregel te toetsen in het licht van de door de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn nagestreefde doelstellingen en kan hij van de NRI vergen dat deze voldoende aannemelijk maakt dat met de litigieuze tariefmaatregel de nagestreefde doelstellingen daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd?

B – *Omvang van de rechterlijke toetsing, de waarde van aanbeveling 2009/396 en de gronden waarop de nationale rechter daarvan kan afwijken*

45. Uit de context waarin de verwijzende rechter de zinsnede „anders te oordelen” in zijn eerste prejudiciële vraag gebruikt, blijkt voldoende duidelijk dat hij denkt aan de mogelijkheid het „pure BULRIC”-model, dat door de Commissie in aanbeveling 2009/396 wordt aangegeven en door ACM is toegepast in het bij deze rechter bestreden besluit, te vervangen door het „plus BULRIC”-model, zoals deze rechter dat in het verleden reeds heeft gedaan[16] en zoals verzoeksters in het hoofdgeding vorderen. Het lijkt er immers op dat de verwijzende rechter overweegt te beslissen dat de volgens het „plus BULRIC”-model vastgestelde tarieven reeds voldoen aan het vereiste dat zij kostengeoriënteerd moeten zijn, in de zin van met name artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn.

46. Hoewel het een controversieel onderwerp kan lijken[17], is deze bevoegdheid van de verwijzende rechter om zijn eigen beoordeling van de economische en boekhoudkundige gegevens in de plaats te stellen van de beoordeling van dezelfde gegevens door ACM op basis van aanbeveling 2009/396, die zelfs zover lijkt te gaan dat hij de exploitanten een ander kostenberekeningsmodel kan opleggen, noch uitdrukkelijk voorzien, noch verboden in artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn, waarvan de verwijzende rechter in zijn eerste prejudiciële vraag om uitlegging verzoekt.

47. Dit artikel beperkt zich immers algemeen gesproken tot de bepaling dat de lidstaten er in het kader van beroepsprocedures tegen beslissingen van de NRI’s voor moeten zorgen dat „de feiten van de zaak op afdoende wijze in aanmerking worden genomen en dat er een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep aanwezig is”.[18]

48. Hieruit volgt dat artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn niet de nationale regels en praktijken betreffende de toepasselijke rechterlijke procedures harmoniseert, zomin als de omvang van de toetsing door de nationale rechter van de beslissingen van de NRI’s. Hoogstens kan uit de bewoordingen van artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn worden opgemaakt dat deze bepaling een grens stelt waarbuiten de lidstaten worden geacht geen doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep te waarborgen, dat wil zeggen dat het is uitgesloten dat de door de beroepsinstantie verrichte toetsing zuiver een vormkwestie is. Overigens vereisen de bepalingen van de kaderrichtlijn

16 — Zie punt 23 van deze conclusie. Ik merk op dat ten tijde van de eerste zaak de termijn om een op het „pure BULRIC”-model van aanbeveling 2009/396 gebaseerde tariefstructuur toe te passen nog niet was verlopen.

17 — Terwijl de Nederlandse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft gesteld dat in een situatie zoals die in het hoofdgeding het niet aan de Nederlandse rechter is om ACM een tariefmaatregel op te leggen die hij passend acht, heeft zij ter zitting voor het Hof gesteld dat de toetsing door de Nederlandse rechter zeer grondig of zeer strikt is, grenzend aan een volle toetsing. Sommige partijen in het hoofdgeding hebben eveneens deze laatstgenoemde uitlegging van de omvang van de rechterlijke toetsing van besluiten van ACM verdedigd.

18 — Ten overvloede herinner ik eraan dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn een uitdrukking vormt van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, krachtens hetwelk de rechterlijke instanties van de lidstaten de rechterlijke bescherming dienen te verzekeren van de rechten die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontlenen: zie met name arrest van 22 januari 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24, punt 33).

en de toegangsrichtlijn, zoals ik meer gedetailleerd zal onderzoeken bij de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag [19], dat de inhoud van de toetsing van de beslissingen van de NRI's die ex-antereguleringsverplichtingen opleggen, mede het onderzoek van de evenredigheid van die verplichtingen met de door de kaderrichtlijn nagestreefde doelstellingen omvat.

49. Daarentegen, en anders dan de Italiaanse regering in haar schriftelijke opmerkingen in wezen heeft verdedigd, verplicht noch artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn, noch meer algemeen het recht van de Unie een nationale rechter om in een situatie zoals die van de onderhavige zaak een beperkte toetsing uit te voeren van de door een NRI verrichte complexe economische beoordelingen, zoals de toetsing op kennelijke beoordelingsfouten.

50. Ik merk overigens op dat een gelijksoortig argument reeds is afgewezen door het Hof in het arrest van 24 april 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, punten 163-169). In deze zaak – die was gesitueerd in de context van het regelgevingskader inzake telecommunicatie zoals dat onmiddellijk voorafgaand aan de vaststelling van de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn was, maar zijn relevantie op dit punt volledig behoudt – heeft het Hof met betrekking tot de omvang van de rechterlijke toetsing van de beslissingen van een NRI inzake toegangstarieven tot het aansluitnetwerk van telecommunicatie-exploitanten met aanmerkelijke marktmacht, daaronder begrepen de beoordelingen van deze NRI betreffende de in aanmerking te nemen kosten, de berekening en de boekhoudkundige onderbouwing daarvan, immers geoordeeld dat het recht van de Unie niet voorschrijft dat de lidstaten moeten voorzien in een specifieke vorm van toetsing van deze beslissingen, waarmee het uitdrukkelijk het door een betrokkene aangevoerde argument afwees dat de toetsing marginaal, althans beperkt had moeten zijn.

51. Uit het bovenstaande volgt dat het, bij ontbreken van een desbetreffende regeling op het niveau van de Unie, een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontlenen, met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. [20]

52. Het feit dat de verwijzende rechter zich bevoegd acht besluiten van ACM bijzonder grondig te toetsen en in voorkomend geval zijn eigen beoordelingen in de plaats stellen van die waartoe deze autoriteit op basis van aanbeveling 2009/396 is gekomen, wordt door het recht van de Unie derhalve nergens verboden, voor zover beide hierboven genoemde beginselen in acht worden genomen. Ik kom op dat aspect van de onderhavige zaak nog terug, meer in het bijzonder vanuit de invalshoek van de inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel, bij de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag. [21]

53. Dat neemt niet weg dat een nationale rechter bij de uitoefening van deze bevoegdheid uiterst voorzichtig te werk moet gaan wanneer hij van plan is af te wijken van aan zijn toetsing onderworpen beoordelingen van economische en boekhoudkundige aard die zijn gebaseerd op een aanbeveling van de Commissie, zoals aanbeveling 2009/396.

54. Er bestaat weinig twijfel over dat een nationale rechter bij wie beroep is ingesteld tegen een beslissing van een NRI waarin aanbeveling 2009/396 is toegepast, niet is gebonden door de beoordelingen in die aanbeveling.

19 — Zie de punten 80 en 81 van deze conclusie.

20 — Zie in deze zin met name arrest van 24 april 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, punt 166 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 — Zie de punten 92-97 van deze conclusie.

55. Zoals alle betrokkenen erkennen heeft een dergelijke aanbeveling overeenkomstig artikel 288 VWEU immers geen bindende rechtsgevolgen, hetgeen wordt bevestigd door artikel 19, lid 2, van de kaderrichtlijn, dat weliswaar vereist dat de NRI's zo veel mogelijk rekening houden met aanbevelingen die de Commissie op basis van artikel 19, lid 1, van de kaderrichtlijn vaststelt, maar hun uitdrukkelijk toestaat deze niet op te volgen, mits zij de Commissie daarvan op de hoogte brengen met vermelding van de motivering van hun standpunt. [22]

56. Het feit dat ACM in casu, met de vaststelling van het voor de verwijzende rechter bestreden besluit, aanbeveling 2009/396 heeft toegepast in de context van het hoofdgeding, brengt als zodanig geen wijziging in de juridische status van deze aanbeveling. Bijgevolg is een nationale rechter bij wie beroep is ingesteld tegen een beslissing van een NRI waarin een dergelijke aanbeveling is toegepast, niet gebonden door de beoordelingen in die aanbeveling.

57. Niettemin zijn aanbevelingen, zoals het Hof herhaaldelijk heeft erkend, ondanks het feit dat zij geen bindende kracht hebben, niet ontbloot van elk rechtsgevolg. De nationale rechterlijke instanties zijn dan ook gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige gedingen in aanmerking te nemen, met name wanneer ze duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld, of indien ze bedoeld zijn om dwingende bepalingen van het recht van de Unie aan te vullen. [23]

58. Deze rechtspraak is volledig toepasselijk op aanbeveling 2009/396.

59. Zo is deze aanbeveling volgens mij, anders dan Koninklijke KPN en KPN in hun opmerkingen hebben aangevoerd, wel degelijk bedoeld om de bepalingen van het op elektronische-communicatiediensten toepasselijke regelgevingskader aan te vullen. Vastgesteld als zij is op de grondslag van artikel 19, lid 1, van de kaderrichtlijn in reactie op de constatering van de Commissie dat er sprake is van verschillen en tegenstrijdigheden bij de uitvoering van de reguleringstaken van de NRI's met betrekking tot de vaststelling van vaste en mobiele gespreksafgiftetarieven binnen de Unie, beoogt aanbeveling 2009/396 immers de geharmoniseerde toepassing te waarborgen van de bepalingen van de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn. Daarbij geeft aanbeveling 2009/396 met de verwijzing naar het „pure BULRIC"-model aan op welk kostenberekeningsmodel de NRI's worden verzocht zich te baseren bij de vaststelling van gespreksafgiftetarieven op wholesaleniveau, wanneer zij krachtens artikel 13 van de toegangsrichtlijn aan exploitanten die door hen zijn aangewezen als ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht verplichtingen inzake prijscontrole en met name verplichtingen met betrekking tot kostengeoriënteerde prijzen opleggen. [24]

60. In het kader van het bij hem aanhangige geding, betreffende het passende karakter van de maximumtarieven voor de markt voor vaste en mobiele gespreksafgifte op wholesaleniveau die ACM op basis van het in aanbeveling 2009/396 aangegeven „pure BULRIC"-kostenberekeningsmodel heeft opgelegd aan verzoeksters in het hoofdgeding, moet de verwijzende rechter derhalve naar behoren rekening houden met deze aanbeveling.

22 — Zie eveneens in deze zin arrest van 11 september 2008, Commissie/Litouwen (C-274/07, EU:C:2008:497, punt 50).

23 — Zie met name in deze zin arresten van 11 september 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, punt 41); 18 maart 2010, Alassini e.a. (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punt 40), en 24 april 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, punt 94).

24 — Zie met name overweging 21 en punt 1 van aanbeveling 2009/396. Zelfs indien deze aanbeveling niet zou beogen de bepalingen van het recht van de Unie aan te vullen, kan deze door de nationale rechterlijke instanties in elk geval niet worden gepasseerd. Volgens de rechtspraak van het Hof is de op laatstgenoemde rustende verplichting om de aanbevelingen in aanmerking te nemen immers een algemene verplichting, „met name" wanneer zij zijn bedoeld om de bindende bepalingen van het recht van de Unie aan te vullen.

61. Hij kan daarbij mijns inziens niet voorbijgaan aan het feit dat aanbeveling 2009/396 juist is vastgesteld wegens belangrijke verschillen en tegenstrijdigheden die tussen de NRI's op het niveau van de Unie zijn geconstateerd wat betreft de vaststelling van de vaste en mobiele gespreksafgiftetarieven, waardoor volgens overweging 7 van deze aanbeveling met name ernstige verstoringen van de concurrentie zijn ontstaan.

62. Het „pure BULRIC"-kostenberekeningsmodel dat door de Commissie in deze aanbeveling wordt aanbevolen, is derhalve gekozen met het doel een einde te maken aan deze verschillen en tegenstrijdigheden binnen de Unie, die volgens de aanbeveling schadelijk zijn voor een doeltreffende concurrentie en voor de eindgebruikers.

63. Het in aanbeveling 2009/396 aan de NRI's gerichte verzoek houdt derhalve in dat zij tariefverplichtingen die zij opleggen laten convergeren op basis van het „pure BULRIC"-model, teneinde de totstandkoming van een doeltreffende concurrentie op de interne markt te waarborgen die zowel voor de eindgebruikers als voor de consumenten gunstig is.[25]

64. Tegen deze achtergrond zou een nationale rechter bij de toetsing van een beslissing van een NRI waarbij aanbeveling 2009/396 op de relevante markt van de betrokken lidstaat wordt toegepast, omzichtig en voorzichtig te werk moeten gaan indien hij wenst af te wijken van het in deze aanbeveling aangegeven kostenberekeningsmodel zoals dat door deze NRI is toegepast.

65. In de eerste plaats immers, aangezien de rechtsgeldigheid van deze aanbeveling niet ter discussie wordt gesteld, moet het door de Commissie daarin aanbevolen kostenberekeningsmodel worden vermoed een passende maatregel te zijn om verstoringen van de concurrentie te vermijden, met inbegrip van kruissubsidiëring, en een maximaal voordeel te bereiken voor de consumenten. Overigens lijkt dat ook het uitgangspunt van de redenering van de verwijzende rechter te zijn, zoals blijkt uit de bewoordingen van de eerste prejudiciële vraag.

66. In de tweede plaats moet worden verzekerd dat de verstoringen van de concurrentie op het niveau van de Unie, waarop in aanbeveling 2009/396 wordt geattendeerd en die deze aanbeveling beoogt weg te nemen of te verminderen door toepassing van het „pure BULRIC"-kostenberekeningsmodel, niet door de nationale rechters weer worden ingevoerd of althans dat laatstgenoemden zich alleen kunnen baseren op ernstige gronden om af te wijken van het op het Unieniveau aanbevolen en door een NRI toegepaste model.

67. De eerste prejudiciële vraag van de verwijzende rechter is ook juist gericht op de specifieke overwegingen op grond waarvan hij zou mogen afwijken van aanbeveling 2009/396 zoals deze is toegepast door ACM. Daarin wordt voor die overwegingen in algemene zin verwezen naar „de feitelijke omstandigheden van de door hem te beoordelen zaak en/of overwegingen van nationaal c.q. supranationaal recht".

68. De overwegingen van „supranationaal recht" zijn nergens door de verwijzende rechter uiteengezet, en ik moet toegeven dat ik niet weet welke regels of handelingen hij bedoelt. Ik kan dan ook geen uitspraak doen over een dergelijke grond.

25 — Deze doelstelling lijkt thans gedeeltelijk bereikt, aangezien de Commissie ter zitting heeft gesteld dat het „pure BULRIC"-model wordt toegepast in 24 van de 28 lidstaten. Behalve het Koninkrijk der Nederlanden, passen alleen de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Cyprus en de Republiek Finland de op dat model gebaseerde kostenberekeningsmethode niet toe. De Commissie heeft, eveneens ter zitting, eraan toegevoegd dat de situatie in de Republiek Cyprus wordt gerechtvaardigd op basis van punt 12 van aanbeveling 2009/396, op grond waarvan NRI's die over beperkte middelen beschikken, onder bepaalde voorwaarden een alternatieve methode mogen toepassen.

69. De aan het nationale recht ontleende overwegingen zijn duidelijk beter bepaalbaar. Maar om zich uitsluitend op deze overwegingen te baseren teneinde af te wijken van het door ACM in het onderhavige geval toegepaste „pure BULRIC”-kostenberekeningsmodel, zoals de verwijzende rechter voornemens lijkt, komt mij vreemd voor gelet op de juridische context van de zaak.

70. Wanneer ik de door de verwijzende rechter opgebouwde redenering goed begrijp, leidt hij uit de artikelen 6a.2, lid 3, en 6a.7, lid 2, van de Telecommunicatiewet – die ACM in wezen toestaan om een tariefverplichting in de vorm van kostengeoriënteerde prijzen op te leggen wanneer een dergelijke verplichting is gebaseerd op de aard van het geconstateerde probleem en evenredig en gerechtvaardigd is, gelet op de doelstellingen van artikel 1.3 van dezelfde wet – af dat een vorm van tariefregulering (namelijk die gebaseerd op het „pure BULRIC”-model) die verder gaat dan een regulering van de prijzen die reeds geacht kan worden kostengeoriënteerd te zijn (bedoeld wordt een regulering op basis van het „plus BULRIC”-model), niet kan worden opgelegd.

71. Los van de waardeoordelen met betrekking tot beide kostenberekeningsmodellen wil ik opmerken, zoals de Nederlandse regering ter zitting eveneens heeft gedaan, dat de bepalingen van nationaal recht die de verwijzende rechter aanhaalt, de bepalingen van de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn dikwijls in identieke bewoordingen omzetten. Zo vormt artikel 1.3 van de Telecommunicatiewet, zoals de verwijzende rechter zelf stelt, de omzetting van artikel 8 van de kaderrichtlijn en omschrijft de algemene doelstellingen van het regelgevingskader van de elektronische communicatiediensten waaraan de NRI’s moeten bijdragen. Voorts herhaalt artikel 6a.2, lid 3, van deze wet het bepaalde in artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn, met name met betrekking tot de voor de NRI’s geldende eis evenredige ex-antereguleringsverplichtingen op te leggen, terwijl artikel 6a.7, lid 2, van de Telecommunicatiewet de omzetting vormt van artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn, met name aangaande het vereiste inzake kostengeoriënteerde tarieven.

72. In deze omstandigheden, en hoewel ik toegeef dat het aan de verwijzende rechter is om zijn nationale recht uit te leggen, kan ik zeer moeilijk inzien hoe het nationale recht zoals dat door deze rechter is uiteengezet, namelijk zoals het is voortgevloeid uit het recht van de Unie, gegeven de bewoordingen ervan en als zodanig zou vereisen dat wordt afgeweken van het door de Commissie aanbevolen berekeningsmodel, dat met name beoogt artikel 13 van de toegangsrichtlijn aan te vullen en te preciseren waar het gaat om hetgeen onder het opleggen van kostengeoriënteerde tariefverplichtingen moet worden verstaan.

73. Dat houdt zeker niet in, zoals de Duitse, de Finse en de Poolse regering terecht hebben benadrukt, dat er slechts één enkel theoretisch kostenberekeningsmodel bestaat dat de in artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn gestelde vereisten inzake kostengeoriënteerde tarieven kan preciseren.

74. Het houdt, gezien de context van de onderhavige zaak, simpelweg in dat louter juridische redenen van nationaal recht volgens mij als zodanig niet kunnen vereisen dat wordt afgeweken van het in aanbeveling 2009/396 aangegeven kostenberekeningsmodel dat ACM in het voor de verwijzende rechter bestreden besluit heeft toegepast.

75. Daarentegen zouden mijns inziens wel, zoals Tele2 Nederland, Ziggo, de Italiaanse regering en de Commissie in wezen hebben aangevoerd en zoals T-Mobile Netherlands heeft erkend, overwegingen verband houdend met de feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding, en met name de specifieke kenmerken van de Nederlandse markt, aanleiding kunnen zijn voor de verwijzende rechter af te wijken van het door ACM op basis van aanbeveling 2009/396 toegepaste berekeningsmodel.

76. Dat zou naar mijn mening de inhoud moeten zijn van het op de eerste prejudiciële vraag te geven antwoord.

77. Het is evenwel niet mogelijk om dat aspect van het hoofdgeding meer in detail te onderzoeken. De verwijzende rechter heeft immers de feitelijke omstandigheden en/of specifieke kenmerken van het hoofdgeding niet gepreciseerd die aanleiding voor hem zouden kunnen zijn af te wijken van de beoordelingen in aanbeveling 2009/396, die ACM heeft toegepast in het besluit waarvan de rechtmatigheid voor hem wordt bestreden.

78. Ik stel derhalve voor om de eerste prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden: artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechter bij wie een geding aanhangig is over de rechtmatigheid van een ex-antereguleringsverplichting in de vorm van een kostengeoriënteerd maximumtarief, die een NRI op de niet-concurrerende wholesalemarkt voor vaste en mobiele gespreksafgiftediensten heeft opgelegd overeenkomstig aanbeveling 2009/396 waarin het „pure BULRIC"-kostenberekeningsmodel als passende tariefmaatregel op die markt wordt aanbevolen, kan afwijken van een dergelijke krachtens artikel 19, lid 1, van de kaderrichtlijn vastgestelde aanbeveling, indien deze nationale rechter van oordeel is dat redenen verband houdend met de feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding, en met name met de specifieke kenmerken van de markt van de betrokken lidstaat, dat vereisen.

C – Inhoud van de rechterlijke toetsing en niveau van het van de NRI verlangde bewijs van de verwezenlijking van de door de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn nagestreefde doelstellingen

79. Met zijn tweede prejudiciële vraag, die bestaat uit meerdere deelvragen, wenst de verwijzende rechter in wezen enerzijds te vernemen of de toetsing van het besluit van ACM mede een onderzoek kan omvatten van de evenredigheid van de door deze autoriteit opgelegde tariefmaatregel in het licht van de doelstellingen en regelgevingsbeginselen van de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn, met inbegrip van een onderzoek van de omstandigheid dat de tariefmaatregel is opgelegd op een niet-concurrerende markt maar strekt tot bevordering van de doelstelling inzake de belangen van de eindgebruikers op een concurrerende markt [tweede prejudiciële vraag, onder b) en d)]. Anderzijds wenst hij in de eerste plaats te vernemen of hij bij de door hem te verrichten toetsing van het besluit van ACM rekening kan houden met de *daadwerkelijke* invloed op de interne werking van de door deze autoriteit opgelegde tariefmaatregel, en in de tweede plaats of hij van ACM kan vergen dat deze voldoende aannemelijk maakt dat de genoemde maatregel *daadwerkelijk* drie van de in artikel 8 van de kaderrichtlijn vermelde doelstellingen realiseert [tweede prejudiciële vraag, onder a) en c)].

80. Met betrekking tot het eerste onderdeel van de tweede prejudiciële vraag deel ik de mening van alle betrokkenen dat het aan de nationale rechterlijke instanties is om de evenredigheid te toetsen van een tariefmaatregel zoals door ACM in het hoofdgeding is toegepast.

81. Zoals de meeste betrokkenen hebben aangevoerd, blijkt duidelijk uit artikel 8, lid 4, van de toegangsrichtlijn dat de door de NRI's opgelegde verplichtingen, waaronder die genoemd in artikel 13 van deze richtlijn betreffende kostengeoriënteerde prijzen, moeten zijn gebaseerd op de aard van het geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn proportioneel en gerechtvaardigd moeten zijn.[26] Een dergelijke bevoegdheid van de NRI's kan niet ontkomen aan de rechterlijke toetsing met betrekking tot „de feiten van de zaak", waarin is voorzien in artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn. Zoals met name de Nederlandse regering en de Commissie hebben aangevoerd en in het bijzonder voortvloeit uit het recente arrest van 17 september 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, punten 43, 47 en 49), moeten de nationale rechterlijke instanties er derhalve

26 — Zie ook in deze zin arrest van 19 juni 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, punt 44).

op toezien dat de NRI's alle uit de artikelen 8 en 13 van de toegangsrichtlijn voortvloeiende vereisten eerbiedigen, hetgeen de taak omvat na te gaan of de door een NRI opgelegde tariefverplichting evenredig en gerechtvaardigd is in het licht van de in artikel 8 van de kaderrichtlijn genoemde doelstellingen. [27]

82. Het feit dat een dergelijke tariefmaatregel is gebaseerd op een aanbeveling van de Commissie, zoals aanbeveling 2009/396, heeft geen invloed op deze analyse. Met andere woorden, het enkele bestaan van een dergelijke aanbeveling ontneemt de nationale rechter niet de bevoegdheid om de evenredigheid van een door een NRI vastgestelde tariefmaatregel te toetsen aan de in artikel 8 van de kaderrichtlijn vermelde doelstellingen.

83. Dit neemt niet weg dat, zoals ik reeds heb betoogd, een dergelijke aanbeveling door de nationale rechter naar behoren in aanmerking moet worden genomen. Het „pure BULRIC"-model bedoeld in deze aanbeveling, waarvan de rechtsgeldigheid niet ter discussie is gesteld en waarop ACM haar analyse en haar besluit heeft gebaseerd, geniet volgens mij een vermoeden van evenredigheid in het licht van de in artikel 8 van de kaderrichtlijn vermelde doelstellingen.

84. In deze context ben ik van mening dat de verwijzende rechter overeenkomstig de nationale regels betreffende de procedurele regelingen voor beroepen in rechte, met inbegrip van die met betrekking tot de bewijslast, bij de toetsing van de evenredigheid van de tariefmaatregel met de in artikel 8 van de kaderrichtlijn vermelde doelstellingen in de eerste plaats zou moeten nagaan of verzoeksters in het hoofdgeding voldoende bewijs hebben geleverd om het hierboven genoemde vermoeden in de omstandigheden van het hoofdgeding te doorbreken gelet op, in voorkomend geval, de specifieke kenmerken van de Nederlandse markt, en in de tweede plaats of de door ACM genoemde gronden voor afwijzing van de door verzoeksters in het hoofdgeding gevraagde toepassing van het „plus BULRIC"-model rechtens voldoende wordt ondersteund.

85. Verder staan de bepalingen van de kaderrichtlijn en de toegangsrichtlijn er niet aan in de weg dat de nationale rechter bij de toetsing van de evenredigheid van de door ACM vastgestelde tariefmaatregel mede de omstandigheid betrekt dat deze maatregel is opgelegd op de (niet-concurrerende) wholesalemarkt voor vaste en mobiele gespreksafgiftediensten, maar strekt tot bevordering van de doelstelling inzake de belangen van de eindgebruikers en consumenten op de wel concurrerende downstreammarkt of -markten.

86. Dienaangaande is het van belang eraan te herinneren dat krachtens artikel 8, lid 2, onder a), en lid 4, van de kaderrichtlijn de NRI's ervoor moeten zorgen dat, door de concurrentie te bevorderen, de gebruikers onder meer wat de prijs betreft optimaal profiteren en dat de belangen van de burgers van de Unie worden bevorderd, terwijl volgens artikel 13, lid 2, van de toegangsrichtlijn dezelfde NRI's, wanneer zij regelingen voor het terugverdienen van kosten opleggen, er eveneens op moeten toezien dat de consument maximaal voordeel wordt geboden. Hieruit volgt, zoals de Nederlandse regering en de Commissie in hun schriftelijke opmerkingen terecht hebben opgemerkt, dat de NRI's het belang van alle eindgebruikers in aanmerking moeten nemen, los van de markt waarop de ex-anteverplichtingen worden opgelegd. Een dergelijke beoordeling van de belangen van de eindgebruikers en de consumenten door de NRI's ontkomt niet aan rechterlijke toetsing.

27 — Zie eveneens betreffende een verzoek van het Hof aan een nationale rechterlijke instantie om de evenredigheid te beoordelen van een door een NRI aan een exploitant met aanmerkelijke macht op een markt opgelegde verplichting tot aanleg van een bijzondere aftakking tussen het verdeelpunt in een toegangsnetwerk en het netwerkaansluitpunt bij de eindgebruiker, arrest van 19 juni 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, punt 47).

87. Aangezien de eindgebruikers en de consumenten per definitie niet aanwezig zijn op de wholesalemarkt voor vaste en mobiele gespreksafgiftediensten, is het overigens essentieel dat hun belangen in aanmerking kunnen worden genomen en gewaardeerd bij het onderzoek van de gevolgen die de door de NRI op de wholesalemarkt opgelegde tariefmaatregel beoogt te hebben voor de retailmarkt.

88. Verzoeksters in het hoofdgeding, die de voorgelegde prejudiciële vraag vanuit een andere invalshoek benaderen, hebben in hun schriftelijke opmerkingen in wezen aangevoerd dat een NRI zoals ACM niet bevoegd is ex-anteverplichtingen vast te stellen op een concurrerende markt zoals de retailmarkt voor vaste en mobiele gespreksafgifte, waartoe de toepassing van het „pure BULRIC"-model evenwel zou leiden.

89. Het is juist dat artikel 16, lid 3, van de kaderrichtlijn de NRI's verbiedt om eender welke van de in artikel 8 van de toegangsrichtlijn bedoelde tariefverplichtingen op te leggen of te handhaven wanneer zij concluderen dat een markt daadwerkelijk concurrerend is. Een NRI kan derhalve geen ex-antetariefverplichting opleggen op een concurrerende markt die lager is gelegen dan de wholesalemarkt voor vaste en mobiele gespreksafgifte.

90. Zoals met name de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen erkent, belet het opleggen van een op het „pure BULRIC"-model gebaseerde kostengeoriënteerde tariefmethode dat de betrokken exploitanten de onvermijdbare kosten op de (niet-concurrerende) wholesalemarkt voor vaste en mobiele gespreksafgifte kunnen terugverdienen. Zij benadrukt eveneens dat de toepassing van een dergelijke op dit model gebaseerde methode de betrokken exploitanten nochtans niet belet om deze kosten op andere concurrerende markten terug te verdienen, hetgeen volgens de Commissie gunstiger is, zowel uit het oogpunt van de concurrentie als uit dat van de eindgebruikers.

91. Met andere woorden, een op het „pure BULRIC"-model gebaseerde tariefmethode heeft niet tot doel ex-antetariefverplichtingen op te leggen op concurrerende markten. Zoals de Commissie ter zitting heeft bevestigd, blijven de betrokken exploitanten derhalve vrij om voor hun onvermijdbare kosten geheel of gedeeltelijk compensatie te zoeken op bepaalde of op meerdere van deze markten, met name afhankelijk van hun commerciële strategie en/of een correctere economische waardering van deze kosten op deze markten.

92. Aangaande het tweede onderdeel van de tweede prejudiciële vraag, dat wil zeggen de vraag of de verwijzende rechter bij de toetsing van het besluit van ACM rekening mag houden met de *daadwerkelijke* invloed op de interne werking van de door haar opgelegde tariefmaatregel en van ACM kan vergen dat zij voldoende aannemelijk maakt dat genoemde maatregel *daadwerkelijk* drie van de in artikel 8 van de kaderrichtlijn genoemde doelstellingen realiseert, ben ik van mening dat daarop ontkennend moet worden geantwoord.

93. Artikel 8 van de kaderrichtlijn bepaalt immers dat de NRI's bij de uitvoering van de in deze richtlijn en met name van de in de toegangsrichtlijn omschreven regelgevende taken alle redelijke (en evenredige) maatregelen moeten treffen *die gericht zijn* op de verwezenlijking van de in dat artikel genoemde doelstellingen tot *bevordering* van de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten, tot *bijdrage* aan de ontwikkeling van de interne markt en tot *behartiging* van de belangen van de burgers van de Unie. [28]

28 — Zie in deze zin arrest van 19 juni 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, punt 39) (cursivering van mij).

94. Met het oog op de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn preciseert artikel 5, lid 1, van de toegangsrichtlijn dat de NRI's met name hun bevoegdheden moeten uitoefenen *op een wijze die bevorderlijk is* voor efficiëntie en duurzame concurrentie, efficiënte investeringen en innovatie, en die de eindgebruikers het grootste voordeel *biedt*.[29]

95. De ex-anteverplichtingen die de NRI's kunnen opleggen, waaronder tariefverplichtingen zoals die in het hoofdgeding, moeten derhalve *zijn gericht* op de verwezenlijking van de in artikel 8 van de kaderrichtlijn genoemde doelstellingen.

96. Daarentegen kan volgens mij niet worden gevergd dat een NRI aantoont dat haar verplichtingen daadwerkelijk deze doelstellingen bereiken of dat de nationale rechter de rechtmatigheid van dergelijke verplichtingen toetst naar de daadwerkelijke invloed die zij op de werking van de interne markt uitoefenen.[30]

97. Zoals met name Ziggo en de Nederlandse regering hebben benadrukt, zou aanvaarding van een dergelijke bewijslast voor een NRI buiten beschouwing laten dat de vaststelling van ex-antereguleringsverplichtingen berust op een prospectieve analyse van de ontwikkeling van de markt, die voor de oplossing van de geconstateerde concurrentieproblemen het gedrag en/of de kosten van een efficiënte exploitant als uitgangspunt neemt. Het gaat derhalve om toekomstgerichte maatregelen waarvan het bewijs dat zij daadwerkelijk de in artikel 8 van de kaderrichtlijn genoemde doelstellingen realiseren per definitie niet kan worden gevergd. Indien een NRI een dergelijk bewijs zou moeten leveren, ben ik met de Commissie van mening dat de doeltreffendheid van de bepalingen van de kaderrichtlijn en van de toegangsrichtlijn zal worden aangetast. In dat geval zou immers van een NRI een onmogelijk of uiterst moeilijk te leveren bewijs worden gevraagd.

VI – Conclusie

98. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door het College van Beroep voor het bedrijfsleven voorgelegde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 4, lid 1, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechterlijke instantie bij wie een geding aanhangig is over de rechtmatigheid van een ex-antereguleringsverplichting in de vorm van een kostengeoriënteerd maximumtarief, die een nationale regelgevende instantie op de niet-concurrerende wholesalemarkt voor vaste en mobiele gespreksafgiftediensten heeft opgelegd overeenkomstig aanbeveling 2009/396/EG van de Commissie van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU – waarin het zogenoemde ‚pure bottom-up long-run incremental costs (BULRIC)'-kostenberekeningsmodel als passende tariefmaatregel op die markt wordt aanbevolen – kan afwijken van een dergelijke overeenkomstig artikel 19, lid 1, van richtlijn 2002/21, zoals gewijzigd, vastgestelde aanbeveling, indien deze nationale rechterlijke instantie van oordeel is dat redenen verband houdend met de feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding, en met name met de specifieke kenmerken van de markt van de betrokken lidstaat, dat vereisen.

29 — Zie arrest van 19 juni 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, punt 40) (cursivering van mij).

30 — Ik herinner er ten overvloede aan dat het Hof in de context van de uitlegging van de zinsnede „invloed [...] op de handel tussen de lidstaten", in artikel 7, lid 3, onder b), van de kaderrichtlijn, heeft geoordeeld dat een door een NRI vastgestelde maatregel onder een dergelijke zinsnede valt, wanneer deze maatregel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of *potentieel*, invloed kan uitoefenen op deze handel: zie in deze zin arresten van 16 april 2005, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej en Telefonia Dialog (C-3/14, EU:C:2015:232, punt 59), en 14 januari 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, punt 55) (cursivering van mij). In punt 56 van laatstgenoemd arrest heeft het Hof gepreciseerd dat uit de bij het Hof ingediende beoordelingen en opmerkingen blijkt dat de tarieven voor mobiele gespreksafgifte van invloed zijn op de prijzen die gebruikers in andere lidstaten moeten betalen wanneer zij klanten van de betrokken exploitant in een gegeven lidstaat bellen. Deze tarieven voor mobiele gespreksafgifte worden immers verwerkt in de gesprekstarieven voor de eindgebruiker.

2) Bij de toetsing van een ex-antetariefregulering op kostengeoriënteerde basis zoals in het hoofdgeding door de nationale regelgevende instantie is opgelegd, is een nationale rechterlijke instantie bevoegd om de evenredigheid van deze regulering te toetsen in het licht van de beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen die zijn vastgesteld in artikel 8 van richtlijn 2002/21, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140, en in artikel 13 van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140. Bij de beoordeling van de evenredigheid van de litigieuze ex-anteregulering kan rekening worden gehouden met de doelstellingen inzake de bevordering van de belangen van de eindgebruikers en van de consumenten op de concurrerende retailmarkten, die lager zijn gelegen dan de wholesalemarkt voor vaste en mobiele gespreksafgiftediensten, waarvoor deze verplichting is opgelegd.

3) In het kader van de beoordeling van de evenredigheid van een ex-antetariefregulering op kostengeoriënteerde basis zoals in het hoofdgeding door de nationale regelgevende instantie is opgelegd, kan van deze instantie niet worden gevergd dat zij aantoont in hoeverre een dergelijke ex-anteregulering de doelstellingen van artikel 8 van richtlijn 2002/21, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140, daadwerkelijk realiseert en/of de werking van de interne markt daadwerkelijk beïnvloedt.”