

# Het Hof van Justitie spreekt zich uit over de bindende werking van een aanbeveling van de Europese Commissie

Mr. J.C.A. van Dam, MA\*

In het arrest van 15 september 2016 verduidelijkt het Hof van Justitie in hoeverre een aanbeveling van de Europese Commissie een bindende werking heeft voor de nationale regelgevende instanties en de nationale rechter. In deze bijdrage wordt onderzocht of de bindende werking die door het Hof van Justitie aan deze aanbeveling wordt toegekend ook geldt voor andere aanbevelingen van de Europese Commissie dan wel of deze bindende werking beperkt is tot deze specifieke aanbeveling. Voorts wordt onderzocht welke consequenties dit arrest mogelijk kan hebben voor de nationale rechts- en bestuurspraktijk.

*HvJ 15 september 2016, zaak C-28/15, KPN e.a./ACM, ECLI:EU:C:2016:692*

## Casus en de prejudiciële vragen van het CBb

Aanleiding voor het geschil dat dient bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) is het besluit genomen door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) op 5 augustus 2013.<sup>1</sup> In dat besluit worden tariefmaatregelen opgelegd aan Nederlandse telecomaandieners van vaste en mobiele gespreksafgiftediensten, zoals KNP, Vodafone en Ziggo.<sup>2</sup> Uit een door de ACM verrichte marktanalyse bleek namelijk dat de afgiftediensten beschikken over aanmerkelijke marktmacht waardoor concurrentievervalsingen op de telecommunicatiemarkt zijn ontstaan.<sup>3</sup> Een gespreksafgiftedienst houdt in het afleveren van het gesprek door een telecomaandieners bij

degene die wordt gebeld. Voor het afleveren van dat gesprek ontvangt de telecomaandieners een vergoeding van de telecomaandieners waarbij degene die belt is aangesloten.<sup>4</sup> De tariefmaatregelen beperken de vergoeding van kosten aan aanbieders van afgiftediensten.<sup>5</sup>

Bij het opleggen van de tariefmaatregelen volgt de ACM het pure BULRIC kostenberekingsmodel. Deze kostenberekingsmethode is aanbevolen door de Europese Commissie in aanbeveling 2009/396 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (hierna: de aanbeveling).<sup>6</sup> Deze aanbeveling is aangenomen met het oog op toepassing van artikel 13 van de Toegangsrichtlijn dat bepaalt dat de nationale regelgevende instanties (NRI's) aan ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht tariefmaatregelen kunnen opleggen.<sup>7</sup>

Verscheidende telecomaandieners vechten het besluit tot het opleggen van tariefmaatregelen aan. De telecomaandieners betogen dat het door de Europese Commissie aanbevolen pure BULRIC kostenberekingsmodel niet 'passend' kan worden geacht, zoals is vereist in de toepasselijke telecomwetgeving.<sup>8</sup> Het kostenberekingsmodel gaat volgens de telecomaandieners kort gezegd verder dan nodig is op grond van de telecomwetgeving.<sup>9</sup> Het CBb ziet zich dus voor de vraag gesteld of de oplegging van de tariefmaatregel met toepassing van de aan-

\* Mr. J.C.A. (Claartje) van Dam, MA is Promovendus aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht in Leiden.

1. CBb 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:4.

2. ACM 5 augustus 2013, ACM/DTVP/2013/203266, Marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte (FTA/MTA-besluit).

3. FTA/MTA-besluit, p. 5.

4. Zie de uitleg in FTA/MTA-besluit, p. 5.

5. Zie daarover J.F.A. Doeleman, 'OPTA: Klem tussen CBb en Commissie? Over regulering, onmacht en overmacht', *NtEr* 2012/5, p. 171. Zie ook het FTA/MTA-besluit, p. 5.

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

7. Richtlijn 2002/19/EG van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten *PbEU* 2002, L 108/7.

8. Art. 16 lid 4 van de Kaderrichtlijn dat bepaalt dat NRI's ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht 'passende specifieke wettelijke verplichtingen' kunnen opleggen. Dit artikel is geïmplementeerd in art. 6a.2 van de Telecommunicatiewet.

9. CBb 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:4, punt 5.

bevolen pure BULRIC kostenberekingsmethode een passende verplichting kan worden geacht.

Het CBb stond al eerder voor deze vraag toen het door de OPTA (voorganger van de ACM) genomen besluit van 7 juli 2010,<sup>10</sup> waarin tariefmaatregelen werden opgelegd volgens de pure BULRIC kostenberekingsmethode, werd aangevochten door (dezelfde) telecomaانبieders. In die procedure vernietigde het CBb het besluit tot tariefoplegging omdat de toepassing van het kostenberekingsmodel in strijd werd geacht met artikel 6a.2 van de Telecommunicatiewet.<sup>11</sup> Het CBb overwoog daarbij onder meer dat het bepaalde in artikel 19 lid 2 Kaderrichtlijn om zoveel mogelijk rekening te houden met de aanbeveling niet afdoet aan de verplichting om af te wijken van de – niet bindende – aanbeveling indien anders in strijd wordt gehandeld met bepalingen van nationaal recht.<sup>12</sup> Op 2 juli 2012 werd door de ACM het herstelbesluit vastgesteld waarin de door de Europese Commissie aanbevolen kostenberekingsmethode niet werd toegepast.<sup>13</sup>

In de onderhavige procedure wordt een nieuw besluit bestreden, namelijk het besluit tot het opleggen van tariefmaatregelen voor de volgende driejarige reguleringsprocedure.<sup>14</sup> De ACM acht de toepassing van het pure BULRIC kostenberekingsmodel voor deze reguleringsperiode gerechtvaardigd in het licht van een veranderd ‘speelveld’ in de Europese Unie en betoogt dat alleen het pure BULRIC-kostenberekingsmodel de interne markt kan bevorderen.<sup>15</sup>

Dit keer gaat het CBb minder gemakkelijk voorbij aan de aanbeveling van de Europese Commissie dan in de hierboven genoemde uitspraak van 31 augustus 2011. Het CBb refereert aan de *Grimaldi*-rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>16</sup> Volgens de *Grimaldi*-rechtspraak zijn de nationale rechterlijke instanties

‘gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen, met name wanneer deze duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld of wanneer zij bedoeld zijn om dwingende communautaire bepalingen aan te vullen’.<sup>17</sup>

10. OPTA 7 juli 2010, OPTA/AM/2010/201951, Marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte.
11. CBb 31 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6195, punt 4.8.3.7.
12. CBb 31 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6195, punt 4.8.3.6.
13. OPTA 2 juli 2012, OPTA/AM/2012/200203, Marktanalyse vaste en mobiele gespreksafgifte; zie ook FTA/MTA-besluit, p. 6.
14. FTA/MTA-besluit, p. 6, 7.
15. FTA/MTA-besluit, p. 6, 7; CBb 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:4, punt 4.
16. CBb 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:4, punt 7.3.
17. HvJ 13 december 1989, zaak C-322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646, punt 18. De *Grimaldi*-formule is herhaald in latere rechtspraak. Zie HvJ 11 september 2003, zaak C-207/01, *Altair Chimica*, ECLI:EU:C:2003:451, punt 41; HvJ 18 maart 2010, gevoegde zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08, *Alasini e.a./SpA*, ECLI:EU:C:2010:146, punt 40; HvJ 24 april 2008, zaak C-55/06, *Arcor*, ECLI:EU:C:2008:44, punt 94.

Het CBb is van oordeel dat in het licht van deze jurisprudentie onzekerheid bestaat over welk belang moet worden gehecht aan het feit dat de Europese Commissie het pure BULRIC-kostenberekingsmodel als passende maatregel heeft aanbevolen.<sup>18</sup> De prejudiciële vragen van het CBb komen, kort gezegd, op het volgende neer. De eerste vraag houdt in of een nationale rechterlijke instantie mag afwijken van de aanbeveling bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de opgelegde tariefmaatregelen indien dit naar het oordeel van de rechterlijke instantie geboden is op basis van de feitelijke omstandigheden en/of overwegingen van nationaal c.q. supranationaal recht. In de tweede plaats vraagt het CBb zich af of, indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, het bevoegd is de evenredigheid van de opgelegde tariefmaatregel te toetsen en of het daarbij kan verlangen dat de ACM voldoende aannemelijk maakt dat de met de maatregel nagestreefde doelstellingen daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd.

## Het arrest van het Hof van Justitie

In het arrest van 15 september 2016 beantwoordt het Hof van Justitie de door het CBb gestelde vragen. Deze bespreking van dit arrest betreft hoofdzakelijk de beantwoording van de eerste vraag naar de mogelijkheid voor de nationale rechter om af te wijken van de aanbeveling van de Europese Commissie.

Voordat het Hof van Justitie ingaat op de betekenis van de aanbeveling noemt het kort het doel van de aanbeveling en de voorgeschreven kostenberekingsmethode.<sup>19</sup> Het Hof van Justitie verwijst naar de overwegingen in de aanbeveling waaruit volgt dat de aanbeveling beoogt een einde te maken aan de verschillen en verstoringen op de markten voor gespreksafgifte.<sup>20</sup> Volgens de tekst van de aanbeveling, zo merkt het Hof van Justitie op, dienen de lidstaten bij het opleggen van tariefmaatregelen het pure BULRIC-kostenberekingsmodel toe te passen.<sup>21</sup>

Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op de bindende werking van de aanbeveling voor de NRI's. In de eerste plaats herinnert het Hof van Justitie aan het feit dat de aanbeveling ingevolge artikel 288 VWEU in beginsel geen bindend karakter heeft.<sup>22</sup> In de tweede plaats overweegt het Hof van Justitie dat op grond van artikel 19 lid 2 van de Kaderrichtlijn de NRI's uitdrukkelijk bevoegd zijn om van de aanbeveling van de Europese Commissie af te wijken mits zij de Europese Commissie op de hoogte stellen en de redenen daartoe kenbaar

18. CBb 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:4, punten 7.3 en 8.1; zie ook HvJ 15 september 2016, zaak C-28/15, *KPN e.a./ACM*, ECLI:EU:C:2016:692, punt 30.
19. *KPN e.a./ACM*, punten 32 en 33.
20. Overwegingen 5, 7 en 13 van de aanbeveling; *KPN e.a./ACM*, punt 32.
21. Zie punt 1 van de Aanbeveling; *KPN e.a./ACM*, punt 33.
22. *KPN e.a./ACM*, punt 34.

maken.<sup>23</sup> Hieruit vloeit volgens het Hof van Justitie voort dat een NRI bij de vaststelling van een besluit tot het opleggen van tariefverplichtingen niet is gebonden aan de aanbeveling.<sup>24</sup> In dit verband merkt het Hof van Justitie op dat het in eerdere rechtspraak al heeft geoordeeld dat de NRI's bij de uitvoering van de regulerende functie een ruime bevoegdheid hebben om de noodzaak van regulering van geval tot geval te kunnen beoordelen.<sup>25</sup>

Artikel 19 lid 2 van de Kaderrichtlijn brengt evenwel mee dat de NRI's bij de uitvoering van hun taken 'zo veel mogelijk rekening houden' met de aanbeveling van de Europese Commissie.<sup>26</sup> Het Hof van Justitie oordeelt dat de NRI's in beginsel dan ook de aanwijzingen in de aanbeveling dienen op te volgen. Afwijking van de aanbeveling is slechts, en onder motivering van het standpunt, toegestaan indien bij de beoordeling van een concrete situatie blijkt dat het voorgeschreven pure BUL-RIC model in de omstandigheden van het geval niet passend is.<sup>27</sup>

Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op de omvang van rechterlijke toetsing van besluiten van NRI's.<sup>28</sup> Het Hof van Justitie overweegt dat uit artikel 4 lid 1 van de Kaderrichtlijn volgt dat het in deze bepaling gewaarborgde recht van beroep dient te steunen op een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep waarbij de feiten op afdoende wijze in aanmerking kunnen worden genomen.<sup>29</sup> Een nationale rechter kan afwijken van de aanbeveling wanneer hij de rechtmatigheid van tariefverplichtingen dient te beoordelen.<sup>30</sup>

Het Hof van Justitie verwijst vervolgens naar de *Grimaldi* rechtspraak. Het Hof van Justitie overweegt dat het niettemin vaste rechtspraak is dat de nationale rechterlijke instanties

'gehouden zijn deze aanbevelingen bij de beslechting van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen, ook al hebben zij geen bindende kracht, met name wanneer zij duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering daarvan zijn gesteld, of wanneer zij bedoeld zijn om dwingende Unierechtelijke bepalingen aan te vullen'.<sup>31</sup>

Het Hof van Justitie herhaalt niet slechts de *Grimaldi* formule maar voegt daaraan toe dat in het kader van een rechterlijke toetsing van een door een NRI genomen besluit tot oplegging van tariefmaatregelen:

23. *KPN e.a./ACM*, punt 34.

24. *KPN e.a./ACM*, punt 35.

25. HvJ 3 december 2009, zaak C-424/07 *Commissie/Duitsland*, ECLI:EU:C:2009:749, punt 21.

26. *KPN e.a./ACM*, punt 34.

27. *KPN e.a./ACM*, punten 37 en 38.

28. *KPN e.a./ACM*, punt 39.

29. *KPN e.a./ACM*, punt 39.

30. *KPN e.a./ACM*, punten 39 en 40.

31. Het Hof van Justitie verwijst naar HvJ 24 april 2008, zaak C-55/06, *Arcor*, ECLI:EU:C:2008:44, punt 94 'en aldaar aangehaalde rechtspraak'. Punt 94 in het *Arcor*-arrest verwijst onder meer naar naar HvJ EU 13 december 1989, zaak C-322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646, punt 18.

'een nationale rechter slechts [mag] afwijken van de aanbeveling indien hij van oordeel is dat redenen verband houdend met de feitelijke omstandigheden van het geval, en met name met de specifieke kenmerken van de markt van de betrokken lidstaat, dat vereisen'.<sup>32</sup>

Deze overwegingen leiden tot het antwoord op de eerste vraag van het CBb naar het rechtsgevolg van de aanbeveling. De door het Hof van Justitie gebruikte bewoordingen komen grotendeels overeen met de voorgestelde beantwoording van de eerste vraag door de advocaat-generaal.<sup>33</sup> De advocaat-generaal komt tot deze conclusie na een uitvoerige uiteenzetting over de betekenis van de aanbeveling. Zoals hierna zal worden besproken kunnen in de argumenten van de advocaat-generaal aanknopingspunten worden gevonden voor de beantwoording van de vraag of de specifieke context van deze zaak een rol heeft gespeeld bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag door het Hof van Justitie.

Bij de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag komt de betekenis van de aanbeveling slechts kort aan de orde in het kader van de vraag of de nationale rechter bevoegd is de evenredigheid van de opgelegde tariefmaatregelen te beoordelen. Het Hof van Justitie overweegt dat het feit dat een tariefmaatregel is gebaseerd op de aanbeveling niet afdoet aan de bevoegdheid van de nationale rechter om te beoordelen of die maatregel evenredig is.<sup>34</sup>

## De bindende werking van de aanbeveling en de relevantie van de specifieke context

De aanbeveling die centraal staat in het onderhavige arrest beoogt de NRI's te sturen bij de oplegging van tariefmaatregelen aan ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht maar ontbeert, zoals hierboven al opgemerkt, juridisch bindende kracht. De aanbeveling kan worden aangemerkt als een *guidance* document. Guidance documenten zijn niet-bindende documenten door middel waarvan de Europese Commissie de lidstaten beoogt bij te staan in de implementatie<sup>35</sup> van het Unierecht.<sup>36</sup> Guidance documenten komen voor op veel rechtsterreinen en in vele vormen, zoals werkdocumenten, interpretatienota's, richtsnoeren, brieven of, zoals

32. *KPN e.a./ACM*, r.o. 42.

33. Conclusie A-G Mengozzi 28 april 2016, zaak C-28/15 *KPN e.a./ACM*, ECLI:EU:C:2016:310, par. 78 (hierna ook: de Conclusie).

34. *KPN e.a./ACM*, punt 51.

35. Onder implementatie wordt in dit verband verstaan de interpretatie, omzetting, toepassing en handhaving van het Unierecht. Zie voor een beschrijving van het implementatieproces J.H. Jans, S. Prechal en R. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2015, p. 13-18.

36. Vgl. H. Luijendijk en L.A.J. Senden, 'De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde', *SEW* 2011, p. 316, 317.

in deze zaak, in de vorm van aanbevelingen.<sup>37</sup> De verdragen voorzien niet in een expliciet algemene basis voor het aannemen van guidance documenten.<sup>38</sup> Wel bepaalt artikel 288 VWEU dat aanbevelingen niet verbindend zijn en volgt uit artikel 292 VWEU dat de Europese Commissie aanbevelingen vaststelt. Daarmee vormt de aanbeveling een formeel erkend guidance document.<sup>39</sup>

Ondanks het feit dat aanbevelingen en andersoortige guidance documenten niet beschikken over bindende kracht die is toegekend door het VWEU verdrag, kunnen de documenten praktische effecten en juridische effecten genereren.<sup>40</sup> Guidance documenten worden daarom ook wel aangemerkt als een vorm van *soft law*.<sup>41</sup> Dankzij deze praktische en juridische effecten kunnen guidance documenten in de praktijk een zekere bindende werking genereren voor de nationale autoriteiten en de nationale rechter.<sup>42</sup> Zo heeft het Hof van Justitie ten aanzien van richtsnoeren van de Europese Commissie op het terrein van staatssteun erkend dat de lidstaten gehouden zijn deze richtsnoeren toe te passen indien de lidstaat de in de richtsnoeren neergelegde regels heeft aanvaard.<sup>43</sup> Voorts heeft het Hof van Justitie in de hierboven aangehaalde *Grimaldi* jurisprudentie bepaald dat de nationale rechter gehouden is rekening te houden met de aanbevelingen van de Europese Commissie.<sup>44</sup> In het *Baltlanta* arrest heeft het Hof van Justitie de *Grimaldi* formule naar analogie toegepast op richtsnoeren op het terrein van de structuurfondsen.<sup>45</sup> Derhalve kan niet worden uitgesloten dat de *Grimaldi* formule ook van toepassing kan worden geacht op andere guidance documenten dan aanbevelingen.<sup>46</sup>

In het *KPN* arrest verduidelijkt het Hof van Justitie in hoeverre de aanbeveling die is aangenomen met het oog op toepassing van artikel 13 van de Toegangsrichtlijn

een juridisch bindende werking genereert ten aanzien van NRI's en nationale rechterlijke instanties. Voor de toepassing van het Unierecht in de praktijk is van belang om na te gaan of de overwegingen van het Hof van Justitie ten aanzien van de bindende werking van de aanbeveling beperkt is tot de specifieke context van de Kaderrichtlijn. In het vervolg van deze paragraaf wordt daarom ingegaan op de vraag of de overwegingen van het Hof van Justitie ten aanzien van de bindende werking van de aanbeveling dienen te worden gelezen in het licht van het toepasselijke Unierechtelijke telecommunicatieregelgevingskader en of hieruit volgt dat de wijze waarop het Hof van Justitie het *Grimaldi* criterium invult, beperkt is tot de aanbeveling in de onderhavige zaak.

### De aanbeveling en de NRI's

Zoals hiervoor besproken overweegt het Hof van Justitie dat de nationale regelgevende autoriteiten niet zijn gebonden aan de aanbeveling,<sup>47</sup> maar dat de NRI's in beginsel de aanwijzingen in de aanbeveling dienen te volgen.<sup>48</sup> Gemotiveerde afwijking van de aanbeveling is slechts mogelijk indien het aanbevolen kostenberekeningsmodel in de concrete omstandigheden van het geval niet passend kan worden geoordeeld.<sup>49</sup> Deze bindende werking kan worden gelezen als een *comply or explain* verplichting.<sup>50</sup> Immers, in beginsel zijn de NRI's gehouden om de aanbeveling in acht te nemen (*comply*). Afwijking is slechts mogelijk indien dit wordt gemotiveerd in het licht van de omstandigheden van het geval (*explain*).

Twee aspecten gerelateerd aan het Unierechtelijke telecommunicatiekader hebben mogelijk een rol gespeeld in de overweging van het Hof van Justitie een bindende werking van de aanbeveling te erkennen. In de eerste plaats wordt de juridische context in de onderhavige zaak gekleurd door artikel 19 lid 2 van de Kaderrichtlijn. In het arrest verwijst het Hof van Justitie naar de zinsnede uit dit artikel dat de NRI's zoveel mogelijk rekening dienen te houden met de aanbeveling.<sup>51</sup> Het Hof van Justitie overweegt vervolgens dat de NRI's 'dan ook' in beginsel de aanwijzingen uit de aanbeveling dienen te volgen en dat afwijking slechts mogelijk is in het licht van de omstandigheden van het geval.<sup>52</sup>

In het eerdere *Friesland Coberco Dairy Foods* arrest gaf het Hof van Justitie een vergelijkbare *comply or explain* uitleg aan een artikel in de Douane Uitvoeringsverordening<sup>53</sup> waarin is neergelegd dat de nationale douaneautoriteiten rekening dienen te houden met niet-bindende

37. Zie voor een overzicht van de vele vormen die guidance documenten kunnen aannemen H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe en A. Türk, *Administrative law and policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 544-566.

38. Luijendijk en Senden 2013, p. 319.

39. Vgl. Luijendijk en Senden 2013, p. 319.

40. Zie F. Snyder, 'The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tool and Techniques', in: T. Daintith, *Implementing EC Law in the United Kingdom: Structures for Indirect Rule*, Chichester: John Wiley & Sons 1995, p. 64; L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hart Legal Publishing 2004, p. 112.

41. Volgens Hofmann, Rowe en Türk is de term *soft law* echter misleidend, zie Hofmann, Rowe en Türk 2011, p. 536.

42. Zie O. Stefan, *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid, and the Court of Justice of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2013, p. 17. Zie over het onderscheid tussen de juridisch bindende werking (*binding legal effects*) en juridische verbindendheid zoals toegekend door art. 288 VWEU: O. Stefan, 'European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects', *The Modern Law Review* 2012, p. 865-893.

43. HvJ 15 oktober 1996, zaak C-311/94, *IJssel-Vliet*, ECLI:EU:C:1996:383, punten 43 en 44.

44. HvJ 13 december 1989, zaak C-322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646, punt 18.

45. HvJ 3 september 2014, zaak C-410/13, *Baltlanta*, ECLI:EU:C:2014:2134, punt 64.

46. Zie ook J.E. van den Brink en J.C.A. van Dam, annotatie bij: HvJ 3 september 2014, *Baltlanta*, ECLI:EU:C:2014:2134, AB 2015/116.

47. *KPN e.a./ACM*, punt 35.

48. *KPN e.a./ACM*, punt 38.

49. *KPN e.a./ACM*, punt 38.

50. Zie voor een bespreking van verschillende gradaties van bindende werking van bestuursrechtelijke *soft law* in de nationale rechtsorde: H.E. Bröring en G.J.A. Geertjes, 'Bestuursrechtelijke *soft law* in Nederland, Duitsland en Engeland', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013, p. 74-87.

51. *KPN e.a./ACM*, punt 38.

52. *KPN e.a./ACM*, punt 38.

53. Art. 504 lid 4 Verordening (EU) nr. 993/2001 van 4 mei 2001, *PbEG* 2001, L 141/1.

de conclusies van het Comité Douanewetboek.<sup>54</sup> Het Hof van Justitie legde dat artikel zo uit dat de Nederlandse Douaneautoriteiten slechts van de conclusies kunnen afwijken mits zij hun conclusies motiveren.<sup>55</sup> In het licht van deze eerdere rechtspraak lijkt het aannemelijk dat ook in de onderhavige zaak de bindende werking van de aanbeveling kan worden gerelateerd aan artikel 19 lid 2 van de Kaderrichtlijn.

In de tweede plaats kan het belang van een geharmoniseerde toepassing van het Unierechtelijke telecomregelgevingskader een rol hebben gespeeld bij het toekennen van een bindende werking aan de aanbeveling. Op het terrein van het telecommunicatierecht is een geharmoniseerde toepassing van het Unierecht van groot belang.<sup>56</sup> Met het scheppen van een geharmoniseerd Europeesrechtelijk kader wordt immers beoogd een duurzame mededinging op de telecommunicatiemarkt te bewerkstelligen.<sup>57</sup> Of en in hoeverre de beoogde harmoniserende werking van de aanbeveling een rol heeft gespeeld in de overwegingen van het Hof van Justitie om een bindende werking van de aanbeveling aan te nemen blijkt niet expliciet uit redenering van het Hof van Justitie. Wel noemt het Hof van Justitie dat het doel van de aanbeveling is het verkleinen van verschillen in het opleggen van tariefmaatregelen.<sup>58</sup> De beoogde harmoniserende werking van de aanbeveling vormt derhalve het tweede aspect dat mogelijk een rol heeft gespeeld in de overweging van het Hof van Justitie om een bindende werking van de aanbeveling voor de NRI's te erkennen. Uit het voorgaande volgt dat de bindende werking van de aanbeveling voor de NRI's kan worden gerelateerd aan het onderliggende Unierechtelijke telecommunicatieregelgevingskader. Derhalve kan de bindende werking van de aanbeveling voor NRI's niet zonder meer ook van toepassing worden geacht op andere aanbevelingen en andersoortige guidance documenten.

### De aanbeveling en de nationale rechter

De nationale rechter toetst de rechtmatigheid van het besluit van de NRI tot het opleggen van tariefmaatregelen. De wijze waarop de nationale rechterlijke instanties met de aanbeveling van de Commissie dienen om te gaan is niet expliciet geregeld in de Kaderrichtlijn. Toch komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat ook de nationale rechter in beginsel de aanbeveling dient te volgen in het kader van de toetsing van een besluit waarin tariefmaatregelen worden opgelegd. Het Hof van Justitie legt de *Grimaldi* rechtspraak zo uit dat afwijking van aanbeveling 2009/396 door de nationale rechter 'slechts' mogelijk is in het licht van de feitelijke omstandigheden

van het geval, en in het bijzonder de specifieke kenmerken van de markt van de betrokken lidstaat.<sup>59</sup>

Hierboven is geconcludeerd dat het Hof van Justitie de bindende werking van de aanbeveling voor de NRI's afleidt uit de in artikel 19 lid 2 van de Kaderrichtlijn neergelegde verplichting voor NRI's om rekening te houden met de aanbeveling. De verplichting voor de nationale rechter om in de toetsing van het besluit de aanbeveling in beginsel te volgen, kan van deze verplichting voor de NRI's worden afgeleid. De nationale rechter dient immers te toetsen of de NRI zich aan de in artikel 19 lid 2 neergelegde verplichting heeft gehouden. Indien de nationale rechter de aanbeveling niet als uitgangspunt zou behoeven te nemen bij de toetsing van het besluit tot tariefoplegging, zou dit betekenen dat de NRI's en de nationale rechterlijke instanties aan verschillende juridische standaarden zijn onderworpen.

In de tweede plaats werd hierboven de beoogde harmoniserende werking van de aanbeveling mogelijk relevant geacht voor het Hof van Justitie om een bindende werking van de aanbeveling voor de NRI's aan te nemen. Het Hof van Justitie noemt deze harmoniserende werking niet expliciet als een argument om ook van de rechter te verlangen in beginsel de aanbeveling in de toetsing te volgen. Het Hof van Justitie verwijst in de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag wel expliciet naar de conclusie van de advocaat-generaal.<sup>60</sup> In die conclusie wordt het belang van de harmoniserende werking van de aanbeveling benadrukt. Volgens de advocaat-generaal kan de nationale rechter 'niet voorbij gaan aan het feit dat aanbeveling 2009/396 juist is vastgesteld wegens belangrijke verschillen en tegenstrijdigheden die tussen de nationale regelgevende instanties zijn geconstateerd waardoor ernstige concurrentievervalsingen zijn ontstaan'.<sup>61</sup> Indien de nationale rechter van de regelgevende instantie verlangt om van de aanbeveling af te wijken, zou dit de verschillen in tariefregulering tussen de lidstaten verder kunnen vergroten.<sup>62</sup> Daarbij acht de advocaat-generaal overigens ook van belang dat de rechtsgeldigheid van de aanbeveling niet ter discussie staat. Derhalve kan volgens hem de aanbevolen kostenberekeningsmethode in beginsel passend worden geacht om de concurrentie te bevorderen.<sup>63</sup>

Uit het voorgaande volgt dat ook de verplichting voor de nationale rechter om de aanbeveling als uitgangspunt te hanteren bij de toetsing van de rechtmatigheid van een besluit tot tariefopleggingen dient te worden gelezen in het licht van het Unierechtelijke telecomregelgevingskader. Dat betekent dat de invulling van het *Grimaldi* criterium niet zonder meer kan worden geëxtrapoleerd naar andere aanbevelingen en andersoortige guidance documenten. Of en in hoeverre de specifieke context inderdaad bepalend is geweest in de onderhavige uit-

54. HvJ 11 mei 2006, zaak C-11/05, *Friesland Coberco Dairy Foods BV/Inspecteur van de Belastingdienst* ECLI:EU:C:2006:312; zie ook Luijendijk en Senden 2011, p. 331.

55. *Friesland Coberco Dairy Foods BV/Inspecteur van de Belastingdienst*, r.o. 27. Zie voor een bespreking van dit arrest ook Luijendijk en Senden 2011, p. 332.

56. S.J.H. Gijrath en P.C. Knol, *Inleiding Telecommunicatierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 117.

57. Zie art. 1 Kaderrichtlijn.

58. *KPN e.a./ACM*, punt 32, 33.

59. *KPN e.a./ACM*, punt 43.

60. *KPN e.a./ACM*, punt 42.

61. Conclusie van 28 april 2016 in zaak C-28/15, *KPN e.a./ACM*, ECLI:EU:2016:319, overweging 61.

62. Overweging 66 van de Conclusie.

63. Overweging 65 van de Conclusie.

spraak zal de toekomstige rechtspraak van het Hof van Justitie moeten uitwijzen.<sup>64</sup>

## Implicaties voor de nationale bestuurs- en rechtspraak

De consequenties van de door het Hof van Justitie aan de aanbeveling toegekende bindende werking zijn afhankelijk van de wijze waarop de NRI's met de aanbeveling omgaan, alsmede van de rol die de aanbeveling speelt in de toetsing door de nationale rechter. Deze paragraaf bespreekt de mogelijke consequenties van de bindende werking van de aanbeveling bij de toepassing van artikel 13 van de Toegangsrichtlijn in de bestuurs- en rechtspraak en plaatst deze in het licht van vier beginselen die bij de implementatie van het Unierecht in acht moeten worden genomen.

In de eerste plaats is het waarschijnlijk dat de bindende werking van de aanbeveling voor de NRI's en de nationale rechter de uniformiteit en consistentie van de maatregelen gericht op tariefregulering in de lidstaten bevordert. De verplichting voor de NRI's om de aanbeveling in beginsel in aanmerking te nemen kan ertoe leiden dat de aanbeveling eerder wordt gevolgd bij het opleggen van tariefmaatregelen. Ook de nationale rechter kan niet zomaar aan de aanbeveling voorbij gaan. Het bevorderen van een geharmoniseerde toepassing van de tariefmaatregelen is de voornaamste reden voor het aannemen van de aanbeveling, en vormt zoals besproken mogelijk een van de doorslaggevendende factoren voor het Hof van Justitie om een bindende werking van de aanbeveling aan te nemen.<sup>65</sup>

Naast het bevorderen van uniformiteit, is een van de doelstellingen van de aanbeveling het bevorderen van rechtszekerheid bij het opleggen van tariefmaatregelen aan telecomaandereiders.<sup>66</sup> Wanneer de NRI's het door de Commissie aanbevolen pure BULRIC-model toepassen, kan dit de voorspelbaarheid van het handelen van de

NRI's vergroten.<sup>67</sup> In dat kader is wel vereist dat helder is op welke wijze de NRI's met de aanbeveling omgaan alsmede welke rol de aanbeveling speelt in de rechterlijke toetsing. Zoals hierboven besproken verduidelijkt het Hof van Justitie in het onderhavige arrest op welke wijze de NRI's en de nationale rechter met de aanbeveling dienen om te gaan. De uitspraak kan aldus de rechtszekerheid ten aanzien van de toepassing van de aanbeveling door de regelgevende instanties en de nationale rechter bevorderen.

Een vereiste dat nauw verwant is aan het rechtszekerheidsbeginsel en dat soms als onderdeel van een zelfstandig beginsel wordt beschouwd,<sup>68</sup> is het betrekken van transparantie ten aanzien van de criteria die worden toegepast bij het nemen van implementatiemaatregelen die worden genomen op het niveau van de lidstaten.<sup>69</sup> Vanuit een oogpunt van transparantie dienen de NRI's expliciet aan te geven of de aanbeveling bij het opleggen van tariefmaatregelen als implementatiehulpmiddel wordt gehanteerd. Ook de nationale rechter dient expliciet te maken of de aanbeveling als toetsingshulpmiddel of -maatstaf dient bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de tariefmaatregel. In het bestreden besluit wordt de toepassing van de aanbeveling genoemd.<sup>70</sup> Ook het expliciet aan de orde stellen van de juridische betekenis van de aanbeveling door het CBB in de verwijzingsuitspraak kan vanuit een oogpunt van transparantie worden toegejuicht. De verduidelijking van de mate van bindende werking van de aanbeveling kan ertoe bijdragen dat de NRI's en de rechter (meer) expliciet zullen aangeven of en in hoeverre rekening wordt gehouden met de aanbeveling van de Commissie.

De bindende werking van de aanbeveling kan tot slot tot problemen leiden of bestaande problemen vergroten in het licht van de verticale bevoegdheidsverdeling. De bindende werking kan namelijk aanmoedigen dat de aanbeveling door de NRI's strikt wordt gevolgd. Van de aanbeveling gaat reeds een *de facto* bindende werking uit aangezien de Europese Commissie over ontwerpbesluiten tot oplegging van tariefmaatregelen dient te worden geconsulteerd.<sup>71</sup> De door het Hof van Justitie geformuleerde verplichting om in beginsel de aanbeveling te volgen kan de *de facto* bindende werking van de aanbeveling versterken. Dit betekent dat de bindende werking van de aanbeveling tot gevolg kan hebben dat in de praktijk de discretionaire ruimte volledig door de aanbeveling wordt ingevuld. De bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Commissie en de lidstaten kan zo, niet op papier maar in de praktijk, verschuiven. Derhalve is

64. In de Conclusie bij de zaak C-255/16, *Mossa Ouhrami*, ECLI:EU:C:2017:398 refereert advocaat-generaal Sharpston aan het arrest *KPN e.a. / ACM*. De advocaat-generaal verwijst naar een aanbeveling van de Europese Commissie in het kader van de interpretatie van artikel 11 lid 2 bij de Terugkeerrichtlijn (richtlijn 2008/115/EG) wat betreft de aanvang van inreisverboden. In de daarbij behorende voetnoot verwijst de advocaat-generaal naar punt 41 van het arrest *KPN e.a. / ACM* en citeert de in dat punt aangehaalde *Grimaldi* rechtspraak. De advocaat-generaal refereert echter niet aan de aanvullende overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest *KPN e.a. / ACM* waaruit volgt hoe de nationale rechter met de aanbeveling dient om te gaan in het kader van de toetsing van een besluit tot oplegging van tariefmaatregelen. Hieruit kan mogelijk worden opgemaakt dat ook advocaat-generaal Sharpston de door het Hof van Justitie in het arrest *KPN e.a. / ACM* erkende bindende werking niet zonder meer van toepassing acht op aanbevelingen op andere rechtssterreinen.

65. Overwegingen 1-3 van de aanbeveling.

66. Zie inleidende overweging 4 van de aanbeveling.

67. Het bevorderen van voorspelbaarheid en rechtszekerheid wordt gezien als een van de functies van guidance documenten. Zie bijvoorbeeld Hofmann, Rowe en Türk 2011, p. 540; L. Senden, 'Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control', *European Law Journal* 2013, p. 64.

68. Zie over het transparantiebeginsel Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 251 e.v.

69. Zie over de verschillende dimensies van het transparantiebeginsel A. Buijze, 'The Six Faces of Transparency', *Utrecht Law Review* 2013.

70. FTA/MTA-besluit, p. 99.

71. Zie art. 7 en art. 7bis van de Kaderrichtlijn. Zie over de consultatieverplichting Doelman 2012, p. 170.

het van de belang dat de nationale rechter corrigerend optreedt als dat nodig is en dus afwijking van de aanbeveling verlangt indien dat is vereist in het licht van de feitelijke omstandigheden van het geval.

## Conclusie

Ondanks het ontbreken van juridisch bindende kracht overweegt het Hof van Justitie in het onderhavige arrest dat NRI's bij de oplegging van tariefmaatregelen in beginsel de aanbeveling van de Europese Commissie dienen te volgen. Ook de nationale rechter dient bij de beoordeling van de rechtmatigheid van deze maatregelen het door de Europese Commissie aanbevolen kostenberekeningsmodel in beginsel te volgen; afwijking is slechts mogelijk in het licht van de feitelijke omstandigheden van het geval.

In deze bijdrage is betoogd dat de overwegingen van het Hof van Justitie waarin deze bindende werking wordt erkend dienen te worden gelezen in het licht van de specifieke juridische context. De bindende werking vloeit voort uit het onderliggende Unierechtelijke telecommunicatieregelgevingskader. Dit betekent dat deze bindende werking niet zonder meer van toepassing kan worden geacht op andere aanbevelingen of andersoortige guidance documenten.

De bindende werking van de aanbeveling kan leiden tot meer uniformiteit bij het opleggen van tariefmaatregelen door de NRI's en mogelijk wordt met de bindende werking de rechtszekerheid en de transparantie ten aanzien van de toepassing van de aanbeveling vergroot. Aan de andere kant bestaat het risico dat met de bindende werking de discretionaire ruimte van de NRI's bij de toepassing van tariefmaatregelen in de praktijk volledig door de aanbeveling worden ingevuld.

Tot welke consequenties het arrest zal leiden is mede afhankelijk van de wijze waarop de nationale rechter in de toetsing van de maatregelen met de aanbeveling omgaat. De volgende zet is nu aan het CBb dat opnieuw de rechtmatigheid van de tariefoplegging dient te beoordelen met inachtneming van het arrest van het Hof van Justitie. Of het CBb zal persisteren bij de eerdere uitspraak en het aanbevolen kostenberekeningsmodel opnieuw niet passend zal achten is moeilijk te voorspellen. In de verwijzingsuitspraak noemt het CBb geen feitelijke omstandigheden of specifieke kenmerken van de Nederlandse markt die aanleiding kunnen zijn om afwijking van de door de Europese Commissie aanbevolen kostenberekeningsmethode noodzakelijk te achten.<sup>72</sup>

72. Zie ook overweging 77 van de Conclusie.