

ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1050

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	19-10-2010
Datum publicatie	19-10-2010
Zaaknummer	106.007.427/01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Tariefbeperkend beding met betrekking tot levering rtv-pakketten via kabel in privaatrechtelijke overeenkomst tussen gemeente Hilversum en UPC. Hof voornemens prejudiciële vragen te stellen: is gemeente ook gebonden aan de unietrouw (art. 4, lid 3, VEU) als zij handelt in een private hoedanigheid? Is het NRK (nieuw regelgevingskader van richtlijnen inzake telecommunicatieregelgeving) van toepassing: inhoudsdienst of transmissiedienst? Mag gemeente binnen haar gemeente wel wat OPTA van Europese Commissie in Nederland niet mag?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM
DERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
UPC NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
APPELLANTE in het principaal appel,
VERWEERSTER in het incidenteel appel,
advocaat: mr. W.H. van Baren, kantoorhoudende te Amsterdam,

t e g e n

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE HILVERSUM,
gevestigd te Hilversum,
GEÏNTIMEERDE in het principaal appel,
APPELLANTE in het incidenteel appel,

advocaat: mr. J.F.A. Doeleman, kantoorhoudende te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna UPC en de gemeente genoemd.

Bij dagvaarding van 24 september 2007 is UPC in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 27 juni 2007, onder zaak-/rolnummer 343297/HA ZA 06-1993 gewezen tussen UPC als eiseres in conventie en verweerster in reconventie en de gemeente als gedaagde in conventie en eiseres in reconventie.

UPC heeft bij memorie vijf grieven voorgesteld, de grondslag van haar eis vermeerderd, twee producties in het geding gebracht, bewijs aangeboden en geconcludeerd - zakelijk weergegeven - dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en opnieuw recht doende, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad, de vorderingen van UPC alsnog zal toewijzen en de gemeente zal veroordelen tot terugbetaling, vermeerderd met rente, van al hetgeen UPC ter uitvoering van het bestreden vonnis aan de gemeente heeft voldaan met veroordeling van de gemeente in de kosten van beide instanties.

Daarop heeft de gemeente geantwoord, producties in het geding gebracht, incidenteel appel ingesteld onder aanvoering van vier grieven en geconcludeerd - zakelijk weergegeven - dat het hof het principaal appel zal verwerpen en in het incidenteel appel het bestreden vonnis zal vernietigen voor zover daarin is beslist dat artikel 4.2 b van de overeenkomst nietig is en dat het hof de desbetreffende vordering van UPC alsnog zal afwijzen, een en ander met bekrachtiging van het vonnis voor de overige en met veroordeling van UPC, uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van het principaal en het incidenteel appel.

UPC heeft daarop bij memorie geantwoord in het incidenteel appel, nadere producties in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof het incidenteel appel zal verwerpen met bekrachtiging van het vonnis op het door het incidenteel appel bestreden onderdeel en met veroordeling, uitvoerbaar bij voorraad, van de gemeente in de kosten van -naar het hof verstaat - het incidenteel appel.

De gemeente heeft zich vervolgens bij akte uitgelaten over de door UPC overgelegde producties.

Ter terechtzitting van 25 juni 2009 hebben partijen hun zaak doen bepleiten aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities, UPC door mr. Q.R. Kroes en de gemeente door mr. J.F.A. Doeleman, beiden advocaat te Amsterdam. Bij gelegenheid van het pleidooi heeft UPC nog een (op voorhand aan de gemeente en het hof toegezonden) akte vermeerdering (grondslag van) eis met producties genomen. De gemeente heeft bij gelegenheid van het pleidooi nog een (op voorhand aan UPC en het hof toegezonden) productie overgelegd.

Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder "2. De feiten" een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Deze vaststelling is niet in geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

3. Beoordeling

3.1 Het gaat in deze zaak kort gezegd om het volgende.

3.1.1 Bij "Overeenkomst inzake de toekomstige exploitatie van het kabelnet te Hilversum" (hierna: de Overeenkomst) van 1 juli 1996 heeft (de rechtsvoorgangster van) UPC (de eigendom van) het tot dat moment door de Gemeente geëxploiteerde kabeltelevisiebedrijf van de Gemeente gekocht voor een bedrag van NLG. 51.185.000,-.

3.1.2 Voor zover hier van belang bevat de Overeenkomst de volgende bepalingen:

Artikel 4 - Verplichtingen van de Koper

4.1 (...) De investeringen van Koper in het Net zullen van zodanige omvang zijn dat een netwerk met mogelijkheden tot een verbeterde dienstverlening aan de gemiddelde kabelabonnee in de Hilversumse gemeenschap kan worden gerealiseerd. Hiertoe zal Koper vóór 1 januari 1998 de verglazing van het hoofdnet van het Hilversumse kabelnet realiseren (...) Naast het RTV-aanbod zal ook een aantrekkelijk pakket van telecommunicatiediensten voor de zakelijke en particuliere markt worden ontwikkeld. (...)

Ten aanzien van de hierboven weergegeven verplichtingen van Koper erkennen partijen dat de feitelijke realisatie alsmede het tijdstip waarop deze feitelijke realisatie plaatsvindt mede afhankelijk is van externe factoren, zoals (...) omstandigheden die het doen van genoemde investeringen alsmede het aanbieden van de betreffende diensten op het voorgenomen tijdstip economisch onverantwoord maken.

4.2 Ter waarborging van een pluriform minimum-aanbod van radio- en televisie-programma's over de kabel tegen een maatschappelijk aanvaardbare vergoeding en met een voor de abonnee optimale ontvangst-kwaliteit geldt het navolgende.

(a) Basispakket: Koper staat er jegens de Gemeente voor in dat alle huishoudens (...) een RTV-programmapakket zullen ontvangen – het "Basispakket" – met een samenstelling en een tarifiering als hierna bepaald (...);

(b) samenstelling en prijs Basispakket: (...) Het maandtarief voor dit Basispakket is het huidige maandtarief (f 13,65 exclusief BTW) met ingang van 1 januari 1997 jaarlijks aan te passen aan de CPI-index volgens de formule vervat in Bijlage 11. Externe kostenstijgingen voor zover deze boven de CPI-index uitstijgen worden eveneens in het tarief doorberekend in overeenstemming met het bepaalde in Bijlage 11.

Voor de periode na 1 januari 1999 is, ongeacht de regeling die de nationale wetgever krachtens de Mediawet met betrekking tot het zogenaamde "basispakket" zal treffen, voor alle abonnees minimaal een programmapakket beschikbaar met een omvang van 20 (inclusief de "must carry" programma's) door de Gemeente aan te wijzen zogenaamde "open" televisieprogramma's (...) en 40 radioprogramma's (...). (...) treden partijen met elkaar in overleg over de overdracht van de hiervoor genoemde aanwijzingsbevoegdheid door de Gemeente aan de Stichting Algemene Programma Raad. Partijen zullen tevens met elkaar in overleg treden indien de onderhavige afspraken met betrekking tot het Basispakket na 1 januari 1999 in redelijkheid niet meer gehandhaafd kunnen worden als gevolg van eventuele wijzigingen van de (Media-)wet.

Het door abonnees met ingang van 1 januari 1999 te betalen maandtarief (...) voor het Basispakket is gelijk aan het aantal televisieprogramma's in bedoeld pakket vermenigvuldigd met het quotiënt van het maandtarief (...) en het aantal televisieprogramma's per 31 december 1998, vermeerderd dan wel verminderd met eventuele wijzigingen van de externe kosten overeenkomstig Bijlage 11.

Het Basispakket kan vanaf 1 januari 1999 zowel (al dan niet door de Gemeente aangewezen) televisieprogramma's bevatten die een vergoeding voor doorgifte eisen als televisieprogramma's die een vergoeding betalen, in welk geval het saldo van de betaalde en de ontvangen vergoedingen doorberekend wordt in het hierboven vermelde tarief (...)

Artikel 5 – Diverse bepalingen

(...)

5.6 Deze overeenkomst kan slechts worden gewijzigd met schriftelijke instemming van beide partijen, met dien verstande dat partijen in ieder geval na 10 jaar met elkaar over de inhoud van deze Overeenkomst opnieuw in overleg zullen treden.

(...)

5.8 Tenzij met uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van beide partijen is de gehele of gedeeltelijke ontbinding dan wel beëindiging van deze Overeenkomst uitgesloten.

Artikel 4.4 van de Overeenkomst bevat een kettingbeding en artikel 4.7 een met een boete versterkt terugkooprecht. Tezamen met de voorschriften van artikel 4.2 van de Overeenkomst worden deze bepalingen hierna aangeduid als de Exploitatievoorschriften. Het onder 4.2 (b) opgenomen beding zal hier "het tariefbeperkende beding" worden genoemd.

3.1.3 Bijlage 11 bij de Overeenkomst, genoemd in artikel 4.2 (b) van de Overeenkomst, luidt voor zover hier van belang:

(...) Onder "externe kosten" worden verstaan aan derden te betalen niet vermijdbare kosten ten behoeve van het standaardpakket zoals:

- signaalkosten
- huur opstelplaatsen (o.a. schotels)
- stroomverbruik
- precario ed.
- basiskaarten
- auteursrechten
- naburige rechten
- bankkosten
- kosten machtiging
- kosten leges

of kosten c.q. heffingen met een vergelijkbare grondslag dan wel kosten waarover met de Gemeente overeenstemming is bereikt dat zij als externe kosten zijn aan te merken. (...)

3.1.4 Op enig moment zijn partijen overeengekomen dat UPC 32 televisiezenders doorgeeft in plaats van de in art. 4.2 (b) van de Overeenkomst genoemde 20.

3.1.5 Bij brief van 28 november 2003 heeft UPC de Gemeente medegedeeld dat het tarief voor het basispakket voor alle huishoudens in de gemeente Hilversum per 1 januari 2004 wordt verhoogd van € 10,28 inclusief BTW per maand naar € 13,32 inclusief BTW per maand. Daarop heeft de Gemeente in kort geding, kort gezegd, gevorderd dat het UPC wordt verboden de aangekondigde tariefstijging door te voeren. De voorzieningenrechter van de rechtbank te Amsterdam heeft de vordering toegewezen en in hoger beroep heeft dit hof dit vonnis in zoverre bekrachtigd. Conform het tariefbeperkende beding heeft UPC in 2008 het tarief voor het basispakket voor deze huishoudens verhoogd tot € 11,31 per maand. Het landelijk tarief van UPC in 2008 bedraagt € 16,00 per maand.

3.1.6 Bij besluit van 27 september 2005 heeft (de Raad van Bestuur van) de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) zich (onder meer en voor zover hier relevant) gebogen over de vraag of UPC misbruik heeft gemaakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mededingingswet (Mw) door het in rekening brengen van excessieve abonneetarieven voor haar analoge standaard vrij toegankelijke rtv-pakketten. NMa heeft geconcludeerd dat er geen sprake is van excessieve tarieven en dat UPC geen misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw. NMa overwoog voor zover hier van belang als volgt:

“5.2.4 Conclusie ten aanzien van excessieve tarieven

72. Uit het bovenstaande volgt dat er gedurende enkele jaren sprake is van redelijk hoge tot hoge rendementen bij UPC. De NMa concludeert derhalve dat er geen sprake is van rendementen die duurzaam boven de vermogensvoet lagen. Er bestond dan ook geen al te grote duurzame disproportie tussen de kosten en de werkelijk gevraagde prijs. De NMa acht de tarieven voor de analoge RTV-pakketten van UPC gedurende de onderzoeksperiode om deze redenen niet excessief in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet.

73. Deze rendementsontwikkeling kan voor andere ondernemingen een prikkel zijn tot (innovatieve) investeringen, zoals alternatieve technologieën en nieuwe producten of diensten. Derhalve kunnen de hoge rendementen bijdragen aan ontwikkelingen in de sector die de consument op de langere termijn ten goede komen. Met andere woorden, hogere winsten van de ondernemingen die reeds actief zijn in de RTV-sector vergroten de aantrekkelijkheid voor andere ondernemingen om de desbetreffende dienst ook te gaan aanbieden.

6. CONCLUSIE

74. Nu geen sprake is van excessieve tarieven, concludeert de Raad van Bestuur dat UPC geen misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw.”

In genoemd besluit heeft NMa de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) als volgt geadviseerd:

“Regulering OPTA

68. Op basis van de herziene Telecommunicatiewet heeft OPTA de omroepmarkten van Nederland onderworpen aan een onderzoek teneinde vast te kunnen stellen of er aanleiding is voor het opleggen van bepaalde verplichtingen. Dit is onder meer het geval voor de markt voor de ontvangst van omroepsignalen. Volgens de marktanalyse van OPTA beschikken kabelexploitanten als UPC over aanmerkelijke marktmacht en bestaat er een risico op excessieve tarieven. In dit kader is OPTA voornemens tariefregulering op te leggen aan UPC.

69. De NMa heeft in haar advies aan OPTA ten aanzien van de marktanalyse omroepen aangegeven dat zij van mening is dat de kabelsector zich leent – althans voor de komende drie jaar en met inachtneming van de gemaakte opmerkingen over de verplichtingen – voor sectorspecifiek toezicht door OPTA. Reden hiervoor is dat ondanks de hierboven geschetste, toenemende onzekerheid over de duurzaamheid van de rendementen er zonder regulering door OPTA een risico bestaat dat de tarieven van UPC excessief zullen worden.”

3.1.7 OPTA heeft op 28 september 2005 een ontwerpbesluit genomen (hierna: het ontwerpbesluit), waarvan het dictum voor zover hier van belang als volgt luidt:

“1. Het college (hof: OPTA) heeft op grond van artikel 6a.1, eerste lid, van de Telecommunicatiewet onderzocht welke markten overeenkomen met de in de aanbeveling van de Commissie vermelde markt

voor omroeptransmissiediensten.

2. Het college heeft geconcludeerd dat de markt voor doorgifte van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC Nederland B.V. (hierna: UPC) en de markt voor doorgifte van betaald rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC de relevante wholesalemarkten zijn.

3. Het college heeft op grond van artikel 6a.1 van de Tw onderzocht of deze markten daadwerkelijk concurrerend zijn en op grond van artikel 6a.2 van de Tw of op deze markten een onderneming actief is die beschikt over een AMM(hof: aanmerkelijke marktmacht).

4. Het college concludeert dat de markt voor doorgifte van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC en de markt voor doorgifte van betaald rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC niet daadwerkelijk concurrerend zijn. Het college stelt vast dat UPC op deze markten beschikt over een AMM.

5. Als gevolg van de AMM van UPC op deze markten, legt het college UPC de volgende verplichtingen op. (...)

10. Het college heeft geconcludeerd dat de wholesalemaatregelen, ondanks de stimulans die hiervan uitgaat op de ontwikkeling van infrastructuur- en dienstenconcurrentie, ontoereikend zijn om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken en de belangen van eindgebruikers te beschermen. Het college heeft overwogen of in aanvulling op bovengenoemde wholesaleverplichtingen ook retailverplichtingen opgelegd dienen te worden. Het college heeft op grond van artikel 6a.1, tweede lid, van de Tw de relevante retailmarkt bepaald.

11. De bij de wholesalemarkt voor doorgifte van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC en de wholesalemarkt voor doorgifte van betaald rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC behorende retailmarkten zijn door de Commissie niet afgebakend. Het college heeft geconcludeerd dat de markt voor het verzorgen van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC en de markt voor het verzorgen van betaald rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC de relevante retailmarkten zijn.

12. Het college heeft op grond van artikel 6a.1 van de Tw onderzocht of deze markten, met inachtneming van de wholesaleverplichtingen, daadwerkelijk concurrerend zijn en op grond van artikel 6a.2 van de Tw of op deze markt een onderneming actief is die beschikt over een AMM.

13. (...) Het college concludeert dat de markt voor het verzorgen van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC niet daadwerkelijk concurrerend is. Het college stelt vast dat UPC op de markt voor het verzorgen van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC beschikt over een AMM.

14. Het college constateert dat UPC op de markt voor het verzorgen van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel in haar verzorgingsgebied een dienst aanbiedt die ziet op de levering van omroepinhoud alsmede een dienst die betrekking heeft op de transmissie van signalen. Op grond van de Tw is het college enkel bevoegd ten aanzien van laatstgenoemde transmissiedienst.

15. Als gevolg van de AMM van UPC op deze markt, legt het college UPC ten aanzien van de transmissiedienst de volgende retailverplichtingen op. (...)

18. UPC dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.13, eerste lid, van de Tw een kostengeoriënteerd tarief te hanteren voor de transmissiedienst. UPC mag, zo lang het college geen goedkeuring heeft verleend aan een kostentoerekeningssysteem zoals hierna bedoeld, het ten tijde van het van kracht worden van dit besluit geldende eindgebruikerstarief dat betrekking heeft op de transmissiedienst van het vrij toegankelijke rtv-pakket jaarlijks slechts verhogen met het Consumenten Prijs Index-cijfer.

19. UPC dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.13, tweede lid, van de Tw binnen drie maanden na het van kracht worden van dit besluit, een door het college goed te keuren kostentoerekeningssysteem te hanteren.

20. UPC dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.13, tweede lid van de Tw, voor de tarifiering van het eindgebruikerstarief dat betrekking heeft op de transmissiedienst, onderliggend aan het vrij toegankelijke rtv-pakket, een door het college goed te keuren kostentoerekeningssysteem te hanteren. UPC dient binnen drie maanden na het van kracht worden van dit besluit een kostentoerekeningssysteem

ter goedkeuring voor te leggen aan het college. UPC dient, op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.13, vijfde lid, van de Tw er voor zorg te dragen dat het kostentoerekeningssysteem voldoet aan de volgende voorschriften:

- i. De toerekening van de transmissiekosten van vrij toegankelijke rtv-pakketten aan eindgebruikers vindt plaats op basis van het principe van kostenoriëntatie;
- ii. Aan de transmissie van vrij toegankelijke omroepinhoud aan eindgebruikers mogen geen kosten van het gebruik van netwerkelementen respectievelijk delen van het netwerk worden toegerekend welke door UPC worden goedge maakt via andere vormen van dienstverlening respectievelijk worden gemaakt ten behoeve van andere vormen van dienstverlening;
- iii. UPC dient de transmissiekosten van de levering van de aansluiting, betrekking hebbend op het vrij toegankelijke rtv-pakket, rechtstreeks bij de eindgebruiker in rekening te brengen. De kosten voor het gebruik van netwerkelementen die aan de transmissiedienst kunnen worden toegerekend hebben betrekking op de netwerkelementen die onderdeel uitmaken van dat deel van het netwerk dat enerzijds begrensd wordt door het netwerkaansluitpunt bij de eindgebruiker en anderzijds door de lokatie waarop, indien van toepassing, optisch- elektrische omzetting van het transmissiesignaal plaatsvindt;
- iv. Indien UPC zijn omroeptransmissiedienst voor eindgebruikers, in de vorm van de aansluiting, bundelt met het aanbod van een pakket vrij toegankelijke omroepinhoud, dient UPC in de tarifiering van dit pakket aan eindgebruikers inzichtelijk te maken welk gedeelte van dat tarief betrekking heeft op ten behoeve van dit pakket gemaakte transmissiekosten, voorzover niet aan de aansluiting toegerekend. De aan eindgebruikers toe te rekenen transmissiekosten hoger in het netwerk hebben betrekking op kosten voor het gebruik van netwerkelementen voor dat deel van het netwerk dat enerzijds wordt begrensd door het kabelkopstation en anderzijds door de locatie waarop, indien van toepassing, optisch- elektrische omzetting van het omroeptransmissiesignaal plaatsheeft;
- v. UPC baseert zijn tarief en kosten op de Fully Allocated Costs methodiek, uitgaande van historische kosten, vermeerderd met een redelijk rendement.

21. UPC mag op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.14 van de Tw wijzigingen in de omroeptransmissiecomponent van het eindgebruikerstarief eerst invoeren nadat het college deze tarieven heeft goedgekeurd.

22. UPC dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.13, derde lid, van de Tw jaarlijks op 1 mei, voor het eerst in het kalenderjaar na de goedkeuring van het kostentoerekeningssysteem, over het voorafgaande kalenderjaar het resultaat van het kostentoerekeningssysteem ter goedkeuring aan het college voor te leggen.”

3.1.8 De in onderdeel 19 van het dictum genoemde verplichting om bij vaststelling van het eindgebruikerstarief dat betrekking heeft op de transmissiedienst, onderliggend aan het vrij toegankelijke rtv-pakket, een door OPTA goed te keuren kostentoerekeningssysteem te hanteren zal hierna worden aangeduid als “de prijscontrole”.

3.1.9 In het ontwerpbesluit (randnummer 175) is OPTA er bij haar marktonderzoek vanuit gegaan dat de grotere kabelexploitanten hun tarieven voor vrij toegankelijke rtv via de kabel in de periode 2001 tot 2005 meerdere malen hebben verhoogd. In 2001 was het gemiddelde tarief voor een het standaardpakket nog € 10,32, terwijl dat in 2004 gemiddeld € 13,62 bedroeg. In 2005 is het gemiddelde tarief voor het standaardpakket bij de grote vijf kabelexploitanten (UPC, Essent, Casema, Multikabel en Delta N.V.) op € 15,16 uitgekomen.

3.1.10 Op grond van artikel 6b.2. eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) heeft OPTA het ontwerpbesluit voorgelegd aan de Europese Commissie (hierna: de Commissie). Op 3 november 2005 heeft de Commissie, onder verwijzing naar artikel 7(4) van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevend kader voor elektronische- communicatienetwerken en -diensten (PbEG L 108/33 van 24 april 2002, hierna: Kaderrichtlijn), OPTA bericht ernstige twijfels te hebben omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregelen met het Gemeenschapsrecht. In deze letter of serious doubt staat onder meer:

“Op grond van de informatie die haar werd verschaft, is de Commissie van mening dat er geen nood is aan regelgeving ex ante in de huidige situatie. Immers, wat betreft de noodzaak van sectorspecifieke regelgeving (in het bijzonder prijscontrole) om op korte termijn de belangen van de consument te vrijwaren, merkt de Commissie op dat de (...) (NMa) onlangs tot het besluit is gekomen dat de retail tarieven die door twee van de drie kabeloperatoren worden gehanteerd niet excessief zijn in de zin van de Nederlandse mededingingsregels. De kabeloperatoren verliezen momenteel klanten aan alternatieve platforms en de marktdynamiek zal de mogelijkheid van de kabeloperatoren om hun prijzen te laten stijgen verder beperken. Zelfs als de kabeloperatoren hun prijzen in de toekomst zouden verhogen, is het niet duidelijk waarom het mededingingsrecht niet zou volstaan om dat probleem op te lossen, in het bijzonder omdat de NMa heeft aangetoond dat zij in staat is om de prijzen van de kabeloperatoren in vergelijking met hun kosten te beoordelen.

Wat de doeltreffendheid van de ex ante regelgeving betreft, is de Commissie bovendien bezorgd dat de voorgestelde maatregelen, in het bijzonder de prijscontrole, averechtse gevolgen zouden kunnen hebben. De regulering van retailprijzen voor kabeltransmissie kan inderdaad op zichzelf een toegangsbelemmering vormen die de ontwikkeling van de alternatieve infrastructuren op de Nederlandse retailmarkt en de digitalisering van de kabelnetwerken zou kunnen vertragen of bemoeilijken. Aldus zou regelgeving op retailniveau, in het bijzonder prijscontrole, kunnen verhinderen dat er op de Nederlandse markt een mededinging ontstaat die infrastructuurgericht is, hetgeen volgens de Commissie een betere waarborg zou bieden voor het belang van de consumenten inzake keuze, prijs en kwaliteit.

Omwille van de hiervoor aangehaalde redenen, heeft de Commissie ernstige twijfels of de door OPTA voorgestelde ontwerpmaatregelen voldoen aan de vereisten van Artikel 15(3) van de Kaderrichtlijn, in samenhang met Aanbeveling 2003/311/EG van de Commissie, en Artikel 8 van de Kaderrichtlijn. Deze ernstige twijfels komen voort uit een gebrek, in deze fase van de procedure, aan een overtuigend en eenduidig geheel van bewijzen dat de Nederlandse retailmarkt voor de levering van vrij toegankelijke radio- en televisiepakketten via kabel aan de drie criteria test voldoet en derhalve vatbaar is voor regelgeving ex ante.”

3.1.11 Naar aanleiding van deze brief van de Commissie heeft OPTA haar bij brief van 12 december 2005 laten weten de reguleringsperiode te verkorten van drie jaar naar één jaar en gedurende dit jaar niet te zullen ingrijpen in de eindgebruikertarieven.

3.1.12 Hierop heeft de Commissie OPTA bij brief van 21 december 2005, voor zover hier van belang, bericht:

“Hoewel de in eerste instantie voorgestelde maatregelen, zoals door OPTA uiteengezet, er kennelijk op waren gericht om de belangen van consumenten te bevorderen, bestonden de bedenkingen van de Commissie eruit dat deze maatregelen een disproportioneel tegengesteld effect kon hebben op deze doelstelling. De regulering van retailtarieven van omroeptransmissiediensten zou in zichzelf een belemmering kunnen vormen die de toegang tot de externe markt verhindert en die de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie afremt of een moeizamere totstandkoming veroorzaakt van alternatieve infrastructuren op de Nederlandse retailmarkt en de digitalisering van de kabelnetwerken. Daarom kan regulering op retailniveau, in het bijzonder prijscontrole, de totstandkoming van infrastructuurconcurrentie beperken, hetgeen meer tegemoet zou komen aan de belangen van consumenten inzake keuze, prijs en kwaliteit. (...)

De Commissie heeft de aangepaste kennisgeving en de aanvullende informatie van OPTA onderzocht en heeft niet langer ernstige twijfels met betrekking tot de ontwerpmaatregel in de gewijzigde vorm. Deze conclusie is zowel gebaseerd op de beperking van de reguleringsperiode tot één jaar en op de verbintenis van OPTA om niet in te grijpen in de eindgebruikerstarieven ...”

3.1.13 In het definitieve besluit van 17 maart 2006 (hierna: het definitieve besluit) heeft OPTA afgezien van de voorgenomen prijscontrole.

3.1.14 UPC heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb). In zijn uitspraak van 24 juli 2007 (LJN: BB 0186) heeft het CBb met betrekking tot de toepasselijkheid van het nieuwe regelgevingskader (hierna: NRK) overwogen:

“9.3 De beroepen van de kabelmaatschappijen inzake de retailmarkten

9.3.1 In paragraaf 4.4. van de Toelichting op de Aanbeveling (hof: van de Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten en dienstenmarkten in de elektronischecomunicatiesector die overeenkomstig de Kaderrichtlijn aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, Pb 2003, L 114, blz. 45) heeft de Commissie uiteengezet dat de levering van omroepinhoud buiten het werkingsgebied van het regelgevend kader inzake elektronische communicatienetwerken en -diensten valt (zie artikel 2, onder c, Kaderrichtlijn, vgl. artikel 1.1, onder f, Tw). De netwerken en geassocieerde faciliteiten, die ervoor worden gebruikt vallen wel binnen het kader. Daarom wordt in het kader van de Aanbeveling geen retailmarkt vastgesteld.

OPTA heeft in randnummer 116 van de bestreden besluiten (hof: waaronder het definitieve besluit) overwogen, dat de redenering van de Commissie alleen op gaat, indien de retailmarkt enkel uit de levering van omroepinhoud zou kunnen bestaan. Zou daarentegen naast de levering van omroepinhoud sprake zijn van het overbrengen van signalen dan zou OPTA (ook vóór de wetwijziging van 1 februari 2007) bevoegd zijn over de retailmarkt van omroeptransmissiediensten te oordelen. In randnummer 121 van de bestreden besluiten trekt OPTA de conclusie dat dit laatste het geval is.

Het College acht de constatering, dat ook signalen worden overgebracht, op zichzelf juist en ziet, mede gelet op het feit dat de Commissie tegen OPTA's interpretatie van de Kaderrichtlijn geen bezwaar heeft gemaakt, onvoldoende grond om OPTA de bevoegdheid om over de markten van doorgifte en verzorging van omroepdiensten te beslissen, te ontzeggen.

De tegenwerping van Delta dat de consument slechts één activiteit ziet, namelijk het leveren van omroepinhoud, kan het College niet volgen. Alleszins aannemelijk is dat ook vanuit het verleden, waarin televisie met privéantennes ontvangen werd, vrij algemeen het besef bestaat dat omroepinhoud in vele gevallen kosteloos te verkrijgen is en dat juist de transmissie het product is dat de kabelmaatschappijen op de markt aanbieden. ...”

3.1.15 De op de voet van art. 82k Mediawet door de Gemeente ingestelde Programmaraad Hilversum (hierna: de Programmaraad) schrijft in haar “Advies televisie juli 2007 – juni 2008”, voor zover hier van belang:

De gemeente Hilversum heeft als gevolg van een wettelijke opdracht de PH (de Programmaraad, hof) in 2005 ingesteld om deze te laten vaststellen, welke radio- en tv-zenders op de kabel zijn te horen en te zien. (...) Hier is het eerste advies over een compleet pakket tv zenders, 32 in getal. (...) Voorts zijn van belang de vigerende overeenkomst en afspraken tussen (..) UPC en de gemeente. De PH is weliswaar hierbij geen partij, maar dient hiermee wel rekening te houden. In deze overeenkomst heeft UPC zich verplicht de selectie van alle 32 zenders, dus niet alleen de zenders in het wettelijk basispakket, over te laten aan de gemeente. Deze heeft op haar beurt die selectie opgedragen aan de PH. Dit houdt dus in dat de PH alle zenders in het gehele pakket vaststelt. (...)

3.2 Voor zover in hoger beroep nog aan de orde vordert UPC -zakelijk weergegeven - het volgende:

Primair:

A. te verklaren voor recht dat de Exploitatie-voorschriften nietig zijn, althans niet langer van toepassing zijn en de gemeente, op straffe van een dwangsom, te gebieden verhogingen van de tarieven te gehengen en gedogen;

B. te verklaren voor recht dat de gemeente aansprakelijk is voor de door UPC geleden schade als gevolg van het feit dat UPC niet in staat is geweest om per 1 januari 2004 gefaseerd het landelijk geharmoniseerd tarief in rekening te brengen aan haar abonnees in de gemeente;

C. de gemeente te veroordelen tot betaling van een bedrag ter grootte van het verschil tussen (1) de tarieven die UPC aan de abonnees in de gemeente in rekening had willen brengen per 1 januari 2004 en (2) de in werkelijkheid in rekening gebrachte tarieven sinds 1 januari 2004, vermeerderd met wettelijke rente;

Subsidiair:

D. de overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden dan wel te wijzigen op de voet van artikel 6:258 BW, aldus dat de Exploitatievoorschriften vanaf 7 februari 2006 (toen de gemeente aankondigde een glasvezelnetwerk aan te gaan leggen) niet langer deel uitmaken van de Overeenkomst alsmede te gebieden dat de gemeente, op straffe van een dwangsom, vanaf die datum verhogingen van het tarief van UPC zal gehengen en gedogen;

E. voor recht te verklaren dat de gemeente aansprakelijk is voor de schade die UPC heeft geleden en zal lijden omdat zij niet in staat is geweest per 7 februari 2006 haar tarieven te verhogen, althans aan de gedeeltelijke wijziging of ontbinding op grond van artikel 6:260 lid 1 BW de voorwaarde van schadeloosstelling van UPC door de gemeente te verbinden

F. de gemeente te veroordelen tot betaling van een bedrag ter grootte van het verschil tussen (1) de tarieven die UPC aan abonnees in de gemeente in rekening had willen brengen per 7 februari 2006 en (2) de in werkelijkheid in rekening gebrachte tarieven sinds 7 februari 2006, vermeerderd met wettelijke rente;

Meer subsidiair:

G. de overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden dan wel te wijzigen op de voet van artikel 6:259 BW in de zin dat de exploitatievoorschriften per 1 juli 2006, althans met ingang van de datum van het door het hof te wijzen arrest, niet langer deel uitmaken van de overeenkomst, alsmede te gebieden dat de gemeente op straffe van een dwangsom de tariefsverhogingen met ingang van 1 juli 2006, althans zo veel later als arrest wordt gewezen, in de gemeente zal gehengen en gedogen;

H. voor recht te verklaren dat UPC de overeenkomst rechtsgeldig tegen 31 december 2006 heeft opgezegd en dat de overeenkomst als gevolg daarvan met ingang van 1 januari 2007 is geëindigd alsmede te gebieden dat de gemeente op straffe van een dwangsom de tariefsverhogingen met ingang van 1 januari 2007, althans zo veel later als arrest wordt gewezen, in de gemeente zal gehengen en gedogen;

I. voor recht te verklaren dat de gemeente aansprakelijk is voor de schade die UPC heeft geleden en zal lijden omdat zij niet in staat is geweest per 1 juli 2006, althans per 1 januari 2007, althans met ingang van de datum van het te wijzen arrest haar tarieven te verhogen;

J. de gemeente te veroordelen tot betaling van een bedrag ter grootte van het verschil tussen (1) de tarieven die UPC aan abonnees in de gemeente in rekening had willen brengen per 1 juli 2006, althans per 1 januari 2007, althans per de datum van het vonnis en (2) de in werkelijkheid in rekening gebrachte tarieven sinds 1 juli 2006, vermeerderd met wettelijke rente;

Uiterst subsidiair:

K. De gemeente te gebieden om gedurende een periode van drie maanden na het wijzen van het arrest te goeder trouw te onderhandelen met UPC over geleidelijke uitfasering van de nog van kracht zijn de bepalingen van de Overeenkomst, waaronder uitdrukkelijk het contractuele tariefplafond, over een periode

van vijf jaar na 1 juli 2006, waarbij de tarieven vanaf 1 juli 2006 door periodieke tariefsverhogingen zo gelijkmatig mogelijk groeien tot het tarief dat UPC dan landelijk hanteert voor het standaardpakket en voor zover de gemeente en UPC niet binnen die periode overeenstemming bereiken, de gemeente te gebieden om binnen een week na afloop van de periode in overleg met UPC een onafhankelijk persoon aan te wijzen en onder diens leiding te goeder trouw door te onderhandelen gedurende de periode van drie weken, een en ander op straffe van een dwangsom.

L. de gemeente te veroordelen tot betaling van de (overige) schade die UPC heeft geleden.

3.3 In het bestreden vonnis heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de Exploitatievoorschriften van de Overeenkomst nietig zijn voor zover artikel 4.2.b van de Overeenkomst bepaalt dat de gemeente aan UPC wat betreft de door te geven zenders meer beperkingen kan opleggen dan de "tenminste-aantallen" van artikel 82k lid 1 Mediawet. Voor het overige heeft de rechtbank de vorderingen van UPC afgewezen en haar veroordeeld in de proceskosten.

3.4.1 In het principaal appel komt UPC op tegen de afwijzing van haar vorderingen die zien op (onder meer) de nietigverklaring van de tariefbeperking in de Exploitatievoorschriften. Daarbij verdient opmerking dat bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep UPC bij akte haar eis heeft gewijzigd. Omdat een eisenwijziging in dat stadium van de procedure in beginsel niet meer mogelijk (zie HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21), de gemeente bezwaar heeft gemaakt tegen de beoogde wijziging van eis en het hof geen grond ziet voor een uitzondering op het in genoemd arrest genoemd beginsel, zal het hof de eisenwijziging bij pleidooi buiten beschouwing laten.

3.4.2 Het door de gemeente ingestelde incidenteel appel is gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat, voorzover in artikel 4.2.b meer beperkingen worden opgelegd dan de "tenminste-aantallen", deze beperkingen nietig zijn.

3.5 Artikel 7, tweede lid, Grondwet speelt zowel in het principaal als in het incidenteel appel een rol. Het hof ziet reden om eerst de stellingen van partijen met betrekking tot dit artikel te behandelen.

artikel 7, lid 2, Grondwet

3.6.1 De grieven II en III in het principaal hoger beroep en de grieven I tot en met IV in het incidenteel hoger beroep hebben betrekking op de vraag of de Exploitatievoorschriften verenigbaar zijn met artikel 7 lid 2 Grondwet.

3.6.2 Het standpunt van UPC houdt kort gezegd in dat art. 7 lid 2 Gw. haar een grondrecht geeft op vrijheid van meningsuiting door middel van radio en televisie, welk grondrecht ook de distributie van radio en televisie beschermt en, ingevolge de eerste zin van art. 7 lid 2 Gw., uitsluitend beperkt kan worden door wetgeving in formele zin dan wel door lagere regelgeving indien deze berust op delegatie door een wet in formele zin. Nu de overeenkomst tussen de gemeente en UPC niet op een wet in formele zin berust, zijn de Exploitatievoorschriften volgens UPC nietig wegens strijd met de openbare orde. Omdat volgens art. 4.2 jo. Bijlage 11 bij de overeenkomst slechts 'niet vermijdbare kosten' mogen worden doorberekend, is sprake van een daadwerkelijke beperking van de uitingsvrijheid. Dat geldt, aldus UPC, ook indien de door de gemeente verdedigde uitleg van deze bepaling wordt gevolgd omdat de tariefbepaling eraan in de weg staat dat UPC een tarief hanteert dat de kosten van het analoge pakket weerspiegelt. De contractuele doorgifteplicht van UPC belemmert haar digitaliserings-strategie en het aanbod van nieuwe diensten omdat de capaciteit van de kabel beperkt is.

3.6.3 De gemeente stelt zich primair op het standpunt

dat de tariefbepalingen geen beperking inhouden van de uitingsvrijheid omdat de tariefbepaling geen (daadwerkelijke) invloed heeft op de samenstelling van het pakket nu de 'externe kosten' mogen worden doorberekend. Subsidiar heeft de gemeente aangevoerd dat UPC geheel vrijwillig de contractuele beperking van het tarief heeft aanvaard en daarmee in zoverre afstand heeft gedaan van haar

uitingsvrijheid. Meer subsidiair bepleit de gemeente dat art. 7 lid 2, eerste zin Gw. niet een klassiek grondrecht op vrijheid van meningsuiting via radio en televisie bevat, maar slechts een instructienorm aan de wetgever.

3.6.4 De rechtbank heeft kort gezegd als volgt geoordeeld.

A. De eerste volzin van artikel 7 lid 2 Gw. betekent dat het stellen van regels omtrent radio en televisie die de uitingsvrijheid beperken is voorbehouden aan de formele wetgever. Artikel 4.2 (b) van de Exploitatievoorschriften, aangaande de aanwijzingsbevoegdheid van de gemeente, althans de Programmaraad, ten aanzien van 20 (of zelfs 32) televisiezenders en 40 radiozenders, is daarom nietig voor zover deze meer beperkingen oplegt dan artikel 82k lid 1 Mediawet (thans artikel 6.13 lid 1 Mediawet 2008), inhoudende dat 15 televisiezenders en 25 radiozenders (omroepnetten in de terminologie van Mediawet 2008) tenminste moeten worden doorgegeven.

B. UPC heeft onvoldoende onderbouwd dat de capaciteit van het kabelnetwerk onvoldoende dreigt te worden. Daarom kan niet worden aangenomen dat de overeengekomen doorgifteverplichting, bestaande uit 20 (thans 32) televisiezenders en 40 radiozenders, UPC beperkt in haar uitingsvrijheid.

C. Het tariefbeperkende beding (in het bijzonder het begrip 'externe kosten' als bedoeld in Bijlage 11) moet aldus worden uitgelegd dat het UPC is toegestaan door programma-aanbieders geëiste vergoedingen door te berekenen in het door de abonnees verschuldigde tarief. UPC heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het voorgeschreven tariefplafond niet in verhouding staat tot de werkelijke kosten van UPC. Een en ander brengt mee dat UPC door het tariefbeperkende beding niet in haar uitingsvrijheid wordt beperkt.

3.6.5 Grief II in het principaal hoger beroep heeft betrekking op de vraag of het tariefbeperkende beding nietig is wegens strijd met artikel 7 lid 2 Gw. Bij de beoordeling van de grief stelt het hof voorop dat het beroep op artikel 7 lid 2 Gw. reeds faalt indien geen sprake is van een beperking van de uitingsvrijheid van UPC. UPC heeft de hierboven onder C weergegeven uitleg van de rechtbank van het begrip 'externe kosten' in de toelichting op deze grief niet bestreden. Voorzover UPC tegen deze uitleg beoogt op te komen met haar verwijzing naar haar stellingen in eerste aanleg, is dat tevergeefs omdat het hof de uitleg van de rechtbank juist acht. Daarnaast heeft UPC in hoger beroep geen nader inzicht heeft gegeven in de verhouding tussen door haar gemaakte kosten en het met gemeente overeengekomen tarief, zodat moet worden aangenomen dat ook met inachtneming van dit tarief, winstgevende exploitatie van het analoge standaardpakket mogelijk is. Een en ander in aanmerking genomen valt niet in te zien dat UPC door het tariefbeperkende beding in haar uitingsvrijheid wordt beperkt. Het hof kan UPC niet volgen in haar stelling dat de beperking in het aanbod van radio en televisie is gegeven met het feit dat als gevolg van het tariefbeperkende beding het abonnementstarief in de gemeente Hilversum lager ligt dan het elders door UPC gehanteerde tarief. De conclusie is dat grief II in het principaal appel faalt.

3.6.6.1 Met grief III in het principaal appel bepleit UPC dat de Exploitatievoorschriften in strijd met artikel 7 lid 2 Gw. zijn voor zover deze UPC verplichten tot doorgifte van een groter aantal zenders dan de in artikel 81i Mediawet (thans artikel 6.13 Mediawet 2008) genoemde aantallen van 15 televisie- en 25 radiozenders.

3.6.6.2 De grief is aangevoerd onder de voorwaarde dat de rechtbank heeft geoordeeld dat de Exploitatievoorschriften voor zover die een grotere omvang van het analoge basispakket voorschrijven dan de Mediawet, niet in strijd zijn met artikel 7 lid 2 Gw. Aan deze voorwaarde is voldaan. Het hof begrijpt het oordeel van de rechtbank in de rechtsoverwegingen 4.7 en 4.11 en in onderdeel 5.1 van het dictum aldus dat de Exploitatievoorschriften nietig zijn voor zover deze inhouden dat de gemeente (of de Programmaraad) invloed heeft op de samenstelling van het analoge standaardpakket bestaande uit een groter aantal zenders dan de in artikel 82k lid 1 Mediawet (thans artikel 6.13 lid 1 Mediawet 2008) genoemde aantallen. De rechtbank heeft niet geoordeeld dat de omvang van het tussen de gemeente en UPC overeengekomen analoge standaardpakket op zichzelf, dat wil zeggen afgezien van de door de gemeente bedongen invloed op de samenstelling van het pakket, reeds in strijd is met artikel 7 lid 2 Gw.

De rechtbank heeft in rechtsoverweging 4.8 overwogen dat de vraag of de overeengekomen omvang van het analoge standaardpakket een beperking in uitingsvrijheid van UPC meebrengt, niet aan de orde is zolang UPC niet gemotiveerd stelt dat sprake is van een (dreigend) gebrek aan capaciteit van het netwerk.

3.6.6.3 De grief faalt. Ook in hoger beroep heeft UPC niet voldoende gemotiveerd gesteld dat sprake is van een (dreigend) capaciteitsgebrek. UPC meent dat de overeengekomen doorgifteverplichting per definitie een beperking is van haar uitingsvrijheid omdat UPC daarmee de mogelijkheid wordt ontnomen om minder programma's door te geven dan het overeengekomen aantal. Het hof kan UPC daarin niet volgen. In aanmerking genomen dat er geen relevante beperking van de capaciteit van het netwerk is en dat het hier niet gaat om de invloed van de gemeente op de samenstelling van het pakket, valt niet in te zien dat de enkele omstandigheid dat UPC contractueel verplicht is om niet minder dan het een bepaald aantal zenders door te geven, een beperking zou zijn van haar uitingsvrijheid. Daaraan doet niet af dat UPC er commercieel belang bij kan hebben het analoge standaardpakket te verkleinen teneinde te bevorderen dat de abonnees in plaats daarvan zullen kiezen voor een groter digitaal pakket. Ten overvloede merkt het hof nog het volgende op. UPC heeft zich in de overeenkomst verplicht tot doorgifte van een standaardpakket bestaande uit tenminste 20 televisieprogramma's. Op enig tijdstip nadien is dit aantal, kennelijk in overleg tussen partijen, uitgebreid tot 32. De gemeente heeft onweersproken gesteld dat het UPC vrijstaat om het aantal televisieprogramma's terug te brengen tot 20 indien het door haar in rekening gebrachte tarief evenredig wordt vermindert.

3.6.7.1 De grieven I tot en met IV in het incidenteel hoger beroep hebben betrekking op de vraag of de Exploitatievoorschriften wat betreft de wijze van samenstelling van het standaardpakket onverbindend zijn wegens strijd met artikel 7 lid 2 Gw.

3.6.7.2 Deze grieven falen omdat het hierboven onder 3.6.4 onder A samengevatte oordeel van de rechtbank juist is. Overheidsbemoeyenis met de samenstelling van het standaardpakket is een beperking van de door artikel 7 Gw. beschermde uitingsvrijheid en zodanige beperking kan slechts bij wet in formele zin worden getroffen. De Mediawet (thans artikel 6.20 lid 1 Mediawet 2008) beperkt de bemoeyenis van de Programmaraad met de samenstelling van het standaardpakket tot 15 televisiezenders en 25 radiozenders. Op grond van het legaliteitsbeginsel is het niet van belang dat de verderstreckende bemoeyenis van de gemeente, door middel van de Programmaraad, berust op een privaatrechtelijke overeenkomst en niet op een gemeentelijke verordening. Anders dan de gemeente, onder meer in de toelichting op grief III in het incidenteel appel en bij pleidooi, heeft aangevoerd, kan niet worden aangenomen dat de gemeente bij het bedingen van dit onderdeel van de Exploitatievoorwaarden slechts heeft gehandeld als private contractspartij. De bedongen bemoeyenis van de gemeente (al dan niet door middel van de Programmaraad) met de samenstelling van het standaardpakket, kan redelijkerwijs niet anders dan als uiting van haar publiekrechtelijke taakopvatting worden beschouwd en staat los van de zuiver civielrechtelijke eigendomsoverdracht van het kabelnet aan UPC. Ook het argument van de gemeente dat UPC vrijwillig afstand heeft gedaan van de door de Grondwet beschermde uitingsvrijheid, stuit daar op af.

3.6.7.3 Naar aanleiding van grieven II en IV in het incidenteel appel merkt het hof nog het volgende op. De rechtbank heeft, kennelijk op grond van het hierboven onder 3.1.15 weergegeven citaat aangenomen dat de Programmaraad op grond van de Overeenkomst bindend adviseert over alle 32 televisieprogramma's die thans in het standaardpakket zijn opgenomen. In de toelichting op de genoemde grieven heeft de gemeente gesteld dat dit niet juist is en bij pleidooi heeft zij gesteld de Programmaraad slechts adviseert over 20 van de 32 televisieprogramma's. UPC heeft daarentegen in hoger beroep gesteld dat de Programmaraad adviseert over alle 32 televisiezenders in het standaardpakket. De precieze omvang van de door de gemeente of de Programmaraad uitgeoefende zeggenschap over de samenstelling van het standaardpakket kan evenwel in het midden blijven omdat de rechtbank het desbetreffende onderdeel van de Exploitatievoorschriften nietig heeft verklaard voor zover de gemeente aan UPC voor wat betreft de door te geven zenders meer beperkingen kan opleggen dan de "ten minste-aantallen" van artikel 82k lid 1 Mediawet (thans artikel 6.13 lid 1 Mediawet 2008).

Strijd met Europese recht?

3.7 Met grief I komt UPC op tegen het in rechtsoverwegingen 4.16 en 4.17 van het bestreden vonnis gegeven oordeel van de rechtbank dat van strijd met het Europese recht geen sprake is.

3.8 In eerste aanleg heeft UPC aangevoerd dat de gemeente, door vast te houden aan de Exploitatievoorwaarden en het daarin opgenomen tariefbeperkende beding, op onaanvaardbare wijze de Nederlandse implementatie van het nieuwe regelgevingskader (NRK) - en derhalve de Nederlandse wetgeving, richtlijnconform uitgelegd - doorkruist (onder meer: inleidende dagvaarding 4.8 en 4.15, zo ook opgevat door de rechtbank, rechtsoverwegingen 4.16 en 4.17). Naar het hof begrijpt staat UPC in hoger beroep een andere benadering voor. UPC benadrukt dat het NRK tot volledige harmonisatie van de wetgeving strekt die in de verschillende lidstaten van toepassing is op de doorgifte van radio- en televisiesignalen en dat de gemeente zich als overheidsinstantie op grond van haar verplichting tot unietrouw dient te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstelling van het NRK kunnen frustreren. Daarom staat het de gemeente niet (langer) vrij het tariefbeperkende beding te handhaven, aldus UPC. Deze gewijzigde grondslag zal hierna door het hof worden beoordeeld.

3.9 De gemeente heeft deze stellingen van UPC gemotiveerd bestreden. Op de door de gemeente gevoerde verweren zal, voor zoveel nodig, hierna worden ingegaan.

3.10 Kort samengevat komt (de Europeesrechtelijke kant van) deze zaak neer op de vraag of de verplichting tot unietrouw er aan in de weg staat dat de gemeente het tariefbeperkende beding handhaaft na de inwerkingtreding van het NRK. Indien -zoals in deze zaak als uitgangspunt heeft te gelden - niet reeds het enkele bestaan van het (in nationale wetgeving geïmplementeerde) NRK meebrengt dat de gemeente zich dient te onthouden van handhaving van het tarief beperkende beding, rijst de vraag of handhaving van dit beding door de gemeente nog mogelijk is nu de Europese Commissie in haar letter of serious doubt ernstige twijfels heeft geuit over de verenigbaarheid van de door Opta voorgestelde prijscontrole met de doelstellingen van het NRK als omschreven in artikel 8 van de Kaderrichtlijn en OPTA hierop heeft afgezien van het treffen van deze maatregel (zie 3.1.10-3.1.13).

3.11 Bij de beantwoording van deze vragen stuit het hof op enkele vragen die de uitleg van het Europese recht betreffen en waarvan beantwoording noodzakelijk is ter beslechting van het onderhavige geschil.

3.12 Zoals vermeld staat in de procedure centraal het door UPC aan de gemeente gemaakte verwijt dat zij, door het handhaven van het tariefbeperkende beding, in strijd handelt met de door haar op grond van artikel 4 lid 3 VEU (voorheen artikel 10 EG-verdrag) in acht te nemen unietrouw (voorheen gemeenschapstrouw). Van de zijde van de gemeente is daartegenover benadrukt dat zij het door UPC aangevochten beding is overeengekomen in het kader van een privaatrechtelijke overeenkomst, waarbij de gemeente een aan haar in eigendom toebehorend kabelnet aan UPC heeft overgedragen en op deze wijze bij de behartiging van publieke belangen gebruik heeft gemaakt van het privaatrecht.

Op dit dispuut heeft de eerste te stellen vraag betrekking. Duidelijk zal moeten worden of het beginsel van de unietrouw ook van toepassing is in het geval dat de gemeente bij het sluiten van de overeenkomst handelde in het kader van een privaatrechtelijke bevoegdheid.

3.13.1 Partijen strijden voorts over de vraag of de dienst ten aanzien waarvan het prijsbeperkende beding is gemaakt, de levering van een pakket radio- en televisieprogramma's aan abonnees, moet worden aangemerkt als een dienst waarbij slechts inhoud wordt verstrekt (aan te duiden als inhoudsdienst) [het standpunt van de gemeente], dan wel als een dienst die voor een klein deel bestaat uit een inhoudsdienst en voor het grootste deel uit een transmissiedienst [het standpunt van UPC].

3.13.2 Zoals opgemaakt moet worden uit hetgeen onder 3.1.7 tot en met 3.1.14 werd vermeld zijn de OPTA en de Commissie van oordeel dat het NRK op de dienst van toepassing is. Het CBb heeft dat oordeel gevolgd. De rechtbank daarentegen heeft geoordeeld dat de litigieuze dienst door UPC een inhoudsdienst

is waarop het NRK niet van toepassing is.

3.13.3 Voor beantwoording van de onder 3.10 vermelde vraag dient duidelijkheid te bestaan of juist is dat het NRK op de onderhavige dienst van toepassing is.

3.13.4 Met betrekking tot het door UPC verdedigde standpunt merkt het hof, voor zoveel van belang, nog nader op dat het landelijk tarief van UPC in 2006 € 15,83 bedroeg, waarvan een bedrag van € 1,13 betrekking had op (de doorberekening van) de betaling aan omroepen en collectieve rechtenorganisaties in verband met de openbaarmaking van hun content. Dit onderdeel van de door haar geleverde dienst wordt (ook) door UPC aangemerkt als een inhoudsdienst. Indien deze benadering van UPC juist zou zijn en derhalve de litigieuze dienst zou bestaan uit een deel inhoudsdienst en een deel transmissiedienst rijst de vraag of, en zo ja in hoeverre, het NRK op een zodanig overeengekomen dienst van toepassing is.

3.14 De derde vraag gaat uit van bevestigende beantwoording van de eerste twee vragen en gaat in essentie over de vraag of het NRK, mede in aanmerking genomen de verplichting van de gemeente tot uietrouw, nog ruimte laat voor een tariefbeperkend beding als het onderhavige. Het hof verwijst naar 3.16.

3.15.1 Met betrekking tot het toepasselijke recht acht het hof het volgende van belang.

(i) In 1990 is een geleidelijk proces van liberalisering van de telecommunicatiemarkt in de EU ingezet. Met het oog op de harmonisatie in de EU van de telecommunicatieregelgeving zijn sindsdien diverse richtlijnen uitgevaardigd die aan lidstaten verplichtingen oplegden om in hun regelgeving bepalingen op te nemen zoals met betrekking tot de zogenaamde "Open Network Provision-beginselen" waaronder transparantie, non-discriminatie en kostenoriëntatie.

(ii) Met ingang van 25 juli 2003 zijn deze richtlijnen vervangen door onder meer vijf nieuwe richtlijnen: het nieuwe regelgevingskader (hierna: het NRK). Voor zover hier van belang zijn dit:

(i) de Kaderrichtlijn (zie 3.1.10);

(ii) 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 (hierna: Toegangsrichtlijn), PbEG L 108/51 van 24 april 2002;

(iii) Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna: Universeledienstrichtlijn), PbEG L 108/51 van 24 april 2002.

Het NRK is geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), die als gevolg hiervan ingrijpend is gewijzigd. De gewijzigde Tw is op 19 mei 2004 in werking getreden. De bepalingen van het NRK, zoals hierna uiteengezet, zijn terug te vinden in de Tw.

(iii) De Kaderrichtlijn geeft de kaders voor regelgeving voor elektronische communicatie, waaronder regels omtrent de positie van de nationale regelgevende instanties (hierna: nri's) zoals OPTA, regels over de wijze waarop nri's onderling en met de Commissie omgaan (waaronder verplichtingen tot coördinatie en consultatie over te nemen besluiten) en regels omtrent marktanalyse en aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM).

(iv) De Universeledienstrichtlijn bevat de kaders voor het opleggen van universele dienstenverplichtingen en bepalingen ter waarborging van de belangen van eindgebruikers.

(v) De doelstelling als genoemd in artikel 8 Kaderrichtlijn luidt kort gezegd dat de nri's de daadwerkelijke concurrentie bij de levering van elektronische communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende

faciliteiten en diensten waarborgen en bevorderen, dat zij bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt en dat zij de belangen van de burgers van de EU bevorderen.

(vi) Artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) verwoordt de binnen de Europese Unie geldende "unietrouw" en luidt als volgt:

Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.

De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.

3.15.2 Wat betreft de feiten waarop de door het Hof van Justitie te geven uitleg moet worden toegepast verwijst het hof naar de feiten weergegeven onder 1.1 tot en met 1.13.

3.16 De vragen, zoals het hof deze voornemens is te stellen aan het Hof van Justitie EU, luiden:

(i) Is het beginsel van de unietrouw ook van toepassing in het geval dat de gemeente bij het sluiten van de overeenkomst handelde in het kader van een privaatrechtelijke bevoegdheid?

(ii) Valt een dienst, bestaande uit het leveren van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel, voor de levering waarvan én transmissiekosten én een bedrag ter zake van (de doorberekening van) de betaling aan omroepen en collectieve rechtenorganisaties in verband met de openbaarmaking van hun content in rekening worden gebracht, binnen het materiële toepassingsgebied van het NRK?

(iiia) Staat de verplichting tot unietrouw er aan in de weg dat de gemeente het tariefbeperkende beding handhaaft terwijl het NRK voorziet in de mogelijkheid dat nationale regelgevende instanties, met het oog op de doelstellingen van het NRK en met inachtneming van de (procedurele) waarborgen en beperkingen een ex ante (prijs)maatregel opleggen?

(iiib) Is bij de beantwoording van vraag iiia van belang dat de Europese Commissie in haar letter of serious doubt ernstige twijfels heeft geuit over de verenigbaarheid van de door Opta voorgestelde prijscontrole met de doelstellingen van het NRK als omschreven in artikel 8 van de Kaderrichtlijn en OPTA hierop heeft afgezien van het treffen van deze maatregel?

(iv) Dienen in het geval een gemeente, in strijd met haar uit de unietrouw voortvloeiende verplichting om zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het NRK kunnen frustreren, een beding is overeengekomen, de rechtsgevolgen daarvan te worden beoordeeld naar Europees recht of naar het toepasselijke nationale recht? Indien het Europese recht de rechtsgevolgen bepaalt: welke zijn dan die rechtsgevolgen en per wanneer?

3.17 Alvorens het hof aan het HvJEU verzoekt de prejudiciële vragen te beantwoorden, worden partijen – eerst UPC en daarna de gemeente – in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de door het hof geformuleerde vragen.

3.18 De zaak zal hiertoe worden verwezen naar de rol voor het nemen van een akte aan de zijde van UPC, waarna aan de gemeente de gelegenheid zal worden geboden een antwoordakte te nemen. Iedere verdere beslissing, zoals onder meer met betrekking tot de grieven IV en V in het principaal appel, zal worden aangehouden.

4. Beslissing

Het hof:

- verwijst de zaak naar de rolzitting van 23 november 2010 voor het nemen van een akte aan de zijde van UPC met het hierboven onder 3.18 genoemde doel;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. G.J. Visser, G.C. Makkink en C.C.W. Lange in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 19 oktober 2010.