

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/202451

Zaaknummer: 10.0230.21

Datum: 27-08-2010

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet in het geschil tussen de Stichting Regio Video TV. en UPC Nederland B.V. met betrekking tot het intrekken van de reeds verleende toegang in de vorm van doorgifte van analoge rtv-signalen door UPC Nederland B.V.

1 Samenvatting

1. Op 7 mei 2010 meldt UPC Nederland B.V. (hierna: UPC) per e-mail aan de Stichting Regio Video TV (hierna: kabelkrant Winterswijk) dat op 1 juli 2010 de overeenkomst tussen UPC en kabelkrant Winterswijk, ten behoeve van analoge doorgifte van kabelkrant Winterswijk in de gemeente Winterswijk¹, afloopt en dat UPC de op dat moment nog lopende overeenkomst niet meer wil verlengen.
2. Kabelkrant Winterswijk is het met de beëindiging niet eens en maakt bezwaar bij UPC tegen de beëindiging. Partijen komen er onderling niet uit.
3. Op 17 mei 2010 dient kabelkrant Winterswijk een geschil in bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college). Kabelkrant Winterswijk verzoekt het college om na te gaan in hoeverre UPC voldoet aan de aan UPC in het Marktanalysebesluit Omroep² (hierna: MA-besluit) opgelegde verplichtingen met betrekking tot doorgifte van rtv-signalen dan wel met betrekking tot het intrekken van reeds verleende doorgifte van rtv-signalen.
4. Het college oordeelt dat, als gevolg van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) van 18 augustus 2010 (op onder meer het beroep van UPC tegen het MA-besluit) die er in heeft geresulteerd dat de op UPC rustende doorgifteverplichting met terugwerkende kracht is komen te vervallen, er geen sprake is van een overeenkomst tussen UPC en de kabelkrant Winterswijk die gesloten is op basis van een bij of krachtens de Tw op een of meer van hen rustende verplichting.
5. Het college oordeelt dat, nu er van genoemde overeenkomst geen sprake is, hij niet bevoegd is het onderhavige geschil op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw te beslechten.

¹ Kabelkrant Winterswijk zendt ook uit in de gemeente Aalten. Waar in dit besluit wordt verwezen naar de gemeente Winterswijk dan wordt daar tevens de gemeente Aalten mee bedoeld.

² Besluit van 5 maart 2009 met kenmerk OPTA/AM/2009/200374.

Besluit Openbaar

6. Het college gaat vervolgens na of er sprake kan zijn van een geschil op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw.
7. Het college constateert dat door genoemde uitspraak van het CBb, die er in heeft geresulteerd dat de op UPC rustende doorgifteverplichting met terugwerkende kracht is komen te vervallen, er geen sprake is van een op UPC rustende verplichting tot het doorgeven van rtv-signalen en er derhalve ook geen sprake van een geschil kan zijn met de kabelkrant inzake een op UPC op grond van een bij of krachtens deze wet of bij de roamingverordening rustende (doorgifte-) verplichting. Het college oordeelt vervolgens dat, nu er geen sprake meer is van een dergelijk geschil, hij niet bevoegd is het onderhavige geschil op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw te beslechten.

2 Verloop van de procedure en zienswijzen van partijen

8. Gedurende de afgelopen negen jaar bestaat er een zakelijke relatie tussen de kabelkrant Winterswijk en UPC en haar rechtsvoorgangers. Kabelkrant Winterswijk is een non-profit organisatie die zich met reclameboodschappen en nieuwsuitzendingen richt op de lokale bevolking van Winterswijk.
9. Op 7 mei 2010 meldt UPC per e-mail aan de kabelkrant Winterswijk dat op 1 juli 2010 de overeenkomst, tussen UPC en kabelkrant Winterswijk, ten behoeve van analoge doorgifte van kabelkrant Winterswijk in de gemeente Winterswijk, afloopt en dat UPC de op dat moment nog lopende overeenkomst niet meer wil verlengen.
10. In een e-mail van 12 mei geeft kabelkrant Winterswijk aan UPC aan het niet eens te zijn met de beëindiging van de doorgifte-overeenkomst.
11. Op 17 mei 2010 dient kabelkrant Winterswijk een geschil in bij het college. Kabelkrant Winterswijk verzoekt het college UPC te verplichten de doorgifte-overeenkomst onder gelijke voorwaarden te verlengen. Het college heeft dit verzoek opgevat als een verzoek aan het college om, met betrekking tot de tussen partijen gesloten overeenkomst, na te gaan in hoeverre UPC voldoet aan de aan UPC in het Marktanalysebesluit Omroep opgelegde verplichtingen met betrekking tot doorgifte van rtv-signalen dan wel met betrekking tot het intrekken van reeds verleende doorgifte van rtv-signalen.
12. Op 21 mei 2010 stuurt UPC aan kabelkrant Winterswijk, per e-mail, een schriftelijke uiteenzetting van de uitkomsten van een bespreking die heeft plaatsgevonden tussen UPC en kabelkrant Winterswijk op 20 mei 2010. In deze e-mail geeft UPC aan dat haar besluit om de overeenkomst niet te verlengen pas in mei aan kabelkrant Winterswijk is gecommuniceerd omdat UPC zelf pas in februari het advies van Programmaraad Oost-Gelderland heeft ontvangen met betrekking tot het basispakket en standaardpakket. Om de late aankondiging te compenseren heeft UPC kabelkrant Winterswijk toegezegd de doorgifte van de kabelkrant twee maanden later (per 1 september) te zullen beëindigen en voor deze extra maanden geen kosten in rekening te brengen.

Besluit Openbaar

13. Daarnaast, geeft UPC aan, is de beëindiging van de doorgifte van kabelkrant Winterswijk gerelateerd aan het feit dat in de regio waar Winterswijk onderdeel van uit maakt een lokale omroep op de kabel wil gaan uitzenden. Op grond van de Mediawet is UPC verplicht om deze lokale zender door te geven. UPC adviseert kabelkrant Winterswijk in contact te treden met deze nieuwe omroep om tot een samenwerking te komen dan wel om tot een deling van het analoge kanaal te komen.
14. Op de vraag van kabelkrant Winterswijk waarom de kabelkrant ook in Aalten moet wijken (in Aalten gaat de nieuwe lokale omroep niet uitzenden) antwoordt UPC dat het voor haar technisch niet mogelijk is om de kabelkrant niet in Winterswijk door te geven en wel in Aalten. In technische zin zijn de gemeenten Winterswijk en Aalten met betrekking tot de beschikbare frequentie gekoppeld (zie hierover tevens randnummer 45).
15. Met betrekking tot de eigen contractuele verplichtingen van kabelkrant Winterswijk merkt UPC op dat zij bereid is om, binnen het redelijke, te bezien of UPC financieel tegemoet kan komen zodat kabelkrant Winterswijk haar financiële verplichtingen jegens haar wederpartijen kan nakomen. Tevens biedt UPC aan juridische expertise aan kabelkrant Winterswijk ter beschikking te stellen.
16. Daarenboven biedt UPC kabelkrant Winterswijk in haar e-mail van 21 mei aan om de kabelkrant Winterswijk, mits dit technisch realiseerbaar is, tot 1 maart 2011 kosteloos door te geven in het digitale televisiepakket van UPC. Deze overbruggingsperiode kan kabelkrant Winterswijk dan gebruiken om tot een samenwerking te komen met de nieuwe lokale omroep.
17. Op 27 mei 2010 stuurt kabelkrant Winterswijk aan OPTA een overzicht van de besprekingen (mondeling, schriftelijk en per e-mail) die met UPC hebben plaatsgevonden. Kabelkrant Winterswijk geeft aan het nog steeds niet eens te zijn met de beëindiging door UPC van de doorgifte-overeenkomst.
18. Op 4 juni 2010 bevestigt het college aan kabelkrant Winterswijk de ontvangst van de geschilaanvraag van 17 mei 2010 alsmede de aanvulling op de geschilaanvraag van 27 mei 2010. Het college geeft aan de geschilaanvraag in behandeling te nemen.
19. Per brief van 4 juni 2010 deelt het college UPC mee dat kabelkrant Winterswijk een geschil bij het college heeft ingediend met betrekking tot de beëindiging door UPC van de doorgifte-overeenkomst met de kabelkrant. Het college geeft UPC tot 15 juni 2010 de gelegenheid tot het indienen van een schriftelijke zienswijze met betrekking tot het geschil. Op verzoek van UPC is deze termijn verlengd tot 22 juni 2010.
20. Op 22 juni 2010 stuurt UPC haar schriftelijke zienswijze aan het college.
21. Op 28 juni 2010 stuurt het college de zienswijzen van UPC van 22 juni door aan kabelkrant Winterswijk. Het college stelt kabelkrant Winterswijk in de gelegenheid voor 14 juli 2010 schriftelijk

Besluit Openbaar

in te gaan op de zienswijzen van UPC. Met toestemming van het college stuurt kabelkrant Winterswijk vervolgens haar zienswijze later in op 28 juli 2010.

22. Op 5 juli 2010 stelt het college zowel UPC als kabelkrant Winterswijk aanvullende vragen per e-mail. Kabelkrant Winterswijk heeft de antwoorden op de vragen van het college verwerkt in haar zienswijzen van 28 juli 2010, UPC stuurt de antwoorden per e-mail in op 26 juli 2010.
23. Tijdens een hoorzitting op 16 augustus 2010 ten kantore van het college hebben partijen mondeling hun zienswijzen gegeven.

2.1 *Schriftelijke zienswijze van UPC van 22 juni 2010 naar aanleiding van de geschilaanvraag van kabelkrant Winterswijk*

24. Op 22 juni 2010 stuurt UPC, naar aanleiding van het verzoek tot geschilbeslechting van kabelkrant Winterswijk, een schriftelijke zienswijze aan het college. Volgens UPC is de clausule opgenomen in de overeenkomsten vanaf 2003 (het gaat om de clausule dat de overeenkomst van rechtswege eindigt) niet in strijd met het bepaalde in het MA-besluit:
25. UPC geeft aan dat kabelkrant Winterswijk feitelijk wordt doorgegeven in het analoge pakket dat UPC aan haar eindgebruikers doorgeeft. Kabelkrant Winterswijk wil deze doorgifte in het pakket handhaven maar naar de mening van UPC is nergens in het MA-besluit een verplichting voor UPC opgenomen om kabelkrant Winterswijk in haar pakket op te nemen. Het MA-besluit geeft immers aan dat de bundeling van rtv-signalen tot rtv-pakketten door UPC de markt voor omroepinhoud betreft en derhalve buiten de reikwijdte van het MA-besluit valt.
26. Verder is er naar de mening van UPC geen sprake van doorgifte zoals in het MA-besluit beschreven. Dergelijke doorgifte is immers bedoeld voor aanbieders van rtv-signalen die in concurrentie met UPC programma's of programma-pakketten willen gaan aanbieden en voor dergelijke op basis van het MA-besluit gereguleerde doorgifte gelden andere voorwaarden dan thans tussen partijen toegepast. Zo geldt voor gereguleerde doorgifte een significant hoger tarief.
27. Voor zover er in het geval van kabelkrant Winterswijk al sprake is van gereguleerde doorgifte dan voldoet UPC aan de verplichtingen in het MA-besluit. Door de doorgifte van kabelkrant Winterswijk per 1 september 2010 te beëindigen voldoet UPC aan de verplichting beëindiging van doorgifte drie maanden van te voren te communiceren.
28. UPC vervolgt dat, mocht het verzoek van kabelkrant Winterswijk in die zin begrepen moet worden dat UPC vanaf 1 juli 2010 een extra analoog kanaal ter beschikking moet stellen, dan geldt dat dit verzoek op grond van het MA-besluit niet als redelijk kan worden gezien nu OPTA in het MA-besluit nieuwe analoge doorgifte als inefficiënt aanmerkt.
29. Subsidiair betoogt UPC dat de staking van de doorgifte van kabelkrant Winterswijk redelijk is. Vanaf 1 september 2010 gaat een lokale omroep uitzenden in de regio waar Winterswijk onderdeel

Besluit Openbaar

van uitmaakt. UPC is op grond van de Mediawet verplicht een lokale omroep door te geven in de betreffende gemeente. UPC dient hiervoor ruimte vrij te maken op de analoge kabel. Ruimte op de analoge kabel is schaars en UPC geeft aan door de komst van de verplichte lokale zender geen ruimte op de analoge kabel meer beschikbaar te hebben voor kabelkrant Winterswijk. UPC ziet dan ook geen andere mogelijkheid dan de doorgifte van kabelkrant Winterswijk te staken.

30. UPC geeft aan dat bovenstaande onder andere reden voor UPC is geweest om doorgifte-overeenkomsten voor de duur van maximaal 1 jaar met kabelkrant Winterswijk af te sluiten. Dit biedt kabelkrant Winterswijk enerzijds de zekerheid van een jaar doorgifte op het netwerk van UPC en het stelt UPC anderzijds in staat om ieder jaar de doorgifte van de kabelkrant te heroverwegen in het licht van veranderende klantvoorkeuren en andere externe factoren waarop UPC geen overwegende invloed heeft (o.a. Programmaraad adviezen en de komst van must-carry zenders die UPC verplicht is door te geven).
31. Met betrekking tot de civielrechtelijke aspecten van de overeenkomst merkt UPC op dat het niet aan OPTA is om te beoordelen of een overeenkomst voldoet aan het bepaalde in het Burgerlijk Wetboek. OPTA dient zich te beperken tot het nagaan of de overeenkomst in overeenstemming is met de verplichtingen opgenomen in het MA-besluit. Naar de mening van UPC is dit het geval. Bovendien heeft UPC een aantal aanbiedingen gedaan aan kabelkrant Winterswijk om de pijn die de beëindiging van de overeenkomst met zich meebrengt te verzachten.
32. UPC is dan ook van oordeel dat zij gerechtigd was om de doorgifte van kabelkrant Winterswijk te staken.

2.2 *Schriftelijke zienswijze van kabelkrant Winterswijk van 28 juli 2010 naar aanleiding van de schriftelijke zienswijze van UPC*

33. Kabelkrant Winterswijk geeft aan dat de stelling van UPC dat kabelkrant Winterswijk onderdeel uitmaakt van het rtv-pakket niet juist is. Het programma van kabelkrant Winterswijk is weliswaar opgenomen in het analoge pakket zoals dat “via” het kabelnet van UPC bij de eindgebruikers wordt aangeleverd, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat deze programma’s onderdeel vormen van het analoge programmapakket “van” UPC. Over de status van bedoelde programma’s zijn tussen kabelkrant Winterswijk en UPC nimmer afspraken gemaakt. Ook in de contractstelling is over die status geen regeling getroffen. Feit is dat UPC op geen enkele wijze is of wordt betrokken bij de totstandkoming van de programma’s van kabelkrant Winterswijk. Ook heeft UPC daarop geen enkele invloed.
34. Als non-profitorganisatie worden de rtv-signalen om niet aan de klant/eindgebruiker geleverd. De productie en leveringskosten worden gedekt uit de inkomsten van de overige diensten, te weten de productie en levering van de berichten op verzoek van de klant. De relatie met UPC is feitelijk en rechtens slechts gericht op de doorgifte van het programma van kabelkrant Winterswijk. Kabelkrant Winterswijk ziet niet in waarom deze relatie buiten het beoordelingskader van het MA-besluit zou moeten vallen zoals UPC stelt.

Besluit Openbaar

35. Met betrekking tot de stelling van UPC, dat voor geregleerde doorgifte andere voorwaarden gelden, merkt kabelkrant Winterswijk op dat bepalend voor de verhouding tussen contractpartijen de voorwaarden zijn zoals die letterlijk in de schriftelijke overeenkomst tussen de partijen zijn opgenomen. Met andere partijen gesloten overeenkomsten kunnen – voor zover daaraan niet expliciet wordt gerefereerd – niet leidend zijn voor de vaststelling van de status van partijen in het voorliggende geval. Voor kabelkrant Winterswijk staat voorop dat het kabelnet van UPC slechts dient als medium voor de levering van communicatiediensten, in casu de doorgifte van de analoge rtv-signalen van de kabelkrant. Het tarief dat UPC hiervoor aan de kabelkrant Winterswijk in rekening brengt dient binnen de grenzen van het redelijke tussen UPC en de kabelkrant te worden overeengekomen. Het geschil in kwestie gaat volgens de kabelkrant (vooralsnog) echter niet over het tarief maar over de opzegging van de overeenkomst voor de doorgifte van het signaal.
36. In tegenstelling tot UPC vindt kabelkrant Winterswijk de opzegging van de overeenkomst (althans het niet verlengen van de overeenkomst) niet redelijk. UPC heeft naar de mening van de kabelkrant de redelijkheid van de opzegging niet aangetoond. Redelijkheid is hier het product van de afweging van belangen. Het belang bij een voortzetting van de doorgifte van het signaal van kabelkrant Winterswijk is niet minder dan de bestaansmogelijkheid van de kabelkrant. Het belang van UPC is daarentegen allermindst verduidelijkt. Zo is (bijvoorbeeld) in het pakket naast de regionale omroep Gelderland het signaal van de regionale omroep TV Oost opgenomen. Deze laatste omroep heeft geen relatie met de regio en dus ook niet met het werkgebied van de kabelkrant.
37. Het had, zo merkt de kabelkrant op, voor de hand gelegen bij het opzeggen van de doorgifte de concrete afwegingen aan te reiken. Zo blijft de vraag bestaan waarom een regionale omroep van buiten de regio wel wordt doorgegeven en juist een lokaal gerichte kabelkrant, die al meer dan negen jaar actief is, terzijde worden geschoven.
38. Met betrekking tot de stelling van UPC dat het civiele recht geen onderdeel vormt van de beoordeling van OPTA merkt de kabelkrant op dat het toetsingskader van OPTA zijn grondslag weliswaar vindt in de Telecommunicatiewet en het MA-besluit, maar dat wil niet zeggen dat, zoals in het bestuursrecht algemeen gebruikelijk is, in marginale zin niet ook burgerrechtelijke verhoudingen in de beoordeling van de redelijkheid van een besluit kunnen worden betrokken.
39. Met betrekking tot de stelling van UPC dat de aankondiging van de beëindiging van de doorgifte in redelijkheid kon worden gedaan op de wijze zoals dat is gebeurd, omdat mocht worden uitgegaan van de veronderstelling dat de relatie met de kabelkrant niet binnen het beoordelingskader van het MA-besluit zou vallen (en bovendien door UPC de bereidheid is uitgesproken om de doorgifte tot 1 september 2010 te continueren), merkt de kabelkrant op dat uitgangspunt bij het geschil nu juist is dat het MA-besluit wel ziet op de relatie tussen UPC en beide stichtingen.
40. Verder moet volgens de kabelkrant Winterswijk worden geconstateerd dat formeel slechts de (per e-mail) aangekondigde opzegging per 1 juli 2010 ter beoordeling in geschil is voorgelegd. Van een

Besluit Openbaar

formele opzegging per 1 september 2010 is geen sprake. De aankondiging dat de opzegging niet voor 1 september 2010 wordt geëffectueerd was van informele aard en is niet ter beoordeling aan OPTA voorgelegd.

41. De kabelkrant oordeelt dat opzegging zonder enig overleg sowieso als zeer onredelijk en onbillijk wordt gezien. Dit geldt temeer nu de kabelkrant juist als gevolg van de geschilkwestie nog geen maatregelen heeft kunnen treffen om de gevolgen van de beëindiging te managen. Een tussentijdse toezegging dat effectuering van de beëindiging pas op 1 september 2010 plaatsvindt, verandert weinig of niets aan dit probleem. De suggesties die van de zijde van UPC zijn gedaan om het probleem van de kabelkrant te verzachten zijn – zeker op de korte termijn – voor de kabelkrant geen reële alternatieven. Kabelkrant Winterswijk geeft tenslotte aan dat zij graag bereid is om met UPC te zoeken naar alternatieve oplossingen, maar dan wel als gelijke partner en zonder druk van beëindiging van de doorgifte op korte termijn.

2.3 Mondelinge zienswijzen van partijen tijdens hoorzitting

42. Op 16 augustus 2010 heeft een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van het college. Tijdens deze hoorzitting hebben partijen hun zienswijze mondeling toegelicht.
43. In aanvulling op haar schriftelijke zienswijze heeft UPC aangegeven dat de regio waartoe de kabelkrant Winterswijk behoort, voor wat betreft innovatie van digitale diensten, achtergebleven is in vergelijking met de andere regio's van UPC. Dit heeft tot gevolg gehad dat het analoge rtv-pakket in vergelijking met andere UPC gebieden groter is en het digitale rtv-pakket kleiner. UPC is thans echter met een inhaalslag bezig in de betreffende regio hetgeen zal betekenen dat het digitale pakket zal worden uitgebreid.
44. De redenen dat er geen ruimte voor de kabelkrant Winterswijk meer is op de analoge kabel betreffen de volgende:
- a. De komst van een lokale televisiezender die UPC verplicht moet doorgeven (op het analoge netwerk) op grond van de Mediawet.
 - b. Het introduceren van nieuwe innovatieve digitale diensten in de regio waar de kabelkrant Winterswijk onderdeel van uitmaakt. UPC heeft aangegeven dat zij nieuwe digitale (HD-) kanalen wil gaan doorgeven en dat capaciteit voor deze kanalen alleen kan worden vrijgemaakt door het afschakelen van analoge capaciteit. Het MA-besluit geeft aan dat toegangsverzoeken om analoge doorgifte in beginsel niet redelijk zijn als dit ten koste gaat van innovatie. Mocht er sprake zijn van gereguleerde doorgifte dan mag UPC analoge doorgifte op grond van het MA-besluit beëindigen als voortzetting redelijkerwijs niet van UPC mag worden verlangd. Mocht er al sprake zijn van gereguleerde doorgifte in dit geval dan is UPC van mening dat deze doorgifte redelijkerwijs mag worden ingetrokken omdat er sprake is van schaarste op het analoge netwerk.

Besluit Openbaar

45. Met betrekking tot de vraag van de kabelkrant waarom TV-Oost wel op de kabel mag blijven en de kabelkrant niet geeft UPC aan dat de frequenties van rtv-zenders in het Head-end van UPC worden vastgesteld. Lokale zenders hebben in het gehele gebied dat het betreffende Head-end verzorgt dezelfde frequentie. Afschakelen van TV-Oost zou betekenen dat alle eindgebruikers in de regio waar ook Winterswijk toe behoort TV-Oost niet meer kunnen ontvangen terwijl afschakelen van de kabelkrant Winterswijk alleen betekent dat de inwoners van Winterswijk een kanaal (de kabelkrant) verliezen. Afschakelen van TV-Oost benadeelt derhalve een veel groter aantal eindgebruikers. UPC acht het dan ook redelijker om de kabelkrant af te schakelen dan TV-Oost.
46. Tijdens de hoorzitting heeft de hoorcommissie beide partijen vragen gesteld met betrekking tot het onderhavige geschil met als doel na te gaan of er sprake is van gereguleerde doorgifte op grond van het MA-besluit of dat er sprake is van niet door OPTA gereguleerde doorgifte op commerciële basis.
47. Tevens heeft het college UPC in een vertrouwelijk deel van de hoorzitting vragen gesteld met betrekking tot de (nog) beschikbare analoge capaciteit.

3 Feiten

48. UPC is een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, als bedoeld in artikel 1.1 sub h Tw, en is actief op de markt voor de doorgifte en verzorging van omroeptransmissiediensten.
49. Het college heeft in het MA-besluit geconcludeerd dat de (wholesale-) markt waarop UPC actief is, zijnde de markt voor de doorgifte van rtv-signalen via de kabel in het verzorgingsgebied van UPC en de markt voor het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van UPC in het verzorgingsgebied van UPC, niet daadwerkelijk concurrerend is. Het college heeft vastgesteld dat UPC op deze markten beschikt over een aanmerkelijke marktmacht en heeft - voor zover voor dit geschil van belang - een toegangsverplichting opgelegd³.
50. Kabelkrant Winterswijk zendt al negen jaar uit in de gemeenten Winterswijk en Aalten. Naast de doorgifte van reclameboodschappen afkomstig van in hoofdzaak lokaal gevestigde ondernemingen, verzorgt de kabelkrant het plaatselijke nieuws, berichtgeving van plaatselijke evenementen en de berichtgeving van kerken, verenigingen en andere plaatselijke instellingen, vaak ook van particulieren. De kabelkrant is een niet op winst gerichte onderneming die geworteld is in de plaatselijke gemeenschap en die voor diezelfde gemeenschap een belangrijke communicatiefunctie vervult.

³ Zie hierover paragraaf 4

Besluit Openbaar

51. Partijen hebben een geschil over de doorgifte van de kabelkrant. In geschil is of UPC doorgifte van de kabelkrant mag staken per 1 september 2010.

4 Juridisch Kader

Marktanalysebesluit omroep 2009 verzorgingsgebied UPC: Opgelegde verplichtingen⁴ (voor zover van belang voor dit geschil)

52. Het college heeft in het MA-besluit 2009 op grond van artikel 6a.1 lid 1 van de Tw onderzocht welke markten overeenkwamen met de in de aanbeveling van de Commissie vermelde markt voor omroeptransmissiediensten.
53. Het college heeft geconcludeerd dat de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van UPC, in het verzorgingsgebied van UPC, de relevante wholesalemarkt is.
54. Tevens heeft het college op grond van artikel 6a.1 van de Tw onderzocht of deze markt daadwerkelijk concurrerend is en op grond van artikel 6a.2 van de Tw onderzocht of op deze markt een onderneming actief is die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht.
55. Het college heeft in het MA-besluit 2009 geconcludeerd dat de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van UPC, in het verzorgingsgebied van UPC, niet daadwerkelijk concurrerend was. Het college heeft vastgesteld dat UPC op deze markten beschikt over een aanmerkelijke marktmacht.
56. Als gevolg van de aanmerkelijke marktmacht van UPC op deze markt heeft het college in het MA-besluit 2009 UPC de volgende (wholesale-) verplichtingen opgelegd:

Toegangsverplichting

57. UPC dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.6 van de Tw te voldoen aan redelijke verzoeken om doorgifte van rtv-signalen en het op wholesaleniveau leveren van de analoge rtv-signalen en de aansluiting op haar omroeptransmissieplatform (WLR-C) van aanbieders van rtv-signalen die door middel van de over het omroeptransmissieplatform van UPC geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers willen bereiken. Deze verplichting houdt in dat UPC naar aanleiding van een redelijk verzoek:

⁴ Zie hoofdstuk 15 van het MA-besluit 2009 (OPTA/AM/2009/200374)

Besluit Openbaar

- a. een aanbieder van rtv-signalen toegang dient te verlenen tot die netwerkelementen of faciliteiten die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om de rtv-signalen van deze aanbieder aan eindgebruikers te kunnen doorgeven;
- b. een aanbieder van rtv-signalen, toegang dient te verlenen in de vorm WLR-C;
- c. een aanbieder van rtv-signalen die bijbehorende diensten en faciliteiten dient te bieden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn of onlosmakelijk verbonden zijn aan de doorgifte van rtv-signalen en WLR-C. Het gaat hierbij in elk geval om de volgende diensten en faciliteiten:
 - toegang tot het voorwaardelijke toegangssysteem van UPC;
 - toegang tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om doorgifte van rtv-signalen en WLR-C te realiseren;
 - co-locatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten indien deze vormen van gedeeld gebruik voor de aanbieder van rtv-signalen redelijkerwijs noodzakelijk zijn om rtv-signalen aan eindgebruikers te kunnen leveren.

58. Daarbij geldt dat UPC:

- verzoeken om doorgifte van rtv-signalen en WLR-C tijdig en adequaat in behandeling neemt en zo nodig met de toegangsverzoekende partij bespreekt. De reactie op een verzoek om toegang dient UPC binnen een redelijke termijn aan de aanbieder van rtv-signalen kenbaar te maken;
- te goeder trouw onderhandelt met aanbieders van rtv-signalen die verzoeken om doorgifte van rtv-signalen en WLR-C;
- doorgifte van rtv-signalen en WLR-C niet intrekt, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van UPC mag worden verlangd. UPC dient een voornemen tot beëindiging van doorgifte en/of WLR-C vooraf, met een termijn van minimaal drie maanden voorafgaand aan de voorgenomen datum van intrekking, aan het college en de afnemer(s) te melden. Hierbij geeft UPC aan waarom voortgezette doorgifte en/of WLR-C redelijkerwijs niet langer van UPC verlangd mag worden.

59. Op grond van artikel 6a.6, derde lid, van de Tw verbindt het college aan de toegangsverplichting nadere voorwaarden betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit om geconstateerde potentiële mededingingsbeperkende gedragingen tegen te gaan. UPC dient:

Besluit Openbaar

- informatie die een aanbieder van rtv-signalen nodig heeft om een voldoende specifiek verzoek om doorgifte van rtv-signalen en WLR-C te kunnen doen, desgevraagd tijdig en volledig te verstrekken;
- aan het realiseren van doorgifte van rtv-signalen en WLR-C geen onbillijke voorwaarden te verbinden;
- geen beperkingen op te leggen zonder objectiveerbare redenen. Wanneer UPC een naar haar oordeel niet-redelijk verzoek om doorgifte van rtv-signalen of WLR-C weigert, dient UPC dit gemotiveerd te doen. Hierbij geeft UPC aan op welke objectieve weigeringsgronden de afwijzing is gebaseerd. Bij het beoordelen van de vraag of sprake is van objectieve weigeringsgronden zal het college onder meer rekening houden met de volgende factoren:
 - o de technische haalbaarheid van de gevraagde toegang;
 - o de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven;
 - o aantoonbare (structurele) capaciteitsschaarste;
 - o het capaciteitsbeslag: een verzoek om doorgifte van rtv-signalen mag geen onredelijk beslag op de beschikbare capaciteit leggen;
 - o de ontwikkeling van innovatieve diensten;
 - o de lange termijn ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie. Een verzoek om doorgifte door een aanbieder van rtv-signalen die zelf over een alternatieve infrastructuur of alternatieve infrastructuren beschikt waarmee deze, zonder inkoop van wholesale infrastructuurelementen van derde partijen, met het rtv-aanbod van UPC vergelijkbare rtv-diensten kan aanbieden, zal door het college, voor zover het verzoek om doorgifte van rtv-signalen betrekking heeft op doorgifte ten behoeve van deze vergelijkbare rtv-diensten, minder snel als redelijk worden beschouwd;
 - o de vraag of de gevraagde toegang nadelige effecten voor eindgebruikers sorteert;
- informatie die UPC als gevolg van de doorgifte van rtv-signalen en WLR-C verkrijgt, niet voor andere doeleinden te gebruiken dan voor de te verlenen toegang;
- doorgifte van rtv-signalen en WLR-C niet strategisch te ontwerpen, zodanig dat toegang voor aanbieders van rtv-signalen nodeloos wordt bemoeilijkt;

Besluit Openbaar

- doorgifte van rtv-signalen en WLR-C niet onnodig te bundelen zodat aanbieders van rtv-signalen worden gedwongen meer diensten af te nemen dan zij wensen;
- afnemers van WLR-C een redelijke termijn voorafgaand aan het doorvoeren van wijzigingen in het analoge rtv-pakket van UPC over deze wijzigingen te informeren;
- een minimum kwaliteit voor de doorgifte van rtv-signalen en WLR-C te garanderen aan de hand van serviceniveaus. Dit betekent dat UPC kwaliteitsparameters dient te hanteren voor de wholesalediensten, een resultaatsverplichting voor de minimum serviceniveaus en een hieraan gekoppeld boetebeding in geval van niet-nakoming van de gestelde kwaliteitsniveaus;
- redelijke contractuele bepalingen te hanteren. Hieronder vallen in elk geval betalingsvoorwaarden, met inbegrip van facturerings- en betalingsprocedures, een transparante wijzigingsprocedure voor wholesalediensten, bepalingen inzake contractherzieningen, beëindiging van een overeenkomst en opschorting van diensten, een vorm van contractuele aansprakelijkheid indien UPC tekortschiet in de nakoming van een of meer verplichtingen, een geschilbeslechtsprocedure met adequate reactietermijnen zonder inbreuk te maken op de rechten van aanbieders van rtv-signalen om gebruik te maken van de mogelijkheid om een geschil bij het college in te dienen;
- afnemers van WLR-C de mogelijkheid te geven eindgebruikers gelijktijdig te factureren voor zowel de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van UPC als voor het afgenomen analoge rtv-pakket;
- afnemers van WLR-C in staat te stellen de retailklantrelatie over te nemen. Tot de klantrelatie behoort in het kader van deze verplichting in ieder geval:
 - o Het onderhouden van contact met de klant voor het versturen en innen van facturen.
 - o Het onderhouden van contact van de klant met betrekking tot vragen over facturen of ondersteuning van geleverde diensten of commerciële handelingen, zoals het bestellen van nieuwe diensten, opzeggen of verhuizen.
- redelijke order- en leveringsprocedures en redelijke voorwaarden voor opzeggingen, nieuwe aansluitingen, het afhandelen van storingen, verhuizingen en migratie tussen verschillende aanbieders (waaronder UPC) te hanteren.

Geschilbeslechting

60. In artikel 12.2, eerste en tweede lid, van de Telecommunicatiewet is, kort gezegd, bepaald dat het college op aanvraag een geschil kan beslechten tussen aanbieders en ondernemingen die

Besluit Openbaar

openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, indien er een geschil is ontstaan over de nakoming van een bij of krachtens de Tw op hen rustende verplichting.

61. Geschillen op grond van art. 12.2 Tw hebben betrekking op de vraag of een van beide partijen bij het geschil verplichtingen nakomt die bij of krachtens de Tw op hem rusten.
62. Op grond van artikel 12.2, tweede lid van de Tw wordt, onder een geschil als bedoeld in het eerste lid van art. 12.2 Tw, mede verstaan een geschil inzake de vraag of, indien de in dat lid bedoelde houders van een vergunning, aanbieders, aanbieder en ondernemingen, onderscheidenlijk ondernemingen een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichting, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk strijdig is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.
63. Het college kan blijkens de Memorie van Toelichting⁵ bij artikel 12.2 Tw voorschriften geven ter beslechting van dit geschil voor zover dit betrekking heeft op het beëindigen van strijdigheid met de op partijen bij of krachtens de Tw rustende verplichting.

5 Overwegingen

5.1 Wettelijke eisen bevoegdheid:

64. Het geschil betreft de vraag of de door UPC met de kabelkrant Winterswijk overeengekomen doorgifte van de kabelkrant in Winterswijk kwalificeert als gereguleerde doorgifte als bedoeld in het MA-besluit. De tweede vraag betreft of UPC, indien er sprake is van gereguleerde doorgifte, de doorgifte eenzijdig mag beëindigen of in contracten mag bedingen dat de doorgifte overeenkomst van rechtswege eindigt na een looptijd van een jaar.
65. Genoemde (doorgifte-) verplichting heeft het college in het MA-besluit aan UPC opgelegd op grond van artikelen 6a.2, 6a.6 en 6a.9 van de Tw.
66. Het college heeft kennis genomen van de uitspraak van het CBb van 18 augustus 2010 in de ingestelde beroepen tegen het MA-besluit. Het CBb heeft de ingestelde beroepen, waaronder het beroep van UPC, gegrond verklaard en heeft het MA-besluit vernietigd. Dit heeft voor het onderhavige geschil tot gevolg dat de door het college aan UPC opgelegde doorgifteverplichting door het CBb (met terugwerkende kracht) is vernietigd.

⁵ Kamerstukken II, 2002/2003, 28851, nummer 3

Besluit Openbaar

Beoordeling van het geschil op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw

67. In het onderhavige geschil dat gebaseerd is op artikel 12.2, tweede lid, van de Tw dient het college na te gaan of de in artikel 12.2, eerste lid, van de Tw bedoelde houders van een vergunning, aanbieders, aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk ondernemingen een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichting, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk strijdig is met het bij of krachtens de Tw bepaalde.
68. Het college constateert dat door genoemde uitspraak van het CBb, die er in heeft geresulteerd dat de op UPC rustende doorgifteverplichting met terugwerkende kracht is komen te vervallen, er geen sprake is van een overeenkomst tussen UPC en de kabelkrant Winterswijk die gesloten is op basis van een bij of krachtens de Tw op een of meer van hen rustende verplichting.
69. Het college oordeelt dat, nu er van een in het vorige randnummer genoemde overeenkomst geen sprake is, hij niet bevoegd is het onderhavige geschil op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw te beslechten.
70. Het college merkt ten overvloede op dat de vraag of de doorgifte-overeenkomst in strijd is met het burgerlijk recht een rechtsvraag is die door de civiele rechter zal dienen te worden beantwoord.

Beoordeling van het geschil op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw

71. Onderhavig geschil is in eerste instantie behandeld als een geschil op basis van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw. Dit vanwege het feit dat ten tijde van de aanmelding van het geschil er nog sprake was van een op grond van het MA-besluit op UPC rustende verplichting tot het doorgeven van rtv-signalen en een overeenkomst tot doorgifte van rtv-signalen tussen partijen. Nu door de uitspraak van het CBb er geen sprake meer is van een geschil op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw (zie randnummer 67 en verder) ziet het college aanleiding na te gaan of er mogelijk sprake is van een geschil op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw.
72. In geval van een geschil gebaseerd op artikel 12.2, eerste lid, van de Tw dient het college na te gaan of er sprake is van een geschil tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten, openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens de Tw of bij de roamingverordening rustende verplichting.
73. Het college constateert dat door genoemde uitspraak van het CBb, die er in heeft geresulteerd dat de op UPC rustende doorgifteverplichting met terugwerkende kracht is komen te vervallen, er geen

Besluit Openbaar

sprake is van een op UPC rustende verplichting tot het doorgeven van rtv-signalen en er derhalve ook geen sprake van een geschil kan zijn met de kabelkrant inzake een op UPC op grond van een bij of krachtens de Tw of bij de roamingverordening rustende (doorgifte-) verplichting. Het college oordeelt dan ook dat, nu er geen sprake meer is van een dergelijk geschil, hij niet bevoegd is het onderhavige geschil op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw te beslechten.

5.2 Conclusie

74. Het college concludeert dat door genoemde vernietiging van het MA-besluit de aan UPC opgelegde verplichting tot doorgifte van rtv-signalen met terugwerkende kracht is komen te vervallen.
75. Nu er op UPC geen doorgifteverplichting rust, of heeft gerust, komt het college tot de conclusie dat de overeenkomst tussen UPC en de kabelkrant Winterswijk, achteraf bezien, niet kan hebben gezien op gereguleerde doorgifte en dat er geen sprake is van een overeenkomst tussen UPC en de kabelkrant Winterswijk die gesloten is op basis van een bij of krachtens de Tw op een van hen rustende verplichting. Derhalve is het college niet bevoegd het onderhavige geschil te beslechten op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw.
76. Het college constateert daarnaast dat door genoemde uitspraak van het CBb er geen sprake is van een geschil inzake een op UPC op grond van een bij of krachtens de Tw of bij de roamingverordening rustende verplichting. Nu er geen sprake is van een dergelijk geschil oordeelt het college dat hij niet bevoegd is het onderhavige geschil op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw te beslechten.

Besluit Openbaar

6 Dictum

1. Met betrekking tot het verzoek van kabelkrant Winterswijk aan het college, om in een geschilprocedure na te gaan in hoeverre UPC voldoet aan een op haar bij of krachtens de Tw rustende verplichting dan wel om na te gaan of UPC voldoet aan de op haar in het Marktanalysebesluit Omroep opgelegde verplichtingen met betrekking tot doorgifte van rtv-signalen, oordeelt het college als volgt:
 - I. Het college is niet bevoegd het onderhavige geschil te beslechten op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw.
 - II. Het college is niet bevoegd het onderhavige geschil te beslechten op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Plv. afdelingshoofd afdeling Markten

w.g. drs. J.G.J. Keetelaar

Beroep bij het CBb

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.