

BESLUIT inzake geschil Canal+ – Multikabel (G.15.01.)

OPTA/IBT/2004/202346

13 juli 2004

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit in het geschil tussen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Canal+ Nederland B.V., gevestigd te Hilversum, gemachtigden: Mr. E.J. Dommering en Mr. P.J. Burger, advocaten te Amsterdam;

en

de naamloze vennootschap Multikabel N.V., gevestigd te Alkmaar, gemachtigde: Mr. E.F. van Hasselt, advocaat te Amsterdam.

A. Samenvatting

1. Canal+ Nederland B.V. (hierna: Canal+) heeft op 25 mei 2001 een geschil aanhangig gemaakt over de doorgiftevergoedingen in het hele netwerk van Multikabel N.V. (hierna: Multikabel). Dit geschil is later door Canal+ beperkt tot een verzoek aan het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) tot het stellen van de regels met betrekking tot de doorgiftevergoedingen in een zevental gemeenten, te weten Bennebroek, Haarlemmerliede/Spaarnwoude, Haarlemmermeer, Heemstede, Beemster, Zeevang en Velsen. Het geschil heeft betrekking op de periode van 1 juli 2000 tot 1 november 2002.
2. In opdracht van het college is door accountants een boekenonderzoek uitgevoerd naar de kostenstructuur binnen het netwerk van Multikabel.
3. De verdere behandeling van het geschil heeft geruime tijd stil gelegen in afwachting van een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in hoger beroep in een vergelijkbare geschil over doorgiftevergoedingen voor toegang tot een omroepnetwerk.
4. In dit besluit wordt het kostengeoriënteerde tarief voor doorgifte via het netwerk van Multikabel vastgesteld op € 0,11 per abonnee per kanaal per maand. Dit tarief dient jaarlijks aangepast te worden met het consumentenindexeringscijfer, conform hetgeen is overeengekomen in de overeenkomst tussen Multikabel en Canal+ van 29 juni 2002.

B. HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

5. Bij brief van 25 mei 2001 verzoekt Canal+ het college een bindende aanwijzing te geven zoals bedoeld in artikel 8.7 van de toen geldende Telecommunicatiewet inzake de door Multikabel te rekenen vergoeding voor de doorgifte van de programma's van Canal+ via de omroepnetwerken van Multikabel.
6. Bij brieven van 26 juni 2001, 29 juni 2001 en 13 juli 2001 vult Canal+ haar verzoekschrift op enige punten aan, en verbetert zij haar verzoeken op een aantal andere punten. Op 3 augustus 2001 verzoekt het college om nadere toelichting bij het verzoekschrift. Dit wordt door Canal+ op 7 augustus 2001 verstrekt.
7. Bij brief van 20 september 2001 ontvangt het college het verweerschrift van Multikabel, alsmede antwoorden op enige door het college aan Multikabel gestelde vragen.
8. Op 19 december 2001 vindt een hoorzitting plaats.
9. Op 29 oktober 2002 adviseert het accountantskantoor Mazars Paardekooper Hoffman (hierna: Mazars) het college over de bepaling van de doorgiftevergoeding ten behoeve van de toegang tot het omroepnetwerk van Multikabel.
10. Op 18 september 2003 bericht het college aan Canal+ en Multikabel dat het CBb op 1 oktober 2003 een procedure zal behandelen die van invloed is op de wijze van behandeling van het onderhavige geschil. Het college schort om die reden de verdere behandeling van het onderhavige geschil op. Op 3 december 2003 doet het CBb uitspraak in genoemde procedure (AWB 03/406, AWB 03/418, AWB 03/425). Na deze uitspraak zet het college de behandeling van het onderhavige geschil voort.
11. Het college stelt een van bedrijfsvertrouwelijke informatie geschoonde versie van het eerdergenoemde advies van Mazars vast en stuur dit bij brief van 23 april 2004 voor reactie naar Canal+. Op 21 mei 2004 ontvangt het college de reactie van Canal+ met als bijlage een rapportage van Strict Consultancy.
12. Op 30 juni 2004 ontvangt het college de standpunten van Mazars ten aanzien van de argumenten van Canal+ en Strict Consultancy.

C. De feitelijke grondslag van het geschil

13. (De rechtsvoorgangers van) Canal+ en Multikabel hebben een overeenkomst voor de doorgifte van de twee Canal+ programma's via twee analoge kanalen van ieder 8 MHz in de 42 gemeenten waarin Multikabel actief is en een omroepnetwerk heeft. Volgens de overeenkomst dient Canal+ aan

Multikabel een doorgiftevergoeding van NLG 0,115 per kanaal per abonnee per maand te betalen. Multikabel zegt de overeenkomst per 1 juli 2000 op, waarna beide partijen in onderhandeling treden over nieuwe voorwaarden en tarieven voor doorgifte van de programma's van Canal+. Multikabel is van mening dat de doorgiftevergoeding NLG 0,30 per abonnee per maand per kanaal moet worden, terwijl Canal+ vasthoudt aan de oude doorgiftevergoeding.

14. Tijdens de onderhandelingen die hierop volgen, blijft Multikabel de programma's van Canal+ doorgeven. Bij brief van 21 mei 2001 geeft Multikabel aan dat zij de doorgifte enkel nog wil continueren na 1 juni 2001 voor een doorgiftevergoeding van NLG 0,30.
15. Bij brief van 25 mei 2001 verzoekt Canal+ het college de doorgiftevergoeding vast te stellen en Multikabel te verbieden de doorgifte van de programma's van Canal+ te staken.
16. In kort geding oordeelt de President van de Rechtbank Haarlem bij vonnis van 15 juni 2001 respectievelijk 29 juni 2001 dat Multikabel een voorlopig tarief van NLG 0,30 per kanaal per abonnee per maand mag vragen, en dat er vanaf 1 juli 2000 geen overeenkomsten bestaan tussen Canal+ en Multikabel in de 42 gemeenten waarin Multikabel actief is.
17. Canal+ vult op 26 juni 2001 haar verzoekschrift aan en verzoekt het college om Multikabel te gelasten binnen twee maanden een transparante, objectieve en non-discriminatoire kortingsregeling op te stellen en te publiceren en deze ten opzichte van Canal+ te hanteren.
18. Bij brief van 13 juli 2001 verbetert Canal+ haar verzoek aan het college en vult het aan. Zij verzoekt het college vast te stellen of andere abonneetelevisieaanbieders een doorgiftevergoeding van NLG 0,30 betalen. Indien dit niet zo is, dan wel indien er geen transparante boekhouding of kortingsregeling aanwezig is, dan verzoekt zij het college vast te stellen dat Canal+ hetzelfde tarief in rekening wordt gebracht als geldt voor andere aanbieders. Zij beperkt de omvang van haar verzoek tot 7 van de 42 gemeenten van het omroepnetwerk van Multikabel, te weten Bennebroek, Haarlemmerliede/Spaarnwoude, Haarlemmermeer, Heemstede, Beemster, Zeevang en Velsen. Zij baseert deze inperking op haar stelling dat er voor 35 van de 42 gemeenten sprake was van een geldige doorgifteovereenkomst. Daarbij verzoekt zij dat een externe, onafhankelijke accountant namens Canal+ zal toezien op de gegevens die worden opgevraagd en ingezien, alsmede op de berekeningen die op grond hiervan worden gemaakt.

D. Het standpunt van Canal+

Het standpunt van Canal+ laat zich als volgt samenvatten.

19. Canal+ is van mening dat Multikabel haar programma's op grond van artikel 8.7 Tw moet doorgeven. Multikabel verlangt ten onrechte een doorgiftevergoeding van NLG 0,30 per kanaal per abonnee per maand voor de programma's van Canal+ via het omroepnetwerk van Multikabel. Volgens Canal+

baseert Multikabel deze doorgiftevergoeding op de door het college in een geschil tussen Canal+ en UPC vastgestelde doorgiftevergoeding. In de eerste plaats is volgens Canal+ het omroepnetwerk van Multikabel niet vergelijkbaar met dat van UPC. Daarbij geldt volgens Canal+ bovendien dat eventuele upgrading en koppeling van netwerken door Multikabel niet noodzakelijk is voor doorgifte van haar programma's en derhalve niet zou mogen leiden tot een verhoging van de doorgiftevergoeding. Ten tweede heeft ze een bezwaar ingediend tegen het besluit in het geschil Canal+ - UPC waarin deze vergoeding is vastgesteld, omdat ze deze doorgiftevergoeding niet redelijk acht.

20. Canal+ vindt de in het bovenstaande aangehaalde beslissing van de President van 15 juni 2001 over de geldigheid van de overeenkomsten en de redelijkheid van de door Multikabel gevraagde vergoeding onjuist. Naar haar mening zijn de overeenkomsten met Multikabel in 35 van de 42 gemeenten nog steeds van kracht. Zij beperkt haar verzoek daarom tot de zeven gemeenten Bennebroek, Haarlemmerliede/Spaarnwoude, Haarlemmermeer, Heemstede, Beemster, Zeevang en Velsen.
21. Canal+ vindt dat de op 17 augustus 1999 door het college en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) gepubliceerde "Richt snoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken" (hierna: de Richt snoeren) aanpassing behoeven. Eerst dan kan de te betalen doorgiftevergoeding aan Multikabel op juiste wijze worden vastgesteld.
22. Canal+ verzoekt het college:
 1. Bij voorlopig besluit Multikabel voor 1 juni 2001 de aanwijzing te geven dat Multikabel gehouden is om, hangende het geschil, de doorgifte van de programma's van Canal+ over haar omroepnetwerken te waarborgen c.q. te continueren.
 2. Multikabel een aanwijzing te geven over de hoogte van het doorgiftetarief voor de programma's van Canal+. De aanwijzing dient te gelden voor de kabelnetwerken van Multikabel in de gemeenten Bennebroek, Haarlemmerliede/Spaarnwoude, Haarlemmermeer, Heemstede, Beemster, Zeevang en Velsen. Hiertoe verzoekt Canal+ het college om een boekenonderzoek te doen bij Multikabel, waarbij een externe, onafhankelijke accountant namens Canal+ zal toezien op de gegevens die worden opgevraagd en ingezien, alsmede op de berekeningen die op grond hiervan worden gemaakt.
 3. Een onderzoek in te stellen bij Multikabel of de (aan Multikabel gelieerde) abonneetelevisieaanbieders per kanaal een bedrag van NLG 0,30 per maand per kabelnetwerkabonnee betalen. Wanneer blijkt dat dit niet het geval is dan wel dat er geen transparante boekhouding of kortingsregeling aanwezig is, aan Multikabel bij voorlopig besluit de aanwijzing te geven dat aan Canal+, hangende het geschil, geen andere tarieven in rekening mogen worden gebracht dan aan andere aanbieders.

ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT

E. Het standpunt van Multikabel

Het standpunt van Multikabel laat zich als volgt samenvatten.

23. In de jaren voorafgaand aan de indiening van haar verzoekschrift heeft Canal+ een zeer lage vergoeding betaald van NLG 0,25 per abonnee voor de doorgifte van haar twee abonneetelevisieprogramma's. Aanvankelijk is dat gebeurd op grond van overeenkomsten die begin jaren negentig zijn gesloten en die in 1998 zijn afgelopen. In het kader van onderhandelingen over nieuwe doorgiftevergoedingen heeft Canal+ er op aangedrongen de uitkomst van een lopende procedure bij het college inzake het door haar aan UPC te betalen tarief af te wachten en alsdan aansluiting te zoeken bij die uitspraak. Partijen hebben die uitkomst ook afgewacht, waarbij in de tussentijd de oude doorgiftevoorwaarden nog gehanteerd werden. Het college heeft op 31 juli 2000 aan UPC een aanwijzing over het tarief gegeven (NLG 0,60 per abonnee). Canal+ heeft zich volgens Multikabel niet aan de gemaakte afspraken gehouden en heeft Canal+ dit door het college vastgestelde tarief van de hand gewezen. Aldus heeft Canal+ volgens Multikabel gedurende enige jaren een onterechte verlenging bewerkstelligd van het lage tarief uit de oude overeenkomst.
24. In mei 2001 is er nog steeds geen uitzicht op overeenstemming over een nieuwe vergoeding. Canal+ komt ook niet met concrete stappen voor overeenstemming. Multikabel bericht Canal+ dan dat zij de doorgifte slechts wenst voort te zetten indien Canal+, in ieder geval voorlopig, het tarief betaalt dat het college bij besluit van 31 juli 2000 heeft vastgesteld voor de doorgifte van de programma's van Canal+ op het omroepnetwerk van UPC. Canal+ maakt daarop de reeds eerder genoemde kortgedingprocedures aanhangig, waarin zij om continuering van de doorgifte onder de oude voorwaarden verzoekt en waarin de President van de Rechtbank Haarlem de reeds eerder aangehaalde vonnissen van 15 en 29 juni 2001 heeft gewezen. Tevens richtte zij tenslotte een verzoek om een bindende aanwijzing tot het college.
25. De stellingen van Multikabel luiden als volgt:
- a. *het verzoek op grond van non-discriminatie dient te worden afgewezen*
26. Uit het verzoek van Canal+ volgt volgens Multikabel dat Canal+ van mening is dat het ontbreken van een kortingsregeling dient te leiden tot oplegging van een lager tarief. Multikabel meent dat een bindende aanwijzing met een dergelijke brede strekking de bevoegdheden uit hoofde van artikel 8.7 overschrijdt. Verder meent Multikabel dat de stelling van Canal+ dat indien een lager tarief zou worden gevraagd aan een andere aanbieder dit laagste tarief zou hebben te gelden, op gespannen voet staat met het principe van kostenoriëntatie.
27. Los van de hiervoor genoemde principiële punten, merkt Multikabel op dat geen plaats is voor de gevraagde aanwijzing aangezien in dit concrete geval geen voor vergelijking vatbaar alternatief voorhanden is. Multikabel contracteert immers niet met andere aanbieders van abonneetelevisie. Bovendien betreft de dienstverlening ter zake Mr. Zap door Multikabel waarmee Canal+ haar diensten zou willen vergelijken, een geheel andere dienst met een andere onderliggende kostenstructuur. Mr.

Zap is een digitaal product, terwijl de abonneetelevisieprogramma's van Canal+ analoog worden doorgegeven. Uiteraard zijn dan, volgens Multikabel, de onderliggende kosten niet vergelijkbaar.

b. het verzoek tot vaststelling van het tarief voor zeven gemeenten dient te worden afgewezen.

28. Het verzoek van Canal+ tot vaststelling van een tarief voor zeven gemeenten heeft een zeer beperkt financieel belang. Binnen de betrokken gemeenten zijn er circa 90.000 abonnees. De vergoeding voor de betrokken zeven gemeenten belooft momenteel een bedrag van NLG 0,60 per abonnee. Het verschil met de oude vergoeding, en dus het belang van Canal+ is dan in ieder geval niet meer dan $(0,60-0,25) \times 90.000$ abonnees, hetgeen neerkomt op circa NLG 32.000 (€ 14.300) per maand.

29. Multikabel meent dat het opleggen van een boekenonderzoek, gegeven het kostbare en tijdrovende karakter hiervan, onjuist en disproportioneel is.

c. geen versnelde behandeling

30. Volgens Multikabel is er geen sprake van een spoedeisend geval conform de voorwaarden zoals gesteld in de Procedureregeling Geschillen OPTA.

d. de wens tot bijstelling van de Richtsnoeren

31. Volgens Multikabel wil Canal+ geen bijstelling van de Richtsnoeren, maar een complete wijziging van de in de Richtsnoeren gestelde uitgangspunten, en voert daarbij bovendien argumenten aan die tegenstrijdig lijken. Ingevolge artikel 4:84 Awb kan slechts in uitzonderingsgevallen van beleidsregels worden afgeweken. Alleen wanneer sprake is van een zodanig bijzonder geval dat een toepassing van beleidsregels zou leiden tot een onevenredige situatie, bestaat ruimte voor een uitzondering. Canal+ maakt volgens Multikabel in het geheel niet duidelijk waarom in dit specifieke geschil sprake zou zijn van een dergelijke situatie.

e. vertrouwelijke behandeling

32. Multikabel meent dat een dergelijk verzoek, in het bijzonder in het licht van de in artikel 10 van de Wet openbaarheid bestuur gestelde verplichtingen en de daarop geënte Procedureregeling Geschillen OPTA, niet voor toewijzing vatbaar is. Canal+ stelt dat het middels een te sluiten geheimhoudingsovereenkomst mogelijk zou zijn om geheimhouding ten aanzien van derden te waarborgen. Multikabel kan niet met een dergelijke wijze van behandeling akkoord gaan. Een contractuele afspraak kan niet in de plaats gesteld worden van de uit de wet voor de OPTA (en door het college ingeschakelde derden) voortvloeiende verplichting tot geheimhouding van bedrijfsvertrouwelijke informatie.

f. onderzoek naar vergoeding door eigen abonneetelevisiediensten

33. Multikabel geeft aan dat zij de kosten en het risico van de exploitatie van de dienst Mr. Zap draagt,

waaronder tevens zijn begrepen de transportkosten. Multikabel biedt Mr. Zap direct aan klanten aan en incasseert de abonnee-inkomsten. Multikabel ontvangt derhalve niet een doorgiftevergoeding van 'aanbieders van andere abonneediensten'.

34. Multikabel geeft aan dat zij een deel van de diensten voor het aanbieden van Mr. Zap uitbesteedt aan Mediakabel B.V. (hierna: Mediakabel). Multikabel heeft een belang van ████% in Mediakabel. Mediakabel zorgt voor de aanlevering van het signaal in het kopstation van Multikabel in Alkmaar en contracteert in opdracht en voor rekening van Multikabel met content leveranciers. Multikabel vergoedt de kosten van de door Mediakabel op het kopstation aangeleverde diensten en draagt vervolgens op eigen kosten zorg voor de transmissie van het signaal van het kopstation naar haar abonnees. Derhalve stelt Multikabel, anders dan in de situatie voor Canal+, geen doorgiftevergoeding aan een andere aanbieder te vragen ten behoeve van de dienst Mr. Zap. Multikabel biedt Mr. Zap aan al haar abonnees aan, die daarvoor een vast bedrag per maand betalen.

F. Het juridisch kader

35. Op grond van artikel 19.6, eerste lid, van de Telecommunicatiewet blijft tot vierentwintig maanden na inwerkingtreding van de Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002 artikel 8.7, zoals dat luidde voor dat tijdstip (hierna: artikel 8.7 oTw), van toepassing. Bedoelde wet is op 19 mei 2004 in werking getreden. Derhalve is artikel 8.7 oTw van toepassing.
36. Artikel 8.7 oTw regelt dat, indien de aanbieder van een omroepnetwerk en de aanbieder van een programma, als bedoeld in art. 1, onderdeel f, Mededingingswet (hierna: Mw) geen overeenstemming bereiken over de toegang van het aangeboden programma tot het desbetreffende omroepnetwerk, het college op verzoek van de aanbieder van het programma ter zake bindende aanwijzingen kan geven.
37. Het college en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit hebben op 17 augustus 1999 de gezamenlijk vastgestelde Richtsnoeren gepubliceerd. De Richtsnoeren hebben onder andere betrekking op conflicten over de hoogte van gevraagde doorgiftevergoedingen en over conflicten als gevolg van toegangsweigerings. Voor zover hier van belang zijn in de Richtsnoeren de volgende regels neergelegd:

De door een programma-aanbieder voorgelegde geschillen kunnen betrekking hebben op conflicten als gevolg van toegangsweigerings, conflicten over de hoogte van de gevraagde doorgiftevergoedingen en conflicten over andere toegangsvoorwaarden.

De omvang van de door de aanbieder van een omroepnetwerk aan te houden capaciteit dient op rationele en transparante wijze te worden bepaald. De aanbieder van een omroepnetwerk mag, binnen redelijke grenzen, de kosten die samenhangen met onbenutte capaciteit, in rekening te brengen.

Alle programma- en dienstenaanbieders, die gebruik maken van de infrastructuur of voor wie de aanbieder van het omroepnetwerk capaciteit gereserveerd heeft, dragen in beginsel, proportioneel naar rato van hun effectieve capaciteitsbeslag, bij aan de kosten van deze onbenutte capaciteit. Door digitalisering van het omroepnetwerk mogen programma- en dienstenaanbieders in beginsel niet gedwongen worden de bandbreedte van een analoog kanaal in zijn geheel af te nemen, wanneer zij slechts een deel van die capaciteit nodig hebben om hun programma's of diensten door te geven. Indien dit niet het geval zou zijn, zouden zij, totdat een deel van de leegstand is opgeheven, volgens de hierboven ... geschetste systematiek worden geconfronteerd met een groter aandeel in de netwerkkosten dan redelijk is. Teneinde dit ongewenste effect te voorkomen, achten het college en de d-g NMa het in beginsel wenselijk dat deze aanbieders niet méér transmissiecapaciteit behoeven af te nemen dan benodigd is voor doorgifte van één digitaal programma. Het college van OPTA en de d-g NMa wijzen erop dat bij zeer beperkte digitalisering van het omroepnetwerk op grond van redelijkheid kan worden afgeweken van dit principe.

In de functie van aanbieder van infrastructuur dient de aanbieder van een omroepnetwerk voor alle van zijn infrastructuur gebruik makende aanbieders van programma's en diensten transparante en non-discriminatoire voorwaarden te hanteren en, per kanaal, een kostengeoriënteerde prijs te berekenen.

38. Op 3 december 2003 heeft het CBb uitspraak gedaan in de hoger beroepen van het college, Canal+ en UPC inzake toegang tot het omroepnetwerk. Voor zover relevant zijn de belangrijkste uitkomsten van deze uitspraak:
- Kostenoriëntatie is een bruikbaar beginsel om te beoordelen of de prijs die de kabelexploitant als aanbieder van infrastructuur vraagt aan de programma-aanbieder een redelijke is. De Richtsnoeren, voor zover zij uitgaan van het beginsel van kostenoriëntatie, zijn niet onverbindend. Een tariefvaststelling aan de hand van kostenoriëntatie komt slechts voor vernietiging in aanmerking indien geoordeeld moet worden dat het college in het specifieke geval een bijzondere omstandigheid (artikel 4: 84 Algemene wet bestuursrecht, hierna: Awb) aanwezig had moeten achten die met zich zou brengen dat toepassing van de Richtsnoeren voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die onevenredig zijn met de door die beleidsregels te dienen doelen dan wel dat het college heeft gehandeld in strijd met de beleidsregels te dienen doelen of heeft gehandeld in strijd met een algemeen rechtsbeginsel of beginsel van behoorlijk bestuur;
 - Het CBb is van oordeel dat de adviezen van de accountant Mazars aan het college in casu de toets aan de vereisten van deugdelijkheid en zorgvuldigheid zoals neergelegd in artikel 3:2 van de Awb kunnen doorstaan;
 - Bij toepassing van een bepaling als 8.7 o Tw dient rekening te worden gehouden met de belangen van degene aan wie een aanwijzing tot meewerken aan een boekenonderzoek wordt gegeven. Het daaraan meewerken wordt extra bezwarend wanneer dit er toe leidt dat vertrouwelijke bedrijfsgegevens beschikbaar komen voor derden. Terecht is dan ook in de Procedureregeling geschillen OPTA een geheimhoudingsbepaling ten aanzien van zodanige

ONAFHANKELIJKE POSITIE EN TOEGANG TOT DE INFRASTRUCTUUR VAN DE OMROEP

gegevens opgenomen. Dat het college niet heeft ingestemd met het verzoek van Canal+ om een externe accountant ter haren behoeve de vertrouwelijke gegevens te laten inzien, is niet in strijd met het beginsel dat een beslissing zorgvuldig dient te worden voorbereid.

- Een aanwijzing tot het opstellen en publiceren van een transparante, objectieve en non-discriminatoire kortingsregeling gaat de grenzen van artikel 8.7 Tw te buiten.

G. DE BEOORDELING VAN HET GESCHIL

39. Bij de hiernavolgende beoordeling van het geschil, zal het college ingaan op de volgende onderdelen.
40. Allereerst zal het bevoegdheidsvraagstuk geadresseerd worden. Vervolgens zal ingegaan worden op de reikwijdte van het onderhavige geschil, waarbij zowel ingegaan zal worden op de geografische gebieden waarop het geschil betrekking heeft, als op de periode waarin er van het onderhavige geschil sprake was. Daarna zal ingegaan worden op het door het college gehanteerde toetsingskader. Het daaropvolgende onderdeel betreft de resultaten van een boekenonderzoek zoals dat in opdracht van het college door Mazars bij Multikabel is uitgevoerd. Vervolgens zal ingegaan worden op de vraag of er sprake is geweest van discriminatoir handelen door Multikabel.

Bevoegdheid college

41. Multikabel is een aanbieder van een omroepnetwerk als bedoeld in art. 1.1, onder o, oTw.
42. Canal+ is een aanbieder van programma's als bedoeld in art. 1, onderdeel f, Mw.
43. Het college stelt vast dat tussen Canal+ en Multikabel sprake is van bestendige onenigheid over de vaststelling van de hoogte van de doorgiftevergoeding die geldig zal zijn vanaf 1 juli 2000 in de gemeenten Bennebroek, Haarlemmerliede/Spaarnwoude, Haarlemmermeer, Heemstede, Beemster, Zeevang en Velsen.
44. Het college is, gegeven het in het bovenstaande geschetste wettelijke kader, van oordeel dat hij naar aanleiding van het verzoek van Canal+ bevoegd is tot het geven van bindende aanwijzingen, waaronder het vaststellen van een doorgiftevergoeding.

Reikwijdte van het geschil

45. Met betrekking tot de reikwijdte van het onderhavige geschil dient het college zich zowel uit te spreken over de geografische als over de tijdsdimensie van het geschil.

Geografische dimensie

46. Het college is nagegaan hoe het verzoek van Canal+ tot het vaststellen van een doorgiftevergoeding in een deel van het verzorgingsgebied van een aanbieder van een omroepnetwerk zich verhoudt tot artikel 8.7 o Tw. Het college constateert dat Multikabel in het verleden verschillende omroepnetwerken heeft overgenomen. Deze afzonderlijke omroepnetwerken heeft Multikabel vóór het jaar 2000 met elkaar verbonden. Het college is van oordeel dat door de koppeling van deze afzonderlijke omroepnetwerken één omroepnetwerk is ontstaan, dat 42 gemeenten omvat en concludeert dat de gekoppelde omroepnetwerken in de 42 gemeenten zijn op te vatten als 'het omroepnetwerk' van Multikabel, zoals bedoeld in artikel 1.1, onder o, oTw.
47. Het college dient op grond hiervan voor de berekening van de doorgiftevergoeding uit te gaan van de kostenstructuur van het gehele omroepnetwerk van Multikabel, dat 42 gemeenten omvat. Nu het geschil tussen Canal+ en Multikabel zich blijkt het verzoek van Canal+ beperkt tot zeven gemeenten, zullen de bindende aanwijzingen van het college in het onderhavige geschil slechts betrekking hebben op deze zeven gemeenten.

Tijdsdimensie

48. Het onderhavige geschil is ingediend door Canal+ Nederland B.V. Multikabel heeft op 25 mei 2001 de overeenkomst tussen partijen opgezegd per 1 juli 2000. De bindende aanwijzingen van het college dienen dus betrekking te hebben op de periode vanaf 1 juli 2000.
- Per 1 november 2002 heeft het Canal+ concern een reorganisatie doorgevoerd. Op grond daarvan zal Canal+ Nederland B.V. de bij het onderhavige geschil betrokken programma's niet langer doorgeven. Op grond van de brief Canal+ van 10 januari 2003 met kenmerk PB/RdH/171883/OPTA-Renkens-3, concludeert het college dat de periode waarin er sprake is van het onderhavige geschil en daarmee ook de periode waarvoor een doorgiftetarief moet worden vastgesteld, loopt tot 1 november 2002. Op grond hiervan zal het college bindende aanwijzingen geven voor de periode van 1 juli 2000 tot 1 november 2002.

Eerste onderdeel van het verzoek van Canal+

49. Het college constateert dat het materieel belang van Canal+ aan haar eerste vordering - om hangende het geschil bij voorlopig besluit Multikabel voor 1 juni 2001 de aanwijzing te geven dat Multikabel gehouden is de doorgifte van de programma's van Canal+ over haar omroepnetwerken te waarborgen c.q. te continueren - is komen te ontvallen. Het college heeft vastgesteld dat er gedurende de gehele periode waarop dit geschil betrekking heeft, sprake is geweest van de doorgifte door Multikabel van het signaal van Canal+ in de onderhavige gemeenten.

Te beoordelen verzoeken

50. Al met al liggen er op basis van het vorenstaande in het onderhavige geschil nog een tweetal verzoeken voor.
- o Hoe hoog dient het doorgiftetarief te zijn over de periode 1 juli 2000 – 1 november 2002 in de zeven gemeenten?

- o Is er aanleiding te concluderen dat Canal+ een ander doorgiftetarief moet betalen dan andere aanbieders in dit gebied.

Vaststelling kostengeoriënteerde doorgiftevergoeding, het onderzoek door de accountant Mazars

51. Conform de Richtsnoeren beoordeelt het college op basis van het beginsel van kostenoriëntatie of de prijs die de kabelexploitant als aanbieder van infrastructuur vraagt aan de programma-aanbieder een redelijke is. Het college heeft, alvorens het tarief per kanaal definitief vast te stellen, advies ingewonnen van het accountantskantoor Mazars.
52. De gegevens die Mazars heeft geraadpleegd, hebben betrekking op de kostenstructuur in het jaar 2000. Multikabel heeft aan het college bij brief van 31 juli 2002 een gespecificeerde modelmatige berekening overgelegd van de kostprijs per 8 MHz kanaal voor het hele verzorgingsgebied van Multikabel. Op grond van deze berekening komt Multikabel uit op een prijs per kanaal voor het jaar 2000 van € ■■■ per kanaal per abonnee per maand. Dit is meer dan de € 0,14 (NLG 0,30) die zij Canal+ op dat moment, conform de eerdergenoemde uitspraak van de President, in rekening bracht.
53. Mazars heeft bij het door het college opgedragen onderzoek naar de opbouw van door Multikabel opgestelde berekeningsmodel dezelfde systematiek gehanteerd als in het eveneens door haar uitgevoerde onderzoek in het geschil, dat onderwerp was van de eerder aangehaalde CBB-uitspraak.
54. Bij de analyse van het model in het onderhavige geschil heeft Mazars onder meer specifiek gerapporteerd over een achttal punten. Deze punten zijn:
- 1- de verdeelsleutel volgens welke kosten aan distributieve respectievelijk andere ('nieuwe') diensten worden toegerekend
 - 2- de materiële vaste activa en afschrijvingen
 - 3- de operationele kosten
 - 4- de overhead
 - 5- de toerekening van de gebruikte bandbreedte
 - 6- de immateriële vaste activa
 - 7- investeringen in netwerk en randapparatuur.
 - 8- het rendement
55. *Grosso modo* kan Mazars zich verregaand vinden in de wijze waarop Multikabel haar model heeft opgebouwd (zie onderdeel 56). Op een viertal punten worden correcties op het model aanbevolen (zie onderdeel 57).
56. Op belangrijke *onderdelen* stemt Mazars in met het model van Multikabel:

- 1- *Verdeelsleutel kosten:* Door Multikabel is in de administratie geen scheiding aangebracht tussen netwerkkosten die aan audio/video moeten worden toegerekend en aan andere diensten. In plaats daarvan hanteert Multikabel in haar kostenmodel een globale verdeelsleutel, waarbij ■■■% van alle kosten die aan het netwerk zijn toe te rekenen, worden toegerekend aan de distributieactiviteiten en de overige ■■■% van de kosten aan de overige diensten. Mazars heeft de redelijkheid van de door Multikabel aangedragen argumenten onderzocht, en geconstateerd dat de genoemde verhouding als aanvaardbaar beoordeeld kan worden.
 - 2- *Materiële vaste activa en afschrijvingen:* Mazars constateert in haar rapportage dat het bij de geactiveerde activa nagenoeg uitsluitend om overgenomen activa gaat. Daarbij merkt zij op dat, hoewel een beoordeling lastig uitvoerbaar is vanwege het aanwezig zijn van slechts zeer summiere specificaties, de bedragen uitgedrukt in een bedrag per abonnee niet erg hoog zijn. Mazars heeft specifiek aandacht besteedt aan een in de periode 1998 – 2000 uitgevoerd renovatieproject, waarbij een groot deel van het wijknet van glasvezel is voorzien en versterkers zijn vervangen. Na deze renovatie is het netwerk in principe geschikt voor het leveren van nieuwe diensten, maar slechts nadat additionele apparatuur wordt geplaatst. Daarbij heeft Mazars zich de vraag gesteld of de kosten van deze renovatie aan nieuwe diensten zouden behoren te worden toegerekend. Mazars heeft daartoe investerings- en afschrijvingskosten vanaf 1995 geanalyseerd, en constateert dat de afschrijvingskosten uitgedrukt in een bedrag per gemiddelde aansluiting over de jaren nagenoeg constant zijn gebleven. Mazars concludeert dan ook met betrekking tot de geactiveerde renovatiekosten en de materiële vaste activa als geheel, dat er geen sprake is van een plotselinge stijging van de afschrijvingslasten door extra investeringen in nieuwe diensten.
 - 3- *Operationele kosten:* Mazars ziet op basis van haar onderzoek geen reden te adviseren te komen tot een wijziging in de door Multikabel opgevoerde operationele kosten.
 - 4- *Overhead:* Mazars concludeert dat er in het kostenmodel van Multikabel een aantal zaken onder de overhead zijn opgenomen die niet bij Canal+ in rekening gebracht zouden mogen worden. Deze zaken worden in de rapportage nader onderbouwd. Omdat er echter tegelijkertijd ook een verlaging heeft plaatsgevonden in de toe te rekenen kosten, blijft daarmee de overhead, conform het model van Multikabel, op ■■■% van de gemaakte kosten, en is een nadere aanpassing derhalve niet noodzakelijk.
57. Op een aantal onderdelen van het model van Multikabel heeft Mazars wijzigingen aangebracht.
- 5- *Toerekening bandbreedte:* Multikabel stelt dat er ■■■ kanalen beschikbaar zijn voor de doorgifte van audio- en videosignalen, en dat derhalve Canal+ voor ■■■^e bij zou moeten dragen aan de kosten van distributie. Mazars concludeert dat de capaciteit van het netwerk in 2000 in werkelijkheid begroot moest worden op ■■■ kanalen, en dat derhalve ■■■^e van de kosten aan Canal+ toegerekend zouden kunnen worden.

- 6- *Immateriële vaste activa:* Door Multikabel is sinds 1994 een aantal acquisities gedaan. Mazars heeft de redelijkheid gecheckt van de waarde waartegen deze acquisities op de balans zijn opgenomen. Daarbij heeft Mazars de in het door Canal+ ingebrachte rapport van Intercai gevolgde fair value benadering gehanteerd om te bepalen in hoeverre de door Multikabel voor deze acquisities betaalde bedragen redelijkerwijs ook aan Canal+ toegerekend zouden mogen worden. Volgens Mazars geldt alleen voor de overname van Communicabel dat hiervoor een wijziging in het model van Multikabel doorgevoerd zou moeten worden, waarbij het af te schrijven bedrag met € [REDACTED] naar beneden zou moeten worden bijgesteld.
- 7- *Investerings in netwerk en randapparatuur:* Los van de diverse acquisities die door Multikabel zijn gedaan, hebben er ook investeringen plaatsgevonden in het netwerk en de randapparatuur. De vraag die gesteld moet worden is of er in deze activa, die aan de kostprijs van Multikabel worden toegerekend, activa zijn te vinden die niet aan Canal+ toe te rekenen zijn. Volgens Mazars dient er een correctie plaats te vinden in de kostprijsberekening van € [REDACTED] op de afschrijvingen en een bedrag van € [REDACTED] op de gemiddelde boekwaarde van de activa (ten behoeve van de berekening van het rendement).
- 8- *Rendement:* In het kostenmodel van Multikabel wordt een rendementsvergoeding over het geïnvesteerd vermogen meegenomen. Multikabel gaat in de door haar gehanteerde WACC-berekening uit van een WACC van [REDACTED]%. Mazars merkt daarbij op dat Multikabel bij haar berekening van de WACC is uitgegaan van de positie die Multikabel en haar moederbedrijf Primacom als geheel innemen. Mazars concludeert dat een WACC van 9,6 % gehanteerd dient te worden.
58. De correcties van Mazars onder de punten 5 tot en met 8 leiden, indien doorgevoerd, tot een neerwaartse bijstelling van het tarief tot € 0,11 per kanaal per abonnee per maand. Mazars concludeert derhalve dat dit tarief voor de doorgifte van de programma's van Canal+ op het netwerk van Multikabel als redelijk kan worden beschouwd.
59. Het college heeft zich ervan vergewist dat het door Mazars verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Uit het advies van Mazars blijkt op basis van welke gegevens de adviezen tot stand zijn gekomen en welke procedure bij het tot stand brengen van die adviezen is gevolgd. Het rapport van Mazars is als bijlage bij dit besluit gevoegd.

Reactie Canal+

60. Het college heeft een van bedrijfsvertrouwelijke informatie geschoonde versie van de rapportage van Mazars voorgelegd aan Canal+ en deze in de gelegenheid gesteld hierop te reageren. Op 21 mei 2004 heeft Canal+ haar reactie aan het college overgelegd. In deze reactie heeft Canal+ onder meer aangegeven dat zij van mening is dat OPTA de onderhavige rapportage te zeer heeft opgeschoond.
61. Naar het oordeel van het college kon met betrekking tot de onderhavige rapportage op de geschoonde onderdelen in redelijkheid doorslaggevende betekenis worden toegekend aan het belang dat voor Multikabel gelegen was in het niet openbaar maken van bedrijfsgegevens. Het college verwijst op dit punt naar de uitspraak van het CbB van 3 december 2003.

62. Bij haar verzoek heeft Canal+ reeds aangeven dat naar haar mening de Richtsnoeren op een aantal punten, zoals het vaststellen van de netwerkkosten, het toerekenen van abonnee-inkomsten en het meerekenen van de waarde van het doorgegeven programma, onjuist en onduidelijk zijn c.q. opheldering behoeven. Canal+ maakt duidelijk dat zij een andere visie heeft op de wijze waarop berekening van een doorgiftevergoeding dient plaats te vinden dan de wijze waarop deze in de Richtsnoeren is vastgelegd.
63. Het college verwijst op dit punt naar de uitspraak van het CBb van 3 december 2003, waarin het CBb oordeelt dat een andere visie op zichzelf niet kan worden geduid als een bijzondere omstandigheid die maakt dat de toepassing van de beleidsregels jegens Canal+ een nadeel oplevert dat onevenredig is (artikel 4:84 Awb). Canal+ heeft niet, althans onvoldoende, aangetoond dat sprake is van een dergelijk onevenredig nadeel.
64. Canal+ heeft in haar reactie op het rapport van Mazars verder onder meer aangevoerd dat er een accountantscontrole moet plaatsvinden op de door Multikabel aangevoerde informatie, dat er technische specialisten betrokken moeten worden bij de beoordeling van de door Multikabel aangedragen argumenten, dat er geen investeringen in glasvezel mogen worden meegerekend bij de bepaling van de doorgiftevergoeding, dat Mazars ten onrechte elementen van een 'fair-value'-berekening heeft toegepast, en dat het college nader onderzoek dient uit te voeren naar discriminatoir handelen door Multikabel.
65. Het college heeft Mazars verzocht op de argumentatie van Canal+ te reageren. De reactie van Mazars heeft het college op 30 juni 2004 ontvangen. In deze reactie heeft Mazars de argumenten van Canal+ stuk voor stuk inhoudelijk geadresseerd, en, indien van toepassing, weerlegd. Het college zendt de reactie van Mazars, gelijktijdig met het onderhavige besluit, ter informatie aan Canal+ en Multikabel.
66. Het college heeft in de reactie van Canal+ en de reactie daarop van Mazars geen grond gezien af te wijken van de constatering en aanbevelingen zoals deze zijn opgenomen in de rapportage van Mazars van 28 oktober 2002.
67. Het college hanteert dan ook het conform de bovenstaande constatering en aanbevelingen van Mazars aangepaste model van Multikabel als basis voor de berekening van een doorgiftetarief. Het college concludeert op grond daarvan dat het kostengeoriënteerde doorgiftetarief in het verspreidingsgebied van Multikabel € [REDACTED] per abonnee per kanaal per maand bedraagt. Het gaat daarbij om een tarief gebaseerd op de situatie anno 2000, en het betreft dus het tarief zoals dat in 2000 had te gelden.
68. Dit tarief dient in de periode waarop het geschil betrekking heeft jaarlijks, met ingang van 1 juli 2001, aangepast te worden met het consumentenindexeringscijfer, conform hetgeen is overeengekomen in de overeenkomst tussen Multikabel en Canal+ van 29 juni 2002.

Korting op het kostengeoriënteerde doorgiftetarief?

69. Canal+ heeft het college verzocht een onderzoek in te stellen naar de vraag of Multikabel of de (aan Multikabel gelieerde) abonneetelevisieaanbieders per kanaal een bedrag van NLG 0,30 per maand per kabelnetwerkabonnee betalen. Verder heeft ze verzocht, wanneer blijkt dat dit niet het geval is dan wel dat er geen transparante boekhouding of kortingsregeling aanwezig is, aan Multikabel bij voorlopig besluit de aanwijzing te geven dat aan Canal+, hangende het geschil, geen andere tarieven in rekening mogen worden gebracht dan die aan andere aanbieders worden gevraagd.
70. Het college merkt op dat tijdens haar onderzoek niets is gebleken van enigerlei vorm van een kortingsregeling.
71. Canal+ heeft gesuggereerd dat Multikabel een ander tarief in rekening zou brengen voor doorgifte van haar eigen abonnee televisiedienst "Mr. Zap" dan Canal+ voor de doorgifte van haar programma's moet betalen. Canal+ zou via de haar in rekening gebrachte tarieven op deze wijze een niet-kostengeoriënteerd tarief betalen. Bovendien zou Canal+ recht hebben op eenzelfde korting.
72. Het college kan Canal+ in deze redenering niet volgen. De dienst Mr. Zap, wordt door Multikabel zelf geëxploiteerd. Multikabel sluit hiervoor zelf de contracten met eindgebruikers. Zij koopt, ten behoeve van de levering aan eindgebruikers, facilitaire diensten in bij het eigen bedrijf en content (direct of indirect) bij zogenaamde content-leveranciers. Het college heeft geconstateerd dat voor deze levering van transmissiediensten geen interne verrekening heeft plaatsgevonden. Niettemin levert dat niet een korting op voor het gebruik van deze transmissiedienst.
73. Bij berekening van het doorgiftetarief door Mazars, waarbij conform de Richtsnoeren het beginsel van kostenoriëntatie is toegepast, zijn alle kosten voor transmissie verdeeld naar rato van het aantal kanalen dat Multikabel in gebruik heeft. Dit resulteert in een gemiddelde kostprijs per kanaal. Het doorgiftetarief, dat op grond hiervan voor Canal+ is vastgesteld, bevat daardoor geen kosten die aan andere kanalen in rekening dienen te worden gebracht. Dat Multikabel de kosten voor het gebruik van een kanaal niet aan de dienst Mr Zap in rekening brengt, betekent dus niet dat deze kosten aan Canal+ in rekening worden gebracht. Integendeel, Multikabel draagt deze kosten dan dus zelf. Er is dus geen sprake van een niet-kostengeoriënteerd tarief dat Canal+ in rekening wordt gebracht, noch van een korting die Multikabel zichzelf geeft.
74. Gelet op het vorenstaande ziet het college dan ook geen aanleiding om, zoals Canal+ verzoekt, naast of in de plaats van een doorgiftetarief van € 0,11 per kanaal per abonnee per maand, op dit punt nog aanvullende regels te stellen.

Overleg met NMa

75. Over de inhoud van het voorliggende besluit heeft afstemming plaatsgevonden met de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Het college heeft vernomen dat Canal+ bij de NMa geen klacht heeft ingediend inzake de hoogte van het doorgiftetarief van Multikabel.

H. HET BESLUIT

Het college besluit op grond van artikel 8.7 oTw als volgt:

- I. Het college stelt de hoogte van het tarief zoals dat door Multikabel in rekening gebracht mag worden bij Canal+ voor de gemeenten Bennebroek, Haarlemmerliede/Spaarnwoude, Haarlemmermeer, Heemstede, Beemster, Zeevang en Velsen gedurende de periode van 1 juli 2000 tot 1 november 2002 vast op, vanaf 1 juli 2000, € 0,11 per 8 MHz kanaal per abonnee per maand. Dit tarief zal in de periode waarop het geschil betrekking heeft jaarlijks, met ingang van 1 juli 2001, aangepast worden met het consumentenindexeringscijfer conform hetgeen is overeengekomen in de overeenkomst tussen Multikabel en Canal+ van 29 juni 2002
- II. Het college wijst af wat door partijen meer of anders gevorderd is.

Aldus besloten te 's-Gravenhage op 13 juli 2004,

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

Mr. L.Y. Gonçalves - Ho Kang You

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken, aanvangende met ingang van de dag na die waarop dit besluit is bekendgemaakt, daartegen een bezwaarschrift indienen bij de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.

Het bezwaarschrift moet worden gericht aan:

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Stafafdeling Juridische Zaken
Postbus 90420
2509 LK Den Haag

onder vermelding van "bezwaarschrift". Het bezwaarschrift dient te zijn ondertekend en dient in ieder geval de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, alsmede de gronden van bezwaar te bevatten. Zo mogelijk dienen een afschrift van het besluit en de overige op het bezwaar betrekking hebbende stukken te worden meegezonden.