CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. CRUZ VILLALÓN
van 30 april 2013 [1]

Zaak C-518/11

UPC Nederland BV
tegen
Gemeente Hilversum

[verzoek van het Gerechtshof Amsterdam (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Elektronische-communicatienetwerken en -diensten — Nieuw regelingskader — Richtlijnen 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG en 2002/22/EG — Toepassingsgebied ratione materiae — Bezorgen van vrij toegankelijke radio- en televisieprogramma's via kabel — Overdracht door gemeente van haar kabelnetwerk aan particuliere onderneming — Verenigbaarheid van contractueel beding dat beperking van basisdiensttarief oplegt — Sectorspecifieke regulering ex ante — Bevoegdheden van nationale regulerende autoriteiten — Ondernemingen met marktmacht — Doelstellingen van algemeen belang"

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing biedt het Hof de gelegenheid, voor de eerste keer te onderzoeken welke gevolgen het recht van de Unie heeft voor de bevoegdheden van de lidstaten om ondernemingen die diensten op het gebied van radio- en televisieomroep verlenen, een maatregel op te leggen tot beperking van de verhoging van de detailprijzen voor die diensten. Het hoofdgeding heeft als bijzonderheid dat de aan de orde zijnde beperkende maatregel is getroffen in de vorm van een beding in de overeenkomst waarbij een territoriale overheid, in casu de Gemeente Hilversum, haar kabelnetwerk aan een particuliere onderneming heeft verkocht.

I – Rechtskader

2. De voornaamste bepalingen van afgeleid Unierecht die voor de in deze zaak gestelde prejudiciële vragen relevant zijn, zijn neergelegd in de diverse richtlijnen die vastleggen wat ook wel het nieuwe regelingskader voor elektronische communicatie [2] wordt genoemd, te weten richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna: „kaderrichtlijn") [3] en de vier bijzondere bijbehorende richtlijnen [4], te weten richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector [5], 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") [6],

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — Hierna: „NRK".
3 — PB L 108, blz. 33; hierna: „kaderrichtlijn".
4 — Zie punt 5 van de considerans van de kaderrichtlijn.
5 — PB L 24, blz. 1.
6 — PB L 108, blz. 7.

richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna: „machtigingsrichtlijn”) [7], en 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: „universele-dienstrichtlijn”). [8]

3. De inhoud van de diverse bepalingen van de kaderrichtlijn en van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten [9] die in het hoofdgeding voornamelijk aan de orde zijn, zal voor zover nodig in het kader van mijn uiteenzetting hierna worden weergegeven.

II – Feitelijke achtergrond

4. Blijkens het verwijzingsarrest en de bij het Hof ingediende schriftelijke en mondelinge opmerkingen is het hoofdgeding ontstaan in verband met de verkoop door de Gemeente Hilversum aan de rechtsvoorgangster van UCP Nederland [10], voor een bedrag van ongeveer 23 227 000 EUR, van haar kabelnetwerk en van het gemeentelijk kabelnetbedrijf dat dit netwerk exploiteerde.

5. Volgens de tussen partijen gesloten „Overeenkomst inzake de toekomstige exploitatie van het Hilversumse kabelnet” verbond de Gemeente Hilversum zich ertoe eraan mee te werken dat de koper een machtiging zou verkrijgen tot aanleg, instandhouding en exploitatie van een draadomroepinrichting binnen de grenzen van deze gemeente.

6. De koper verbond zich ertoe de nodige investeringen te doen om een netwerk met mogelijkheden tot een verbeterde dienstverlening aan de gemiddelde kabelabonnee in genoemde gemeente te kunnen realiseren – waaronder de verglazing van het hoofdnet vóór 1 januari 1998 – en naast het aanbod van radio- en televisiezenders [11] ook een aantrekkelijk pakket van telecommunicatiediensten voor de zakelijke en de particuliere markt te ontwikkelen.

7. In artikel 4.2 van deze overeenkomst was bedongen dat de koper een „pluriform minimumaanbod van radio- en televisieprogramma’s over de kabel tegen een maatschappelijk aanvaardbare vergoeding en met een voor de abonnee optimale ontvangstkwaliteit” zou waarborgen, dat wil zeggen een basispakket aan rtv-programma’s met een samenstelling en een tarifering als bedongen in de overeenkomst. Inzonderheid was bepaald dat het maandtarief voor het basispakket jaarlijks zou worden aangepast aan de consumentenprijsindex volgens de formule vervat in bijlage 11 bij de overeenkomst, waarbij externe kostenstijgingen voor zover deze boven de consumentenprijsindex uitstegen eveneens in bedoeld tarief zouden worden doorberekend. [12]

8. Bij brief van 28 november 2003 heeft UPC aan de Gemeente Hilversum meegedeeld dat het tarief voor het basispakket voor alle huishoudens in die gemeente per 1 januari 2004 zou worden wordt verhoogd van 10,28 EUR tot 13,32 EUR inclusief btw per maand.

7 — PB L 108, blz. 21.

8 — PB L 108, blz. 51.

9 — PB L 249, blz. 21; hierna: „mededingingsrichtlijn”.

10 — Hierna: „UPC”.

11 — Hierna: „rtv”.

12 — Hierna: „tariefbeperkende beding”.

9. De Gemeente Hilversum heeft daarop gevorderd dat de doorvoering van de tariefstijging zou worden verboden. De Rechtbank Amsterdam heeft bij vonnis van 23 december 2003 de vordering toegewezen. Dit vonnis is in hoger beroep op 12 augustus 2004 bevestigd door het Gerechtshof Amsterdam, waarna het beroep tot cassatie is verworpen bij arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 8 juli 2005.

10. Bij besluit van 27 september 2005 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit [13] zich onder meer gebogen over de vraag of UPC misbruik had gemaakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Nederlandse Mededingingswet door het in rekening brengen van excessieve abonneetarieven voor haar analoge standaard vrij toegankelijke rtv-pakketten, en geconcludeerd dat zulks niet het geval was.

11. De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit [14] heeft op 28 september 2005 een ontwerpbesluit genomen met betrekking tot „[d]e markt voor de doorgifte en verzorging van omroepsignalen in het verzorgingsgebied van UPC". Daarin stelde de OPTA vast dat UPC in haar verzorgingsgebied over een aanmerkelijke marktmacht beschikte op „de markt voor doorgifte van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel", en legde zij haar verplichtingen op met betrekking tot de berekening van haar tarieven. [15]

12. Op 3 november 2005 [16] heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen, waaraan het ontwerpbesluit was voorgelegd door de OPTA, te kennen gegeven twijfels te hebben omtrent de verenigbaarheid van het ontwerp met artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn gelezen in samenhang met haar aanbeveling 2003/311/EG. [17]

13. In het definitieve besluit van de OPTA van 17 maart 2006 was de prijscontrolemaatregel niet meer opgenomen.

14. Op 15 mei 2006 heeft UPC daarop de Gemeente Hilversum voor de Rechtbank Amsterdam gedaagd en gevorderd dat het litigieuze tariefbeperkende beding nietig zou worden verklaard en de Gemeente Hilversum zou worden gelast tariefverhogingen toe te staan. Daarbij heeft zij aangevoerd dat het tariefbeperkende beding onverenigbaar was met inzonderheid de bepalingen van het NRK.

15. Op 27 juni 2007 heeft de Rechtbank Amsterdam het verzoek van UPC afgewezen.

13 — [Voetnoot niet relevant voor de Nederlandse versie.]

14 — Hierna: „OPTA".

15 — Hierna: „prijscontrolemaatregel".

16 — Zie document SG-Greffe (2005) D/205996 van 3 november 2005, Zaak NL/2005/0247: retailmarkten voor de doorgifte en verzorging van vrij toegankelijke radio- en televisie („rtv") pakketten via de kabel in Nederland – Opening van een Fase II onderzoek overeenkomstig artikel 7(4) van de kaderrichtlijn 2002/21/EG.

17 — Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die overeenkomstig richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (PB L 114, blz. 45).

III – Prejudiciële vragen en procedure voor het Hof

16. In deze omstandigheden heeft het Gerechtshof Amsterdam in het door UPC ingestelde hoger beroep besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende – achttien – prejudiciële vragen te stellen:

„1) Valt een dienst, bestaande uit het verzorgen 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 toepassingsbereik van het NRK?

2) a) Komt de Gemeente, tegen de achtergrond van de liberalisering van de telecomsector, de doelstellingen van het NRK met daarin een strikt regime van coördinatie en consultatie alvorens een NRI [nationale regelgevende instantie] (exclusief) bevoegd is om in te grijpen in eindgebruikerstarieven door middel van een maatregel als prijscontrole, nog een bevoegdheid (taak) toe om de publieke belangen van haar inwoners te behartigen door in te grijpen in eindgebruikerstarieven door middel van een tariefbeperkend beding?

2) b) Zo nee, staat het NRK er dan aan in de weg dat de Gemeente een in het kader van de verkoop van haar kabelnetbedrijf overeengekomen tarief beperkend beding handhaaft?

Indien de vragen 2) a) en b) negatief worden beantwoord dan rijst de volgende vraag:

3) Is een overheidsorgaan, zoals de Gemeente, in een situatie als de onderhavige (ook) gehouden tot Unietrouw indien zij bij het sluiten en vervolgens handhaven van het tariefbeperkende beding niet handelt ter uitoefening van een publieke taak maar handelt in het kader van een privaatrechtelijke bevoegdheid (zie ook vraag 6a)?

4) Als zowel het NRK van toepassing is en de Gemeente gehouden is tot Unietrouw:

   a) Staat de verplichting tot Unietrouw in combinatie met (de doelstellingen van) het NRK, met daarin een strikt regime van coördinatie en consultatie alvorens een NRI mag ingrijpen in eindgebruikerstarieven door middel van een maatregel als prijscontrole, er aan in de weg dat de Gemeente het tariefbeperkende beding handhaaft?

   b) Zo nee, luidt het antwoord op 4) a) anders voor de periode nadat de Commissie in haar letter of serious doubt ernstige twijfels heeft geuit over de verenigbaarheid van de door de OPTA voorgestelde prijscontrole met de doelstellingen van het NRK als omschreven in artikel 8 van de kaderrichtlijn en de OPTA hierop heeft afgezien van het treffen van deze maatregel?

5) a) Is artikel 101 VWEU een bepaling van openbare orde die meebrengt dat de rechter deze bepaling ambtshalve moet toepassen buiten de rechtsstrijd in de zin van de artikelen 24 en 25 Rv?

5) b) Zo ja, bij welke ten processe gebleken feiten dient de rechter ambtshalve over te gaan tot onderzoek van de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU? Is de rechter hiertoe ook gehouden indien dit onderzoek (mogelijk) leidt tot aanvulling van feiten in de zin van artikel 149 Rv, nadat partijen de gelegenheid is gegeven zich daarover uit te laten?

6) Indien artikel 101 VWEU buiten de rechtsstrijd van partijen moet worden toegepast en tegen de achtergrond van (de doelstellingen van) het NRK; de toepassing hiervan door de OPTA en de Europese Commissie; de afstemming van de in het NRK gehanteerde begrippen zoals

[aanmerkelijke marktmacht (AMM)] en afbakening van de relevante markten op de soortgelijke begrippen in het Europese mededingingsrecht, rijzen naar aanleiding van de ten processe gebleken feiten de volgende vragen:

6) a) Is de Gemeente bij de verkoop van haar kabelnetbedrijf en het in dat verband overeenkomen van het tariefbeperkende beding aan te merken als een onderneming in de zin van artikel 101 VWEU (zie ook vraag 3)?

6) b) Is het tariefbeperkende beding aan te merken als een hardcore beperking als bedoeld in artikel 101, lid 1, sub a, VWEU en zoals nader omschreven in de bekendmaking van de Commissie in zake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken [in de zin van artikel 81, lid 1, EG] (de-minimis[bekendmaking]; PB 2001, C 368, blz. 13, punt 11)? Zo ja, is er reeds daarom sprake van een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU? Zo nee, wordt het antwoord beïnvloed door de omstandigheden genoemd in vraag 6) d) (hierna)?

6) c) Als het tariefbeperkende beding geen hardcore beperking is, heeft deze dan een mededingingsbeperkende strekking (reeds) omdat:

— de NMa heeft geoordeeld dat UPC geen misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie met de door haar gehanteerde (hogere) tarieven voor het verrichten van gelijke diensten als het verzorgen van het basispakket via de kabel op diezelfde markt;

— de Commissie in haar letter of serious doubt ernstige twijfels heeft geuit over de verenigbaarheid van (ex ante middels een prijscontrole) ingrijpen in eindgebruikerstarieven van diensten zoals het verzorgen van het Basispakket door UPC via de kabel met de doelstellingen als omschreven in artikel 8 van de Kaderrichtlijn? Wordt het antwoord beïnvloed door de omstandigheid dat de OPTA naar aanleiding van de ‚letter of serious doubt' heeft afgezien van prijscontrole?

6) d) Heeft de Overeenkomst, met daarin het tariefbeperkende beding, een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU (mede) in aanmerking genomen dat:

— UPC onder het NRK is aangemerkt als een AMM (de minimis, punt 7);

— vrijwel alle Nederlandse gemeenten, die in de jaren negentig hun kabelnetbedrijven hebben verkocht aan kabelexploitanten waaronder UPC, zich in deze overeenkomsten bevoegdheden hebben voorbehouden ten aanzien van de tarifering van het basispakket (de minimis, punt 8)?

6) e) Moet de Overeenkomst, met daarin het tariefbeperkende beding, geacht worden een merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel te (kunnen) hebben als bedoeld in artikel 101, lid 1, VWEU en zoals nader omschreven in de richtsnoeren betreffende het begrip ‚beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82, van het Verdrag (PB 2004, C 101, blz. 81) in aanmerking genomen dat:

— UPC onder het NRK is aangemerkt als een AMM;

— de OPTA de Europese consultatieprocedure heeft gevolgd teneinde een maatregel van prijscontrole te treffen ter zake van diensten zoals het verzorgen van het Basispakket via de kabel door kabelexploitanten met een AMM zoals UPC, welke procedure ingevolge het NRK moet worden gevolgd als een voorgenomen maatregel van invloed zal zijn op de handel tussen de lidstaten;

— de Overeenkomst destijds een waarde vertegenwoordigde van 51 miljoen gulden (ruim 23 miljoen euro);

— vrijwel alle Nederlandse gemeenten, die in de jaren negentig hun kabelnetbedrijven hebben verkocht aan kabelexploitanten waaronder UPC, zich in deze overeenkomsten bevoegdheden hebben voorbehouden ten aanzien van de tarifering van het basispakket?

7) Heeft de rechter nog een bevoegdheid om een verbod van artikel 101, lid 1, VWEU buiten toepassing te verklaren voor het tariefbeperkende beding op grond van artikel 101, lid 3, VWEU tegen de achtergrond van het NRK en de ernstige twijfels van de Commissie in de letter of serious doubt over de verenigbaarheid van (ex ante) ingrijpen in eindgebruikerstarieven met de doelstellingen van het mededingingsrecht?

8) Laat de Europese nietigheidssanctie van artikel 101, lid 2, VWEU ruimte voor een relativering van haar werking in tijd in het licht van de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de Overeenkomst (de beginperiode van de liberalisering van de telecomsector) en de latere ontwikkelingen binnen de telecomsector waaronder de inwerkingtreding van het NRK en de naar aanleiding hiervan geuite ernstige bezwaren van de Commissie tegen het treffen van een prijscontrole?”

IV – Analyse

A – *Opmerkingen vooraf over de strekking en de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen*

17. Ik merk al aanstonds op dat niet alle achttien vragen van de verwijzende rechter hoeven te worden beantwoord.

18. De verwijzende rechter zelf stelt bepaalde vragen slechts subsidiair, afhankelijk van het antwoord op andere vragen. Zo is vraag 2) b) gesteld voor het geval van een ontkennend antwoord op vraag 2) a) en vraag 3 voor het geval van een ontkennend antwoord op de voorgaande vragen.

19. Hierna zal echter blijken dat sommige vragen eveneens subsidiair zijn aan het antwoord op de eerste vragen. Dit geldt inzonderheid voor de derde en de vierde vraag, betreffende de omvang van de verplichting tot loyale samenwerking, waarvan de beantwoording in het kader van het onderzoek van de voorgaande vragen zal plaatsvinden. Hetzelfde geldt, zoals de Commissie aangeeft, voor de vijfde tot en met de achtste vraag, betreffende artikel 101 VWEU.

20. Voor het overige kan, zoals de Gemeente Hilversum ook heeft aangegeven in haar schriftelijke opmerkingen, in dit stadium niet worden uitgesloten dat enkele vragen van de verwijzende rechter, inzonderheid de vijfde tot en met de achtste vraag, betreffende artikel 101 VWEU, niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, althans zonder voorwerp, voor zover de relevantie ervan voor de oplossing in het hoofdgeding gelet op de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens ernstig moet worden betwijfeld.

21. Tot slot zal blijken dat de verschillende door de verwijzende rechter gestelde vragen kunnen worden herleid tot drie reeksen hoofdvragen, de eerste betreffende de werkingssfeer van het NRK en dus de toepasselijkheid van de bepalingen van de in het hoofdgeding relevante richtlijnen (eerste vraag), de tweede betreffende de draagwijdte van de verplichtingen die ingevolge die richtlijnen op de Gemeente Hilversum rusten (tweede vraag) of van de verplichting tot loyale samenwerking bedoeld in artikel 4, lid 3, VWEU (derde en vierde vraag) en de derde tot slot betreffende de eventuele betekenis van het bepaalde in artikel 101, lid 1 (vijfde en zesde vraag), lid 2 (zevende vraag) en lid 3 (achtste vraag) VWEU voor de oplossing in het hoofdgeding.

B – *Materiële werkingssfeer van het NRK: begrip elektronische-communicatiediensten (eerste vraag)*

22. Met haar eerste vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen of een dienst bestaande in het verzorgen van vrij toegankelijke rtv-pakketten via de kabel, voor de levering waarvan transmissiekosten en een bedrag ter zake van de doorberekening van de betaling aan omroepen en collectieve rechtenorganisaties in verband met de openbaarmaking van hun inhoud in rekening worden gebracht, binnen het materiële toepassingsbereik van het NRK valt.

1. Samenvatting van de opmerkingen

23. UPC geeft te kennen dat zij hoofdzakelijk elektronische-telecommunicatiediensten verricht en dat het hoofdgeding dus onder het NRK valt. De Gemeente Hilversum en de Nederlandse regering menen daarentegen dat voor zover UPC enkel inhoud betrekt van de verschillende televisiezenders, aldus een rtv-pakket samenstelt en dit via haar kabelnet ter beschikking stelt van de eindgebruiker, zij een inhoudsdienst levert die niet onder het NRK valt.

24. De Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA merken op dat de door UPC geleverde dienst zowel onder de doorgifte van signalen als onder de levering van rtv-inhoud valt, zodat het NRK enkel op het eerste aspect van toepassing is. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is echter van oordeel dat het aan de verwijzende rechterlijke instantie is om de aard van de door UPC geleverde dienst te bepalen en daar de consequenties uit te trekken.

2. Analyse

25. Over het antwoord op deze vraag kan volgens mij geen twijfel bestaan. Dat blijkt zowel uit de definitie van het begrip „elektronische-communicatiedienst" in artikel 2, sub c, van de kaderrichtlijnen en in artikel 1, punt 3, van de mededingingsrichtlijn als uit de uitlegging van de relevante bepalingen van het NRK gezien hun context en gelet op de doelstelling ervan en de bepalingen van richtlijn 2010/13/EU[18].

26. Artikel 2, sub c, van de kaderrichtlijn definieert de elektronische-communicatiedienst immers als „een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd". Deze bepaling preciseert bovendien dat dit begrip „niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van richtlijn 98/34/EG[19], die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken", omvat.

27. Uit deze definitie, die in nagenoeg gelijke bewoordingen is overgenomen in artikel 1, punt 3, van de mededingingsrichtlijn, blijkt dat de elektronische-communicatiediensten zowel positief als negatief kunnen worden omschreven.

18 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (PB L 95, blz. 1; hierna: „richtlijn audiovisuele mediadiensten"). Deze richtlijn heeft richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (PB L 298, blz. 23) vervangen.

19 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 (PB L 217, blz. 18).

28. In dit verband preciseert punt 5 van de considerans van de kaderrichtlijn dat „[d]e convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie [in]houdt [...] dat alle transmissienetwerken en -diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen" en dat bij de vastlegging van dit kader „de regelgeving inzake transmissie [dient te] wordt gescheiden van de regelgeving inzake inhoud". Aangegeven wordt dat het NRK „derhalve niet de inhoud [bestrijkt] van de diensten die via elektronische-communicatienetwerken met behulp van elektronische-communicatiediensten worden geleverd, zoals de inhoud van omroepprogramma's, financiële diensten en bepaalde diensten van de informatiemaatschappij, en derhalve geen gevolgen [heeft] voor maatregelen die communautair of nationaal, overeenkomstig de gemeenschapswetgeving, worden genomen om de culturele en taalkundige verscheidenheid te bevorderen en het pluralisme in de media te garanderen".

29. Evenzo vermeldt punt 7 van de considerans van de mededingingsrichtlijn, waarin wordt verklaard dat aan de begrippen diensten en netwerken voor „elektronische communicatie" de voorkeur is gegeven boven diensten en netwerken voor „telecommunicatie", juist om rekening te houden met de convergentie, dat deze definities alle elektronische-communicatiediensten en/of netwerken omvatten „die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen (d.w.z. vast, draadloos, kabeltelevisie en satellietnetwerken)". Bovendien wordt aangegeven dat „de transmissie en uitzending van radio- en televisieprogramma's erkend worden als een elektronische-communicatiedienst".

30. Artikel 1, lid 1, sub a-i, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten omschrijft voor het overige de „audiovisuele mediadienst" als „een dienst in de zin van de artikelen 56 [VWEU] en 57 [VWEU] die valt onder de redactionele verantwoordelijkheid van een aanbieder van mediadiensten, met als hoofddoel de levering aan het algemene publiek van programma's ter informatie, vermaak of educatie via elektronische communicatienetwerken in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2002/21/EG". Deze bepaling preciseert voorts dat „audiovisuele mediadiensten [...] hetzij televisie-uitzendingen als gedefinieerd in punt e van dit lid hetzij audiovisuele mediadiensten op aanvraag als gedefinieerd in punt g van dit lid [zijn]".

31. In casu blijkt uit het verwijzingsarrest en uit de bij het Hof ingediende schriftelijke en mondelinge opmerkingen dat de activiteit van UPC er voornamelijk in bestaat rtv-programma's via kabel aan haar cliënten, abonnementhouders, te leveren. Inzonderheid staat vast dat UPC zelf geen rtv-programma's produceert en de door haar overgebrachte inhoud niet redactioneel controleert.

32. Op dit punt kunnen de Gemeente Hilversum en het Koninkrijk der Nederlanden niet worden gevolgd in hun betoog – gebaseerd op het onderscheid tussen „levering van rtv-diensten" en „overbrenging van signalen" – dat de activiteit van UPC niet onder het NRK valt omdat haar klanten geen lege transmissiecapaciteit kopen maar inhoud, een pakket omroepinhouden via een kabeltelevisienetwerk.

33. Zoals blijkt uit de verschillende hierboven in herinnering gebrachte definities maken de relevante richtlijnen duidelijk onderscheid tussen de productie van inhoud, die redactionele verantwoordelijk impliceert, en de overbrenging van inhoud, waarvoor geen redactionele verantwoordelijkheid geldt. Voor de inhoud en de transmissie daarvan geldt afzonderlijke regelgeving [20] met een eigen doelstelling [21], zonder dat wordt gerefereerd aan de afnemer van de verleende diensten, noch aan de structuur van de aan deze laatste in rekening gebrachte transmissiekosten.

20 — Zie punt 5 van de considerans van de kaderrichtlijn.

21 — Volgens punt 6 van de considerans van de kaderrichtlijn „[beogen] audiovisueel beleid en inhoudregulering [...] doelstellingen van algemeen belang, zoals vrijheid van meningsuiting, pluralisme van de media, onpartijdigheid, culturele en taalkundige verscheidenheid, sociale insluiting, consumentenbescherming en bescherming van minderjarigen te realiseren".

34. Zo kopen de klanten van UPC weliswaar inhoud wanneer zij bij UPC een abonnement nemen om toegang te krijgen tot het door deze aangeboden analoge rtv-pakket, maar dat impliceert niet dat de activiteit van UPC, die bestaat in de levering van door de uitgevers van inhoud onder hun redactionele verantwoordelijkheid geproduceerde programma's, in casu rtv-programma's, op het netwerkaansluitpunt in de woning van de abonnee, niet kan worden beschouwd als elektronische-communicatiedienst die onder het NRK valt.

35. Integendeel. Zoals de Commissie uiteen heeft gezet valt de levering van vrij toegankelijke rtv-programma's via kabel onder het begrip elektronische-communicatiedienst en dus onder de materiële werkingssfeer van het NRK voor zover zij de transmissie van signalen op het kabelnet omvat.

36. Iedere andere uitlegging zou de draagwijdte van het NRK aanzienlijk beperken, de nuttige werking van de bepalingen ervan aantasten en dus de verwezenlijking van de doelstellingen ervan op het spel zetten.

37. Nu het NRK juist tot doel heeft een echte interne markt voor elektronische communicatie tot stand te brengen [22] waarop deze laatste uiteindelijk volledig door het mededingingsrecht moet worden beheerst [23], zou, indien de activiteiten van een onderneming als UPC van de werkingssfeer ervan waren uitgesloten op grond dat deze onderneming niet alleen signalen overbrengt, dat kader iedere betekenis worden ontnomen.

38. Evenzo belet de omstandigheid dat in de transmissiekosten die aan de abonnee in rekening worden gebracht een bedrag ter zake van de betaling aan collectieve rechtenorganisaties in verband met de openbaarmaking van hun inhoud begrepen is, om dezelfde reden niet, de door UPC geleverde dienst als elektronische-communicatiedienst in de zin van het NRK aan te merken.

39. Ik geef het Hof dan ook in overweging voor recht te verklaren dat richtlijn 2002/21 aldus moet worden uitgelegd dat een dienst bestaande in het verzorgen van vrij toegankelijke radio- en televisiepakketten via de kabel, voor de levering waarvan transmissiekosten en een bedrag ter zake van de betaling aan omroepen en aan collectieve-rechtenorganisaties in verband met de openbaarmaking van hun inhoud in rekening worden gebracht, binnen de materiële werkingssfeer ervan valt nu die dienst de transmissie van signalen op elektronische-communicatienetwerken omvat.

C – Draagwijdte van het NRK: prerogatieven van de lidstaten en bevoegdheden van de Gemeente Hilversum (tweede vraag)

40. Met haar tweede vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of een lokale overheid zoals de Gemeente Hilversum, gelet op het NRK, kan ingrijpen in de eindgebruikerstarieven voor door een marktdeelnemer als UPC geleverde elektronische-communicatiediensten via een kabelnet.

22 — Dit doel maakt op zijn beurt deel uit van een ruimer doel, te weten de totstandbrenging van een gemeenschappelijke Europese informatieruimte en een voor iedereen toegankelijke informatiemaatschappij. Zie mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 1 juni 2005, „i2010 – Een Europese informatiemaatschappij voor groei en werkgelegenheid".

23 — Zie punt 5 van de considerans van richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PB L 337, blz. 37).

41. Deze vraag valt uiteen in twee subvragen, die de in het hoofdgeding aan de orde zijnde specifieke rechtssituatie – in casu het tariefbeperkende beding in de verkoopovereenkomst tussen de Gemeente Hilversum en UPC – in aanmerking nemen. Zo vraagt de verwijzende rechter in de eerste plaats of het NRK, gelet op de bevoegdheden die het de NRI's toekent, zich ertegen verzet dat een lokale overheid prijscontrolemaatregelen mag treffen. Bij een ontkennend antwoord wenst hij te vernemen of het NRK eraan in de weg staat dat een lokale overheid een dergelijk contractueel tariefbeperkend beding kan toepassen.

1. Samenvatting van de opmerkingen

42. De Gemeente Hilversum en de Nederlandse regering merken om te beginnen op dat het tariefbeperkende beding tussen partijen vrij is overeengekomen bij de sluiting van de overeenkomst en is verkregen in ruil voor de overeengekomen prijs. Hoe dan ook verzet naar hun oordeel het NRK zich niet tegen het tariefbeperkende beding, nu dit niet belet dat de NRI, in casu de OPTA, op elk moment krachtens artikel 17 van de universele-dienstrichtlijn een maatregel ter bevordering van de mededinging kan treffen.

43. UPC, de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zijn daarentegen van oordeel dat een dergelijke clausule thans onverenigbaar is met het NRK. Inzonderheid kan de Gemeente Hilversum niet worden beschouwd als een NRI – de enige die maatregelen ter regulering van de eindverbruikersprijs zoals die vervat in het tariefbeperkende beding mag treffen – of worden geacht wettig in de hoedanigheid van NRI te hebben gehandeld. De Commissie sluit echter niet uit dat een dergelijke maatregel, indien hij strookt met de beginselen van transparantie, evenredigheid en non-discriminatie, de tegenprestatie kan vormen voor een onder artikel 106, lid 2, VWEU vallende openbare-dienstverplichting, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.

2. Analyse

44. Om te beginnen moet worden gepreciseerd dat de overeenkomst met het tariefbeperkende beding weliswaar is gesloten vóór de vaststelling van het NRK, maar dat de verschillende richtlijnen die er deel van uitmaken door de lidstaten uiterlijk op 24 juli 2003 moesten zijn uitgevoerd en de lidstaten vanaf die datum de bepalingen ervan moesten eerbiedigen en de naleving ervan op hun hele grondgebied moesten waarborgen.

45. Deze verplichting rust op de lidstaten krachtens de richtlijnen zelf en dus los van de verplichting tot loyale samenwerking die artikel 4, lid 3, VEU hun oplegt. Indien mocht worden geconcludeerd dat het NRK zich verzet tegen toepassing van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde tariefbeperkende beding, zouden de derde en de vierde prejudiciële vraag dan ook geen beantwoording behoeven aangezien niet-inachtneming van de bepalingen van het NRK ipso facto schending van die verplichting impliceert.

46. Vervolgens moet worden vermeld dat blijkens de analyse van de relevante bepalingen van het NRK en zoals UPC, de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in hoofdzaak hebben aangegeven in hun schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting, prijscontrolemaatregelen voor elektronische-communicatiediensten zoals die aan de orde in het hoofdgeding[24] slechts toelaatbaar zijn voor zover zij vallen onder maatregelen die een NRI jegens een onderneming met een machtspositie op de markt kan treffen of voor zover zij hun rechtvaardiging kunnen vinden in een doelstelling van algemeen belang of in artikel 106, lid 2, VWEU.

24 — De in artikel 5, leden 1 en 2, van de toegangsrichtlijn bedoelde maatregelen zijn niet van toepassing in het hoofdgeding.

47. Gesteld al echter dat de Gemeente Hilversum voldoet aan de voorwaarden met betrekking tot bevoegdheid, functionele en juridische onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie die in artikel 3 van de kaderrichtlijn en in de rechtspraak van het Hof[25] worden gesteld om als NRI te kunnen worden erkend[26], kan zij, naar ik eerst zal aantonen, hoe dan ook niet worden geacht rechtmatig in die hoedanigheid te hebben gehandeld, daar het aan UPC opgelegde tariefbeperkende beding is vastgesteld in strijd met de in de diverse relevante richtlijnen vastgelegde procedureregels.

48. Voor het overige is het weliswaar niet uitgesloten dat de Gemeente Hilversum een dergelijke tariefbeperkende maatregel niet als NRI, maar als territoriale overheid kan vaststellen voor zover die maatregel gerechtvaardigd is doordat doelstellingen van algemeen belang worden nagestreefd of op grond van artikel 106, lid 2, VWEU, maar het is aan de verwijzende rechter een en ander te verifiëren. Dit zal ik in de tweede plaats aantonen.

a) Prijscontrolemaatregelen die in het kader van het NRK kunnen worden getroffen

49. Om te beginnen moet in herinnering worden gebracht dat het NRK tot doel heeft een echte interne markt voor elektronische communicatie tot stand te brengen waarop deze laatste uiteindelijk volledig door het mededingingsrecht moet worden beheerst[27], inzonderheid door de geleidelijke vermindering van sectorspecifieke regelgeving ex ante.[28]

50. Artikel 2, lid 3, van de mededingingsrichtlijn preciseert dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat geen beperkingen worden opgelegd of in stand gehouden ten aanzien van het verrichten van elektronische-communicatiediensten via de elektronische-communicatienetwerken, onverminderd de bepalingen van de toegangsrichtlijn, de machtigingsrichtlijn, de kaderrichtlijn en de universele-dienstrichtlijn.

51. Hieruit volgt dat het door het NRK vastgelegde mededingingsregime, met de correcties, uit de relevante bepalingen van die richtlijnen volgt en dat hieraan de verenigbaarheid van de toepassing van het tariefbeperkende beding moet worden getoetst.

52. De kaderrichtlijn bepaalt daartoe welke taken – onder toezicht van de Commissie – bij de NRI's berusten en legt de procedures vast die de eenvormige toepassing van het NRK in de hele Unie waarborgen.

53. Zo zijn de NRI's, die zijn gedefinieerd in artikel 2, sub g, van de kaderrichtlijn, overeenkomstig artikel 8, lid 1, van die richtlijn belast met het treffen van alle redelijke en evenredige maatregelen ter bereiking van de in de leden 2, 3 en 4 van die bepaling vastgelegde doelstellingen, te weten de bevordering van de mededinging bij inzonderheid de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, de bijdrage tot de ontwikkeling van de interne markt en de bevordering van de belangen van de burgers van de Unie.

25 — Zie arrest van 6 oktober 2010, Base e.a. (C-389/08, Jurispr. blz. I-9073, punten 27-30).

26 — Artikel 3, lid 6, van de kaderrichtlijn bepaalt overigens dat de lidstaten de Commissie in kennis stellen van alle NRI's waaraan krachtens het NRK taken zijn opgedragen. De Commissie heeft in haar schriftelijke opmerkingen aangegeven – en is op dit punt niet weersproken – dat de Gemeente Hilversum niet voorkwam op de lijst die het Koninkrijk der Nederlanden haar had meegedeeld.

27 — Zie punt 37 supra.

28 — Zie op dit punt aanbevelingen 2003/311/EG en 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die overeenkomstig richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (PB L 344, blz. 65).

54. Ingevolge artikel 3 van de machtigingsrichtlijn dienen de lidstaten de vrijheid om elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan te bieden te waarborgen. Dit aanbieden kan in beginsel alleen worden onderworpen aan een algemene machtiging [29], onverminderd de specifieke verplichtingen bedoeld in artikel 6, lid 2.

55. Artikel 6, lid 2, van de machtigingsrichtlijn bepaalt in dit verband inzonderheid [30] dat de NRI's specifieke verplichtingen kunnen opleggen aan aanbieders van elektronische-communicatiediensten met een aanmerkelijke marktmacht, krachtens de artikelen 6 en 8 van de toegangsrichtlijn, en dat voor de vaststelling daarvan specifieke voorwaarden en modaliteiten gelden. [31] Volgens deze bepaling moeten die verplichtingen juridisch gescheiden zijn van de rechten en verplichtingen in het kader van de algemene machtiging en worden de criteria en procedures voor het opleggen van dergelijke specifieke verplichtingen in de algemene machtiging genoemd.

56. In dit verband is van belang dat het Hof niet over gegevens betreffende de aan UPC verleende algemene machtiging beschikt, behalve dat de Gemeente Hilversum UPC moest helpen bij het verkrijgen ervan.

57. Hoe dan ook kan het door de Gemeente Hilversum aan UPC opgelegde tariefbeperkende beding niet vallen onder de in artikel 13 van de toegangsrichtlijn bedoelde maatregelen inzake prijscontrole die jegens ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht kunnen worden getroffen overeenkomstig artikel 8 van die richtlijn.

58. Door de concurrentie tussen de uitzending van rtv-programma's via kabel en de ontwikkeling van de aardse digitale televisie aan de ene kant en de uitzending van rtv-programma's via ADSL aan de andere kant [32], valt de markt die in het hoofdgeding aan de orde is niet meer onder de markten die volgens aanbeveling 2007/879/CE aan een regulering ex ante zouden kunnen worden onderworpen.

59. Zoals de Commissie opmerkt belet deze omstandigheid stellig in beginsel niet dat een NRI eindgebruikersmarkten kan bepalen die overeenkomen met de nationale omstandigheden die een regulering ex ante rechtvaardigen. [33]

60. Daarnaast echter moet de bepaling van die markten geschieden volgens de procedures van de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn, inzonderheid nadat de belanghebbenden in de gelegenheid zijn gesteld hun opmerkingen kenbaar te maken [34], moet de analyse van die markten plaatsvinden met inachtneming van de procedure van artikel 16 van de kaderrichtlijn, moeten, nadat is vastgesteld dat de relevante markt inderdaad niet concurrentieel is, de ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht worden bepaald overeenkomstig artikel 14 van de kaderrichtlijn, en moet tot slot de prijscontrolemaatregel worden getroffen volgens de procedure van artikel 7, lid 2, van de kaderrichtlijn en overeenkomstig de in artikel 13 van de toegangsrichtlijn genoemde voorwaarden.

61. Blijkens het dossier is de aan UPC opgelegde maatregel op deze onderneming toegepast in strijd met de verschillende procedureverplichtingen die volgen uit de relevante bepalingen van het NRK, inzonderheid die neergelegd in de artikelen 6 en 7 van de kaderrichtlijn.

29 — Met als enig voorbehoud – dat moet vermeld worden – de voorwaarden die de richtlijn onder meer vermeldt in deel A van de bijlage en de beperkingen die gerechtvaardigd zijn op grond van overwegingen in verband met de openbare orde, de volksgezondheid en de openbare veiligheid bedoeld in artikel 52, lid 1, VWEU, die in het hoofdgeding niet aan de orde zijn. Zie punt 3 van de considerans van de machtigingsrichtlijn.

30 — Op grond van deze bepaling kunnen ook specifieke verplichtingen worden opgelegd aan aanbieders die zijn aangewezen voor het aanbieden van de universele dienst overeenkomstig de universele-dienstrichtlijn, maar deze laatste is zoals gezegd in casu irrelevant.

31 — Zie ook punt 27 van de considerans van de kaderrichtlijn.

32 — Zie op dit punt het werkdocument bij aanbeveling 2007/879/EG, SEC(2007) 1483/2, blz. 48.

33 — Zie artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn.

34 — Zie artikel 6 van de kaderrichtlijn.

62. De relevantie van de universele-dienstrichtlijn is om dezelfde redenen uitgesloten. Volgens artikel 9 kunnen weliswaar prijscontrolemaatregelen worden opgelegd aan ondernemingen die zijn aangewezen voor het verrichten van een universele dienst, maar die maatregelen kunnen, in de veronderstelling dat zij op rtv-diensten kunnen worden toegepast, pas worden opgelegd na een marktanalyse als bedoeld in artikel 16 van de kaderrichtlijn en de artikelen 16 en 17 van de universele-dienstrichtlijn. [35]

63. Bijgevolg is de voorlopige conclusie gewettigd dat het NRK zich in beginsel tegen het tariefbeperkende beding verzet, tenzij wordt aangetoond dat dit beding zijn rechtvaardiging vindt in doelstellingen van algemeen belang.

64. Artikel 1, leden 2 en 3, van de kaderrichtlijn bepaalt immers dat de bepalingen van de richtlijnen die tot het NRK behoren onverlet laten de verplichtingen die met betrekking tot voormelde diensten door het nationale recht in overeenstemming met het recht van de Unie of door het recht van de Unie zelf worden opgelegd alsook de maatregelen die door de Unie of door de lidstaten met inachtneming van het recht van de Unie zijn genomen voor de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang.

65. In casu wordt niet beweerd dat het tariefbeperkende beding voortvloeit uit een verplichting die is neergelegd in nationale maatregelen ter uitvoering van het Unierecht of in het Unierecht. Daarentegen moet worden onderzocht of met de toepassing van dat beding een doelstelling van algemeen belang in de zin van artikel 1, lid 3, van de kaderrichtlijn wordt nagestreefd of dat het beding gerechtvaardigd kan zijn krachtens artikel 106, lid 2, VWEU.

b) Rechtvaardigingen ontleend aan het nastreven van een doelstelling van algemeen belang

66. Volgens artikel 1, lid 3, van de kaderrichtlijn laten deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen onverlet de maatregelen die op communautair of nationaal niveau met inachtneming van het Unierecht zijn genomen voor de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang, in het bijzonder wat betreft regulering van de inhoud en audiovisueel beleid.

67. Uit punt 6 van de considerans van de kaderrichtlijn volgt dat de lidstaten met inachtneming van het recht van de Unie onder meer audiovisueel beleid en inhoudregeling ten uitvoer kunnen leggen ter bereiking van doelstellingen van algemeen belang zoals vrijheid van meningsuiting, pluralisme van de media, onpartijdigheid, culturele en taalkundige verscheidenheid, sociale insluiting, consumentenbescherming en de bescherming van minderjarigen.

68. In de onderhavige zaak vermeldt de verwijzende rechter in de motivering van zijn verwijzingsarrest en in de tweede vraag dat de Gemeente Hilversum gebruik heeft gemaakt van het privaatrecht bij de behartiging van publieke belangen van haar inwoners, maar zij geeft niet in het minst aan welke belangen daarbij worden behartigd.

69. De Gemeente Hilversum en de Nederlandse regering merken in dit verband op dat het tariefbeperkende beding, dat vrij is overeengekomen, een doelstelling van consumentenbescherming nastreeft. Dankzij dit beding, zo wordt betoogd, kan een rtv-dienst – het basispakket – worden aangeboden tegen een maatschappelijk aanvaardbaar tarief dat ook voor huishoudens met een bescheiden inkomen toegankelijk moet blijven, zodat bedoelde dienst moet worden gezien als een fundamentele nutsvoorziening.

35 — Zie arrest van 6 mei 2010, Commissie/Polen (C-545/08, punten 47-57).

70. Zoals ik reeds in herinnering heb gebracht heeft het NRK juist tot doel de gebruiker – door bevordering van de concurrentie – een maximumvoordeel op het gebied van keuze, prijs en kwaliteit van elektronische-communicatiediensten te waarborgen. [36] Het is inzonderheid alleen aan de NRI's om in voorkomend geval onpartijdig en transparant [37], na een analyse van de markt, op te treden jegens een onderneming met macht op de betrokken markt indien deze zonder werkelijke concurrentie de prijzen op een buitensporig hoog peil zou kunnen handhaven. [38]

71. Los van het feit dat de OPTA in casu, zoals gezegd in de punten 11 tot en met 13 hierboven, onder toezicht van de Commissie juist een tegenovergesteld besluit heeft genomen, kan de door de Gemeente Hilversum en de Nederlandse regering aangevoerde rechtvaardiging dan ook als zodanig niet worden aanvaard.

72. De Commissie heeft in haar schriftelijke opmerkingen de vraag aan de orde gesteld of UPC kon worden geacht door de Gemeente Hilversum te zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 106, lid 2, VWEU. Zij geeft echter aan niet te beschikken over voldoende gegevens om deze vraag te kunnen beantwoorden en merkt op dat het aan de verwijzende rechter is om zich hierover in het licht van de rechtspraak van het Hof uit te spreken.

73. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat artikel 106, lid 2, VWEU, op grond waarvan onder bepaalde voorwaarden van de algemene verdragsregels mag worden afgeweken, beoogt het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen, met name van de openbare sector, te gebruiken als instrument van economisch of sociaal beleid, te verzoenen met het belang van de Unie bij eerbiediging van de mededingingsregels en bij het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt. [39] Gelet op het aldus omschreven belang van de lidstaten, dat in artikel 14 VWEU in herinnering wordt gebracht, kan hun niet worden verboden dat zij bij hun definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij bepaalde ondernemingen belasten, rekening houden met doelstellingen die verband houden met hun nationaal beleid, en trachten deze te verwezenlijken door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen die zij deze ondernemingen opleggen. [40]

74. Vastgesteld moet echter worden dat de verwijzende rechterlijke instantie niet verwijst naar artikel 106, lid 2, VWEU en zelfs niet aangeeft dat het tariefbeperkende beding duidelijk maakt dat de Gemeente Hilversum UPC met een taak van algemeen economisch belang belast. Voor het overige heeft de Gemeente Hilversum noch de Nederlandse regering aangevoerd dat het tariefbeperkende beding zijn rechtvaardiging kon vinden in artikel 106, lid 2, VWEU. UPC heeft zich hierover niet uitgesproken. Zij heeft ter terechtzitting ook de bewering van de Gemeente Hilversum bestreden dat het tariefbeperkende beding was gecompenseerd met een verlaging van de verkoopprijs van het kabelnet.

75. In die omstandigheden kan het Hof het alleen maar aan de verwijzende rechter overlaten te onderzoeken of artikel 106, lid 2, VWEU gelet op de relevante rechtspraak toepasselijk is in het hoofdgeding. [41]

36 — Zie artikel 8, lid 2, sub a, van de kaderrichtlijn.

37 — Zie artikel 3, lid 3, van de kaderrichtlijn.

38 — Zie artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn.

39 — Zie onder meer arresten van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 12; 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (C-157/94, Jurispr. blz. I-5699, punt 39); 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punt 103), en 20 april 2010, Federutility e.a., C-265/08 (Jurispr. blz. I-3377, punt 29).

40 — Zie reeds aangehaalde arresten Commissie/Nederland (punt 40) en Albany (punt 104).

41 — Zie onder meer arrest van 27 april 1994, Almelo (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 50).

76. Meer in het bijzonder is het aan de verwijzende rechter om allereerst te bepalen of het inderdaad zo is dat de Gemeente Hilversum UPC met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang heeft belast en, zo ja, of de toepassing van het recht van de Unie belet dat zij de haar aldus opgedragen bijzondere taak verricht.[42] Daartoe moet inzonderheid de aard van de met de uitvoering van de betrokken opdracht van algemeen belang verband houdende vereisten worden bepaald.[43]

77. Vervolgens zal hij gelet op de relevante rechtspraak van het Hof moeten nagaan of de opgelegde verplichtingen het evenredigheidsbeginsel ten volle eerbiedigen. Daarbij moeten alle omstandigheden van het hoofdgeding in de beschouwing worden betrokken.[44]

78. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging voor recht te verklaren dat de artikelen 6, 8 en 13 van de toegangsrichtlijn, de artikelen 3 en 6, lid 2, van de machtigingsrichtlijn en de artikelen 1, leden 2 en 3, 3, 6, 7 en 14 tot en met 16 van de kaderrichtlijn aldus moeten worden uitgelegd dat zij in beginsel in de weg staan aan toepassing van een tariefbeperkend beding zoals aan de orde in het hoofdgeding, tenzij komt vast te staan dat het beding zijn rechtvaardiging vindt in het nastreven van doelstellingen van algemeen belang of in artikel 106, lid 2, VWEU en volledig strookt met het evenredigheidsbeginsel, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.

D – *De invloed van artikel 101 VWEU (vijfde tot en met achtste vraag)*

79. Gelet op de antwoorden die ik in overweging geef voor de hierboven onderzochte eerste prejudiciële vragen, behoeven de vijfde tot en met de achtste vraag van de verwijzende rechter, die alle betrekking hebben op de uitlegging van artikel 101 VWEU, geen beantwoording.

80. Hoe dan ook kan worden opgemerkt dat niet kan worden bepaald of de situatie in het hoofdgeding onder artikel 101 VWEU zou kunnen vallen, nu de verwijzende rechter niet aangeeft waarom hij ervan uitgaat dat de Gemeente Hilversum moet worden beschouwd als een onderneming die een overeenkomst[45] in het kader van de verrichting van economische activiteiten[46] in de zin van die bepaling heeft gesloten.

V – Conclusie

81. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het Gerechtshof Amsterdam te beantwoorden als volgt:

„1) Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten moet aldus worden uitgelegd dat een dienst bestaande in het verzorgen van vrij toegankelijke radio- en televisie-pakketten via de kabel, voor de levering waarvan transmissiekosten en een bedrag ter zake van de betaling aan omroepen en aan collectieve-rechtenorganisaties in verband met de openbaarmaking van hun inhoud in rekening worden gebracht, binnen de materiële werkingssfeer ervan valt nu die dienst de transmissie van signalen op elektronische-communicatienetwerken omvat.

42 — Zie onder meer arresten van 3 oktober 1985, CBEM (311/84, Jurispr. blz. 3261, punt 17); 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 24), en 17 juli 1997, GT-Link (C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punt 49).

43 — Zie arrest van 11 april 1989, Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro (66/86, Jurispr. blz. 803, punten 55 en 56).

44 — Zie arrest Federutility e.a., reeds aangehaald (punten 33-47).

45 — Zie onder meer arrest van 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 29).

46 — Zie onder meer arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald.

2) De artikelen 6, 8 en 13 van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, de artikelen 3 en 6, lid 2, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de artikelen 1, leden 2 en 3, 3, 6, 7 en 14 tot en met 16 van richtlijn 2002/21, moeten aldus worden uitgelegd dat zij in beginsel in de weg staan aan toepassing van een tariefbeperkend beding zoals aan de orde in het hoofdgeding, tenzij komt vast te staan dat het beding zijn rechtvaardiging vindt in het nastreven van doelstellingen van algemeen belang of in artikel 106, lid 2, VWEU en volledig strookt met het evenredigheidsbeginsel, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat."