

Toegang tot de kabel *revisited*: artikel 6.14a Mediawet

Opinie

Nico van Eijk*

Aan het epos ‘toegang tot de kabel’ is wederom een nieuw deel toegevoegd. Sinds de verzelfstandiging en privatisering van kabelnetwerken in de tweede helft van de jaren negentig zijn meerdere pogingen ondernomen om de toegang tot de kabel te reguleren, veelal zonder of met slechts matig succes. Bepalingen werden niet toegepast, bleken niet toepasbaar of strandden bij de rechter.

Met de inwerkingtreding van de sectorspecifieke marktregels op grond van de Europese telecomrichtlijnen kreeg OPTA primair de verantwoordelijkheid voor de belangrijkste toegangsvraagstukken. Aanmerkelijke marktmacht werd het belangrijkste toetsingscriterium voor het kunnen opleggen van maatregelen. Het opleggen van maatregelen is in beperkte mate ingezet met matige resultaten. Het meest recente standpunt van OPTA is dat er onder de gegeven marktomstandigheden geen reden is om kabelexploitanten te reguleren.

Voor de Tweede Kamer was de idee van een ongereguleerde kabel niet bevredigend¹ en daarom werden eerder dit jaar twee amendementen aangenomen, die per 1 januari 2013 in werking treden. Ik beperk mij hier tot het interessantste van de twee,² een aanpassing van de Mediawet (Mw). Artikel 6.14a verplicht aanbieders van omroepnetwerken – als bedoeld in artikel 6.13, eerste lid Mw – tot het voor wederverkoop ter beschikking stellen van hun programma-aanbod op groothandelniveau tegen een kostengeïntendeerd tarief. Bij AMvB kunnen eventueel nadere regels worden gesteld.

Voor juristen is deze Mediawetbepaling een interessante kluit. Hoe moet een en ander geïnterpreteerd worden? De toelichting bij het amendement is summier en herhaalt min of meer de tekst van het amendement. Mede op grond van een eerdere versie van het amendement en gezien de formulering ‘als bedoeld in artikel 6.13, eerste lid’ lijkt de bepaling uitsluitend te slaan op de wederverkoop van het analoge pakket. Of het dan om het gehele analoge pakket gaat of uitsluitend het gereguleerde basispakket is al een meer ingewikkelde vraag. Zou het alleen gaan om het basispakket dan vergt dit het filteren van de overige programma’s, een gecompliceerde technische voorziening. Een ander intrigerend element is eveneens

gekoppeld aan de verwijzing naar artikel 6.13, eerste lid Mw. Dit koppelt de aanbieder van het netwerk aan het criterium ‘als een significant aantal aangeslotenen op een omroepnetwerk programma-aanbod op analoge wijze ontvangt’. Moet het nieuwe artikel in de Mediawet dus zo worden gelezen dat het alleen van toepassing is op aanbieders van omroepnetwerken waarvan een significant aantal aangeslotenen het programma-aanbod analoge ontvangt? En wat is dan significant?³ Met name de Eerste Kamer heeft bij de behandeling van de Mediawet gepoogd om hierover meer helderheid te krijgen, maar dat leverde niet veel op (de minister: ‘er is veel in beweging’ en ‘wij zijn het er in ieder geval over eens, dat wanneer het percentage boven de 50 uitkomt, dit in ieder geval significant is’).⁴ Antwoorden op Kamervragen geven evenmin verheldering.⁵ Recent staat in een brief aan de Tweede Kamer te lezen:⁶ ‘[...] maar zolang een kabelbedrijf analogie televisie doorgeeft moet het basispakket minimaal 15 zenders bevatten.’ Deze laatste uitspraak ontkent het ‘significant’-element en is aldus moeilijk te verenigen met de wetsgeschiedenis.⁷ Evenmin past het bij de bedoeling van artikel 31 Universeledienstrichtlijn waaraan het ontleend is.⁸

De Europese dimensie zal sowieso bij de verdere discussie aandacht vragen. Stelde de minister oorspronkelijk al vraagtekens bij beide amendementen,⁹ het staat buiten twijfel dat de verenigbaarheid met het Europese recht aan de rechter zal worden voorgelegd. Daarbij kunnen een groot aantal issues de revue passeren zoals: a) betreft het hier een regeling die poogt het telecommunicatiekader te omzeilen; b) is er sprake van een geoorloofde beperking op de dienstenvrijheid; c) hoe zit het in dat verband met wederverkoop tegen kostengeïntendeerde tarieven als *ex ante* vastgestelde maatregel; d) wat in het geval de aanbieder van het omroepnetwerk niet tevens de aanbieder van het programma-aanbod is; etc. etc.

Kortom, het is de vraag of artikel 6.14a Mediawet stand houdt. Ik heb zo mijn twijfels. Maar misschien maakt het ook niets uit en gaat het om een maatregel die gezien de voortschrijdende digitalisering van weinig betekenis meer is. De bepaling blijkt dan *de facto* een dode letter en kan er weer een hoofdstuk van het epos worden afgesloten.

* Prof. dr. N.A.N.M. is als hoogleraar informatierecht, in het bijzonder het media- en telecommunicatierecht verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR, Universiteit van Amsterdam).

1 Zie in dit verband: *Handelingen II* 2010/11, 90, p. 25.

2 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 28. Het andere amendement (*Kamerstukken II*, 2010/11, 32 549, nr. 18) betreft een aanpassing van de Telecommunicatiewet (artikel 6a.21a). Kort samengevat wordt hierin OPTA opgedragen om kabelexploitanten met aanmerkelijke marktmacht (in hun hoedanigheid van ‘aanbieders van programmadiensten’) de verplichting op te leggen om op groothandelniveau programmadiensten en bijbehorende faciliteiten voor wederverkoop aan te bieden tegen een nader door OPTA vast te stellen tarief. Zolang OPTA niet oordeelt dat de kabelexploitanten over aanmerkelijke marktmacht beschikken, blijft deze bepaling een dode letter. De inzetbaarheid van deze bepaling is dus

vooralsnog gering. Daar komt bij dat twijfelachtig is of de bepaling Europees-rechtelijk wel door de beugel kan.

3 Ik laat de vraag wat onder ‘ontvangen’ moet worden verstaan hier onbesproken.

4 *Handelingen I* 2008/09, 15, p. 788.

5 *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 2443.

6 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 033, nr. 10.

7 *Kamerstukken II*, 2009/09, 31 356, nr. 3, p. 77-78.

8 Zie: *Audiovisuele Mediadistributie, bottlenecks en beleid*, TNO/IViR, 2011, p. 79-98 (bijlage bij *Kamerstukken II*, 2011/2012, nr. 10).

9 *Handelingen II* 2010/11, 90, p. 37; *Kamerstukken I* 2011/12, 32549, E, p. 15-18; *Kamerstukken II* 2011/12, 32 549, nr. 46.