

ONP voor de kabel

Nico van Eijk*

De recente conflicten in Amsterdam over het verdwijnen van programma's als MTV en CNN, geven aan dat de toegang tot de kabel nog steeds een geliefd discussie-onderwerp is.¹ In de afgelopen jaren stond het hoog op de politieke agenda en zijn er de nodige juridische geschillen uitgevochten. Bij de inwerkingtreding van de nieuwe Telecommunicatiewet zal de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) bevoegd worden om toezicht uit te oefenen op de 'toegang tot de kabel'. Mogelijk zal OPTA daarbij uitgangspunten gaan hanteren die vergelijkbaar zijn met de Open Network Provision (ONP)-regels die gelden voor andere delen van de telecommunicatiesector. In dit artikel worden enkele aspecten van een dergelijke toepassing van ONP voor kabeltelevisienetten besproken.

Toegang tot de kabel vòòr de Telecommunicatiewet

Gedurende enige tijd was het Commissariaat voor de Media op uitdrukkelijke wens van de Tweede Kamer bevoegd als sectorspecifieke toezichthouder om te oordelen over geschillen met betrekking tot de toegang tot de kabel. Bij amendement werd een nieuw artikel 69 Mediawet geïntroduceerd, waarin werd bepaald dat in het geval een beheerder of exploitant van een draadomroepinrichting en een programmaverzorger geen overeenstemming konden bereiken over de toegang tot de draadomroepinrichting het Commissariaat voor de Media ter zake bindende aanwijzingen kon geven.² Het Commissariaat voor de Media ontwikkelde hiervoor een eigen beleidslijn.³ Geschillen konden tegelijkertijd worden getoetst aan de Wet op de Economische Mededinging (WEM). Uiteindelijk bleek de uitkomst van de beide

* Dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam.

¹ Zie bijvoorbeeld de rapporten van het Instituut voor Informatierecht over toegang tot de kabel; Dr. N.A.N.M. van Eijk en Mr. P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de kabel, omroeprechtelijke en auteursrechtelijke complicaties met betrekking tot de uitzending van commerciële programma's via kabelnetten', Amsterdam, 1993; Dr. N.A.N.M. van Eijk, Mr. A.W. Hins en Mr. P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de kabel II, mededingingsrechtelijke en andere andere complicaties met betrekking tot de uitzending van commerciële programma's via kabelnetten', Amsterdam, 1995. Zie eveneens: Mr. T.M. Snoep, 'Toegang tot de kijker: een kink in de kabel?', Den Haag 1995.

² Stb. 1996, 219.

³ 'Beleidslijn toegang tot de kabel', Stcrt. 1996, 83, gewijzigd Stcrt. 1996, 132.

trajecten – ook na geheel of gedeeltelijke rechterlijke toetsing - tot redelijk vergelijkbare resultaten te leiden.⁴

Kort samengevat komt het er op neer dat kabelexploitanten een economische machtspositie hebben, waarvan zij geen misbruik mogen maken.⁵ Toegang moet worden verleend aan programma-aanbieders op objectief gerechtvaardigde, non-discriminatoire en verifieerbare grondslagen. Daarbij mag onder strikte voorwaarden tariefdifferentiatie plaatsvinden. Differentiatie op basis van de commerciële belangen van de programma-aanbieder, bijvoorbeeld in de vorm van het toepassen van een profijtbeginself, is niet toegestaan. Wel is differentiatie geoorloofd indien 'de grondslagen voor tariefdifferentiatie een rechtstreeks verband hebben met het bevorderen van zijn (de kabelexploitant, nve) hoedanigheid als aanbieder van diensten'. Ook een onderscheid naar programma's met en zonder commercieel belang (waarbij de doorgiftekosten voor niet-commerciële programma's eventueel voor eigen rekening worden genomen) is niet verboden. Op de exploitatie mag – rekening houdend met nog enige andere hier niet nader besproken aspecten - volgens de minister van Economische zaken een bruto redement op geïnvesteerd vermogen worden gemaakt van maximaal 4% boven de rente op langdurige staatsobligaties (ongeveer 10%, totaal dus zo'n 14%). Ook het Commissariaat voor de Media hanteerde in haar beleidslijn een vergelijkbare redenering. Excessieve winsten zijn niet geoorloofd en is bijvoorbeeld in het geval van A2000 (Toen nog werkend onder de naam Kabeltelevisie Amsterdam, KTA) ook onderwerp geweest van nader onderzoek.⁶ In beide modellen wordt het abonnementstarief als een vaststaand gegeven beschouwd.

⁴ Zie voor wat betreft de besluiten van het Commissariaat voor de Media: o.a. Mediaforum, Bijlage 1996-9, B118-124 ('Nethold vs. Commissariaat voor de Media'). Gegevens over overige beslissingen zijn te vinden in onder meer het jaarverslag van het Commissariaat voor de Media over 1996 (pg. 42 t/m 46) en in 'Comedia' de maandelijkse publicatie van het Commissariaat voor de Media. Adviesaanvragen, adviezen en beslissingen op grond van de WEM: Stcrt. 95, 236; Stcrt. 1996, 76; Stcrt. 1996, 80; Stcrt. 1996, 98; Stcrt. 1996, 119; Stcrt. 1996, 196; Stcrt. 1996, 119; Stcrt. 1996, 247. Diverse geschillen voorgelegd aan de rechter cq het college van beroep voor het bedrijfsleven: Mediaforum, Bijlage 1996-1, B10-16 ('toegang tot de kabel I', 'toegang tot de kabel II', 'toegang tot de kabel III'); Mediaforum, bijlage 1996-6, B93-95 ('Kabeltelevisie Amsterdam vs. Het Commissariaat voor de Media'); Mediaforum, bijlage, 1996-11/12, B146-147 ('CombiVisie vs. CvdM'); Mediaforum, bijlage, 1997-7/8, B109-111 ('Casema vs. Commissariaat voor de Media (TMF)'); Mediaforum, bijlage, 1997-9, B128-130 ('CAI Alkmaar vs. Minister van EZ e.a. '), Mediaforum, bijlage, 1997-4, B58-60 ('KTA vs. Commissariaat voor de media'); Mediaforum, bijlage, 1997-4, B60-62 ('Combivisie vs. Commissariaat voor de media'), Mediaforum, bijlage, 1997-10, B145 ('MTV Europe vs. Haagse Programmaraad e.a. '); Mediaforum, bijlage, 1997-10, B146-148 ('MTV Europe vs. Casema e.a. ').

⁵ Deze verkorte impressie is voornamelijk gebaseerd op het laatste oordeel van de minister van Economische Zaken inzake Kabeltelevisie Amsterdam b.v. (Stcrt. 1996, 247).

⁶ Zie o.a. Aangangsel Handelingen II 1996-1997, nr. 615 en 1997-1998, 146.

Op 1 januari jongstleden eindigde de toetsingsbevoegdheid van het Commissariaat voor de Media⁷ en ging als gevolg van de inwerkingtreding van de nieuwe Mededingingswet de controle op relevante mededingingsaspecten over van de minister van Economische Zaken op de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).⁸ Het was altijd al het beleid van het kabinet geweest om het toezicht op de kabel uitsluitend te laten plaatsvinden binnen het kader van de Mededingingswet. Sectorspecifiek toezicht werd niet nodig en wenselijk geacht.

OPTA bevoegd: ONP voor de kabel ?

De Tweede Kamer besloot bij de behandeling van de nieuwe Telecommunicatiewet (TW) dat er opnieuw een sectorspecifieke toezichthouder voor de kabel moet komen. Wanneer de wet in werking treedt (waarschijnlijk in oktober) zal de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) toezicht houden op de toegang tot de kabeltelevisienetten/draadomroepinrichtingen (in de Telecommunicatiewet voortaan omroepnetten genaamd). De tekst van het bij amendement ingevoerde artikel 8.7 TW is woordelijk vrijwel gelijk aan het oude artikel 69 Mediawet.⁹ Volgens de toelichting bij het amendement is voor wat betreft het toezicht op de kabel 'mede gezien het feit dat de problematiek verwant is aan vraagstukken met een ONP-karakter en in het licht van mogelijke convergentievraagstukken het college daarvoor de meest aangewezen instelling'.

Al lange tijd wordt er gesteld dat de uit de regulering van de telecommunicatiesector bekende regels inzake Open Network Provision ook in belangrijke mate van toepassing zouden kunnen zijn op kabeltelevisienetten.¹⁰ Wanneer de OPTA deze visie deelt, kan dit een aantal interessante consequenties hebben.

Herbalancering van kabeltarieven

Neem bijvoorbeeld de richtsnoeren die OPTA heeft opgesteld met betrekking tot de kostenvergoeding van het aansluitnet bij interconnectie en bijzondere toegang.¹¹ Het college heeft daarin aangegeven dat marktpartijen geen vergoeding hoeven te

⁷ Stb. 1996, 635 ('Besluit van 17 december 1996 tot de vaststelling van het tijdstip waarop artikel 69 van de Mediawet vervalt'), Stb. 1997, 336 (vervallen artikel 69).

⁸ Stb. 1997,242 (tekst Mededingingswet) en Stb. 1997,540 (inwerkingtreding Mededingingswet).

⁹ Kamerstukken II, 1997-1998, 25.533, nr. 55.

¹⁰ Dr. N.A.N.M. van Eijk, Mr. A.W. Hins en Mr. P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de kabel II, mededingingsrechtelijke en andere andere complicaties met betrekking tot de uitzending van commerciële programma's via kabelnetten', Amsterdam, 1995..

¹¹ Stcrt. 1998,62.

betalen voor de verkeersonafhankelijke kosten van het aansluitnet (lees: de kabels naar de telefoonabonnee's) van KPN Telecom, voor zover ten behoeve van interconnectie of bijzondere toegang geen bijzondere investeringen behoeven te worden gedaan. De kosten van het aansluitnet moeten geheel en al worden betaald uit het abonnement en mogen niet worden doorberekend in de verkeersafhankelijke kosten (de gesprekskosten). Gevolg van het oordeel van OPTA is een – per afgelopen juli ingevoerde - stijging van de abonnementen en een daling van bepaalde gesprekskosten (de zogenaamde herbalancering van de tarieven). Een en ander betekende een radicale breuk met het tot dan toe gevoerde beleid waarin doorberekening via de gesprekskosten aan andere marktpartijen wel werd toegestaan.

OPTA stelt in het consultatiedocument¹² dat aan het vaststellen van het herbalanceringsbesluit voorafging, onder andere dat meer recht wordt gedaan aan het ONP-beginsel van gelijkwaardige uitgangspunten voor alle partijen wanneer de gebruiker een 'toegangsabonnement' bij KPN-Telecom neemt en daarvoor een kostengeörienteerde vergoeding betaalt. Vervolgens besteedt hij het verkeer uit bij (een of meer) aanbieders van zijn keuze (waaronder KPN-Telecom). Ook wordt gewezen op het standpunt binnen de Europese Unie dat (te) lage abonnementstarieven in beginsel niet door opslagen in de tarieven zouden moeten worden gesubsidieerd. Het aanbieden van een aansluiting op een telecommunicatienetwerk (en daaraan gekoppeld transportcapaciteit en –eigenschappen) moet aldus worden onderscheiden van de via dat netwerk aangeboden diensten. Consumenten weten hierdoor beter wat voor welke diensten wordt betaald.

Wanneer deze redenering – en daar is veel voor te zeggen - wordt losgelaten op kabeltelevisienetten, kan van programma-aanbieders niet meer worden verlangd dat zij meebetalen aan de kosten van het 'kabel-aansluitnet', voor zover er voor hen geen bijzondere investeringen worden gedaan. Omdat er momenteel bij de meeste kabelnetten sprake is van dergelijke 'kruisfinanciering', zal dit als consequentie hebben dat de abonneetarieven (voor wat betreft het 'kabeltelevisie-aansluitnet') omhoog zullen gaan. Deze kruisfinanciering is overigens – zoals dat ook het geval was met het aansluitnet van KPN Telecom totdat de OPTA ingreep - tot op heden toegestaan door de diverse toezichthouders en de rechter.

¹² 'Consultatiedocument kostenvergoeding aansluitnet bij interconnectie en bijzondere toegang', Stcrt. 1998, 23.

Meer transparantie ten aanzien van het programma-aanbod

Meer transparantie is ook gewenst ten aanzien van het programma-aanbod. Wat in de telecommunicatie wordt aangeduid met het begrip 'universele dienstverlening', kent in de regulering van de kabeltelevisie een enigszins vergelijkbaar kader in de vorm van de verplichting om aan een ieder die aangesloten is op een kabelnet 15 televisieprogramma's en 25 radioprogramma's door te geven (het 'basispakket').¹³ De prijs van dit verplichte mandje programma's kan worden gereguleerd¹⁴, maar per kabelnet mag – op advies van een programmaraad¹⁵ – een eigen invulling worden gegeven aan het beschikbare aanbod. De kosten van het mandje kunnen verschillend van aard zijn. Sommige programma's zullen 'gratis' zijn, omdat de aanbieders alle lasten (produktiekosten, auteursrechten) voor eigen rekening nemen en dat compenseren met inkomsten uit reclame. Weer andere aanbieders (Nederland 1 t/m 3 en andere – buitenlandse – publieke omroepen zoals BRT, BBC, etc.) laten het betalen van bepaalde kosten zoals auteursrechten over aan de kabelexploitanten als afnemers¹⁶. En er zijn zelfs aanbieders die uitsluitend tegen een additionele vergoeding toestemming geven voor de verspreiding van hun programma's. Discovery Channel is een voorbeeld van een dergelijk programma waarvoor moet worden betaald.¹⁷ Is er eenmaal een keus gemaakt, dan wordt het prijskaart ervan zichtbaar en kan bepaald worden of inderdaad de dienst(en) zullen worden afgenomen (vooralsnog in collectief verband). Het staat de kabelexploitant – binnen eventueel hiervoor geldende andere (ONP-)regels - vrij om voor de niet-gereguleerde diensten een afzonderlijk aanbod te (laten) doen. Dit kan in vele vormen, zoals 'pluspakketten' of individueel afrekenbare diensten die zich achter een decoder bevinden'.

Een probleem is dat dit systeem door een aantal factoren niet optimaal kan werken. Kabelexploitanten hebben zich laten verleiden (dan wel werden daartoe gedwongen) om afspraken te maken met gemeenten over de maximale hoogte van de

¹³ Artikel 22^e WTV. Het basispakket moet worden onderscheiden van het 'must-carry'-pakket. Dit zijn de programma's die iedere exploitant ex artikel 82i Mediawet moet doorgeven. Ook is het basispakket niet hetzelfde als het 'standaard'-pakket. Onder het standaardpakket wordt het pakket verstaan dat kabelexploitanten als 'standaard' aan de abonnees aanbieden. Het is meestal ruimer dan het basispakket.

¹⁴ Artikel 82j Mediawet bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat de beheerder van een draadomroepinrichting niet meer een bij deze amvb te bepalen maximumtarief in rekening mag brengen voor een door de beheerder met in achtname van artikel 22^e WTV vast te stellen aantal programma's. Dit tarief kan voor verschillende categorieën draadomroepinrichtingen verschillend worden vastgesteld.

¹⁵ Programmaraden hebben sinds kort een wettelijke basis en voorgeschreven structuur (artikel 82k Mediawet). In veel gevallen voldoen bestaande programmaraden nog niet aan het wettelijk kader.

¹⁶ Die het in de regel weer direct verwerken in de tarieven voor de abonnees.

¹⁷ In de telefonie zijn vergelijkbare verschillen in dienstenaanbod bekend: er zijn 'gratis' nummers (080X), gewone gesprekken (waar de beller de gesprekskosten betaald) of nummers die gebruikt worden voor het aanbod van diensten waarvoor een toeslag is verschuldigd (090X).

consumententarieven en over de programma's die deel mogen/moeten uitmaken van het basispakket of een nog ruimer samengesteld standaardpakket. De afspraken zijn bovendien gebaseerd op de hiervoor besproken kruisfinanciering van infrastructuur door dienstenaanbieders.

Een nieuw kostentoerekeningsmodel

Een derde mogelijk relevant ONP-aspect betreft het kostentoerekeningsmodel dat op de exploitatie van kabeltelevisienetten kan worden toegepast. De OPTA heeft via een gebalanceerd proces van consultaties bepaald dat KPN Telecom een kostentoerekeningsmodel moet hanteren dat gebaseerd is op embedded direct costs (EDC).¹⁸ Versimpeld komt dit model er op neer dat alleen die kosten aan diensten mogen worden toegerekend die ook direct aan deze diensten zijn gelieerd. Dat de sigaren van meneer Dik dus niet in rekening mogen worden gebracht bij andere operators die diensten afnemen bij KPN-Telecom is een klassiek voorbeeld om de betekenis van EDC nader te illustreren. In werkelijkheid is het een zeer verfijnd systeem met een groot aantal variabelen.

De tot nu toe gehanteerde financiële modellen bij het toezicht op de kabel bezit slechts ten dele de verfijningen van het EDC-model of hanteren geheel andere berekeningsmethodieken. Het rekenmodel dat het Commissariaat voor de Media hanteerde kende bijvoorbeeld het nodige gewicht toe aan historische kostprijzaspecten.

om andere redenen is het wellicht niet alle opzichten aan te bevelen om tot een onverkorte parallele implementatie van het EDC-model over te gaan. Zo verschilt de positie van de kabelexploitanten ten dele van die van KPN-Telecom. De meeste kabelexploitanten beschikken niet over een vergelijkbare uitgangspositie om nieuwe investeringen te doen en nieuwe (infrastructurele) diensten te ontwikkelen. De modellen van het Commissariaat voor de Media en de minister van Economische zaken kennen bijvoorbeeld weinig ruimte om extra inkomsten te genereren voor nieuwe investeringen. Vanzelfsprekend moet voorkomen worden dat de basisdienstverlening wordt gebruikt om daarmee excessieve – vrij te besteden - winsten te creëren. Echter, het is ook van belang dat de kabeltelevisie-netten zich kan ontwikkelen tot een volwaardige en competitieve tweede telecommunicatie-netwerk. Enige ruimte aan kabelexploitanten toe kennen om

¹⁸ OPTA, 'Besluit embedded direct costs model KPN', Stcrt. 1998, 141. Consultatiedocumenten: 'Consultatiedocument over kostentoerekening voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten', 22 augustus 1997, Stcrt. 1997, 157 en 167; 'Consultatiedocument II over kostentoerekening voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten', 26 maart 1998, Stcrt. 1997, 157 en 167;

nieuwe investeringen te bevorderen is in een nieuw door de OPTA op te stellen kostentoerekeningsmodel mogelijk, zonder dat bijvoorbeeld afbreuk wordt gedaan aan de wezenlijke aspecten van EDC. Zo zou de exploitanten gedurende een bepaalde periode of tegen een duidelijk overeengekomen tegenprestatie kunnen worden toegestaan om een hogere winstmarge in te bouwen in de tarieven. Een nadrukkelijker stimuleringsbeleid is mede op haar plaats nu ook de Europese Commissie heeft geconstateerd dat de ontwikkeling van alternatieve infrastructuur binnen de Europese Unie achterblijft bij de verwachtingen.

Conclusie

Het invoeren van ONP voor de kabel – al was het alleen maar de genoemde herbalancering van de kosten – zal dus kunnen betekenen dat de vermenging van van tarieven voor en kosten van infrastructuurvoorzieningen en de daarover geleverde diensten verdwijnt. Dit brengt met zich mee dat bestaande tariefsafspraken moeten worden herzien en (politieke) keuzes meer expliciet worden gemaakt. De transparantie die aldus ontstaat zal er toe bijdragen dat consumenten zich meer bewust worden van de kosten die aan het aanbod zijn verbonden. Vraag en aanbod zullen zo in een betere onderlinge balans komen. Hiermee zijn alle betrokkenen gebaat. Tegelijkertijd kan niet worden voorbij gegaan aan het belang van de ontwikkeling van een competitieve alternatieve infrastructuur en het in dit verband nemen van eventueel aanvullende stimuleringsmaatregelen, voor zover inpasbaar binnen een ONP-kader.