

Richtsnoeren m.b.t. geschillen over toegang tot omroepnetwerken

17 augustus 1999/OPTA/IBT/99/7064

Inleiding

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) en de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: de d-g NMa) publiceren hierbij richtsnoeren voor de beslechting van geschillen over toegang tot omroepnetwerken op grond van artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet respectievelijk op grond van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet. Onderhavige richtsnoeren hebben ten doel vooraf inzicht te verschaffen in de criteria die bij het gebruik van deze bevoegdheden gehanteerd zullen worden. Deze richtsnoeren zijn op grond van artikel 4:81, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht opgesteld met inachtneming van de bevoegdheden die het college krachtens artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet, respectievelijk de d-g NMa krachtens de Mededingingswet, toekomen. Het college en de d-g NMa zullen deze richtsnoeren toepassen als beleidsregels in de zin van artikel 1:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht. In een later stadium kunnen eventueel aanvullende richtsnoeren gepubliceerd worden.

2. Het college heeft op 26 april 1999 een consultatiedocument gepubliceerd, getiteld: Consultatiedocument 'Toegang tot de kabel'. Belanghebbenden hebben hierop commentaar geleverd. Als onderdeel van het consultatieproces is op 17 mei 1999 een hoorzitting gehouden. Het college en de d-g NMa hebben bij het opstellen van deze richtsnoeren de reacties op het consultatiedocument betrokken.

Beleidskaders

3. Indien een programma-aanbieder en een aanbieder van een omroepnetwerk geen overeenstemming kunnen bereiken over de (voorwaarden van) toegang van een programma tot het omroepnetwerk, kan het college op grond van artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet op verzoek van de programma-aanbieder ter zake bindende aanwijzingen geven.

4. Een nadere afbakening van de bevoegdheid van het college wordt

gevormd door een tweetal randvoorwaarden: (1-) het toegangsconflict moet betrekking hebben op een 'programma' in de zin van artikel 1, onderdeel f, van de Mediawet, en (2-) het toegangsconflict moet betrekking hebben op een 'omroepnetwerk' in de zin van artikel 1.1 van de Telecommunicatiewet.

5. De d-g NMa kan geschillen tussen een aanbieder van een omroepnetwerk en een programma-aanbieder behandelen op grond van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet. De afstemmingsprocedure tussen het college en de dg NMa is vastgelegd in het Samenwerkingsprotocol (Staatscourant 1999, nr. 2), dat is opgesteld op basis van artikel 18.3 van de Telecommunicatiewet. Uitgangspunt hierbij is dat het college het voortouw zal nemen bij de behandeling van geschillen. Voor zover het college niet bevoegd is op grond van de Telecommunicatiewet, kan de d-g NMa het geschil behandelen op grond van de Mededingingswet.

6. De onderhavige bevoegdheden van het college en de d-g NMa tot geschillenbeslechting vertonen raakvlakken met bevoegdheden van andere bestuursorganen, met name met die van het Commissariaat van de Media in het kader van de toetsing bedoeld in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet. In voorkomende gevallen zullen het college en de d-g NMa desgewenst naar afstemming zoeken.

Nadere uitwerking beoordelingskaders

7. In het kader van deze richtsnoeren brengen het college en de d-g NMa een onderscheid aan in drie functies die een aanbieder van een omroepnetwerk kan vervullen, te weten (1-) de functie van aanbieder van de netwerkinfrastructuur, (2-) de functie van aanbieder van het standaardpakket¹, en (3-) de functie van aanbieder van andere diensten, zoals bijvoorbeeld programma's en telecommunicatiediensten. Onderhavige richtsnoeren hebben in beginsel alleen betrekking op de twee eerstgenoemde functies van de aanbieder van omroepnetwerken.

8. De door een programma-aanbieder voorgelegde geschillen kunnen betrekking hebben op één of meer van de vol-

gende typen conflicten: (a-) conflicten over de hoogte van de gevraagde doorgiftevergoedingen, (b-) conflicten over andere toegangsvoorwaarden, en (c-) conflicten als gevolg van toegangsweigering.

9. Bij de beoordeling van geschillen over de hoogte van de door een aanbieder van een omroepnetwerk gevraagde doorgiftevergoedingen, zullen de volgende uitgangspunten gehanteerd worden.

Daar waar in deze richtsnoeren sprake is van een prijs van een dienst of een activiteit, wordt daaronder verstaan de kosten van die dienst of die activiteit, bepaald op grond van de principes van de integrale kostencalculatie op basis van historische kosten (fully allocated costs), inclusief afschrijvingen en exclusief betaalde rente, doch inclusief een redelijke rendementsvergoeding op het geïnvesteerde vermogen, voor zover relevant voor de betreffende dienst of activiteit.

Toerekening netwerkkosten

10. In de functie van aanbieder van infrastructuur dient de aanbieder van een omroepnetwerk aan 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. Deze verplichtingen gelden ook ten aanzien van de aanbieder van het omroepnetwerk zelf indien hij gebruik maakt van zijn infrastructuur voor het aanbieden van programma-pakketten of andere diensten.

11. Onder een kostengeoriënteerde kanaalprijs wordt door het college en de d-g NMa het volgende verstaan: a) bij de berekening van deze prijs wordt het boven beschreven principe van integrale kostencalculatie op basis van historische kosten gehanteerd, waarbij de kosten bepaald worden van de verschillende elementen waaruit het omroepnetwerk is opgebouwd; b) slechts de kosten voor die elementen van de netwerkinfrastructuur die daadwerkelijk bij het transport van een bepaalde dienst worden gebruikt, mogen, naar rato van het gebruik dat

van dat element wordt gemaakt, worden doorberekend in de kostengeoriënteerde kanaalprijs voor die dienst; kosten die niet specifiek toegerekend kunnen worden, dienen omgeslagen te worden over de verschillende programma- en dienstenaanbieders op grond van het effectieve capaciteitsbeslag²;

c) de omvang van de door de aanbieder van een omroepnetwerk aan te houden capaciteit³ 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 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;

d) door digitalisering van het omroepnetwerk mogen programma- en dienstenaanbieders in beginsel niet gedwongen worden de bandbreedte van een analogo 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 onder c) 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.

e) binnen redelijke grenzen is het de aanbieder van het omroepnetwerk toegestaan de aanbieder van een programma of een dienst gedurende een aanloopfase van maximaal twee jaren een korting te verlenen op de kostengeoriënteerde kanaalprijs, met dien verstande dat deze korting uit de algemene middelen van de aanbieder van het omroepnetwerk gefinancierd⁴ wordt. De verleende korting dient in ieder geval binnen vijf aansluitende jaren

door de desbetreffende programma- en dienstenaanbieder te worden terugbetaald middels een opslag op de kostengeoriënteerde kanaalprijs. Deze korting dient gebaseerd te zijn op een transparante, objectieve en non-discriminatoire kortingsregeling, die door de aanbieder van het omroepnetwerk vooraf gepubliceerd dient te worden.

Bepaling doorgiftevergoeding

12. Voor een programma-aanbieder die slechts gebruik maakt van de infrastructuur⁵, geldt de hierboven gedefinieerde kostengeoriënteerde kanaalprijs, verhoogd met de specifiek aan de doorgifte van dit programma toe te rekenen kosten, als maximaal te betalen doorgiftevergoeding.

13. Voor zover er sprake is van een doorgifte om niet van de in artikel 82 i, eerste lid, van de Mediawet genoemde programma's, dient de doorgifte van deze programma's te worden gefinancierd uit de abonnementsinkomsten. Indien de aanbieder van het omroepnetwerk verplicht is⁶ naast de bovengenoemde 'must carry' programma's nog meer programma's om niet door te geven, dient de doorgifte van deze programma's eveneens volledig voor rekening van de kabelabonnees te komen. Doorgifte van deze programma's dient dan volledig uit additionele abonnementsinkomsten te worden gefinancierd.

14. De doorgiftevergoeding⁷ die aan een aanbieder van een programma in rekening gebracht mag worden voor het doorgeven van een programma in het standaardpakket van de aanbieder van het omroepnetwerk mag niet hoger zijn dan de onder 11 genoemde kostengeoriënteerde kanaalprijs, verhoogd met:

- a) de specifiek aan de doorgifte van dit programma toe te rekenen kosten, zoals bijvoorbeeld auteursrechten; en
- b) een evenredig⁸ deel van de voor de aanbieder van het omroepnetwerk optredende kosten van het aanbieden van het onderhavige programmapakket welke niet aan specifieke programma's binnen dit pakket zijn toe te wijzen, zoals bijvoorbeeld de kosten van de inning van abonnementsgelden; en vermindert met:
- c) een aan het programma toe te rekenen gedeelte van de eventueel met dit programmapakket gegenereerde netto-abonnementsinkomsten.

De netto-abonnementsinkomsten bestaan uit het totaal van de door de

aanbieder van een omroepnetwerk met het desbetreffende pakket gegenereerde abonnementsinkomsten, verminderd met de doorgifteprijzen ('prijs' zoals in 9 omschreven) die verbonden zijn met de doorgifte om niet van de hierboven onder 13 genoemde programma's.

15. Indien er sprake is van netto-abonnementsinkomsten van een standaardpakket, dan dienen deze toegerekend te worden aan de verschillende programma's in dit pakket, waarbij er een uitzondering wordt gemaakt voor de onder 13 genoemde programma's. De toerekening van de netto-opbrengst dient plaats te vinden op basis van een transparante, non-discriminatoire en objectieve methode, bijvoorbeeld naar rato van de relatieve economische waarde van het programma voor de aanbieder van het omroepnetwerk⁹. Deze economische waarde van het programma voor de aanbieder van het omroepnetwerk dient eveneens bepaald te worden via een transparante, non-discriminatoire en objectieve methode, waarbij gedacht kan worden aan een rangschikking op basis van kijkcijfers, op basis van advies van de programmaraad of op basis van een consumentenonderzoek naar zenderwaarderingscijfers.

16. Een aanbieder van een omroepnetwerk dient vooraf bekend te maken op welke wijze hij de doorgiftevergoedingen zal vaststellen.

17. Doorgiftevergoedingen mogen niet, al dan niet doelbewust, zodanig laag worden vastgesteld dat daarmee het ontstaan of de ontwikkeling van concurrerende netwerken wordt verhindert.

Andere toegangsvoorwaarden

18. Bij de beoordeling van geschillen over andere toegangsvoorwaarden dan de gevraagde doorgiftetarieven zullen deze voorwaarden op hun redelijkheid worden getoetst. Bij deze toetsing zal het belang van de aanbieder van een omroepnetwerk bij het stellen van deze voorwaarden afgewogen worden tegen het belang van de programma-aanbieder. Afspraken met betrekking tot exclusiviteit¹⁰ tussen de aanbieder van het omroepnetwerk en een andere programma-aanbieder zullen niet worden geaccepteerd.

19. Bij de beoordeling van geschillen over toegangsweigering zullen de volgende uitgangspunten gehanteerd worden. Het weigeren door de aanbieder

van een omroepnetwerk van toegang tot het netwerk aan een programma-aanbieder is in beginsel slechts toegestaan indien de beschikbare netwerkcapaciteit tekort schiet, of indien de programma-aanbieder weigert een redelijke kostengeoriënteerde doorgiftevergoeding te betalen, of indien de technische integriteit van het netwerk in gevaar komt door doorgifte van het programma. Een beroep op een tekort aan capaciteit is alleen aanvaardbaar indien bij de beoordeling van het verzoek door de aanbieder van het netwerk de capaciteit van het hele netwerk in overweging is genomen.

20. Het college en de d-g NMa zullen zeer terughoudend zijn bij eventuele conflicten over de samenstelling van het standaardpakket. Er zal wel op worden toegezien dat de toewijzing van netwerkcapaciteit door een aanbieder van een omroepnetwerk (in zijn functie van aanbieder van infrastructuur) aan aanbieders van programma's en programmapakketten op een zorgvuldige, redelijke, transparante en non-discriminatoire manier plaatsvindt.

Inwerkingtreding

21. Deze richtsnoeren treden in werking met ingang van de dag na publicatie ervan in de Nederlandse Staatscourant.

*Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit,
namens het college,
J.C. Arnbak, voorzitter.*

*De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit,
A.W. Kist.*

¹ Dit is het pakket dat de aanbieder van het omroepnetwerk aan alle aangeslotenen aanbiedt. Dit standaardpakket bevat in ieder geval het in artikel 82i van de Mediawet omschreven programmapakket (het 'basispakket').

² Met het effectieve capaciteitsbeslag wordt bedoeld de netwerkcapaciteit, uitgedrukt in kanalen, die de programma- of dienstenaanbieder ter beschikking staat. Het gaat hier dus om daadwerkelijk gebruikte en gereserveerde capaciteit. Daar waar het effectieve capaciteitsbeslag van de verschillende programma- en dienstenaanbieders per netvlak verschilt, dient de omslag ook per netvlak naar rato van het effectieve capaciteitsbeslag in dat netvlak plaats te vinden.

³ De totale capaciteit van het omroepnetwerk bestaat uit de volgende componenten: capaciteit die daadwerkelijk benut wordt voor het doorgeven van programma's of diensten, capaciteit die gereserveerd is voor aanbieders van programma's of diensten ten behoeve van toekomstig gebruik, capaciteit die om technische redenen niet benut kan worden en capaciteit die nog geen bestemming heeft. De twee laatstgenoemde componenten vormen de onbenutte capaciteit.

⁴ Hiermee wordt bedoeld dat deze korting niet mag worden gefinancierd uit een verhoging van de doorgifte-tarieven voor andere aanbieders van programma's of diensten of uit een verhoging van de eindgebruikerstarieven.

⁵ Dit in tegenstelling tot opname van het programma van een programma-aanbieder in een pakket van een aanbieder van een omroepnetwerk, waarbij laatstgenoemde de contractuele relatie met de eindgebruiker onderhoudt.

⁶ Bijvoorbeeld op grond van een overeenkomst met de betrokken gemeente.

⁷ Deze doorgiftevergoeding kan negatief zijn. Dit betekent dat het mogelijk is dat de programma-aanbieder een vergoeding ontvangt van de aanbieder van het omroepnetwerk.

⁸ Naar rato van het effectieve capaciteitsbeslag.

⁹ Uitdrukkelijk uitgesloten is hierbij een toerekening op basis van de economische waarde die het programma voor de programma-aanbieder heeft, bijvoorbeeld op basis van reclame-inkomsten.

¹⁰ Hiermee worden bijvoorbeeld bedoeld afspraken inhoudende dat de aanbieder van het omroepnetwerk bepaalde programma's van zijn netwerk zal weren of dat de programma-aanbieder zal afzien van het gebruik van andere infrastructuren voor de doorgifte van zijn programma's.