

Vergaderjaar 2005–2006

29 834

Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met een herziening van het nationale beleid ten aanzien van de aanleg van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken

Nr. 8

NOTA VAN WIJZIGING

Ontvangen 3 oktober 2005

Het voorstel van wet wordt gewijzigd als volgt:

A

In artikel I wordt na onderdeel A een nieuw onderdeel ingevoegd, luidende:

Aa

Aan artikel 1.1 wordt, onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel zz door een puntkomma, het volgende onderdeel toegevoegd:
aaa. programmadienst: dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat uit het aanbieden van programma's aan het algemene publiek of een deel daarvan.

B

In artikel I wordt na onderdeel B een nieuw onderdeel ingevoegd, luidende:

Ba

In hoofdstuk 6a wordt na § 6a.6 een nieuwe paragraaf ingevoegd, luidende:

§ 6a.7 Verplichtingen voor aanbieders van programmadiensten die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht

Artikel 6a.21

1. Het college bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht relevante markten voor het aanbieden van programmadiensten waarvan de kenmerken zodanig zijn dat het opleggen van de in de artikelen 6a.12 tot en met 6a.15 bedoelde verplichtingen passend kan zijn.

2. Het college onderzoekt de overeenkomstig het eerste lid bedoelde

markten zo spoedig mogelijk. Het onderzoek is er in ieder geval op gericht om vast te stellen:

a. of de desbetreffende markt al dan niet daadwerkelijk concurrerend is en of hierop ondernemingen die programmadiensten aanbieden actief zijn die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en

b. welke verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.12 tot en met 6a.15 passend zijn voor de onder a bedoelde ondernemingen.

3. Indien uit een onderzoek, bedoeld in tweede lid, blijkt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen die programmadiensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en:

a. legt hij ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.12 tot en met 6a.15 op;

b. houdt hij eerder opgelegde verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in stand indien zij nog steeds passend zijn, of

c. trekt hij eerder opgelegde verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in, indien zij niet langer passend zijn.

4. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder «eindgebruiker», bedoeld in de artikelen 6a.12 tot en met 6a.15, verstaan: een natuurlijk persoon of rechtspersoon die gebruik maakt of verzoekt om een programmadienst.

5. De artikelen 6a.1, zesde, zevende en achtste lid, 6a.2, derde lid, 6a.3, eerste en tweede lid, 6a.4, 6a.5, 6b.1, 6b.3 en 6b.6 zijn van overeenkomstige toepassing.

C

Na artikel III wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

ARTIKEL IIIA

Artikel 82j van de Mediawet vervalt.

Toelichting

1. Verplichtingen voor aanbieders van televisie- en radio-programma's met aanmerkelijke marktmacht

Algemeen

Met deze wijziging wordt invulling gegeven aan de in de brief van 19 mei 2005 (Kamerstukken 2004–05, 26 643 en 27 088, nr. 62, p. 2 en 3) gedane toezegging van de Staatssecretaris van Onderwijs Cultuur en Wetenschappen en mij om te komen met aanvullende wetgeving die zekerstelt dat de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) in alle gevallen waarin geen sprake is van daadwerkelijke concurrentie de kabeltarieven voor afnemers kan reguleren. In voornoemde brief is aan de Kamer meegedeeld dat de hiervoor nodige wetgeving zou plaatsvinden door middel van een aanpassing van de Mediawet. Dit lag voor de hand omdat het hier gaat om de regeling van tarieven van programmapakketten, dus om «inhoud», het onderwerp van de Mediawet en niet om «elektronisch transport», het onderwerp van de Telecommunicatiewet. Om verschillende redenen is er echter voor gekozen de benodigde wetgeving tot stand te brengen door een aanpassing van de Telecommunicatiewet. Introductie in de Mediawet van het reeds in hoofdstuk 6a van de wet vervatte regime van marktonderzoek en marktafbakening zou hebben geleid tot een relatief omvangrijke aanpassing van de Mediawet, terwijl de aanpassing in de Telecommunicatiewet voor wat betreft de omvang relatief beperkt is. Aangezien het voor de regulering van kabeltarieven beoogde regime

nauw aansluit bij het bedoelde reeds in de Telecommunicatiewet vastgelegde toezichtsregime, heeft het bovendien de voorkeur die door OPTA uit te voeren regelgeving te concentreren in de Telecommunicatiewet.

Met deze wijziging van hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet komt tevens artikel 82j van de Mediawet te vervallen. Dit artikel uit de Mediawet biedt de grondslag om bij algemene maatregel van bestuur de tarieven van het zogenoemde basispakket aan een maximumtarief te onderwerpen. Artikel 82j van de Mediawet sluit niet goed aan bij de Telecommunicatiewet, omdat artikel 82j van de Mediawet uitgaat van een andere systematiek voor het opleggen van tariefmaatregelen. Ook overlappen beide regimes elkaar zodat een onduidelijke bevoegdheidsverdeling zou ontstaan indien bedoeld artikel zou blijven bestaan.

De voorgestelde nieuwe paragraaf 6a.7 voorziet in opleggen van verplichtingen door OPTA aan ondernemingen die televisieof radioprogramma's aanbieden en die daarmee op een relevante programmamarkt beschikken over een aanmerkelijke marktmacht. De verplichtingen zijn er op gericht om misbruik door die ondernemingen te voorkomen. Een van de belangrijkste verplichtingen die in dit verband kan worden opgelegd is een verplichting met betrekking tot de hoogte van de tarieven, zoals bijvoorbeeld de verplichting om aan afnemers een kostengeoriënteerd tarief te rekenen.

Taken en bevoegdheden OPTA

Artikel 6a.21, eerste lid, draagt OPTA op om potentiële «probleemmarkten» te bepalen, dat wil zeggen relevante markten waarvan de kenmerken zodanig zijn dat ex ante verplichtingen passend kunnen zijn. Wanneer uit het marktonderzoek (het tweede lid) blijkt dat een aanbieder van programmadiensten beschikt over een aanmerkelijke marktmacht, dan geeft het derde lid OPTA de bevoegdheid om zonodig passende verplichtingen op te leggen. Het gaat hierbij om dezelfde verplichtingen die OPTA kan opleggen aan aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten met aanmerkelijke macht op een eindgebruikersmarkt (zie de artikelen 6a.12 tot en met 6a.15 van de wet).

Onderstaand ga ik in op de belangrijkste verplichtingen die OPTA kan opleggen aan aanbieders van programmadiensten:

1. Non-discriminatieverplichting (6a.12, onderdeel a)

Een non-discriminatieverplichting houdt in dat een aanbieder afnemers in gelijke gevallen gelijk moet behandelen. Een non-discriminatieverplichting voorkomt bijvoorbeeld dat een aanbieder voor dezelfde diensten verschillende tarieven rekent, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging is.

2. Ontbundeling van het aanbod (6a.12, onderdeel b)

Op grond van artikel 6a.21, derde lid, en artikel 6a.12, onderdeel b, kan OPTA de ontbundeling van een programmadienst van andere diensten voorschrijven. Met die verplichting wordt bereikt dat de programma-aanbieder het programma afzonderlijk moet aanbieden van andere diensten die hij tevens levert aan zijn afnemers, zoals bijvoorbeeld kabelinternet of kabeltelefonie.

3. Prijsmaatregel (6a.13 en 6a.14)

Een van de belangrijkste verplichtingen die OPTA kan opleggen is een verplichting met betrekking tot de hoogte van de tarieven (verder: prijsmaatregel). Een prijsmaatregel beperkt een onderneming in meer of mindere mate in haar vrijheid om zelfstandig haar tarieven vast te stellen.

Hieronder wordt, kort gezegd, verstaan een verplichting die uitgaande van de kosten, verhoogd met een redelijk rendement, een boven-, ondergrens of beide stelt aan de tarieven die in rekening mogen worden gebracht. Met een prijsmaatregel kan worden voorkomen dat een onderneming die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht buitensporig hoge prijzen vraagt of afbraakprijzen rekent.

4. Voorafgaande goedkeuring van tarieven (artikel 6a.14)

Indien OPTA een prijsmaatregel oplegt, kan OPTA tevens de verplichting opleggen om géén nieuwe of gewijzigde tarieven in te voeren dan nadat OPTA deze heeft goedgekeurd. Van belang is dat deze verplichting alleen kan worden opgelegd in combinatie met een prijsmaatregel als bedoeld in artikel 6a.13, eerste lid. Het college dient immers een referentiekader te hebben om de voorgenomen tarieven te beoordelen. Met een verplichting als bedoeld in het eerste lid kan vooraf bewerkstelligd worden dat geen tarieven in rekening worden gebracht die in strijd zijn met een prijsmaatregel. Hierbij zij nog opgemerkt dat ondernemingen bij de vaststelling van hun afnemerstarieven natuurlijk wel rekening kunnen houden met overige inkomsten, zoals reclame-inkomsten.

Voor alle duidelijkheid wijs ik erop dat krachtens artikel 6a.21 van de wet uitsluitend verplichtingen kunnen worden opgelegd aan aanbieders van programmadiensten¹. Per definitie zijn die aanbieders actief op een retail markt (eindgebruikersmarkt). Dit betekent dat de whole sale levering van programma's (groothandelslevering) aan bijvoorbeeld omroepen of kabelbedrijven niet geraakt kan worden door een krachtens artikel 6a.21 opgelegde verplichting. Voor een nadere toelichting op de verplichtingen die OPTA kan opleggen aan aanbieders met aanmerkelijke marktmacht, verwijs ik naar de toelichting op de artikelen 6a.1 tot en met 6a.4 en 6a.12 tot en met 6a.15 van de wet (Kamerstukken 2002-03, 28 851, nr. 3, p. 111-127). Ook zij nog opgemerkt dat de in artikel 6a.21, vijfde lid, opgenomen van overeenkomstige toepassingsverklaring van de hiervoor genoemde artikelleden betekent, dat alleen deze leden van overeenkomstige toepassing zijn en niet de leden waarnaar de van overeenkomstig van toepassing verklaarde leden op hun beurt verwijzen.

Verhouding met het bestaande aanmerkelijke marktmacht-regime voor de elektronische communicatiesector

Paragraaf 6a.7 vormt het complement op paragraaf 6a.1 van de wet. Immers, paragraaf 6a.1 heeft betrekking op diensten die geheel of *hoofdzakelijk* bestaan uit *transport* van gegevens/informatie, terwijl het hier voorgestelde regime ziet op diensten die geheel of *hoofdzakelijk* bestaan uit het aanbieden van «*inhoud*»; namelijk op het aan het algemeen publiek of een deel daarvan ter beschikking stellen van een of meer televisie- of radioprogramma's. In de praktijk zijn er op de markt aanbieders actief die zowel de programmadienst als het transport als één dienst aanbieden. Wanneer dit het geval is zal moeten worden vastgesteld of:

- a) deze ene dienst hoofdzakelijk valt te beschouwen als een dienst waarbij het transport voorop staat. In dat geval valt de dienst onder de werking van paragraaf 6a.1 van de wet;
- b) deze ene dienst is te beschouwen als een dienst waarbij de levering van televisie- of radioprogramma's (inhoud) voorop staat, in welk geval artikel 6a.21 van toepassing is, dan wel
- c) deze ene dienst feitelijk gezien bestaat uit twee diensten, namelijk een openbare elektronische communicatiedienst (transport) en een programmadienst (inhoudsdienst). In dat geval zijn beide regime's van toepassing.

¹ De zinsnede «het algemene publiek of een deel daarvan» in de definitie van programmadiensten maakt duidelijk dat artikel 6a.21 alleen betrekking kan hebben op de retail levering van programma's (in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel f, van de Mediawet) en niet op de eventuele whole sale leveringen aan bijvoorbeeld kabelbedrijven.

In al deze gevallen wordt met de hier voorgestelde bepalingen bereikt dat zowel het aanbieden van programma's als het transport van programma's kan worden gereguleerd door OPTA, ook als beide activiteiten door dezelfde onderneming worden uitgevoerd. Bij het bestaan van een aanmerkelijke macht op de relevante markt(en) vallen beide diensten (transport, inhoud) onder eenzelfde regime. Zo zal, bijvoorbeeld, de aanbieder van een omroepnetwerk die, zoals in de huidige praktijk meestal het geval is, naast het verzorgen van transport voor zijn klanten hen één of meer programmapakketten aanbieden met het totale tarief, dat wil zeggen het tarief voor het afgenomen programma-pakket en het tarief voor het transport onderworpen kunnen zijn aan tariefregulering, aannemende dat hij op de of beide relevante markt(en) beschikt over een aanmerkelijke marktmacht.

De in artikel 6a.21 neergelegde systematiek voor het bepalen en onderzoeken van relevante markten en het opleggen van passende verplichtingen is ontleend aan het bestaande regime dat OPTA thans reeds toepast voor de elektronische communicatiesector (zie paragraaf 6a.1). Aangezien artikel 6a.21 -in tegenstelling tot het bestaande regime voor de elektronische communicatiesector- niet strekt tot implementatie van Europese richtlijnen, verschilt artikel 6a.21 op enkele kleine punten van het bestaande regime (paragraaf 6a.1). Het belangrijkste verschil tussen beide regimes is dat OPTA bij het bepalen van relevante «probleemmarkten» voor de levering van programmadiensten geen rekening hoeft te houden met de aanbeveling van de Europese Commissie inzake relevante producten dienstenmarkten voor de elektronische communicatiesector. Gevolg hiervan is dat OPTA zelfstandig, d.w.z. los van de Europese Commissie, de «probleemmarkten» moet bepalen¹.

De uit deze wijziging voortvloeiende taken zijn net als de andere taken in hoofdstuk 6a opgedragen aan de OPTA, zodat wordt bereikt dat, onafhankelijk van de beantwoording van de vraag of het aanbieden en transporteren van programma's marktanalytisch moet worden beschouwd als twee afzonderlijke diensten of juist als één dienst (hoofdzakelijk transport of «content»), het altijd hetzelfde orgaan is dat onder dezelfde omstandigheden met dezelfde middelen kan optreden. Hiermee wordt de consistentie van het sectorspecifieke optreden van de overheid gewaarborgd.

Artikel 82j van de Mediawet

De bestaande mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur in de kabeltarieven in te grijpen komt te vervallen. Niet alleen wordt op deze manier uitgesloten dat bij algemene maatregel van bestuur onderwerpen worden geregeld die (exclusief) onder het regime van hoofdstuk 6a van de wet (moeten) vallen, maar bovendien wordt voorkomen dat een maatregel wordt getroffen die geen rekening houdt met de verschillen tussen de diverse aanbieders, zowel wat betreft hun positie op de markt als een de structuur van de door hen gemaakte kosten. Het huidige artikel 82j van de Mediawet voorziet immers, hoewel er de mogelijkheid is om onderscheid te maken tussen diverse categorieën aanbieders, slechts in de mogelijkheid om voor alle aanbieders van omroepnetwerken, ongeacht hun positie op de markt, een bepaald maximum tarief vast te stellen.

Een ander belangrijk verschil met de huidige regeling in de Mediawet is gelegen in het feit dat de hier voorgestelde bepalingen betrekking hebben op alle door een aanbieder aangeboden programmapakketten, terwijl de huidige bepaling (82j Mediawet) slechts ziet op het tarief voor het zogenoemde basispakket. Dit is met name van belang sinds de uitspraak

¹ De formulering van artikel 6a.21, eerste lid, is ontleend aan artikel 15, eerste lid, van de Kaderrichtlijn (richtlijn nr. 2002/21/EG). Laatstgenoemd lid regelt dat de Europese Commissie een aanbeveling moet opstellen met relevante markten in de elektronische communicatiesector die voor ex ante regulering in aanmerking kunnen komen. Voordeel van deze formulering is dat OPTA niet alle relevante markten voor het aanbieden van programmadiensten hoeft te bepalen, maar dat OPTA zich kan concentreren op de markten waarin redelijkerwijs ingrijpen gerechtvaardigd kan zijn. OPTA kan, maar dit hoeft niet, kiezen voor dezelfde benadering die de Europese Commissie heeft gehanteerd voor de elektronische communicatiesector; dat wil zeggen eerst in de criteria vaststellen waaraan «probleemmarkten» moeten voldoen en op basis van deze criteria vaststellen welke markten bepaald worden. OPTA zou deze criteria bijvoorbeeld kunnen vastleggen in beleidsregels.

van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in het geding tussen het Commissariaat voor de Media en kabelexploitant Casema in de zogenoemde «Bollenstreek zaak» (uitspraak van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 28 juli 2004, zaaknummer 200400154). Deze uitspraak heeft in de praktijk als gevolg dat kabelexploitanten in voorkomende gevallen een zwaarwichtige reden hebben om van een advies van de programmaraad af te wijken indien een commerciële omroep, om wat voor reden dan ook, geen toestemming geeft zijn programma op te nemen in het basispakket.

Een belangrijk gevolg van de uitspraak is dat kabelexploitanten en de commerciële omroepen samen overeen kunnen komen de programma's van deze omroepen niet in het basispakket te plaatsen, maar in het deel van het programmapakket waarop een mogelijke prijsmaatregel op grond van de Mediawet geen betrekking heeft. Populaire programma's van de commerciële omroepen kunnen zo aan de werking van een mogelijke prijsmaatregel worden onttrokken. Een dergelijke prijsmaatregel gaat dan niet meer over het pakket programma's waarvoor deze is bedoeld. Bovendien is de verwachting dat de aankondiging van een dergelijke prijsmaatregel op grond van artikel 82j Mediawet dit effect nog eens versterkt. Dit betekent dat de effectiviteit van een prijsmaatregel op grond van artikel 82j Mediawet sterk wordt gereduceerd.

Verhouding met de Mededingingswet

Zoals eerder aangegeven sluit paragraaf 6a.7 nauw aan bij de systematiek waarmee telecoomaanbieders met aanmerkelijke marktmacht worden gereguleerd. Beide regimes (telecom, omroepprogramma's) sluiten op hun beurt weer nauw aan bij de Mededingingswet. De wijze waarop relevante markten moet afgebakend en de definitie van aanmerkelijke marktmacht komen overeen met de werkwijze van de NMa op grond van de Mededingingswet. Om consistentie bij de toepassing van deze begrippen te waarborgen, is nauwe samenwerking tussen OPTA en de NMa belangrijk. Het samenwerkingsprotocol dat beide organisaties hebben gesloten voorziet daar reeds in.

Voor wat betreft het nemen van maatregelen blijven er echter belangrijke verschillen bestaan. De Mededingingswet kent een vooral repressief systeem, waarbij wordt opgetreden tegen feitelijk misbruik van economische machtsposities. Het regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector en omroepprogramma's is vooral gericht op het voorkomen van misbruik. Om die reden kunnen ook aan partijen met aanmerkelijke marktmacht bepaalde verplichtingen worden opgelegd indien er nog geen sprake is van misbruik. Deze aanpak is noodzakelijk om de transitie naar een concurrerende markt op effectieve wijze te kunnen bevorderen.

Sommige zaken kunnen zowel op grond van de Mededingingswet als op grond van de Telecommunicatiewet worden behandeld. Het samenwerkingsprotocol zorgt voor een adequaat kader voor de verdeling van werkzaamheden tussen het college en de NMa bij een dergelijke samenloop, zodat inefficiënties vermeden kunnen worden.

2. Administratieve lasten

Ten aanzien van de administratieve lasten die uit de hier voorgestelde wetgeving (kunnen) voortvloeien is een inschatting gemaakt door het onderzoeksbureau EIM. Daarbij is uitgegaan van informatie/aanamen van OPTA omtrent de toepassing van de voorgestelde regelgeving. Zo gaat OPTA er vanuit dat de in het kader van de analyse van de omroeptrans-

portmarkt verstrekte informatie ten dele ook bruikbaar is bij de uitoefening van de taken ten gevolge van de hier voorgestelde wetgeving. Voorts verwacht OPTA dat eventuele tariefregulering voornamelijk betrekking zal hebben op dezelfde (vijf) aanbieders als die in de ontwerpbesluiten ten aanzien van de omroeptransportmarkt worden genoemd en dat een eventuele tariefmaatregel vooralsnog de vorm zal hebben van een geïndexeerd tariefplafond.

Uitgaande van deze vooronderstellingen verwacht EIM bij inwerking-treding van de wetwijziging eenmalige administratieve lasten van € 120 000. De (minimale) structurele administratieve lasten worden geraamd op € 72 000.

3. Uitvoeringstoets OPTA

Een ontwerp van dit besluit is ingevolge artikel 5 van het Informatiestatuut Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit voor een zogenoemde uitvoeringstoets bij brief van 4 augustus 2005, kenmerk TP/OT 5048888, voorgelegd aan de OPTA. In de uitvoeringstoets (brief 6 september 2005, kenmerk OPTA/JUZ/2005/202366) geeft OPTA aan verheugd te zijn over de voorgestelde wetwijziging omdat deze haar instrumentarium op een zodanig complementaire wijze aanvult dat een eventueel misbruik van macht jegens de consument door aanbieders van programmadiensten kan worden voorkomen. Voorts maakt OPTA een aantal opmerkingen van meer wetstechnische aard die verwerkt zijn in de voorliggende toelichting. Het voorstel van OPTA om de in de omschrijving van het begrip programmadienst voorkomende zinsnede «het aanbieden van programma's aan het algemeen publiek of een deel daarvan» te laten vervallen omdat de in deze zinsnede vervatte eis al voorkomt in de omschrijving van het begrip programma, is niet overgenomen. De zinsnede maakt expliciet dat van een programmadienst pas is sprake als er *daadwerkelijk* aan het (algemeen) publiek (of een deel daarvan) wordt aangeboden. Het is met andere woorden onvoldoende, dat het elektronische produkt, het programma, bestemd is om te worden aan het publiek te worden aangeboden is.

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst