

a. Juridisch kader

- Artikel 82i, eerste lid, Mediawet bepaalt dat er via de kabel ten minste 15 televisiezenders en 25 radiozenders moeten worden doorgegeven (het basispakket). Dit pakket dient in ieder geval de
MLB/JZ/2001/14.696

in dit artikellid genoemde zenders te omvatten (de must carry zenders). Uit het gebruik van de zinsnede "ten minste" volgt dat er ook meer dan 15 televisiezenders en 25 radiozenders mogen worden doorgegeven. In de praktijk is dat het geval. Het gehele pakket dat aan alle aangeslotenen tegen het normale abonnementstarief wordt aangeboden pleegt te worden aangeduid als het standaardpakket.

- De programmaraad adviseert de kabelexploitant over de samenstelling van het wettelijk minimumpakket, dus over 15 televisiezenders en 25 radiozenders (artikel 82k, eerste lid, Mediawet). De kabelexploitant kan slechts om zwaarwichtige redenen afwijken van dit advies (artikel 82k, tweede lid, Mediawet).
- Het Commissariaat is belast met de bestuursrechtelijke handhaving van onder meer artikel 82k, tweede lid, Mediawet. Geschillen over toegangswegeringen terzake van het wettelijk minimumpakket van 15 televisiezenders en 25 radiozenders worden dan ook door het Commissariaat beoordeeld. Het Commissariaat beoordeelt dan de zwaarwegende redenen die de kabelexploitant aanvoert om al dan niet af te wijken van het advies van de programmaraad. In het coördinatieoverleg tussen OPTA en Commissariaat is afgesproken dat, indien de zwaarwegende redenen die de kabelexploitant aanvoert worden ingegeven door bedrijfseconomische overwegingen, het Commissariaat gebruik zal maken van de expertise van OPTA op dit punt door middel van consultatie of door middel van het vragen om advies.
- De kabelexploitant kan de programmaraad daarnaast advies vragen over de overige programma's die hij naar alle aangeslotenen op de kabel uitzendt. Geschillen over toegangswegeringen ter zake van dit gedeelte van het standaardpakket worden door OPTA beoordeeld (artikel 8.7 Telecommunicatiewet). OPTA heeft al eens beslist dat een programmaraad ook zwaarwegend kan adviseren over dit gedeelte van het standaardpakket, indien daaraan een contractuele gebondenheid van de kabelexploitant ten grondslag ligt. Een dergelijk zwaarwegend advies berust dan dus niet op de Mediawet.
- OPTA gaat bij zijn beoordeling uit van richtsnoeren. Daarin is o.a. neergelegd dat OPTA zich bij conflicten over de samenstelling van het standaardpakket zeer terughoudend zal opstellen en zal volstaan met de toetsing of de toegang tot de kabel op een zorgvuldige, redelijke, transparante en non-discriminatoire manier plaatsvindt.

b. Rolverdeling in geschil MCM-Castel

In het geschil MCM-Castel ging het MCM in een bepaalde regio primair om toelating van een televisieprogramma tot het wettelijk minimumpakket en subsidiair tot het standaardpakket boven het wettelijk minimumpakket en in de overige regio's om toelating tot het standaardpakket boven het wettelijk minimumpakket. Dit verklaart waarom zowel het Commissariaat als OPTA bij dit geschil waren betrokken.

Het Commissariaat beperkte zich bij zijn besluit tot de conclusie dat de stelling van MCM dat Castel bij het weigeren van de toegang van haar programma tot het wettelijk minimumpakket was afgeweken van het programmaraadadvies, niet juist was, omdat er naar het oordeel van het Commissariaat een advies voorlag dat die toegangsweigering dekte. De daarop gebaseerde klacht van MCM kon dan ook niet leiden tot ingrijpen door het Commissariaat. Het Commissariaat heeft in zijn besluit de nadruk gelegd op zijn terughouding waar het gaat om het in de plaats stellen van zijn oordeel voor dat van de betrokken programmaraad over de in de betrokken regio gewenste pluriformiteit van het programma-aanbod op de kabel.

Gelet op de voorgeschiedenis achtte OPTA het besluit van de programmaraad niet doorslaggevend. Voor OPTA was van belang dat de kabelexploitant in navolging van de programmaraden als enige reden voor de toegangsweigering aanvoerde dat haar beleid inhield dat zij geen vergoedingen betaalde aan haar programma-aanbieders. Dit beleid werd naar de mening van OPTA echter niet stelselmatig toegepast, omdat de betrokken kabelexploitant aan andere programma-aanbieders wel vergoedingen betaalde. OPTA constateerde dan ook dat het betrokken beleid niet transparant en/of MLB/JZ/2001/14.696

non-discriminatoir was waar het gaat om de toegang tot het standaardpakket. Daarbij heeft OPTA net als het Commissariaat het primaat van beoordelen uitdrukkelijk neergelegd bij de programmaraad, mits er bij de kabelexploitant sprake is van gepubliceerd beleid waarin wordt aangegeven onder welke voorwaarden men bereid is programma-aanbieders wel of niet te betalen.

Naar mijn mening is de rolverdeling tussen OPTA en het Commissariaat helder. Verder is mij bekend dat er afstemming tussen OPTA en het Commissariaat plaatsvindt voordat door OPTA of het Commissariaat een besluit over de toegang tot de kabel van een programma-aanbieder wordt genomen. Overigens merk ik op dat toegang tot omroepnetwerken en de rol van OPTA daarbij verder wordt verduidelijkt in het thans in voorbereiding zijnde voorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet¹. Dit voorstel voorziet onder meer in een wijziging en verdere uitwerking van het bestaande artikel 8.7 van voornoemde wet over de geschillenbeslechting inzake de toegang tot omroepnetwerken ten behoeve van radio- en televisieprogramma's. Deze wijziging beoogt vooraf meer rechtszekerheid te bieden over de reikwijdte van de toegangsverplichtingen, waardoor het aantal geschillen dat zich in de praktijk voordoet kan worden beperkt. Het voorstel zal naar verwachting voor het zomerreces bij de Tweede Kamer worden ingediend.

2. De rol van de programmaraden

Tijdens het hiervoor genoemde vragenuur bleek dat er na het besluit van OPTA inzake het geschil MCM-Castel enige onduidelijkheid bestond over de rol van de programmaraden. In het geschil MCM-Castel hadden de

¹ Wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit in verband met een verduidelijking en een verruiming van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken. Op 1 februari 2001 is dit wetsvoorstel voorgelegd aan het Permanent overlegorgaan post en telecommunicatie (OPT), OPTA en NMa.

desbetreffende programmeraden eerst geadviseerd tot het opnemen van Muziek in het standaardpakket en kwamen daar later op terug. In overweging 39 van voornoemd besluit merkt OPTA op dat de reden voor de programmeraden om nadien anders te adviseren louter was gelegen in de omstandigheid dat Castel niet met MCM tot overeenstemming kon komen over de financiële voorwaarden waaronder haar programma zou worden doorgegeven. OPTA merkt vervolgens op dat de enkele reden waarom die overeenstemming niet tot stand is gekomen is gelegen in (verkort weergegeven) een ongerechtvaardigd verschil in behandeling. Dat kan volgens OPTA geen goede grondslag vormen voor de adviezen van de betrokken programmeraden. Daarom gaat OPTA ook voorbij aan het betoog van Castel dat zij wat de weigering van toegang van het programma van MCM betreft gevolg heeft gegeven aan de adviezen van de betrokken programmeraden. OPTA heeft in overweging 40 van voornoemd besluit het primaat voor het beoordelen uitdrukkelijk bij de programmeraden gelegd. Deze overweging luidt als volgt:

“Op voorhand valt door het college niet uit te sluiten dat de betrokken programmeraden thans niet om genoemde redenen maar op andere gronden, zoals de gewenste pluriformiteit van het programma-aanbod, alsnog zouden kunnen adviseren dat het programma van MCM niet in de op de betrokken omroepnetwerken door te geven standaardpakketten moet worden opgenomen. Daarom is er goede grond om aan de navolgende bindende aanwijzing de beperkende voorwaarde te verbinden dat de verplichting tot doorgeven van het programma van MCM vervalt op het moment dat de betrokken programmeraden opnieuw -en met inachtneming van het hierboven overwogene- hebben geadviseerd tot het niet opnemen van dit programma in de betrokken standaardpakketten.”

Overigens sluit het OPTA-besluit niet uit dat een programmaraad kan adviseren om een programma niet in een wettelijk minimumpakket of het gedeelte van het standaardpakket boven het wettelijk
MLB/JZ/2001/14.696

minimumpakket op te nemen op grond van het feit dat de programma-aanbieder een (te hoge) doorgiftevergoeding vraagt. Dit kan een grote rol spelen bij het rechtvaardigen van een toegangsweigering, zeker indien de programmaraad in zijn advies ook nadrukkelijk de eventuele effecten op het abonnementstarief betreft. Voorwaarde daarbij is volgens OPTA dan wel dat de kabelexploitant de spelregels voor toegang tot de kabel, die voor iedereen gelijk zouden moeten zijn, duidelijk op papier heeft gezet. In dit verband is anderzijds van belang dat de kabelexploitant voorzover het gaat om bedrijfseconomische motieven die de kabelexploitatie betreffen eerder gewichtige redenen kan hebben om van het advies van de programmaraad af te wijken dan wanneer het gaat om andere motieven (zoals de pluriformiteit van het programma-aanbod). Er is dan ook voor OPTA op dit punt meer ruimte om zijn oordeel in de plaats te stellen van de kabelexploitant en/of de programmaraad dan wanneer het gaat om die andere motieven.

3. VECAI / tarieven voor kabelabbonementen

Het OPTA-besluit in het geschil MCM-Castel zou blijkens perspublicaties volgens de VECAI betekenen dat nu ook andere tv-zenders een doorgiftevergoeding van de kabelexploitanten zouden kunnen verlangen. Deze kosten zouden dan door de kabelexploitanten aan de consument worden

doorberekend, waardoor de tarieven voor kabelabonnementen fors zouden stijgen.

Zoals reeds bleek uit een beschikking van de Minister van Economische Zaken op grond van de voorheen geldende Wet op de economische mededinging, kan een kabelexploitant ten aanzien van de programma-aanbieders tariefdifferentiatie toepassen, mits daarbij de spelregels in acht worden genomen die vanuit een mededingingsrechtelijk oogpunt noodzakelijk zijn². Ook uit het OPTA-besluit blijkt dat de kabelexploitant de verschillende programma-aanbieders verschillend mag behandelen, als dit maar gebeurt op een zorgvuldige, redelijke, transparante en non-discriminatoire manier. Dit betekent volgens OPTA dat de kabelexploitant de voorwaarden voor toegang, die voor iedereen gelijk zouden moeten zijn, op papier moet zetten³. Het is dan ook heel goed mogelijk dat de kabelexploitant voor bepaalde programma's wel betaalt en voor andere niet⁴. Het besluit van OPTA zal dan ook niet tot een forse stijging van de tarieven voor kabelabonnementen behoeven te leiden.

De Staatssecretaris van Onderwijs,
Cultuur en Wetenschappen,

dr. F. van der Ploeg.

² Zie de beschikking van de Minister van Economische Zaken van 17 december 1996, Kabeltelevisie Amsterdam B.V./Arcade Media B.V., Stcrt. 1996, nr. 247, blz. 34.

³ Zie overweging 42 van het OPTA-besluit.

⁴ Deze uitleg van het OPTA-besluit werd nog eens bevestigd door de voorzitter van OPTA, de heer Arnbak, in zijn speech op 21 maart jl. tijdens het congres 'De Kabel in de 21e eeuw' te Amsterdam.