

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo

Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/201203

Zaaknummer: 09.0223.21

Datum: 30 maart 2010

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 12.2, eerste lid van de Telecommunicatiewet in het geschil tussen:

Tele2 Nederland B.V. en Online Breedband B.V., gevestigd te Amsterdam, gemachtigden: mr. R.D. Chavannes, advocaat en mr. W.A.M. Steenbruggen, advocaat (Brinkhof Advocaten, Amsterdam)

en

Ziggo B.V., gevestigd te Utrecht, gemachtigden: mr. W. Knibbeler, advocaat en mr. P.J. Kreijger, advocaat (Freshfields Bruckhaus Deringer, Amsterdam).

1 Samenvatting

1. Tele2 Nederland B.V. en Online Breedband B.V. (hierna gezamenlijk: Tele2/Online) hebben op 10 september 2009 gezamenlijk een verzoek om geschilbeslechting ingediend bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college). Beide partijen hebben in juli 2009 Ziggo B.V. (hierna: Ziggo) verzocht om in te stemmen met 'third party billing'. Het verzoek om third party billing houdt in dat Ziggo de omroepinhoud uit haar analoge standaardpakket aan eindgebruikers levert die voor de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo (hierna: de aansluiting) en de levering van de analoge radio- en televisiesignalen (hierna: rtv-signalen) klant zijn bij Tele2/Online. Ziggo brengt de door haar geleverde omroepinhoud vervolgens in rekening bij de eindgebruiker via een regel op de factuur van Tele2/Online. Ziggo heeft het verzoek van Tele2/Online tot third party billing geweigerd, omdat de door Tele2/Online gevraagde toegang volgens Ziggo niet onder de reikwijdte van het regelgevend kader dan wel het marktanalysebesluit Ziggo valt.¹

2. Het college stelt allereerst vast dat Tele2/Online en Ziggo van mening verschillen over de vraag welke partij bij third party billing de omroepinhoud openbaar maakt en dus de aan deze openbaarmaking verbonden auteursrechtelijke toestemming (uitzendrechten) dient te verkrijgen van de programma-aanbieders. De beantwoording van deze vraag is relevant, omdat de omroepinhoud technisch onlosmakelijk verbonden is aan de levering van de analoge rtv-signalen. De verplichting tot het op wholesaleniveau leveren van de analoge rtv-signalen en de aansluiting (hierna: WLR-C) maakt

¹ Marktanalyse Omroep inzake de analyse van de wholesalemarkt voor de doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo in het verzorgingsgebied van Ziggo, van 5 maart 2009, kenmerk: OPTA/AM/2009/200373.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

het voor andere aanbieders mogelijk de analoge rtv-signalen uit het standaardpakket van Ziggo aan eindgebruikers te leveren. Door de openbaarmaker van de omroepinhoud moeten dan wel van alle rtv-zenders uit dat pakket de uitzendrechten zijn verkregen. Wanneer één programma-aanbieder weigert haar uitzendrechten te verlenen aan Tele2/Online, is Tele2/Online niet in staat om de omroepinhoud die verbonden is aan WLR-C aan eindgebruikers te leveren.

3. In het geschil is niet komen vast te staan of Ziggo inderdaad, zoals Tele2/Online stelt, de omroepinhoud die technisch onlosmakelijk aan de analoge rtv-signalen is verbonden, openbaar maakt. Hierdoor staat tevens niet vast dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan de door Tele2/Online gevraagde vorm van WLR-C. Het college is niet de bevoegde instantie om vast te stellen welke partij openbaar maakt bij third party billing en oordeelt dat het aan Tele2/Online is om hierover de benodigde duidelijkheid te verkrijgen bij de civiele rechter via een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie.

4. De reden dat het college in dit specifieke geval van oordeel is dat een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie voldoende is, is gelegen in het feit dat een uitspraak in hoogste instantie naar alle waarschijnlijkheid een lange periode op zich zal laten wachten. Het college heeft WLR-C als verplichting opgelegd met als doel om reeds in deze reguleringsperiode het ontstaan van duurzame concurrentie op de omroepmarkt te stimuleren. Een uitspraak van de civiele rechter in hoogste instantie afwachten zou in dit geval de concurrentie kunnen belemmeren. Dit heeft ertoe geleid dat het college in dit geval van oordeel is dat een uitspraak van de civiele rechter, al dan niet in kort geding, in eerste instantie voldoende is.

5. Wanneer uit een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie zou blijken dat Ziggo in het door Tele2/Online gevraagde toegangsmodel openbaar maakt en aldus is gebleken dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan de door Tele2/Online gevraagde toegang, dan oordeelt het college dat het verzoek van Tele2/Online redelijk is om de volgende redenen.

6. In de eerste plaats is een snelle implementatie van WLR-C van groot belang voor het ontstaan van een meer evenwichtige en duurzame concurrentieontwikkeling op de omroepmarkt. Andere partijen zoals Tele2 zijn weliswaar toegetreden tot de omroepmarkt, maar zij zijn zonder WLR-C niet in staat een met Ziggo vergelijkbaar aanbod te doen. Uit het implementatiebesluit WLR-C Ziggo volgt dat WLR-C uiterlijk op 2 juni 2010 orderbaar dient te zijn, zodat andere partijen zoals Tele2 en Online kunnen starten met het aanbieden van analoge rtv-signalen aan eindgebruikers.² Voorwaarde die het college in het marktanalysebesluit Ziggo heeft opgenomen is dat er bij de afname van WLR-C geen inbreuk mag plaatsvinden op het auteursrecht. Dit betekent dat de uitzendrechten met programma-aanbieders geregeld dienen te zijn. Dit kan op twee manieren. Allereerst kunnen de uitzendrechten

² Besluit in het kader van de implementatie van de in het marktanalysebesluit van 5 maart 2009 aan Ziggo opgelegde toegangsverplichting WLR-C, OPTA/AM/2010/200748, van 10 maart 2010 (hierna: implementatiebesluit WLR-C Ziggo), onder xxxvii.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

door Tele2/Online zelf zijn verkregen, waarmee zij vervolgens zelf de omroepinhoud in combinatie met de analoge rtv-signalen en de aansluiting aan eindgebruikers kan leveren. Ten tweede kan Ziggo, indien Ziggo openbaar maakt in het toegangsmodel van Tele2/Online, de omroepinhoud leveren aan eindgebruikers die de analoge rtv-signalen en de aansluiting van Tele2/Online afnemen. In beide gevallen moeten voor alle rtv-zenders uit het analoge standaardpakket de uitzendrechten zijn verkregen. Het college merkt op dat Ziggo reeds de uitzendrechten voor de levering van de omroepinhoud van het analoge standaardpakket heeft verkregen.

7. Voorts heeft Tele2/Online in het geschil aannemelijk gemaakt dat zij, in elk geval op dit moment, nog niet alle uitzendrechten van de omroepinhoud verbonden aan de analoge rtv-signalen heeft verkregen. Third party billing biedt in die situatie een oplossing, omdat dit Tele2/Online toch in staat stelt een klantrelatie op te bouwen en één factuur aan de eindgebruiker te sturen. Het college heeft juist met het oog op de situatie dat WLR-C afneembaar zou zijn, maar een partij niet alle uitzendrechten van het analoge standaardpakket van Ziggo heeft verkregen, de mogelijkheid van third party billing in het marktanalysebesluit Ziggo opengelaten. Een gevolg van de toewijzing van het verzoek om third party billing is dat Ziggo de omroepinhoud dient te leveren aan eindgebruikers die de analoge rtv-signalen en de aansluiting bij Tele2/Online afnemen. Het college is van oordeel dat sprake is van een bijbehorende dienst bij WLR-C omdat de omroepinhoud technisch onlosmakelijk verbonden is aan de levering van de analoge rtv-signalen en deze dus redelijkerwijs noodzakelijk is voor het afnemen van WLR-C. Door de verbondenheid van omroepinhoud en de analoge rtv-signalen kan door Tele2/Online niet worden volstaan met het verkrijgen van een deel van de uitzendrechten en het vervolgens aan eindgebruikers leveren van enkel dat deel van de omroepinhoud.

8. Tot slot hanteren zowel het regelgevend kader als het marktanalysebesluit Ziggo een ruim toegangsbegrip en een ruime definitie van bijbehorende faciliteiten. Dat de markt voor omroepinhoud geen elektronische communicatiemarkt is, betekent dan ook niet dat het college onbevoegd zou zijn de levering van omroepinhoud door Ziggo als bijbehorende faciliteit aan te merken. Zo geldt bijvoorbeeld ook dat het college co-locatie als bijbehorende faciliteit als kan aanmerken, terwijl de markt voor verhuur van bedrijfsruimtes geen elektronische communicatiemarkt is.

9. Het college is van oordeel dat Tele2/Online voldoende aannemelijk gemaakt heeft dat third party billing in elk geval op dit moment redelijkerwijs noodzakelijk is voor het afnemen van WLR-C. Het college concludeert dat het verzoek om third party billing van Tele2/Online redelijk is en verplicht Ziggo om binnen twee weken, nadat uit een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie, is gebleken dat Ziggo in het door Tele2/Online gevraagde toegangsmodel openbaar maakt en aldus is gebleken dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan de door Tele2/Online gevraagde toegang, een aanbod te doen voor implementatie van third party billing. Voor het aanbod gelden de volgende uitgangspunten. Ziggo levert de omroepinhoud aan eindgebruikers die de analoge rtv-signalen en de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo bij Tele2/Online afnemen. De omroepinhoud brengt Ziggo in rekening bij deze eindgebruikers via een afzonderlijke regel op de factuur van Tele2/Online. Ten slotte dient Ziggo in haar aanbod zoveel mogelijk aan te sluiten bij hetgeen is bepaald in het

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

implementatiebesluit WLR-C Ziggo en over de verdere uitwerking van het aanbod in overleg te treden met Tele2/Online.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

2 Verloop van de procedure

10. Bij brief van 10 september 2009 heeft Tele2/Online bij het college een aanvraag tot geschilbeslechting inzake WLR-C ingediend, gericht tegen Ziggo en UPC.³

11. Op 9 oktober 2009 heeft Ziggo een schriftelijke zienswijze gegeven op het verzoek van Tele2/Online.⁴

12. Op 14 oktober heeft Tele2/Online aanvullende producties ingebracht.⁵

13. Tele2/Online en Ziggo hebben op 19 oktober 2009 hun standpunten mondeling toegelicht tijdens een hoorzitting. Aansluitend heeft Tele2 tijdens een besloten deel van de hoorzitting aanvullende bedrijfsvertrouwelijke informatie verstrekt over de onderhandelingen met programma-aanbieders. Het verslag van het besloten deel van de hoorzitting is alleen aan Tele2 verstrekt.

14. Op 3 december 2009 heeft het college per brief aanvullende vragen gesteld aan Tele2/Online.⁶ Tele2/Online heeft deze vragen op 7 december 2009 per e-mail beantwoord. Bij brief van 18 december 2009 heeft het college Tele2/Online en Ziggo geïnformeerd over het voornemen van het college aanvullende vragen te stellen en de beslistermijn uit te stellen tot begin februari 2010.⁷ Bij brief van 11 januari 2010 heeft het college aanvullende vragen gesteld aan Tele2/Online en Ziggo.⁸ Op 14 januari 2010 heeft het college nog een nadere vraag gesteld aan Tele2/Online.⁹ Op respectievelijk 20 en 21 januari 2010 hebben Tele2/Online en Ziggo de aanvullende vragen beantwoord.

15. Bij brief van 2 februari 2010 heeft het college Tele2/Online en Ziggo geïnformeerd dat hij de beslistermijn heeft uitgesteld tot 4 maart 2010.¹⁰ Bij brief van 4 maart 2010 heeft het college Tele2/Online en Ziggo geïnformeerd dat hij de beslistermijn heeft uitgesteld tot eind maart 2010.¹¹

³ Kenmerk: RDC/WAMS/20090275/359071.4. Het geschil tussen Tele2/Online en UPC is afzonderlijk behandeld onder zaaknummer 09.0218.21, zie besluit met kenmerk OPTA/AM/2010/200570.

⁴ Kenmerk: WK 130734-0002.

⁵ Kenmerk: RDC/WAMS/20090275/371119.

⁶ Kenmerk: OPTA/AM2009/203501.

⁷ Kenmerken: OPTA/AM/2009/203691 en OPTA/AM/2009/203693.

⁸ Kenmerken: OPTA/AM/2010/200070 en OPTA/AM/2010/200069.

⁹ Kenmerk: OPTA/AM/2010/200127.

¹⁰ Kenmerken: OPTA/AM/2010/200366 en OPTA/AM/2010/200369.

¹¹ Kenmerken: OPTA/AM/2010/200865 en OPTA/AM/2010/200866.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo

Openbaar

3 Feiten

16. In het kader van het onderhavige geschil stelt het college de volgende feiten vast. Deze feiten zijn onder andere komen vast te staan op grond van de door Tele2/Online en Ziggo naar voren gebrachte stukken en de hoorzitting.

17. Tele2 en Online zijn beide aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten en -netwerken als bedoeld in artikel 1.1, onder g en h, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Ziggo is eveneens een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten en -netwerken als bedoeld in artikel 1.1, onder g en h, van de Tw.

18. Op 5 maart 2009 heeft het college het besluit over de Marktanalyse Omroep inzake de analyse van de wholesalemarkt voor de doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo in het verzorgingsgebied van Ziggo (hierna: het marktanalysebesluit Ziggo) gepubliceerd.¹² Het marktanalysebesluit Ziggo is op 17 maart 2009 in werking getreden. Het college heeft Ziggo in het marktanalysebesluit Ziggo, op grond van artikel 6a.2 van de Tw, aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM) op de wholesalemarkt voor de doorgifte van rtv-signalen via en het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op haar omroeptransmissieplatform in haar verzorgingsgebied. In dit kader is aan Ziggo onder meer de verplichting opgelegd tot het op wholesaleniveau ter beschikking stellen van de analoge rtv-signalen alsmede de aansluiting op haar omroeptransmissieplatform ten behoeve van wederverkoop (hierna: WLR-C).

19. Tele2 en Online hebben op 17 juli 2009 elk afzonderlijk Ziggo verzocht in te stemmen met een implementatie van WLR-C waarbij Tele2/Online WLR-C inkoopt en de aansluiting en de analoge rtv-signalen aan eindgebruikers verkoopt, terwijl Ziggo de omroepinhoud (de contentdienst) aan deze eindgebruikers levert en factureert via een factuurregel op de factuur van Tele2/Online. Ziggo heeft op 13 augustus 2009 gereageerd op de verzoeken, waarbij Ziggo heeft aangegeven dat het toegangsverzoek niet op het marktanalysebesluit Ziggo kan worden gebaseerd en het voor Ziggo van groot belang is dat zij integraal verantwoordelijk is voor de dienstverlening, waaronder de klantrelatie.

¹² Kenmerk: OPTA/AM/2009/200373.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo

Openbaar

4 Samenvatting standpunten partijen

4.1 Standpunten Tele2/Online

Samengevat komen de standpunten van Tele2/Online hierop neer:

20. Tele2/Online heeft in de Industry Group WLR-C geconstateerd dat er een verschil van mening bestaat over de auteursrechtelijke interpretatie van WLR-C, dat op de korte termijn niet op te lossen lijkt. Daarom heeft Tele2/Online een praktische oplossing aangedragen waarbij de auteursrechtelijke kwalificatie van WLR-C in het midden wordt gelaten zonder dat de implementatie van WLR-C in gevaar komt. Wanneer Tele2/Online de aansluiting en de doorgiftdienst wholesale inkoopt bij Ziggo, maar Ziggo zelf de omroepinhoud (contentdienst) aan de klant blijft leveren, staat volgens Tele2/Online buiten twijfel dat openbaarmaking van de content geschiedt door Ziggo. Dat het auteursrecht geen belemmering vormt voor toewijzing van het verzoek blijkt, volgens Tele2/Online, uit het feit dat in het verleden de rtv-vergoeding via de elektriciteitsrekening werd gefactureerd. Hierbij was het volgens Tele2/Online ook duidelijk dat de energiemaatschappij niet de partij was die de content openbaar maakte. Omdat Ziggo reeds distributieovereenkomsten heeft met alle (collectief) rechthebbenden ten behoeve van de doorgifte van programma's aan alle aangeslotenen op haar netwerk, hoeft Ziggo hiervoor geen nadere afspraken te maken.

21. Volgens Tele2/Online heeft Ziggo vooralsnog geen bewijs geleverd voor haar stelling, dat Ziggo niet zonder toestemming van de rechthebbenden content mag leveren aan eindgebruikers die de aansluiting en rtv-signalen bij Tele2/Online afnemen. Het gaat volgens Tele2/Online de programma-aanbieders primair om bereik en feitelijk blijft het Ziggo die de content doorgeeft. In de meeste standaard distributiecontracten die Tele2/Online kent, wordt toestemming verleend voor doorgifte aan alle aangeslotenen op het omroepnetwerk van de kabelexploitant. Gesteld dat de formulering in de programmacontracten daadwerkelijk in de weg zou staan aan de door Tele2/Online bepleite vorm van WLR-C, geldt volgens Tele2/Online het volgende. Bij de levering van toegang op grond van de marktanalysebesluiten dient Ziggo het beginsel van non-discriminatie toe te passen, hetgeen onder meer betekent dat zij zichzelf en haar eigen bedrijfsonderdelen niet mag bevoordelen ten opzichte van wholesale afnemers. De verplichting tot non-discriminatie heeft betrekking op alle voorwaarden. Dat betekent onder meer dat het Ziggo niet vrijstaat content in te kopen tegen voorwaarden die met zich meebrengen dat Ziggo alleen een contentdienst mag leveren aan eindgebruikers met wie zij ook een contract heeft tot levering van de aansluiting en de doorgiftdienst. Voor zover Ziggo dergelijke contracten heeft, zal zij die moeten aanpassen of, als de programma-aanbieder daaraan niet wil meewerken, beëindigen.

22. Naar de mening van Tele2/Online is het college bevoegd om het geschil te beslechten op basis van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw, aangezien Tele2/Online en Ziggo van mening verschillen of de door Tele2/Online verzochte toegang valt binnen de reikwijdte van het marktanalysebesluit. Nu bij of krachtens de Tw geen andere instantie belast is met de beslechting van een dergelijk geschil, is het college bevoegd dit te doen.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

23. Volgens Tele2/Online is de gevraagde toegang in lijn met het marktanalysebesluit. De verplichtingen die het college heeft opgelegd, hebben tot doel de wederverkoop van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo en de levering van analoge rtv-signalen door concurrerende aanbieders zoals Tele2 en Online mogelijk te maken. Volgens Tele2/Online strekt haar toegangsverzoek ertoe dat Ziggo de contentdienst levert aan eindgebruikers die abonnee zijn – en blijven – van Ziggo. Ziggo levert dus zowel feitelijk als juridisch content aan haar eigen eindgebruikers, niet aan Tele2/Online of aan eindgebruikers die abonnee van een contentdienst van Tele2/Online zijn. Het verzoek van Tele2/Online omvat, aldus Tele2/Online, geen verplichting om content te leveren aan Tele2/Online of haar eindgebruikers. Het enkele feit dat een dienst een inhoudsdienst is, betekent volgens Tele2/Online ook niet dat deze niet kan worden gekwalificeerd als een bijbehorende faciliteit en als zodanig aan een partij met AMM kan worden opgelegd. Voorbeelden zoals informatieverschaffing, co-locatie en servicemonteurs zijn volgens Tele2/Online, net als de dienst die Ziggo moet leveren aan eindgebruikers, diensten die niet behoren tot de elektronische communicatiemarkt, maar diensten waarvan de levering noodzakelijk is om de regulering van de elektronische communicatiemarkt doeltreffend te maken en die derhalve als bijbehorende faciliteit onder de toegangsverplichting vallen.

24. Tele2/Online voert aan dat het toegangsverzoek redelijk is, omdat is gebleken dat het zelf regelen van de doorgiftherechten belangrijke financiële, strategische en logistieke implicaties heeft voor de businesscase van WLR-C. De door Tele2/Online bepleite vorm van WLR-C is ontworpen om te bewerkstelligen dat de regulatoire doelstellingen van de marktanalysebesluiten daadwerkelijk binnen de reguleringsperiode kunnen worden gerealiseerd en niet worden gefrustreerd door (a) onduidelijkheid en onenigheid over de auteursrechtelijke kwalificatie, (b) onmogelijkheid om auteursrechten te regelen en steeds geregeld te houden gedurende de looptijd van de WLR-C relatie en/of (c) dusdanig financiële discriminatie van WLR-C afnemers ten opzichte van WLR-C aanbieders dat afnemers geen stabiele business case hebben voor afname van de dienst. Dat betekent dat volgens Tele2/Online de levering van de contentdienst door Ziggo aan de eindgebruiker een noodzakelijke bijbehorende faciliteit is bij de levering van WLR-C aan Tele2/Online, dan wel een nadere voorwaarde betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit, die het college kan opleggen op basis van artikel 6a.6, derde lid, van de Tw.

25. Tele2/Online is van mening dat het volledig overnemen van de retailklantrelatie goed kan samengaan met het in stand houden van de abonneerelatie tussen de klant en Ziggo voor de contentdienst. Het is volgens Tele2/Online denkbaar dat zij als agent van Ziggo optreedt en als zodanig een exclusieve vertegenwoordigingsrelatie met de klant onderhoudt die de communicatie tussen principaal en klant in beginsel vervangt. Tele2/Online ziet het klantcontact in eerste instantie als volgt voor zich:

- Aanmelding voor de contentdienst geschiedt, samen met WLR-C, bij Tele2/Online, die voor de contentdienst zo nodig wordt beschouwd als agent van Ziggo.
- Facturatie van de contentdienst vindt plaats via een regel op de factuur van Tele2/Online.
- Klantenservice wordt primair verzorgd door Tele2/Online, met de mogelijkheid om secundair door te zetten naar Ziggo.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo

Openbaar

- Mededelingen over de dienstverlening worden gedaan door Tele2/Online op instigatie van Ziggo.

26. Het proces van 'third party billing' is volgens Tele2/Online eenvoudig te realiseren. Het gaat erom dat de retailfactuur van Ziggo wordt vervangen door een wholesalefactuur van Ziggo aan Tele2/Online. Op de factuur die wordt gestuurd door Tele2/Online wordt een factuurregel geplaatst, die weergeeft dat de door Ziggo geleverde content gefactureerd wordt door Tele2/Online, bijvoorbeeld "content geleverd door Ziggo". Tele2/Online meent dat third party billing van de contentdienst, verwarring bij en dubbele factureringskosten voor de klant voorkomt. Tele2/Online ziet geen noemenswaardige bezwaren aan de implementatie van de in het geschil gevraagde toegang. De facturatie van de rtv-vergoeding via de elektriciteitsrekening toont volgens Tele2/Online aan dat third party billing zonder meer mogelijk is. De administratieve processen voor WLR-C met third party billing zijn volgens Tele2/Online niet complexer dan zonder third party billing. Met betrekking tot het tarief van de contentdienst merkt Tele2/Online op dat dit non-discriminatoir moet zijn en dat het tarief moet worden vastgesteld op de contentkosten die Ziggo maakt. Ziggo heeft hiervoor in het kader van haar tariefvoorstel al een concrete berekening gemaakt. Ten slotte hoeft Ziggo volgens Tele2/Online geen billingkosten te maken voor de contentdienst, nu Tele2/Online heeft aangeboden een nultarief te hanteren voor de levering van third party billing.

Conclusie en verzoek van Tele2/Online

27. Op grond van het voorgaande verzoekt Tele2/Online het college te bepalen dat Ziggo binnen twee weken na dagtekening van het besluit Tele2/Online een aanbod zal doen voor WLR-C met de volgende modaliteiten:

- Rolverdeling: Tele2/Online koopt de aansluiting en de doorgiftdienst op wholesalebasis in bij Ziggo en verkoopt deze op eigen naam aan de eindgebruiker; Ziggo levert de contentdienst (omroepinhoud) rechtstreeks aan de eindgebruiker en ontvangt daarvoor een vergoeding;
- Non-discriminatie: Ziggo betracht gelijke behandeling van WLR-C eindgebruikers op zowel de inkoopmarkt als de verkoopmarkt voor content, dat wil zeggen, zij rekent aan de eindgebruiker dezelfde tarieven voor de contentdienst als zij berekent aan klanten aan wie zij ook de aansluiting en de doorgiftdienst levert en maakt bij het inkopen van doorgiftherechten geen onderscheid tussen de twee categorieën eindgebruikers; en
- Third party billing: Ziggo factureert de contentdienst niet zelf, maar via een afzonderlijke factuurregel op de factuur voor de aansluiting en de doorgiftdienst die door Tele2/Online aan de eindgebruiker wordt verzonden.

Althans een zodanige uitspraak te wijzen die recht doet aan de hierboven geschetste belangen van Tele2/Online.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo

Openbaar

4.2 Standpunten Ziggo

Samengevat komen de standpunten van Ziggo hierop neer:

28. De verplichting die Tele2/Online aanduidt als 'third party billing' kan volgens Ziggo niet worden aangemerkt als modaliteit van WLR-C. De verplichting tot third party billing is een contentverplichting die inhoudt dat Ziggo bij derden ingekochte omroepinhoud verplicht moet leveren aan eindgebruikers die abonnee zijn van Tele2/Online. Deze contentverplichting valt niet binnen de werkingssfeer van het omroepbesluit en niet binnen de grenzen van het (Europees) regelgevend kader. Tevens ziet Ziggo niet in welk van de in artikel 1.3, lid 1 van de Tw genoemde belangen hiervoor een rechtvaardiging zouden bieden. Volgens Ziggo vloeit uit de WLR-C verplichting logisch voort dat de gebruiker van WLR-C ook zorg dient te dragen voor het regelen van de rechten op de omroepinhoud.

29. Volgens Ziggo is toegang in de vorm van third party billing een door Tele2/Online zelf ontwikkelde wijziging van het omroepbesluit, die niet kan worden geconstrueerd zonder wijziging van het marktanalysebesluit. Tele2/Online vecht het marktanalysebesluit aan, omdat dit in haar ogen niet de grondslag biedt voor de door haar gewenste contentverplichting, waarmee Tele2/Online, volgens Ziggo, bevestigt dat de huidige WLR-C verplichting in haar ogen ontoereikend is.

30. Volgens Ziggo is het niet mogelijk om een rechtsbasis te creëren voor de door Tele2/Online gevraagde third party billing op basis van artikel 6a.6, derde lid, van de Tw, dat de mogelijkheid geeft voor het stellen van nadere voorschriften met betrekking tot redelijkheid, billijkheid en opportuniteit aan de opgelegde verplichting in het marktanalysebesluit. Dergelijke voorschriften kunnen er niet toe leiden de reeds opgelegde WLR-C verplichting te wijzigen. Daarnaast merkt Ziggo op dat de contentverplichting veel verder gaat dan een bijbehorende faciliteit, conform artikel 1, sub j, van de Tw. Het gaat volgens Ziggo over een kernprestatie, namelijk het inkopen van de content.

31. Niet is in te zien, aldus Ziggo, waarom van Ziggo wel en van Tele2/ Online niet kan worden gevergd de content (en dus de rechten) in te kopen indien zij die content wil verspreiden. Tele2 heeft reeds een televisieaanbod heeft waarvoor zij ook auteursrechtelijke toestemming heeft gevraagd en gekregen.

32. Volgens Ziggo is het implementeren van een contentverplichting een uiterst complex en kostbaar proces. Ziggo heeft in haar brieven aan Tele2 en Online van 13 augustus 2009 uiteengezet dat een vergelijking met de werkwijze in het verleden waarbij de vergoeding voor levering van rtv-signalen via de energierekening werd geïncasseerd, feitelijke grondslag mist. Tevens mist de aanvraag volgens Ziggo alle inzicht in de wijze waarop de inrichting en uitvoering praktisch moet worden ingevuld. Daarbij is het volgens Ziggo maar de vraag of rechthebbenden zonder meer de visie van Tele2/Online zullen delen, zodat geenszins vaststaat dat de door Tele2/Online gewenste contentverplichting tot het door haar gewenste resultaat zou kunnen leiden.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

33. Tot slot merkt Ziggo op dat evenmin een afzonderlijke toets op redelijkheid aan de orde is. De redelijkheid van het verzoek is volgens Ziggo alleen relevant wanneer het om een toegangsverplichting gaat die op Ziggo zou rusten, in welk geval duidelijk zou zijn dat het verzoek niet redelijk is, ondermeer omdat toewijzing van dit verzoek Ziggo er mogelijk toe zou dwingen een inbreuk te maken op rechten van derden.

5 Juridisch Kader

34. Artikel 12.2, eerste lid, van de Tw luidt als volgt:

“1. Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet rustende verplichting, kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, tenzij de beslechting van dat geschil op grond van deze wet aan een andere instantie is opgedragen”.

35. Het begrip “toegang” is omschreven in artikel 1.1, onder l, van de Tw en luidt als volgt:

“l. Het aan een andere onderneming beschikbaar stellen van netwerkdonderdelen, bijbehorende faciliteiten of diensten onder uitdrukkelijke voorwaarden al dan niet op exclusieve basis ten behoeve van het aanbieden van elektronische communicatiediensten of het verspreiden van programma’s aan het publiek door die onderneming;”

36. Het begrip bijbehorende faciliteit is omschreven in artikel 1.1, onder j, van de Tw en luidt als volgt:

“j. Bijbehorende faciliteit: bij een elektronisch communicatienetwerk of een elektronische communicatiedienst behorende faciliteiten die het aanbieden van diensten via dat netwerk of die dienst mogelijk maken of ondersteunende, alsmede systemen voor voorwaardelijke toegang en elektronische programmagidsen.”

37. Artikel 6a.2, eerst lid, van de Tw bepaalt:

“1. Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt onderscheidenlijk een transnationale markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en:

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

a. legt hij ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 of 6a.12 tot en met 6a.15 op”.

38. Op grond van artikel 6a.2 van de Tw is Ziggo aangewezen als partij met AMM op de wholesalemarkt voor doorgifte van rtv-signalen via en het op het op wholesaleniveau leveren van de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo in het verzorgingsgebied van Ziggo. Op grond hiervan is aan Ziggo in het marktanalysebesluit Ziggo een aantal verplichtingen opgelegd, waaronder:

vii. Ziggo dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.6 van de Tw te voldoen aan redelijke verzoeken om doorgifte van rtv-signalen (hierna: doorgifte) en het op wholesaleniveau leveren van de analoge rtv-signalen en de aansluiting op haar omroeptransmissieplatform (hierna: WLR-C) van aanbieders van rtv-signalen die door middel van de over het omroeptransmissieplatform van Ziggo geleverde omroeptransmissiediensten eindgebruikers willen bereiken. Deze verplichting houdt in dat Ziggo naar aanleiding van een redelijk verzoek:

- *een aanbieder van rtv-signalen toegang dient te verlenen tot die netwerkelementen of faciliteiten die redelijkerwijs noodzakelijke zijn om de rtv-signalen van deze aanbieder aan eindgebruikers te kunnen doorgeven;*
- *een aanbieder van rtv-signalen, toegang dient te verlenen in de vorm van WLR-C;*
- *een aanbieder van rtv-signalen die bijbehorende diensten en faciliteiten dient te bieden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn of onlosmakelijk verbonden zijn aan de doorgifte van rtv-signalen en WLR-C. Het gaat hierbij in elk geval om de volgende diensten en faciliteiten:*
 - o *toegang tot het voorwaardelijke toegangssysteem van Ziggo;*
 - o *toegang tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om doorgifte van rtv-signalen en WLR-C te realiseren;*
 - o *co-locatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten indien deze vormen van gedeeld gebruik voor de aanbieder van rtv-signalen redelijkerwijs noodzakelijk zijn om rtv-signalen te kunnen leveren.*

ix. Op grond van artikel 6a.6, derde lid, van de Tw verbindt het college aan de toegangsverplichting nadere voorwaarden betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit om geconstateerde potentiële mededingingsbeperkende gedragingen tegen te gaan. Ziggo dient::

- *(...)*
- *afnemers van WLR-C de mogelijkheid te geven eindgebruikers gelijktijdig te factureren voor zowel de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo als voor het afgenomen analoge rtv-pakket;*
- *afnemers van WLR-C in staat te stellen de retailklantrelatie over te nemen. Tot de klantrelatie behoort in het kader van deze verplichting in ieder geval:*
 - o *Het onderhouden van contact met de klant voor het versturen en innen van facturen.*
 - o *Het onderhouden van contact van de klant met betrekking tot vragen over facturen of ondersteuning van geleverde diensten of commerciële handelingen, zoals het bestellen van nieuwe diensten, opzeggen of verhuizen.*

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo

Openbaar

- (...)

6 Overwegingen

6.1 Wettelijke eisen bevoegdheid

39. Het college is bevoegd om op basis van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw geschillen te beslechten die zijn ontstaan over de nakoming van een op een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten bij of krachtens de Tw rustende verplichting. In onderhavige aanvraag gaat het om de aan Ziggo in het marktanalysebesluit Ziggo opgelegde verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot het op wholesaleniveau leveren van de analoge rtv-signalen en de aansluiting op het omroeptransmissieplatform (WLR-C) aan aanbieders van rtv-signalen die, door middel van de over het omroeptransmissieplatform van Ziggo geleverde omroeptransmissiediensten, eindgebruikers willen bereiken.

40. Uit de feiten leidt het college af dat Tele2/Online, elk afzonderlijk, op 17 juli 2009 Ziggo hebben verzocht om in te stemmen met het realiseren van WLR-C, waarbij Tele2/Online de aansluiting en de analoge rtv-signalen levert aan de eindgebruiker en Ziggo, tegen non-discriminatoire voorwaarden, de omroepinhoud levert en deze in rekening brengt bij de eindgebruikers via een afzonderlijke factuurregel op de factuur die door Tele2/Online wordt verzonden. In reactie op deze verzoeken heeft Ziggo op 13 augustus 2009 in afzonderlijke, gelijklopende brieven, aangegeven dat het toegangsverzoek van Tele2/Online niet op het marktanalysebesluit Ziggo kan worden gebaseerd en dat het voor Ziggo van groot belang is dat zij als aanbieder van een dienst een rechtstreekse klantrelatie heeft inclusief de klantenservice en factuurrelatie.

41. Het college stelt vast dat Ziggo heeft geweigerd om Tele2/Online de door haar verzochte wijze van toegang te verlenen. Het college stelt verder vast dat Tele2/Online en Ziggo verschillen van mening over de vraag of het toegangsverzoek binnen de reikwijdte van het marktanalysebesluit Ziggo valt. Het college constateert derhalve dat er tussen partijen een geschil bestaat over de nakoming van een bij of krachtens de Tw op Ziggo rustende verplichting. Nu Tele2/Online en Ziggo van mening verschillen of het toegangsverzoek binnen de reikwijdte van het marktanalysebesluit Ziggo valt, en geen andere instantie is belast met het beslechten van een dergelijk geschil, is het college van oordeel dat hij op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw, bevoegd is om het geschil te beslechten en te oordelen of het toegangsverzoek redelijk is.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

6.2 Het verzoek van Tele2/Online

42. In haar verzoek tot geschilbeslechting vraagt Tele2/Online het college om te bepalen dat Ziggo een aanbod dient te doen voor WLR-C waarbij:

- Tele2 en Online de aansluiting en de doorgiftdienst op wholesalebasis inkoopt bij Ziggo en deze onder eigen naam aan de eindgebruiker verkopen. Ziggo levert de contentdienst (omroepinhoud) rechtstreeks aan de eindgebruikers en ontvangt daarvoor een vergoeding.
- Ziggo een gelijke behandeling van WLR-C eindgebruikers op zowel de inkoopmarkt als de verkoopmarkt voor content betracht.
- Ziggo de contentdienst niet zelf factureert, maar via een afzonderlijke factuurregel op de factuur voor de aansluiting en de doorgiftdienst die door Tele2 en Online aan de eindgebruiker wordt verzonden.

43. Het college stelt allereerst vast dat de terminologie die Tele2/Online gebruikt, afwijkt van de door het college in het marktanalysebesluit Ziggo gehanteerde definities. Het college heeft het verzoek van Tele2/Online als volgt opgevat.

44. Allereerst wil Tele2/Online dat Ziggo haar op wholesaleniveau de analoge rtv-signalen en de aansluiting op het omroeptransmissieplatform van Ziggo levert (WLR-C), waarna zij op de retailmarkt de analoge rtv-signalen en de aansluiting onder eigen naam aan eindgebruikers levert.

45. Daarnaast verzoekt Tele2/Online het college om Ziggo te verplichten mee te werken aan 'third party billing'. Hierbij dient Ziggo de omroepinhoud aan de eindgebruikers die de aansluiting en analoge rtv-signalen van Tele2/Online afnemen, te leveren als bijbehorende faciliteit bij WLR-C en deze te laten factureren via de factuur van Tele2/Online. Tele2/Online geeft ten slotte aan dat het tarief dat Ziggo voor de geleverde omroepinhoud mag rekenen, gelijk dient te zijn aan de contentkosten die Ziggo maakt en aan haar eigen abonnees in rekening brengt.¹³

6.3 Het marktanalysebesluit Ziggo

46. Het college heeft in het marktanalysebesluit Ziggo op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.6 van de Tw, een toegangsverplichting opgelegd aan Ziggo. Deze verplichting houdt in dat Ziggo dient in te gaan op ieder redelijk verzoek om op wholesaleniveau de analoge rtv-signalen inclusief de aansluiting op haar omroeptransmissieplatform ter beschikking stellen ten behoeve van wederverkoop. Meer specifiek houdt deze verplichting in dat Ziggo naar aanleiding van een redelijk verzoek *"een aanbieder van rtv-signalen die bijbehorende diensten en faciliteiten dient te bieden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn of onlosmakelijk verbonden zijn aan de doorgifte van rtv-signalen en WLR-C"*.¹⁴

47. Het college heeft bij het opleggen van de WLR-C verplichting overwogen dat regulering andere

¹³ Zie paragraaf 4.4.5 van het besluit WLR-C-tarieven UPC en Ziggo, OPTA/AM/2010/200749 van 10 maart 2010 (hierna: het tariefbesluit WLR-C).

¹⁴ Zie marktanalysebesluit Ziggo, onder vii.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

aanbieders van rtv-signalen in staat moet stellen een met Ziggo vergelijkbare en concurrerende propositie te doen op de retailmarkt en, indien zij dat wensen, een volledige klantrelatie met eindgebruikers op te bouwen. In het marktanalysebesluit Ziggo constateert het college dat andere partijen, zoals bijvoorbeeld Tele2, weliswaar zijn toegetreden tot de retail omroepmarkt, maar dat zij nog niet in staat zijn een met Ziggo vergelijkbaar aanbod te doen. Omdat een significante groep eindgebruikers in de komende reguleringsperiode nog belang hecht aan de levering van analoge rtv-signalen en de vraag naar 'triple play' diensten (een bundel van rtv-signalen, breedbandinternettoegang en vaste telefonie) naar verwachting zal toenemen betekent dit dat concurrenten zoals Tele2 en Online niet in staat zijn om volwaardig met Ziggo te concurreren. Alternatieve aanbieders zijn afhankelijk van de mogelijkheid om WLR-C af te nemen om een vergelijkbare propositie te kunnen doen en een volledige klantrelatie met een eindgebruiker te kunnen opbouwen. De verplichting tot het leveren van WLR-C biedt daarmee een belangrijke opstap voor de ontwikkeling van de andere omroeptransmissieplatforms en triple play aanbiedingen.

48. In het marktanalysebesluit Ziggo heeft het college onderkend dat auteursrechten mogelijk een discussiepunt vormen bij de implementatie van de verplichtingen. Het college heeft in reactie op de zienswijzen van onder meer Tele2/Online en DutchMedia aangegeven niet bevoegd te zijn als het gaat om de uitleg van de Auteurswet en de beantwoording van de vraag of de levering van de analoge rtv-signalen op basis van WLR-C in auteursrechtelijk opzicht nu heeft te gelden als openbaarmaking door Ziggo of als (nieuwe) openbaarmaking door Tele2/Online. Meer specifiek heeft het college in reactie op deze zienswijzen het volgende aangegeven:¹⁵

354. (...) Het college is zich bewust van het feit dat de auteursrechten een discussiepunt vormen die mogelijk ook een rol zal spelen bij de implementatie van de verplichtingen. Het college is echter niet de bevoegde instantie om vast te stellen of sprake is van een openbaarmaking door de kabelexploitant of de afnemer van WLR-C. Het college kan vaststellen dat indien een partij de uitzendrechten heeft verkregen of de betrokken partijen er contractueel afspraken over hebben gemaakt, er geen auteursrechtelijk beletsel is voor het afnemen van WLR-C. Het is aan de civiele rechter om vast te stellen of, indien een partij de rechten niet heeft verkregen, er een auteursrechtelijk beletsel is voor de afname van WLR-C. Het college heeft derhalve in onderhavig besluit opgenomen dat partijen voor het afnemen van WLR-C afspraken dienen te maken over de wijze waarop met auteursrechten wordt omgegaan.

368. Het college zal naar aanleiding van de hiervoor genoemde bedenkingen van de verschillende partijen paragraaf 13.2.1 aanpassen. De randvoorwaarde die in het ontwerpbesluit is opgenomen, wordt geschrapt. Het college is niet bevoegd zich uit te spreken over de vraag of de alternatieve aanbieder van rtv-signalen zelf de uitzendrechten dient te verkrijgen. Het college verwijst hiervoor ook naar hetgeen hij onder randnummer 354 heeft gezegd. Het college kan in elk geval wel vaststellen dat indien een aanbieder van rtv-signalen de uitzendrechten heeft verkregen, er geen auteursrechtelijke beletselen zijn voor het afnemen van WLR-C. Het dictum van het besluit zal

¹⁵ Nota van bevindingen bij het marktanalysebesluit Ziggo.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

worden aangepast.

369. Zoals hierboven aangegeven kan het college niet vaststellen dat het verkrijgen van de uitzendrechten absolute voorwaarde is voor het afnemen van WLR-C, dit oordeel zal door de civiele rechter moeten worden gegeven. (...)

Het college heeft derhalve in het marktanalysebesluit Ziggo als voorwaarde voor het afnemen van WLR-C opgenomen dat er geen sprake mag zijn van inbreuk op het auteursrecht.¹⁶

49. Tot slot heeft het college in het marktanalysebesluit Ziggo de mogelijkheid van third party billing nadrukkelijk opengelaten, met het oog op een situatie dat een afnemer van WLR-C geen of niet alle uitzendrechten zou hebben verkregen. Het college heeft in het marktanalysebesluit Ziggo daarbij als voorwaarde gesteld dat er bij een verzoek om third party billing vast dient te staan dat er geen auteursrechtelijke beletselen zijn.

6.4 De beoordeling van het geschil

50. Een snelle implementatie van WLR-C is van groot belang voor het ontstaan van een meer evenwichtige en duurzame concurrentieontwikkeling in het resterende deel van de reguleringsperiode. Uit het implementatiebesluit WLR-C Ziggo volgt dat WLR-C uiterlijk 2 juni 2010 orderbaar dient te zijn voor andere aanbieders.¹⁷ Er is echter nog geen civielrechtelijke duidelijkheid over de vraag of de afnemer van WLR-C openbaar maakt en daarmee zelf alle uitzendrechten dient te verkrijgen of dat Ziggo openbaar maakt. Deze onduidelijkheid vormt, zoals Tele2/Online aangeeft, een discussiepunt bij de implementatie van WLR.C. Ondanks het feit dat verschillende programma-aanbieders tijdens de consultatiefase aangaven WLR- te ondersteunen en open te staan voor het afsluiten van nieuwe uitzendcontracten, is in dit geschil gebleken dat Tele2/Online op dit moment nog niet in staat is geweest om zelf daadwerkelijk alle uitzendrechten te verkrijgen. Tele2/Online verzoekt daarom het college om Ziggo te verplichten mee te werken aan third party billing.

51. De vraag die allereerst bij de beoordeling van het geschil voorligt, is of vaststaat dat Ziggo de omroepinhoud openbaar maakt en er aldus geen auteursrechtelijke beletselen aan het realiseren van third party billing in de weg staan.

52. Tele2/Online stelt in dit verband dat in de door haar gevraagde oplossing van third party billing buiten redelijke twijfel staat dat openbaarmaking van de omroepinhoud geschiedt door Ziggo. In de eerste plaats omdat Ziggo immers de omroepinhoud levert, de eindgebruiker contracteert en daarvoor een vergoeding ontvangt. Er veranderen volgens Tele2/Online slechts twee dingen ten opzichte van de situatie dat Ziggo zelf het standaardpakket levert: i) de omroepinhoud wordt geleverd door een andere aanbieder dan de partij die de analoge rtv-signalen en de aansluiting levert en ii) de omroepinhoud wordt gefactureerd via een derde partij. Daarbij stelt Tele2/Online dat het college bevoegd is het

¹⁶ Zie paragraaf 13.2 van het Marktanalysebesluit Ziggo.

¹⁷ Zie implementatiebesluit WLR-C Ziggo onder xxxvii.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo

Openbaar

toegangsverzoek te beoordelen, ook al is deze beoordeling afhankelijk van de interpretatie van een andere wet zoals de Auteurswet.

53. In de tweede plaats stelt Tele2/Online dat uit het feit dat in het verleden het rtv-abonnement via de elektriciteitsrekening werd gefactureerd, zou blijken dat Ziggo in het toegangsmodel van Tele2/Online ook openbaar maakt.

54. Ziggo is daarentegen van mening dat het door Tele2/Online leveren van de analoge rtv-signalen en de aansluiting (op basis van WLR-C) een nieuwe of afzonderlijke openbaarmaking door Tele2/Online betekent. Volgens Ziggo onderhoudt Tele2/Online de volledige relatie met de eindgebruiker en bepaalt zij, ook wanneer Ziggo de omroepinhoud zou leveren, door een contract aan te gaan met een eindgebruiker of deze toegang tot die omroepinhoud krijgt. Wanneer een eindgebruiker zijn abonnement bij Ziggo opzegt, krijgt deze eindgebruiker alleen toegang tot de omroepinhoud wanneer hij een contract afsluit met Tele2/Online. Naar de mening van Ziggo zou toewijzing van het verzoek haar er dan ook mogelijk toe dwingen om een inbreuk te maken op de rechten van derden.

55. Het college constateert allereerst dat Tele2/Online en Ziggo van mening verschillen over de vraag welke partij in het door Tele2/Online verzochte toegangsmodel openbaar maakt en daarmee ook de auteursrechtelijke toestemming (uitzendrechten) dient te verkrijgen voor die openbaarmaking. Het college stelt daarnaast vast dat er geen contractuele afspraken zijn gemaakt tussen Ziggo en Tele2/Online over de wijze waarop in deze situatie met de auteursrechten wordt omgegaan.

56. Het college is niet de bevoegde instantie om vast te stellen of, zoals Tele2/Online stelt, Ziggo openbaar maakt wanneer zij de omroepinhoud aan eindgebruikers levert die de aansluiting en analoge rtv-signalen van Tele2/Online afnemen. Het college stelt verder vast dat er ook geen jurisprudentie is, waaruit volgt dat Ziggo de partij is die openbaar maakt in het door Tele2/Online gevraagde toegangsmodel. Dit betekent dat niet is komen vast te staan of Ziggo openbaar maakt en er aldus geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan het door Tele2/Online gevraagde toegangsmodel, waarbij Ziggo de omroepinhoud levert en deze via de factuur van Tele2/Online laat factureren. Dit is de reden dat het college van oordeel is dat het aan Tele2/Online is om de hierover benodigde duidelijkheid te verkrijgen via een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie.

57. De reden dat het college in dit specifieke geval van oordeel is dat een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie voldoende is, is gelegen in het feit dat een uitspraak in hoogste instantie naar alle waarschijnlijkheid een lange periode op zich zal laten wachten. De reden dat het college in het marktanalysebesluit Ziggo, WLR-C als verplichting heeft opgelegd heeft tot doel om reeds in deze reguleringsperiode het ontstaan van duurzame concurrentie op de omroepmarkt te stimuleren. Een uitspraak van de civiele rechter in hoogste instantie afwachten zou in dit geval de concurrentie kunnen belemmeren. Dit heeft ertoe geleid dat het college in dit geval van oordeel is dat een uitspraak van de civiele rechter, al dan niet in

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

kort geding, in eerste instantie voldoende is.

58. Wanneer is voldaan aan de door het college in randnummer 56 gestelde voorwaarde dat uit een uitspraak van de civiele rechter, al dan niet in kort geding, in eerste instantie is gebleken dat Ziggo openbaar maakt en dus is gebleken dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan third party billing, dan oordeelt het college dat het verzoek van Tele2/Online om third party billing redelijk is om de volgende redenen.

59. Het college heeft juist met het oog op een situatie dat een afnemer van WLR-C niet alle uitzendrechten zou hebben verkregen, nadrukkelijk de mogelijkheid van third party billing in het marktanalysebesluit Ziggo nadrukkelijk opengelaten. Third party billing biedt dan ook een oplossing voor de situatie dat Tele2/Online, wanneer vanaf uiterlijk 2 juni 2010 WLR-C orderbaar is, niet alle uitzendrechten voor de omroepinhoud heeft verkregen. Gevolg van toewijzing van het verzoek van Tele2/Online is dat Ziggo de omroepinhoud dient te leveren aan eindgebruikers die de analoge rtv-signalen van Tele2/Online afnemen. Indien is komen vast te staan dat Ziggo in het toegangsmodel van Tele2/Online openbaar maakt, heeft Ziggo in dat geval reeds de daarvoor benodigde uitzendrechten verkregen. Het college is van oordeel dat in dat geval sprake is van een bijbehorende dienst bij WLR-C, omdat de omroepinhoud technisch onlosmakelijk verbonden is aan de levering van de analoge rtv-signalen en deze aldus redelijkerwijs noodzakelijk is voor het afnemen van WLR-C.

60. De toegangsverplichting strekt zich in beginsel uit tot alle bijbehorende faciliteiten die noodzakelijk zijn om de toegang daadwerkelijk te kunnen realiseren en waarin de betrokken onderneming, die toegang tot het netwerk wenst, redelijkerwijs niet op een gelijkwaardige wijze op een andere manier kan voorzien.¹⁸

61. Het college wijst er op dat zowel de Tw als de Toegangsrichtlijn uitgaan van een ruim toegangsbegrip. Hierover is in de Memorie van Toelichting bij de Tw onder meer het volgende opgemerkt.¹⁹

Het begrip toegang heeft een ruime betekenis. Dit blijkt uit de omschrijving van dit begrip in artikel 2 van de Toegangsrichtlijn, dat is geïmplementeerd in artikel 1.1, onderdeel I, van het onderhavige wetsvoorstel. Het begrip omvat niet alleen de verschillende vormen van toegang tot netwerken, zoals interconnectie en ontbundelde toegang tot aansluitnetwerken, maar ook toegang tot bij het netwerk behorende faciliteiten alsmede het verlenen van bepaalde diensten die nodig zijn om de gewenste toegang mogelijk te maken.

¹⁸ Memorie van Toelichting bij de Tw, algemene gedeelte, bladzijde 26.

¹⁹ Memorie van Toelichting bij de Tw, artikelsgewijze toelichting bij artikel 6a.6, bladzijde 118.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

62. Bijbehorende faciliteiten in de zin van artikel 1.1 sub j van de Tw zijn:

bij een elektronisch communicatienetwerk of een elektronische communicatiedienst behorende faciliteiten die het aanbieden van diensten via dat netwerk of die dienst mogelijk maken of ondersteunen, alsmede systemen voor voorwaardelijke toegang en elektronische programmagidsen.

63. In de Memorie van Toelichting wordt over het begrip bijbehorende faciliteiten het volgende opgemerkt.²⁰

In onderdeel j is het begrip bijbehorende faciliteiten omschreven. Het element «bijbehorend» duidt erop dat het faciliteiten betreft die behoren bij een elektronisch communicatienetwerk of bij een elektronische communicatiedienst en dus niet op zichzelf staan. Anders gezegd: een bijbehorende faciliteit heeft dus geen betekenis voor de elektronische communicatie zonder een netwerk of een dienst. Een bijbehorende faciliteit maakt het aanbieden van diensten via een elektronische communicatienetwerk of een elektronische communicatiedienst mogelijk of dient ter ondersteuning daarvan.

64. Ook in het marktanalysebesluit Ziggo is aangegeven dat Ziggo die bijbehorende diensten en faciliteiten dient te bieden die redelijkerwijs noodzakelijk, of onlosmakelijk verbonden zijn aan WLR-C. Het college constateert dat zowel in het regelgevend kader als in het marktanalysebesluit Ziggo het begrip bijbehorende faciliteiten ruim is gedefinieerd en dat het gaat om die faciliteiten of diensten die het aanbieden van diensten via een elektronisch communicatienetwerk, zoals de levering van analoge rtv-signalen, mogelijk maken of ter ondersteuning daarvan dienen. Het argument van Ziggo dat de door Tele2/Online gevraagde vorm van WLR-C niet onder het regelgevend kader of het marktanalysebesluit Ziggo zou vallen, kan dan ook niet slagen.

65. Het college heeft in het marktanalysebesluit Ziggo aangegeven dat de markt voor omroepinhoud niet onder het regelgevend kader valt en ook geen onderdeel van de onderhavige analyse vormt.²¹ Het college merkt echter op dat het enkele feit dat de markt voor omroepinhoud niet onder het regelgevend kader valt, nog niet betekent dat het college geen bevoegdheid heeft om de levering van omroepinhoud aan eindgebruikers van Ziggo die de aansluiting en analoge rtv-signalen bij Tele2/Online afnemen, als bijbehorende dienst bij WLR-C aan te merken. De markt voor omroepinhoud is namelijk de markt waarop Ziggo en programma-aanbieders elkaar diensten leveren, zoals het bundelen van programmakanalen tot rtv-pakketten en het verlenen van uitzendrechten. De Europese Commissie (hierna: de Commissie) maakt dit ook duidelijk in de toelichting bij de Aanbeveling.²²

²⁰ Memorie van Toelichting bij de Tw, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, bladzijde 90.

²¹ Zie onder meer randnummer 185 van het marktanalysebesluit Ziggo.

²² Commission Staff working document, *Explanatory Note to the Recommendation on relevant markets*, paragraaf 4.4, te vinden op http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/sec2007_1483_final.pdf.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

Whereas the transmission services that a pay platform purchases (captively or on the merchant market) are electronic communications services and fall under the regulatory framework, the relationship between the individual broadcasters and the pay platform concerns a content aggregating service and does not fall under the regulatory framework.

66. Het college is van oordeel dat, wanneer Ziggo de omroepinhoud openbaar maakt in het toegangsmodel van Tele2/Online, geldt dat de levering van de omroepinhoud aan eindgebruikers geen betrekking heeft op de markt voor omroepinhoud zoals bedoeld in het marktanalysebesluit Ziggo en in de Aanbeveling van de Commissie.²³

67. Het college is verder van oordeel dat de omstandigheid dat een WLR-C afnemer zelf de uitzendrechten en omroepinhoud zou kunnen verzorgen, Ziggo niet op voorhand ontslaat van een verplichting om andere vormen van WLR-C te leveren. Uit het marktanalysebesluit Ziggo volgt immers dat Ziggo dient te voldoen aan redelijke verzoeken om WLR-C en die bijbehorende diensten en faciliteiten dient te bieden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn of onlosmakelijk verbonden zijn aan WLR-C. Het is, naar het oordeel van het college, in beginsel aan Tele2/Online om te bepalen welke vorm van WLR-C zij wil afnemen en welke bijbehorende diensten en faciliteiten redelijkerwijs noodzakelijk zijn of onlosmakelijk verbonden zijn aan WLR-C. Die keuze kan niet op voorhand door Ziggo worden bepaald.

68. Ten slotte wijst het college er op dat hij in het marktanalysebesluit Ziggo heeft bepaald dat zij afnemers van WLR-C in staat moet stellen de klantrelatie met de eindgebruiker over te nemen en zo een volledige klantrelatie op te bouwen. Het college heeft daarom in het marktanalysebesluit Ziggo, op grond van artikel 6a.6, derde lid, van de Tw, nadere voorwaarden betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit verbonden aan de toegangsverplichting. In deze voorwaarden is onder meer bepaald dat Ziggo afnemers van WLR-C in staat moet stellen de retailklantrelatie over te nemen. Het college heeft voorts bepaald dat tot de klantrelatie in dat kader in elk geval het onderhouden van het klantcontact door middel van het versturen en innen van facturen valt, alsmede het onderhouden van het contact met betrekking tot vragen over facturen of ondersteuning van geleverde diensten of commerciële handelingen, zoals het bestellen van nieuwe diensten, opzeggen of verhuizen.²⁴ Het college heeft het van belang geacht dat de toegangsverplichting afnemers van WLR-C zoals Tele2/Online, in staat stelt de klant één factuur te sturen.

69. Het college is van oordeel dat Tele2/Online voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat third party billing op dit moment redelijkerwijs noodzakelijk is voor het afnemen van WLR-C, omdat Tele2/Online nog niet alle uitzendrechten heeft verkregen. De omroepinhoud uit het analoge standaardpakket is

²³ Aanbeveling van de Europese Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector van 17 december 2007, gepubliceerd op 28 december 2007, PbEG 2007, L344/65 alsmede de toelichting daarop (Explanatory Note to the Recommendation on relevant markets).

²⁴ Zie onderdeel ix. van het dictum van het marktanalysebesluit Ziggo.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

technisch onlosmakelijk verbonden aan de analoge rtv-signalen. Een andere aanbieder moet, tenzij er gefilterd wordt, alle rtv-signalen uit het standaardpakket aanbieden. Het college heeft echter in het marktanalysebesluit Ziggo aangegeven dat een verzoek om WLR-C waarbij gefilterd zou moeten worden niet snel redelijk zal zijn, waardoor het voor de hand ligt dat het analoge rtv-pakket ongewijzigd wordt wederverkocht.²⁵ Dit betekent ook dat alle daarmee verbonden rechten moeten zijn geregeld. Hierdoor kan dus door Tele2/Online niet worden volstaan met het verkrijgen van een deel van de uitzendrechten en het vervolgens aan eindgebruikers leveren van enkel dat deel van de omroepinhoud. Dit betekent ook dat als er slechts één programma-aanbieder weigert haar uitzendrechten te verlenen aan Tele2/Online, Tele2/Online niet in staat is om de omroepinhoud die verbonden is aan WLR-C aan eindgebruikers te leveren. Third party billing stelt Tele2/Online in staat om in die situatie WLR-C af te nemen en de analoge rtv-signalen en de aansluiting te leveren aan eindgebruikers en daarbij de klantrelatie over te nemen. Daarnaast voorkomt third party billing dubbele factureringskosten bij de eindgebruiker. Onder voorwaarde van de in randnummer 56 bedoelde duidelijkheid, ziet het college geen reden waarom, wanneer Ziggo de omroepinhoud openbaar maakt en aldus is gebleken dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen zijn, de levering van de omroepinhoud aan eindgebruikers niet zou kunnen worden aangemerkt als bijbehorende faciliteit bij WLR-C.

70. Het college wijst er in dat kader op dat, zoals Tele2/Online terecht stelt, de markt voor verhuur van bedrijfsruimte eveneens geen markt in de elektronische communicatiesector is, maar dat het college wel bevoegd is om de levering van co-locatie als bijbehorende faciliteit verplicht te stellen. Evenzo geldt dat de markt voor informatieproducten geen markt in de elektronische communicatiesector is, maar dat de levering van informatieproducten als bijbehorende faciliteit bij bijvoorbeeld ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN, wel gereguleerd is.

71. Ziggo geeft als bezwarend aan dat zij in het kader van het verzoek van Tele2/Online een administratie zou moeten voeren van aangeslotenen die geen abonnee zijn, maar met wie zij wel een relatie zou moeten onderhouden, waarbij onder meer contractering, facturering, klantenservice via Tele2/Online zou verlopen. Ziggo geeft verder aan dat de aanvraag van Tele2/Online geen enkel inzicht biedt in de wijze waarop de inrichting en uitvoering van deze nieuwe contentverplichting praktisch zou moeten worden ingevuld.

72. Het college constateert dat, zoals Tele2/Online heeft aangegeven, de implementatie van third party billing nog onderwerp zal dienen te zijn van onderhandelingen tussen Tele2/Online en Ziggo. Het college is van oordeel dat de noodzaak tot het maken van nadere afspraken over de praktische invulling, niet betekent dat geen sprake zou kunnen zijn van een redelijk verzoek.

²⁵ Met behulp van filtering is het weliswaar technisch mogelijk rtv-signalen uit het analoge standaardpakket te blokkeren. Filtering veroorzaakt echter additionele kosten verbonden aan het plaatsen van filters en mogelijk capaciteitsverlies en extra maatschappelijke kosten als een herindeling van zenders nodig is. Zie ook marktanalysebesluit Ziggo, randnummer 830 en 831 en Nota van Bevindingen bij het marktanalysebesluit Ziggo, randnummer 337.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo

Openbaar

73. Het college overweegt verder dat hij op voorhand geen reden ziet waarom implementatie van third party billing een onredelijk zware belasting voor Ziggo zou vormen. In het kader van de implementatie van WLR-C worden zaken als het afsluiten van contracten, facturering en klantenservice nu reeds vormgegeven in overleg tussen Ziggo en andere partijen, waaronder Tele2/Online. Het college ziet geen reden waarom de implementatie van WLR-C in combinatie met third party billing grote verschillen zou kennen met de implementatie van WLR-C zonder third party billing. In dat kader dient Ziggo reeds een wholesalefactuur aan Tele2/Online te sturen, waar ten aanzien van third party billing een extra factuurregel op dient te komen voor de door Ziggo aan eindgebruikers geleverde omroepinhoud. Voor zaken als aanmelding, klantenservice en mededelingen over de dienstverlening ligt het naar het oordeel van het college voor de hand dat grotendeels wordt aangesloten bij de afspraken die nu reeds in het kader van de implementatie van WLR-C worden gemaakt. Het college acht het ten slotte ook van belang dat Tele2/Online heeft aangegeven eventuele kosten verbonden aan third party billing niet in rekening te zullen brengen aan Ziggo.

74. Ten aanzien van het tarief dat Ziggo dient te rekenen voor de levering van de omroepinhoud overweegt het college ten slotte het volgende. Op grond van het marktanalysebesluit Ziggo dienen bijbehorende diensten en faciliteiten, in aanwezigheid van een relevant retailtarief, tegen een retail-minus tarief geleverd te worden. Wanneer er geen relevant retailtarief aanwezig is, geldt kostenoriëntatie als uitgangspunt. Het college constateert allereerst dat de levering van omroepinhoud een bijzondere bijbehorende dienst is, omdat deze door Ziggo aan een eindgebruiker wordt geleverd. Vaststelling van een retail-minus tarief zou in beginsel mogelijk zijn volgens de methodiek van het marktanalysebesluit Ziggo, omdat de levering van de omroepinhoud ook onderdeel vormt van het huidige retailtarief van Ziggo. Dit ligt evenwel niet voor de hand, omdat de bijbehorende dienst aan eindgebruikers wordt geleverd en omdat de wholesalekosten en winstoverslag die mede zijn verbonden aan de levering van omroepinhoud reeds in het WLR-C tarief zijn opgenomen. Het ligt daarom voor de hand dat voor het aan eindgebruikers te rekenen tarief voor de omroepinhoud wordt aangesloten bij het opschoningspercentage voor content dat ten behoeve van de opschoning van het gemiddelde relevante retailtarieven in het tariefbesluit zijn vastgesteld. Uit de methodiek voor het bepalen van het retail-minustarief volgt ook dat het door Ziggo te rekenen tarief niet anders kan zijn dan het content schoningspercentage van Ziggo dat is vastgesteld in het tariefbesluit WLR-C.²⁶ Dit betekent dat het college het tarief niet hoeft vast te stellen in het kader van dit geschil.

6.5 Overige overwegingen

75. Ziggo heeft aangevoerd dat uit het randnummer 901 uit het marktanalysebesluit Ziggo en het randnummer 65 van het ontwerp tariefbesluit zou volgen dat de kern van de WLR-C verplichting is dat

²⁶ Zie het tariefbesluit WLR-C. Het college merkt daarbij op dat uit de methodiek voor het bepalen van het retail-minus tarief voor de levering van WLR-C de facto volgt dat het door Ziggo te rekenen tarief niet anders kan zijn dan de contentkosten die in mindering worden gebracht op het retailtarief. Wanneer Ziggo een ander, hoger of lager tarief zou rekenen voor de omroepinhoud dan de nu in het tariefbesluit vastgestelde contentkosten, zou dit leiden tot een nieuwe berekening waaruit een ander schoningspercentage voor het retailtarief zou volgen en aldus een ander, lager of hoger, retail-minus tarief voor de levering van WLR-C.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

Tele2/Online het door Ziggo samengestelde pakket aan rtv-signalen onder eigen naam verkoopt en dus ook in plaats van Ziggo de relatie met de eindgebruiker zou onderhouden. Hieruit zou volgens Ziggo ook volgen dat Tele2/Online zelf zorg dient te dragen voor het verzorgen van de uitzendrechten. In deze randnummers staat het volgende.

In paragraaf 13.2 heeft het college toegelicht dat alternatieve aanbieders die WLR-C willen afnemen zelf zorg dienen te dragen voor de rechten op de content en de kosten daarvan. Om deze reden dient de contentvergoeding die UPC betaalt voor het analoge rtv-pakket ook uit de retailtarieven verwijderd te worden.

76. Het college had in het ontwerp marktanalysebesluit Ziggo nog als randvoorwaarde voor afname van WLR-C gesteld dat de aanbieder van rtv-signalen, in dit geval Tele2/Online, de omroepinhoud zou moeten hebben verkregen.²⁷ Het college ging er aldus in het ontwerp marktanalysebesluit Ziggo nog van uit dat het aan de afnemer van WLR-C was om de uitzendrechten te verkrijgen. Naar aanleiding van de zienswijze van onder andere Tele2/Online heeft het college deze randvoorwaarde vervolgens gewijzigd in de voorwaarde dat er geen inbreuk mag zijn op de auteursrechten.²⁸ Het college heeft in het marktanalysebesluit Ziggo aangegeven dat Ziggo verzoeken om WLR-C, waarbij de afnemer zelf de uitzendrechten regelt, dient te honoreren, omdat in dat geval duidelijk is dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen zijn. Ook heeft het college aangegeven dat wanneer Ziggo en Tele2/Online contractuele afspraken hebben gemaakt over de wijze waarop zij met de auteursrechten omgaan, er geen auteursrechtelijke belemmering is voor het afnemen van WLR-C. Maar omdat het college niet bevoegd is om vast te stellen welke partij bij het afnemen van WLR-C openbaar maakt, heeft het college niet op voorhand andere vormen van WLR-C kunnen en willen uitsluiten. Uit de Nota van bevindingen bij het marktanalysebesluit Ziggo blijkt juist dat het college scenario's voor ogen had waarbij het *niet* de afnemer van WLR-C is die openbaar maakt en de daarvoor benodigde uitzendrechten dient te hebben verkregen.²⁹

77. Het argument van Ziggo dat uit het randnummer 901 van het marktanalysebesluit Ziggo en het randnummer 65 van het ontwerp tariefbesluit, zou volgen dat de afnemer van WLR-C aldus in alle omstandigheden zelf zorg dient te dragen voor het regelen van de uitzendrechten kan dan ook niet slagen. Uit hetgeen het college in de Nota van bevindingen bij het marktanalysebesluit Ziggo heeft overwogen over de auteursrechtelijke aspecten, blijkt dat het college heeft nagelaten deze passage in lijn te brengen met de gewijzigde randvoorwaarde en dat hier dus sprake is van een kennelijke verschrijving. Immers, in de naar aanleiding van de nationale consultatie gewijzigde paragraaf 13.2 heeft het college juist niet langer meer de randvoorwaarde opgenomen dat alternatieve aanbieders die WLR-C willen afnemen zelf zorg dienen te dragen voor de rechten op de content en de kosten

²⁷ Randnummers 780 en 785, onder b) van het ontwerp marktanalysebesluit Ziggo dat op 19 augustus 2008 ter nationale consultatie aan partijen is voorgelegd, kenmerk: OPTA/AM/2008/201540.

²⁸ Zie paragraaf 13.2 van het marktanalysebesluit Ziggo, randnummer 832.

²⁹ Nota van Bevindingen bij het marktanalysebesluit Ziggo randnummers 346 tot en met 354 en randnummer 459.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

daarvan, maar enkel dat er geen inbreuk mag zijn op de auteursrechten.³⁰

78. Ziggo stelt ten slotte in de thans vigerende Modelovereenkomst door rechthebbendenorganisaties slechts toestemming wordt verleend voor de levering van rtv-signalen aan een 'abonnee', gedefinieerd als diegene 'die met de kabelexploitant een overeenkomst heeft gesloten teneinde een aanbod aan televisieprogramma's over het (de) kabeltelevisienetwerk(en) van de kabelexploitant te ontvangen'. Het is volgens Ziggo zeer de vraag of het door Tele2/Online voorgestane model overeenkomt met de visie van de rechthebbenden.

79. Het college oordeelt hierover als volgt. De door Ziggo aangehaalde contractuele bepalingen hangen nauw samen met de toestemming van rechthebbenden om de omroepinhoud aan eindgebruikers te leveren (te openbaarmaken). Het college neemt aan dat eventuele beperkingen die voortvloeien uit deze contractuele bepalingen niet langer relevant zijn wanneer uit een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie zou blijken dat Ziggo in het toegangsmodel van Tele2/Online openbaar maakt en dus is gebleken dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan honorering van het verzoek van Tele2/Online. Indien er in die situatie evenwel contractuele bepalingen resterend die de implementatie van WLR-C in de weg staan, dan zijn deze naar oordeel van het college strijdig met het marktanalysebesluit Ziggo.

6.6 Conclusie

80. Het college concludeert dat het verzoek om WLR-C in combinatie met third party billing van Tele2/Online redelijk is. Het college verplicht Ziggo om binnen twee weken nadat uit een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie is gebleken dat Ziggo in het toegangsmodel van Tele2/Online de omroepinhoud openbaar maakt en aldus is gebleken dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan het door Tele2/Online verzochte toegangsmodel, een aanbod te doen voor implementatie van third party billing.

81. Voor het aanbod van third party billing gelden de volgende uitgangspunten. Ziggo levert de omroepinhoud aan eindgebruikers die de analoge rtv-signalen en de aansluiting afnemen bij Tele2/Online en brengt de omroepinhoud via een afzonderlijke regel op de factuur van Tele2/Online in rekening bij deze eindgebruikers. Ziggo dient bij de invulling van het aanbod voor third party billing zoveel mogelijk aan te sluiten bij het implementatiebesluit WLR-C Ziggo en over de verdere uitwerking hiervan in overleg te treden met Tele2/Online.

³⁰ Marktanalysebesluit Ziggo, randnummer 833 en Nota van Bevindingen bij het marktanalysebesluit Ziggo, randnummer 354.

Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo Openbaar

7 Dictum

Ten aanzien van het verzoek van Tele2/Online bepaalt het college het volgende.

- i) Het college verplicht Ziggo om binnen twee weken nadat uit een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie is gebleken dat Ziggo in het toegangsmodel van Tele2/Online de omroepinhoud openbaar maakt en aldus is gebleken dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan het door Tele2/Online verzochte toegangsmodel, een aanbod te doen voor implementatie van WLR-C waarbij Ziggo
 - a. de omroepinhoud levert aan eindgebruikers die de analoge rtv-signalen en de aansluiting afnemen bij Tele2/Online, en
 - b. de door Ziggo geleverde omroepinhoud via een afzonderlijke factuurregel op de factuur voor de aansluiting en de levering van de analoge rtv-signalen van Tele2/Online, in rekening brengt bij deze eindgebruikers en over de verdere uitwerking hiervan in overleg te treden met Tele2/Online.
- ii) Het college wijst hetgeen overig door Tele2/Online is gevraagd, af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Hoofd afdeling Markten

drs. D.I. Bos

Beroep bij het CBb

1 Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021,2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.

**Besluit inzake geschil Tele2/Online – Ziggo
Openbaar**