



N.V. HOLDINGMAATSCHAPIJ DE TELEGRAAF VS. NOS EN HMG, ZAAKNUMMER 1

Besluit van de d-g NMa d.d. 16 februari 2000 tot het opleggen van een last onder dwangsom op basis van artikel 24 jo. 56 lid 1 sub b Mw.

Misbruik machtspositie, last onder dwangsom.
(m.nt. mr M. Chatelin)

Feiten

Dit besluit is een aanvulling op het besluit van 10 september 1998 betreffende een klacht van de Telegraaf over de weigering van de NOS en de HMG om wekelijkse programmaoverzichten te verstrekken. De te leveren programmaoverzichten betreffen alle uitzendingen op alle dagen op de televisiezenders Nederland 1, Nederland 2, Nederland 3, RTL 4, RTL 5 en Veronica en op de radiozenders Radio 1, Radio 2, Radio 3, Radio 4 en Radio 5.

In het besluit van 10 september 1998 heeft de d-g NMa vastgesteld dat de weigering van de NOS en de HMG om wekelijkse programmagegevens beschikbaar te stellen misbruik van machtspositie oplevert. De NOS en de HMG zijn door de NMa in de gelegenheid gesteld hun licentiebeleid vóór 15 januari 1999 te wijzigen. Van die gelegenheid hebben partijen geen, althans niet met succes, gebruik weten te maken.

Procedure

Bij brief van 2 januari 1998 verzoekt de Telegraaf de d-g NMa om aan de NOS en de HMG een last onder dwangsom op te leggen. Hierop zijn een viertal besluitvormingsprocedures bij de NMa gevolgd en een tweetal procedures bij de rechtbank te Rotterdam en Den Haag.

De eerste NMa-procedure heeft betrekking op het verzoek van de Telegraaf tot het opleggen van een *voorlopige* last onder dwangsom ex artikel 83 Mw. Dit verzoek is bij besluit van 22 januari 1998 afgewezen wegens het ontbreken van een voldoende spoedeisend belang.¹ Deze afwijzing is in bezwaar gehandhaafd bij besluit van 22 april 1998.

De tweede NMa-procedure betreft het verzoek van de NOS om op basis van artikel 25 Mw, artikel 24 lid 1 Mw op de haar verweten gedragingen niet van toepassing te verklaren, omdat de NOS een bijzondere taak vervult. Dit verzoek is bij het besluit van 10 september 1998 afgewezen.

De derde NMa-procedure heeft betrekking op het verzoek van de NOS om op basis van artikel 17 Mw ontheffing te verlenen voor een overeenkomst tussen de NOS en de HMG. Deze ontheffingsaanvraag is bij besluit van 23 december 1998 afgewezen. Daartegen is door de NOS op 2 februari 1999 een bezwaarschrift ingediend dat ongegrond is verklaard bij besluit van 9 november 1999.

In de vierde procedure, waarop het onderhavige besluit ziet, staat het verzoek van de Telegraaf tot oplegging van een last onder dwangsom centraal. Dit verzoek is bij besluit van 10 september 1998 aangehouden, onder andere om een onnodig vergaande beperking van de contractvrijheid van partijen te voorkomen door hen in de gelegenheid te stellen zelf door onderhandelingen vorm te geven aan hun onderlinge rechtsbetrekking. In het besluit van 10 september 1998 is vastgesteld dat de NOS en de HMG ten aanzien van wekelijkse programmaoverzichten een licentiebeleid voeren dat strijdt met artikel 24 Mw. De d-g NMa heeft de NOS en de HMG tot 15 januari 1999 de gelegenheid geboden om door onderhandeling met gegadigden te komen tot beëindiging van de overtreding van de Mededingingswet. Echter, zij hebben in de tussentijdse periode niet, althans niet met succes, van deze gelegenheid gebruikt gemaakt. Tegen het besluit van 10 september 1998 hebben de HMG en de NOS respectievelijk op 21 oktober 1998 en 22 oktober 1998 bezwaarschriften ingediend. De behandeling van de bezwaarschriften is aangehouden totdat op basis van artikel 62 Mw is beslist omtrent het opleggen van een last onder dwangsom. Op 9 augustus 1999 heeft de NMa aan partijen punten van overweging voorgelegd waarover partijen ter hoorzitting van 29 september 1999 hun zienswijze hebben gegeven.

Verder heeft de NOS op 18 november 1998 de presi-

¹ Zie voor een samenvatting van dit besluit M&M, 1998, p. 72, nr. B8.

A n n o t a t i e s

dent van de rechtbank Rotterdam verzocht het NMa-besluit van 10 september 1998 te schorsen voorzover daarin is opgedragen voor 15 januari 1999 aan de d-g NMa mededeling te doen van de gevolgen die partijen aan dat besluit hebben verbonden. De president heeft dit verzoek afgewezen.

Ook heeft de NOS tegen de Telegraaf een civiel kort geding aangespannen omdat de Telegraaf in week 45 van 1998 was begonnen met het verspreiden van de gids TV Week met genregegevens. Op 5 januari 1999 heeft de president van de rechtbank Den Haag geoordeeld dat de NOS zich met succes kan beroepen op geschriftenbescherming en heeft de uitgave verboden tot vier weken na de beslissing op het bezwaarschrift tegen het NMa-besluit van 10 september 1998.

Beoordeling

De NMa stelt vast dat de NOS haar overtreding van artikel 24 Mw na het besluit van 10 september 1998 onverminderd voortzet omdat de NOS zich tot onderhandelingen met de Telegraaf, anders dan over genregegevens, niet bereid heeft getoond.

De HMG heeft wel met de Telegraaf onderhandeld maar partijen zijn niet met elkaar tot overeenstemming gekomen. De NMa is van oordeel dat de door de HMG gevraagde vergoeding zeer hoog is in vergelijking tot de vergoedingen die overigens voor programmaoverzichten worden gevraagd en de vergoedingen die in andere EU-landen worden gevraagd. De HMG heeft niet aannemelijk kunnen maken dat de door haar gevraagde vergoeding redelijk en niet-discriminatoir is. Derhalve moet het aanbod van de HMG volgens de NMa in feite met een leveringsweigering worden gelijkgesteld en duurt de overtreding van de HMG jegens de Telegraaf onverminderd voort.

Gelet op de voortgaande overtredingen dient naar het oordeel van de NMa zowel aan de NOS als aan de HMG een last onder dwangsom te worden opgelegd tot levering van wekelijkse programmaoverzichten aan de Telegraaf.

Ten aanzien van de last overweegt de NMa dat aan de NOS en aan de HMG in beginsel weliswaar vrijheid toekomt bij het vaststellen van hun licentiebeleid maar dat beiden dit beleid zodanig dienen te wijzigen, dat het feitelijk resultaat is dat de markt voor wekelijkse programmabladen niet langer wordt voorbehouden aan omroepen en dat wekelijkse programmaoverzichten onder '*redelijke en non-discriminatoire voorwaarden en tegen redelijke vergoeding*' worden aangeboden aan gegadigden. Dit betekent onder meer dat licenties slechts kunnen worden geweigerd, indien dit objectief gezien noodzakelijk en proportioneel is. In het besluit van 10 september 1998 is vastgesteld dat zich in relatie tot de Telegraaf geen rechtvaardiging voor licentieweigering voordoet.

Voor wat betreft de hoogte van de dwangsom is de NMa van oordeel dat deze een daadwerkelijke prikkel dient te zijn tot naleving van de last. De dwangsom wordt vastgesteld op f 50.000 gulden per overtreding met een maxi-

mum van f 2,5 miljoen per jaar en f 5 miljoen in totaal. Daarbij acht de NMa relevant dat in 1996 de bruto-omzet van de programmabladen van de omroepen circa 400 miljoen gulden heeft bedragen, waarvan circa 20 miljoen netto-inkomsten.

Ten aanzien van het verzoek van de Telegraaf om artikel 63 lid 2 Mw toe te passen oordeelt de NMa het volgende. Artikel 63 Mw bepaalt dat de werking van een beslissing omtrent een boete en/of last onder dwangsom wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken, dan wel op het beroep is beslist. Dit geldt niet voorzover een last onder dwangsom is opgelegd en de d-g NMa zulks in de beschikking uitdrukkelijk bepaalt. Artikel 63 lid 2 Mw geeft de d-g NMa een discretionaire bevoegdheid waarbij het belang van degene(n) ten behoeve van wie de last wordt opgelegd dient te worden afgewogen tegen het te dienen algemene mededingingsbelang en het belang van degene(n) aan wie de last wordt opgelegd. De door de NOS en de HMG aangevoerde belangen van financiële aard zijn volgens de NMa in het algemeen geen zwaarwegende belangen op grond waarvan een rechtmatige situatie niet tot stand kan komen. Temeer niet omdat de NOS en de HMG in de procedure inzake de voorlopige last onder dwangsom hebben aangegeven voldoende draagkrachtig te zijn om verhaal te bieden voor eventueel door hen onrechtmatig veroorzaakte schade – ook indien deze op vele tientallen miljoenen gulden zou moeten worden begroot.

Beslissing

De d-g NMa legt aan de NOS en de HMG de last op programmaoverzichten aan de Telegraaf te leveren tegen redelijke voorwaarden, telkens voor een periode van een week en uiterlijk 10 etmalen voor de eerste dag van de desbetreffende voorwaarden. Aan deze last verbindt de NMa een dwangsom van 50 duizend gulden voor iedere week waarin niet wordt geleverd, met een maximum van 2,5 miljoen gulden per jaar en 5 miljoen gulden in totaal. De lasten gelden voor een periode van twee jaren na inwerkingtreding.

Commentaar

De NOS en de HMG verzetten zich al meer dan twee jaren met hand en tand tegen het verstrekken van wekelijkse programmaoverzichten aan de Telegraaf. Met het onderhavige besluit probeert de NMa de Telegraaf met de NOS en de HMG terug aan de onderhandelingstafel te krijgen met de opdracht een redelijke en non-discriminatoire vergoeding overeen te komen.

Het meest interessante aspect van dit besluit vind ik de wijze waarop de NMa antwoord geeft op de vraag welke vergoeding de NOS en de HMG aan de Telegraaf kunnen vragen voor het ter beschikking stellen van wekelijkse programmaoverzichten. Een dergelijke vergoeding mag niet onredelijk en discriminatoir zijn. De door de HMG gevraagde vergoeding is voor de Telegraaf niet aanvaardbaar en volgens de NMa te hoog. De Telegraaf heeft een tegenbod

A n n o t a t i e s

gedaan gebaseerd op de vergoedingen die de Nederlandse dagbladenpers collectief betaalt voor dagelijkse programmegegevens. Hoe kan objectief worden vastgesteld dat een prijs te hoog is?

In de Europese praktijk is het buitengewoon moeilijk gebleken om misbruik van machtspositie vast te stellen wegens het hanteren van onredelijk hoge prijzen. Dit heeft te maken met de complexiteit die gepaard gaat met het maken van kosten- en prijsanalyses. Met name de allocatie van gemeenschappelijke kosten kan buitengewoon moeilijk zijn, vooral bij ondernemingen die meerdere producten maken, omdat vaste kosten inzake bijvoorbeeld investeringen, onderzoek en ontwikkeling, administratie en verkoop moeten worden toegewezen aan verschillende producten. Dergelijke zaken zijn bovendien schaars.² Ook zijn ze onbevredigend omdat de tussenkommende autoriteit de rol van prijsbepaler krijgt opgedrongen en moet gissen naar de juiste prijs in plaats dat deze door de markt wordt bepaald.³ Het is waarschijnlijk dat dit (economische) vraagstuk in de telecommunicatiesector verder zal worden ontwikkeld.⁴ In deze sector is gekozen voor het vooraf vaststellen van prijzen en kostenberekeningssystemen.⁵ Het is echter de vraag of dergelijke beginselen niet op basis van een algemene administratieve praktijk van de mededingingsautoriteit zouden kunnen worden uitgewerkt en of specifieke regulering voor dit soort gevallen in het algemeen vereist zou moeten zijn. Kan de NMa naar aanleiding van het concrete probleem tussen De Telegraaf en de NOS/HMG voorstellen doen met betrekking tot kostenberekening, en in ieder geval aangeven uit welke elementen de 'kosten', en waaruit de 'winstopslag' zou kunnen bestaan?

In de zaak *United Brands* heeft het Hof van Justitie de basis gelegd voor de regel dat een prijs buitensporig hoog is, indien deze zakelijk niet gerechtvaardigd is.⁶ Een prijs is zakelijk niet gerechtvaardigd indien deze niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie. Het buitensporige karakter van die prijs kan onder meer objectief worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs. Is dit verschil buitensporig, dan dient te worden bepaald of de prijs op zichzelf of in vergelijking met concurrerende producten op andere geografische markten onredelijk is.⁷ Het Hof heeft helaas in het midden gelaten wanneer een prijs precies als 'buitensporig' dient te worden aangemerkt. De eis om prijzen te vergelijken met concurrerende producten is bovendien onbetrouwbaar omdat de prijzen waarmee wordt vergeleken op zichzelf onredelijk kunnen zijn.

In lijn met de praktijk van de Europese Commissie tracht de NMa te voorkomen dat zij een redelijke prijs moet vaststellen. In het besluit van 10 september 1998 motiveert de NMa de aanhouding van het verzoek tot oplegging van een last onder dwangsom, onder andere, nog met het argument dat de onmiddellijke inwilliging van het verzoek een onnodig vergaande beperking van de contractsvrijheid van partijen oplevert en dat het nog niet mogelijk zou zijn een

marktconform tarief vast te stellen. Geconfronteerd met een voortdurende leveringsweigering ziet de NMa zich ruim een jaar later kennelijk wel genoodzaakt de contractsvrijheid in te perken. De NMa formuleert daartoe uitgangspunten voor de beoordeling wat een redelijke vergoeding is.

Ten eerste acht de NMa een vergoeding redelijk indien deze is gebaseerd op kosten die worden gemaakt ter zake van de levering van wekelijkse programmaoverzichten. Bovenop de kosten kan een winstopslag worden opgenomen, mits dit een redelijk percentage van de kosten niet te boven gaat. Een vergoeding van kosten die ook zouden worden gemaakt indien geen programmaoverzichten worden geleverd, zoals de kosten van de programmering zelf, is niet redelijk. Ten tweede merkt de NMa een vergoeding als redelijk aan, indien deze aansluit bij een vergoeding op een vergelijkbare markt voor een vergelijkbaar product. De NMa vindt wekelijkse programmaoverzichten vergelijkbaar met dagelijkse programmaoverzichten, beurskoersen, sportuitslagen, wekelijkse programmaoverzichten in andere EU-landen, enz.

Of de uitgangspunten die de NMa formuleert voldoende zijn om de Telegraaf met de NOS en de HMG tot overeenstemming te laten komen valt te betwijfelen. Het zal buitengewoon lastig blijven voor de Telegraaf of andere gegadigden⁸ om met onwillige partijen als de NOS en de HMG overeenstemming te bereiken over een redelijke prijs. De NMa had in dit geval wat meer gebruik kunnen maken van de economische expertise die zij in huis heeft. Zo had de NMa kunnen vaststellen wat de werkelijke kosten van het maken en verstreken van wekelijkse programmaoverzichten zijn. Aangezien de NOS en de HMG meerdere activiteiten hebben, moeten de relevante kosten worden toegerekend aan de verschillende activiteiten, tezamen met een passende bijdrage in de gemeenschappelijke kosten. De NMa zou ook kunnen bepalen welke accountingmethoden

2 Zie bijvoorbeeld HvJ EG, zaak 26/75, *General Motors*, Jur. 1975, 1367, HvJ EG, zaak 27/76, *United Brands*, Jur. 1978, 207, GvEA, zaak T-111/96, *Belgacom vs. ITT Promedia*, Jur. 1998, 2937, alsmede NMa 1998, zaak 1048, *De Joode/A2000* en NMa 1999, zaak 118, *Ontwikkelingbedrijf Rotterdam/Nozema*.

3 De Europese Commissie heeft geen ambitie om als prijsregulerende instantie op te treden. Vijfde Verslag over het Mededingingsbeleid, punt 76.

4 Zie bijvoorbeeld Haag en Klotz, *Excessive Pricing in the Telecommunication Sector*, DG IV Competition Policy Newsletter, Zomer 1998 en *Bekendmaking betreffende de toepassing van mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector*, Pb. EG 1998, C 265/2, met name punten 104-122 inzake prijsstelling.

5 Zie artikel 7 van Richtlijn 97/33 inzake telecommunicatie Open Network Provision (ONP), Pb. EG 1997, L 199/32. Hier is in sectorspecifieke regelgeving nader bepaald dat partijen met een zekere marktmacht een doorzichtige kostenberekening dienen te hanteren. De (bijzondere) toezichthouder kan dan beoordelen of sprake is van een redelijke prijs.

6 HvJ EG, zaak 27/76, *United Brands*, Jur. 1978, 207.

7 HvJ EG, zaak 395/87, *Tournier*, Jur. 1988, 2521, HvJ EG, zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Lucazeau*, Jur. 1988, 2811, HvJ EG, zaak 30/87, *Bodson*, Jur. 1988, 2507.

8 Zo hebben *Wilmar Press and Productions* en de *Free Satellite Watcher* zich gemengd in de procedure.

A n n o t a t i e s

voor de kostenberekening moeten worden toegepast. Verder had de NMa antwoord kunnen geven op de hamvraag wat een redelijke winstopslag is. Daartoe zou de NMa een vergelijking kunnen maken tussen de door de NOS en de HMG gehanteerde prijzen, en de prijzen die worden berekend op markten die openstaan voor mededinging en die de NMa kennelijk als vergelijkbaar ziet, zoals dagelijkse programmaoverzichten, beurskoersen, sportuitslagen, wekelijkse programmaoverzichten in andere EU-landen, etc. Door partijen op deze cruciale punten aan hun lot over te laten laat de NMa een kans voor open doel liggen.

Tot slot nog een opmerking over het al dan niet opschorten van de last onder dwangsom. De ratio van de discretionaire bevoegdheid van de d-g NMa ex artikel 63 lid 2 Mw is dat het voor degene te wiens behoeve de last wordt opgelegd, in dit geval de Telegraaf, bijzonder nadelig kan zijn als de uitvoering van de last wordt opgeschort, omdat met de last onder dwangsom nu juist herstel van de rechtmatige situatie voor de toekomst wordt beoogd.⁹ De NMa acht wat dat betreft van belang dat de Telegraaf al sinds de wijziging van de Mediawet in september 1997 meerdere malen heeft getracht de programmaoverzichten van de NOS en de HMG te verkrijgen.

Natuurlijk dient het belang van de Telegraaf te worden afgewogen tegen het belang van degene aan wie de last wordt opgelegd, in dit geval de NOS en de HMG. De stelligheid waarmee de NMa de belangenafweging in het voordeel van de Telegraaf beslecht is weliswaar een opsteker voor de Telegraaf, maar roept de vraag op welke omstandigheden toepassing van artikel 63 lid 2 Mw nog in de weg kunnen staan. De NMa lijkt alleen ruimte te laten voor de situatie dat de last onder dwangsom tot onomkeerbare financiële gevolgen zou leiden, zoals bijvoorbeeld faillissement.

9 Memorie van toelichting, TK 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 92.