



Openbaar Besluit

Openbare versie van het besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar gericht tegen het besluit van 13 oktober 2017 met kenmerk ACM/UIT/265913.

Ons kenmerk : ACM/UIT/492612

Zaaknummer : ACM/17/019340

Datum : 19 maart 2018

1 Samenvatting

De ACM heeft het handhavingsverzoek van KPN bij besluit van 13 oktober 2017 afgewezen op grond van overwegingen van prioritering. De ACM verklaart bij dit besluit het bezwaar van KPN tegen het besluit van 13 oktober 2017 ongegrond en handhaaft haar besluit van 13 oktober 2017.

2 Verloop van de procedure

1. KPN B.V. en Digitenne B.V. (hierna samen: KPN) hebben een handhavingsverzoek ingediend bij de ACM tegen Eredivisie Media & Marketing C.V., onderdeel van Fox Network Group Inc. (hierna: EMM). KPN verzocht de ACM om vast te stellen dat EMM in strijd handelt met zowel artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) als met artikel 24 Mw en verzocht de ACM handhavend op te treden. Meer specifiek verzocht KPN de ACM om EMM op te dragen de uitzendrechten van live voetbalwedstrijden van de Nederlandse eredivisie (hierna kortweg: Fox Sports) beschikbaar te stellen onder de oude voorwaarden die golden tot medio 2016, althans onder vergelijkbare voorwaarden als de voorwaarden die gelden voor Ziggo. De ACM zou daarbij een last onder dwangsom moeten opleggen. Voorts verzocht KPN om gezamenlijke behandeling met het bezwaar van CAIW Holding B.V. (hierna: CAIW) tegen de afwijzing van haar verzoek om handhaving tegen EMM.
2. Nadat de ACM het op 7 juli 2016 door CAIW ingediende handhavingsverzoek inzake de nieuwe voorwaarden van EMM voor Fox Sports bij besluit van 27 juni 2017 onder verwijzing naar haar prioriteringsbeleid had afgewezen, heeft KPN op 29 september 2017 haar gronden van bezwaar ingediend tegen de afwijzing van het handhavingsverzoek van CAIW. KPN heeft daarbij gesteld dat de gronden van bezwaar ook als een handhavingsverzoek mochten worden opgevat.
3. De ACM heeft het verzoek van 29 september 2017 in behandeling genomen als handhavingsverzoek. Bij besluit van 13 oktober 2017 (hierna: bestreden besluit) heeft de ACM onder verwijzing naar haar prioriteringsbeleid het handhavingsverzoek van KPN inzake de voorwaarden van EMM voor Fox Sports afgewezen.
4. In het bestreden besluit concludeert de ACM dat het niet aannemelijk is dat de nieuwe voorwaarden van EMM voor Fox Sports tot aantoonbare en substantiële concurrentievervalsing op de markt voor doorgifte van televisiesignalen op retailniveau leiden. Ook voor consumentenschade heeft de ACM onvoldoende aanwijzingen. Tevens is optreden

door de ACM niet doelmatig en niet doeltreffend. De ACM heeft daarom besloten geen nader onderzoek te doen.

5. Bij brief van 16 oktober 2017 heeft KPN haar bezwaar tegen het bestreden besluit ingediend en heeft KPN verzocht om de hoorzitting gezamenlijk te laten plaatsvinden met de hoorzitting inzake het bezwaar van CAIW tegen het besluit van 27 juni 2017.
6. Op 25 oktober 2017 heeft de ACM de op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd.
7. KPN heeft bij brief van 16 oktober 2017 tevens verzocht om het volledige dossier behorend bij de informele zienswijze van de ACM van 29 november 2012¹. De ACM heeft op 8 november 2017 aan KPN verzocht haar verzoek om toezending van enkele dossierstukken inzake de informele zienswijze van 29 november 2012 toe te lichten. Bij brief van 13 november 2017 heeft KPN haar verzoek toegelicht. Op 8 december 2017 heeft de ACM enkele documenten horende bij de informele zienswijze van 29 november 2012 verstrekt aan KPN.
8. Op 18 december 2017 heeft de gezamenlijke hoorzitting plaatsgevonden. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt. Het verslag van de hoorzitting is op 6 februari 2018 aan de deelnemende ondernemingen toegezonden, waarbij deze in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken.
9. Gelijktijdig met het toezenden van het verslag van de hoorzitting heeft de ACM aan KPN de gelegenheid geboden om haar stelling dat Fox Sports een *must have*-karakter heeft met nadere documenten te onderbouwen.
10. Op 26 februari 2018 heeft KPN gebruik gemaakt van de op 6 februari 2018 geboden gelegenheid.

3 Bezwaargronden

Overtreding artikel 24 Mw en artikel 6 Mw

11. KPN stelt dat er sprake is van overtreding van artikel 24 Mw. Ter onderbouwing hiervan stelt KPN dat Fox Sports een aparte markt vormt vanwege het *must have* karakter dat Fox Sports heeft voor distributeurs van televisiesignalen op de retailmarkt. Uit het feit dat EMM het risico nu bij de distributeur weet te leggen, blijkt dat zij een economische machtspositie heeft, aldus KPN. KPN stelt dat, indien de relevante markt ook andere betaalde sportkanalen zou omvatten, EMM volgens haar eigen gegevens nog steeds een hoog marktaandeel heeft. Daarbij is het marktaandeel van Fox Sports vijf maal zo groot als Ziggo Sport Totaal. Dit is volgens KPN illustratief voor de leidende positie van Fox Sports.
12. KPN stelt dat de discriminatie en de exorbitante prijsverhoging door EMM als dominante speler machtsmisbruik oplevert. Op de hoorzitting heeft KPN toegelicht dat zij hiermee doelt op prijsdiscriminatie en niet op excessieve prijzen. KPN verwijst in dit kader naar een Working

¹ Informele zienswijze aan Eredivisie C.V., Eredivisie N.V., Eredivisie Beheer B.V., Eredivisie Media & Marketing C.V., Endemol Sports Investments B.V., Koninklijke Nederlandse Voetbalbond, Fox International Channels Sports Europe B.V. over de exploitatie uitzendrechten van de NMa van 29 november 2012, zaaknummer 7500.

Document van de Commissie behorend bij een White Paper over Sport waarin de Europese Commissie het risico op uitsluiting bij het bestaan van exclusieve rechten van premium content zoals live voetbal signaleert.

13. Daarnaast stelt KPN dat de gezamenlijke exploitatie van de uitzendrechten van de live Eredivisie wedstrijden in Nederland door de eredivisieclubs via het samenwerkingsverband Eredivisie C.V. (hierna: ECV) een afspraak zou zijn met een mededingingsbeperkende strekking. Daarnaast stelt KPN dat EMM misbruik zou maken van een economische machtspositie door het op discriminatoire wijze opleggen van nieuwe voorwaarden voor de levering van Fox Sports.
14. Ter onderbouwing van haar stelling dat er sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw verwijst KPN naar het besluit van de ACM van 19 november 2002.² Volgens KPN hanteert de Europese Commissie als uitgangspunt dat de gezamenlijke exploitatie in beginsel de mededinging beperkt gezien de wijze waarop de Commissie de Europa Cup en de UEFA Champions League heeft beoordeeld.
15. Volgens KPN gaat in deze zaak een verweer op grond van artikel 6, derde lid, Mw niet op. EMM zou met de discriminatoire voorwaarden verder gaan dan noodzakelijk om de voordelen van gezamenlijke exploitatie te behalen en de voordelen zouden de gebruikers niet ten goede komen.
16. KPN beschouwt de voorwaarden die de ACM in haar informele zienswijze van 29 november 2012 heeft opgenomen als strikte voorwaarden waaronder de beperking van de mededinging door de gezamenlijke exploitatie is toegestaan. Met de nieuwe voorwaarden houdt EMM zich niet aan deze voorwaarden en overtreedt zij artikel 6 Mw, aldus KPN.

Overige bezwaargronden

17. KPN stelt dat de conclusie van de ACM onjuist is omdat zij bij de beoordeling van de klacht uit zou gaan van onjuiste feiten. De ACM dient volgens KPN bij haar toets van het bezwaar rekening te houden met het feit dat het Hof Amsterdam op 25 juni 2017 heeft geoordeeld dat ook de oude UPC-klienten onder de volgens KPN gunstigere contractvoorwaarden van Ziggo vallen.
18. Daarnaast stelt KPN dat de ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de concrete gevolgen van de nieuwe voorwaarden voor KPN. Volgens KPN is het onjuist dat Fox Sports niet essentieel is voor de distributeurs om te concurreren. Ten slotte stelt KPN dat de suggestie, dat de nieuwe voorwaarden van EMM voor Fox Sports gunstig zijn voor de consument, onjuist is.
19. KPN voert een aantal argumenten aan op grond waarvan zij stelt dat Fox Sports *must have* content is. KPN stelt dat niet [vertrouwelijk] %, maar [vertrouwelijk] percentage van haar abonnees Fox Sports afneemt. Een verlies van de klanten die Fox Sports afnemen, betekent een aanzienlijk omzetverlies voor KPN. Volgens KPN maken KPN en vrijwel alle concurrenten van Ziggo een significant verlies met de distributie van Fox Sports en hebben zij er

² Met het besluit van 19 november 2002 heeft de ACM (destijds NMa) het verzoek om een ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw (oud) van het kartelverbod voor collectieve verkoop van uitzendrechten voor eredivisievoetbalwedstrijden van Eredivisie N.V. afgewezen.

desondanks voor gekozen om Fox Sports aan te bieden. Dat slechts één kleine aanbieder heeft besloten Fox Sports niet meer aan te bieden onderstreept volgens KPN dat Fox Sports essentieel is om effectief te concurreren.

20. KPN stelt dat de ACM in strijd handelt met haar eigen prioriteringsbeleid. Volgens KPN scoort deze zaak op alle drie de criteria (consumentenwelvaart, maatschappelijk belang en doeltreffend en doelmatig optreden). Daarbij heeft de ACM ten onrechte geen onderzoek gedaan naar de gevolgen voor de lange termijn voor de consumentenwelvaart. Volgens KPN is er wel sprake van een maatschappelijk belang. Het maatschappelijk belang zou blijken uit het feit dat de ACM in 2012 een informele zienswijze heeft afgegeven. Volgens haar eigen criteria doet de ACM dit alleen als er een groot maatschappelijk belang is, aldus KPN.
21. Daarnaast bevat het bestreden besluit volgens KPN geen onderbouwing voor het standpunt van de ACM dat een onderzoek niet doelmatig en doeltreffend zou zijn.
22. De afwijzing van het verzoek om handhaving is volgens KPN in strijd met het vertrouwensbeginsel. De informele zienswijze houdt volgens KPN een concrete toezegging in die een ondubbelzinnige strekking bevat dat de ACM handhavend zal optreden bij prijsdiscriminatie. In dit verband merkt KPN op dat de ACM in beginsel een plicht heeft tot handhaving. Ten slotte stelt KPN dat zij schade lijdt als gevolg van het uitblijven van een onderzoek naar de prijsdiscriminatie van EMM.

4 Beoordeling bezwaar door de ACM

4.1 Inleiding

23. Alvorens tot beoordeling van het bezwaar van KPN over te gaan, geeft de ACM eerst een beknopt overzicht van het speelveld waarbinnen Fox Sports wordt aangeboden.
24. KPN is distributeur van televisiesignalen en levert op retailniveau het product Fox Sports. EMM exploiteert de uitzendrechten van Fox Sports en biedt de uitzendrechten aan distributeurs, zoals KPN, aan. Distributeurs, zoals KPN, bieden Fox Sports niet los aan eindgebruikers aan, maar als onderdeel van het televisiepakket (binnen het basis televisiepakket of apart als aanvullend pakket). EMM biedt Fox Sports niet zelf rechtstreeks aan op de retailmarkt.
25. Televisie wordt in de meeste gevallen verkocht in combinatie met een internetabonnement. Daarnaast behoort ook vaste telefonie vaak tot de mogelijke opties. Gebundelde verkoop van televisie, internet en/of vaste telefonie in een pakket noemt men ook wel dual play of triple play. De kosten van internet zijn ongeveer twee keer zo hoog als die van televisie (standaardpakketten) en de kosten van vaste telefonie een relatief klein deel van het totaal (abonnementsprijs afgezien van gebruikskosten). De belangrijkste reden voor de consument om over te stappen is de prijs van het pakket en de internetsnelheid. KPN is een van de twee grote spelers op het gebied van internet en televisie in Nederland.³

³ Zie rapport van de ACM van juli 2017 "*Bundeling van telecomdiensten en content in Nederland*", beschikbaar op https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/17471_rapportage-over-bundeling-van-telecomdiensten-en-content-18072017.pdf.

26. Het aanbod van televisiecontent is een manier waarop distributeurs zich proberen te onderscheiden. *Must have* content is content die noodzakelijk is om effectief te kunnen concurreren. Geen toegang tot *must have* content kan met name de positie van kleine partijen (nog meer) verzwakken.⁴
27. De klachten van KPN komen erop neer dat de voorwaarden waaronder EMM Fox Sports aanbiedt aan de distributeurs, leiden tot een verstoring van de concurrentie tussen de distributeurs op de retailmarkt. Dit komt volgens KPN omdat Fox Sports dient te worden aangemerkt als *must have* content.

4.2 Misbruik economische machtspositie

28. KPN stelt dat EMM misbruik maakt van een economische machtspositie door prijsdiscriminatie toe te passen bij de exploitatie van Fox Sports. Om misbruik van een economische machtspositie van EMM vast te stellen moet er sprake zijn van een economische machtspositie, prijsdiscriminatie en een potentiële verstoring van de concurrentie op de downstreammarkt.⁵

Economische machtspositie

29. Een economische machtspositie wordt gedefinieerd als de situatie van economische macht die het een of meer ondernemingen mogelijk maakt zich jegens haar of hun concurrenten, afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen. Wanneer kan worden vastgesteld dat Fox Sports *must have* content is voor de distributeurs is dat een belangrijke indicatie dat EMM een machtspositie heeft.
30. Uit wat KPN⁶ heeft aangedragen en uit signalen van andere partijen⁷ uit de markt blijkt dat distributeurs Fox Sports graag opnemen in hun pakket omdat zij de omzet die zij binnenhalen met de klanten die Fox Sports wensen af te nemen niet willen verliezen. Ook is gebleken dat Fox Sports door distributeurs wordt aangeboden binnen een breder pakket van televisie, vaak gebundeld in een dual of triple play pakket. Daarbij is het dan de vraag of Fox Sports een noodzakelijke voorwaarde is om effectief te kunnen opereren als distributeur. Om te beoordelen of EMM een economische machtspositie heeft, moet uitgebreid onderzoek worden gedaan naar de positie van EMM en het belang van het product Fox Sports voor de concurrentie op de downstreammarkt. De ACM bekende informatie, waaronder de door KPN aangeleverde stukken, is onvoldoende om die conclusie reeds te trekken.

Prijsdiscriminatie

⁴ Idem.

⁵ Vergelijk A-G Wahl in zijn conclusie van 20 december 2017, zaak C-525/16.

⁶ Dossierstukken met kenmerk van de ACM 193483 en 412984.

⁷ Zie de reacties van CAIW, Tele2, Breedband Helmond, Delta en Ziggo en eerdere reacties van KPN in dossierstukken 1, 2, 3, 9, 10, 12, 13, 20, 24, 25, 26, 27, 29, 32, 40, 48, 49, en 51 t/m 54.

31. Om vast te stellen of sprake is van prijsdiscriminatie moet rekening worden gehouden met alle op de markt geldende voorwaarden bij de beoordeling of de transactie gelijkwaardig is.⁸
32. Uitgangspunt is dat prijsdiscriminatie op zich niet problematisch hoeft te zijn vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt. Prijsdiscriminatie kan de economische efficiëntie doen toenemen. Prijsdiscriminatie is mogelijk verboden indien zij een daadwerkelijk of potentieel mededingingsverstoring effect heeft. Het feit dat een onderneming voor de aankoop van een goed of dienst een hogere prijs moet betalen dan die welke op een of meer concurrerende ondernemingen wordt toegepast kan als financieel nadeel worden aangemerkt, maar dit leidt niet noodzakelijk tot een concurrentienadeel.
33. De nieuwe voorwaarden waaronder EMM Fox Sports aanbiedt, bevatten een vergoedingensysteem dat verschilt van het oude vergoedingensysteem. Het is echter de vraag of er sprake is van verboden prijsdiscriminatie. Door het verschil in vergoedingensysteem en het verschil in prikkel die er vanuit gaat voor de wijze waarop de distributeurs Fox Sports het best aan kunnen bieden, kan de prijs tussen die distributeurs niet makkelijk vergeleken worden. Zo er al sprake is van prijsdiscriminatie, rijst nog de vraag of dit leidt tot potentiële verstoring van de concurrentie.

Verstoring concurrentie downstreammarkt

34. Zoals in het bestreden besluit is overwogen, heeft een onderneming die zelf niet downstream actief is, over het algemeen geen prikkel om de concurrentie downstream te verstoren. Het is aannemelijker dat zij belang heeft bij een concurrerende downstreammarkt.
35. Voor het onderzoek naar potentiële concurrentieverstoring moeten de kenmerken van de markt waarop de handelspartners op de downstreammarkt werkzaam zijn in aanmerking worden genomen. Tegen die achtergrond moet worden bepaald of de prijsdiscriminatie gevolgen heeft voor de mate waarin op de downstreammarkt wordt geconcentreerd. Hierbij dient dan ook gekeken te worden naar het relatieve belang van het prijsverschil dat is ontstaan door de prijsdiscriminatie. Daarnaast speelt een rol welk aandeel de kosten van de door de onderneming met een machtspositie opgelegde prijs vormen van de totale kosten van de benadeelde handelspartners.⁹
36. Naar het oordeel van de ACM biedt het nieuwe vergoedingensysteem mogelijkheden voor distributeurs om Fox Sports aan te bieden. Momenteel wordt Fox Sports in het televisiebasispakket of als aanvullend pakket aangeboden tegen verschillende tarieven.¹⁰
37. Om te kunnen bepalen of de verschillende vergoedingensystemen de concurrentie op de downstreammarkt kunnen verstoren, moet het verschil in prijs in kaart worden gebracht, tegen de achtergrond van de prikkel die uitgaat van het betreffende vergoedingensysteem. Daarnaast moeten in elk geval ook de aard en het belang van het prijsverschil worden onderzocht en de kostenstructuur van de distributeurs waarbij ook de bundeling in dual of triple betrokken is. Het door KPN gestelde financieel nadeel dat zij tijdelijk (tot 2020) heeft ten

⁸ HvJ EU van 9 september 2009, *Clearstream/Commissie* (T-301/04, EU:T:2009:317); HvJ EU van 7 oktober 1999 *Irish Sugar/Commissie* (T-228/97, EU:T:1999:246).

⁹ Zie A-G Wahl in zijn conclusie van 20 december 2017, zaak C-525/16 vanaf punt 94.

¹⁰ Zie <https://campagnes.foxsports.nl/abonneren>.

opzichte van Ziggo is onvoldoende om verstoring van de concurrentie op de downstreammarkt uit af te leiden.

Conclusie

38. KPN heeft onvoldoende informatie aangeleverd om vast te kunnen stellen dat EMM een machtspositie heeft en dat het verschil in voorwaarden, indien kan worden vastgesteld dat sprake is van prijsdiscriminatie, leidt tot een verstoring van de concurrentie op de downstreammarkt. Nader onderzoek is vereist en vergt van de ACM een aanzienlijke inzet van middelen.
39. De ACM acht het op basis van het door partijen aangevoerde onvoldoende aannemelijk dat de nieuwe voorwaarden concurrentieverstorend zijn. De ACM heeft met name onvoldoende aanwijzingen dat de verschillende vergoedingensystemen de concurrentie op de downstreammarkt kunnen verstoren. In dit verband acht de ACM het van belang dat de nieuwe voorwaarden voor alle distributeurs mogelijkheden biedt om Fox Sports aan te bieden en geen distributeurs worden uitgesloten. Daarnaast wordt televisie in de meeste gevallen gebundeld verkocht in een dual of triple playpakket en moet het belang van het kunnen aanbieden van Fox Sports in dat kader geplaats worden.
40. De ACM acht een nader onderzoek niet in verhouding tot de ernst en de gevolgen van een eventuele overtreding en de te verwachten positieve effecten van handhavend optreden. De ACM acht daarmee verder optreden niet doelmatig.

4.3 Kartelverbod

Kader

41. KPN stelt dat onder de nieuwe voorwaarden de gezamenlijke exploitatie van de uitzendrechten van live Eredivisiewedstrijden naast een overtreding van artikel 24 Mw ook een overtreding inhouden van artikel 6 Mw.
42. Voor zover de bundeling van de uitzendrechten van Eredivisiewedstrijden al in strijd zou kunnen zijn met artikel 6, eerste lid Mw, staat hiermee echter nog niet vast dat er sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw. In voorkomend geval kan de uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, derde lid, Mw van toepassing zijn.

Beoordeling

43. De klacht van KPN gaat over de wijze waarop EMM Fox Sports exploiteert en de voorwaarden waaronder zij Fox Sports aanbiedt aan distributeurs. ECV heeft voor de exploitatie van Fox Sports een licentie aan EMM gegeven.
44. De ACM stelt voorop dat het bezwaar van KPN moet worden geplaats in het kader van een prioriteringsbesluit. In een klachtenprocedure, zoals de onderhavige, dient als uitgangspunt dat KPN als klager argumenten aandraagt waarom de gezamenlijk exploitatie van Fox Sports

onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw valt. In het verlengde hiervan dient KPN tevens aannemelijk te maken waarom de uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, derde lid, Mw niet van toepassing is. KPN heeft dit niet aannemelijk gemaakt.

45. De ACM is van oordeel dat in het onderhavige geval de voordelen van de bundeling van uitzendrechten van de live Eredivisie wedstrijden opwegen tegen de nadelen hiervan. Dat niet iedere eredivisieclub hoeft te onderhandelen met iedere (mogelijke) distributeur over de uitzendrechten is een efficiencyvoordeel. Het aanbieden van het pakket aan alle distributeurs die daarvoor interesse hebben voorkomt eventuele negatieve gevolgen indien de exclusiviteit bij een distributeur komt te liggen.
46. Daarnaast verliest de competitie van de Eredivisie Nederland zijn aantrekkelijkheid als niet iedere eredivisieclub deelneemt aan het bundelen van de uitzendrechten. Het bundelen van de uitzendrechten is nodig en gaat niet verder dan strikt noodzakelijk is. Naast de live wedstrijden worden de samenvattingen als een los pakket aangeboden en vallen de uitzendrechten terug aan de individuele clubs die de beelden vervolgens zelf kunnen exploiteren.
47. De Europese Commissie heeft eerder, inzake het gebundeld vermarkten van de uitzendrechten van de Bundesliga en de Premier League, geoordeeld dat het bundelen van uitzendrechten kan vallen onder artikel 101, eerste lid, VWEU¹¹. De Europese Commissie bepaalde voorts, gelet op de wijze waarop de bundeling van uitzendrechten is vormgegeven, de voordelen die het gezamenlijk onderhandelen met de (mogelijke) afnemers van het pakket biedt en de voordelen die het biedt voor de consument, het bundelen van uitzendrechten valt onder de uitzondering van artikel 101, derde lid, VWEU.
48. Een beoordeling op grond van artikel 6 Mw naar analogie van deze beschikkingen van de Europese Commissie zou naar het oordeel van de ACM niet tot het gewenste resultaat voor KPN leiden. Hiermee is ook gegeven dat het bestreden besluit niet in strijd is met de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie.
49. KPN stelt daarnaast dat het bestreden besluit in strijd is met het besluit van ACM van 19 november 2002. Dat is niet juist. De ACM (destijds NMa) heeft weliswaar besloten dat de toenmalige constructie om de uitzendrechten te bundelen niet voor een ontheffing op grond van artikel 17 Mw (de voorloper van art 6, derde lid) in aanmerking kwam. De destijds voorgelegde constructie hield echter een aanzienlijke beperking van het aantal uit te zenden wedstrijden in. Dit zou marktafsluitende effecten op de markt van televisie-uitzendingen tot gevolg hebben, die prijsverhogend werken en uiteindelijk nadelig zijn voor de (keuzemogelijkheden) van de consument. Niet gesteld en evenmin is gebleken dat in het onderhavige geval van een aanzienlijke beperking van het aantal uit te zenden wedstrijden sprake is, zodat de vergelijking met het besluit van 19 november 2002 reeds om die reden niet opgaat.
50. De verwijzing door KPN naar een Working Document van de Commissie behorend bij een White Paper over Sport leidt niet tot een ander oordeel. De Commissie merkt weliswaar op

¹¹ Beschikking van de Commissie van 19 januari 2005, Zaak COMP/C-2/37.214. Gezamenlijke verkoop van de media rechten op de Duitse Bundesliga. Pb Nr. L 134 van 27 mei 2005 en Beschikking van de Commissie van 23 juli 2003, Zaak Comp/C2-37.398 gemeenschappelijke verkoop van de commerciële rechten voor de UEFA Champions League. Pb Nr. L 291 van 8 november 2003.

dat collectieve verkoop de mededinging in het gedrang kan brengen, maar ook dat de Commissie er onder bepaalde voorwaarden mee kan instemmen. Door KPN is niet gesteld dat de gezamenlijke exploitatie van de live Eredivisie wedstrijden niet aan de in het Working Document genoemde voorwaarden voldoet.

Het bijbehorende Working Document van de Directorate-General for Education and Culture, Sport Unit biedt evenmin steun voor het standpunt van KPN.¹²

Conclusie

51. De ACM concludeert dat zij de aanvraag van KPN tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 56 Mw terecht, voor zover deze betrekking heeft op artikel 6 Mw, heeft afgewezen.

4.4 Overige bezwaargronden

Feitelijke achtergrond

52. KPN stelt dat de ACM zou zijn uitgegaan van onjuiste feiten. In het bestreden besluit ging de ACM ervan uit dat het een deel van de klanten van Ziggo, het 'oude UPC deel', vanaf augustus 2017 onder de nieuwe voorwaarden zouden gaan vallen. In bezwaar heeft KPN aangetoond dat dit niet juist is. Echter, naar het oordeel van de ACM maakt de omstandigheid, dat alle klanten van Ziggo onder de oude voorwaarden vallen en niet slechts een deel van de klanten, de conclusie niet anders. De omvang van het nader onderzoek dat vereist is, blijft gelijk en deze omstandigheid geeft geen aanvullende aanwijzing voor de aanwezigheid van concurrentievervalsing op de downstreammarkt. Weliswaar wordt hiermee het door KPN gestelde financieel nadeel ten opzichte van Ziggo groter, een financieel nadeel alleen is, zoals gezegd, onvoldoende om vervalsing van de concurrentie op de downstreammarkt af te leiden.

Vertrouwensbeginsel

53. De ACM volgt KPN niet in haar stelling dat de ACM in strijd met het vertrouwensbeginsel zou hebben gehandeld. De ACM stelt voorop dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel nodig is dat er aan het bestuursorgaan toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan door een daartoe bevoegd persoon, waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend.¹³
54. Naar het oordeel van de ACM houdt de genoemde informele zienswijze uit 2012 geen concrete, ondubbelzinnige toezegging in om handhavend op te treden. De ACM heeft in de informele zienswijze aangegeven dat de ACM mogelijk een nader onderzoek zal willen instellen indien sprake is van discriminatoire voorwaarden aan de distributieplatforms en indien dit leidt tot een significante beperking van de mededinging. Of er sprake is van

¹² Commission Staff Working Document - Impact Assessment - Accompanying the White Paper on Sport (COM(2007) 391 final) {SEC(2007)934} {SEC(2007)935} {SEC(2007)936} https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4b45714a-13fb-4c4a-8ce3-2678b15c0392/language-en?portal2012documentDetail_WAR_portal2012portlet_source=search

¹³ Uitspraak van 5 september 2012 van de Afdeling Bestuursrechtspraak, ECLI:NL:RVS:2012:BX6483.

prijdiscriminatie zou nader onderzoek moeten uitwijzen. Naar het oordeel van de ACM zijn er op dit moment onvoldoende aanwijzingen voor verstoring van de concurrentie om een significante beperking van de mededinging aan te nemen.

55. In de informele zienswijze staat daarnaast: *“Voorts merk ik op dat de hier geschetste zienswijze een informeel karakter heeft. De zienswijze bindt de Raad van Bestuur van de NMa niet en het staat haar te allen tijde vrij anders te oordelen.”*
56. Gelet op het voorgaande kon KPN er niet op grond van de informele zienswijze op vertrouwen dat de ACM een nader onderzoek zou instellen naar de nieuwe voorwaarden waaronder EMM Fox Sports aanbiedt.
57. Dat KPN enige schade heeft geleden omdat zij erop mocht vertrouwen dat de ACM een nader onderzoek zou instellen acht de ACM niet aannemelijk.

Prioriteringsbeleid

58. Het besluit van de ACM om geen prioriteit te geven aan het verzoek van KPN om handhaving en aldus geen nader onderzoek in te stellen is niet in strijd met het prioriteringsbeleid van de ACM. Het prioriteringsbeleid is geen optelsom. Op basis van een lagere score op één criterium kan de ACM reeds concluderen dat een nader onderzoek (op dat moment) niet is aangewezen. De ACM heeft in haar besluit onderbouwd waarom zij vanuit oogpunt van doelmatigheid afziet van nader onderzoek en dat er onvoldoende aanwijzingen zijn voor negatieve gevolgen op de downstreammarkt. Op basis hiervan kan de ACM het besluit nemen om geen prioriteit te geven aan nader onderzoek.

4.5 Conclusie

59. Gelet op het bovenstaande komt de ACM tot de conclusie dat zij het verzoek om nader onderzoek te doen en handhavend op te treden op goede gronden heeft afgewezen. Ook na heroverweging komt de ACM niet tot een andere slotsom.

5 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt

- Verklaart de bezwaren van KPN B.V. en Digitenne B.V. tegen het besluit van 13 oktober 2017 ongegrond en handhaaft, onder aanvulling van haar motivering, haar besluit van 13 oktober 2017.

Den Haag, 19 maart 2018

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Juridische Zaken

Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.