

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 1/682

Betreft zaak: De Telegraaf vs HMG, tweede beslissing op bezwaar HMG

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar tegen zijn besluit van 16 februari 2000 met kenmerk 1/322.b53, na vernietiging van het besluit op bezwaar van 3 oktober 2001 met kenmerk 1/489.0119 bij uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 met nrs. MEDED 01/2430-RIP en MEDED 01/2474-RIP.

I. Verloop van de procedure

1. De NV Holdingmaatschappij De Telegraaf (hierna: De Telegraaf) heeft met het oog op de voorgenomen uitgave van een zaterdagbijlage met een overzicht van de wekelijkse programmegegevens van Nederlandse omroepen de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: de NOS) en de Holland Media Groep SA (hierna: HMG) verzocht de aan hen toekomende wekelijkse programmaoverzichten aan haar ter beschikking te stellen. De NOS en HMG hebben geweigerd aan dit verzoek te voldoen.
2. Bij brief van 2 januari 1998 heeft De Telegraaf de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) verzocht aan de NOS en aan HMG een last onder dwangsom op te leggen in verband met overtreding van artikel 24, lid 1 Mw. Tevens is verzocht op grond van artikel 83 Mw een voorlopige last onder dwangsom op te leggen. Bij besluit van 22 januari 1998 heeft de d-g NMa laatstgenoemd verzoek afgewezen wegens het ontbreken van een voldoende spoedeisend belang. Deze afwijzing is in bezwaar gehandhaafd bij besluit van 22 april 1998 van de d-g NMa. Tegen dit besluit op bezwaar is geen beroep ingesteld.
3. Bij besluit van 10 september 1998 heeft de d-g NMa – onder meer – vastgesteld dat de NOS en HMG artikel 24, lid 1 Mw overtreden en vervolgens de beslissing op het verzoek om een last onder dwangsom op te leggen aangehouden.
4. Bij brieven van respectievelijk 21 oktober 1998 en 22 oktober 1998 hebben HMG en de NOS bezwaar gemaakt tegen het besluit van de d-g NMa van 10 september 1998.

5. Bij brief van 18 november 1998 heeft de NOS de president van de rechtbank Rotterdam verzocht het besluit van 10 september 1998 te schorsen voor zover daarin is opgedragen voor 15 januari 1999 aan de d-g NMa mededeling te doen van – kort gezegd – de gevolgen die partijen aan dat besluit hebben verbonden. Bij mondelinge uitspraak van 7 december 1998, waarvan een proces-verbaal is verzonden op 21 december 1998, heeft de president het verzoek afgewezen op de grond dat het element waarvan schorsing wordt gevraagd niet tot de rechtsgevolgen van het besluit van 10 september 1998 behoort, zodat de president geen voorziening ter zake kan treffen.
6. Bij besluit van 16 februari 2000 heeft de d-g NMa door middel van een last onder dwangsom de NOS en HMG bevolen tegen redelijke voorwaarden de wekelijkse programmaoverzichten te verstrekken aan De Telegraaf. Daarbij heeft de d-g NMa met toepassing van artikel 63, lid 2 Mw besloten tot onmiddellijke werking van de last onder dwangsom.
7. Bij brief van 15 maart 2000, nader aangevuld bij brief van 25 april 2000 heeft de NOS bezwaar gemaakt tegen het besluit van de d-g NMa van 16 februari 2000. Bij brief van 28 maart 2000, nader aangevuld bij brief van 12 april 2000, heeft HMG eveneens tegen het besluit bezwaar gemaakt.
8. Op respectievelijk 26 april 2000 en 31 mei 2000 hebben de NOS en HMG de president van de rechtbank Rotterdam verzocht een voorlopige voorziening te treffen, strekkende – onder meer – tot schorsing van de onmiddellijke werking van de last onder dwangsom. Bij uitspraak van 22 juni 2000 heeft de president de (gevoegde) verzoeken toegewezen.
9. Bij besluit van 3 oktober 2001 heeft de d-g NMa de bezwaren van de NOS en HMG ongegrond verklaard en de last onder dwangsom gehandhaafd. Tevens heeft de d-g NMa met toepassing van artikel 63, lid 2 Mw besloten tot onmiddellijke werking van de last onder dwangsom.
10. Bij beroepschriften van respectievelijk 2 november 2001 en 9 november 2001 hebben de NOS en HMG tegen het besluit van de d-g NMa van 3 oktober 2001 beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam.
11. Bij uitspraak van 11 december 2002 heeft de rechtbank Rotterdam het beroep van de NOS ongegrond en het beroep van HMG gegrond verklaard. De rechtbank heeft het bestreden besluit van 3 oktober 2001 vernietigd en bepaalt dat de d-g NMa met inachtneming van haar uitspraak een nieuwe beslissing neemt op het bezwaar van HMG.

12. Bij beroepschriften van 20 januari 2003 hebben de NOS en de d-g NMa hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002.
13. Op 18 februari 2003 heeft de NOS de president van het CBb verzocht een voorlopige voorziening te treffen strekkende tot schorsing van de onmiddellijke werking van de last onder dwangsom. Bij uitspraak van 9 april 2003 heeft de president dit verzoek toegewezen.
14. In de hoger beroepprocedure is partijen een termijn verstrekt voor indiening van verweer waarna een mondelinge behandeling zal plaatsvinden. Een datum voor de mondelinge behandeling van het hoger beroep is thans nog niet vastgesteld.
15. Uit de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 volgt dat de d-g NMa een nieuwe beslissing dient te nemen op het bezwaar van HMG. Daarin dient de d-g NMa de stelling te onderbouwen dat sprake is van misbruik door het vragen van onredelijk hoge prijzen door HMG voor haar programmeergevens. De onderhavige procedure is gericht op de totstandkoming van bedoelde nieuwe beslissing op bezwaar.
16. Na de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 is hiertoe het dossier van de onderhavige zaak aangevuld met stukken van HMG over de onderbouwing van haar (nadere) tariefvoorstel. Ook de Telegraaf heeft stukken overgelegd waarin zij ingaat op beoordelingscriteria voor een redelijk tarief voor programmeergevens. HMG en De Telegraaf zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld schriftelijk en mondeling hun zienswijzen te geven. Bij brieven van respectievelijk 5 juni 2003 en 10 juni 2003 hebben HMG en De Telegraaf van deze gelegenheid gebruikgemaakt en bij brieven van respectievelijk 30 juni 2003 en 8 juli 2003 hebben HMG en De Telegraaf schriftelijk gereageerd op elkaars zienswijze. HMG en De Telegraaf hebben afgezien van de hun geboden mogelijkheid om gehoord te worden.

II. Bewijsopdracht en te beoordelen HMG-tarief

17. In zijn beslissing – opnieuw te nemen op het bezwaar van HMG en de naar aanleiding daarvan door HMG en De Telegraaf ingebrachte zienswijzen (zie rnr. 15) – dient de d-g NMa in het licht van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 nader te onderbouwen dat het door HMG aan De Telegraaf geboden tarief een zodanig onredelijke prijs voor de programmeergevens is, dat sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw mits ook is voldaan aan de overige voorwaarden van die bepaling.
18. Onder verwijzing naar zijn besluit van 3 oktober 2001 en de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 meent de d-g NMa dat in de onderhavige zaak aan bovenbedoelde overige voorwaarden is voldaan.

19. In de loop van de procedure heeft HMG verschillende tarieven voorgesteld voor het verstrekken van haar programmeergegevens. Het eerste – jaarlijkse – tariefvoorstel van HMG aan De Telegraaf dateert van kort na het besluit van de d-g NMa van 10 september 1998 en bedroeg NLG [vertrouwelijk] bij een oplage van 1.000.000 exemplaren van de (zaterdag)krant (d.i. NLG [vertrouwelijk] en circa EUR [vertrouwelijk] per zaterdagkrant/per jaar). In haar uitspraak van 11 december 2002 refereert de rechtbank Rotterdam aan dit aanbod van HMG aan De Telegraaf.
20. Het laatste – en thans bij deze beoordeling voorliggend – jaarlijkse tariefvoorstel van HMG aan De Telegraaf dateert van 22 november 2002, dat na de mondelinge behandeling, kort voor de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002, werd gedaan. Dit tarief bedraagt EUR 118.000,- bij een oplage van 850.000 exemplaren van de (zaterdag)krant en betekent bijna een halvering van bovenbedoeld tarief. Omgerekend per zaterdagkrant/per jaar resulteert dit in een vraagprijs voor De Telegraaf van circa EUR 0,14 (NLG 0,30).

III. Zienswijze partijen

21. HMG en De Telegraaf hebben verschillende zienswijze met betrekking tot het beoordelen van de redelijkheid van het voorliggende tariefvoorstel. Voor zover relevant voor het nemen van een nieuwe beslissing op het bezwaar van HMG, luiden deze samengevat als volgt.

HMG

22. HMG is van mening dat het tariefvoorstel, zoals dat ten tijde van de beroepsprocedure voor de rechtbank Rotterdam gold (NLG [vertrouwelijk] ofwel circa EUR [vertrouwelijk]), niet als misbruik van economische machtspositie kan worden beschouwd. Dit zou te meer gelden gezien een aantal ontwikkelingen na de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002. Zo zou HMG met Veronica overeenstemming hebben bereikt over de levering van de programmeergegevens van HMG, onder dezelfde tariefvoorwaarden als waarvoor HMG de gegevens aan De Telegraaf wil leveren. Volgens HMG illustreert deze overeenstemming dat het gevraagde tarief redelijk is.
23. HMG wijst er voorts op dat het tarief dat zij thans aan De Telegraaf aanbiedt bijna is gehalveerd ten opzichte van het tarief dat werd aangeboden aan De Telegraaf waarin de rechtbank Rotterdam inzage had ten tijde van haar uitspraak van 11 december 2002. Het nu aangeboden tarief valt volgens HMG ruimschoots binnen de bandbreedte van tarieven die

door Arthur Anderson als redelijk zijn aangemerkt in het rapport zoals door HMG in het kader van de bezwaarprocedure is overgelegd.¹

24. Verder is HMG bereid programmegegevens van andere omroepen af te nemen tegen dezelfde tariefvoorwaarden die zij stelt voor afname van haar programmegegevens. Ook hieruit zou de redelijkheid van haar tariefvoorstel blijken.
25. HMG zoekt voor haar tariefstelling aansluiting bij het gebruik dat de afnemer maakt van de programmegegevens en de opbrengsten die de afnemer daarmee kan genereren. Bij de beoordeling van de redelijkheid van het tarief zou dan ook, anders dan De Telegraaf meent, de desbetreffende kosten/baten structuur van de afnemer bepalend zijn en niet de kostenstructuur van HMG. De meerwaarde die een afnemer ziet in de programmegegevens komt volgens HMG per definitie tot stand in overleg en onderhandelingen met de (aspirant)afnemer.
26. Een kostengeörienteerd tarief, zoals door de Telegraaf wordt verdedigd, zou geen geschikte methode zijn voor het vaststellen van de redelijkheid van tarieven voor het leveren van 'content' en andere diensten waarop IE-rechten rusten.
27. Ten slotte wordt in het voorgestelde tarief onder meer tot uitdrukking gebracht een exposurevoordeel voor HMG bij een grote oplage, c.q. afname van programmegegevens.

De Telegraaf

28. De Telegraaf meent dat het thans te beoordelen tariefvoorstel van EUR 118.000,- zodanig hoog is dat nog steeds sprake is van misbruik als bedoeld in artikel 24 Mw.
29. De Telegraaf stelt, onder verwijzing naar de zogenoemde Punten van Overweging van de NMa van 9 augustus 1999 (hierna: PvO), dat het uitgangspunt voor een voorgestelde vergoeding moet zijn een tarief op basis van *kosten* of op basis van een *beloning* voor de geleverde prestatie. Verder moet volgens De Telegraaf de redelijkheid van het tarief worden beoordeeld op basis van de *aard van het product* en de *marktsituatie*.
30. Indien voor een kostengebaseerd tarief wordt gekozen, moet volgens De Telegraaf worden gekeken naar de 'marginale kosten' en 'verzonken kosten'. De marginale kosten van HMG, dat wil zeggen de kosten die rechtstreeks zijn gemoeid met de levering van de overzichten, zouden gering zijn. De kosten zouden voornamelijk betrekking hebben op het combineren van de gegevens van de drie zenders en het verzenden daarvan. De Telegraaf benadrukt in dit

¹ Rapport Arthur Anderson, Holland Media Group, Dutch weekly programme listings, May 2000. Het rapport is het resultaat van een onderzoeksopdracht van HMG over de waarde van wekelijkse televisie- en radioprogrammagegegevens.

verband dat de programmagegevens een bijproduct zijn. Verder zou HMG geen verzonken kosten hebben, dat wil zeggen kosten die als gevolg van de toetreding van nieuwkomers ontstaan bij de uitgevers van bestaande programmabladen,² omdat HMG geen eigen programmablad uitgeeft. Bij gebreke aan inzicht in de kosten van HMG, stelt De Telegraaf dat niet kan worden nagegaan of HMG objectief gerechtvaardigde voorwaarden aan haar tarief verbindt.

31. Indien voor een beloningsbenadering wordt gekozen, moet volgens De Telegraaf worden gekeken naar vergelijkbare situaties. De Telegraaf wijst in dit verband onder meer op het veel lagere tarief voor de dagelijkse programmagegevens (EUR 3.885,31 voor alle zenders), de tarieven die buitenlandse zenders voor hun (wekelijkse) programmagegevens vragen, het feit dat de Nederlandse zenders hun gegevens gratis aanbieden aan het Belgische blad Humo en de situatie op andere markten, waarbij gedacht kan worden aan beursberichten, weergegevens en file-informatie. Volgens De Telegraaf staan de tarieven in deze vergelijkbare situaties niet in verhouding tot het tarief dat HMG thans aan De Telegraaf vraagt voor haar programma's.
32. De Telegraaf stelt zich verder op het standpunt dat de wekelijkse programmagegevens een essential facility zijn voor het uitbrengen van wekelijkse programmaoverzichten. Alsdan zou voor een prijsberekening moeten worden uitgegaan van de zogenoemde ECP-regel (efficient component pricing rule). Dit betekent: vergoeding voor de directe kosten gemoed met het aanleveren van de gegevens aan derden, vergoeding voor het verliezen van de mogelijkheid om up-stream kosten terug te winnen – omdat het een bijproduct is, zouden er geen (vaste) up-stream kosten zijn – en een down-stream vergoeding voor verlies aan inkomsten. Van dit laatste zou geen sprake zijn zolang HMG geen eigen programmablad uitgeeft.
33. Ten slotte is volgens De Telegraaf niet bepalend voor de redelijkheid van het tarief de vraag of nieuwkomers het tarief kunnen betalen, bijvoorbeeld omdat zij zelf genoeg nemen met minder of geen winst. Zonder nader te onderbouwen stelt De Telegraaf daarenboven dat het exploiteren van de programmagegevens van alle Nederlandse zenders – op basis van het HMG-tarief – niet rendabel zou zijn voor De Telegraaf.

² Ofwel kosten die niet kunnen worden terugverdiend door het teruglopen van de eigen oplage (zie PvO, rnr. 14).

IV. Beoordeling

34. In haar uitspraak van 11 december 2002 draagt de rechtbank Rotterdam de d-g NMa op de stelling dat sprake is van misbruik door het vragen van onredelijk hoge prijzen voor programmeergegevens door HMG, te onderbouwen met bewijs. De d-g NMa meent dat een dergelijke bewijsopdracht niet bij hem behoort te rusten en heeft tegen dit onderdeel van de uitspraak hoger beroep aangetekend. De d-g NMa geeft in het onderhavige besluit gevolg aan de uitspraak, maar onder uitdrukkelijk voorbehoud van de uitkomst van het aanhangige hoger beroep.
35. Voor zover de d-g NMa kan en moet vaststellen of de vergoeding van de programmeergegevens een onredelijke hoge prijs behelst, merkt hij hierover het volgende op. De d-g NMa begrijpt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 aldus dat hij zich niet hoeft uit te spreken in algemene zin over de redelijkheid of onredelijkheid van de vergoeding, maar over de vraag of de door HMG gevraagde prijs voor haar programmeergegevens 'onredelijk hoog' is.
36. De d-g NMa brengt in herinnering dat de gedragingen van de NOS en HMG, die aanleiding gaven voor opstelling van een rapport als bedoeld in artikel 59, lid 1 Mw, een leveringsweigering betroffen en als zodanig zijn beoordeeld.³ Ook nadat HMG een eerste concreet tariefvoorstel deed aan De Telegraaf, stelde de d-g NMa zich op het standpunt dat dit tarief dusdanig hoog was dat feitelijk sprake was van leveringsweigering in strijd met artikel 24 Mw.⁴ Het tariefaanbod van de HMG is in de verdere procedure met name aan de orde gekomen bij de beoordeling of de HMG voldeed aan de last zoals opgelegd door de d-g NMa bij besluit van 16 februari 2000. In deze context meende de d-g NMa dat HMG in de bezwaarfase onvoldoende heeft onderbouwd dat de destijds gevraagde vergoeding redelijk en niet-discriminatoire was.⁵ De d-g NMa overwoog op dit punt dat: *“Gelijk de Adviescommissie stelt en anders dan HMG meent, ligt de bewijslast in deze bij de betrokken onderneming. Indien de HMG aannemelijk maakt dat het tarief redelijk en niet-discriminatoire is, dan is niet langer sprake van strijd met artikel 24 Mw en kan het gedrag van De Telegraaf daaraan niet afdoen.”*
37. De d-g NMa is van mening dat de rechtsvraag in de onderhavige casus in wezen is veranderd van een leveringsweigering, die de d-g NMa vaststelde in zijn besluit van 10 september 1998, naar een rechtsvraag over het bestaan van een excessieve prijs. Nu de rechtbank Rotterdam de bewijslast hiervan vervolgens bij de d-g NMa legt, dient deze te beoordelen of ook het tariefvoorstel genoemd in randnummer 20 een excessief hoog tarief betreft.

³ Rapport van 13 maart 1998 en Besluit van de d-g NMa van 10 september 1998, zaak 1, *Telegraaf vs NOS/HMG*.

⁴ Besluit van de d-g NMa van 16 februari 2000, zaak 1, *Telegraaf vs NOS/HMG*

⁵ Besluit van de d-g NMa van 3 oktober 2001, zaak 1, *Telegraaf vs NOS/HMG*, rnr. 18.

38. In aanmerking genomen de door de rechtbank Rotterdam geformuleerde vraag en bewijslastverdeling – waar de d-g NMa zich tegen verzet – en gezien het onderliggende dossier, concludeert de d-g NMa dat hij aan bedoelde bewijslast niet kan voldoen, zodat het bezwaar van HMG thans gegrond dient te worden verklaard.
39. Voor zover de uitspraak van de rechtbank, anders dan de d-g NMa meent, impliceert dat de d-g NMa nader onderzoek dient te verrichten naar de mogelijke excessiviteit van het voorliggende tarief, ziet de d-g NMa gezien de stand van de aanhangige procedure bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven geen aanleiding voor een noodzakelijkerwijs omvangrijk en kostbaar onderzoek naar excessieve prijzen. Daarenboven is geen sprake van additionele omstandigheden, zoals toetredingsproblemen als gevolg van het voorliggende tarief, die in het onderhavige geval een onderzoek zouden kunnen rechtvaardigen. In dit verband overweegt de d-g NMa het volgende.
40. Het te beoordelen tariefvoorstel is gehalveerd ten opzichte van het tariefvoorstel waarover de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 11 december 2002 heeft geoordeeld. Het is voor de d-g NMa van belang dat het niet aannemelijk is, dat deze vraagprijs het voor De Telegraaf onmogelijk maakt toe te treden tot de markt voor wekelijkse programmabladen.⁶ De hierboven in randnummer 20 genoemde vraagprijs van EUR 118.000,- geldt voor de programmeergegevens van de drie HMG-zenders voor het *gehele* jaar bij een oplage van 850.000 (zaterdag)kranten. Dit is EUR 0,14 per jaar per krant⁷ en 0,07% van de jaarlijkse prijs van een abonnement op De Telegraaf (ad EUR 207,80 bij automatische incasso).⁸ Het is EUR 0,0027 per zaterdagkrant⁹ en 0,15% van die verkoopprijs (ad EUR 1,75).¹⁰ Op basis van deze vraagprijs zijn de kosten van de gegevens en ook de kosten per eenheid product voor De Telegraaf uiterst gering, zulks mede in het licht van de belangstelling van de consument voor de wekelijkse programmeergegevens die niet denkbeeldig is.

⁶ Het feit dat de NOS tot heden haar wekelijkse programmaoverzichten niet levert, waardoor mogelijk de belangstelling van De Telegraaf voor de programmeergegevens van HMG negatief wordt beïnvloed, doet niet af aan dit oordeel van de d-g NMa over de vraagprijs van HMG voor haar programmeergegevens.

⁷ EUR 118.000 : 850.000 kranten = EUR 0,14 per krant per jaar.

⁸ $(0,14 : 207,80) \times 100\% = 0,07\%$ van de abonnementsprijs.

⁹ EUR 0,14 : 52 weken = EUR 0,0027 per zaterdagkrant (d.i. 0,27 van één eurocent).

¹⁰ $(0,0027 : 1,75) \times 100\% = 0,15\%$ van de verkoopprijs van een zaterdagkrant.

V. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verklaart het bezwaar van HMG tegen zijn besluit van 16 februari 2000 met kenmerk 1/322.b53 gegrond, voor zover dit besluit is gericht tot HMG.

Datum: 1 april 2004

W.g.

Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.