

Openbaar

## Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

<i>Datum</i>	<i>Uw kenmerk</i>	<i>Ons kenmerk</i>	<i>Bijlage(n)</i>
27 juli 2000		1-502.O121	

*Onderwerp*  
Advies in zaak 1, Telegraaf vs. NOS/HMG

### **Advies in zaak 1, Telegraaf vs. NOS/HMG**

Subcommissie samengesteld uit de leden mr. R.E. Bakker, mr. B.J. Drijber en mr.drs. R.C. van Houten (voorzitter)

Secretarissen van de subcommissie: mr. J.W. van de Gronden en mw. mr. J. Luijendijk

#### **1. Inleiding**

1. Bij brief van 2 januari 1998 heeft NV Holdingmaatschappij Telegraaf (hierna: "de Telegraaf") de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna "d-g NMa") verzocht aan de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: "de NOS") en aan RTL/Veronica de Holland Media Groep SA (hierna: "HMG") een last onder dwangsom op te leggen op grond van artikel 24 juncto artikel 56, eerste lid, onder b, van de Mededingingswet (hierna: "Mw"). De Telegraaf heeft zijn verzoek gebaseerd op een klacht over weigering door de NOS en HMG om aan de Telegraaf op weekbasis te leveren een chronologische opgave van alle radio- en televisieprogramma's die door de publieke omroepverenigingen, respectievelijk RTL4, RTL5 en Veronica worden uitgezonden (hierna: "wekelijkse programmaoverzichten").

2. Daarnaast verzocht de Telegraaf de d-g NMa om aan de NOS en HMG een voorlopige last onder dwangsom op te leggen op grond van artikel 83 Mw. Bij besluit van 22 april 1998 is het verzoek om toepassing te geven aan artikel 83 afgewezen wegens het ontbreken van een voldoende spoedeisend

<i>Secretariaat</i>	<i>Postbus 16326</i>	<i>Jhanna Westerdijkplein 107</i>	<i>T: [070] 330 33 30</i>
	<i>2500 BH Den Haag</i>	<i>2521 EN Den Haag</i>	<i>F: [070] 330 33 70</i>

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

belang. Deze afwijzing is gehandhaafd bij besluit van 22 januari 1998 dat is genomen naar aanleiding van de door de Telegraaf ingediende bezwaren. Tegen het besluit op bezwaar is geen beroep ingesteld. Tevens hebben de NOS en HMG op 31 maart 1998 op basis van artikel 17 Mw ontheffing gevraagd van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw voor de overeenkomst licentiering programmeergegevens. Bij besluit van 23 december 1998 (met het kenmerk 459/41) heeft de d-g NMa deze ontheffingsaanvraag afgewezen. Het bezwaar dat de NOS op 2 februari 1999 tegen dit besluit heeft ingediend is ongegrond verklaard bij besluit van 9 november 1999 (met het kenmerk 459/73).

3. Bij besluit van 10 september 1998 heeft de d-g NMa vastgesteld dat zowel de NOS als HMG artikel 24, eerste lid, Mw hebben overtreden. De d-g NMa heeft de beslissing op het verzoek om een last onder dwangsom op te leggen aangehouden. Het besluit van 10 september 1998 wordt hierna aangeduid als het "eerste fasebesluit".

4. Tegen het eerste fasebesluit hebben de NOS en HMG bezwaarschriften ingediend. Op grond van artikel 92, eerste lid, Mw adviseert de Adviescommissie Bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: "Adviescommissie") over bezwaren tegen een beschikking als bedoeld in artikel 62, eerste lid, Mw. De Adviescommissie heeft zich op 4 januari 1999 onbevoegd verklaard om te adviseren over de bezwaren van de NOS en HMG, omdat het eerste fasebesluit geen besluit was in de zin van artikel 62 Mw. De behandeling van de bezwaarschriften is vervolgens aangehouden door de d-g NMa totdat op basis van artikel 62 Mw beslist werd omtrent het opleggen van een last onder dwangsom.

5. Bij besluit van 16 februari 2000 heeft de d-g NMa aan de NOS en HMG een last onder dwangsom opgelegd. Dit besluit wordt hierna aangeduid als het "tweede fasebesluit". Hiertegen hebben de NOS en HMG bezwaarschriften ingediend. In dit verband dient gewezen te worden op de rechtsmiddelclausule van het tweede fasebesluit. Hierin heeft de d-g NMa aangegeven dat ingevolge artikel 6:19, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: "Awb") de bezwaarschriften die zijn ingediend tegen het eerste fasebesluit, geacht worden mede gericht te zijn tegen het tweede fasebesluit. De NOS en HMG hebben ook afzonderlijk tegen het tweede fasebesluit bezwaar ingediend.

6. Aangezien de d-g NMa in het tweede fasebesluit uiteindelijk een beslissing genomen heeft omtrent het opleggen van een last onder dwangsom, is de Adviescommissie bevoegd een advies uit te brengen over de door NOS en HMG ingediende bezwaren. Hierbij beschouwt de Adviescommissie het eerste fasebesluit en het tweede fasebesluit tezamen als één besluit. De Adviescommissie wijst in dit verband op de rechtsmiddelclausule uit het tweede fasebesluit, waarin gesteld wordt dat ingevolge artikel 6:19, eerste lid, Awb, de bezwaarschriften ingediend tegen het eerste fasebesluit geacht worden mede gericht te zijn tegen het tweede fasebesluit. Voorts acht de Adviescommissie het van belang dat in het eerste fasebesluit een groot gedeelte van de argumentatie is vastgelegd voor de stelling dat artikel 24, eerste lid, Mw, is overtreden naar aanleiding waarvan de last onder dwangsom is opgelegd. Aangezien de argumentatie in twee geschriften is vastgelegd, wordt hieronder, ter wille van de duidelijkheid, zoveel mogelijk aangegeven waar deze argumentatie –in het eerste fasebesluit of in het tweede fasebesluit– is terug te vinden. Hieronder worden tevens de bezwaren die ingediend zijn tegen het eerste fasebesluit en tegen het tweede fasebesluit gezamenlijk behandeld.

## 2. Verloop van de procedure

7. Op 16 maart 2000 heeft de d-g NMa het bezwaarschrift van de NOS en op 28 maart 2000 het bezwaarschrift van HMG tegen het tweede fasebesluit ontvangen. Op 12 april 2000 heeft HMG de gronden van haar bezwaar aangevuld en op 25 april heeft de NOS dat gedaan.

8. Op 7 juni 2000 heeft de Adviescommissie de vertegenwoordigers van de NOS, van HMG, van de Telegraaf en van AVRO/KRO/NCRV (hierna: "AKN") en van de d-g NMa gehoord in een lokaal van de

Openbaar

## Adviescommissie bezwaar schrift en mededingingswet

Haagse Hogeschool. Op PM is aan de partijen het verslag toegestuurd en zijn zij in de gelegenheid gesteld daarover opmerkingen te maken.

9. Voor het verloop van de procedure die voorafging aan de hoorzitting van 7 juni 2000 wordt verwezen naar het tweede fasebesluit van de d-g NMa.

### 3. Het bestreden besluit

10. In zijn eerste fasebesluit stelde de d-g NMa vast dat de weigering van de NOS om wekelijkse programmaoverzichten te verstrekken aan de Telegraaf of aan vergelijkbare derden, een overtreding is van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie, zoals dat vastgelegd is in artikel 24, eerste lid, Mw. Ook de weigering van de HMG om deze programmaoverzichten aan de Telegraaf of vergelijkbare derden te verstrekken is volgens de d-g NMa in strijd met artikel 24, eerste lid, Mw. Onder vergelijkbare derden worden ondernemingen verstaan die op enig moment een van de markten willen betreden die wekelijkse programmaoverzichten bevatten.

11. In het eerste fasebesluit heeft de d-g NMa tevens het verzoek van de NOS om artikel 25 Mw toe te passen, afgewezen. Op grond van deze bepaling kan de d-g NMa op aanvraag verklaren dat artikel 24, eerste lid, Mw niet van toepassing is op een onderneming die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan belast is met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.

12. Vervolgens werden de NOS en HMG opgedragen om voor 15 januari 1999 aan de d-g NMa te rapporteren op welke wijze zij het licentiebeleid ten aanzien van de wekelijkse programmaoverzichten hadden gewijzigd, met welke partijen zij wel en met welke partijen zij niet een licentieovereenkomst waren aangegaan en welk aanbod zij deden tot licentiëring van de wekelijkse programmaoverzichten. De beslissing op het verzoek van de Telegraaf om een last onder dwangsom op te leggen werd aangehouden.

13. In zijn tweede fasebesluit van 16 februari 2000 legde de d-g NMa aan de NOS en HMG een last onder dwangsom op. De NOS werd verplicht om aan de Telegraaf te leveren de programmaoverzichten betreffende alle uitzendingen op alle dagen op de televisiezenders Nederland 1, Nederland 2 en Nederland 3 en op de radiozenders Radio 1, Radio 2, Radio 3, Radio 4 en Radio 5. HMG werd verplicht om aan de Telegraaf te leveren de programmaoverzichten betreffende alle uitzendingen op alle dagen op de televisiezenders RTL 4, RTL5 en Veronica en op de radiozender Veronica FM. De programmaoverzichten dienen tegen redelijke voorwaarden te worden verstrekt, telkens voor de periode van een week (zeven aaneensluitende etmalen). Levering dient uiterlijk 10 etmalen voor de eerste dag van de desbetreffende week plaats te vinden.

14. Indien niet geleverd wordt overeenkomstig de voorwaarden van het tweede fasebesluit, verbeurt de NOS respectievelijk HMG na afloop van een termijn van vier maanden na bekendmaking van dit besluit een dwangsom van f 50.000,- voor iedere week ten aanzien waarvan geen wekelijkse programmaoverzichten worden verschaft, tenzij de NOS respectievelijk HMG aantoont dat de enige reden van het achterwege blijven van de verstrekking van deze overzichten gelegen is in de omstandigheid dat de Telegraaf een niet onredelijk aanbod tot levering niet aanvaardde. Boven een bedrag van f 2.500.000 per jaar en f 5.000.000 in totaal worden door de NOS respectievelijk HMG geen dwangsommen verbeurt. De lasten onder dwangsom die in het tweede fasebesluit door de d-g NMa zijn vastgesteld, gelden voor een termijn van twee jaar na inwerkingtreding van dit besluit.

15. In zijn tweede fasebesluit besliste de d-g NMa dat na afweging van de belangen van de Telegraaf en die van de NOS en HMG de schorsende werking van bezwaar en beroep op basis van artikel 63, tweede lid, Mw, wordt opgeheven.

#### 4. Bezwaren partijen en beoordeling

##### A. Schending van wezenlijke vormvoorschriften

16. De NOS stelt dat de d-g NMa bij de vaststelling van het eerste fasebesluit wezenlijke vormvoorschriften heeft geschonden. Volgens de NOS heeft de d-g NMa ten onrechte de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb toegepast op de voorbereiding van het eerste fasebesluit. De NOS wijst erop dat de wetgever juist de conclusie had getrokken dat deze procedure ongeschikt was om te worden gehanteerd in het kader van klachten over overtredingen van artikel 6, eerste lid of artikel 24, eerste lid, Mw.

17. Tevens betoogt de NOS dat de d-g NMa in zijn eerste fasebesluit het rapport dat de grondslag van zijn besluit dient te zijn, op wezenlijke punten heeft verlaten. In het rapport worden de (afgeleide) markt, de machtspositie van de NOS en het misbruik anders gedefinieerd dan in het eerste fasebesluit. Het rapport speelt een belangrijke rol in verband met de zorgvuldigheid waarmee uiteindelijk besluiten van de d-g NMa tot stand komen. Aangezien de wijziging van de visie van de d-g NMa de kern van de (vermeende) overtreding betreffen, had de d-g NMa, volgens de NOS, de beklagde ondernemingen in de gelegenheid moeten stellen om zich te verweren tegen deze wijziging.

18. Ten tijde van de hoorzitting van de Adviescommissie naar aanleiding van het eerste fasebesluit heeft de NOS gesteld dat de d-g NMa niet de bevoegdheid had om de besluitvorming in twee fases op te splitsen. Benadrukt wordt dat er een automatische koppeling bestaat tussen last en dwangsom. Het eerste fasebesluit kan volgens de NOS niet vergeleken worden met bijvoorbeeld een bestuursdwangwaarschuwing, aangezien een dergelijke constructie op gespannen voet staat met de bedoeling van de wetgever.

19. In zijn bezwaarschrift dat de NOS heeft ingediend tegen het tweede fasebesluit, stelt de NOS dat de d-g NMa door te verwijzen naar artikel 6:19, eerste lid, Awb, ten onrechte heeft gesuggereerd dat het eerste fasebesluit is ingetrokken of gewijzigd. Het onderdeel van het eerste fasebesluit dat betrekking had op de toepassing van artikel 25 Mw, was een besluit in de zin van de Awb, zo bleek uit de mondelinge uitspraak van de President van de Rechtbank Rotterdam waarvan een proces-verbaal is verzonden op 21 december 1998. Juist dit onderdeel wordt niet ingetrokken door het tweede fasebesluit.

20. De NOS wijst er tevens op dat de d-g NMa nog niet gereageerd heeft op de inhoudelijke bezwaren die de NOS heeft aangevoerd tegen het oordeel dat de NOS met haar licentiebeleid ten aanzien van de programmeergegevens misbruik zou maken van haar machtspositie. Een dergelijke reactie is ook niet vastgelegd in de Punten van Overweging die de d-g NMa op 9 augustus 1999 aan de NOS en HMG heeft toegezonden. Aangezien de d-g NMa het standpunt inneemt dat het eerste fasebesluit wel een besluit was in de zin van de Awb, had hij een uitspraak dienen te doen over de door NOS ingediende bezwaren. Nu na anderhalf jaar de d-g NMa hierover geen uitspraak heeft gedaan, is het beginsel van zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3:2 Awb geschonden.

21. Ook HMG is op grond van dezelfde argumenten zoals die aangevoerd zijn door de NOS, van mening dat wezenlijke vormvoorschriften zijn geschonden door de d-g NMa. Hieraan wordt toegevoegd dat ook het beginsel van hoor en wederhoor en artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: "EVRM") zijn geschonden. De d-g NMa had de beklagde ondernemingen eerst moeten horen over de materiële last (om te onderhandelen over licentieverstrekking en om daarover te rapporteren) alvorens hij deze last aan de partijen oplegde in het eerste fasebesluit.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

22. HMG heeft eveneens ten tijde van de hoorzitting van de Adviescommissie naar aanleiding van het eerste fasebesluit gesteld dat de besluitvorming niet opgesplitst had mogen worden in twee fases. Door aldus te handelen heeft de d-g NMa misbruik gemaakt van zijn bevoegdheid.

23. Evenals de NOS stelt HMG dat de d-g NMa ten onrechte nog steeds geen uitspraak heeft gedaan over de inhoudelijke bezwaren die ten tijde van het eerste fasebesluit door HMG naar voren zijn gebracht. Mede gezien de ontwikkelingen van het Bronnerarrest, had de d-g NMa een nieuw rapport met een nieuwe mededingingsrechtelijke beoordeling moeten vaststellen.

24. Door de Telegraaf is aangegeven dat de d-g NMa bij de voorbereiding van het eerste fasebesluit niet de algemene voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb heeft gevolgd. De d-g NMa heeft slechts bij de voorbereiding bepalingen gehanteerd die vastgelegd waren in paragraaf 2 van hoofdstuk 7, Mw. Deze bepalingen sluiten wel nauw aan bij hetgeen geregeld is in afdeling 3.4 Awb.

25. De Telegraaf bestrijdt de stelling dat de d-g NMa wezenlijke vormvoorschriften zou hebben geschonden door de grondslag van het rapport te verlaten. In het rapport wordt het "redelijke vermoeden" van een overtreding vastgelegd, naar aanleiding waarvan de betrokken partijen gehoord worden. Hierna volgt pas het definitieve oordeel. De Telegraaf wijst erop dat in het eerste fasebesluit niet afgeweken is van de feiten, zoals die in het rapport is vastgelegd, maar van de beoordeling van die feiten.

26. Van de zijde van de d-g NMa is betoogd dat bij de voorbereiding van het eerste fasebesluit niet afdeling 3.4 van de Awb is toegepast, maar de bepalingen uit paragraaf 2 van hoofdstuk 7, Mw. De voorschriften uit de Awb en de Mw vertonen grote gelijkenis met elkaar. De d-g NMa was daarom bevoegd om te kiezen voor een openbare procedure, zoals het houden van een openbare hoorzitting.

27. Namens de d-g NMa is naar voren gebracht dat het beginsel van hoor en wederhoor en artikel 6 EVRM niet geschonden is. Aan een bestuursorgaan komt de vrijheid toe om standpunten te wijzigen naar aanleiding van het horen. Daarnaast is erop gewezen dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is, omdat de last onder dwangsom, anders dan de boete, geen punitieve maar een reparatoire sanctie is.

28. De Mw kent geen regel op grond waarvan niet afgeweken mag worden van het rapport, zo is door de d-g NMa gesteld. De wetgever gaat er niet vanuit dat gegevens uit het rapport identiek zijn aan die vermeld in het besluit. De procedure is erop gericht om de gegevens van het rapport te verifiëren. Uit artikel 59 Mw blijkt volgens de d-g NMa zelfs dat het rapport niet per se een mededingingsrechtelijke analyse hoeft te bevatten, doch in hoofdzaak slechts gegevens van feitelijke aard.

29. De d-g NMa stelt zich op het standpunt dat de besluitvorming in twee fases opgesplitst mocht worden. Het eerste fasebesluit is te vergelijken met een bestuursdwangwaarschuwing. Op deze wijze wordt recht gedaan aan het belang van de marktwerking en de contractsvrijheid. Het is aan partijen om te onderhandelen over levering van programmaoverzichten, de prijs, de voorwaarden en andere modaliteiten. De benaderingswijze van d-g NMa leidt tot een meer marktconforme situatie dan wanneer direct een last onder dwangsom was opgelegd.

30. Voorts is namens de d-g NMa betoogd dat omwille van de rechtsbescherming naar artikel 6:19, eerste lid, Awb is verwezen, aangezien door deze verwijzing het geheel van de samenhangende besluiten beoordeeld kan worden. Tevens is naar voren gebracht dat partijen niet geschaad zijn in hun belangen door de verwijzing van de d-g NMa naar artikel 6:19, eerste lid, Awb, nu zij binnen zes weken na het tweede fasebesluit hun bezwaren hebben ingediend.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaar schrift en mededingingswet

#### *Beoordeling*

31. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de wetgever afdeling 3.4 van de Awb niet als zodanig van toepassing verklaard op de in verband met een schending van artikel 24, eerste lid, Mw te volgen procedure. Blijkens artikel 60, derde lid, Mw heeft de wetgever zich beperkt tot het van toepassing verklaren van slechts een aantal elementen van de in de afdeling 3:4 van de Awb geregelde procedure. Op grond van artikel 60, eerste lid, Mw worden alleen belanghebbenden schriftelijk opgeroepen om hun zienswijze naar voren te brengen over het rapport als bedoeld in artikel 59 Mw. Op grond van het tweede lid wordt dit rapport en de op de zaak betrekking hebbende stukken ook alleen voor belanghebbenden ter inzage gelegd. Nu in het onderhavige geval het rapport ook aan anderen dan belanghebbenden bekend is gemaakt – het rapport is zelfs in de vakpers gepubliceerd – en ook de hoorzitting naar aanleiding van het rapport in het openbaar heeft plaatsgevonden, kan de conclusie dan ook geen andere zijn dan dat de d-g NMa een grotere mate van openbaarheid heeft betracht dan in overeenstemming is met voornoemde wettelijke voorschriften.

32. De Adviescommissie deelt kortom de opvatting van de d-g NMa niet dat naar aanleiding van het rapport een openbare procedure gevolgd kon worden, waarbij een openbare hoorzitting werd gehouden. De Adviescommissie wijst er daarbij op dat de d-g NMa er zelf van uit gaat dat op grond van artikel 90 Mw gegevens en inlichtingen omtrent een onderneming niet openbaar gemaakt mogen worden buiten het kader van de uitvoering van de Mededingingswet.<sup>1</sup>

33. Naar het oordeel van de Adviescommissie is er echter aanleiding om toepassing te geven aan artikel 6:22 Awb. De NOS en HMG zijn immers niet zodanig in hun belangen geschaad dat het besluit niet in stand kan blijven. In de eerste plaats zijn in het bericht dat in de staatscourant is gepubliceerd,<sup>2</sup> alleen belanghebbenden opgeroepen om hun zienswijze naar voren te brengen en om het rapport alsmede de daarop betrekking hebbende stukken in te zien. In de tweede plaats waren op de openbare hoorzitting, die gehouden is naar aanleiding van het rapport, alleen partijen aanwezig, ten aanzien waarvan de Adviescommissie op voorhand niet uitsluit dat deze belanghebbenden waren. Naast de Telegraaf, de NOS en HMG verschenen op de hoorzitting AKN, Wilmar Press, PCM Uitgevers en Free Satellite Watcher. De vier laatstgenoemde betrokkenen hadden allen als omroepverenigingorganisatie of uitgever belang bij een eventueel optreden van de d-g NMa naar aanleiding van het rapport. In de derde plaats is in een zaak als de onderhavige enige publiciteit niet te vermijden. Niet voorkomen kon waarschijnlijk worden dat op een of andere wijze ruchtbaarheid gegeven zou worden aan het voornemen van de d-g NMa om een sanctie op te leggen naar aanleiding van het licentiebeleid van de NOS en HMG.

34. In het midden kan blijven of artikel 6 EVRM van toepassing is op het bestreden besluit van de d-g NMa omtrent de oplegging van een dwangsom. Naar het oordeel van de Adviescommissie is het beginsel van hoor en wederhoor niet geschonden door de d-g NMa. In de eerste plaats zijn partijen meerdere malen in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze kenbaar te maken. Deze mogelijkheden zijn geboden naar aanleiding van het rapport, het eerste fasebesluit, de Punten van overweging en tenslotte naar aanleiding van het tweede fasebesluit. In de tweede plaats bepaalt artikel 59, tweede lid, Mw dat het rapport een feitelijke weergave van de overtreding, een aanduiding van de onderneming waaraan de overtreding kan worden toegerekend en een aanduiding van het overtreden wettelijk voorschrift bevat. Van deze grondslag is de d-g NMa in het bestreden besluit geenszins afgeweken.

---

<sup>1</sup> Zie het bijvoorbeeld het Besluit van de d-g NMa op bezwaar van 19 april 1999 in zaak 1231, Verzoek inzage EIM-rapport. In dit verband verwijst de Adviescommissie naar zaak T-62/98, Volkswagen, 6 juli 2000, n.n.g. Dit arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg bevestigt dat een mededingingsautoriteit geen vertrouwelijke informatie aan de pers of aan andere derden die geen partij zijn bij de mededingingsprocedure, kan verstrekken. (Zie rechtsoverwegingen 281 en 282)

<sup>2</sup> Stort. 1998, 55, p. 12

35. Tevens kan in het midden blijven of de d-g NMa terecht de besluitvorming in twee fases heeft opgesplitst en of hierdoor het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden, omdat de d-g NMa lange tijd geen besluit heeft genomen op de bezwaren die aangevoerd zijn door de NOS en HMG tegen het eerste fasebesluit. Deze handelwijze heeft naar het oordeel van de Adviescommissie de belangen van de NOS en HMG niet geschaad. Door in twee fases te besluiten heeft de d-g NMa de partijen juist meer gelegenheid gegeven om hun zienswijze naar voren te brengen, dan bij besluitvorming in een keer het geval zou zijn geweest, zodat de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor verzekerd was. Voorts heeft de d-g NMa rekening willen houden met de belangen van de NOS en HMG, mede met het oog op hun onderhandelingspositie, door hen niet meteen met een last onder dwangsom te confronteren. Tevens is de d-g NMa in het tweede fasebesluit ingegaan op de argumentatie die de NOS en HMG hebben ontleend aan het arrest Bronner.<sup>3</sup> Het stond deze partijen overigens vrij om tegen het uitblijven van een besluit op de door hen aangevoerde bezwaren tegen het eerste fasebesluit bij de rechtbank beroep in te stellen, hetgeen zij niet gedaan hebben. De Adviescommissie komt tot de conclusie dat, ook al zou de opsplitsing van de besluitvorming in twee fases de schending van een vormvoorschrift opleveren, dit vormgebrek kan worden geheeld met toepassing van artikel 6:22 Awb.

36. Aan de NOS moet toegegeven worden dat de verwijzing in de rechtsmiddelenclausule van het tweede fasebesluit naar artikel 6:19, eerste lid, Awb verwarrend is. In randnummer 6 is echter aangegeven dat de Adviescommissie deze rechtsmiddelenclausule aldus begrijpt dat het eerste fasebesluit en het tweede fasebesluit tezamen één besluit vormen. Indien de verwijzing naar artikel 6:19, eerste lid, Awb de suggestie wekt dat het eerste fasebesluit op een of meerdere punten gewijzigd is, dan is deze suggestie onjuist, aangezien de d-g NMa in zijn tweede fasebesluit geenszins is teruggekomen op zijn mededingingsrechtelijke oordeel.

#### *B. Misbruik van economische machtspositie*

37. Artikel 24, eerste lid, Mw verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van hun economische machtspositie. Voor de toepassing van deze bepaling is het vereist de relevante markt af te bakenen, om na te gaan of de betrokken ondernemingen een machtspositie op deze markt innemen en om te beoordelen of het gedrag van deze onderneming als misbruik is te kwalificeren.

38. In het eerste fasebesluit heeft de d-g NMa het gedrag van de NOS en HMG getoetst aan artikel 24, eerste lid, Mw. In het tweede fasebesluit heeft de d-g NMa onverkort vastgehouden aan zijn standpunt met betrekking tot de schending van deze bepaling. In dit besluit is slechts kort ingegaan op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: "Hof") in de zaak Bronner (reeds aangehaald).

#### Relevante markt

39. In het eerste fasebesluit heeft de d-g NMa als relevante markt afgebakend de markt voor de wekelijkse programmaoverzichten. Daarbij werd overwogen dat de programmaoverzichten van iedere omroep niet onderling uitwisselbaar zijn en derhalve de programmaoverzichten van iedere afzonderlijke omroep een afzonderlijke deelmarkt vormen. Daarbij zijn de wekelijkse programmaoverzichten te onderscheiden van de dagelijkse programmaoverzichten, omdat er een zelfstandige en effectieve vraag bestaat naar informatie op weekbasis over uit te zenden radio- en televisieprogramma's. In randnummer 6.9 van het eerste fasebesluit komt de d-g NMa tot de conclusie dat de relevante productmarkt de markt van weekoverzichten van radio- en televisieprogramma's is.

40. Tevens onderscheidde de d-g NMa een afgeleide markt die in de eerste plaats bestaat uit de programmabladen die de publieke omroepen en Veronica reeds publiceren en in de tweede plaats uit

---

<sup>3</sup> Zaak C-7/97, Bronner, Jur. 1998, p. I-7791.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaar schrift en mededingingswet

dagbladen dan wel algemene of “special interest” tijdschriften waarin de programmaoverzichten als “extra” informatie worden opgenomen. Hoewel deze laatste categorie bladen nog niet bestaat in Nederland, komt zij wel voor in het buitenland. Voor de totstandkoming van uitgaven, waarin de wekelijkse overzichten van uit te zenden programma’s worden gepubliceerd (door de d-g NMa aangeduid als “wekelijkse programmabladen”), zijn de wekelijkse programmaoverzichten onmisbaar. In randnummer 6.9 van het eerste fasebesluit komt de d-g NMa tot de conclusie dat de relevante afgeleide markt de markt van de wekelijkse programmabladen is.

41. In het eerste fasebesluit is aangegeven dat, aangezien programma’s van de publieke omroepen en de zenders van HMG gericht zijn op het Nederlandse publiek, Nederland de relevante geografische markt is. Dit geldt eveneens voor de afgeleide markt van wekelijkse programmabladen, aangezien deze bladen door de Nederlandse taal, de wijze van distributie en de advertenties ook gericht zijn op de Nederlandse markt.

42. De NOS stelt dat de d-g NMa de relevante markt onduidelijk heeft afgebakend. Uit het eerste fasebesluit blijkt volgens de NOS niet of de relevante markt gevormd wordt door programmaoverzichten in het algemeen, door wekelijkse programmaoverzichten of door wekelijkse programmaoverzichten per iedere omroep afzonderlijk.

43. Tevens wordt bestreden dat per omroep een aparte relevante markt voor programmeergegevens zou bestaan. De NOS wijst erop dat ook volgens de d-g NMa geen substantiële vraag bestaat van afnemers naar de programmaoverzichten van een omroep. De populariteit van programma’s bepaalt in sterke mate de waarde van de programmeergegevens.

44. Daarnaast stelt de NOS het onderscheid tussen dagelijkse en wekelijkse overzichten ter discussie. Niet alleen de omstandigheid dat er een effectieve vraag bestaat naar omroepgidsen met wekelijkse overzichten is van belang. Andere bronnen voor programma-informatie zijn ook relevant, zoals kranten met dagelijkse programmaoverzichten en teletekst die meerdaagse programmaoverzichten verschaft. Daarnaast had de d-g NMa er rekening mee moeten houden dat omroepbladen door consumenten ook worden aangeschaft vanwege de band die deze hebben met de omroep in kwestie.

45. De NOS verwerpt de stelling dat de afgeleide markt is te omschrijven als een grote relevante productmarkt die zowel de omroepbladen van de publieke omroepen en Veronica als ook alle andere uitgaven met programmeergegevens, omvat. Onhoudbaar is de opvatting dat de zaterdageditie van de Telegraaf zou concurreren met bijvoorbeeld de Hitkrant waarin naast andere informatie een weekoverzicht van televisieprogramma’s is opgenomen. Voor een programmablad in traditionele zin zijn de programmeergegevens onontbeerlijk, hetgeen niet geldt voor tijdschriften als de Hitkrant, Panorama, e.d.

46. HMG is vanwege dezelfde redenen als die door de NOS zijn aangevoerd, van mening dat de relevante productmarkt en de relevante afgeleide markt niet deugdelijk omschreven zijn. Ook HMG stelt dat er geen afzonderlijke relevante markt is voor de programmeergegevens per omroep, omdat naar deze gegevens geen substantiële vraag bestaat. In het bijzonder, zo betoogt HMG, is de stelling van de d-g NMa dat de relevante markt, de markt voor wekelijkse programmaoverzichten is, niet te rijmen met de stelling dat de relevante (deel)markt de markt van programmaoverzichten per omroep zou zijn.

47. Tevens stelt HMG dat de afgeleide markt van de programmabladen niet van belang is voor de Telegraaf. Het zou de Telegraaf voornamelijk gaan om een andere markt, namelijk die van de dagbladen.

48. Volgens de Telegraaf is het evident dat het geheel aan gegevens betreffende de radio- en televisieprogramma’s van een bepaalde week voorziet in een behoefte die niet door een ander product is te vervangen. De onderscheiding in deelmarkten is naar de mening van de Telegraaf niet noodzakelijk.



49. De Telegraaf betoogt dat er een markt voor wekelijkse omroepbladen bestaat die de afgeleide markt vormt van de markt van de wekelijkse programmaoverzichten. Indien in de wekelijkse bijlage van de Telegraaf een overzicht van de radio- en televisieprogramma's wordt opgenomen, zal dit product concurreren met de traditionele omroepbladen.

50. Van de zijde van de d-g NMa is benadrukt dat de programmegegevens per omroep niet onderling uitwisselbaar zijn en dat daarom verschillende deelmarkten zijn onderscheiden. Voor het onderscheid tussen dagelijkse programmaoverzichten en wekelijkse programmaoverzichten maakt het niet uit of de nadruk ligt op de omvang van de effectieve vraag of op de band tussen consument en omroeporganisatie. Uit oogpunt van de consument zijn de wekelijkse programmaoverzichten niet inwisselbaar voor de dagelijkse programmaoverzichten.

51. Ten aanzien van de afgeleide markt is namens de d-g NMa opgemerkt dat omwille van de duidelijkheid de afgeleide markt in meer beperkte zin kan worden afgebakend. In het besluit op bezwaar kan overwogen worden dat in ieder geval tot de afgeleide markt behoort de markt voor programmabladen in enge zin (bladen die in hoofdzaak programmegegevens bevatten). In het midden kan dan gelaten worden of deze markt in feite niet ruimer is. Van de zijde van de d-g NMa is wel betoogd dat deze markt niet samenvalt met de markt voor dagbladen en tijdschriften.

#### *Beoordeling*

52. Als de relevante productmarkt moet worden omschreven de markt van producten die door hun kenmerken bijzonder geschikt zijn om in een onelastische behoefte te voorzien en slechts in geringe mate door andere producten kunnen worden vervangen.<sup>4</sup> Bij de afbakening van de relevante productmarkt moet in ogenschouw worden genomen de substitueerbaarheid aan de vraagzijde, de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde en de potentiële concurrentie.<sup>5</sup>

53. In haar beschikking in de zaak Magill<sup>6</sup> stelde de Commissie dat voor een uitgever van tv-gidsen de programmegegevens van de verschillende televisiezenders onderling niet uitwisselbaar zijn, maar een aanvulling op elkaar vormen; deze gegevens vormen onderdelen van een allesomvattend geheel. Voor de consument die wekelijkse informatie wenst, zijn deze gegevens ook niet onderling uitwisselbaar vanwege dezelfde reden als de uitgever. Daaraan voegde de Commissie toe dat de wekelijkse programmaoverzichten onderscheiden kunnen worden van de dagelijkse programmaoverzichten; de Commissie wees erop dat veel consumenten in het Verenigd Koninkrijk bereid waren wekelijkse tv-gidsen te kopen, hoewel de programma's van de dag in dagbladen staan afgedrukt; de Commissie leidde hieruit af dat er vraag bestond naar informatie op een eerder tijdstip dan op de dag zelf. Het Gerecht van Eerste Aanleg<sup>7</sup> en het Hof van de Justitie<sup>8</sup> hebben de Commissie in deze benadering gevolgd.

54. Naar het oordeel van de Adviescommissie staat vast dat de programmegegevens van de verschillende omroepen niet onderling uitwisselbaar zijn, zodat zij elk een afzonderlijke deelmarkt vormen. Toegegeven moet worden dat, zoals NOS en HMG hebben opgemerkt, er geen effectieve vraag

---

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 6/72, *Continental Can*, Jur. 1973, p. 245; zaak T-30/89, *Hilti*, Jur. 1991, p. II-1439 en zaak C-53/92P, *Hilti*, Jur. 1994, p. I-693.

<sup>5</sup> Mededeling van de Commissie van 9 december 1997, Pb. 1997 C372/5.

<sup>6</sup> Zie randnummer 20 van Beschikking 89/205 van de Commissie van 21 december 1988 in zaak IV/31.851 – *Magill TV Guide*, BBC en RTE, Pb. 1989 L78/43.

<sup>7</sup> Zaak T-69/89, *RTE tegen de Commissie*, Jur. 1991, p. II-485; zaak T-70/89, *BBC tegen de Commissie*, Jur. 1991, p. II-535 en zaak T-76/89, *ITP tegen de Commissie*, Jur. 1991, p. II-575.

<sup>8</sup> Gevoegde zaken C-241/91P en C-242/91P, *RTE en ITP*, Jur. 1995, p. I-3270.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriftenmededingingswet

bestaat naar de programmagegevens van slechts een omroep. De Adviescommissie wijst er in dit verband echter op dat de d-g NMa als totale relevante productmarkt beschouwt de totale markt van weekoverzichten van radio- en televisieprogramma's. Uit randnummers 6.6 en 6.9 van het eerste fasebesluit is, anders dan de NOS stelt, af te leiden dat volgens de d-g NMa per omroep een deelmarkt voor programmagegevens bestaat en dat de totale relevante productmarkt bestaat uit alle programmagegevens. Op deze wijze wordt er terecht rekening mee gehouden dat de programmagegevens per omroep onderling niet uitwisselbaar zijn en er geen effectieve vraag bestaat naar de programmagegevens van de afzonderlijke omroepen.

55. Terecht heeft de d-g NMa gesteld dat wekelijkse programmaoverzichten te onderscheiden zijn van de dagelijkse programmaoverzichten. Evenals de Commissie deed in haar beschikking in de zaak Magill, nam de d-g NMa de effectieve vraag van de consument naar programmaoverzichten op weekbasis in ogenschouw. Uit oogpunt van de consument zijn wekelijkse programmaoverzichten slechts beperkt inwisselbaar door programmaoverzichten op dagelijkse basis. Ondanks het feit dat de dagelijkse programmaoverzichten afgedrukt staan in dagbladen, worden, zo blijkt uit randnummer 6.6 van het eerste fasebesluit, 4,7 miljoen wekelijkse programmabladen afgezet. Blijkbaar gaat van de bladen met dagelijkse overzichten weinig concurrentie uit ten opzichte van de bladen met wekelijkse overzichten.

56. Naar het oordeel van de Adviescommissie behoren tot de afgeleide markt in ieder geval de programmabladen die de publieke omroepen en Veronica uitgeven en andere uitgaven die in hoofdzaak programmagegevens bevatten. Tot deze markt behoort ook de bijlage met een wekelijkse programmaoverzicht bij de zaterdageditie van de Telegraaf. Het staat voor Adviescommissie mede op grond van het rapport Meinhardt<sup>9</sup> vast dat van deze bijlage in grote mate een concurrentiële invloed kan uitgaan op de marktpositie van de programmabladen van de publieke omroep en Veronica. Door de NOS is zelfs betoogd dat de vrijgave van de programmagegevens zou leiden tot een halvering van de oplage van de omroepbladen (door de NOS kannibalisering<sup>10</sup> genoemd). Nu duidelijk is dat de voorgenomen uitgave van de Telegraaf concurreert met de uitgaven van de publieke omroep en Veronica, kan in het midden blijven of de afgeleide markt ruimer moet worden afgebakend dan in dit randnummer is gedaan.

57. Door partijen is de afbakening van de relevante geografische markt niet omstrede. Aangezien de Adviescommissie kan instemmen met deze afbakening, wordt hierop verder niet ingegaan.

58. De Adviescommissie stelt vast dat de relevante productmarkt in de onderhavige zaak de totale markt van wekelijkse programmaoverzichten is die onderverdeeld kan worden in verschillende deelmarkten voor de wekelijkse programmaoverzichten per omroep. Tot de afgeleide markt behoren in ieder geval de programmabladen die de publieke omroepen en Veronica uitgeven en de bijlage met een wekelijkse programmaoverzicht die de Telegraaf bij haar zaterdageditie wil uitgeven. De relevante geografische markt wordt gevormd door Nederland.

#### Machtspositie

59. In zijn eerste fasebesluit stelde de d-g NMa dat iedere omroep, nog afgezien van eventuele intellectuele eigendomsrechten, een feitelijk monopolie heeft ten aanzien van de wekelijkse programmaoverzichten. De NOS en HMG hebben beide, als gevolg van een feitelijk monopolie ten aanzien van hun programmagegevens, op hun respectievelijke deelmarkten een marktaandeel van 100%. De NOS en HMG zijn ieder voor zich en onafhankelijk van elkaar in staat de instandhouding van

---

<sup>9</sup> Notitie over de positie van de omroepbladen op de lezers- en advertentiemarkt (in opdracht en ten behoeve van de Groep Omroepbladen van het NUV), rapport van Meinhardt communicatie/consultancy, Breukelen, 12 mei 1998.

<sup>10</sup> Zie hieronder randnummers 10 en 148.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

een daadwerkelijke mededinging op een markt te verhinderen. De gedragingen van NOS en HMG op de markt voor wekelijkse programmaoverzichten hebben een concurrentiebeperkend effect op de afgeleide markt van de wekelijkse programmabladen. Deze bladen zijn namelijk voor eindgebruikers en daarmee voor uitgevers slechts interessant, indien daarin de wekelijkse overzichten van alle, althans de belangrijkste, op Nederland gerichte programma's zijn opgenomen. Op grond van de kijk- en luistercijfers van de publieke omroepen en van de televisiezenders van HMG wordt geconcludeerd dat een uitgave zonder programmaoverzichten van deze zenders voor de eindgebruiker geen waarde zou hebben.

60. Ook al hebben individuele instellingen zendtijd voor de publieke omroep voor zichzelf gekregen, desalniettemin beschikt de NOS over een machtspositie, zo stelde de d-g NMa in het eerste fasebesluit. In de eerste plaats verplicht artikel 58 Mediawet de publieke omroepen om hun programmegegevens aan de NOS te verstrekken en te gedogen dat de NOS deze gegevens doorverstrekt. In de tweede plaats bestaat geen substantiële vraag naar de programmegegevens van een omroep.

61. Ten aanzien van HMG overwoog de d-g NMa dat de afnemers van programmaoverzichten zich in een economische afhankelijke positie bevinden ten opzichte van de leveranciers van deze gegevens. Deze leveranciers, waaronder HMG, kunnen zich derhalve in belangrijke mate onafhankelijk gedragen van deze afnemers, en nemen daarmee een economische machtspositie in.

62. Volgens de NOS heeft de d-g NMa niet bewezen dat zij beschikt over een machtspositie, nu de relevante markten op onduidelijke wijze zijn afgebakend. Daarnaast vormt het gegeven dat iedere omroep over een feitelijk monopolie beschikt geen enkele aanwijzing dat er sprake is van een machtspositie. Ieder bedrijf beschikt immers als enige over voorkennis omtrent het eigen productieproces; daarmee wordt nog geen machtspositie ingenomen. De verwijzing naar artikel 58 van de Mediawet, is niet relevant, volgens de NOS, omdat deze bepaling rechtstreeks betrekking heeft op de bescherming van de programmegegevens krachtens de Auteurswet.

63. HMG betoogt dat de machtspositie door de d-g NMa op ondeugdelijke wijze is geconstrueerd, omdat in randnummer 6.17 van het eerste fasebesluit gesteld wordt dat de NOS en HMG een machtspositie hebben van 100% op hun respectievelijke deelmarkten, terwijl in randnummer 6.19 uitgegaan wordt van "het te beoordelen handelen op bovengenoemde productmarkt", waarbij HMG aanneemt dat verwezen wordt naar de relevante productmarkt van de wekelijkse programmaoverzichten. HMG wijst erop dat een feitelijke monopoliepositie op een deelmarkt niet automatisch een machtspositie op de relevante productmarkt met zich brengt.

64. HMG verwerpt de stelling dat de afnemers van programmaoverzichten zich in een economische machtspositie ten opzichte van de leveranciers van deze gegevens bevinden. Ten onrechte worden zo de op deze gegevens berustende auteursrechten genegeerd. Daarnaast zijn de uitgevers van bladen economisch niet afhankelijk van de levering van programmaoverzichten. Hier wreekt volgens HMG zich de onjuiste afbakening van de afgeleide markt.

65. De Telegraaf onderschrijft de stelling van de d-g NMa dat de machtspositie van de NOS en HMG gebaseerd kan worden op hun feitelijke monopolie ten aanzien van de programmegegevens.

66. Namens de d-g NMa is naar voren gebracht dat de programmegegevens heterogene producten zijn die onderling niet uitwisselbaar zijn en a fortiori niet uitwisselbaar zijn tegen andere producten. Daarnaast volgt het feitelijk monopolie van de NOS uit artikel 58 Mediawet op grond waarvan de NOS als enige kan beschikken over alle programmegegevens van de publieke omroep en zich onafhankelijk – zelfs tegen– de wil van de omroepverenigingen kan gedragen. Tevens kan de voorkennis van een

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

ondernemer ten aanzien van zijn eigen productieproces onder de reikwijdte van artikel 24, eerste lid, Mw vallen, indien deze ondernemer producten voortbrengt die niet substitueerbaar zijn.<sup>11</sup>

#### *Beoordeling*

67. Artikel 1 onder i, Mw, definieert het begrip economische machtspositie als een positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.<sup>12</sup>

68. In de reeds aangehaalde beschikking van de Commissie in de zaak Magill stelde de Commissie dat de omroepen over een feitelijke monopoliepositie beschikken ten aanzien van de programmeergegevens, omdat deze gegevens een bijproduct zijn van het programmeringsproces dat wordt uitgevoerd door de programmamakers en alleen bij hen bekend is. Derden kunnen alleen een tv-gids maken, indien zij wekelijkse programmaoverzichten van de omroepen krijgen. Deze zienswijze is door het Gerecht in Eerste Aanleg<sup>13</sup> en het Hof bevestigd.<sup>14</sup>

69. Terecht is door de d-g NMa opgemerkt dat de omroepen RTL4, RTL5 en Veronica onderdeel zijn van HMG en dat daarom HMG kan beschikken over de programmeergegevens van deze omroepen. HMG beschikt over een feitelijk monopolie ten aanzien van de programmeergegevens van deze omroepen.

70. Artikel 58 Mediawet verplicht alle publieke omroepen de programmeergegevens ter beschikking te stellen aan de NOS en te gedogen dat de NOS deze gegevens ter beschikking stelt voor verveelvoudiging en openbaarmaking. Ten onrechte stelt de NOS dat in dit verband artikel 58 Mediawet niet relevant is. Aangezien deze bepaling de NOS in staat stelt programmeergegevens van alle publieke omroepen te leveren, beschikt de NOS over een feitelijke monopoliepositie ten aanzien van de wekelijkse programmaoverzichten van deze omroepen.

71. Aan de NOS en HMG moet worden toegegeven dat het bestaan van een feitelijke monopoliepositie op een deelmarkt niet automatisch een machtspositie op de relevante markt met zich brengt. Derden echter die een op de Nederlandse markt gerichte tv-gids willen uitgeven met een wekelijks overzicht van de programmeergegevens van de publieke omroepen en de zenders van HMG, verkeren in een afhankelijke positie van de NOS en HMG. Uit de in randnummer 6.19 van het eerste fasebesluit genoemde kijk- en luistercijfers van de publieke omroepen en de HMG-zenders blijkt dat een tv-gids zonder de wekelijkse programmeergegevens van deze omroepen voor de consument geen waarde heeft. De Adviescommissie is daarom de mening toegedaan dat de NOS en HMG op de markt voor wekelijkse programmaoverzichten beschikken over een machtspositie.

72. Het bestaan van de machtspositie van de NOS en HMG op de markt voor wekelijkse programmaoverzichten blijkt ook uit de bescherming van het intellectueel eigendomsrecht dat de Auteurswet en artikel 59 Mediawet toekennen aan de programmeergegevens. Op grond hiervan is het ongeoorloofd om lijsten of andere opgaven van programma's van de publieke omroep te verveelvoudigen of openbaar te maken, tenzij wordt bewezen dat de gegevens in deze lijsten of opgaven niet direct of indirect zijn ontleend aan een geschrift van de publieke omroep. Op grond van artikel 71g

<sup>11</sup> De d-g NMa verwijst hierbij naar zaak 22/78, Hugin Kassaregisters, Jur. 1979, p. 1869 en zaak 238/87, Volvo/Veng, Jur. 1988, p. 6211.

<sup>12</sup> Uit de Memorie van Toelichting bij het voorstel van de Mededingingswet blijkt dat deze definitie ontleend is aan de omschrijving van het begrip economische machtspositie in zaak 27/76, United Brands (Jur. 1978, p. 207). Zie Kamerstukken II 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 24.

<sup>13</sup> Zaak T-69/89, RTE tegen de Commissie; zaak T-70/89, BBC tegen de Commissie en zaak T-76/89, ITP tegen de Commissie, Jur. 1991, p. II-575 (allen reeds aangehaald).

<sup>14</sup> Zie rechtsverweging 47 van het arrest van het Hof in de gevoegde zaken C-241/91P en C-242/91P, RTE en ITP (reeds aangehaald).

Mediawet geldt deze bescherming ook voor de programmegegevens van commerciële omroepen. In randnummers 105-112 van dit advies wordt ingegaan op de aard van het intellectueel eigendomsrecht dat de Auteurswet en de Mediawet toekennen aan de programmegegevens. Nu wordt volstaan met de opmerking dat op grond van deze bescherming de NOS en HMG zich kunnen verzetten tegen de publicatie van wekelijkse programmaoverzichten door een derde, tenzij deze kan aantonen zijn informatie niet verkregen te hebben uit lijsten of andere opgaven van de omroepen. Op deze wijze wordt de feitelijke machtspositie van NOS en HMG van een juridische grondslag voorzien. De vaststelling dat de NOS en HMG een machtspositie hebben miskent niet, anders dan HMG stelt, de auteursrechtelijke bescherming. Naar de mening van de Adviescommissie dient de bescherming van het intellectuele eigendomsrecht in de onderhavige zaak mee te worden gewogen bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van misbruik.

73. De Adviescommissie is echter de mening toegedaan dat de NOS en HMG niet over een machtspositie op de afgeleide markt beschikken. In de eerste plaats heeft HMG, sinds het uittreden van de vereniging Veronica uit de HMG-groep, geen bemoeienis meer met de uitgave van het Veronicablade en verricht zij geen activiteiten meer op de afgeleide markt. In de tweede plaats brengen de publieke omroepen ieder afzonderlijk –en niet de NOS– wekelijkse programmablade uit; het betreft hier ongeveer 10 titels.<sup>15</sup> Deze bladen staan in een concurrentiepositie met elkaar en met de uitgave van de vereniging Veronica. Geen enkel blad heeft een marktaandeel dat hoger is dan 25%.<sup>16</sup> Op grond van deze gegevens stelt de Adviescommissie vast dat er in voldoende mate sprake is van concurrentie op de afgeleide markt. Derhalve beschikken noch de NOS noch HMG over een machtspositie op de afgeleide markt.

#### Misbruik: intellectuele eigendomsrechten en het arrest Magill

74. In zijn eerste fasebesluit stelt de d-g NMa dat de NOS en HMG zich niet op een intellectueel eigendomsrecht kunnen beroepen ten aanzien van hun onbetwiste recht om licenties voor programmegegevens te verlenen. De d-g NMa wijst erop dat volgens rechtspraak van het Hof en het Gerecht van Eerste Aanleg<sup>17</sup> het gebruik van een intellectueel eigendomsrecht (hierna: “IE-recht”) binnen het doel van dat recht waarvoor de nationale wetgever het recht heeft gecreëerd, geen misbruik oplevert. Dit doel wordt als de wezenlijke functie van het IE-recht beschouwd. Uit de wezenlijke functie kan een bundel kernbevoegdheden worden afgeleid, het zogenaamde specifieke voorwerp van het IE-recht.

75. Hoewel programmering als een creatief proces is aan te merken volgens de d-g NMa, rust op de programmegegevens geen volledig auteursrecht. Het proces van programmering is niet gericht op het samenstellen van programmaoverzichten. Deze overzichten zijn slechts een bijproduct. De d-g NMa wijst erop dat uit de vaste lijn van de jurisprudentie volgt dat op programmegegevens niet het volledige auteursrecht van toepassing is, maar de geschriftenbescherming.

---

<sup>15</sup> In het rapport Meinhardt worden de volgende titels van de publieke omroepen genoemd: Avrobode, Trost Kompas, Vara TV Magazine, Mikro Gids, NCRV Gids, Televizier, VPRO Gids, TV Studio, Visie en TV Krant. Aan deze titels voegde de d-g NMa in randnummer 2.17 van het eerste fasebesluit nog het blad Humo toe, maar stelde wel dat dit blad tot de Belgische markt behoorde.

<sup>16</sup> Deze cijfers zijn ontleend aan het rapport Meinhardt. In zijn brief aan de Groep Omroepbladen Nederlands Uitgeversbond van 4 april 2000 stelde H.C. Meinhardt dat de situatie in 2000 ten opzichte van die in 1998 niet wezenlijk veranderd is. De cijfers omtrent de marktaandelen van de omroepbladen is door geen enkele partij, ook niet door de d-g NMa, weersproken tijdens de onderhavige procedure.

<sup>17</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 7 en 8 van zaak 238/87, Volvo tegen Veng, Jur. 1988, p. 6211; rechtsoverwegingen 49 en 50 van gevoegde zaken C-241/91P en C-242/91P, RTE en ITP tegen de Commissie, Jur. 1995, p. I-743; rechtsoverweging 69 van zaak T-69/89, RTE tegen de Commissie, Jur. 1991, p. II-485; rechtsoverweging 56 van zaak T-70/89, BBC tegen de Commissie, Jur. 1991, p. II-535 en rechtsoverweging 54 van zaak T-76/89, ITP tegen de Commissie, Jur. 1991, p. II-575.

76. De geschriftenbescherming brengt met zich dat de NOS en HMG zich slechts kunnen verzetten tegen ontlening door derden van de door hen gepubliceerde programmaoverzichten. Op grond van de jurisprudentie van het Hof betekent dit dat wanneer zij zich verzetten tegen ontlening er geen sprake is van misbruik, behoudens bijzondere omstandigheden. In de onderhavige zaak is de wijze waarop de NOS en HMG hun licenties verlenen aan de orde en daarom kunnen zij geen bevoegdheden ontlenen aan de geschriftenbescherming.

77. De auteursrechtelijke bescherming van de Databankrichtlijn<sup>18</sup> is niet van toepassing volgens de d-g NMa, omdat programmaoverzichten niet voldoen aan het criterium dat door de keuze of rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker is ontstaan. Op zijn hoogst is het sui generisrecht uit de richtlijn van toepassing; dit recht voegt echter niets wezenlijks toe aan de geschriftenbescherming.

78. De Berner Conventie kan volgens de d-g NMa buiten beschouwing blijven, nu de programmaoverzichten voor het eerst in Nederland worden gepubliceerd, zodat het Nederlandse recht van toepassing is. Ook de Berner Conventie voegt met andere woorden niets toe.

79. Naar de opvatting van de d-g NMa kan het arrest Magill geen toepassing vinden in de onderhavige zaak, aangezien de programmagegevens geen bescherming genieten van een volledig auteursrecht. Zoals hieronder in randnummers 122-125 aan de orde komt, levert het gedrag van de NOS en HMG misbruik op volgens de d-g NMa, omdat deze ondernemingen met hun licentiebeleid de afgeleide markt aan henzelf voorbehouden.

80. Tevens stelt de d-g NMa dat, ook al zou het arrest Magill het toetsingskader zijn voor de onderhavige zaak, dan nog is het licentiebeleid van de NOS en HMG als misbruik te kwalificeren. In de zaak Magill overwoog het Hof dat de uitoefening van een auteursrechtelijk alleenrecht in uitzonderlijke gevallen misbruik kan opleveren. Het formuleert vervolgens geen algemene criteria aan de hand waarvan beoordeeld kan worden wanneer uitzonderlijke gevallen zich kunnen voordoen, maar bespreekt de concrete omstandigheden van het geval.

81. In de onderhavige zaak doen zich volgens de d-g NMa ten minste drie uitzonderlijke omstandigheden voor als door het Hof bedoeld in het arrest Magill. In de eerste plaats behouden de NOS en HMG de Nederlandse markt voor wekelijkse programmabladen voor aan de kring van omroepen; een soortgelijke situatie wordt genoemd in rechtsoverweging 56 van het arrest Magill. In de tweede plaats belemmeren de NOS en HMG, evenals de omroepen in de zaak Magill deden, de introductie van een nieuw product doordat andere presentatievormen dan in de vorm van de huidige programmabladen denkbaar zijn. Uit het arrest Denda van het Gerechtshof Arnhem<sup>19</sup> blijkt dat een nieuwe wijze van aanbieden volstaat om in de Nederlandse context te kunnen spreken van een nieuw product. In de derde plaats is als een uitzonderlijke omstandigheid te beschouwen dat de aan de NOS en HMG verweten gedragingen lijnrecht ingaan tegen de democratische wilsvorming in Nederland. Uit de Wet Liberalisering Mediawet<sup>20</sup> en de motie Van Heemskerck, Pillis-Duvekot, Van Zuijlen en De Koning<sup>21</sup> blijkt dat het parlement van mening is dat de programmaoverzichten tegen marktconforme vergoedingen ter beschikking gesteld moeten worden aan derden.

---

<sup>18</sup> Richtlijn 96/9 van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, Pb. 1996 L77/20.

<sup>19</sup> Gerechtshof Arnhem 15 april 1997, Denda, Mediaforum 1997-5.

<sup>20</sup> Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van bepalingen van de Mediawet, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en de Radio-Omroep-Zenderwet 1936 in verband met de liberalisering van de mediawetgeving, Stb. 1997, 336.

<sup>21</sup> Kamerstukken II, 1996-1997, 24 808, nr. 37.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriftenmededingingswet

82. De NOS stelt zich op het standpunt dat aan haar ten aanzien van de programmegegevens een eigen volledig auteursrecht toekomt, daar het indelen van programma's een creatief proces is. De programmering is de verantwoordelijkheid van netcoördinatoren wier werk een schepping is met een eigen persoonlijk karakter en een persoonlijk stempel. De oude rechtspraak over omroepbladen zou niet meer van toepassing zijn, omdat sinds deze jurisprudentie het aantal televisiezenders uitgebreid is naar meer dan zes zenders. In dit verband verwijst de NOS naar het arrest Van Dale/Romme<sup>22</sup> waarin de Hoge Raad stelde dat op een woordenboek, een verzameling van afzonderlijke feitelijke gegevens, een volledig auteursrecht rust, omdat door de selectie van deze feitelijke gegevens de persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt.

83. Het is volgens de NOS niet van belang dat het proces van programmering niet gericht was op het samenstellen van programmaoverzichten. Het gaat erom of het werk een geestelijke schepping is met een eigen oorspronkelijk karakter en het persoonlijke stempel van de maker draagt. Dit is het geval bij de programmegegevens.

84. In de opvatting van de NOS bevestigt artikel 59 Mediawet de sterke auteursrechtelijke bescherming van de programmegegevens. In tegenstelling tot de geschriftenbescherming, op grond waarvan men zich kan verzetten tegen de eenvoudige herhaling van de opschriftstelling, beschermt artikel 59 Mediawet tegen het openbaar maken en veelevoudigen. Daarnaast geeft deze bepaling een omkering van de bewijslast.

85. Tevens bestrijdt de NOS de opvatting van de d-g NMa dat de geschriftenbescherming slechts een ontleningsbescherming zou zijn en niet van toepassing zou zijn op het –onbetwiste– recht van de NOS om licenties te verlenen. Er bestaat volgens de NOS geen onderscheid tussen het recht zich tegen openbaarmaking, veelevoudiging of ontlening te verzetten enerzijds en het recht om licenties te verlenen anderzijds. Zowel bij het volledige auteursrecht als bij geschriftenbescherming is er sprake van een verbodsrecht.

86. Op grond van dezelfde redenen die de NOS heeft aangevoerd voor de stelling dat het auteursrecht van de Auteurswet van toepassing is op de programmegegevens, stelt zij dat op deze gegevens ook het auteursrecht van de Databankrichtlijn rust. Tevens heeft de d-g NMa volgens de NOS ten onrechte in het midden gelaten of het sui generisrecht van de Databankrichtlijn van toepassing is op de programmegegevens.

87. De NOS bestrijdt de stelling van de d-g NMa dat de Berner Conventie niet van toepassing zou zijn in de onderhavige zaak. Op grond van de Berner Conventie mag alleen een uitzondering gemaakt worden op de rechten van een auteur in bijzondere omstandigheden, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk en aan de wettige belangen van de auteur. Aan deze voorwaarden is volgens de NOS niet voldaan.

88. Volgens de NOS vormt het Magillarrest het toetsingskader voor het licentiebeleid van de NOS en HMG. Of de programmegegevens beschermd worden door een volledig auteursrecht of door geschriftenbescherming is in dit verband niet van belang. Uit de jurisprudentie van het Hof en het Gerecht van Eerste aanleg blijkt, zo betoogt de NOS, dat het bij de toepassing van het mededingingsrecht niet aangaat een oordeel te vellen over de keuze van de wetgever ten aanzien van een bepaald beschermingsniveau van werken. Voorkomen moet worden dat afbreuk gedaan wordt aan de uniforme toepassing van het verbod van misbruik van een economische machtspositie uit artikel 82 EG-verdrag. De omstandigheid dat op grond van de Ierse wetgeving, die centraal stond in het Magillarrest, op de programmegegevens een volledig auteursrecht rustte, doet aan de toepasselijkheid van dit arrest op het licentiebeleid van de NOS en HMG niet af.

---

<sup>22</sup> HR 4 januari 1991, Van Dale/Romme, NJ 1991, 608.

89. De NOS stelt voorts dat de drie uitzonderlijke voorwaarden die in het Magillarrest genoemd zijn, cumulatief zijn. Aan deze drie voorwaarden moet voldaan zijn voordat de uitoefening van een auteursrechtelijk recht als misbruik is te kwalificeren, zo blijkt duidelijk uit rechtsoverweging 57 alsmede uit rechtsoverwegingen 51 t/m 55 van dit arrest. De NOS wijst in dit verband ook op het arrest Bronner, waarin het Hof zich aangesloten heeft bij de opvatting dat de drie uitzonderlijke voorwaarden uit het Magillarrest cumulatief zijn.

90. De NOS bestrijdt de stelling dat in de onderhavige zaak voldaan zou zijn aan de drie uitzonderlijke voorwaarden in het Magillarrest. In de eerste plaats houdt de NOS de afgeleide markt voor de wekelijkse televisiegidsen niet voor aan de eigen omroepen, zoals de betrokken ondernemingen in de Magillzaak wel deden. Met elke omroep die een substantiële betekenis heeft voor de Nederlandse markt, wil de NOS immers een overeenkomst tot licentieverlening sluiten. In de tweede plaats ontkent de NOS dat er sprake zou zijn van een nieuw product, indien programmaoverzichten worden opgenomen in de zaterdageditie van het dagblad de Telegraaf. De NOS vreest zelfs voor het zogenaamde kannibalisatie-effect, indien de programmaoverzichten gratis ter beschikking wordt gesteld in deze zaterdageditie. In de derde plaats betwist de NOS de verwijzing naar de democratische wilsvorming door de d-g NMa, aangezien op deze wijze een subjectief element wordt geïntroduceerd in de mededingingsrechtelijke toets aan artikel 24, eerste lid, Mw.

91. De NOS stelt dat er geen sprake is van misbruik in de zin van artikel 82, tweede alinea, onder b, EG-verdrag, op grond waarvan een onderneming met een machtspositie niet de productie, de afzet of de technische ontwikkeling mag beperken ten nadele van de gebruikers. De NOS wijst erop dat op de Nederlandse markt wordt voorzien in de behoefte van de consument, nu reeds een aantal programmabladen met wekelijkse overzichten op de markt aanwezig zijn. Het licentiebeleid van de NOS leidt er dan ook niet toe dat de consument uitgebuit wordt.

92. Ook HMG is op dezelfde gronden als de NOS van mening dat de d-g NMa een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het auteursrecht, de geschriftenbescherming, de Databankrichtlijn en de Berner Conventie. In aanvulling hierop stelt HMG dat het specifieke voorwerp van het auteursrecht en de geschriftenbescherming is dat rechthebbenden zich kunnen verzetten tegen bepaalde handelingen, te weten openbaarmaking en verveelvoudiging. Het verschil tussen auteursrecht en geschriftenbescherming is dat de rechthebbende van geschriftenbescherming zich slechts kan verzetten tegen rechtstreekse ontleening, terwijl de rechthebbende van het volledige auteursrecht dit ook kan doen bij bewerkt of indirect ontleend materiaal. Het wezenskenmerk van beide rechten is echter hetzelfde, namelijk de mogelijkheid zich te verzetten tegen openbaarmaking en verveelvoudiging. Ook de geschriftenbescherming biedt daarom de rechthebbende de mogelijkheid om onder financiële voorwaarden toestemming te verlenen deze handelingen te verrichten. Het recht zich te verzetten is derhalve gelijk aan het recht om licenties te verlenen.

93. HMG stelt, evenals de NOS, dat in de onderhavige zaak niet voldaan is aan de drie voorwaarden van het arrest Magill. Volgens HMG stelt het Hof in rechtsoverweging 40 van het Bronnerarrest uitdrukkelijk dat deze voorwaarden cumulatief zijn. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden is de weigering van een houder van een IE-recht, zoals HMG, om een licentie te verlenen te kwalificeren als misbruik.

94. Volgens de Telegraaf is het proces van programmering niet zo creatief als de NOS en HMG willen doen geloven. De Telegraaf wijst erop dat de NOS en HMG ten onrechte de programmering identificeren met de programmeergegevens. De lijst met programmeergegevens is een afgeleide activiteit van de hoofdactiviteit van de omroepen, namelijk het uitzenden van programma's. Er is bij het verzamelen van programmeergegevens geen sprake van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt. De Telegraaf bestrijdt dan ook dat de rechtspraak over de omroepbladen achterhaald zou zijn.



95. Naar de opvatting van de Telegraaf is de discussie over het specifieke voorwerp van de geschriftenbescherming van beperkte betekenis, aangezien een rechthebbende zijn bevoegdheid niet op een wijze mag uitoefenen die leidt tot discriminatie of verkapt beperking van de handel tussen de lidstaten. Evenmin breidt artikel 59 Mediawet de beschermingsomvang van de geschriftenbescherming op de programmeergegevens uit, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis. Deze bepaling geeft alleen een omkering van de bewijslast.

96. De Telegraaf stelt voorts dat de omroepen op grond van de Databankrichtlijn hooguit voor hun programmeergegevens aanspraak kunnen maken op het sui generisrecht. Aan de programmeergegevens ligt geen substantiële bescherming ten grondslag. Tevens was de Databankrichtlijn (ten tijde van het primaire besluit) nog niet omgezet; nu een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging geen horizontale werking heeft en richtlijnconforme interpretatie contra legem niet geoorloofd is, kan geen beroep op deze richtlijn gedaan worden. Later in de procedure, nadat de Databankenwet was vastgesteld ter omzetting van de Databankrichtlijn, heeft de Telegraaf zich op het standpunt gesteld dat deze richtlijn onjuist is omgezet in de Nederlandse wetgeving; op grond van de Databankrichtlijn zou geen ruimte meer bestaan voor de rechtsfiguur van de geschriftenbescherming. De Databankrichtlijn, zo stelde de Telegraaf, staat namelijk voor databanken slechts twee beschermingsregimes toe: auteursrechtelijke bescherming waarvoor het oorspronkelijkheidscriterium geldt en de sui generisbescherming waarvoor een aanzienlijke investering is vereist. Volgens de Telegraaf kan ook op de Berner Conventie geen beroep gedaan worden, omdat deze niet van toepassing is op onpersoonlijke geschriften en geen beletsel vormt voor krachtens het mededingingsrecht opgelegde dwanglicenties.

97. Naar de mening van de Telegraaf maakt het niet uit of de eisen van het arrest Magill cumulatief van aard zijn. In de onderhavige zaak is aan alle drie de voorwaarden voldaan. De Telegraaf verwijst onder andere in dit verband naar het arrest Denda van het Gerechtshof Arnhem. Ook heeft de d-g NMa terecht verwezen naar de democratische wilsvorming, waaruit blijkt dat naar de opvatting van de volksvertegenwoordiging een einde moet komen aan het monopolie van de omroepen.

98. Door AKN is opgemerkt dat in de onderhavige procedure geen aandacht besteed mag worden aan het politieke element dat terug te vinden is in de opmerkingen over de democratische wilsvorming. Centraal dient derhalve te staan een zuivere mededingingsrechtelijke beoordeling van het licentiebeleid van de NOS en de Telegraaf. Volgens AKN hebben regering en parlement zich vergist, toen zij de opdracht om op te treden tegen de weigering om wekelijkse programmaoverzichten te verstrekken doorspeelden aan de d-g NMa.

99. Van de zijde van de d-g NMa is betoogd dat, hoewel het proces van programmering een creatief proces is, dit niet met zich mee brengt dat op de programmeergegevens een volledig auteursrecht rust. De programmeergegevens bieden niet meer dan informatie van feitelijke aard waartoe de programmering heeft geleid. Er is volgens de d-g NMa dan ook geen enkele reden om aan te nemen dat de rechtspraak over de programmeergegevens is veranderd. Artikel 59 Mediawet brengt hierin geen verandering, aangezien deze bepaling slechts een omkering van de bewijslast geeft.

100. Ook de Databankrichtlijn is niet van toepassing op de programmeergegevens, omdat ten aanzien van deze gegevens nagenoeg geen investeringen zijn gedaan. Op het sui generisrecht uit deze richtlijn kan daarom eveneens geen beroep gedaan worden. Namens de d-g NMa is erop gewezen dat de Databankenwet (die dient ter omzetting van de Databankrichtlijn) een vierde lid toevoegt aan artikel 10 Auteurswet op grond waarvan databanken die onder de Databankenwet vallen, niet onder de Auteurswet vallen, zodat er zelfs geen sprake kan zijn van geschriftenbescherming.

101. Op de Berner Conventie kan volgens de d-g NMa geen beroep gedaan worden, omdat in het land van oorsprong van een werk geen rechtstreeks beroep op deze conventie gedaan kan worden. Ook al

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaar schrift en mededingingswet

zou HMG hierop wel een beroep kunnen doen, dan moet verwezen worden naar artikel 9, tweede lid, van de Berner Conventie op grond waarvan in bijzondere gevallen het uitsluitend recht van verveelvoudiging beperkt mag worden door nationale mededingingswetgeving.

102. Namens de d-g NMa is benadrukt dat in geval van de programmegegevens de bevoegdheid om licenties te verlenen of te weigeren niet van auteursrechtelijke aard is. Alleen wanneer de Telegraaf gevraagd zou hebben om het recht over te schrijven uit bestaande publicaties, zou het IE-recht een rol hebben gespeeld in de mededingingsrechtelijke analyse.

103. Door de d-g NMa is gesteld dat, aangezien op de programmegegevens geen volledig auteursrecht rust, het arrest Magill niet het relevante toetsingskader is. Daarnaast vormen de drie in dit arrest genoemde omstandigheden geen cumulatieve vereisten. Uitzonderlijke omstandigheden zijn naar hun aard een open categorie die telkens met inachtneming van de specifieke aspecten van een concreet geval nader dienen te worden ingevuld.

104. Tevens zou naar de mening van de d-g NMa, indien het arrest Magill wel het relevante toetsingskader zou vormen, het handelen van de NOS en HMG nog steeds als misbruik moeten worden aangemerkt. In de onderhavige zaak doen zich namelijk volgens de d-g NMa drie bijzondere omstandigheden voor die vergelijkbaar zijn met de bijzondere omstandigheden uit het arrest Magill. Aangezien alleen licenties verleend worden door de omroepen aan andere omroepen die een substantiële betekenis hebben voor de Nederlandse markt, worden in de eerste plaats andere ondernemingen buiten deze selecte groep buitengesloten. In de tweede plaats vormt een zaterdageditie met wekelijkse programmaoverzichten bij een krant een nieuw product. Dit kan geconcludeerd worden uit het arrest Denda van het Gerechtshof Arnhem. In de derde plaats kan verwezen worden naar de democratische wilsvorming, aangezien bij de vraag of een bepaalde handeling als misbruik is te kwalificeren, volgens de d-g NMa uiteraard ook de opvattingen van de volksvertegenwoordigers relevant zijn.

#### *Beoordeling*

105. De Adviescommissie heeft geen reden te veronderstellen dat de vaste rechtspraak van de Hoge Raad over de auteursrechtelijke bescherming van de programmegegevens achterhaald is. Op grond van deze rechtspraak kan voor de programmegegevens de geschriftenbescherming worden ingeroepen.<sup>23</sup> Terecht heeft de d-g NMa, overigens in navolging van de Commissie in haar beschikking in de zaak Magill,<sup>24</sup> opgemerkt dat het programmeringsproces niet gericht is op het samenstellen van programmaoverzichten en dat de programmegegevens een bijproduct zijn van dit proces. De programmegegevens bezitten geen oorspronkelijk karakter, omdat bij het verzamelen van deze gegevens geen sprake is van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt. De programmegegevens voldoen niet aan het oorspronkelijkheidscriterium dat de Hoge Raad voor het volledig auteursrecht ontwikkeld heeft in het arrest Van Dale/Romme.<sup>25</sup> In zijn uitspraak in kort geding dat de NOS en de publieke omroepen hadden aangespannen tegen de Telegraaf, stelde de President van de rechtbank Den Haag dat, ook al zou de programmering van radio en televisie de persoonlijke visie van de programmamakers tot uitdrukking brengen, dan nog heeft dit geen auteursrechtelijke consequenties voor de programmaoverzichten, omdat uit deze overzichten de programma's niet te kennen zijn; de overzichten dienen slechts als hulpmiddel om radio- en televisieprogramma's te beluisteren.<sup>26</sup> De programmegegevens komen derhalve niet in aanmerking voor een volledig auteursrecht.

---

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld HR 27 januari 1961, *Explicator*, NJ 1962, 355 en HR 25 juni 1965, *Televisier*, NJ 1966, 116.

<sup>24</sup> Zie randnummer 22 van de beschikking van de Commissie in de zaak Magill (reeds aangehaald).

<sup>25</sup> HR 4 januari 1991, *Romme/Van Dale*, NJ 1991, 608.

<sup>26</sup> *Pres. Rb. Den Haag*, 5 januari, 1999, KG 98/1539.

106. Door de NOS en HMG is tevens een beroep gedaan op de Databankrichtlijn die inmiddels is omgezet door de Databankenwet.<sup>27</sup> Zoals terecht door de d-g NMa is gesteld, is het auteursrecht uit deze regelgeving niet van toepassing. Gesteld al dat een verzameling programmeergegevens als een databank beschouwd zou moeten worden, dan nog is op grond van hetgeen in het vorige randnummer naar voren is gebracht, niet voldaan aan het criterium dat door de keuze of rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker is ontstaan. Ook het sui generisrecht uit deze regelgeving over databanken is niet van toepassing. Aangezien de programmeergegevens slechts een bijproduct zijn van het proces van programmering, is hiervoor geen substantiële investering gedaan.

107. De Telegraaf heeft zich erop beroepen dat de geschriftenbescherming uit het Nederlandse recht in strijd is met de Databankrichtlijn. De Adviescommissie wijst erop dat, indien richtlijnbevestigingen incorrect zijn omgezet, deze bepalingen alleen kunnen worden toegepast, indien zij rechtstreekse werking hebben of wanneer de nationale wetgeving ruimte biedt voor richtlijnconforme interpretatie.

108. Uit de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG blijkt echter, zoals de Telegraaf zelf reeds aangaf toen de Databankrichtlijn nog niet was omgezet in de Nederlandse wetgeving, dat particulieren in hun onderlinge rechtsverhouding geen beroep kunnen doen op rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen;<sup>28</sup> het Hof heeft ook meerdere malen beslist dat de lidstaten, daaronder begrepen de bevoegde instanties van de lidstaten, niet ten nadele van een particulier een rechtstreekse werkende richtlijnbevestiging mogen toepassen.<sup>29</sup> Noch de Telegraaf noch de d-g NMa kunnen derhalve incorrect omgezette richtlijnbevestigingen tegenwerpen aan de NOS en HMG. Tevens volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat richtlijnconforme interpretatie zijn begrenzing vindt in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het EG-recht, met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht.<sup>30</sup> In zijn uitspraak in kort geding in de zaak *Bojkovski*<sup>31</sup> stelde de President van de rechtbank Den Haag dat de auteursrechtelijke bescherming die de Databankrichtlijn introduceerde, grote verschillen vertoonde met het Nederlandse recht, zodat geen ruimte bestond voor richtlijnconforme interpretatie. Aangezien de geschriftenbescherming reeds geruime tijd een belangrijk onderdeel van het Nederlands auteursrecht is, kan richtlijnconforme interpretatie er niet toe leiden, dat de NOS en HMG hierop geen beroep kunnen doen ten opzichte van de Telegraaf en de d-g NMa. Een andere conclusie zou afbreuk doen aan het rechtszekerheidsbeginsel. In het midden kan blijven in hoeverre de rechtsfiguur van de geschriftenbescherming in strijd is met de Databankrichtlijn, nu op eventueel incorrect omgezette bepalingen uit deze richtlijn geen beroep gedaan kan worden tegenover de NOS en HMG.

109. De NOS en HMG stellen dat de Berner Conventie aan de toepassing van artikel 24, eerste lid, Mw, in de weg zou staan. Naar het oordeel van de Adviescommissie faalt dit beroep, omdat de op de programmeergegevens van toepassing zijnde geschriftenbescherming een rechtsfiguur is die onbekend is in de Berner Conventie.

---

<sup>27</sup> *Stb.* 1999, 303.

<sup>28</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 152/84, *Marshall I*, *Jur.* 1986, p. 723 en zaak C-91/92, *Dori*, *Jur.* 1994, p. I-3325.

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 14/86, *Italiaans viswater*, *Jur.* 1987, p. 2545 en zaak C-168/95, *Luciano Arcaro*, *Jur.* 1996, p. I-4705.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 80/86, *Kolpinghuis*, *Jur.* 1987, p. 3969.

<sup>31</sup> *Pres. Rb. Den Haag* 20 maart 1998, *Koninklijke Vermande tegen Pavle Bojkovski, Intellectueel Eigendom en Reclamerecht*, 1998/18.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaar schrift en mededingingswet

110. De Adviescommissie stelt vast dat op de programmegegevens, in ieder geval voor zover het gaat om de chronologische opgave van de radio- en televisieprogramma's,<sup>32</sup> de geschriftenbescherming rust.<sup>33</sup> Hieraan moet worden toegevoegd dat de geschriftenbescherming van de programmegegevens op grond van artikel 59 Mediawet een ruimere is dan de geschriftenbescherming die in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot ontwikkeling is gekomen, nu deze bepaling beschermt tegen het openbaar maken van programmalijsten of andere opgaven van de omroepen.<sup>34</sup>

111. De geschriftenbescherming geeft de houder het exclusieve recht van verveelvoudiging en openbaarmaking. Wat dat betreft is er geen verschil met het volledig auteursrecht. Alleen de omstandigheden waaronder die prerogatieven kunnen worden uitgeoefend, zijn verschillend. Op geschriftenbescherming kan namelijk alleen een beroep worden gedaan tegen directe ontlening uit documenten die bestemd zijn voor publicatie. In casu is de toegang tot gegevens in het geding. Onjuist is de stelling van de Telegraaf dat voor die toegang geen licentie zou zijn vereist. Een dergelijke interpretatie impliceert namelijk dat aan derden geen toegang tot de betrokken gegevens kan worden onthouden. Ware die interpretatie correct, dan zou de geschriftenbescherming van iedere zin worden beroofd. Immers, wanneer een derde de gegevens sowieso zou dienen te ontvangen, dan hoeft hij ze niet meer te ontlenen. Daarom valt het recht om licenties te verlenen, dat in het onderhavige geschil in het geding is, wel degelijk binnen de reikwijdte van de geschriftenbescherming.

112. De weigering van de NOS en HMG om aan de Telegraaf een licentie te verlenen voor de wekelijkse programmaoverzichten, dient derhalve beoordeeld te worden aan de hand van rechtspraak over de verhouding tussen het verbod van misbruik van economische machtspositie enerzijds en het intellectuele eigendomsrecht anderzijds. Gelijk terecht door de NOS en HMG is gesteld, moet dit licentiebeleid met name aan het reeds aangehaalde arrest Magill getoetst worden. In dit arrest stond dezelfde vraag centraal als in de onderhavige zaak: dienen de betrokken omroepen een licentie voor de programmaoverzichten te verlenen aan een nieuwkomer op de markt?

113. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het uitoefenen van de kernbevoegdheden door de houder van een recht van intellectuele eigendom die het specifieke voorwerp van dit recht vormen, in beginsel geen misbruik oplevert.<sup>35</sup> Het Hof bepaalde in de zaak Magill dat de uitoefening van het alleenrecht van verveelvoudiging dat deel uitmaakt van de prerogatieven van de auteur, slechts in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren.<sup>36</sup>

114. In de zaak Magill overwoog het Hof dat van uitzonderlijke omstandigheden sprake is, 1) wanneer een derde zonder levering van de litigieuze informatie de gids niet op de markt kan brengen, 2) deze weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product, waarnaar van de zijde van de

---

<sup>32</sup> In de reeds aangehaalde uitspraak van 5 januari 1999 van de President van de rechtbank Den Haag wordt gesteld dat eveneens op de genregegevens geschriftenbescherming rust. Voor de onderhavige zaak is deze opvatting van de President niet van belang, nu in de onderhavige zaak alleen de chronologische opgave van de radio- en televisieprogramma's in het geding zijn.

<sup>33</sup> Het nieuwe vierde lid van artikel 10 Auteurswet, dat door de Databankenwet is toegevoegd aan de Auteurswet, bepaalt, dat de geschriftenbescherming niet van toepassing is op gegevens waarvoor een substantiële investering is gedaan, omdat deze onder de bescherming van de Databankenwet vallen. Geschriften waarvoor niet een dergelijke investering is gedaan, zoals de programmegegevens, komen echter nog steeds in aanmerking voor de geschriftenbescherming. Uit Hand. TK 58 van 17 maart 1999, p. 58-3668, 58-3669, 58-3673 en 58-3674 blijkt dat het uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever is geweest dat de geschriftenbescherming zou blijven bestaan voor onder andere de programmegegevens, onder meer met het oog op de onderhavige procedure bij de NMa.

<sup>34</sup> Zie de reeds aangehaalde uitspraak van de President van de rechtbank Den Haag van 5 januari 1999.

<sup>35</sup> Zie bijvoorbeeld zaak 238/87, Volvo tegen Veng, Jur. 1988, p. 6211 en zaak T-69/89, RTE, Jur. 1991, p. II-485.

<sup>36</sup> Zie rechtsoverwegingen 49 en 50 van gevoegde zaken C-241/91P en C-242/92P, Magill (reeds aangehaald).

consument een potentiële vraag bestaat, 3) de weigering geen rechtvaardigingsgrond vindt in objectieve overwegingen en 4) elke mededinging op de afgeleide markt wordt uitgesloten. In het arrest Bronner heeft het Hof aangegeven dat deze voorwaarden cumulatief zijn. Het Hof stelde uitdrukkelijk dat de weigering betrekking had op een product waarvan de levering onmisbaar was voor de uitoefening van de activiteit in kwestie en dat deze onmisbaarheid bleek uit het zich tegelijkertijd voordoen van de vier genoemde voorwaarden.<sup>37</sup>

115. Terecht is door de d-g NMa gesteld dat aan de eerste voorwaarde –zonder levering van de litigieuze informatie kan de gids niet op de markt gebracht worden– is voldaan. Zonder de programmegegevens van de NOS en HMG kan de Telegraaf zijn bijlage met een wekelijks programmaoverzicht bij de zaterdageditie van haar krant niet vervaardigen.

116. Naar het oordeel van de Adviescommissie is niet voldaan aan de tweede voorwaarde uit het arrest Magill. De Telegraaf heeft niet het voornemen om een nieuw product op de markt te brengen. In tegenstelling tot de situatie op de Ierse en Noord-Ierse markt, waar ten tijde van de zaak Magill geen wekelijkse programmablads voor handen was, is op de Nederlandse markt een groot aantal wekelijkse programmablads verkrijgbaar. Op deze wijze wordt tegemoet te komen aan de vraag van de consument. Er is met andere woorden geen sprake van beperking van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers in de zin van artikel 82, tweede alinea, onder b EG-verdrag.<sup>38</sup> Gelijk terecht door de NOS naar voren is gebracht, wordt in de onderhavige zaak, in tegenstelling tot hetgeen het geval was in de zaak Magill, ruimschoots voorzien in de behoefte van de consument.

117. Naar het oordeel van de Adviescommissie faalt het beroep van de d-g NMa op het reeds aangehaalde arrest van het Gerechtshof Arnhem in de zaak Denda. In deze zaak, die betrekking had op een CD-rom met informatie over telefoonnummers, bestond het vernieuwende karakter van het product uit uitgebreidere functiemogelijkheden in vergelijking met de reeds op de markt gebrachte CD-rom; zo konden bepaalde gegevens op telefoonnummer worden gezocht, konden abonnees alfabetisch landelijk (dus los van de woonplaats) gezocht worden en waren er meer mogelijkheden voor printen en downloaden. Een papieren bijlage bij de zaterdageditie van een krant biedt ten aanzien van een wekelijks overzicht van programmegegevens geen extra functiemogelijkheden. Het chronologisch overzicht van de programma's blijft hetzelfde.

118. Eveneens is volgens de Adviescommissie niet voldaan aan de vierde voorwaarde –elke mededinging op de afgeleide markt wordt uitgesloten. Zoals in randnummer 73 reeds aan de orde is geweest, is er in voldoende mate concurrentie op de afgeleide markt van de wekelijkse programmablads. HMG kan zich de concurrentie op deze markt niet voorbehouden, nu zij geen programmablad meer uitbrengt, sinds het uittreden van de vereniging Veronica uit de HMG-groep. De blads van de publieke omroepen concurreren met elkaar en met het Veronicablad, een uitgave van de vereniging Veronica. De wekelijkse programmablads van de publieke omroepen en de vereniging Veronica kunnen voldoen aan de vraag van de consument die volop keuze heeft uit informatie over omroepprogramma's. De feitelijke situatie op de huidige Nederlandse markt is volledig anders dan zoals deze destijds was op de Ierse en Noord-Ierse markt. Geconcludeerd moet daarom worden dat de mededinging op de afgeleide markt niet uitgesloten is.

119. Bij de derde voorwaarde –de weigering vindt geen grondslag in objectieve overwegingen– kan men zich afvragen in hoeverre hieraan is voldaan. Afgevraagd moet worden in hoeverre van een onderneming

---

<sup>37</sup> Zie rechtsverwijzing 40 van het arrest Bronner (reeds aangehaald).

<sup>38</sup> Aangezien het verbod van artikel 24, eerste lid, Mw, gebaseerd is op artikel 82 EG-verdrag, is de laatste bepaling van belang voor de interpretatie van de eerstgenoemde bepaling.

verlangd kan worden dat zij een concurrent in het zadel helpt. De beantwoording van deze vraag kan echter in het midden blijven, nu vaststaat dat in ieder geval niet voldaan is aan de tweede en de vierde voorwaarde uit het arrest Magill.

120. Naar het oordeel van de Adviescommissie doen zich in de onderhavige zaak geen uitzonderlijke voorwaarden voor op grond waarvan het licentiebeleid van de NOS en HMG misbruik oplevert. Dat dit licentiebeleid ingaat tegen de "democratische wilsvorming" in Nederland, wordt niet beschouwd als een uitzonderlijke omstandigheid. Zoals met name door AKN terecht is opgemerkt, vraagt de toets aan artikel 24, eerste lid, Mw in de onderhavige zaak, om een mededingingsrechtelijke beoordeling vraagt, waarbij hetgeen in de politiek wenselijk wordt geacht buiten beschouwing dient te blijven.

121. De Adviescommissie komt op grond van het bovenstaande tot de conclusie dat de NOS en HMG geen misbruik hebben gemaakt van hun machtspositie. Voor het geval dat de d-g NMa desondanks van mening blijft dat het arrest Magill niet het relevante toetsingskader vormt voor het licentiebeleid van de NOS en HMG, gaat de Adviescommissie hieronder in op de vraag of de NOS en HMG door middel van dit licentiebeleid de markt aan henzelf voorbehouden hebben en op deze wijze misbruik van hun machtspositie hebben gemaakt.

#### Misbruik: het voorbehouden van de markt

122. In het eerste fasebesluit werd verwezen naar de jurisprudentie van het Hof op grond waarvan een onderneming met een machtspositie misbruik maakt, indien zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming(en) voorbehoudt, met de kans dat de mededinging volledig wordt uitgeschakeld.<sup>39</sup> Ook wordt de rechtspraak van het Hof aangehaald waaruit blijkt dat een weigering om te leveren aan een onderneming of een levering onder minder gunstige voorwaarden misbruik op kan leveren, indien de onderneming op deze wijze zijn positie op de verwante markt beschermt of versterkt.<sup>40</sup>

123. De d-g NMa stelde in zijn eerste fasebesluit mede onder verwijzing naar het arrest Magill<sup>41</sup> dat programmaoverzichten onontbeerlijk zijn voor de uitgevers van programmabladen. Het licentiebeleid van de NOS en HMG leidt ertoe dat alleen aan derden programmaoverzichten worden verstrekt, indien deze derden niet met de omroepbladen van de publieke omroepen of van Veronica concurreren. In de eerste plaats is de NOS alleen bereid wekelijkse programmaoverzichten te verstrekken aan op het buitenland gerichte media. In de tweede plaats wil de NOS enkel deze gegevens verstrekken aan omroepen die in Nederland 'iets' voorstellen en met wie samenwerking is vereist om alomvattende programmabladen te maken. Ten tijde van het eerste fasebesluit was dat alleen HMG. Daartoe hebben de NOS, HMG en Veronica een overeenkomst gesloten. Het licentiebeleid heeft volgens de d-g NMa tot gevolg dat uitsluitend publieke omroepen en Veronica programmabladen kunnen (doen) uitgeven. De NOS en HMG houden op deze wijze de afgeleide markt van op Nederland gerichte wekelijkse programmaoverzichten voor aan de omroepen. Hierdoor wordt de mededinging op deze markt aanzienlijk belemmerd, omdat de toetreding van derden op systematische wijze wordt uitgesloten. De d-g NMa komt daarom tot de slotsom dat de NOS en HMG misbruik hebben gemaakt van hun machtspositie.

---

<sup>39</sup> Hierbij verwees de d-g NMa naar zaak 311/84, CBEM, Jur. 1985, p. 3261.

<sup>40</sup> Zie zaak T-504/93, Ladbroke, Jur. 1997, p. II-923 en Beschikking van de Commissie van 21 december 1993, Sea Containers tegen Stena Sealink, Pb. 1994 L15/8.

<sup>41</sup> Gevoegde zaken C-241 en 242/92, RTE en ITP t. Commissie, Jur. 1995, p. I-743.

124. In zijn tweede fasebesluit overwoog de d-g NMa dat het arrest Bronner (reeds aangehaald) geen nieuw licht op de onderhavige zaak werpt. In dit arrest wordt immers overwogen dat een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt daarvan misbruik maakt, indien zij weigert om grondstoffen te leveren of om diensten te verlenen aan een ander bedrijf voor wie deze grondstoffen of diensten noodzakelijk zijn voor zijn werkzaamheden op een afgeleide markt, waardoor de mededinging op deze aanverwante markt met dat andere bedrijf volledig wordt uitgeschakeld. Het gedrag van de NOS en HMG leidt ertoe dat de concurrentie op de afgeleide markt van programmabladen met derden (die niet tot de eigen kring van de omroepen behoren) –in het bijzonder de Telegraaf– wordt uitgesloten.

125. Volgens de d-g NMa vormt de continuïteit van het publieke bestel voor de NOS geen rechtvaardiging voor haar licentiebeleid. De winst van de omroepbladen is slechts van beperkte betekenis in verhouding tot de verstrekkingen uit de algemene middelen aan het publieke bestel. Tevens verwijst de d-g NMa ook in dit verband naar de Wet Liberalisering Mediawet waaruit zou blijken dat de democratische wilsvorming gericht is op het ter beschikking stellen van de omroepgegevens tegen markconforme vergoedingen aan derden.

126. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, dient volgens de NOS haar licentiebeleid niet aan de hand van de doctrine van de essential facilities beoordeeld worden, maar aan de hand van het arrest Magill. Daaraan voegt zij toe dat, ook al zou getoetst dienen te worden aan leer van essential facilities, nog steeds niet geconcludeerd kan worden dat het licentiebeleid van de NOS misbruik oplevert. Onder verwijzing naar het arrest *European Night Services*<sup>42</sup> stelt de NOS dat bewezen moet worden dat de toegang tot een bepaalde markt beperkt wordt. De wekelijkse programmegegevens zijn niet onmisbaar voor toegang tot de markt van dagbladen, weekbladen en andere tijdschriften. De producten die deel uitmaken van de brede door de d-g NMa omschreven afgeleide markt bestaan reeds lang en hebben zonder wekelijkse programmaoverzichten een positie op de markt weten te verwezenlijken.

127. Ook heeft de NOS in dit verband meerdere malen gewezen op het arrest Bronner. Uit dit arrest blijkt, volgens de NOS, dat de leer van de essential facilities niet zo ver gaat dat van misbruik sprake is, indien een product of dienst wordt geweigerd dat/die niet noodzakelijk is voor de werkzaamheden die de vragende onderneming daarmee wil uitvoeren. Verstrekking van de wekelijkse programmaoverzichten aan de Telegraaf zal ertoe leiden dat de positie van deze onderneming op de dagbladen, waar zij nu reeds een van de grootste uitgevers is, verder zal worden versterkt.

128. Tevens stelt de NOS dat haar licentiebeleid gebaseerd is op een objectief criterium. Licenties worden verstrekt aan andere omroepen die programmegegevens kunnen terugleveren en die een zekere betekenis hebben op de Nederlandse omroepmarkt. De NOS wijst op de zogenoemde Chrysantenzaak.<sup>43</sup> In deze zaak keurde de Commissie het beleid goed van een kweker van chrysanten om alleen licenties te verstrekken in ruil voor andere licenties. Het licentiebeleid van de NOS leidt derhalve niet tot een ongerechtvaardigde beperking van de toegang tot de markt.

129. De NOS wijst erop dat het ter beschikking stellen van wekelijkse omroepgegevens aan de Telegraaf tot zeer vergaande consequenties zou leiden. De omroepen moeten op grond van de Mediawet ervoor zorgen dat hun uitgave het karakter van een omroepblad behoudt; deze verplichting geldt niet voor de uitgave van de Telegraaf. Deze zou daarmee in een gunstiger positie komen te verkeren dan de omroepen, hetgeen niet strookt met de doctrine van de essential facilities die juist gericht is op het creëren van gelijke kansen voor de toetreding tot de markt.

130. De NOS maakt er bezwaar tegen dat bij de bespreking van de vraag of voor haar licentiebeleid een objectieve rechtvaardiging bestaat een subjectief argument wordt geïntroduceerd, namelijk de democratische wilsvorming. Daarnaast wijst de NOS erop dat in de Mediawet na overleg tussen het

<sup>42</sup> Gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *European Night Services*, Jur. 1998, p. II-3141

<sup>43</sup> Pb 1995, C 211/11.

parlement en de betrokken bewindspersoon geen verplichting opgenomen is tot het verlenen van licenties aan derden. Het licentiebeleid van de NOS dient derhalve op zuiver mededingingsrechtelijke merites te worden beoordeeld.

131. De NOS merkt nog op dat aan het besluit van de d-g NMa geen deugdelijke economische analyse ten grondslag ligt. Er is te weinig rekening mee gehouden dat omroepen op grond van de Mediawet geen algemeen publiektijdschrift op de markt mogen brengen, terwijl de Telegraaf niet de omroepbladenmarkt wil betreden, maar slechts haar bestaande uitgaven wil 'verfraaien' met extra informatie over televisie- en radioprogramma's.

132. Tevens heeft de d-g NMa, volgens de NOS, ten onrechte niet in ogenschouw genomen dat op de markt voor omroepbladen reeds sprake is van harde concurrentie. Tevens wordt er volop geconcurrereerd op de bovenliggende markt, waaronder de NOS de markt voor het maken van programma's verstaat. Tevens blijkt uit het arrest Bronner dat de toepassing van de doctrine van de essential facilities beperkt is tot een natuurlijk monopolie. Bij programmeergegevens is daarvan geen sprake, nu de toegang tot de markt van het maken van programma's vrij is. Nu verticale toegang tot de markt van de wekelijkse programmabladen mogelijk is, hoeft de horizontale toegang tot deze markt niet meer afgedwongen te worden. Daarnaast, zo stelt de NOS, krijgen de programmeergegevens per omroep pas hun economische waarde, indien zij onderling uitgewisseld worden tussen de verschillende omroepen, zodat deze gegevens kunnen dienen als grondstof voor de markt van de wekelijkse programmabladen. Het is derhalve voor individuele publieke omroepen niet mogelijk vanuit hun kleine deelmarkt de gehele markt voor programmabladen te monopoliseren. Het is daarom geenszins zo dat de NOS de afgeleide markt voor wekelijkse programmabladen heeft gemonopoliseerd.

133. Ook HMG is van mening dat de leer van de essential facilities niet toegepast kan worden op het licentiebeleid van de NOS en HMG. Evenals de NOS stelt HMG dat de programmaoverzichten niet onontbeerlijk zijn voor de Telegraaf, daar deze onderneming slechts haar dagblad wil 'verfraaien' met radio- en televisieoverzichten per week. HMG is eveneens van mening dat er reeds volop mededinging is op de afgeleide markt van wekelijkse programmagidsen. Tevens voert HMG geen beleid dat het verstrekken van licenties uitsluit. Met partijen die HMG wat te bieden hebben en een goede prijs willen betalen, zal zij graag zaken willen doen.

134. HMG heeft, evenals de NOS, meerdere malen gewezen op het belang van het Bronnerarrest voor de onderhavige zaak. Volgens HMG zijn de wekelijkse programmaoverzichten geen essential facility zonder welke de Telegraaf geen activiteiten kan ontplooiën. Het is de Telegraaf immers slechts te doen om een 'gimmick' bij de zaterdagochtendkrant. De mededinging wordt geenszins uitgesloten, aangezien er veel wekelijkse programmabladen op de Nederlandse markt worden aangeboden.

135. De Telegraaf betoogt dat de d-g NMa terecht heeft vastgesteld dat de NOS en HMG hun machtspositie hebben misbruikt door concurrentie op de markt van de wekelijkse programmabladen effectief uit te sluiten. Daarmee is toepassing gegeven aan de uitgangspunten die het Hof heeft vastgelegd in het CBEM-arrest.<sup>44</sup> In hoeverre hiermee een beroep gedaan wordt op de leer van de essential facilities kan volgens de Telegraaf in het midden blijven. De Telegraaf bestrijdt de stelling dat op de afgeleide markt van de wekelijkse televisiegidsen harde concurrentie zou heersen. Uit het rapport Meinhardt blijkt eerder het tegenovergestelde: een markt die een zekere gezagigheid uitstraalt, omdat de onderlinge marktverhoudingen niet gewijzigd zijn.

136. Namens de d-g NMa is betoogd dat, ook indien de afgeleide markt nauwer omschreven wordt als de markt van bladen die in hoofdzaak programmeergegevens bevatten, het licentiebeleid van de NOS en HMG anderen dan omroeporganisaties afhouden van de toegang tot deze markt. Tot deze meer eng

---

<sup>44</sup> Zaak 311/84, CBEM, Jnr. 1985, p. 3261



## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

omschreven markt behoort in ieder geval wel een afzonderlijk programmaatena dat wordt verspreid bij een dagblad.

137. De d-g NMa wijst erop dat in rechtspraak als het arrest *Commercial Solvents*<sup>45</sup> en het arrest *Telemarketing*<sup>46</sup> een belangrijk element in het kader van de toets aan het verbod van misbruik van economische machtspositie is de afwezigheid van een daadwerkelijk of potentieel substituut en de omstandigheid dat de mededinging volledig wordt uitgesloten. Van belang is dat de NOS en HMG een feitelijk monopolie hebben op de relevante markt van wekelijkse programmaoverzichten, zodat potentiële concurrenten op de afgeleide markt voor wekelijkse programmabladen zich in een afhankelijke positie bevinden ten opzichte van de NOS en HMG.

138. Van de zijde van de d-g NMa is benadrukt dat het arrest *Bronner* geen verandering brengt in de kwalificatie van het handelen van de NOS en HMG als misbruik. De leveringsweigering van de NOS en HMG sluit immers elke concurrentie uit op de markt voor de wekelijkse programmabladen (waaronder verstaan wordt uitgaven waarin wekelijkse programmaoverzichten zijn opgenomen). De programmaoverzichten van de NOS en HMG zijn onontbeerlijk voor deze bladen, omdat er geen reëel of potentieel alternatief voor bestaat.

#### *Beoordeling*

139. Onder meer uit de arresten *Commercial Solvents*,<sup>47</sup> en *Telemarketing*<sup>48</sup> blijkt dat een onderneming die over een machtspositie beschikt ten aanzien van een essentiële faciliteit, zich schuldig maakt aan misbruik, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging wordt uitgeschakeld.

140. In randnummer 115 is reeds aangegeven dat de wekelijkse programmaoverzichten onontbeerlijk zijn voor de uitgave van een wekelijks programmablad. Daarnaast is in randnummer 56 vastgesteld dat het product dat de Telegraaf voornemens is uit te geven, tot dezelfde markt behoort als de programmabladen van de omroepen en de vereniging Veronica. De Telegraaf kan alleen tot deze markt toetreden, indien zij beschikt over de wekelijkse programmaoverzichten van de omroepen. Naar het oordeel van de Adviescommissie brengt het arrest *Bronner*, dat betrekking had op de distributie van dagbladen, geen verandering in deze conclusie. In rechtsoverweging 46 van dit arrest stelde het Hof dat nagegaan diende worden of het economische rendabel was om een tweede distributiesysteem voor dagbladen op te zetten. Vastgesteld kan worden dat het in het leven roepen van een eigen omroep louter en alleen om op deze wijze toegang te krijgen tot wekelijkse programmaoverzichten voor een wekelijks programmablad, economisch onrendabel is. Voor de Telegraaf zijn derhalve de programmegegevens van de NOS en HMG onontbeerlijk om te kunnen toetreden tot de afgeleide markt van de wekelijkse programmabladen.

141. De Adviescommissie stelt zich echter op het standpunt dat onder meer uit rechtsoverweging 41 van het arrest *Bronner* volgt dat zowel voldaan moet worden aan de voorwaarde dat elke mededinging wordt uitgesloten als aan de voorwaarde dat het product in kwestie onontbeerlijk is. In deze overweging stelt het Hof dat alleen sprake is van misbruik, indien niet alleen elke mededinging op de afgeleide markt wordt uitgesloten "...maar bovendien..." het product onontbeerlijk is. Uit het woord "bovendien" blijkt dat beide criteria cumulatief zijn. Het zou geen zin hebben om beide voorwaarden aan te voeren, indien

---

<sup>45</sup> Zaak 6 en 7/73 *Commercial Solvents*, *Jur.* 1974, p. 258

<sup>46</sup> Zaak 311/84, *Telemarketing*, *Jur.* 1985, p. 3261.

<sup>47</sup> Gevoegde zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents* (reeds aangehaald).

<sup>48</sup> Zaak 311/84, *Telemarketing* *Jur.* 1985, p. 3261.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

de onmogelijkheid om toegang te krijgen per definitie zou betekenen dat de mededinging is uitgesloten. De door het Hof gekozen benadering is in overeenstemming met zijn vaste jurisprudentie dat het enkele houden van een machtspositie niet op zichzelf een misbruik vormt.

142. In dit verband wordt verwezen naar overweging 58 van de conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs in de zaak Bronner. Deze stelt dat niet uitsluitend afgegaan mag worden op de macht van de dominante onderneming op de grondstoffenmarkt. De gedraging van een dergelijke onderneming om de afgeleide markt voor haarzelf te reserveren, levert niet automatisch misbruik op. Dit is alleen het geval wanneer het eindproduct van de dominante onderneming wordt afgeschermd van concurrentie, hetgeen nadelige gevolgen voor de consument oplevert.

143. Derhalve moet nagegaan worden of de NOS en HMG de afgeleide markt voor henzelf hebben voorbehouden, waardoor de mededinging op de afgeleide markt wordt uitgesloten. De analyse van de afgeleide markt is daarmee van belang om misbruik te kunnen vaststellen. Indien dit achterwege gelaten wordt, zou een onderneming met een informatiemonopolie al snel verplicht zijn deze informatie te leveren aan een concurrent. Een spoorwegmaatschappij is dan bijvoorbeeld gehouden om zijn dienstregeling ter beschikking te stellen aan een andere onderneming die een (papieren of elektronische) spoorwegboekje wil uitgeven. Op die manier zou het hebben van een machtspositie per definitie een misbruik vormen. Dat nu is in strijd met het stelsel van artikel 82 EG-verdrag naar welks voorbeeld artikel 24, eerste lid, Mw is gemodelleerd.

144. Zoals in randnummer 118 al opgemerkt is, behoudt HMG de afgeleide markt niet voor zichzelf voor, omdat zij geen wekelijkse programmablads meer uitgeeft sinds het uitreden van de vereniging Veronica uit de HMG-groep. De gedraging van de NOS leidt er niet toe dat alle concurrentie op de markt voor de wekelijkse programmablads wordt uitgesloten ten nadele van de consumenten. Zoals in randnummer 73 naar voren kwam, heerst er concurrentie op deze markt en hebben de consumenten volop keuze. In het aan de Adviescommissie overlegde dossier is geen economische analyse opgenomen, waaruit blijkt dat er geen mededinging zou plaatsvinden op de markt voor de wekelijkse programmablads. Zoals terecht namens de NOS is gesteld, is niet bewezen dat de afgeleide markt wordt gemonopoliseerd door de NOS. Van de verschillende informatiemonopolies van de individuele publieke omroepen gaat niet een dermate concurrentiebepurende invloed uit dat de mededinging op de afgeleide markt voor de wekelijkse programmablads volledig wordt uitgesloten. Het licentiebeleid van de NOS levert dan ook geen misbruik op in de zin van artikel 24, eerste lid, Mw. Nu vaststaat dat het licentiebeleid van de NOS en HMG geen misbruik oplevert, is het niet meer noodzakelijk om na te gaan of er sprake is voor een objectieve rechtvaardiging voor dit beleid.

145. Uit bovenstaande blijkt dat de NOS en HMG naar het oordeel van de Adviescommissie geen misbruik van hun economische machtspositie hebben gemaakt. Niettegenstaande dit standpunt is de Adviescommissie van mening toch aandacht te moeten besteden aan alle in geding zijnde bezwaren ten aanzien van het beroep van de NOS op artikel 25 Mw en ten aanzien van de last onder dwangsom, dit met het oog op een zorgvuldige besluitvorming. Hieronder wordt derhalve op beide punten van geschil ingegaan.

#### *C. Dienst van algemeen economisch belang*

146. De d-g NMa heeft in het eerste fasebesluit de aanvraag van de NOS om toepassing te geven aan artikel 25 Mw afgewezen. De d-g NMa gaat ervan uit dat het verzorgen van programma's die in de Mediawet zijn opgedragen aan omroepverenigingen, te beschouwen is als een dienst van algemeen economisch belang. Volgens de d-g NMa is echter de exploitatie van omroepblads niet onmisbaar voor de uitvoering van deze dienst van algemeen economisch belang. Deze activiteit kwalificeert de wetgever in de Mediawet als nevenactiviteit. Ook al zouden de bron van inkomsten uit de exploitatie van de

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriftenmededingingswet

omroepbladen aanzienlijk dalen, dan nog vormt het verlies aan inkomsten een gering bedrag in vergelijking met het totale bedrag aan financiering dat met het publieke bestel is gemoed.

147. Ook de vrees dat de levering van programmagegevens aan derden zal leiden tot verlies van leden bij de publieke omroep rechtvaardigt de toepassing van artikel 25 Mw niet. In de eerste plaats mag van omroepverenigingen verwacht worden dat zij andere mogelijkheden vinden om hun leden te werven en te behouden dan door middel van exploitatie van omroepbladen. In de tweede plaats is het hebben van leden geen voorwaarde voor het uitoefenen van de publieke taak maar voor het verkrijgen en het behouden ervan. Indien een omroepvereniging te veel leden verliest, dan raakt deze vereniging de concessie kwijt en daarmee het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.

148. Volgens de NOS is de exploitatie van omroepbladen geen nevenactiviteit, aangezien het uitgeven van deze bladen nauw verbonden is met het verzorgen van televisie- en radioprogramma's. Het uitbrengen van een omroepblad en de vormgeving ervan markeert de maatschappelijke of geestelijke stroming van een omroepvereniging. Het licentiebeleid van de NOS is dan ook noodzakelijk met het oog op de taak van algemeen economisch belang die aan de omroepverenigingen is opgedragen. Hoewel de totale opbrengst van de exploitatie van omroepbladen niet groot is in vergelijking met het totale bedrag aan financiering dat met het publieke bestel is gemoed, worden de verenigingsactiviteiten en de programma's waarmee de publieke omroep zich onderscheidt van de commerciële omroep, hieruit gefinancierd. De volledige vrijgave van de programmagegevens zal leiden tot een kannibalisering van het aanbod van de programmabladen en halvering van de oplage van deze bladen, hetgeen de uitvoering van de publieke taak aanzienlijk zal schaden. De omroepbladen zijn essentieel voor de band tussen de leden en de omroepverenigingen en daarmee van groot belang voor de uitoefening van de dienst van algemeen economisch belang.

149. Wat het belang van het aantal leden betreft, wijst de NOS het onderscheid tussen het verkrijgen en het behouden van de dienst van algemeen economisch belang en de uitoefening ervan van de hand. Het verkrijgen en het hebben van leden is immers van groot belang voor de continuïteit van de onderneming. De verkrijging, uitoefening en het behouden van een dienst van algemeen economisch belang zijn zeer nauw met elkaar verbonden.

150. De Telegraaf stelt dat het voor de toepassing van artikel 25 Mw niet van belang is dat de uitvoering van de dienst van algemeen economisch belang wordt geschaad, maar verhinderd. Het zou hierbij gaan om een absolute verhindering. Hiervan is geen sprake, nu het totale bedrag van het totale bedrag aan financiering dat met het publieke bestel is gemoed vele malen groter is dan de opbrengst van de exploitatie van de omroepbladen. Tevens zou vrijgave van de programmagegevens niet leiden tot verhindering van de uitgaven van omroepbladen voor de publieke omroepen. Zij worden slechts geconfronteerd met een verlies aan inkomsten, waar tegenover de extra inkomstenbron van de licentievergoeding staat.

151. Namens de d-g NMA is betoogd dat uit artikel 64, derde lid, Mediawet, op grond waarvan de verstrekking van een omroepblad geen onderdeel is van de minimaal te heffen contributie, volgt dat de exploitatie van een dergelijk blad een nevenactiviteit is. Deze bepaling is van belang voor de vraag of er sprake is van een opgedragen taak.

152. Tevens wordt van de zijde van de d-g NMA benadrukt dat het hebben van leden niet instrumenteel is voor de uitoefening van de taak van algemeen economisch belang die de Mediawet aan omroepverenigingen opdraagt. De taak om programma's te verzorgen is niet opgedragen aan omroepverenigingen zonder meer, maar aan omroepverenigingen die voldoende representatief zijn voor een bepaalde achterban.

## Open baar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

#### Beoordeling

153. Artikel 25, eerste lid, Mw luidt als volgt.

“Voor zover de toepassing van artikel 24, eerste lid, de vervulling van bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan aan een onderneming opgedragen beheer van een dienst van algemeen economisch belang verhindert, kan de directeur-generaal op aanvraag verklaren dat artikel 24, eerste lid, niet van toepassing is op een daarbij aangewezen gedraging.”

154. De d-g NMa is er, naar het oordeel van de Adviescommissie, terecht vanuit gegaan dat de publieke omroepen op grond van de Mediawet beschikken over een taak van algemeen economisch belang. De Mediawet draagt in artikel 50 de publieke omroepverenigingen op om haar zendtijd voor televisie te gebruiken voor een volledig programma, dat ten minste onderdelen van culturele, informatieve, educatieve en verstrooiende aard omvat. Voorts bepaalt artikel 57, eerste lid, Mediawet dat de instellingen die zendtijd hebben verkregen, tot taak hebben het programma te verzorgen waarvoor zij zendtijd hebben verkregen. Artikel 14 Mediawet stelt dat onder een publieke omroepvereniging wordt verstaan: een vereniging die tot doel heeft 1) de vertegenwoordiging van een maatschappelijke, culturele of godsdienstige dan wel geestelijke stroming en 2) het verzorgen van programma's die gericht zijn op de bevrediging van in het volk levende maatschappelijke, culturele of godsdienstige dan wel geestelijke behoeften. Op grond van artikel 36 Mediawet kan de Minister van Onderwijs Cultuur en Wetenschappen een concessie voor zendtijd weigeren, indien uit het programmabeleid van een omroepvereniging de identiteit onvoldoende tot uitdrukking komt. Voorts draagt artikel 16 Mediawet aan de NOS een aantal taken op, zoals de coördinatie van de verschillende programmanetten, vertegenwoordiging van de publieke omroep bij de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, het behartigen van aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor de publieke omroep, het indelen van zendtijd, en de bekostiging van instellingen die landelijke zendtijd hebben gekregen.

155. De publieke omroepen zijn derhalve door de Mediawet belast met een taak van algemeen economisch belang;<sup>49</sup> zij dienen (voor een bepaalde bevolkingsgroep) representatieve programma's te verzorgen en dragen daarmee bij aan het pluriforme karakter van het omroepbestel.<sup>50</sup> Het is aan de wetgever of een bestuursorgaan om te definiëren wat diensten van algemeen economisch belang zijn en om met de uitvoering van deze diensten bepaalde ondernemingen te belasten; bij de definiëring van deze taak houdt de wetgever of het bestuursorgaan rekening met bepaalde beleidsdoelstellingen en wordt getracht deze doelstellingen te realiseren door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen die de wetgever of het bestuursorgaan aan de onderneming in kwestie oplegt.<sup>51</sup>

156. Nagegaan dient evenwel te worden of levering van programmeergegevens door de NOS aan derden als de Telegraaf de publieke omroep verhindert de aan hen toevertrouwde taak uit te voeren.<sup>52</sup> Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat onderzocht moet worden of de onderneming waaraan een taak van algemeen economisch belang is opgedragen, deze taak niet kan vervullen zonder de litigieuze rechten, dan wel of handhaving van die rechten noodzakelijk is om de betrokkene in staat te stellen, de hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te

---

<sup>49</sup> Vergelijk zaak 127/33, *BRT tegen SABAM*, *Jur.* 1974, p. 313.

<sup>50</sup> Het Hof stelde overigens in zaak 352/85, *Bond van Adverteerders*, *Jur.* 1998, p. 2085 en zaak C-288/89, *Goudse kabel*, *Jur.* 1991, p. I-4007, dat de handhaving van een pluriform omroepbestel een dringende reden van algemeen belang kan vormen voor een beperking van het vrije dienstenverkeer.

<sup>51</sup> Zie rechtsoverweging 40 van zaak C-157/94, *Commissie tegen Nederland*, *Jur.* 1997, p. I-5699.

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 34 en 35 van zaak C-353/89, *NOB bestedingverplichting*, *Jur.* 1991, p. I-4069.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaar schrift en mededingingswet

vervullen.<sup>53</sup> Niet bewezen behoeft te worden dat zonder beperking van de mededinging de onderneming in haar bestaan wordt bedreigd.<sup>54</sup>

157. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de exploitatie van omroepbladen niet noodzakelijk voor de uitoefening van de bij de Mediawet aan de omroep opgedragen taak. Zoals terecht namens de d-g NMa is gesteld, vormt de bron van inkomsten een gering bedrag in vergelijking met het totale bedrag aan financiering dat met het publieke bestel is gemoeid. Ook al zouden de publieke omroepen een groot gedeelte van hun inkomsten uit de exploitatie van de programmabladen verliezen, dan hoeft de uitvoering van de aan hun toevertrouwde taak niet in gevaar te komen. Ook zonder deze inkomsten zijn de publieke omroepen in staat hun taak onder economische aanvaardbare omstandigheden uit te voeren.

158. Tevens kan in het midden blijven of de band tussen de leden en de publieke omroepverenigingen noodzakelijk is voor de uitvoering van de aan deze omroepen toevertrouwde taak. Van de zijde van de d-g NMa is terecht gewezen op artikel 64, derde lid, Mediawet. Op grond van deze bepaling is de verstrekking van een omroepblad geen onderdeel van de minimaal te heffen contributie. Lidmaatschap van een publieke omroep is mogelijk zonder abonnement op het programmablad van de omroep in kwestie. Het lidmaatschap van de omroep is losgekoppeld van het abonnement van het desbetreffende omroepblad. De programmabladen van de publieke omroep zijn tevens in de losse verkoop verkrijgbaar. Terecht is daarom door de d-g NMa besloten dat de exploitatie van een omroepblad een nevenactiviteit voor de publieke omroepen vormt. De publieke omroepen zijn ook zonder abonnementen op omroepbladen in staat de band met hun leden te onderhouden.

159. Mocht de d-g NMa, in tegenstelling tot de Adviescommissie, tot de conclusie komen dat het licentiebeleid van de NOS misbruik oplevert, dan heeft de d-g NMa naar het oordeel van de Adviescommissie terecht een negatief besluit genomen op de aanvraag van de NOS om artikel 25, eerste lid, Mw toe te passen.

#### D. Last onder dwangsom

160. Ingeval van overtreding van artikel 24, lid 1, Mw kan de d-g NMa op grond van artikel 56, eerste lid, Mw de natuurlijke persoon of de rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een last onder dwangsom opleggen. Over de oplegging van deze last beslist de d-g NMa ingevolge artikel 62, eerste lid, Mw bij beschikking. Indien hij van mening is dat overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw ongedaan gemaakt moet worden, of verdere overtreding dan wel herhaling voorkomen, kan hij overeenkomstig artikel 58, eerste lid, Mw overgaan tot oplegging van een last onder dwangsom. In de beschikking waarbij de last wordt opgelegd, dient de d-g NMa volgens artikel 62, tweede lid, Mw aan te geven wat de inhoud van de last is en voor welke termijn deze geldt. Ten aanzien van de oplegging van de last onder dwangsom zijn de artikelen 5:32, vierde en vijfde lid, 5:33, 5:34, eerste lid en 5:35 Awb van overeenkomstige toepassing, zo blijkt uit artikel 58, derde lid, Mw.

#### De oplegging van de last onder dwangsom

161. In het tweede fasebesluit is de d-g NMa er toe overgegaan een last onder dwangsom op te leggen aan de NOS en HMG. De d-g doet dit omdat partijen in de periode tussen het eerste fasebesluit (10 september 1998) en het tweede fasebesluit (16 februari 2000) niet (de NOS), dan wel niet met succes

---

<sup>53</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 16 van zaak 320/90, Corbeau, Jir. 1993, p. I-2533 rechtsoverweging 107 van zaak C-67/96, Albany, 21 september 1999, n.n.g., gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, Brentjens, 21 september 1999, n.n.g. en zaak C-219/97, Drijvende bokken, 21 september 1999, n.n.g.

<sup>54</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 43 van zaak C-157/94, Commissie tegen Nederland (reeds aangehaald).

(HMG) onderhandeld hebben over de levering van wekelijkse programmaoverzichten. Hoewel de d-g NMa zich in zijn afweging ten aanzien van de oplegging van een last onder dwangsom ervan bewust is geweest, dat aan de NOS en HMG in beginsel de vrijheid toekomt om een beleid vast te stellen inzake het verlenen van licenties voor programmaoverzichten, is hij toch van mening geweest een einde te moeten maken aan het met artikel 24 Mw strijdige licentiebeleid van de NOS en HMG.

162. De NOS is van mening dat de d-g NMa geen last onder dwangsom had mogen opleggen aan partijen. In de eerste plaats is de NOS deze mening toegedaan, omdat de ernst van de overtreding gering is. Volgens de NOS volgt dit uit de overwegingen die in het eerste fasebesluit van de d-g NMa een rol hebben gespeeld ten aanzien van het niet opleggen van een boete (overweging 10.2 eerste fasebesluit). In de tweede plaats is de NOS van mening dat de d-g NMa geen last onder dwangsom had moeten opleggen, omdat deze in zijn tweede fasebesluit een uitleg heeft gegeven aan artikel 24, eerste lid, Mw die haaks staat op de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie. De NOS acht het dan ook verstandiger om eerst een prejudiciële procedure af te wachten ten aanzien van de interpretatie van artikel 24, eerste lid, Mw alvorens over te gaan tot oplegging van een last onder dwangsom.

163. HMG stelt dat de d-g NMa aan haar geen last onder dwangsom had mogen opleggen, omdat de vergoeding die zij in de eerdere onderhandelingen aan De Telegraaf heeft gevraagd wel redelijk en non-discriminatoire was. Van een leveringsweigering ofwel een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw is van de zijde van HMG dan ook geen sprake en dus had de d-g NMa geen last onder dwangsom mogen opleggen. HMG onderbouwt dit standpunt met een aantal aanvullende argumenten.

164. In de eerste plaats stelt zij dat de onderhandelingen tussen De Telegraaf en haarzelf door de Telegraaf afgebroken zijn en niet door HMG. Van een leveringsweigering van de zijde van HMG is dan ook geen sprake. Bovendien volgt hieruit, volgens HMG, dat het belang van De Telegraaf bij oplegging van een last onder dwangsom is komen te vervallen. In de tweede plaats is HMG de mening toegedaan dat er van een leveringsweigering geen sprake kan zijn, omdat er van haar zijde geen plicht tot onderhandelen bestaat. Ten derde stelt HMG dat de d-g NMa onvoldoende onderbouwd heeft in zijn tweede fasebesluit waarom hij de door HMG gevraagde vergoeding vindt neerkomen op een leveringsweigering. De d-g oordeelt dat de vergoeding excessief hoog is, zonder dit deugdelijk te motiveren en zonder dat hij een adequaat onderzoek in dit verband heeft uitgevoerd. De d-g handelt als gevolg hiervan in strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 Awb. HMG onderbouwt deze stelling ook nog met een beroep op de jurisprudentie van het Hof, rechtsgeleerde literatuur ter zake en de zaak Denda.<sup>55</sup>

165. De d-g NMa heeft in zijn verweerschrift d.d. 26 mei 2000 aangegeven dat het standpunt van de NOS, dat in het tweede fasebesluit geen last onder dwangsom mag worden opgelegd, omdat de overwegingen die ten grondslag lagen aan het eerste fasebesluit niet hebben geleid tot het opleggen van een boete, onjuist is. Volgens de d-g zijn de boete en de last onder dwangsom verschillende instrumenten en de overwegingen die een rol spelen ten aanzien van de oplegging van een van beide sancties hoeven dan ook zeer zeker niet gelijk te zijn. De d-g NMa heeft destijds in zijn eerste fasebesluit aangegeven geen aanleiding te zien voor het opleggen van een boete, omdat de relevante periode waarin de overtreding had plaats gevonden van korte duur was en omdat het vertrouwen bestond dat de overtreding beëindigd zou worden. Dit vertrouwen bestaat inmiddels ten tijde van het geven van het tweede fasebesluit niet meer en ook de periode van overtreding van artikel 24, lid 1, Mw is inmiddels noemenswaardig langer. De ratio voor het niet opleggen van een boete acht de d-g op dit moment dan ook vervallen. De d-g NMa kan echter geen boete opleggen aan de NOS en HMG zonder dat een nieuw rapport voor de periode na 13 maart 1998 ter zake zou worden opgesteld. Om die reden ziet de d-g daar

---

<sup>55</sup> Zie zaak 27/76, *United Brands, Jur. 1987, p. 207, Van Gerven, Gyselen, Marescau en Stuyck, Kartelrecht II, Zwolle 1997, p. 489, Arrest Gerechtshof Arnhem 15 april 1997, Denda, Mediaforum 1997-5*

vooral nog van af. Er bestaat echter voor de d-g geen reden om tevens af te zien van oplegging van een last onder dwangsom.

166. In reactie op het argument van HMG dat aan haar geen last onder dwangsom mag worden opgelegd, omdat zij geen leveringsweigering heeft gepleegd die gekwalificeerd moet worden als misbruik van een economische machtspositie, stelt de d-g NMa zijn verweerschrift, dat HMG "enkele zaken door elkaar lijkt te halen". De d-g is de mening toegedaan dat HMG wel degelijk geweigerd heeft de programmegegevens te leveren aan de Telegraaf, omdat het bod van HMG niet nader onderbouwd is en ook verre van redelijk is. De d-g baseert deze mening op het feit dat het bod van HMG voor alleen de programmaoverzichten van HMG in geen verhouding staat tot hetgeen in andere relaties wordt gevraagd voor het totale pakket van HMG en de NOS samen, noch tot hetgeen in het buitenland wordt gevraagd voor programmegegevens, noch tot de kosten. Daar komt nog eens bij, aldus de d-g NMa, dat HMG geen andere objectieve toetsingsmaatstaf of rechtvaardiging hiervoor aanreikt. Het argument van HMG dat zij hier niet toe verplicht is, omdat op haar geen bewijslast mag rusten, doet de d-g NMa af met de opmerking dat op HMG de verplichting rust geen misbruik te maken van haar economische machtspositie en dit impliceert tevens een verplichting om aan te tonen dat zij een redelijk aanbod heeft gedaan aan De Telegraaf. Het feit dat De Telegraaf degene is geweest die volgens HMG de onderhandelingen over de levering van de programmaoverzichten heeft afgebroken verandert dit standpunt van de d-g niet. Dit geldt tevens voor het argument van HMG dat De Telegraaf hierdoor geen belang meer zou hebben bij de oplegging van een last onder dwangsom aan de NOS en HMG. Dit argument is volgens de d-g NMa niet relevant, omdat de last opgelegd wordt wegens overtreding van de Mededingingswet, en niet juist omdat De Telegraaf, ook al heeft zij wellicht zelf de onderhandelingen afgebroken, wel degelijk belang heeft bij beëindiging van de overtreding.

#### *Beoordeling*

167. Voor oplegging van een last onder dwangsom is vereist dat er sprake is van een overtreding van de Mededingingswet. Dit volgt onder meer uit artikel 58, lid 2 Mw, dat stelt dat een last onder dwangsom gericht is op het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreding.<sup>56</sup> Aangezien de Adviescommissie van mening is dat in de onderhavige zaak geen sprake is van een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw acht zij oplegging van de last onder dwangsom niet gerechtvaardigd.

168. Niettegenstaande dit standpunt is de Adviescommissie van mening, zoals in randnummer 145 is aangegeven, toch aandacht te moeten besteden aan alle in geding zijnde bezwaren en dus ook ten aanzien van de bezwaren tegen de oplegging van de last onder dwangsom.

169. Wat de oplegging van de last onder dwangsom zelf betreft is de Adviescommissie van oordeel dat dit voor de NOS in overeenstemming is met artikel 58, tweede lid, Mw. Ervan uitgaande dat de NOS artikel 24, eerste lid, Mw overtreden heeft door geen onderhandelingen aan te gaan met De Telegraaf, vormt de last tot levering van de wekelijkse programmaoverzichten tegen redelijke voorwaarden een geschikt middel om juist aan deze overtreding een einde te maken. De last verplicht de NOS immers haar licentiebeleid te wijzigen en een nieuwkomer op de markt voor wekelijkse programmabladen – De Telegraaf – toe te laten.

170. Het feit dat de d-g NMa in zijn eerste fasebesluit heeft gesteld, dat hij aan de NOS en HMG geen boete oplegt wegens de korte duur van de overtreding (tweeënhalve maand) en de daarmee gepaard gaande beperkte ernst van de overtreding, doet hieraan niets af. Ten aanzien van de oplegging van een boete spelen andere overwegingen een rol dan ten aanzien van de oplegging van een last onder dwangsom. Is de boete gericht op bestraffing van een in het verleden gepleegde gedraging, de last onder dwangsom heeft als doel de realisering van de gewenste rechtstoestand.

---

<sup>56</sup> Zie ook artikel 5:32, lid 2, Awb.

171. Wat de oplegging van de last onder dwangsom aan HMG betreft ziet de Adviescommissie een complicatie. HMG is namelijk in tegenstelling tot de NOS wel in onderhandeling getreden met De Telegraaf. Niettemin heeft HMG, volgens de d-g NMa, wel artikel 24, lid 1, Mw overtreden, aangezien zij een zodanig onredelijk aanbod heeft gedaan aan De Telegraaf, dat dit gelijk gesteld dient te worden aan een leveringsweigering (randnummer 24 tweede fasebesluit).

172. De Adviescommissie deelt deze visie niet. Tijdens de hoorzitting d.d. 7 juni 2000 is gebleken dat het tegenbod van De Telegraaf in de huidige markt voor wekelijkse programmeergevens niet zonder meer aangemerkt kan worden als een redelijk bod [VERTROUWELIJK f]. In randnummer 23 van het tweede fasebesluit daarentegen gaat de d-g NMa ervan uit dat de Telegraaf op basis mede van de vergoedingen die de Nederlandse Dagbladpers momenteel collectief betaalt voor dagelijkse programmeergevens, een bod gedaan heeft van [VERTROUWELIJK]. Tevens is gebleken dat het aanbod dat HMG aan De Telegraaf heeft gedaan niet zonder meer bestempeld kan worden als onredelijk en discriminatoir. [VERTROUWELIJK f]. Hieruit volgt dat er dermate veel onzekerheid bestaat ten aanzien van de vraag of het door HMG gedane aanbod als onredelijk is aan te merken, dat volgens de Adviescommissie onvoldoende feitelijke gegevens voor handen zijn ter onderbouwing van de stelling dat het aanbod van HMG gelijk te stellen is aan een leveringsweigering. Hieronder gaat de Adviescommissie derhalve alleen nog in op de oplegging van de last onder dwangsom aan de NOS.

#### De inhoud van de last: een leveringsverplichting tegen redelijke vergoeding

173. In het tweede fasebesluit heeft de d-g NMa aan de NOS en HMG de last opgelegd om de wekelijkse programmeergevens te leveren aan De Telegraaf tegen redelijke voorwaarden.<sup>57</sup> Omdat de d-g van mening is, dat het de eigen verantwoordelijkheid van partijen is om binnen de grenzen van artikel 24 Mw een redelijke vergoeding vast te stellen, heeft hij het niet opportuun geacht om aan partijen bij last onder dwangsom een bepaalde redelijke vergoeding op te leggen. Aan hen is de verplichting om het hierover binnen vier maanden eens te worden. De enige rechtvaardigingsgrond voor het niet nakomen van deze verplichting is een weigering van De Telegraaf om een redelijk aanbod inzake levering te aanvaarden. Deze ontsnappingsclausule is opgenomen, omdat de last anders alsnog marktverstoring zou werken door alleen de NOS en HMG te verplichten tot overeenstemming te komen met De Telegraaf.

174. Tegen de hierboven weergegeven inhoud van de last hebben zowel de NOS als HMG geen bezwaren aangevoerd. Dit is niet verwonderlijk, want de d-g NMa heeft in deze de eerdere argumenten van partijen gehonoreerd. In hun reactie op de Punten van Overweging van de d-g NMa d.d. 9 augustus 1999 hadden de NOS en HMG reeds aangegeven dat het hun eigen verantwoordelijkheid is om binnen de grenzen van artikel 24 Mw een redelijke vergoeding vast te stellen voor de levering van de wekelijkse programmaoverzichten en dat de d-g NMa deze vergoeding dus niet moet opnemen in de last.

175. Hoewel de d-g NMa ervan af heeft gezien om in de last een licentievergoeding vast te stellen waartegen partijen moeten leveren, heeft hij niettemin een aantal richtsnoeren gegeven voor de bepaling van een redelijke vergoeding. De d-g NMa doet dit omdat hij, bij vaststelling of een dwangsom is verbeurd na vier maanden, moet beoordelen of de vergoeding die de NOS en HMG hebben gevraagd niet onredelijk is.

176. Volgens de d-g NMa is een vergoeding in ieder geval niet onredelijk indien deze gebaseerd is op de kosten die worden gemaakt ter zake van de levering van de wekelijkse programmaoverzichten (kostenbenadering). In een dergelijke vergoeding kan, aldus de d-g, een beloningscomponent

<sup>57</sup> Zie in deze ook de Beschikking van de Commissie van 21 december 1993, *Sea Containers t. Stena Sealink*, Fb. 1994, L 15'8; zaak C-7/97,

Bronner, *Jr.* 1998, p. 1-7791.



(winstopslag) worden opgenomen, mits dit niet een redelijk percentage van de kosten te boven gaat. Wat de d-g echter niet redelijk acht, dat is het vragen van een vergoeding voor kosten, die ook worden gemaakt zonder dat de programmaoverzichten moeten worden geleverd. Als voorbeeld van dergelijke onredelijke kosten noemt de d-g NMa de kosten die gemoeid zijn met programmering.

177. Behalve een vergoeding die gebaseerd is op kosten acht de d-g NMa het ook mogelijk, dat vergoedingen die gebaseerd zijn op een andere benadering aangemerkt moeten worden als redelijke vergoedingen. Deze op andere benaderingen gestoelde vergoedingen dienen evenwel aan te sluiten bij vergoedingen die (i) op een vergelijkbare markt worden betaald voor producten die vergelijkbaar zijn met de wekelijkse programmaoverzichten en die (ii) niet in belangrijke mate afwijken van de vergoedingen die in rekening worden gebracht voor andere vergelijkbare producten. De door de d-g NMa genoemde voorbeelden van vergelijkbare producten zijn: andere gegevens, zoals dagelijkse programmaoverzichten, de beursberichten, sportuitslagen, die worden opgenomen in de reguliere dagbladen of tijdschriften.

178. De d-g NMa laat aan de NOS en HMG de vrijheid om ook de redelijkheid van andere vergoedingen aan te tonen. Daarbij merkt hij wel op, dat de d-g NMa het opnemen van een niet gespecificeerde post in beginsel aan zal merken als niet redelijk. Verder geeft hij aan dat, als partijen af willen wijken van de benadering van de d-g NMa, zij daarvoor wel de noodzakelijke feitelijke gegevens moeten aanleveren ter onderbouwing van hun stelling.

179. Volgens de NOS geeft de d-g NMa in zijn tweede fasebesluit zodanig enge richtsnoeren voor bepaling van een redelijke vergoeding voor de levering van de wekelijkse programmaoverzichten, dat van inachtneming van de algemene regels van artikel 24 Mw geen sprake meer kan zijn. Deze laatste regels, die gebaseerd zijn op de Europese principes, gaan er van uit dat tarieven en voorwaarden redelijk zijn, zolang zij niet excessief hoog zijn (geen excessieve winsten) en niet discrimineren, waarbij HMG verwijst naar artikel 82, tweede alinea, onder a en c EG-Verdrag. De door de d-g NMa gegeven richtsnoeren in de onderhavige zaak zijn zodanig eng, dat zij een onderneming geen mogelijkheid laten om bedragen door te berekenen die deze bij toepassing van de algemene regels nog wel mag omslaan. Zo bestaat er voor de NOS op grond van de richtsnoeren van de d-g NMa niet de mogelijkheid om in zijn vergoeding de schade door te berekenen, die ontstaat als gevolg van toetreding van De Telegraaf, en dat terwijl deze schade veel groter is dan winstderving alleen. Tevens bieden de richtsnoeren van de d-g NMa geen ruimte voor het berekenen van een zogenaamde royaltyvergoeding aan De Telegraaf. Het vragen van een dergelijke vergoeding bij licentieverlening is zeer gebruikelijk en ook niet in strijd met artikel 24 Mw.<sup>58</sup> De NOS acht het dan ook niet juist, dat de richtsnoeren van de d-g NMa partijen hiervoor geen ruimte laten.

180. HMG stelt als reactie op de voorstellen van de d-g NMa ten aanzien van een redelijke licentievergoeding, dat deze helemaal niet de bevoegdheid heeft om kostensystemen of tarieven voor te schrijven. HMG heeft dit bezwaar al eerder gemaakt naar aanleiding van de in de Punten van Overweging genoemde kostensystemen, en haar bezwaar geldt nu des te meer, omdat de d-g NMa in haar tweede fasebesluit andere grondslagen vermeldt voor de berekening van een redelijke vergoeding dan in de Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999. Waar de d-g NMa in de Punten van overweging sprak over een kostenbenadering en een beloningsbenadering, spreekt zij in het tweede fasebesluit over een kostenbasing of vergelijkbare toets, en een toets op andere gronden. Volgens HMG is de d-g NMa onduidelijk en inconsistent in zijn redenering ten aanzien van een redelijke vergoeding en dit heeft tot gevolg dat het voor HMG heel moeilijk is om helder te krijgen wat in de ogen van de d-g NMa een niet excessief hoge vergoeding is. Deze moeilijkheid belemmert HMG in haar onderhandelingen met de Telegraaf. HMG is daarom van mening dat de d-g NMa pas over mag gaan tot de oplegging van een last onder dwangsom, wanneer de criteria voor een redelijke vergoeding bekend en duidelijk zijn en zo nodig

<sup>58</sup> HR 6 maart 1998, *Sena*, NJ 1999, 113.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

in rechte kunnen worden vastgesteld. HMG geeft aldus aan, dat de d-g NMa weliswaar niet de bevoegdheid heeft om een redelijke vergoeding voor partijen in het onderhavige geval vast te stellen, maar dat het wel zijn taak is om in dit verband duidelijke, voor rechterlijke toetsing vatbare criteria te geven.

181. Verder merkt HMG evenals de NOS op, dat de d-g NMa in zijn benaderingen geen melding maakt van een vergoeding voor het intellectuele eigendomsrecht. Gezien het feit dat op de wekelijkse programmaoverzichten juist een intellectueel eigendomsrecht rust, acht HMG dit onjuist en bovendien onzorgvuldig.

182. Tot slot geeft HMG aan dat het onderzoeksbureau dat zij in de arm heeft genomen voor de vaststelling van een redelijke licentievergoeding van de wekelijkse programmaoverzichten, heeft aangegeven dat het door HMG gedane aanbod aan De Telegraaf op grond van erkende berekeningsgrondslagen aangemerkt moet worden als een redelijk aanbod.

183. In zijn verweerschrift van 26 mei 2000 geeft de d-g NMa nogmaals aan, geen vaste vergoeding te hebben willen opleggen aan partijen in de last, omdat dit hun contractsvrijheid meer zou beperken dan noodzakelijk is ter beëindiging van de overtreding. Het is de verantwoordelijkheid van partijen om binnen de grenzen van artikel 24, eerste lid, Mw tot een aanbod te komen, waarvan zij zelf op grond van objectieve voorwaarden aannemelijk kunnen maken dat het redelijk is, dat wil zeggen non-discriminatoir en niet excessief hoog. De d-g NMa zal een aanbod van partijen ingeval van uitblijven van levering en verbeurte van de dwangsom marginaal toetsen, waarbij hij in het bijzonder aandacht zal besteden aan de vraag of het aanbod niet onredelijk is, voldoende onderbouwd is en draagkrachtig gemotiveerd is.

184. Door partijen is hiertegen aangevoerd dat de d-g geen bevoegdheid heeft tot oplegging en handhaving van een dergelijke last, omdat de last te onbepaald is en tegelijkertijd te diep ingrijpt in de contractsvrijheid van partijen. Deze mening is de d-g NMa niet toegedaan. Hij erkent dat de last vragen openlaat voor wat betreft de precieze ligging van de grens tussen hetgeen wat nog net wel en hetgeen net niet meer toelaatbaar is. Niettemin is hij van mening dat het tweede fasebesluit heel expliciet is in welke voorwaarden wel en niet als onredelijk zullen worden aangemerkt. De d-g acht de last om die reden niet bezwaarlijk vanuit een oogpunt van rechtszekerheid. Daarnaast acht hij de last ook niet bezwaarlijk vanuit een oogpunt van contractsvrijheid, omdat deze partijen de ruimte laat binnen de grenzen van artikel 24, eerste lid, Mw andere kostensystemen te kiezen voor de vaststelling van een redelijke vergoeding.

#### *Beoordeling*

185. Uit het feit dat de last onder dwangsom gericht is op het voorkomen dan wel beëindigen van een overtreding van de Mededingingswet volgt dat tussen de overtreding en de inhoud van de last een logisch verband moet bestaan, zo volgt uit artikel 58, eerste lid, Mw. De Memorie van Toelichting bij artikel 58 Mw vermeldt dat ingeval van misbruik van machtspositie in de vorm van een leveringsweigering dit logische verband aanwezig is, indien een last wordt opgelegd die de verplichting inhoudt te leveren tegen marktconforme prijzen.<sup>59</sup> In de onderhavige zaak is een dergelijke last opgelegd. De NOS is verplicht de wekelijkse programmaoverzichten te leveren aan de Telegraaf tegen redelijke voorwaarden, telkens voor een periode van een week. De vraag is nu of deze last in overeenstemming is met enerzijds het algemene belang van vrije concurrentie, zoals voorgestaan door de Mededingingswet, en anderzijds de bestuursrechtelijke eis van een duidelijke last.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 89.

<sup>60</sup> Zie ook artikel 62, tweede lid, onder b, c en d, Mw. De formulering van de wetttekst benadrukt daar dat de last onder dwangsom meer moet inhouden dan alleen de opdracht de overtreding te beëindigen. De d-g NMa moet de te nemen maatregelen voorschrijven en het overtreden voorschrift vermelden.

186. De Adviescommissie is van mening dat de d-g NMa met de vaststelling van de hierboven genoemde inhoud van de last onder dwangsom in overeenstemming met de eisen van de Mededingingswet en het bestuursrecht heeft gehandeld. De last laat de NOS vrij in haar keuze van een benadering voor het bepalen van een redelijke vergoeding en is daarmee in overeenstemming met artikel 24, eerste lid, Mw, dat ondernemingen met een machtspositie verplicht tegen niet excessief hoge en non-discriminatoire tarieven te leveren. Tegelijkertijd biedt de last, naar de mening van de Adviescommissie, ook voldoende duidelijkheid en rechtszekerheid aan de NOS door concrete aanwijzingen te geven voor het bepalen van een redelijke vergoeding en door uitdrukkelijk aan te geven wat niet als een redelijke vergoeding beschouwd wordt.

187. In randnummers 33 en 34 van het tweede fasebesluit geeft de d-g NMa partijen immers de aanwijzing een op kosten gebaseerde benadering voor berekening van een redelijke vergoeding te hanteren en tevens noemt hij twee voorwaarden die partijen in acht dienen te nemen indien zij een andere dan de door de d-g NMa voorgestane benadering kiezen voor berekening van een redelijke vergoeding. De d-g NMa heeft met het noemen van deze criteria geen willekeurige beslissing genomen. Ook in de Europese praktijk is in het kader van het mededingingsbeleid geaccepteerd dat kostengeoriënteerde benaderingen een goede basis bieden voor het berekenen van een redelijk tarief.<sup>61</sup> Tevens is uit de Europese beschikkingenpraktijk af te leiden dat discriminatoire tarieven niet hoeven te rekenen op de goedkeuring van de Commissie en het Hof.

188. Het feit dat de d-g NMa bepaalde specifieke kostenposten of andere benaderingen voor de berekening van een leveringsvergoeding niet expliciet als redelijk heeft aangemerkt in zijn tweede fasebesluit, sluit naar de mening van de Adviescommissie geenszins uit dat de NOS deze kan gebruiken in haar onderhandelingen met de Telegraaf. Ook het Hof accepteerde in de zaak *United Brands* dat andere methoden dan de kostenbenadering denkbaar zijn voor de ontwikkeling van criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de prijs van een product billijk is.<sup>62</sup> Zolang partijen zich houden aan de in randnummer 33 en 34 van het tweede fasebesluit genoemde voorwaarden en tevens geen niet-gespecificeerde posten opnemen in hun berekeningen, zijn zij vrij in de vaststelling van een redelijke vergoeding. In die zin is de last voldoende nauwkeurig en voldoet zij aan het rechtszekerheidsvereiste; als partijen namelijk de betreffende voorwaarden niet naleven weten zij zeker dat het door hun gedane aanbod aangemerkt zal worden als onredelijk.

189. Overigens is het niet noemen van die specifiekere, inhoudelijke criteria voor de bepaling van een redelijke leveringsvergoeding in het tweede fasebesluit van 16 februari 2000 zeer verdedigbaar vanuit het oogpunt van de Mededingingswet. Als de d-g NMa hier namelijk wel toe over was gegaan, had het gevaar bestaan dat hij zijn bevoegdheden overschreden zou hebben en te diep zou hebben ingegrepen in de ondernemingsvrijheid van partijen. Naar analogie van de Europese beschikkingenpraktijk is de d-g NMa verplicht de inhoud van zijn last zodanig in te richten dat op de meest doeltreffende en minst ingrijpende wijze wordt aangegeven hoe de overtreding beëindigd moet worden.<sup>63</sup> Deze verplichting

---

<sup>61</sup> Zie rechtsoverweging 251 van zaak 26/76, *United Brands*, Jur. 1978, p. 207. Vergelijk ook artikel 12 van richtlijn 97/67 van 15 december 1997, betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst, Pb. 1998 L15/14 en artikel 1, zesde lid uit de Aanbeveling van de Commissie van 25 mei 2000, inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet, Pb. 2000, L156/44.

<sup>62</sup> Zie rechtsoverweging 253 van het zaak 26/76, *United Brands* (reeds aangehaald).

<sup>63</sup> Zie de zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents*, Jur. 1974, p. 223 en C-241/91P en C-242/91P, *Magill*, Jur. 1995, p. I-743, waarin het Hof van Justitie EG heeft bepaald dat indien de Commissie op grond van artikel 3, lid 1, Vo. 17/62 last oplegt aan ondernemingen, zij deze last moet afstemmen op de aard van de vastgestelde overtreding en niet verder mag gaan dan wat passend en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Zo mag de

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaar schrift en mededingingswet

brengh met zich dat de d-g NMa niet noodzakelijkerwijs een redelijke vergoeding dient vast te stellen dan wel zeer specifieke criteria hiervoor moet geven. Indien hij hiertoe over zou zijn gegaan, zou het gevaar hebben bestaan dat hij op de stoel van de ondernemer was gaan zitten en voor hem bedrijfsbeslissingen zou hebben genomen.

190. De NOS en HMG zijn de mening toegedaan dat de d-g NMa in het kader van de last aan hen niet de verplichting had mogen opleggen om de redelijkheid van de door hen voorgestane vergoeding te bewijzen. Volgens hen strookt die verplichting in de eerste plaats niet met de ondernemersvrijheid waarover zij op grond van artikel 24, eerste lid, Mw beschikken en in de tweede plaats niet met het vereiste van rechtszekerheid. De Adviescommissie deelt deze opvattingen van partijen niet.

191. Een beschikking omtrent het opleggen van een last onder dwangsom legt vanuit een oogpunt van rechtszekerheid aan partijen een enger omschreven verplichting op dan voortvloeit uit artikel 24, eerste lid, Mw. In deze verschilt een beschikking inzake de oplegging van een last onder dwangsom van de vaststelling van een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw. Op grond hiervan acht de Adviescommissie het mogelijk de bewijslast voor het bepalen van een redelijke vergoeding naar te leggen bij partijen. Volgens de Adviescommissie wordt deze mogelijkheid niet teniet gedaan door het feit dat de last onvoldoende duidelijke criteria bevat voor de bepaling van een redelijke vergoeding. Zoals hierboven reeds uiteen is gezet geeft de last voldoende duidelijk aan wat de d-g NMa *geen* redelijke vergoeding acht en dit biedt de NOS voldoende duidelijke criteria om te bepalen wanneer zij een dwangsom verbeurt.

192. De Adviescommissie is op grond van bovenstaande overwegingen dan ook de mening toegedaan dat de d-g NMa met de inhoud van zijn last in de onderhavige zaak een goed evenwicht heeft gevonden tussen het bestuursrechtelijke vereiste van rechtszekerheid en het mededingingsrechtelijke belang van onderhandelings- en ondernemingsvrijheid. De Adviescommissie acht de bezwaren van de NOS en HMG in dit verband ongegrond.

193. Dit geldt tevens voor het bezwaar van HMG dat de d-g NMa in de loop van de procedure inconsistent is geweest in zijn redenering ten aanzien van de vaststelling van een redelijke vergoeding voor levering van de programmagegevens, aangezien hij in de Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999 andere berekeningsmethoden noemt dan in het tweede fasebesluit van 16 februari 2000. Naar de mening van de Adviescommissie mocht de d-g NMa dit doen, omdat Punten van overweging een ander karakter dragen dan een besluit in de zin van artikel 62 Mw. Punten van overweging zijn bedoeld om partijen in een procedure gelegenheid te bieden hun standpunt kenbaar te maken.<sup>64</sup> Zij geven in het onderhavige geval dan ook slechts weer, welke overwegingen de d-g NMa van plan is in ogenschouw te nemen bij vaststelling van de inhoud van de last onder dwangsom. De punten dienden niet om de d-g NMa volledig vast te leggen ten aanzien van de inhoud van de last; afwijking dan wel aanvulling van de Punten van overweging als gevolg van argumenten, die tijdens het verdere verloop van de procedure naar voren worden gebracht, acht de Adviescommissie daarom mogelijk.

#### De begunstigingstermijn

194. De termijn waarbinnen de NOS en HMG moeten overgegaan tot levering van de wekelijkse programmaoverzichten aan De Telegraaf heeft de d-g NMa in zijn tweede fasebesluit vastgesteld op vier

---

*Commissie geen last opleggen inhoudende een specifiek contract; wel mag ze ondernemingen verplichten met elkaar te onderhandelen (zie Magill, rechtsverweging 91). Zie ook rechtsverwegingen 51-54 van zaak T-24/90, Automec II, Jur. 1992, p. II-2223.*

<sup>64</sup> Zie de aanhef waar wordt gesproken over "Punten van overweging ter bespreking met partijen inzake het voornemen van de directeur-generaal Nederlandse Mededingingsautoriteit een besluit te nemen als bedoeld in artikel 6 van de Mededingingswet ...".

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

maanden. De motivering die hier aan ten grondslag ligt heeft de d-g NMa niet in zijn besluit weergegeven.

195. De NOS heeft in zijn bezwaarschrift naar aanleiding van het tweede fasebesluit aangegeven dat hij de begunstigingstermijn van vier maanden onredelijk kort acht. Volgens de NOS impliceert de vaststelling van licentievoorwaarden die geen inbreuk vormen op artikel 24 Mw, kennisname van de redenen waarom in het onderhavige geval sprake is van schending van artikel 24 Mw. Aangezien de d-g NMa deze redenen niet heeft gegeven door niet inhoudelijk in te gaan op de bezwaren die de NOS heeft aangevoerd tegen het eerste fasebesluit, heeft de NOS zich tot op heden zich hierover niet kunnen beraden. Ook het advies dat de NOS in deze gevraagd heeft aan het Engelse bureau Lexecon heeft tot op heden nog geen duidelijkheid geboden, omdat Lexecon wegens het niet reageren van de d-g NMa op de bezwaren van de NOS een veel breder scala aan scenario's moet onderzoeken. Tot slot is de NOS de mening toegedaan dat de begunstigingstermijn van vier maanden tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur. In haar Punten van Overweging d.d. 9 augustus 1999 gaf de d-g NMa nog aan met een begunstigingstermijn van zes maanden te werken en in het tweede fasebesluit heeft zij deze termijn teruggebracht tot vier maanden zonder duidelijke motivering.

196. Ook HMG maakt bezwaren tegen de begunstigingstermijn van vier maanden. Volgens HMG was een termijn van zes maanden, zoals genoemd in de Punten van Overweging d.d. 9 augustus 1999, reeds te kort om een zorgvuldig onderzoek uit te voeren naar de vaststelling van redelijke tarieven. Een begunstigingstermijn van vier maanden acht zij dan ook zeer zeker in strijd met artikel 3:46 Awb.

197. In zijn verweerschrift van 26 mei 2000 geeft de d-g NMa aan in reactie op bezwaren van partijen, de begunstigingstermijn van vier maanden lang genoeg te achten. Partijen kenden reeds vanaf 13 maart 1998 (datum opmaken rapport) en in ieder geval vanaf 10 september 1998 de overwegingen die volgens de d-g NMa ten grondslag liggen aan de overtreding van artikel 24, lid 1, Mw. Om die reden is de d-g van mening dat partijen meer dan voldoende tijd hebben gehad om zich te beraden op normconform gedrag. Daar komt nog eens bij dat naleving van de last volgens de d-g tamelijk eenvoudig is. De NOS en HMG moeten de programmeergegevens leveren en voor het voldoen aan die verplichting is slechts nodig dat het contractuele voorbehoud wordt opgeheven inzake de publicatie op dagbasis. Contractuele overeenstemming over de precieze invulling van de uiteindelijke onderlinge relatie, acht de d-g op een later tijdstip ook mogelijk. Het feit dat in de Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999 een begunstigingstermijn van zes maanden werd genoemd, doet hier niets aan af. Een langere termijn werd destijds noodzakelijk geacht, omdat er vanuit werd gegaan dat de d-g NMa de vergoedingen van partijen voorafgaand zou toetsen. Hier is later van afgezien, mede naar aanleiding van partijen zelf en om die reden is de termijn ingekort.

#### *Beoordeling*

198. De Memorie van Toelichting bij artikel 5:32, lid 5, Awb<sup>65</sup> geeft uitdrukkelijk aan dat de begunstigingstermijn zo kort mogelijk moet worden gesteld. Tevens wordt aangegeven dat de begunstigingstermijn redelijk moet zijn en de aangeschreven ook daadwerkelijk in staat moet stellen een einde te maken aan de overtreding. Wat redelijk is dient per geval bekeken te worden en is dus afhankelijk van omstandigheden.

199. Naar de mening van de Adviescommissie is de begunstigingstermijn van vier maanden in het onderhavige geval niet onredelijk. De termijn biedt de NOS voldoende tijd om over te gaan tot levering van de wekelijkse programmeergegevens aan De Telegraaf. De NOS heeft immers voldoende inzicht in de markt voor programmeergegevens, ook zonder advies van externe deskundigen, om een redelijke vergoeding voor levering van de wekelijkse programmeergegevens vast te kunnen stellen. Bovendien biedt

---

<sup>65</sup> Artikel 5:32, lid 5, Awb wordt via de schakelbepaling van artikel 58, lid 3, Mw ook van toepassing verklaard op de procedure voor de last onder dwangsom zoals neergelegd in de Mededingingswet.

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaar schrift en mededingswet

de termijn partijen ook de mogelijkheid om binnen het gegeven tijdsbestek van een onafhankelijke derde een antwoord te krijgen op de vraag wat aangemerkt moet worden als een redelijke vergoeding voor de levering van de wekelijkse programmeergevens. Hierbij betreft de Adviescommissie de omstandigheid dat partijen sinds 10 september 1998 reeds op de hoogte zijn van het standpunt van de d-g NMa dat de wekelijkse programmaoverzichten geleverd dienen te worden aan een onderneming als de Telegraaf. Vanaf dat tijdstip heeft de NOS dus de gelegenheid gehad een onafhankelijke derde te raadplegen.

200. Het argument van de NOS en HMG dat de begunstigingstermijn van vier maanden bezwaarlijk is, omdat de d-g NMa in zijn Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999 nog uitging van een begunstigingstermijn van zes maanden, acht de Adviescommissie niet juist. Onder verwijzing naar hetgeen de commissie hierover heeft gezegd in randnummer 193 ten aanzien van de status van de Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999 neemt zij het standpunt in dat de d-g NMa bevoegd was de termijn te bekorten naar aanleiding van de vervallenverklaring van het stelsel van voorafgaande toetsing van de vergoeding.

201. Het bezwaar van de NOS dat de begunstigingstermijn te kort is voor bezinning op de wijze van beëindiging van de overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw honoreert de Adviescommissie eveneens niet. De NOS was op de hoogte van de redenen die volgens de d-g NMa ten grondslag liggen aan het misbruik van de economische machtspositie vanaf de uitbrenging van het rapport van 13 maart 1998 en in ieder geval vanaf het moment van het eerste fasebesluit d.d. 10 september 1998. De Adviescommissie is daarom met de d-g NMa van mening dat de NOS voldoende tijd heeft gehad om zich te bezinnen op een mogelijkheid voor beëindiging van de overtreding.

202. Tijdens de hoorzitting van 7 juni 2000 heeft HMG ook nog aangegeven de begunstigingstermijn te kort te achten, omdat de last te onbepaald en onduidelijk is. Volgens HMG is het voor partijen in kwestie niet duidelijk wanneer een aanbod al dan niet redelijk geacht moet worden. Hieruit vloeit de consequentie voort dat partijen een te korte termijn gegund is om een einde te maken aan de overtreding.<sup>66</sup> De Adviescommissie deelt deze opvatting van HMG niet. Zoals zij in randnummers 185-193 aangeeft zijn de criteria voor bepaling van een redelijke vergoeding voor levering van de wekelijkse programmaoverzichten voldoende duidelijk om verbeurte van een dwangsom vast te kunnen stellen. Er kan dan ook niet geconcludeerd worden dat de NOS in de onderhavige zaak als gevolg hiervan een te korte termijn gegund wordt voor beëindiging van de overtreding.

#### De hoogte, modaliteit en verbeurte van de dwangsom

203. De d-g NMa heeft de hoogte van de dwangsom vastgesteld op f 50.000,- voor iedere week ten aanzien waarvan niet geleverd wordt overeenkomstig de opgelegde last. Het maximaal te verbeuren bedrag omvat f 2.500.000,- per jaar en f 5.000.000,- in totaal. De d-g NMa heeft gekozen voor deze hoogte van de dwangsom, omdat er dan sprake is van een daadwerkelijke prikkel tot naleving van de last, ook in relatie tot de van de overtreding van de last te verwachten voordelen. De NOS heeft eerder aangegeven ten gevolge van de zgn. kannibalisatie een halvering van de oplage van de omroepbladen te vrezen. De dwangsom moet tegen dit verlies opwegen. Hetzelfde geldt voor de aan HMG op te leggen dwangsom. Weliswaar is de oplage van het omroepblad van Veronica lager, desalniettemin ziet de d-g NMa geen reden om HMG anders te behandelen dan de NOS. Het feit dat HMG de onderhandelingen met De Telegraaf wel is aangegaan doet hier niets aan af; de hoogte van de dwangsom is gerelateerd aan toekomstige gedragingen en niet aan gedragingen in het verleden (prikkel tot naleving).

204. Zowel de NOS als HMG hebben tegen de hoogte van de te verbeuren dwangsom geen bezwaren aangevoerd. HMG heeft echter tijdens de hoorzitting van 7 juni 2000 nog naar voren gebracht dat de d-

<sup>66</sup> Pleitnota HMG d.d. 7 juni 2000, randnummer 58.

Openbaar

## Adviescommissie bezwaarschriftenmededingingswet

g NMa in zijn verweerschrift heeft aangegeven dat de dwangsom bij nader besluit van de d-g NMa wordt verbeurd en niet van rechtswege. HMG bestrijdt deze stelling van de d-g NMa.

### *Beoordeling*

205. De Adviescommissie kan in beginsel met het bezwaar van HMG instemmen. Uit artikel 58, lid 3, Mwjo. 5:33 Awb volgt namelijk inderdaad dat verbeurde van dwangsommen van rechtswege plaatsvindt zodra en zolang als aan de last niet wordt voldaan. Een afzonderlijke verbeurdverklaring door de d-g NMa is dus niet nodig, in tegenstelling tot het Europese mededingingsrecht, waar de dwangsom door middel van een aparte beslissing wordt verbeurd. Naar de mening van de Adviescommissie heeft de d-g NMa in het onderhavige geval echter helemaal niet willen stellen dat de dwangsom door middel van een afzonderlijke verbeurdverklaring dient plaats te vinden (zie randnummer 82 van het verweerschrift van de d-g NMa d.d. 26 mei 2000). De d-g NMa heeft slechts willen spreken over een “marginale redelijkheidstoetsing” in het kader van invorderingsfase van de verbeurde dwangsom. Deze fase volgt op het verstrijken van de in de last gegeven begunstigingstermijn en verplicht de d-g NMa na te gaan of de last is uitgevoerd. Indien hij van mening is dat dit niet het geval – en hij komt in de onderhavige zaak tot deze conclusie onder meer na analyse van het redelijke aanbod dat door partijen is gedaan aan De Telegraaf – dient de d-g te beslissen of daadwerkelijk wordt overgegaan tot invordering. In zoverre is de d-g NMa dus wel gehouden na te gaan of in casu sprake is van een redelijke aanbod.

206. De Adviescommissie acht het bezwaar van HMG dat de d-g NMa geen marginale redelijkheidstoetsing kan uitvoeren bij verbeurde van de dwangsom op grond van bovenstaande overwegingen ongegrond.

### De overige voorwaarden

207. Aan de uitvoering van de last onder dwangsom heeft de d-g NMa in zijn tweede fasebesluit eigenlijk maar één voorwaarde gesteld: de NOS en HMG dienen de wekelijkse programmaoverzichten telkens tien dagen voor het begin van de desbetreffende week te leveren aan De Telegraaf. De d-g NMa heeft gekozen voor deze leveringstermijn, omdat deze ook reeds geldt voor de door de NOS aan De Telegraaf verstrekte weekendprogrammaoverzichten ten behoeve van de zaterdageditie van het dagblad De Telegraaf. Gegevens die op het moment van levering van de overzichten nog niet beschikbaar zijn en later opkomende wijzigingen moeten de NOS en HMG onverwijld mededelen aan De Telegraaf.

208. Van de zijde van de NOS en HMG is tegen deze voorwaarde ten aanzien van de uitvoering van de last geen bezwaar gemaakt. De Adviescommissie hoeft op dit punt daarom niet nader in te gaan.

Openbaar

Adviescommissie bezwaarschriftenmededingingswet

#### Opheffing schorsende werking

209. Op verzoek van De Telegraaf heeft de d-g NMa onderzocht of op basis van artikel 63, tweede lid, Mw schorsende werking kan worden onthouden aan het instellen van rechtsmiddelen tegen het tweede fasebesluit. De d-g NMa heeft ter zake een discretionaire bevoegdheid. In zijn onderzoek naar de opheffing van de schorsende werking van het besluit dient hij de belangen bij onmiddellijke beëindiging van de overtreding af te wegen tegen de belangen die zich daartegen verzetten. In het onderhavige geval betekent dat een afweging van (i) het belang van De Telegraaf bij oplegging van een last tot levering en het te dienen algemene mededingingsbelang tegen (ii) het belang van de NOS en HMG aan wie de last wordt opgelegd. De d-g NMa heeft in de onderhavige zaak het belang van De Telegraaf bij het opheffen van de schorsende werking zo zwaar geacht in verhouding tot de daar tegenover staande belangen van de NOS en HMG dat De Telegraaf onevenredig dreigt te worden benadeeld. Hierbij hebben zes overwegingen een rol gespeeld.

210. In de eerste plaats is de overweging van belang dat de wetgever bij wijziging van de Mediawet in 1997 een evenwichtige marktsituatie heeft willen creëren en dat de gedragingen van de NOS en HMG deze bedoeling doorkruisen.

211. In de tweede plaats heeft een rol gespeeld de overweging dat niet alleen De Telegraaf al geruime tijd probeert de wekelijkse programmaoverzichten te verkrijgen van de NOS en/of HMG, maar ook Wilmar Press and Production en de Free Satellite Watcher dit proberen dit, en tot op heden zonder succes.

212. Een derde van belang zijnde overweging in de besluitvorming betreft het niet onomkeerbare karakter van de gevolgen van het tweede fasebesluit. De d-g NMa acht het zeer wel mogelijk dat huidige afnemers van omroepbladen die overstappen naar De Telegraaf later weer terugkeren naar de omroepbladen. Dit is alleen anders wanneer de NOS en HMG onverplicht de levering van de wekelijkse programmaoverzichten zouden voortzetten.

213. Een vierde overweging die de d-g NMa heeft genoemd in zijn tweede fasebesluit betreft het feit dat de NOS en HMG vooral belangen van financiële aard hebben aangevoerd tegen opheffing van de schorsende werking. Los van de vraag of de NOS en HMG werkelijk zoveel omzet zullen derven als aangegeven, is de d-g NMa van mening dat dergelijke financiële belangen in het algemeen geen zwaarwegende belangen kunnen opleveren op grond waarvan herstel van een rechtmatige situatie niet mogelijk is. Volgens de d-g NMa geldt dit des te meer, nu de NOS en HMG hebben aangetoond in de procedure ten aanzien van de oplegging van een voorlopige last onder dwangsom, voldoende draagkrachtig te zijn om verhaal te bieden voor een eventueel door hen onrechtmatige veroorzaakte schade. Op basis hiervan acht de d-g NMa de financiële positie van de NOS en HMG geen reden voor niet toepassing van artikel 63, lid 2, Mw. Dit geldt des te meer vanwege het feit dat van de NOS en HMG niet wordt gevergd dat zij de wekelijkse programmaoverzichten leveren zonder dat daar een redelijke vergoeding tegenover staat.

214. In de vijfde plaats is het volgens de d-g NMa niet relevant dat De Telegraaf de mogelijkheid heeft de Rechtbank Rotterdam te vragen een voorlopige voorziening te treffen. De Mededingingswet noemt in artikel 63, tweede lid, Mw uitdrukkelijk de mogelijkheid de opschortende werking van een besluit op te heffen en dus kan De Telegraaf hierop een beroep doen.

215. In de zesde plaats noemt de d-g NMa als zesde overweging dat de ruime begunstigingstermijn niet in de weg staat aan naleving van de last en opheffing van de schorsende werking. Het is dus volgens de d-g niet zo dat de NOS en HMG niet voldoende tijd hebben om tijdig de wekelijkse programmaoverzichten te leveren.



216. De NOS voert in zijn bezwaarschrift een aantal argumenten aan tegen de opheffing van de schorsende werking van het tweede fasebesluit. In de eerste plaats stelt de NOS dat het eigenaardig is dat de d-g NMa in het tweede fasebesluit geen enkele overweging besteedt aan haar opvatting ten aanzien van de toepassing van artikel 63, lid 2, Mw, zoals neergelegd in de Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999. In deze Punten heeft de d-g NMa op grond van heldere argumenten aangegeven *niet* voornemens te zijn artikel 63, lid 2, Mw toe te passen, onder meer vanwege het feit dat de directe tenuitvoerlegging van de last grote gevolgen zou hebben voor de positie van de omroepbladen en die gevolgen zouden later, indien mocht blijken dat het besluit van de d-g NMa geen stand kan houden, niet herstelbaar zijn.

217. In de tweede plaats acht de NOS de gang van zaken in het kader van de toepassing van artikel 63, lid 2, Mw niet in overeenstemming met de wetsgeschiedenis van artikel 63 Mw. Deze heeft juist als uitgangspunt, in tegenstelling tot het administratieve recht dat instelling van bezwaar of beroep opschortende werking heeft, tenzij zwaarwegende belangen zich daartegen verzetten. Volgens de NOS geeft de d-g NMa in zijn tweede fasebesluit op geen enkele wijze helder aan, waarom de belangen van De Telegraaf in het onderhavige geval zwaarder wegen dan die van de NOS en daarom ziet de NOS niet in dat van het uitgangspunt van de Mededingingswet – opschortende werking – moet worden afgeweken. De NOS ondersteunt dit bezwaar met een beroep op het Europese mededingingsrechtelijke stelsel en de zaak Magill. Het Europeesrechtelijke stelsel gaat evenals de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht uit van directe tenuitvoerlegging. In de zaak Magill is de President van het Hof afgeweken van deze hoofdregel en overgegaan tot schorsing, omdat de inhoudelijke gronden duidelijk maakten dat een diepgaand onderzoek ten gronde noodzakelijk was, alvorens het besluit van de Commissie ten uitvoer kon worden gelegd. Directe tenuitvoerlegging zou volgens de President van het Hof tot onherstelbare schade leiden.<sup>67</sup> In de Punten van Overweging d.d. 9 augustus 1999 haalt de d-g NMa juist deze overweging uit de zaak Magill aan ter onderbouwing van haar betoog dat artikel 63, tweedelig, Mw niet moet worden toegepast.

218. Ten derde voert de NOS tegen directe tenuitvoerlegging van de last aan dat zij werkelijk tot onherstelbare schade zal leiden. Dit leidt de NOS af uit het Meinhardt-rapport dat stelt dat publicatie van weekprogrammaoverzichten in gratis bijlagen bij de zaterdageditie van de Nederlandse dagbladen binnen twee jaar zal leiden tot halvering van het abonnementenbestand van de publieke omroepen. Tevens stelt de NOS dat zij onherstelbare schade lijdt omdat ze in een achterstandspositie wordt geplaatst waarin zij niet of nauwelijks met succes nieuwe lidabonnees zal kunnen werven. Levering van de wekelijkse programmaoverzichten aan De Telegraaf betekent volgens de NOS dat een reële exploitatie van omroepbladen voor haar in feite niet meer mogelijk is. De vaste kosten voor het maken van een omroepblad zijn over het algemeen hoog en door de daling in het abonnementenbestand zal de prijs van een omroepblad aanzienlijk moeten worden verhoogd. Dit alles betekent voor de NOS in feite een stopzetting van het programmabladd. Het argument van de d-g NMa dat er een tamelijke constante vraag bestaat naar wekelijkse programmaoverzichten verandert het standpunt van de NOS niet. Het maakt voor de consument namelijk wel degelijk verschil of hij gratis een weekprogrammaoverzicht kan krijgen, dan wel dat hij hiervoor *f* 1,00 of *f* 1,75 moet betalen. De NOS vreest dan ook dat consumenten na verloop van tijd niet snel bereid meer zullen zijn om hun abonnement terug op te pakken. Voor de NOS betekent dit niet alleen een verlies van abonneementhouders op programmabladd, maar ook een verlies van leden van de omroepen. In het publieke bestel vormt immers het programmabladd nog steeds een essentiële binding tussen de omroep en zijn achterban. Bij verlies van abonneementhouders van het programmabladd betekent dit ook een verlies aan achterban. Voor De Telegraaf speelt een dergelijk verlies geen enkele rol. De Telegraaf heeft louter financiële belangen bij directe tenuitvoerlegging van de last. Volgens de NOS loopt De Telegraaf dan ook niet het risico van onherstelbare schade.

---

<sup>67</sup> Beschikking van de President van het Hof in gevoegde zaken C-76/89R, C-77/89R en 91/89R, Magill, Jur. 1989, p. 1141.

219. Als vierde argument tegen opheffing van de schorsende werking van het besluit voert de NOS aan dat de d-g NMa het haar niet mag aanrekenen dat zij niet verschenen is op de hoorzitting van 15 november 1999. Een dergelijke overweging mag geen rol spelen in de besluitvorming van de d-g NMa ten aanzien van de opheffing van de schorsende werking.

220. De overweging van de d-g NMa dat door de wijziging van de Mediawet in 1997 een evenwichtiger marktsituatie zou zijn gecreëerd mag volgens de NOS ook geen rol van belang spelen in de besluitvorming ten aanzien van de toepassing van artikel 63, tweede lid, Mw. Uit de wetsgeschiedenis van de wijziging van de Mediawet en het beleid van het Commissariaat voor de media volgt dat publieke omroepen bij verrichting van nevenactiviteiten strikt gebonden zijn aan de voorwaarden genoemd in artikel 57, sub a, Mediawet.<sup>68</sup> Volgens de NOS is er dan ook geen sprake van meer evenwicht tussen de mogelijkheden voor programmabladen en die voor uitgevers van andere tijdschriften.

221. HMG voert tegen het besluit van de d-g NMa tot opheffing van de schorsende werking aan dat dit niet volgt uit het dictum. Volgens HMG is een van de essentiële kenmerken van een publiekrechtelijk besluit dat het dictum de rechtspositie van de belanghebbende partijen weergeeft. Het dictum van het tweede fasebesluit noemt de toepassing van artikel 63, tweede lid, Mw niet en dus is de schorsende werking van het besluit niet opgeheven. Voor opheffing is ook geen aanleiding, aldus HMG, aangezien het verzoek van De Telegraaf tot oplegging van een voorlopige last onder dwangsom eerder ook niet gehonoreerd is door de d-g NMa.

222. Tegen opheffing van de schorsende werking van het besluit voert HMG ook aan dat de d-g NMa niet deugdelijk gemotiveerd heeft waarom zij in haar Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999 nog van mening was dat artikel 63, lid 2, Mw niet toegepast moest worden en dit op 16 februari 2000 geheel anders vond.

223. Tevens is HMG van mening dat de d-g NMa ondeugdelijke argumenten gebruikt om de schorsende werking van het tweede fasebesluit op te heffen. Volgens HMG kan namelijk wel degelijk aansluiting gezocht worden bij artikel 83 Mw (oplegging voorlopige last onder dwangsom). Het is in de ogen van HMG heel eigenaardig dat de d-g NMa in een eerder stadium de oplegging van een last niet gerechtvaardigd achtte wegens het ontbreken van een spoedeisend belang van De Telegraaf, en nu de opheffing van schorsende werking wel mogelijk acht wegens de bijzonder nadelige situatie waarin de Telegraaf verkeert.

224. Tot slot is HMG de mening toegedaan dat de d-g NMa een aantal onjuiste stellingen aanhaalt in de belangenafweging die artikel 63, tweede lid, Mw impliceert. In de eerste plaats betreft dit de stelling van de d-g NMa dat HMG het door de Mediawet voorgestane marktevenwicht verstoort. Deze stelling is onjuist, omdat zij gebaseerd is op de overweging dat de Mediawet aan de NOS de bevoegdheid heeft gegeven de programmegegevens van de publieke omroepen te verstrekken aan anderen dan de omroepverenigingen. HMG heeft een dergelijke bevoegdheid niet op grond van de Mediawet. Wel heeft zij een op grond van de Mediawet toegekend sterk auteursrecht dat in de belangenafweging van artikel 63, tweede lid, Mw pleit voor voorrang van de belangen van het publieke en commerciële omroepbestel. In de tweede plaats acht HMG de stelling van de d-g NMa dat financiële belangen geen zwaarwegende belangen zijn ondeugdelijk en vooringenomen. De wetgever heeft immers in artikel 62 Mw, in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht, gekozen voor een systeem van opschortende werking en gelet daarop dient de d-g NMa in zijn besluitvorming ten aanzien van de toepassing van artikel 63, lid 2, Mw het gerechtvaardigde belang van HMG bij het niet verbeuren van de dwangsom als uitgangspunt te nemen. De derde stelling van de d-g NMa, die HMG onjuist acht, betreft de opmerking dat de last voorziet in een ruime begunstigingstermijn en dat partijen dus voldoende tijd hebben om deze ten uitvoer te leggen. Volgens HMG gebruikt de d-g NMa de begunstigingstermijn in deze voor een ander

---

<sup>68</sup> Zie in dit verband ook de *Richtlijn Neven- en Verenigingsactiviteiten van het Commissariaat voor de media, Start. 1998, 49.*

## Openbaar

### Adviescommissie bezwaarschriftenmededingingswet

doel dan hij bedoeld is, namelijk opheffing van de schorsende werking. De laatste stelling van de d-g NMa, die HMG ter discussie stelt, heeft betrekking op het belang van het omroepbestel. Naar de mening van HMG wordt dit bestel in ernstige mate doorkruist, indien HMG en de NOS verplicht worden de wekelijkse programmaoverzichten te leveren. Een dergelijke verandering in het omroepbestel dient volgens HMG eigenlijk tot stand gebracht te worden door de wetgever en niet door de d-g NMa.

225. De Telegraaf heeft tijdens de hoorzitting van 7 juni 2000 gesteld dat de Telegraaf wel degelijk belang heeft bij opheffing van de opschortende werking van de van de beschikking tot het opleggen van de last onder dwangsom. Volgens de Telegraaf is haar belang zelfs zeer concreet en zwaarwegend, nu de onrechtmatige situatie haar weg houdt van een markt waarop zij kan en wil opereren. Tevens is de Telegraaf van mening dat de opheffing van de opschortende werking van de beschikking tot oplegging van de last onder dwangsom niet zal leiden tot onomkeerbare gevolgen voor de NOS en HMG.

226. De Telegraaf onderbouwt haar standpunt ten aanzien van haar belang bij de opheffing van de schorsende werking van de last met drie argumenten, die betrekking hebben op de toegang tot de afgeleide markt voor wekelijkse programmabladen. De Telegraaf meent in de eerste plaats een zwaarwegend belang te hebben bij toegang tot de afgeleide markt, omdat het aantal afnemers daardoor groeit. Daarnaast is toegang voor de Telegraaf belangrijk omdat zij dan meer adverteerders trekt, wat de omvang van de advertentieopbrengsten aanzienlijk zal doen toenemen. Het derde argument van de Telegraaf dat pleit voor toegang tot de afgeleide markt voor wekelijkse programmabladen betreft de toegenomen concurrentie van de omroepbladen op de markt voor tijdschriften in het algemeen. Deze concurrentie leidt ertoe dat de Telegraaf steeds meer moeite ondervindt in het aantrekken van adverteerders en de Telegraaf acht zich hierdoor benadeeld.

227. De opheffing van de opschortende werking van de last leidt volgens de Telegraaf niet tot onomkeerbare gevolgen voor de NOS en HMG, omdat het wekelijkse programmablade niet noodzakelijk is voor het onderhouden van een band tussen de leden van de omroepvereniging en de omroep zelf. Tevens stelt de Telegraaf dat de publieke omroepen in voldoende mate worden gefinancierd in het kader van het publieke bestel, zodat het verlies aan inkomsten uit de exploitatie van de programmabladen niet zal leiden tot een onherstelbaar financieel nadeel. Daarnaast wijst de Telegraaf erop dat uit het rapport Meinhardt blijkt dat op de korte termijn het effect van vrijgave van wekelijkse programmeergegevens beperkt blijft tot het verlies van 20% marktaandeel voor de publieke omroepen en het Veronica-blad. Het verlies van een marktaandeel van 50% doet zich pas op langere termijn voor. Overigens gaat voor HMG het zogenaamde kanalisatie-effect helemaal niet op, omdat zij niet langer beschikt over een eigen programmablade.

228. AKN heeft als derdebelanghebbende tijdens de hoorzitting van 7 juni 2000 het argument naar voren gebracht dat de d-g NMa vooralsnog niet over dient te gaan tot opheffing van de opschortende werking van de last onder dwangsom, omdat de onderhavige zaak hiervoor te complex is en bovendien inhoudelijk gezien nog onbeslist.

229. Op het argument van HMG dat het tweede fasebesluit geen toepassing geeft aan artikel 63, tweede lid, Mw omdat dit niet als zodanig in het dictum vermeld is, reageert de d-g NMa in zijn verweerschrift met de mededeling dat hij dit ook niet hoeft te doen. Er bestaat, aldus de d-g, geen geschreven of ongeschreven regel die aangeeft wat in een dictum van een besluit moet worden vermeld. De d-g erkent dat het wellicht aanbeveling verdient een besluit met een dictum te eindigen waarin de rechtsgevolgen van het besluit worden vermeld. Waar echter om gaat is dat het besluit rechtszekerheid biedt en in het onderhavige geval is daar in ieder geval aan voldaan, aangezien pal voor het woord "Besluit" wordt aangegeven dat artikel 63, lid 2, Mw wordt toegepast.

230. Tegen de inhoudelijke argumenten van de NOS en HMG ten aanzien van de toepassing van artikel 63, lid 2, Mw, brengt de d-g NMa in dat de hoofdregel van artikel 63, lid 1, Mw – schorsende werking van

bezwaar en beroep – eigenlijk meer gericht is op beschikkingen waarbij een boete wordt opgelegd, dan op beschikkingen waarbij een last onder dwangsom wordt opgelegd. Schorsende werking past namelijk niet zo goed bij de last onder dwangsom, omdat deze gericht is op herstel van een rechtmatige situatie en daarmee op het heden en de toekomst. Om die reden, zo stelt de d-g, opent artikel 63, lid 2, Mw de mogelijkheid de schorsende werking van de last op te heffen. Aangezien het daarbij gaat om een discretionaire bevoegdheid, dient voor toepassing van dit lid een afweging van belangen plaats te vinden. In het onderhavige geval is de afweging op grond van het tweede fasebesluit genoemde overwegingen ten voordele van De Telegraaf en ten nadele van de NOS en HMG uitgevallen.

231. Naar aanleiding van het standpunt van de NOS en HMG dat de d-g NMa had moeten motiveren waarom hij in zijn tweede fasebesluit afwijkt van het standpunt van schorsende werking, zoals neergelegd in de Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999, stelt de d-g NMa dit het karakter van de Punten van overweging miskent. Deze zijn gericht op het bieden van gelegenheid aan partijen om hun standpunt kenbaar te maken. Dit impliceert tevens de mogelijkheid tot wijzigingen in de oordeelsvorming van de d-g NMa als gevolg van argumenten die partijen die partijen naar voren hebben gebracht. Als de d-g vervolgens overgaat tot wijziging is hij niet gehouden dit te motiveren; voldoende is dat zijn gedachtevorming zoals neergelegd in het besluit voldoende gemotiveerd is.

232. Het argument van HMG dat de opheffing van de opschortende werking van de last onder dwangsom niet gerechtvaardigd is, omdat het verzoek van de Telegraaf tot oplegging van de voorlopige last onder dwangsom ook niet is toegekend, is volgens de d-g NMa in deze procedure niet relevant. Inmiddels is immers de nodige tijd verstreken en een volledige, met waarborgen omklede besluitvormingscyclus doorlopen. Van een vooruit lopen op de feiten is dus geenszins sprake meer en om die reden bestaat er geen grond voor een terughoudend beleid inzake de toepassing van artikel 63, lid 2, Mw.

#### *Beoordeling*

233. De bezwaren die de NOS en HMG ingediend hebben tegen de beslissing van de d-g NMa tot opheffing van de opschortende werking van de beschikking tot oplegging van de last onder dwangsom, zijn op een na grotendeels gelijklopend en kunnen onderverdeeld worden in drie categorieën, die hieronder aan de orde zullen komen. De eerste categorie heeft betrekking op de soort belangenafweging dat de d-g NMa heeft uitgevoerd om te komen tot opheffing van de opschortende werking conform artikel 63, tweede lid, Mw. De tweede categorie bezwaren ziet op het standpunt van de d-g NMa dat opschortende werking minder past bij de last onder dwangsom die naar haar aard gericht is op herstel van de rechtmatige toestand en daarmee op het heden en de toekomst.<sup>69</sup> De derde categorie bezwaren betreft de discrepantie in besluitvorming van de d-g NMa. Volgens de NOS en HMG is het inconsistent dat de d-g NMa in zijn Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999 ervan uitgaat dat aan de beschikking tot oplegging van de last onder dwangsom geen opschortende werking dient te worden toegekend. Het laatste bezwaar ten aanzien van de opheffing van de opschortende werking van last is het bezwaar van HMG afzonderlijk dat de beslissing tot opheffing van de opschortende werking van de beschikking tot oplegging van de last onder dwangsom geen beslissing is in de zin van artikel 63, tweede lid, Mw.

234. De Adviescommissie is van oordeel de eerste twee categorieën bezwaren van de NOS en HMG gegrond zijn. De Adviescommissie sluit zich aan bij de argumentatie, zoals deze vastgelegd is in de uitspraak in voorlopige voorziening van de President van de rechtbank te Rotterdam van 22 juni 2000.

235. Wat de eerste categorie bezwaren betreft – het soort belangafweging op grond van artikel 63, tweede lid, Mw – merkt de Adviescommissie op dat de d-g NMa in deze inderdaad uitgegaan is van een verkeerde grondslag. Zoals de President van de rechtbank Rotterdam stelt kan voor toepassing van

<sup>69</sup> Zie het verweerschrift van de d-g NMa d.d. 26 mei 2000, overweging 96.

artikel 63, tweede lid, Mw niet volstaan worden met een “gewone”, zuivere belangenafweging. De Memorie van Toelichting bij artikel 63, tweede lid, Mw stelt immers met zoveel woorden dat de opschortende werking van de beschikking tot oplegging van de last slechts kan worden opgeheven, indien het voor degene te wiens behoeve die last is opgelegd, *bijzonder nadelig* zou zijn als de uitvoering van de last gedurende de beroepstermijn en eventueel behandeling van bezwaar zou worden opgeschort.<sup>70</sup> De Adviescommissie meent met de President van de rechtbank Rotterdam dat hier alleen sprake van kan zijn indien “het redelijkerwijs te verwachten nadeel voor degene te wiens behoeve de last onder dwangsom opgelegd is ernstig is, en bovendien onmiskenbaar substantieel groter dan het nadeel voor degene aan wie de last onder dwangsom is opgelegd”. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of hieraan voldaan is. Van belang hierbij is in ieder geval of er sprake is van (i) onherstelbare of anderszins onomkeerbare gevolgen verbonden aan niet-onmiddellijke tenuitvoerlegging en (ii) onevenredig financieel nadeel in verhouding tot het financiële nadeel voor degene aan wie de last onder dwangsom wordt opgelegd. In onderhavige zaak doen beide situaties zich niet voor. De Telegraaf loopt niet het risico dat hij geconfronteerd wordt met onherstelbare gevolgen indien zijn niet onmiddellijk de beschikking krijgt over de wekelijkse programmaoverzichten en tevens lijdt De Telegraaf niet een zodanig onevenredig financieel nadeel dat dit zwaarder beoordeeld moet worden dan het aanzienlijke, complementaire financiële nadeel dat de NOS lijdt.

236. In dit verband wijst de Adviescommissie op de beschikking van de President van het Hof in de zaak Magill (reeds aangehaald), waarin de President stelde dat de onmiddellijke levering van de programmaoverzichten in deze zaak tot een ontwikkeling op de markt zou leiden die later moeilijk, zo niet onmogelijk was terug te draaien. Tevens stelde de President dat opschorting van de tenuitvoerlegging van de leveringsplicht geen ernstige problemen zou opleveren, aangezien dit enkel de al jaren bestaande status-quo nog gedurende korte tijd zou handhaven. Ook in de onderhavige zaak zou de opheffing van de opschortende werking slechts het voortduren van een reeds jarenlange praktijk betekenen, terwijl het naar de mening van de Adviescommissie zeer twijfelachtig is of de abonnees die de omroepen zouden kwijt raken na vrijgave van de wekelijkse programmaoverzichten, weer zouden terugkeren naar de omroepen na stopzetting van de levering van deze overzichten. Een verlies van marktaandeel van 20% voor de betrokken partijen acht de Adviescommissie zodanig groot dat sprake is van een ontwikkeling op de markt die later moeilijk is terug te draaien. De kans is derhalve groot dat de opheffing van de opschortende werking tot onomkeerbare gevolgen zal leiden.

237. De conclusie moet op grond van het bovenstaande dan ook luiden dat de d-g NMa de hem krachtens artikel 63, tweede lid, Mw toekomende bepalingen op onjuiste wijze heeft uitgeoefend en dat de bezwaren van de NOS en HMG ter zake gegrond zijn.

238. Ten aanzien van de tweede categorie bezwaren neemt de Adviescommissie eveneens een gelijklopend standpunt in aan dat van de President van de rechtbank Rotterdam. De Adviescommissie is namelijk ook van mening dat uit de wet en de wetsgeschiedenis niet blijkt dat de wetgever voor de beschikking tot oplegging van de last onder dwangsom het uitgangspunt van onmiddellijke tenuitvoerlegging voor ogen heeft gehad. Als de wetgever dit immers wel had gewild, dan had het meer voor de hand gelegen direct aansluiting te zoeken bij de in de Algemene wet bestuur neergelegde hoofdregel van onmiddellijke tenuitvoerlegging; in dat geval had de wetgever in de Mededingingswet voor de dwangsom geen uitzondering geformuleerd op de hoofdregel van opschortende werking.

239. Voor de beantwoording van de derde groep bezwaren van de NOS en HMG – de inconsistentie in opstelling van de d-g NMa inzake opheffing van de opschortende werking van de last onder dwangsom – verwijst de Adviescommissie naar randnummer 193. De commissie heeft daar gemotiveerd aangegeven wat het karakter is van de Punten van overweging d.d. 9 augustus 1999 en op grond daarvan moet geconcludeerd worden dat de d-g NMa ook ten aanzien van de opschortende werking van

<sup>70</sup> Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 92

Openbaar

## Adviescommissie bezwaar schrift en mededingingswet

de last niet gehouden is hetzelfde standpunt in te nemen in zijn tweede fasebesluit van 16 februari 2000 als in de Punten van overweging. De Adviescommissie acht het bezwaar van de NOS en HMG in deze dan ook ongegrond.

240. Dit geldt ook voor het laatste bezwaar dat HMG afzonderlijk heeft ingediend tegen de opheffing van de opschortende werking van de beschikking tot oplegging van de last onder dwangsom. Dit bezwaar heeft betrekking op het feit dat de opheffing van de opschortende werking niet afzonderlijk in het dictum van het tweede fasebesluit is genoemd. HMG acht dit voldoende reden om het tweede fasebesluit van 16 februari 2000 niet aan te merken als een beslissing in de zin van artikel 63, tweede lid, Mw. De Adviescommissie stemt niet in met dit bezwaar. Net als de President van de rechtbank Rotterdam is zij van mening dat het tweede fasebesluit wel degelijk aangemerkt moet worden als een beslissing in de zin van artikel 63, tweede lid, Mw. Daarvoor is niet nodig dat de beslissing ook als zodanig wordt vermeld onder de kop "Besluit".

### 5. Advies

241. De Adviescommissie komt tot de volgende conclusies.

- I. Het licentiebeleid van de NOS en HMG levert geen misbruik van een economische machtspositie op in de zin van artikel 24, eerste lid, Mw.

Mocht de d-g NMa deze conclusie niet onderschrijven, dan trekt de Adviescommissie de volgende conclusies.

- II. Het verzoek van de NOS op toepassing van artikel 25 Mw dient afgewezen te worden.
- III. De last onder dwangsom die aan de NOS is opgelegd, behoeft niet te worden aangepast.
- IV. De last onder dwangsom die aan HMG is opgelegd dient te worden ingetrokken.
- V. De opheffing van de opschortende werking van de beschikking omtrent het opleggen van de last onder dwangsom dient ongedaan gemaakt te worden.

242. Het advies van de Adviescommissie luidt als volgt.

- I. De bezwaren van de NOS en HMG dienen gegrond verklaard te worden, voor zover zij gericht zijn tegen de stelling van de d-g NMa dat zij misbruik van hun economische machtspositie.

Mocht de d-g NMa dit advies niet overnemen, dan luidt het advies van de adviescommissie als volgt.

- II. De bezwaren van de NOS gericht tegen de opheffing van opschortende werking van de beschikking omtrent de oplegging van een last onder dwangsom dienen gegrond verklaard te worden; de overige bezwaren van de NOS moeten ongegrond verklaard worden.
- III. De bezwaren van HMG gericht tegen de stelling dat haar aanbod voor levering van de wekelijkse programmaoverzichten is te kwalificeren als leveringsweigeren, dienen gegrond verklaard te worden. Het belang van HMG bij de bezwaren gericht tegen de opheffing van opschortende werking van de beschikking omtrent de oplegging van een last onder dwangsom is komen te vervallen als gevolg hiervan. Meer subsidiair geldt ook voor HMG dat, mocht de d-g NMa het advies uit de eerste zin van deze alinea niet overnemen, haar bezwaar tegen opheffing

Openbaar

## Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

van de opschortende werking van de dwangsom gegrond is. De overige bezwaren van HMG moeten ongegrond verklaard worden.

- IV. Mocht de d-g NMa het advies uit de eerste zin van de vorige alinea niet overnemen, dan dienen de bezwaren van de HMG gericht tegen de beschikking omtrent de oplegging van een last onder dwangsom gegrond verklaard te worden.

Openbaar  
Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

Den Haag, 27 juli 2000

Mr. drs. R.C. van Houten  
w.g.

Voorzitter subcommissie Adviescommissie  
Bezwaarschriften Mededingingswet  
in zaak 1

Mevr. mr. J Luijendijk  
w.g.

Secretaris subcommissie Adviescommissie  
Bezwaarschriften Mededingingswet  
in zaak 1