

## Nederlandse Mededingingsautoriteit

# BESLUIT

Nummer 3585-38

Betreft zaak: Programmaraad Friesland v. UPC

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar gericht tegen zijn besluit van 5 augustus 2003, nummer 3585/3.b312.

### I. Het verloop van de procedure

1. Bij brief van 25 juni 2003 heeft de Programmaraad Friesland (hierna: Programmaraad) een uit twee onderdelen bestaande klacht ingediend tegen de handelwijze van UPC Nederland B.V. (hierna: UPC). Het eerste onderdeel betreft de zogeheten productverschraling en het tweede onderdeel de prijsvorming.
2. Bij besluit van 5 augustus 2003, kenmerk 3585/3.b312, (hierna: bestreden besluit) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) deze klacht afgewezen, voor zover het het eerste onderdeel betreft. Ten aanzien van het tweede onderdeel wordt aangegeven dat de NMa UPC in verband met de recente prijsverhogingen enkele vragen heeft gesteld en dat de NMa de door de Programmaraad aangedragen informatie zal meenemen in de beslissing al dan niet een onderzoek naar deze prijsverhogingen te starten.
3. Bij brief van 21 augustus 2003 heeft de Programmaraad verzocht om een nadere toelichting op het bestreden besluit.
4. Bij brief van 11 september 2003 heeft de NMa deze toelichting gegeven. Hierbij wordt aangegeven dat onderdeel 2 van de klacht zal worden toegevoegd aan zaak 3528, UPC-eindgebruikerstarieven.
5. Bij brief van 15 september 2003 heeft de Programmaraad op nader aan te voeren gronden bezwaar aangetekend tegen het bestreden besluit, voor zover daarbij de klacht betreffende de productverschraling is afgewezen. Bij brief van 11 oktober 2003 heeft de Programmaraad de gronden van bezwaar ingediend.

6. Op 9 maart 2004 heeft ten kantore van de NMa een hoorzitting plaatsgevonden. Hierop hebben de Programmaraad en UPC zich laten vertegenwoordigen.
7. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 14 april 2004 aan de Programmaraad en aan UPC is toegezonden. De Programmaraad noch UPC hebben hierop gereageerd.

## II. De klacht

8. De klacht is ingediend door de Programmaraad. De Programmaraad adviseert UPC over de samenstelling van het standaardpakket<sup>1</sup> voor kabeltelevisie en kabelradio in de gemeenten Tytsjerksteradiel, Smallingerland, Achtkarspelen, Heerenveen, Boarnsterhim, Ferwerderadiel, Leeuwarderadeel, Menaldumadeel en Leeuwarden. De Programmaraad stelt zich volgens de klacht ten doel voor de consument het meest pluriforme en meest aantrekkelijke programmapakket te kiezen tegen een redelijke prijs.  
UPC is de aanbieder van de omroepnetwerken (kabelexploitant) in deze Friese gemeenten.
9. De klacht van de Programmaraad met betrekking tot het onderdeel productvershraling richt zich tegen het feit dat UPC aantrekkelijke televisieprogramma's overhevelt van het analoge standaardpakket naar het (duurdere) digitale pakket (hierna ook: UPC-digital) waardoor de kwaliteit van het product (standaardpakket) vershraalt. Dusdoende lijkt UPC ten doel te hebben de aantrekkelijkheid van de via de kabel door te geven zenders te willen verminderen teneinde bij consumenten de behoefte te creëren om UPC-digital aan te schaffen naast het kabelabonnement. Zo heeft UPC de zender Eurosport uit het wettelijk basispakket gehaald en overgeheveld naar UPC-digital. Ook heeft ze Cartoon Network en TRT uit het standaardpakket gehaald en overgeheveld naar UPC-digital. UPC heeft haar vraagmacht jegens de programma-aanbieders misbruikt waardoor deze hun programma's slechts beschikbaar stellen voor het digitale pakket. Een en ander is, aldus de klacht, te betitelen als misbruik van economische machtspositie, niet alleen jegens consumenten, maar ook jegens programma-aanbieders.

## III. Het bestreden besluit<sup>2</sup>

10. De d-g NMa oordeelde als volgt.  
Indien UPC en een programma-aanbieder na onderhandelingen overeenkomen dat het programma van deze aanbieder niet meer in het standaardpakket maar in een digitaal pakket wordt doorgegeven, dan is deze uitkomst van een onderhandeling tussen twee partijen in beginsel niet aan te merken als misbruik van een economische machtspositie. Niet is gebleken

---

<sup>1</sup> Het standaardpakket bestaat in dit gebied uit 29 tv-zenders. Zie document 3585/31, p. 6.

<sup>2</sup> Het bestreden besluit wordt weergegeven, voor zover dat betrekking heeft op het onderdeel productvershraling.

dat dergelijke onderhandelingen in het onderhavige geval niet hebben plaatsgevonden. Daarnaast hebben de programma-aanbieders noch bij het college van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) noch bij de d-g NMa over het gedrag van UPC geklaagd.

11. De klacht met betrekking tot het onderdeel productvershraling is tevens doorgestuurd naar het Commissariaat voor de Media, aangezien de mogelijkheid zou kunnen bestaan dat de Mediawet in dit kader een rol speelt.

#### **IV. De gronden van het bezwaar**

12. De Programmaraad voert voor het bezwaar - kort en zakelijk weergegeven - de volgende gronden aan.
13. Volgens de Programmaraad worden de programma-aanbieders en de consumenten stelselmatig benadeeld omdat er voor hen geen reële alternatieven zijn. Het misbruik bestaat uit het overhevelen van zenders als Eurosport, Cartoon Network en TRT uit het standaardpakket naar UPC-digital, hetgeen een vorm van uitbuiting is. UPC misbruikt volgens de Programmaraad haar machtspositie om met het product UPC-Digital voordelen te behalen die zij niet zou kunnen behalen als zij niet over het UPC-standaardpakket beschikte.
14. Bij de overheveling van Eurosport van het analoge standaardpakket naar UPC-Digital zijn, volgens de Programmaraad, tegenstrijdige verklaringen afgegeven door Eurosport en UPC, waaruit valt af te leiden dat er geenszins sprake is van contractsvrijheid, maar van misbruik van economische machtspositie.

#### **V. Juridisch kader**

15. De d-g NMa beoordeelt het bezwaar van de Programmaraad aan de hand van het bepaalde in artikel 24 Mededingingswet (Mw). Artikel 24 Mw luidt, voor zover hier van belang: "Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie."
16. Verder kan het gedrag van UPC (ten minste voor zover dat betrekking heeft op Eurosport), zoals hiervoor omschreven, van UPC ook worden beoordeeld aan de hand van het bepaalde in de Mediawet. Artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet bepaalt dat een aanbieder van een omroepnetwerk verplicht is tot doorgifte van het wettelijk basispakket. Omtrent de samenstelling van dit pakket adviseert een programmaraad, welk advies de aanbieder van een omroepnetwerk volgt, tenzij zwaarwichtige redenen zich daartegen verzetten (artikel 82k, eerste en vijfde lid, van de Mediawet).

17. Voorts is van belang dat ingevolge artikel 134 van de Mediawet het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) belast is met de bestuursrechtelijke handhaving van adviezen van een programmaraad aan aanbieders van omroepnetwerken.
18. Ten slotte kan er in dit verband op worden gewezen dat, wanneer sprake is van een conflict tussen een kabelexploitant met aanmerkelijke marktmacht<sup>3</sup> en een programma-aanbieder, de OPTA ingevolge artikel 6a.6 juncto 8.7 van de Telecommunicatiewet de verplichting opleggen te voldoen aan een redelijk verzoek tot toegang tot het kabelnetwerk.

## VI. Beoordeling

19. In eerdere besluiten van de d-g NMa is de onderhavige productmarkt afgebakend als de markt voor distributie van RTV-signalen via kabelnetwerken. Vanuit het oogpunt van de consument bezien valt deze markt geografisch samen met het verzorgingsgebied van de aanwezige aanbieder van een omroepnetwerk. Aangezien er geen gebieden zijn waar meer dan één aanbieder van een omroepnetwerk actief is, beschikt de aanbieder van een omroepnetwerk over een economische machtspositie voor de *distributie* van tv-signalen in zijn verzorgingsgebied.<sup>4</sup>
20. Gelet hierop heeft UPC ten opzichte van de consumenten een economische machtspositie in de hiervoor genoemde negen gemeenten.
21. Met inachtneming van het vorenstaande overweegt de d-g NMa als volgt.
22. De Programmaraad stelt dat UPC ten onrechte de indruk wekt dat Eurosport zich niet langer beschikbaar wenst te stellen voor het wettelijk basispakket. Evenwel blijkt naar het oordeel van de d-g NMa uit brieven, zoals die van 8 november 2003 en 4 juli 2003, en e-mailberichten, zoals die van 8 augustus 2003 van Eurosport aan de Programmaraad, dat Eurosport zich om haar moverende redenen niet langer meer beschikbaar stelt voor doorgifte van de zender Eurosport als onderdeel van het analoge wettelijke basispakket.<sup>5</sup> Mede gelet hierop ziet de d-g NMa geen aanleiding om te oordelen dat uit tegenstrijdige verklaringen, zo die al zijn afgelegd, zou volgen dat het niet de (vrije) keuze van Eurosport zou zijn geweest om zich niet meer beschikbaar te stellen voor het wettelijk basispakket. Eurosport heeft ook zelf aangegeven waarom zij kiest voor

---

<sup>3</sup> Dit is in artikel 1.1 sub 2 van de Telecommunicatiewet gedefinieerd als: een onderneming die alleen of tezamen met andere ondernemingen over een economische kracht beschikt die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.

<sup>4</sup> Zie ook het besluit van de d-g NMa van 17 december 1999 in zaak 1380 *Comite deze keuzevrijheid: Næ vs Casema*, het besluit van de d-g NMa van 21 juli 2002, zaak 2425 *UPC - PrimaCom* en het besluit van de d-g NMa van 6 november 2002, zaak 3052/ *Liberty – Casema*, randnummer 182.

<sup>5</sup> Zie stuk 3585/20, bijlage 4 en 5.

digitale doorgifte. Redenen zijn onder meer het ondersteunen van de ontwikkeling van digitale televisie, de betere beeldkwaliteit als gevolg van digitale doorgifte en de mogelijkheid om interactieve diensten op te zetten.<sup>6</sup> Mede gelet hierop heeft het Commissariaat bij zijn besluit op bezwaar van 22 juni 2004 zijn primaire besluit gehandhaafd. Dat besluit luidt dat – kortweg gezegd – UPC terecht een beroep kon doen op een zwaarwichtige reden om het advies van de Programmaraad in dit geval niet op te volgen.<sup>7</sup>

23. De d-g NMa ziet in hetgeen partijen in de stukken en ter hoorzitting naar voren hebben gebracht geen aanleiding tot een ander oordeel te komen dan dat het de keuze van Eurosport zelf was om in de negen Friese gemeenten alleen nog maar te worden uitgezonden via het digitale pakket.
24. Gelet hierop is geen sprake van misbruik van machtspositie door UPC jegens de consumenten in meergenoemde Friese gemeenten, aangezien Eurosport de gewraakte beslissing heeft genomen. Om dezelfde reden volgt uit het voorgaande evenmin dat UPC misbruik maakt van haar vraagmacht jegens Eurosport, nog daargelaten of UPC een economische machtspositie heeft ten opzichte van Eurosport.
25. Ten aanzien van Cartoon Network komt de d-g NMa tot hetzelfde oordeel. Uit het dossier blijkt dat ook Cartoon Network UPC heeft verzocht de vrije doorgifte via het “standaardpakket” te staken. Cartoon Network stelt zich alleen beschikbaar voor doorgifte via het digitale pakket.<sup>8</sup> Ook de Programmaraad ziet dit in nu zij blijkens een verslag van een hoorzitting bij het Commissariaat aangeeft, dat het moeilijk was aan te tonen dat het niet meer doorgeven via het standaardpakket was te wijten aan UPC.<sup>9 10</sup>
26. Ten slotte is de d-g NMa van oordeel dat de Programmaraad niet aannemelijk heeft gemaakt dat UPC misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie door de zender TRT over te hevelen van het standaardpakket naar het digitale pakket. Hierbij heeft de d-g NMa in aanmerking genomen dat de Programmaraad noch in zijn klacht noch in zijn bezwaar heeft onderbouwd waarom UPC dusdoende haar machtspositie jegens de consumenten in genoemde Friese gemeenten en jegens TRT zelf zou hebben misbruikt. De d-g NMa is ook niet gebleken waarom in dit geval sprake zou zijn van misbruik van economische machtspositie. Hierbij heeft

---

<sup>6</sup> Zie stuk 3585/20, bijlage 5.

<sup>7</sup> Zie achter stuk 3585/30.

<sup>8</sup> Zie stuk 3585/23, randnummer 13. Hieruit blijkt overigens dat Cartoon Network alle kabelbedrijven in Europa heeft verzocht vrije doorgifte te staken.

<sup>9</sup> Zie stuk 3585/24, Verslag hoorzitting d.d. 4 december 2003 inzake het verzoek van de Programmaraad Friesland om bestuurlijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet, p. 2.

<sup>10</sup> Zie ook het besluit van de d-g NMa van 6 november 2002 in zaak 3052 *Liberty – Casema*, randnummers 207 en 208.

de d-g NMa laten meewegen dat niet is gebleken dat geen sprake is geweest van onderhandelingen tussen TRT en UPC, zoals omschreven onder randnummer 10, en dat TRT tegen de overheveling geen klacht heeft ingediend bij de d-g NMa en de OPTA. Ook overigens is de d-g NMa niet gebleken dat de handelwijze van UPC in dezen in strijd is met artikel 24 Mw.

## **VII. Conclusie**

27. Gelet op het voorgaande is de d-g NMa van oordeel dat het bezwaar tegen de afwijzing van de klacht ongegrond dient te worden verklaard.

**BESLUIT**

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

verklaart het bezwaar van de Programmaraad Friesland tegen zijn besluit van 5 augustus 2003, kenmerk 3585/3.b312, ongegrond.

Datum: 7 september 2004

W.g.

Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

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