

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot afwijzing van een aanvraag als bedoeld in artikel 17 van de Mededingingswet.

Nummer 18/105 en 1162/14

Betreft zaak: Eredivisie NV

Zaaknummer 18

Betreft: Eredivisie N.V. – wijze van exploitatie van live uitzendrechten van eredivisie-voetbalwedstrijden

Zaaknummer 1162

Betreft: Eredivisie N.V. – wijze van exploitatie van uitzendrechten van samenvattingen van eredivisie-voetbalwedstrijden

I. INLEIDING

1. Op 20 maart 1998 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) van Eredivisie N.V. (hierna: ENV) een aanvraag voor ontheffing van het verbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) ontvangen. De ontheffingsaanvraag heeft betrekking op de wijze van exploitatie door betaald voetbal organisaties (hierna BVO's), verenigd in ENV, van rechten op live-uitzendingen van voetbalwedstrijden gespeeld in de Nederlandse Eredivisie.
2. Op 18 november 1998 heeft de d-g NMa van ENV een aanvraag voor ontheffing van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ontvangen. De ontheffingsaanvraag heeft betrekking op de wijze van exploitatie door BVO's, verenigd in ENV, van rechten op samenvattingen van voetbalwedstrijden gespeeld in de Nederlandse Eredivisie.

II. FEITELIJKE ACHTERGROND

II.1 Partijen

3. Eredivisie N.V. is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht. Zij is opgericht door de BVO's ter behartiging van de belangen van de Eredivisie. Een BVO is een rechtspersoon die een licentie houdt, verstrekt door de Stichting 'Licenties Eredivisie', om deel te nemen aan de Eredivisie. In totaal nemen 18 BVO's deel aan de Eredivisie.
4. ENV is opgericht om de Eredivisie binnen de Koninklijke Nederlandse Voetbal Bond (hierna: KNVB) te verzelfstandigen. Dit werd noodzakelijk geacht om de belangen van de Eredivisie, zowel nationaal als internationaal, beter te kunnen behartigen. Volgens de Statuten is het doel van ENV het bevorderen van de kwaliteit van het Nederlands voetbal onder meer door [citaat] "*(..) het aangaan van overeenkomsten over opname-, uitzend- en produktierechten en de bemiddeling daarbij*".
5. De BVO's zijn allen aandeelhouder in ENV. Besluiten worden genomen met meerderheid van tweederde van de uitgebrachte stemmen, waarbij de stem van elke BVO even zwaar weegt. Voor de aandeelhouders gelden kwaliteitseisen. De aandeelhouder dient een BVO te zijn en over een licentie voor deelname aan de Eredivisie te beschikken.
6. Elke BVO heeft een raamovereenkomst gesloten met ENV met betrekking tot de exploitatie van mediarechten, sponsoring, reclamerechten, merchandising, opname-, uitzend- en productierechten, en de bemiddeling daarbij¹. ENV wordt voor de exploitatie van deze rechten door de BVO's aangeduid als coördinator.
7. Alle BVO's dragen de inkomsten uit exploitatie van de uitzendrechten af ten behoeve van een herverdeling tussen de BVO's.

II.2 Specifieke karakter van sport

¹ Artikel 1 sub g Statuten ENV 31 juli 1997

8. De Europese Commissie en het Hof van Justitie erkennen, dat de sport bijzondere kenmerken vertoont waarmee bij de toepassing van het recht rekening moet worden gehouden². De door de Europese Raad van Nice goedgekeurde verklaring over het specifieke karakter van sport³ benadrukt dat bij alle acties van de Gemeenschap rekening moet worden gehouden met “de maatschappelijke, educatieve en culturele functie van de sport, die het specifieke karakter ervan bepaalt, teneinde de ethiek en de solidariteit die noodzakelijk zijn voor het behoud van de maatschappelijke rol van de sport, te eerbiedigen en te bevorderen”.
9. Binnen de sport valt onderscheid te maken tussen sport gespeeld binnen- en buiten competitieverband. Binnen competitieverband gespeelde sporten, zoals voetbal, kenmerken zich door een zekere mate van onderlinge afhankelijkheid tussen de deelnemende clubs binnen een competitie. Tegenstanders vormen een essentieel onderdeel van het product. Hiermee hangt samen dat een zeker ‘sportief evenwicht’ binnen de competitie van belang is. Als de krachtsverschillen tussen deelnemers aan de competitie te groot zijn, vermindert dit de aantrekkelijkheid van de competitie en daarmee de economische waarde van het product. Ook economisch gezien streeft men derhalve naar een evenwichtige competitie met onzekerheid omtrent de resultaten van de wedstrijden. Om een dergelijk sportief evenwicht te bewerkstelligen binnen een competitie is een zekere financiële solidariteit tussen clubs veelal noodzakelijk. Daarnaast wordt soms een deel van de inkomsten uit het bovenste segment van de sport aangewend ten bate van bijvoorbeeld jeugdopleidingen en amateursport om de continuïteit van de sport te waarborgen.
10. Een belangrijk deel van de inkomsten van professionele sportclubs wordt verkregen uit de exploitatie van uitzendrechten.

II.3 Rechthebbenden

11. De Commissie heeft bevestigd dat [citaat]: “ (...) *De vraag aan wie het recht een bepaald evenement (of een serie evenementen) uit te zenden toekomt niet door de bepalingen van het*

² Hof van Justitie EG, 15 december 1995, zaak C-415/1993, jurispr. 1995, zaak ‘Bosman’: “Gezien het grote maatschappelijke belang van de sport en in bijzonderheid van het voetbal in de Gemeenschap, moet worden erkend, dat de handhaving van een evenwicht tussen de clubs door een zekere gelijkheid van kansen en de onzekerheid van de resultaten veilig te stellen, en de aanmoediging van de indienstneming en opleiding van jonge spelers, rechtmatige doelstellingen zijn”.

³ Verklaring over de specifieke kenmerken van sport en de maatschappelijke functie daarvan in Europa, waarmee bij de uitvoering van het gemeenschappelijke beleid rekening moet worden gehouden. Bijlage IV bij de conclusies van het voorzitterschap, Nice, 7-9 december 2000.

*mededingingsrecht kan worden beantwoord. Dit is een onderwerp dat door de toepasselijke nationale wetgeving wordt geregeld (...)*⁴.

12. Het is belangrijk allereerst vast te stellen aan wie het recht op de economische exploitatie van de rechten op uitzending van voetbalwedstrijden toekomt. Het Gerechtshof in 's-Gravenhage heeft bepaald dat in de Nederlandse situatie individuele BVO's eigenaar zijn van de uitzendrechten van hun thuiswedstrijden⁵. Daarbij gaat het Hof ervan uit dat de uitzendrechten voor delen van de thuiswedstrijden onderdeel vormen van de uitzendrechten met betrekking tot de integrale thuiswedstrijd. In beide ontheffingsaanvragen gaat ENV er eveneens van uit dat de uitzendrechten toekomen aan de thuisspelende clubs. Voor de verdere mededingingsrechtelijke beoordeling geldt derhalve als uitgangspunt dat de thuisspelende BVO de eigenaar is van de uitzendrechten op de wedstrijd⁶.

II.4 Overeenkomsten

II.4.1 De exploitatie van uitzendrechten van live-wedstrijden

13. De ontheffingsaanvraag betreft een wijze van exploitatie van de rechten op uitzendingen van live-wedstrijden door middel van een systeem dat door ENV wordt aangeduid als coördinatie van de verkoop van de individuele rechten van de BVO's. Volgens ENV hebben alle 18 BVO's van de Eredivisie ENV gemachtigd om voor hen de markt te verkennen en contacten te leggen met zendgemachtigden, waarna het resultaat van de besprekingen met zendgemachtigden wordt voorgelegd aan de BVO's. Vervolgens zouden de BVO's dan individueel in onderhandeling treden met de geïnteresseerde zendgemachtigde en bepalen of zij een individueel contract met de zendgemachtigde zouden willen sluiten.
14. Uit gesprekken en aanvullende informatie is gebleken dat de exploitatie van de rechten op uitzendingen van live wedstrijden als volgt is gegaan. ENV heeft een financiële aanbieding ontvangen van Canal+ voor het exclusieve recht om wedstrijden van de 18 BVO's gedurende een aantal seizoenen live uit te zenden. De ENV heeft dit bod voorgelegd aan de BVO's waarna overlegd is omtrent een mogelijke onderlinge verdeling van het geboden totaalbedrag. De beslissing over de verdeelsleutel is genomen in de algemene vergadering, waarvoor een tweederde meerderheid vereist is. De BVO's hebben zowel voorafgaand aan de (oorspronkelijke) overeenkomst met Canal+ in 1997, alsmede de verlenging hiervan in mei

⁴ Europese Commissie: Broadcasting of Sports Events and Competition Law, Competition Policy Newsletter 1998, nr.2, juni, par. III.2.

⁵ Gerechtshof 's Gravenhage 31 mei 2001

⁶ Hierover loopt nog een bodemprocedure bij de Hoge Raad. Vooralsnog dient echter te worden uitgegaan van de situatie zoals die op dit moment geldt.

2001, in de algemene vergadering gestemd over de verdeling van de inkomsten uit de verkoop van deze rechten. Vervolgens hebben alle BVO's een standaardovereenkomst ontvangen. ENV heeft aangegeven dat Ajax, PSV en Feyenoord, in overleg met Canal+, naar alle waarschijnlijkheid nog wijzigingen zullen aanbrengen in de standaardovereenkomst.

15. Als gevolg van de overeengekomen verdeelsleutel staan de BVO's de facto hun inkomsten uit de exploitatie van hun uitzendrechten volledig af ten behoeve van bovengenoemde herverdeling. Van de totaalopbrengst wordt allereerst een percentage afgedragen ten behoeve van de Eerste Divisie- clubs. Het resterende bedrag wordt verdeeld tussen de 18 deelnemende BVO's. De opbrengst per BVO na herverdeling bestaat uit een voor elke BVO gelijk deel en een variabel deel, dat gebaseerd is op de prestaties in eerdere seizoenen.
16. Behalve de coördinatie van het aanbod, het als één pakket verkopen, heeft de aangemelde overeenkomst ook ten doel het aanbod te beperken. ENV stelt in haar ontheffingsaanvraag onder meer [citaat]: *“Teneinde een rendabele exploitatie van live uitzendingen voor de zendingmachtigde(n) mogelijk te maken, mag niet tijdens of na de live uitzending eveneens[...] een ander live of uitgesteld verslag van een voetbalwedstrijd uitgezonden worden.”* Voorts stelt ENV: *“Teneinde “overkill” van voetbal op televisie te voorkomen en het stadionbezoek aantrekkelijk te houden is een zekere beperking van het aantal uitgezonden wedstrijden vereist [...] Daarvoor is afstemming tussen de clubs onderling [...] vereist.”*

II.4.2 De exploitatie van uitzendrechten van samenvattingen

17. Uitzendrechten van samenvattingen worden op dezelfde wijze geëxploiteerd als de uitzendrechten van live wedstrijden, zoals hierboven beschreven. De exploitatie wordt gecoördineerd door ENV. Het ontvangen totaalbod van de NOS is voorgelegd aan de achttien BVO's. Door stemming is overeenstemming bereikt tussen de BVO's omtrent de verdeling van de geboden licentievergoeding voor de uitzendrechten van de samenvattingen gedurende een aantal seizoenen. Vervolgens is een standaardovereenkomst aan de BVO's toegestuurd gebaseerd op voornoemde hoofdpunten.

III. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

18. ENV heeft op 25 september 1997 bij het Ministerie van Economische Zaken ontheffing gevraagd van het Besluit horizontale prijsbinding voor een regeling voor coördinatie bij de verkoop van de uitzendrechten op live-wedstrijden. Deze aanvraag is ingetrokken en vervangen door de aanvraag d.d. 20 maart 1998 voor een ontheffing op grond van art. 6 Mw jo. Art. 17 Mw, geregistreerd onder zaaknummer 18.

19. Op 18 november 1998 is ontheffing gevraagd voor de wijze van exploitatie van samenvattingen van wedstrijden uit de Eredivisie. Deze aanvraag is geregistreerd onder zaaknummer 1162. In de aanvraag is gesteld dat voor de beoordeling van de onderhavige aanvraag dezelfde uitgangspunten van belang zijn als bij de beoordeling van de in het vorige randnummer vermelde aanvraag van 20 maart 1998 (zaak 18).
20. Op verzoek van de NMa heeft ENV op 18 oktober 2001 conceptovereenkomsten met Canal+ en de NOS toegestuurd waarin respectievelijk de exploitatie van de live rechten en de rechten op de samenvattingen van Eredivisiewedstrijden zijn neergelegd. Van de zijde van ENV is daarbij aangegeven dat de conceptovereenkomsten niet door haar ter ontheffing aan de NMa zijn voorgelegd, doch slechts ter informatie zijn toegestuurd.
21. Naar het oordeel van de d-g NMa kunnen de wijze van exploitatie door de BVO's van de live uitzendrechten en van de uitzendrechten van samenvattingen niet los van elkaar worden beoordeeld. De d-g NMa heeft daarom besloten deze zaken te voegen en in samenhang te beoordelen.
22. Tijdens de procedure is verscheidene malen nadere informatie gevraagd door de NMa waarop telkens binnen de gestelde, dan wel verlengde, termijn antwoord is verkregen. Op 12 november 1999 is van de zijde van ENV een economisch rapport toegestuurd, opgemaakt door KPMG Bureau voor Economische Argumentatie. Daarnaast hebben in de loop van de procedure verscheidene besprekingen ten kantore van de NMa plaatsgevonden met vertegenwoordigers van ENV en zijn vragen gesteld aan verscheidene BVO's en zendgemachtigden.
23. In Staatscourant nummer 144 van 31 juli 2002 is mededeling gedaan van de ontheffingsaanvragen. Daarbij zijn belanghebbenden opgeroepen hun zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen. De aanvraag en de daarop betrekking hebbende stukken hebben gedurende vier weken ter inzage gelegen ten kantore van de NMa. Naar aanleiding hiervan heeft een zendgemachtigde op 30 augustus 2002 haar zienswijze schriftelijk ingediend.

IV BEOORDELING

IV.1 Toepasselijkheid van artikel 6 Mw

24. Indien de aangemelde regelingen binnen het toepassingsgebied van artikel 6 Mw vallen, verzoekt ENV de d-g NMa om ontheffing te verlenen van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw op grond van artikel 17 Mw.

IV.1.1 Onderneming

25. ENV en de deelnemende BVO's in de Eredivisie zijn aan te merken als ondernemersvereniging respectievelijk ondernemingen in de zin van artikel 6, lid 1 Mw⁷.
26. Het feit dat BVO's binnen het ondernemingsbegrip vallen, blijkt onder meer uit de economische activiteiten die zij ontplooiën met betrekking tot het organiseren van voetbalwedstrijden. Net als andere ondernemingen, maken voetbalclubs kosten en doen ze investeringen teneinde de wedstrijden aan het publiek aan te kunnen bieden, aanvaarden ze bedrijfsrisico's en, eventueel, het risico van faillissement. Hun inkomsten komen voornamelijk voort uit de exploitatie van de aan het publiek aangeboden wedstrijd, dat wil zeggen uit de verkoop van toegangsbewijzen aan het stadion, de verkoop van allerhande rechten, technische en commerciële sponsorcontracten en merchandising⁸.
27. ENV is opgericht door 18 BVO's ter behartiging van de belangen van het Nederlands Eredivisievoetbal. Uit de statuten blijkt dat de ENV ten doel heeft het bevorderen van de kwaliteit van het Nederlandse voetbal. Hiertoe behoort ondermeer het organiseren en verzorgen van professionele (betaald) voetbalcompetities in Nederland. Alle BVO's uitkomend in de Nederlandse Eredivisie zijn aandeelhouder van ENV. Zij hebben ENV aangewezen als coördinator van hun individuele uitzendrechten. ENV is geen rechthebbende m.b.t. de uitzendrechten en kan deze dientengevolge niet exploiteren. ENV exploiteert de uitzendrechten derhalve niet zelfstandig maar treedt op namens de BVO's. Derhalve kan ENV als ondernemersvereniging worden aangemerkt⁹.

IV.1.2 Overeenkomst

28. Het begrip 'overeenkomst' in de zin van artikel 6 Mw betreft een breed begrip. Om een overeenkomst aan te kunnen nemen in de zin van artikel 6 Mw hoeft geen sprake te zijn van juridische binding of de mogelijkheid afspraken rechtens af te dwingen. Van een

⁷ Zie ook Gerechtshof 's Gravenhage 31 mei 2001 p. 8.

⁸ Ook de Commissie heeft erkend dat voetbalclubs kunnen worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Zie bijvoorbeeld: 92/52/EEG; Verordening van de Commissie van 27 oktober 1992 inzake een procedure in de zin van artikel 85 van het EEG-verdrag, (IV/33.384 en 33.378) - Verkoop van toeristische pakketten ter gelegenheid van het Wereldkampioenschap voetbal in 1990. In dezelfde zin, Gerecht van eerste aanleg, zaak T-46/92, Scottish Football Association/Commissie, uitspraak 9 november 1994.

⁹ Zie ook de conclusie van Advocaat Generaal Lenz bij het arrest Bosman (Conclusies in de zaak C-415/93 "Bosman", uitspraak van 15 december 1995), waarin hij in rechtsoverweging 256 stelt: "*Evenmin twijfelachtig is, dat de afzonderlijke voetbalbonden kunnen worden geacht ondernemersverenigingen in de zin van artikel 85 te zijn. De omstandigheid dat behalve profclubs ook talrijke amateurclubs tot deze bonden behoren, doet daaraan niets af (...).*"

overeenkomst is al sprake als tussen ondernemingen wilsovereenstemming bestaat om hun concurrentiegedrag onderling af te stemmen. Daartoe is voldoende dat ondernemingen de bedoeling hebben om rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk. De precieze vorm van de overeenkomst is daarbij niet relevant¹⁰.

29. Zoals door ENV is aangegeven in de ontheffingsaanvraag gelden voor de beoordeling van de exploitatie van een totaalpakket van uitzendrechten van samenvattingen dezelfde uitgangspunten als voor het gezamenlijk exploiteren van een totaalpakket van live-uitzendrechten¹¹, zoals hieronder uiteengezet.
30. De gezamenlijke wil van de partijen verenigd in ENV om hun uitzendrechten voor eredivisiewedstrijden gezamenlijk in een pakket via ENV aan te bieden en de inkomsten onderling te verdelen komt op een aantal manieren tot uitdrukking. ENV handelt op basis van de in haar statuten omschreven taak. Een van die taken is de coördinatie van de verkoop van televisierechten. Deze taak is verder uitgewerkt in de raamovereenkomst tussen ENV en elke afzonderlijke BVO. De 18 BVO's hebben door het verlenen van een machtiging aan een ondernemersvereniging om voor hen met geïnteresseerde marktpartijen te onderhandelen een belangrijk deel van hun eigen mogelijkheden om individueel te onderhandelen prijsgegeven. Dit blijkt uit het gegeven dat een totaalvergoeding voor alle wedstrijden in de Eredivisie is overeengekomen welke niet tot stand is gekomen als gevolg van onderhandelingen tussen de zendgemachtigde met de individuele BVO's.
31. Op basis van bovenomschreven taak benadert ENV één of meerdere geïnteresseerde marktpartijen en inventariseert eventuele biedingen op de uitzendrechten. Het bod van een zendgemachtigde wordt vervolgens in de algemene vergadering aan de BVO's voorgelegd. Door het stemmen over de onderlinge verdeling van het totaalbod hebben de BVO's afgezien van het individueel onderhandelen met de zendgemachtigde over hun individuele vergoeding. De vergoeding per BVO wordt derhalve niet bepaald in onderhandeling met de zendgemachtigde maar tussen de BVO's onderling. De definitieve verdeelsleutel wordt bepaald door stemming in de Algemene Vergadering waarbij geldt dat het besluit totstandkomt met tweederde meerderheid. Dit besluit is bindend voor de aandeelhouders in ENV. Het besluit over de herverdeling houdt daarmee tevens wilsovereenstemming in tussen de BVO's omtrent de zendgemachtigde met wie gezamenlijk gecontracteerd zal worden alsmede de looptijd van de overeenkomst en de omvang van de te verlenen rechten. Het door ENV aangevoerde argument dat daarna nog individueel onderhandeld wordt met de koper

¹⁰ Zie MvT, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 11.

¹¹ Zie III.23

door Ajax, PSV en Feyenoord doet hier niet aan af. De hoofdpunten van de overeenkomst liggen immers vast. De verdeling van het totaalbedrag tussen BVO's hangt rechtstreeks samen met acceptatie van het bod, de looptijd van de overeenkomst en de omvang van de rechten. Daarmee is op hoofdpunten overeenstemming bereikt en kan een latere individuele onderhandeling tussen een BVO en koper slechts gaan over ondergeschikte punten.

32. Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat tussen BVO's wilsovereenstemming bestaat over de coördinatie door ENV van de exploitatie van hun individuele uitzendrechten. Voorts bestaat wilsovereenstemming tussen de BVO's omtrent het gezamenlijk exploiteren van hun uitzendrechten en het accepteren van een totaalbod op de gezamenlijke uitzendrechten. De BVO's hebben vervolgens met elkaar overeenstemming bereikt omtrent de verdeling van het geboden totaalbedrag.
33. Daarnaast kan op grond van het reeds in randnummer 16 geciteerde onderdeel van de ontheffingsaanvraag worden geconcludeerd dat tussen BVO's wilsovereenstemming bestaat met betrekking tot het beperken van het aanbod van het aantal live uit te zenden wedstrijden. In de praktijk worden ook slechts [10-20%]¹² van de competitiewedstrijden live uitgezonden.
34. De beschreven vormen van wilsovereenstemming tussen BVO's vormen een overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw. Het besluit in de algemene vergadering inzake de verdeling van het door een zendgemachtigde geboden totaalbedrag, wat tevens overeenstemming tussen de gezamenlijke BVO's en respectievelijk Canal+ en de NOS inhoudt, kan worden aangemerkt als een besluit van een ondernemersvereniging.

IV.1.3 Relevante markt

35. Uitzendrechten van sportevenementen vormen belangrijke componenten van het programma-aanbod van zendgemachtigden. Hoewel sportprogramma's in veel gevallen slechts een relatief klein aandeel in het totale programma-aanbod van zendgemachtigden innemen, zijn deze programma's toch in staat een hoge kijkdichtheid te halen. Binnen deze categorie uitzendrechten vormen de uitzendrechten van voetbalwedstrijden een aparte markt^{13 14}. Binnen de algemene markt van uitzendrechten van voetbalwedstrijden kunnen mogelijk

¹² Vertrouwelijke gegevens

¹³ EC statement of objections, voetnoot 33. De NOS stelt in antwoord op vragen van de Europese Commissie onder meer (citaat): "[...]" (*vertrouwelijke gegevens*). In haar 'Statement of Objections' concludeert de Europese Commissie dat [...] (*vertrouwelijke gegevens*). De Commissie stelt (citaat): "[...]" (*vertrouwelijke gegevens*). Europese Commissie, UEFA Champions League Statement of Objections, paragraaf 57.

¹⁴ Gerechtshof 's Gravenhage 31 mei 2001. Het Hof bepaalt hierin dat de relevante markt bestaat uit de uitzendrechten voor de Nederlandse Eredivisie en Eerste divisie.

nog afzonderlijke markten worden onderscheiden, maar de relevante markt is in ieder geval niet ruimer dan de markt voor uitzendrechten van professioneel voetbal. Zoals uit het onderstaande zal blijken, is het echter niet nodig om tot een exacte marktafbakening te komen.

36. ENV stelt in haar ontheffingsaanvraag met betrekking tot de exploitatie van live uitzendrechten het volgende. De voorgestelde wijze van exploitatie van uitzendrechten voor eredivisievoetbal [citaat] “*levert voor alle clubs (in het bijzonder voor de niet-topclubs) financiële mogelijkheden op die zij anders niet hadden verkregen.*”¹⁵ Dit impliceert dat de huidige wijze van gezamenlijke verkoop van uitzendrechten significant hogere opbrengsten genereert dan in een situatie van individuele verkoop van uitzendrechten door de BVO's afzonderlijk mogelijk zou zijn. Mede gezien het voorgaande mag men ervan uitgaan dat de BVO's streven naar een voor de BVO's gezamenlijk maximale opbrengst uit de exploitatie van de uitzendrechten.
37. ENV stelt in de voornoemde ontheffingsaanvraag voorts [citaat, zie ook randnummer 16]: “*Teneinde “overkill” van voetbal op televisie te voorkomen en het stadionbezoek aantrekkelijk te houden is een zekere beperking van het aantal uitgezonden wedstrijden vereist [...] Daarvoor is afstemming tussen de clubs onderling [...] vereist.*” Het aanbod van (met name live) uitzendrechten wordt door de BVO's daadwerkelijk beperkt, zowel in het aantal wedstrijden als in het bereik van de uitzendingen, terwijl er wel vraag bestaat naar thans niet uitgezonden wedstrijden. In de overeenkomsten met Canal+ is opgenomen dat slechts [10-20%]¹⁶ van de wedstrijden per seizoen live worden uitgezonden en dat de uitzendrechten voor de overige wedstrijden worden niet geëxploiteerd. Bovendien is Canal+ een abonnee-televisiestation met een relatief gering aantal kijkers. Aldus wordt niet alleen het aantal wedstrijden dat live te zien is op de televisie beperkt, maar ook het aantal mensen dat deze wedstrijden kan zien. Als gevolg hiervan is de publieke belangstelling voor samenvattingen, die worden uitgezonden op het open net door de NOS, relatief groot, zodat de BVO's in staat zijn om voor de samenvattingen een relatief hoge vergoeding te ontvangen in verhouding tot de vergoeding voor live uitzendrechten.
38. Blijkbaar leidt in casu een beperking van het aanbod van uitzendrechten tot hogere opbrengsten voor de BVO's. Hierbij kunnen kostenoverwegingen geen rol spelen, aangezien de uitzendrechten voor de thans niet geëxploiteerde wedstrijden door de BVO's zonder noemenswaardige bijkomende kosten geëxploiteerd zouden kunnen worden. Volgens de standaard economische theorie kan slechts een onderneming die in staat is marktmacht uit te oefenen haar winst verhogen door haar aanbod te beperken. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de BVO's gezamenlijk in staat zijn marktmacht uit te oefenen.

¹⁵ Zie pagina 25, ontheffingsaanvraag 20 maart 1998.

¹⁶ Vertrouwelijke gegevens

39. De vraag of de relevante markt uitsluitend de uitzendrechten voor eredivisievoetbal omvat, of dat ook uitzendrechten van andere voetbalcompetities hiervan deel uitmaken kan in het kader van dit besluit in het midden worden gelaten. Hier volstaat de constatering dat de BVO's verenigd in ENV op de relevante markt gezamenlijk over een economische machtspositie beschikken.

IV.1.4 Mededingingsbeperking

IV.1.4.1 Exploitatie van de live uitzendrechten van competitievoetbal in de Eredivisie

40. Uitgangspunt is dat de individuele BVO's rechthebbende zijn van de uitzendrechten van de door hen gespeelde thuiswedstrijden in de Eredivisie¹⁷. Daarbij zijn er geen gronden om te veronderstellen dat BVO's niet in staat zouden zijn om hun uitzendrechten individueel te exploiteren (zie ook randnummer 57)¹⁸. ENV heeft overigens ook expliciet aangegeven zichzelf niet als (mede)eigenaar van de uitzendrechten te beschouwen.
41. In de beoordeling van de overeenkomst spelen twee aspecten een rol. Ten eerste het gezamenlijk aanbieden van een totaalpakket van uitzendrechten en ten tweede het beperken van het aanbod van het aantal uit te zenden wedstrijden.
42. Ten aanzien van het gezamenlijk aanbieden van een totaalpakket van uitzendrechten vindt, zoals eerder beschreven, binnen ENV door de aangesloten BVO's voorafgaand onderling overleg plaats over een financiële aanbieding aan ENV voor het totaal aan wedstrijden van de BVO's en wordt daarnaast onderling overleg gepleegd over de uiteindelijke verdeling van de gelden voortkomend uit dit bod. Daarbij wordt de beslissing genomen door een tweederde meerderheid, hetgeen tot gevolg heeft dat een individuele BVO geen beslissende invloed heeft op zijn eigen inkomsten uit verkoop van zijn individuele uitzendrechten. De inhoud van de overeenkomst die zal worden gesloten (in dit geval met Canal+) is destijds vastgelegd in een Memorandum of Understanding met Canal+, ondertekend door de Raad van Commissarissen van ENV, welke gold voor alle bij ENV aangesloten BVO's. In de praktijk is dit document gehanteerd als de enige overeenkomst tussen de BVO's en Canal+. De BVO's exploiteren de uitzendrechten voor hun thuiswedstrijden derhalve niet individueel, maar bieden gezamenlijk een pakket van uitzendrechten voor een bepaalde looptijd aan tegen acceptatie van een totaalbedrag. Dit kan worden gekarakteriseerd als een vorm van collectieve verkoop.

¹⁷ Zie randnummers 11 en 12

¹⁸ De Nederlandse situatie wijkt hiermee af van bijvoorbeeld de Engelse situatie waarbij de uitspelende club toestemming dient te verlenen voor exploitatie van de uitzendrechten.

43. Vanuit de vraagzijde bezien is er maar een aanbieder van een totaalpakket. Na collectieve onderhandeling accepteren de BVO's na onderling overleg het meest aantrekkelijke bod op het totaalpakket aan rechten en verdelen de opbrengst onder elkaar. De concurrentie tussen BVO's met betrekking tot de exploitatie van hun uitzendrechten wordt hiermee de facto uitgeschakeld.
44. De genoemde wijze van exploitatie, waarbij een totaalbod wordt geaccepteerd voor het geheel aan live-uitzendrechten van wedstrijden, leidt er tevens toe dat deze rechten slechts aan één enkele kapitaalkrachtige zendgemachtigde worden verkocht. Deze wijze van exploitatie draagt daarmee bij aan marktafsluitende effecten aan de vraagzijde. Verder leidt deze wijze van exploitatie tot een beperking van de keuzevrijheid van consumenten.
45. Gezien het voorgaande wordt geconcludeerd dat het aangemelde systeem van collectieve verkoop van de gezamenlijke uitzendrechten leidt tot een merkbare beperking van de mededinging, die onder het verbod van artikel 6 Mw valt.
46. De afspraak tussen de BVO's om het totaalpakket uitzendrechten gezamenlijk aan te bieden heeft voorts tot doel het aanbod van het aantal uit te zenden wedstrijden te beperken (zie randnummer 16). Ten eerste stelt ENV dat niet tijdens of na een live uitzending van een voetbalwedstrijd een ander live of uitgesteld verslag van een voetbalwedstrijd uitgezonden mag worden. Deze afspraak tussen de BVO's leidt ertoe dat het aanbod van live uit te zenden wedstrijden wordt beperkt, aangezien praktisch gezien niet alle wedstrijden van een speelronde op verschillende tijdstippen kunnen plaatsvinden, zodat in ieder geval niet alle wedstrijden live uitgezonden kunnen worden. Daarnaast stelt ENV letterlijk dat "een zekere beperking van het aantal uitgezonden wedstrijden" vereist is. Concluderend kan worden gesteld dat de overeenkomst naar haar aard mededingingsbeperkend is. De overeenkomst valt daarmee in ieder geval onder het verbod van artikel 6 Mw.
47. Concluderend kan worden gesteld dat beide genoemde aspecten van de aangemelde regeling, te weten het gezamenlijk aanbieden van een totaalpakket van uitzendrechten en het beperken van het aanbod van het aantal uit te zenden wedstrijden, ieder op zichzelf onder het verbod van artikel 6 Mw vallen.

IV.1.4.2 Exploitatie van uitzendrechten van samenvattingen ten behoeve van een overzicht

48. Naast het volgen van live-wedstrijden is het voor de consument interessant om een kort overzicht, in de vorm van samenvattingen, te kunnen zien van de gespeelde wedstrijden in de Eredivisie. Een dergelijk overzicht kan alleen worden aangeboden indien de BVO's hun individuele uitzendrechten van de samenvattingen bijeen brengen en gezamenlijk aanbieden.

Samenwerking ten behoeve van het creëren van een overzicht van de gespeelde wedstrijden is derhalve noodzakelijk. De samenwerking levert een product op dat niet door BVO's individueel geproduceerd kan worden en vormt daarmee een op zichzelf staand product. De collectieve exploitatie van uitzendrechten van samenvattingen ten bate van het creëren van een overzicht betreft derhalve "een samenwerking tussen concurrenten die het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren"¹⁹.

49. Aldus valt de huidige wijze van exploitatie van de rechten op uitzendingen van samenvattingen, voorzover deze beperkt blijft tot het gezamenlijk exploiteren van een 'totaaloverzicht' van competitievoetbal in de Eredivisie, niet onder het toepassingsbereik van artikel 6 Mw.
50. De door ENV toegezonden conceptovereenkomst tussen de BVO's en de NOS ten behoeve van de exploitatie van de uitzendrechten van samenvattingen is door haar uitdrukkelijk niet ter ontheffing aangemeld. Mitsdien zal in het kader van dit besluit geen mededingingsrechtelijke beoordeling van deze overeenkomst plaats kunnen vinden. Van belang is echter te benadrukken dat een overeenkomst inzake exploitatie van een overzicht van samenvattingen er niet toe mag leiden dat de BVO's verder dan noodzakelijk beperkt worden in de mogelijkheden hun individuele uitzendrechten te exploiteren. Zo zal in een overeenkomst tussen de BVO's en een zendgemachtigde met betrekking tot de exploitatie van uitzendrechten op samenvattingen niet een bepaling opgenomen kunnen worden die stelt dat [...] ²⁰. Reden hiervoor is dat een dergelijke bepaling verder gaat dan noodzakelijk is om de gezamenlijke exploitatie van een overzicht van samenvattingen te beschermen.

IV.2 Ontheffing ex artikel 17 Mw voor exploitatie live-uitzendrechten

51. Hoewel sprake is van een overeenkomst die onder meer ten doel heeft het aanbod te beperken, wordt hieronder toch ingegaan op de vraag of in casu ontheffing op basis van artikel 17 Mw mogelijk zou zijn. Voor de toewijzing van de ontheffingsaanvraag is het noodzakelijk dat aan alle vereisten in artikel 17 Mw cumulatief is voldaan. Deze vereisten worden in de navolgende subparagrafen besproken.

IV.2.1 Verbetering productie / distributie / technische of economische vooruitgang

¹⁹ Vgl. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsvormen, mededeling van de Europese Commissie, 2001 C3/02.

²⁰ Vertrouwelijke gegevens

52. Volgens ENV is de wijze van exploitatie erop gericht een sportief evenwicht tussen de voetbalclubs in stand te houden. Bovendien wordt hierdoor de wederzijdse verdeling van de inkomsten uit de verkoop van de televisierechten vereenvoudigd. De bijzondere economische verhoudingen die bestaan binnen de sportsector in het algemeen en binnen de voetbalsector in het bijzonder, zouden verhinderen een ander systeem te zoeken dan het huidige systeem van herverdeling- aangezien dit een zekere mate van materieel evenwicht garandeert- wat de financiële bronnen betreft, tussen de clubs die deelnemen aan de competitie. Hierdoor ontstaat volgens ENV een bepaalde mate van sportief evenwicht.
53. Collectieve verkoop van uitzendrechten van live wedstrijden wordt door de d-g NMa niet noodzakelijk geacht om te komen tot een vorm van solidariteit tussen de BVO's. Ook zonder collectieve verkoop kan een vorm van financiële solidariteit tussen BVO's bereikt worden. Voor investeringen in jeugd, amateurs e.d. is collectieve verkoop van uitzendrechten evenmin noodzakelijk. Ook bij individuele verkoop kunnen de BVO's een deel van hun inkomsten voor dergelijke doelen reserveren. Een reëel alternatief is bijvoorbeeld dat BVO's een bepaald gedeelte van hun individueel verkregen inkomsten (al dan niet beperkt tot inkomsten uit uitzendrechten) afstaan ten bate van een herverdeling in gelijke delen tussen de achttien BVO's. Een evenwichtige en daarmee attractieve competitie is het veronderstelde gevolg van onderlinge solidariteit tussen BVO's, waarvoor collectieve verkoop geen voorwaarde is.
54. Daar komt bij dat de huidige vorm van herverdeling slechts ten dele kan bijdragen aan het tot stand komen van een evenwichtige competitie. Een systeem dat is gebaseerd op een principe van onderlinge herverdeling van inkomsten leidt mogelijk tot de instandhouding van een zeker financieel en sportief evenwicht. De huidige vorm van herverdeling bestaat echter, na aftrek van een bijdrage aan de eerste divisie, uit twee delen. De helft van het totale bedrag wordt gebruikt om aan iedere BVO een gelijk bedrag uit te keren (het gelijke deel). Uit de overige 50% van het totaal ontvangen de BVO's bedragen die per BVO verschillen (het variabele deel). Dit variabele deel is gebaseerd op de prestaties van een BVO in eerdere seizoenen en bestendigt daarmee de positie van een BVO op de ranglijst. Een hoog geklasseerde BVO ontvangt immers meer gelden, kan daardoor meer investeren, hetgeen weer gevolgen heeft voor de prestaties. Dat BVO's ongelijke delen uit de totale inkomsten ontvangen kan niet gezien worden als een uitdrukking van solidariteit. De solidariteit tussen de BVO's bestaat slechts uit het gelijke deel dat elke BVO uit het totaal ontvangt. Immers hiermee wordt een minimumbedrag aan inkomsten uit uitzendrechten voor elke BVO gegarandeerd. Het gelijke deel kan daarmee het sportieve evenwicht in de competitie bevorderen en zou derhalve gezien kunnen worden als een verbetering van de productie. Dit geldt echter niet voor het variabele deel.

55. Het variabele deel leidt tot instandhouding van financiële en sportieve verschillen tussen de top-3 en de overige BVO's. Het sportieve evenwicht wordt verder verminderd doordat door Canal+ vooral wedstrijden van de traditionele top 3 (Ajax, Feyenoord, PSV) worden uitgezonden. Dat betekent dat niet-topclubs relatief weinig op televisie te zien zijn. De gezamenlijke exploitatie van de totale uitzendrechten beperkt daarmee in casu de distributie van wedstrijden van niet-topclubs. Daarmee worden zij beperkt in hun mogelijkheden om bijvoorbeeld nieuwe betalende bezoekers en sponsors aan te trekken. Indien de niet-topclubs in staat zouden zijn zelf hun uitzendrechten te exploiteren zouden zij meer mogelijkheden hebben om zich te onderscheiden en zelfstandig hun financiële positie te versterken, in plaats van afhankelijk te zijn van de huidige herverdelingsregeling. Exposure in de media (m.n. televisie) is van groot belang voor de mogelijkheden van clubs om te groeien. Men mag ervan uitgaan dat individuele exploitatie van uitzendrechten door clubs zal leiden tot een groter aanbod van wedstrijden op de televisie en meer aandacht op televisie voor de niet-topclubs.
56. ENV stelt tevens dat er geen markt bestaat voor uitzendrechten van de thuiswedstrijden van niet-topclubs en dat deze BVO's dientengevolge financieel ondersteund dienen te worden om enige sportieve balans in de competitie te kunnen behouden.
57. Uit informatie van zendgemachtigden blijkt echter dat er wel degelijk vraag naar de uitzendrechten van niet-topclubs bestaat. Bovendien bezit elke niet-topclub in ieder geval de uitzendrechten voor zijn thuiswedstrijden tegen de traditionele top-3. Het valt niet in te zien waarom een wedstrijd van een topclub thuis tegen een niet-topclub wel interessant zou zijn en de return van die wedstrijd niet. Tegenover de 51 ($3 * 17$) verkoopbare thuiswedstrijden van de top-3 zijn er dus voor zendgemachtigden tenminste 45 ($15 * 3$) potentieel verkoopbare thuiswedstrijden van zogenaamde niet-topclubs tegen die top 3 op de markt beschikbaar. Daarnaast zijn er meer wedstrijden waarvoor belangstelling bestaat dan alleen de wedstrijden van (vermoede) kanshebbers voor het kampioenschap. Daarbij valt te denken aan derby's, degradatieduels, competitiewedstrijden die van belang zijn in de strijd om posities op de ranglijst die recht geven op deelname aan Europese bekertoernooien en andere mogelijk 'beladen' duels. Het is bovendien zeer aannemelijk dat eventuele samenwerkingsvormen van een aantal niet-topclubs bij de exploitatie van hun individuele uitzendrechten interessante pakketten van uitzendrechten voor de zendgemachtigden kunnen opleveren en zodoende de niet-topclubs in staat stellen hun uitzendrechten commercieel te kunnen uitbaten.
58. ENV voert voorts aan dat door de aangemelde wijze van exploitatie, inclusief de daarmee beoogde beperking van het aanbod, meer inkomsten gegenereerd kunnen worden, waardoor talenten en topvoetballers voor Nederland behouden kunnen blijven en men kan investeren in jeugdopleidingen, eerste divisie en amateurvoetbal. Bovendien betoogt zij dat door een sterkere competitie en een hogere gezamenlijke opbrengst voor de 18 BVO's de internationale positie van Nederlandse clubs versterkt wordt.

59. De voetbalsport als geheel is mogelijk gebaat bij hogere gezamenlijke opbrengsten, maar indien collectieve verkoop door de BVO's van een totaalpakket van uitzendrechten leidt tot hogere gezamenlijke opbrengsten, gaat dit ten koste van zendgemachtigden en uiteindelijk de consument. Aangezien de BVO's gezamenlijk hun uitzendrechten in een pakket verkopen en bij de licentiëring van live uitzendrechten exclusiviteit gebruikelijk is, leidt de samenwerking tussen de BVO's er bovendien toe dat alle uitzendrechten van de BVO's terecht komen bij één enkele zendgemachtigde. Gezamenlijke verkoop van uitzendrechten in een pakket levert tevens een toetredingsbarrière op voor kleinere zendgemachtigden. Die kunnen zich de grote kosten voor de aanschaf van het gehele pakket niet veroorloven, terwijl de grote financieel krachtige zendgemachtigden de hoge kosten kunnen spreiden over hun programma en vervolgens doorberekenen aan hun afnemers (adverteerders en evt. kijkers/abonnees). Hiermee wordt Eredivisie voetbal slechts betaalbaar voor een zeer beperkt aantal zendgemachtigden.
60. Daarnaast worden momenteel vrijwel uitsluitend wedstrijden (uit en thuis) van de top 3 uitgezonden. Daarmee leidt de huidige collectieve verkoop, zoals beoogd door de BVO's, tot een kwantitatief beperkt aanbod van uitgezonden wedstrijden ([10-20%]²¹ van de wedstrijden). Consumenten kunnen in veel gevallen niet de wedstrijd zien waarin zij geïnteresseerd zijn. De rechten op de overige wedstrijden zijn afgesloten voor andere zendgemachtigden en worden de facto niet geëxploiteerd. Dat betekent dat de keuzevrijheid van consumenten en zendgemachtigden wordt beperkt. Het door ENV als ontheffingsgrond aangevoerde argument dat door deze wijze van exploitatie een hogere opbrengst kan worden verkregen vormt geen verbetering of voordeel zoals beoogd wordt onder 17 Mw.
61. ENV voert verder aan dat de huidige opzet afstemming van het wedstrijdschema mogelijk maakt, waardoor live wedstrijden aangeboden kunnen worden aan zendgemachtigden. De d-g NMa is van oordeel dat collectieve verkoop niet noodzakelijk is om afstemming van het wedstrijdschema mogelijk te maken. ENV heeft als organisatie immers ook bij individueel geëxploiteerde uitzendrechten de mogelijkheid om het wedstrijdschema te coördineren en in overleg met de BVO's tot een vorm van afstemming te komen.
62. Uit het voorgaande volgt dat ENV niet heeft aangetoond dat de collectieve verkoop van live-uitzendrechten van competitievoetbal in de Eredivisie leidt tot een verbetering van de productie of distributie en/of economische of technische vooruitgang. Daarmee is niet aan het eerste vereiste in artikel 17 Mw voldaan.

IV.2.2 Billijk aandeel gebruikers en noodzakelijkheid

²¹ Vertrouwelijke gegevens

63. Aangezien niet is aangetoond dat de collectieve verkoop van live-uitzendrechten van competitievoetbal in de Eredivisie leidt tot een verbetering van de productie of distributie en/of economische of technische vooruitgang, kan een toetsing in hoeverre een billijk aandeel van deze verbetering ten goede komt aan afnemers en/of consumenten achterwege blijven. Een toetsing van de noodzakelijkheid van de mededingingsbeperkende aspecten van de aangemelde regeling voor het bereiken van voornoemde verbeteringen kan daarmee eveneens achterwege blijven.

IV.2.3 Restconcurrentie

64. De achttien BVO's, verenigd in ENV, hebben gezamenlijk een economische machtspositie op de relevante markt (zie randnummers 38 en 39). Er is derhalve onvoldoende restconcurrentie aanwezig. Daarmee is ook aan het laatste vereiste in artikel 17 Mw niet voldaan.

IV.2.4 Conclusie

65. Geconcludeerd wordt dat de aangemelde regeling voor de exploitatie van de live uitzendrechten van competitievoetbal in de Eredivisie niet voldoet aan de voorwaarden die zijn gesteld in artikel 17 Mw. Derhalve kan geen ontheffing worden verleend van het verbod van artikel 6 Mw.
66. Hoewel de overeenkomsten tussen de BVO's en Canal+ niet ter ontheffing zijn voorgelegd is een rechtstreeks gevolg van bovenstaande conclusie dat het voorwerp van de overeenkomst met Canal+, dat wordt gevormd door de verkoop van de gezamenlijke uitzendrechten van live competitievoetbal door de BVO's, komt te vervallen.
67. De d-g NMa realiseert zich dat de afwijzing van de ontheffingsaanvraag inzake de exploitatie van de live-uitzendrechten grote gevolgen kan hebben voor de BVO's. Aangezien de begrotingen van de BVO's afhankelijk zijn van de verwachte inkomsten voor het komende seizoen en uitzendrechten daar een aanzienlijk onderdeel van uitmaken, is het reëel te veronderstellen dat plotselinge wijzigingen in de inkomsten uit exploitatie van live uitzendrechten ertoe kunnen leiden dat een aantal BVO's in ernstige financiële problemen komt. Uit het oogpunt van de continuïteit van het Nederlandse professionele competitievoetbal ligt het daarom in de rede om de BVO's enige tijd te geven om zich aan de nieuwe situatie, die zal ontstaan door inwerkingtreding van het onderhavige besluit, aan te passen. Aangezien begrotingen en contracten in het algemeen per seizoen worden vastgesteld zal het onderhavige besluit in werking treden op 1 augustus 2003. Vanaf 1 augustus 2003 dient de exploitatie door de BVO's van de live-uitzendrechten van hun thuiswedstrijden overeenkomstig het in dit besluit bepaalde tot stand te zijn gekomen.

V BESLUIT

68. Gelet op het bovenstaande wordt de aanvraag om ontheffing van het verbod van artikel 6 Mw, met betrekking tot de aangemelde regeling voor de wijze van exploitatie van uitzendrechten van live voetbalwedstrijden uit de Eredivisie, afgewezen. De datum van inwerkingtreding van dit besluit is bepaald op 1 augustus 2003.
69. Gelet op het bovenstaande komt de gezamenlijke exploitatie van uitzendrechten ten behoeve van de productie van een overzicht van samenvattingen van voetbalwedstrijden uit de Eredivisie niet in aanmerking voor een ontheffing onder artikel 17 Mw, aangezien hetgeen waarvoor ontheffing wordt gevraagd niet onder het verbod van artikel 6 Mw valt.

Datum: 19 november 2002

w.g. A.W. Kist
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag