

Openbare versie

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

Allen & Overy LLP
T.a.v. dhr. mr. P. Glazener; mw. mr. E. Henny
Postbus 75440
1070 AK AMSTERDAM

<i>Datum</i>	<i>Uw kenmerk</i>	<i>Ons kenmerk</i>	<i>Bijlage(n)</i>
29 november 2012	0103085-0000004 AMIP:373760.5	7500/77	-

Onderwerp

7500 Informele zienswijze Fox/Eredivisie

Geachte heer Glazener, geachte mevrouw Henny,

Op 29 augustus 2012 is aan de NMa een voorgenomen concentratie gemeld. Deze concentratie betreft de verkrijging door Fox International Channels (US) Inc (hierna: Fox) van een aandelenbelang van 51% in de beherend vennoot Eredivisie Beheer B.V. (hierna: EBV). Daarnaast zal Fox als commanditair vennoot toetreden en een financieel belang van 51% in het kapitaal van de commanditaire vennootschap Eredivisie Media & Marketing C.V. (hierna: EMM) nemen. Bij besluit van 29 november 2012 met kenmerk 7500/76 oordeelde de NMa dat voor deze concentratie geen vergunning is vereist.

Naast het voornemen tot voormelde concentratie is aan de NMa medegedeeld dat de betrokken partijen¹ (hierna: de partijen) voornemens zijn afspraken te maken over de exploitatie van Eredivisie en KNVB-rechten² voor een periode tot ten minste 30 juni 2025.³ In dat kader hebben partijen met de NMa gesproken over de verenigbaarheid van de voorgenomen wijze van exploitatie van de uitzendrechten met de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw)

¹ Eredivisie C.V., Eredivisie N.V., Eredivisie Beheer B.V., Eredivisie Media & Marketing C.V., Endemol Sports Investments B.V., Koninklijke Nederlandse Voetbalbond, Fox International Channels Sports Europe B.V.

² Hierbij gaat het om de live uitzending van wedstrijden voor de nationale beker, met uitzondering van de bekerwedstrijden vanaf de kwartfinales.

³ De afspraken zijn neergelegd in de 'Heads of Agreement' van 8 augustus 2012 en worden nader uitgewerkt in de 'Cooperation Agreement in respect of the marketing and exploitation of the Eredivisie Rights and the KNVB rights' (hierna: de Cooperation Agreement).

en de overeenkomstige artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).⁴

Bij brief van 26 november 2012 hebben partijen de NMa gevraagd om een informele zienswijze ten aanzien van de voorgenomen wijze van exploitatie van de uitzendrechten.

Doelstelling en reikwijdte van de informele zienswijze

Eredivisie C.V. (hierna: ECV) is een samenwerkingsverband van de voetbalclubs in de Eredivisie van de KNVB waarmee deze clubs hun uitzendrechten gebundeld aanbieden. ECV verleent voor de exploitatie van deze rechten een licentie aan EMM. De commerciële activiteiten van EMM die uit hoofde van deze licentie plaatsvinden liggen dus in het verlengde van de in het kader van ECV gebundelde activiteiten van de clubs. De gezamenlijke exploitatie van de uitzendrechten door de clubs via ECV is onderworpen aan artikel 6 Mw. Aldus zijn de clubs er eveneens verantwoordelijk voor dat de wijze van exploitatie van de rechten door EMM in overeenstemming is met artikel 6 Mw. Dit gegeven rechtvaardigt naar mijn oordeel het uitbrengen van onderhavige informele zienswijze.

Ik merk op dat deze informele zienswijze gebaseerd is op de feiten en omstandigheden zoals die door partijen zijn gepresenteerd. In het kader van deze zienswijze gaat de NMa ervan uit dat die informatie volledig en juist is. De NMa heeft ter zake zelf geen nader onderzoek verricht.

Voorts merk ik op dat de hier geschetste zienswijze een informeel karakter heeft. De zienswijze bindt de Raad van Bestuur van de NMa niet en het staat haar te allen tijde vrij anders te oordelen. Daarnaast laat deze zienswijze onverlet dat andere nationale dan wel Europese wetgeving op de onderhavige situatie van toepassing kan zijn, en derhalve een of meer andere instanties bevoegd kunnen zijn. Deze andere instanties zijn evenmin aan deze zienswijze gebonden.

Deze informele zienswijze heeft alleen betrekking op de voorgenomen samenwerking van partijen ten aanzien van de exploitatie van de uitzendrechten van Eredivisie wedstrijden (hierna: de uitzendrechten) en niet op de exploitatie van andere uitzendrechten zoals de KNVB-rechten.

Relatie voorgenomen samenwerking met artikel 6 Mw

In eerdere besluiten⁵ is de NMa ervan uitgegaan dat de individuele clubs rechthebbende zijn van de uitzendrechten van de door hen gespeelde thuiswedstrijden in de Eredivisie. De gezamenlijke exploitatie door de clubs van live rechten is door de NMa en door de Europese Commissie beschouwd als een mededingingsbeperking die binnen de reikwijdte van artikel 6, eerste lid, Mw kan vallen.

⁴ De artikelen 101 en 102 VWEU zijn slechts van toepassing in het geval van een potentieel of daadwerkelijk effect op de handel tussen EU lidstaten. Verwijzingen naar artikel 6 Mw in deze informele zienswijze hebben, voor zover van toepassing, tevens betrekking op artikel 101 VWEU.

⁵ Zie de NMa besluiten van 19 november 2002 en 30 juli 2003 in zaken 18 en 1162.

Wat betreft de gezamenlijke verkoop van de eerste uitzendrechten op de samenvattingen (hierna: samenvattingsrechten)⁶ heeft de NMa in het verleden overwogen dat deze niet binnen de reikwijdte van artikel 6, eerste lid, Mw komt voor zover deze beperkt blijft tot hetgeen noodzakelijk is voor het creëren van een totaaloverzicht.⁷ Wel is het zo dat de wijze waarop de samenvattingsrechten door de clubs in licentie worden gegeven binnen de reikwijdte van artikel 6, eerste lid, Mw kan komen.

Artikel 6, derde lid, Mw bevat een uitzondering op het kartelverbod indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Zo moet er sprake zijn van: 1) een verbetering van de productie of distributie of een bevordering van de technische of economische vooruitgang; waarvan (2) een billijk aandeel aan de gebruikers ten goede komt. Eventuele beperkingen moeten wel (3) onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen en (4) de concurrentie moet niet worden uitgeschakeld. In het licht hiervan heeft de NMa eerder overwogen dat niet in strijd met het kartelverbod wordt gehandeld indien de gezamenlijke exploitatie door de clubs van de live rechten en de samenvattingsrechten de concurrentie op de *downstream* markten – dit zijn de markten waarop distributieplatforms⁸ en televisiezenders⁹ actief zijn – niet onnodig of te vergaand belemmert.

Voorgenomen wijze van exploitatie

Momenteel is reeds sprake van centraal gecoördineerde verkoop van uitzendrechten door de voetbalclubs via ECV. In 2008 heeft ECV, in samenwerking met de KNVB en Endemol, EMM opgericht om de live rechten van de clubs te exploiteren op een eigen betaalzender (de Eredivisie Live kanalen). Ook de exploitatie van de samenvattingsrechten van de clubs geschiedt sinds 2008 via EMM, die in dat verband aan de NOS een licentie heeft verleend voor de uitzending van de eerste samenvattingsrechten.

Partijen hebben aangegeven dat zij na de voorgenomen concentratie geen wijziging zullen brengen in de wijze van exploitatie van de uitzendrechten van live beelden (hierna: de live rechten) door EMM. EMM zal de exploitatie van de live rechten van de Eredivisie wedstrijden door middel van de Eredivisie Live kanalen ongewijzigd voortzetten.

⁶ De eerste samenvattingsrechten zijn de exclusieve televisierechten ten behoeve van het uitzenden van samenvattingen, fragmenten en flitsen van de Eredivisie wedstrijden op het open net die voor een specifieke periode aan één televisie omroep worden verleend, namelijk vanaf het begin van de speelronde tot 23.59 uur op de laatste speeldag van de desbetreffende speelronde (dit is meestal zondag 23.59 uur).

⁷ Zie de NMa besluiten van 19 november 2002 en 30 juli 2003 in zaak 1162.

⁸ De NMa interpreteert het begrip 'distributieplatform' in deze zienswijze als een partij die over een infrastructuur (zoals kabel, ether of DSL) televisie aanbiedt, zoals UPC, Ziggo en KPN.

⁹ De NMa interpreteert het begrip 'televisiezender' in deze zienswijze als een partij die televisie aanbiedt waarmee kijkers & adverteerders (bij vrij toegankelijke televisie) of abonnees (bij betaaltelevisie) worden aangetrokken. Een televisiezender onderhandelt met het distributieplatform over de doorgifte van de zender.

Voor de samenvattingsrechten geldt dat deze tot juli 2014 in licentie zijn gegeven aan de NOS. Voor de periode vanaf 1 juli 2014 overweegt EMM de samenvattingsrechten zelf te gaan exploiteren. Voor dit doel wordt mogelijk een eigen nieuwe televisiezender opgericht (het Fox NL kanaal). Om dit te kunnen doen is vereist dat de nieuwe televisiezender een 'open televisieprogrammakanaal' is in de zin van de Mediawet.¹⁰ Dit houdt onder andere in dat het kanaal kan worden ontvangen door ten minste 75% van alle huishoudens in Nederland. In het geval met de nieuwe televisiezender van EMM niet een bereik van 75% van de huishoudens kan worden bereikt zal EMM de eerste uitzendrechten mogelijk weer aan derden in licentie uitgeven.

Mogelijke mededingingsproblemen bij voorgenomen exploitatie

De NMa heeft met partijen gesproken over mogelijke beperkingen van de mededinging op de *downstream* markten die het gevolg kunnen zijn van de voorgenomen exploitatie van de uitzendrechten. Hierbij heeft de NMa tevens de zorgen van marktpartijen betrokken.¹¹ Hieronder ga ik eerst in op mogelijke beperkingen van de mededinging op de markt waarop distributieplatforms actief zijn en daarna op mogelijke beperkingen op de markt waarop televisiezenders actief zijn.

1. Mogelijke beperking concurrentie distributieplatforms

Ten eerste acht ik van belang dat de voorgenomen wijze van exploitatie de concurrentie tussen distributieplatforms niet onnodig verstoort. De concurrentie tussen distributieplatforms zou verstoord kunnen worden indien de Eredivisie Live kanalen en/of het Fox NL kanaal (waarop de samenvattingen te zien zullen zijn) op basis van exclusieve en/of discriminatoire voorwaarden zou worden aangeboden aan distributieplatforms. Daarmee bestaat een risico op uitsluiting van distributieplatforms.

2. Mogelijke beperking concurrentie televisiezenders

Ten tweede acht ik van belang dat de concurrentie tussen televisiezenders niet onnodig wordt verstoord. De beschikbaarheid van samenvattingsrechten kan van belang zijn voor zowel bestaande televisiezenders als voor potentiële toetreders. Het is daarmee van belang dat de samenvattingsrechten periodiek en op effectieve wijze ter beschikking komen op de markt.

Enkele televisiezenders hebben in het marktonderzoek aangegeven dat de concurrentie tussen televisiezenders eveneens beperkt zou kunnen worden omdat de voorgenomen samenwerking tot gevolg kan hebben dat de rechten voor live uitzenden van Eredivisiewedstrijden voor een langere periode niet voor andere televisiezenders beschikbaar zullen zijn. Ik ben er echter vooralsnog niet van overtuigd dat deze rechten noodzakelijk zouden zijn om te kunnen concurreren op de

¹⁰ Zie voor de volledige definitie van een open televisieprogrammakanaal artikel 1.1, eerste lid, van de Mediawet.

¹¹ Bij de beoordeling van de concentratie zijn door de NMa marktpartijen geconsulteerd. Diverse marktpartijen hebben hun zorgen geuit over mogelijke beperkingen van de mededinging die het gevolg kunnen zijn van een wijziging van de exploitatie door EMM. Voor zover relevant zijn de reacties van marktpartijen in deze informele zienswijze betrokken.

mogelijke markt voor (premium) betaaltelevisie. Ontwikkelingen op de markt in het verleden geven hiervoor geen aanleiding. Voorts wijzen partijen erop dat op de *tender* in 2007, toen de live uitzendrechten in verschillende pakketten aan televisiezenders werden aangeboden, dusdanig lage biedingen kwamen dat EMM is overgegaan op een alternatieve wijze van exploitatie (namelijk: de Eredivisie Live kanalen).

In een aantal andere Europese landen worden live uitzendrechten in verschillende pakketten aangeboden aan betaaltelevisiezenders.¹² Veelal worden (vrijwel) alle pakketten van live uitzendrechten door één betaaltelevisiezender verworven. Daarnaast worden deze betaaltelevisiezenders niet noodzakelijkerwijs aan alle distributieplatforms aangeboden.

Nadere invulling voornemens inzake de exploitatie van de uitzendrechten

Partijen hebben in relatie tot de hiervoor genoemde potentiële mededingingsbezwaren die het gevolg kunnen zijn van de voorgenomen exploitatie van de uitzendrechten nadere invulling gegeven aan hun voornemens. Hieronder wordt ingegaan op deze nadere invulling van de voornemens.

1. Nadere invulling voornemens vanwege mogelijke beperking concurrentie distributieplatforms

Partijen hebben aangegeven dat zij de Eredivisie Live kanalen op non-discriminatoire voorwaarden aan alle geïnteresseerde distributieplatforms zullen aanbieden. Dat houdt in dat voorwaarden in gelijke omstandigheden in beginsel gelijk zullen zijn. Voor verschillen zal een objectieve rechtvaardiging moeten bestaan. De non-discriminatieverplichting zal onder meer de volgende verplichtingen inhouden:

1. Partijen zullen de prijs van de Eredivisie Live kanalen niet afhankelijk stellen van de grootte van een distributieplatform (op basis van het totale aantal aangeslotenen van het platform), behoudens wanneer dit een rechtvaardiging vindt in financiële voor- of nadelen aan de kant van EMM.
2. Partijen zullen de geïnteresseerde distributieplatforms de mogelijkheid bieden één of meerdere van de in de markt zelfstandig aangeboden Eredivisie Live producten af te nemen. Het verschil in prijs tussen de afzonderlijk aangeboden Eredivisie Live producten en het totaalpakket aan Eredivisie Live producten zal worden bepaald aan de hand van objectieve criteria.
3. Partijen zullen licenties voor de Eredivisie Live producten of het verlenen van kortingen op deze licenties niet afhankelijk stellen van de afname van zenders van Fox Entertainment of van het Fox NL Kanaal.

¹² Zie het besluit van de Europese Commissie besluiten van 19 januari 2005 in de *Bundesliga* zaak (COMP/C-2/37.214) en het besluit van de Europese Commissie van 22 maart 2006 in de *Premier League* zaak (COMP/C-2/38.173).

Opdat de distributieplatforms kunnen nagaan of wordt voldaan aan de bovengenoemde non-discriminatieverplichting, zullen partijen in de overeenkomst met de geïnteresseerde distributieplatforms de volgende bepaling opnemen:

“Gedurende de looptijd van de overeenkomst mag het distributieplatform, op eigen kosten en voor eigen rekening, een onafhankelijke en internationaal erkende registeraccountant met geheimhoudingsplicht aanwijzen om de relevante boeken van EMM te controleren met het enkele doel te verifiëren of de Eredivisie Live kanalen aan hem worden aangeboden tegen niet-discriminatoire voorwaarden en mits voor dit verzoek een gegronde reden bestaat. Een dergelijk accountantsonderzoek mag één (1) keer in de twaalf (12) maanden plaatsvinden, over een maximum periode van twaalf (12) maanden en enkel voor zover ten aanzien van deze periode niet eerder een accountantscontrole door het distributieplatform heeft plaatsgevonden. De controle zal worden uitgevoerd bij EMM gedurende normale werktijden. Het distributieplatform zal EMM schriftelijk in kennis stellen van haar voornemen een accountantscontrole te laten uitvoeren. Deze mededeling dient ten minste tien (10) werkdagen voorafgaand aan het plaatsvinden van het onderzoek te geschieden.”

Ten slotte zullen partijen het Fox NL Kanaal aan alle geïnteresseerde distributieplatforms aanbieden gedurende de periode van zes (6) jaar waarin de samenvattingrechten exclusief aan het Fox NL Kanaal zullen worden verleend.

Partijen behouden zich daarbij wel het recht voor om commerciële proposities te ontwikkelen, waarbij prikkels worden ingebouwd voor distributieplatforms om combinaties van het mogelijk op te richten Fox NL Kanaal en andere *content* van Fox door te geven. Partijen stellen dat dergelijke afspraken belangrijk kunnen zijn om zich een positie op de markt voor vrij toegankelijke televisiezenders te verwerven.

2. Nadere invulling voornemens vanwege mogelijke beperking concurrentie televisiezenders

In artikel 4.1 (a) van de Cooperation Agreement verbinden partijen zich de exclusieve licentieperiode van het Fox NL kanaal op de samenvattingrechten te beperken tot een periode van zes (6) jaar vanaf 1 juli van het jaar waarin de samenvattingrechten exclusief aan het Fox NL kanaal in licentie worden gegeven. Na deze periode zal EMM de rechten weer ter beschikking stellen aan de markt, waarbij de besluitvorming omtrent de biedingsprocedure en de gunning aan ECV zal worden voorbehouden.

ECV en Eredivisie N.V. (hierna: ENV) zullen er op toezien dat de leden van de Raad van Commissarissen van EMM benoemd door ENV de biedings- en gunningsprocedure op een transparante, non-discriminatoire en controleerbare wijze zullen laten plaatsvinden. Dat zal onder meer het volgende inhouden:

- a. Marktpartijen zullen tijdig en adequaat worden geïnformeerd over de aanvang van de biedings- en gunningsprocedure en de voorwaarden waaronder biedingen zullen worden aanvaard.
- b. De biedingen van partijen zullen vertrouwelijk worden behandeld.

Beoordeling

Hieronder geef ik mijn zienswijze op de vraag in hoeverre de voorgenomen wijze van exploitatie van de uitzendrechten, met inachtneming van de hiervoor genoemde nadere invulling van deze voornemens, kan resulteren in een mogelijke beperking van de concurrentie op de *downstream* markten en daarmee mogelijk in strijd is met artikel 6 Mw.

1. Zienswijze op mogelijke beperking concurrentie distributieplatforms

Partijen zijn voornemens de Eredivisie Live kanalen aan alle distributieplatforms controleerbaar op non-discriminatoire wijze aan te bieden. Dit betekent dat de concurrentie tussen distributieplatforms niet zal worden verstoord. Aldus zal er geen uitsluiting plaatsvinden van specifieke distributieplatforms, zelfs niet als partijen het besluit zouden nemen zelf een distributieplatform op te zetten of over te nemen.

Een voordeel van de exploitatie door EMM via de Eredivisie Live kanalen is dat deze kanalen aan alle distributieplatforms worden aangeboden. Bovendien zal dit gebeuren onder non-discriminatoire voorwaarden, waardoor bijvoorbeeld kleinere distributieplatforms niet in het nadeel zullen zijn ten opzichte van grotere. Daarnaast zullen de Eredivisie Live kanalen ook worden aangeboden aan eventuele toekomstige distributieplatforms, waardoor mogelijk technologische ontwikkelingen op het gebied van distributie van televisiesignalen worden bevorderd.

Wat betreft de mogelijke effecten van de wijze van exploitatie van de samenvattingen ten aanzien van distributieplatforms hebben partijen voorgesteld dat er geen distributieplatforms zullen worden uitgesloten, althans dat het Fox NL kanaal aan alle distributieplatforms zal worden aangeboden.

Partijen behouden zich daarbij echter wel het recht voor om commerciële proposities te ontwikkelen, waarbij prikkels worden ingebouwd voor distributieplatforms om combinaties van het Fox NL kanaal en andere *content* van Fox door te geven. Partijen stellen dat dergelijke afspraken belangrijk kunnen zijn om zich een positie op de markt voor vrij toegankelijke televisiezenders te verwerven.

Dit betekent dat het Fox NL kanaal mogelijk tegen discriminatoire voorwaarden aan verschillende distributieplatforms wordt aangeboden. Indien dit leidt tot een significante beperking van de concurrentie tussen distributieplatforms is deze exploitatiewijze mogelijk in strijd met artikel 6 en/of 24 Mw.

Wanneer bijvoorbeeld vastgesteld wordt dat het Fox NL kanaal, waarop de samenvattingen van de Eredivisie te zien zijn, 'must have' *content* is voor distributieplatforms, dat wil zeggen dat doorgifte van het Fox NL kanaal van groot belang is om te kunnen concurreren met andere distributieplatforms, dan zou EMM zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers kunnen gedragen, ook al komt dat niet direct tot uitdrukking in een hoog marktaandeel. Het hanteren van discriminatoire voorwaarden zou dan strijdig kunnen zijn met artikel 24 Mw.

De stelling van partijen dat gecombineerde aanbiedingen van het Fox NL kanaal met andere kanalen van Fox noodzakelijk zouden zijn om zich een positie op de markt voor vrij toegankelijke televisiezenders te verwerven overtuigt mij niet. Gezien de aantrekkelijkheid van de samenvattingen en overige *content* waarover het Fox NL kanaal zou kunnen beschikken, zullen distributieplatforms zeker bereid zijn om de televisiezender waarop de Eredivisiesamenvattingen te zien zijn door te geven. Het zullen dan ook eerder de andere Fox-televisiezenders zijn die in een gecombineerde aanbieding profiteren van de positie van het Fox NL kanaal, dan andersom.

2. Zienswijze op mogelijke beperking concurrentie televisiezenders

Ik zie het als positieve ontwikkeling dat partijen mogelijk een nieuwe vrij toegankelijke televisiezender zullen starten. Dit zal naar verwachting de concurrentie tussen zendgemachtigden van vrij toegankelijke televisie bevorderen en leiden tot een breder aanbod van televisieprogramma's voor consumenten. Partijen hebben aangegeven dat exclusieve exploitatie van de samenvattingsrechten noodzakelijk is om deze toetreding te bewerkstelligen.

Naar mijn mening zou een te lange exclusieve exploitatieduur echter de concurrentie tussen televisiezenders negatief kunnen beïnvloeden. Mede op basis van financiële prognoses in de businessplannen van Fox/EMM acht ik in dit geval een termijn van zes jaar redelijk om een rendabele exploitatie van de nieuwe vrij toegankelijke televisiezender mogelijk te maken. Verder vindt de NMa het van belang dat televisiezenders periodiek kunnen bieden op de samenvattingsrechten. Daarbij blijft het eveneens mogelijk voor nieuwe televisiezenders om toe te treden tot de markt met behulp van de samenvattingsrechten.

Partijen zijn hieraan tegemoet gekomen door de periode van de licentie van de samenvattingen te verkorten tot een periode van zes jaar. Verder hebben partijen voorwaarden voorgesteld die garanderen dat televisiezenders kunnen bieden op de samenvattingsrechten na afloop van de initiële periode van zes jaar. Dit betekent dat de (prospectieve) televisiezender die objectief gezien het meest aantrekkelijke aanbod doet, de samenvattingsrechten zal bemachtigen in de volgende biedingsronde.

Conclusie

Met inachtneming van het bovenstaande concludeer ik dat ik het bij naleving van de vermelde voornemens voor de wijze van exploitatie van de uitzendrechten niet waarschijnlijk acht dat de NMa ambtshalve een nader onderzoek zal instellen naar de exploitatie van de Eredivisie-uitzendrechten, behoudens in het geval nieuwe feiten of een klacht daartoe aanleiding geven, bijvoorbeeld wanneer het Fox NL kanaal tegen discriminatoire voorwaarden aan verschillende distributieplatforms wordt aangeboden en dit leidt tot een significante beperking van de mededinging.

Hoogachtend,

w.g.
Gerard Bakker
Directeur Mededinging