

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 56, lid 1, en artikel 70c, lid 1, van de Mededingingswet

Ons kenmerk: ACM/DM/2014/200545_OV

Zaaknummer: 13.0349.53

Betreft: Filmclub Naaldwijk – Stichting Bibliotheek Westland en Gemeente Westland

I. INLEIDING

Op 17 mei 2013 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 56, lid 1, respectievelijk artikel 70c, lid 1, van de Mededingingswet (hierna: Mw) ontvangen. Naar aanleiding van deze aanvraag heeft ACM onderzoek verricht. Het onderzoek richt zich op de vraag of er mogelijk sprake is van een overtreding van de artikelen 24, 25i en 25j Mw.

II. BETROKKEN PARTIJEN

Klager

De heer A.J. Leussink, handelend onder de naam Filmclub en Handelonderneming Naaldwijk (hierna: Filmclub Naaldwijk).

Beklaagden

De Stichting Bibliotheek Westland (hierna: de Bibliotheek),

De Gemeente Westland, de Burgemeester, het College van Burgemeester en Wethouders en de Gemeenteraad van de Gemeente Westland (hierna: de Gemeente).

III. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij brief van 17 mei 2013 heeft Filmclub Naaldwijk bij ACM een aanvraag om toepassing van de Mw (hierna: de aanvraag) ingediend inzake het handelen van de Bibliotheek en de Gemeente. Bij brief van 12 september 2013 en e-mails van 4 oktober 2013 en 5 december 2013 heeft Filmclub Naaldwijk desgevraagd de aanvraag nader toegelicht en aanvullende informatie verstrekt. De Gemeente heeft bij brief van 11 december 2013 desgevraagd informatie verstrekt. De Bibliotheek heeft bij brief van 16 december 2013 desgevraagd informatie verstrekt.

IV. INHOUD VAN DE AANVRAAG

De aanvraag heeft betrekking op de wijze van verhuur van dvd's en blu-ray discs door de

Bibliotheek aan haar leden en richt zich zowel tegen de Bibliotheek als de Gemeente. Filmclub Naaldwijk is van mening dat ten aanzien van de verhuur van dvd's en blu-ray discs door de Bibliotheek sprake is van overtreding van de artikelen 24, 25i en 25j Mededingingswet.

V. BEOORDELING

In het hierna volgende zal ACM eerst het juridisch kader schetsen. Vervolgens zal ACM ingaan op de beoordeling van de aanvraag in het licht van achtereenvolgend artikel 25i Mw, artikel 25j Mw en tenslotte artikel 24 Mw.

Juridisch kader

Artikel 24 Mw:

Op grond van artikel 24 Mw is het ondernemingen verboden om misbruik te maken van een economische machtspositie.

Artikel 25i Mw:

Artikel 25i Mw verplicht bestuursorganen om voor een goed of dienst die zij aanbieden ten minste de integrale kosten aan afnemers in rekening te brengen.

Artikel 25j Mw:

Op grond van artikel 25j Mw is het voor overheden verboden om hun eigen overheidsbedrijven te bevoordelen ten opzichte van concurrerende ondernemingen.

Ten aanzien van artikel 25i Mw

Overtreding van artikel 25i Mw door de Bibliotheek

Filmclub Naaldwijk is van mening dat de Bibliotheek met de wijze van verhuur van dvd's of blu-ray discs aan de leden van de Bibliotheek artikel 25i Mw overtreedt.

De Bibliotheek verhuurt onder andere boeken, dvd's en blu-ray discs uit aan haar leden. De leden betalen hiervoor een jaarlijkse lidmaatschapsbijdrage. Tot 16 jaar is het lidmaatschap gratis. Na voldoening van de lidmaatschapsbijdrage kunnen leden van de Bibliotheek dvd's en blu-ray discs lenen zonder daarvoor extra te betalen.

Voordat wordt toegekomen aan de vraag of de Bibliotheek voor het uitlenen van dvd's en blu-ray discs de integrale kosten in rekening brengt aan haar leden, moet eerst worden vastgesteld of de gedragsregel ex artikel 25i Mw in dit geval van toepassing is.

Artikel 25i Mw richt zich tot bestuursorganen. Deze bestuursorganen zijn, indien zij goederen of diensten aanbieden op een markt, verplicht om ten minste de integrale kosten aan de afnemers in rekening te brengen. Uit artikel 25h Mw volgt dat de verplichting om deze gedragsregel na te leven gericht is tot een specifieke groep publiekrechtelijke rechtspersonen. De Bibliotheek is een stichting

en daarmee een privaatrechtelijke rechtspersoon. De gedragsregel ex artikel 25i Mw is daarmee niet van toepassing op de Bibliotheek. Van een overtreding van artikel 25i Mw door de Bibliotheek kan derhalve geen sprake zijn.

Overtreding van artikel 25i Mw door de Gemeente

Voor zover Filmclub Naaldwijk van mening is dat de Gemeente artikel 25i Mw overtreedt, dient te worden opgemerkt dat artikel 25i Mw enkel ziet op situaties waarin een bestuursorgaan zelf goederen of diensten aanbiedt. In het onderhavige geval worden de dvd's en blu-ray discs uitgeleend door een zelfstandige, privaatrechtelijke rechtspersoon, de Bibliotheek. De Gemeente is niet betrokken bij het uitlenen van de dvd's en blu-ray discs. Uit navraag blijkt verder dat de Gemeente ook niet betrokken is bij het vaststellen van de tarieven.

Nu de Gemeente niet zelf de dvd's en blu-ray discs uitleent, kan niet worden gesteld dat de Gemeente een goed of een dienst aanbiedt. Derhalve is er geen sprake van een overtreding van artikel 25i Mw door de Gemeente.

Ten aanzien van artikel 25j Mw

Filmclub Naaldwijk is van mening dat de Gemeente het verbod op bevoordeling van een overheidsbedrijf ex artikel 25j Mw overtreedt omdat de Gemeente subsidie verstrekt aan de Bibliotheek.

Om te kunnen vaststellen of sprake is van een overtreding van artikel 25j, lid 1, Mw dient primair de vraag te worden beantwoord of de Bibliotheek kwalificeert als een overheidsbedrijf in de zin van artikel 25g, lid 1, Mw. Immers, enkel als de Bibliotheek kwalificeert als een overheidsbedrijf kan er mogelijk sprake zijn van overtreding van artikel 25j Mw door de Gemeente.

Als overheidsbedrijf kwalificeert volgens artikel 25g, lid 1, onder a, Mw onder andere een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen. Een publiekrechtelijke rechtspersoon is blijkens artikel 25g, lid 2, alleen in staat om het beleid te bepalen in de in artikel 25g, lid 2, onder a tot en met d, Mw genoemde gevallen.

Artikel 25g, lid 2, onder a tot en met d, Mw

Een publiekrechtelijke rechtspersoon is alleen in staat in een onderneming het beleid te bepalen in de zin van het eerste lid, onder a:

- a. indien hij, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, beschikt over de meerderheid van de stemrechten, verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen;
- b. indien meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan wordt benoemd door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen of door leden of aandeelhouders die een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn;

- c. indien de onderneming een dochtermaatschappij in de zin van artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is van een rechtspersoon waarvoor onderdeel a of b van toepassing is; of
- d. in andere gevallen, voor zover bij algemene maatregel van bestuur bepaald.

Voor deze aanvraag is het bepaalde in artikel 25g, onder b, Mw van belang.

De Bibliotheek is een stichting. Ten aanzien van de Bibliotheek moet derhalve worden nagegaan of de Gemeente al dan niet tezamen met andere publiekrechtelijke rechtspersonen meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan benoemt. Blijkens de Statuten van de Bibliotheek is dit niet het geval. Dit blijkt uit het volgende:

- De directeuren van de stichting worden benoemd, geschorst en ontslagen door de Raad van Toezicht (artikel 5 lid 1 Statuten);
- Een directeur defungeert door zijn toetreding tot de Raad van Toezicht, de gemeenteraad of het college van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Westland (artikel 9 onder f Statuten);
- De leden van de Raad van Toezicht worden benoemd en ontslagen door de raad van toezicht (artikel 11 lid 4 Statuten);
- De leden van de Raad van Toezicht kunnen niet zijn (artikel 11 lid 6 Statuten)
 - a. Directieleden
 - b. Gemeenteraadslid van de gemeente Westland; of
 - c. Lid van het college van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Westland.

De statuten van de Bibliotheek sluiten door middel van bovenstaande bepalingen uit dat de Gemeente het beleid van de Bibliotheek kan bepalen. De Bibliotheek is derhalve geen overheidsbedrijf in de zin van artikel 25g, lid 1, Mw en van overtreding van artikel 25j Mw kan derhalve geen sprake zijn.

Ten aanzien van artikel 24 Mw

Filmclub Naaldwijk is tevens van oordeel dat de Bibliotheek met het verhuren van blu-ray discs en dvd's artikel 24 Mw overtreedt.

Op grond van artikel 24 Mw is het ondernemingen verboden om misbruik te maken van een economische machtspositie. Voor de toepassing van deze bepaling dient te worden aangetoond dat:

- a) sprake is van een onderneming met een economische machtspositie;
- b) sprake is van misbruik van deze economische machtspositie.

Beoordeling

Voor de vaststelling of er in casu sprake is van een onderneming met een economische machtspositie is de relevante markt, en het aandeel van de Bibliotheek op deze markt van belang.

Zowel de Bibliotheek als Filmclub Naaldwijk zijn actief op het gebied van dvd en blu-ray-disc verhuur.

Voor de beoordeling of er mogelijk sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw is van belang om te onderzoeken of de relevante productmarkt zich beperkt tot de verhuur van dvd en blu-ray discs, of dat mogelijk meer producten deel uitmaken van de relevante markt. De positie van de Bibliotheek op de relevante markt is immers afhankelijk van de omvang van deze markt.

Uit een onderzoek van de Nederlandse Video Detaillisten Organisatie (NVDO) uit 2004¹ blijkt dat videotheken ten aanzien van hun verhuur-activiteiten niet alleen concurrentie ondervonden van andere videotheken en ondernemingen die dvd's en blu-ray discs verhuren, maar ook van de koop-dvd (in 2004 ook nog in enige mate de koop-video), en destijds in mindere mate van pay-tv, het downloaden van films via internet en het digitaal schotelgebruik. Van bioscopen bleken de videotheken nauwelijks concurrentiedruk te ondervinden.

In de periode sinds het onderzoek uit 2004 is het aantal videotheken in Nederland aanzienlijk afgenomen. Uit cijfers van het Hoofdproductschap blijkt dat het aantal videotheken in Nederland in de periode van 2002 - 2012 is afgenomen van 1280 in 2002 naar 360 in 2012². Als redenen voor deze afname worden door de sector zelf genoemd: de veranderende markt en specifiek ontwikkelingen met betrekking tot het (al dan niet illegaal) downloaden van films, video/ film on demand, en een uitgebreider TV aanbod³.

Dit beeld wordt bevestigd in cijfers van onderzoeksbureau Synovate waaruit blijkt dat de videotheek minder populair is door de komst van video on demand (VoD). Meer dan de helft van de VoD-klanten (53%) zegt minder vaak een film te huren dan voorheen.⁴

Uit een onderzoek van SEO uit 2012⁵ blijkt dat de omzet uit verhuur van dvd's en blu-ray discs in Nederland is in 5 jaar praktisch gehalveerd (van 90 miljoen Euro in 2006 naar 50 miljoen Euro in 2011) en in de komende vier jaar (2011-2015) nog eens 8 procent per jaar zal krimpen. Ondertussen stijgt de omzet uit digitale vormen van verhuur sterk. Uit het onderzoek van SEO komt tenslotte ook naar voren dat VoD diensten inmiddels een substituut zijn voor verhuur van films in videotheken.

Het bovenstaande is een sterke indicatie dat de productmarkt waarop de Filmclub en de Bibliotheek actief zijn, niet beperkt is tot de verhuur van dvd en blu-ray discs maar mogelijk ook de verkoop van dvd's en blu-ray discs, en ook online diensten als video on demand omvat. Uitgaande van een dergelijke ruimere markt is het zeer onwaarschijnlijk dat de Bibliotheek op die markt een

¹ Consumentenmonitor NVDO, oktober 2004

² http://detailhandel.info/pages/15/Winkels/Videotheken/Aantal-winkels.html?subonderwerp_id=799

³ Zie bijvoorbeeld het faillissementsverslag van Movi Max B.V. op

<http://www.boskampwillems.nl/faillissementsverslagen>, of

<http://www.entertainmentbusiness.nl/sites/default/files/artikelen/2008/12/12eb29.pdf>;

<http://www.omroepwest.nl/nieuws/18-11-2013/eigenaar-haagse-videotheek-dit-niet-meer-op-te-brengen>

⁴ Nu.nl, 25 december 2011, Achaffaye

⁵ SEO, Digitale drempels, knelpunten voor legaal digitaal aanbod in de creatieve industrie, juni 2012, hoofdstuk 3

machtspositie inneemt.

Nu er een sterke indicatie is dat de Bibliotheek geen machtspositie inneemt op de relevante productmarkt omdat deze zowel de verhuur als verkoop van dvd's en blu-ray discs bevat, alsook online diensten als video on demand, is het bepalen van de geografische markt in dit stadium niet noodzakelijk. Op de relevante geografische markt wordt in dit besluit dan ook verder niet ingegaan

Prioritering

Voor het exact afbakenen van de relevante markt, en vervolgens het bepalen van het marktaandeel van de Bibliotheek op deze markt, zal ACM nader onderzoek moeten doen. Mocht na een dergelijk onderzoek worden vastgesteld dat de Bibliotheek een machtspositie op de relevante markt inneemt, hetgeen zoals hierboven aangegeven niet waarschijnlijk is, zal vervolgens moeten worden onderzocht of de voorwaarden waarop de Bibliotheek de dvd's en blu-ray discs verhuurt, leiden tot misbruik als bedoeld in artikel 24 Mw. Een dergelijk onderzoek vergt een aanzienlijke inzet van capaciteit.

Bij ACM komen meer signalen en klachten over gedragingen van ondernemingen binnen dan zij aan onderzoek kan onderwerpen gezien haar beschikbare tijd en middelen. ACM is daarom genoodzaakt om bij de behandeling van klachten een prioriteringsbeleid te hanteren. Dit houdt in dat ACM aan de hand van een weging van het algemeen belang, het individuele belang van aanvrager en eventueel betrokken maatschappelijke belangen bepaalt of zij naar aanleiding van een klacht nader onderzoek verricht. Het aldus bepaalde belang van nader onderzoek naar aanleiding van een klacht wordt daarbij integraal afgewogen tegen het belang van onderzoek in andere zaken.

Gelet op de opdracht die de wetgever aan ACM heeft gegeven, hecht ACM bij deze belangenafweging veel gewicht aan het algemeen belang. Het algemeen belang dat betrokken is bij onderzoek van ACM, bepaalt ACM aan de hand van een aantal prioriteringscriteria. Deze prioriteringscriteria zijn: het economische belang, het belang voor de consument, de ernst van de vermoedelijke overtreding en de doeltreffendheid en doelmatigheid van het optreden van ACM.

In het licht van de bovengenoemde belangenafweging geeft ACM momenteel voorrang aan andere onderzoeken. Hierboven is reeds aangegeven dat een eerste analyse van de relevante markt een sterke indicatie geeft dat de Bibliotheek geen machtspositie bezit. ACM betwijfelt of een uitgebreid onderzoek naar de voor deze klacht relevante markt, tot een andere conclusie zal leiden. Een uitgebreid nader onderzoek naar de relevante markt acht ACM derhalve niet doelmatig.

Gezien het bovenstaande weegt het belang van onderzoek naar aanleiding van deze klacht minder zwaar dan het belang van onderzoek in andere zaken. ACM zal dan ook geen onderzoek doen naar aanleiding van deze klacht. Dit sluit overigens niet uit dat de afweging in de toekomst anders zou kunnen uitvallen.

Conclusie juridische beoordeling

Gelet op het bovenstaande concludeert ACM dat er geen sprake is van een overtreding van de artikelen 25i en 25j Mw. Op grond van haar prioriteringsbeleid zal ACM zal geen nader onderzoek doen naar een mogelijke overtreding van artikel 24 Mw.

BESLUIT

- De aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 56, lid 1, Mw wordt afgewezen.
- De aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 70c, lid 1, Mw wordt afgewezen.

Datum: 18 maart 2014

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.
Dr. B.L.K. Vroomen
Teammanager
Directie Mededinging

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 Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.

