

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van de bezwaren gericht tegen zijn besluit van 22 januari 1998, kenmerk 1/6.B44, tot afwijzing van een verzoek tot het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom op basis van artikel 83, eerste lid, van de Mededingingswet.

Betreft: zaaknr. 1 - Holdingmaatschappij De Telegraaf versus NOS en HMG

1. Het verloop van de procedure

1.1 Bij brief van 2 januari 1998 heeft N.V. Holdingmaatschappij De Telegraaf (hierna: de Telegraaf) de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: de d-g NMa) verzocht aan de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: de NOS) en RTL/Veronica de Holland Media Groep S.A. (hierna: HMG) een voorlopige last onder dwangsom op te leggen op basis van artikel 83 van de Mededingingswet (hierna: Mw).

1.2 Het verzoek een voorlopige last onder dwangsom op te leggen, maakt deel uit van een klacht van de Telegraaf over een weigering van de NOS en HMG aan de Telegraaf te leveren een chronologische opgave van alle radio- en televisieprogramma's die door de publieke omroepverenigingen, respectievelijk RTL4, RTL5 en Veronica worden uitgezonden (hierna: programmagegevens) en een op die klacht gebaseerd verzoek om aan de NOS en HMG op basis van artikel 24 j° 56, eerste lid, Mw een last onder dwangsom op te leggen (hierna: het verzoek ten gronde).

1.3 Bij besluit van 22 januari 1998 met het kenmerk 1/6.B44 (hierna: de afwijzing) heeft de d-g NMa het verzoek tot het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom afgewezen. Daarbij is tevens meegedeeld dat het verzoek voor het overige in behandeling is genomen.

1.4 Op 11 februari 1998 heeft de d-g NMa een bezwaarschrift d.d. 10 februari 1998 van de Telegraaf ontvangen, gericht tegen de afwijzing.

1.5 Het bezwaar is behandeld ter hoorzitting van 26 maart 1998. De Telegraaf, de NOS en HMG zijn daar verschenen. Voorts was als belangstellende vertegenwoordigd PCM-uitgevers. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt. Dit is op 8 april 1998 aan partijen toegezonden. De Telegraaf en de NOS hebben bij brieven van respectievelijk 15 april 1998 en 16 april 1998 op het verslag gereageerd. De reacties zijn aan het verslag gehecht.

1.6 Op 13 maart 1998, derhalve hangende de bezwaarprocedure tegen de afwijzing van het verzoek om op basis van artikel 83 Mw een voorlopige last onder dwangsom op te leggen, is in het onderzoek op het verzoek ten gronde, een rapport uitgebracht met het kenmerk 1/40.R44. Het rapport behelst het voornemen de gedragingen van de NOS en HMG waarover de Telegraaf heeft geklaagd, in strijd met de Mw te verklaren en een verzoek dat de NOS in de bodemprocedure heeft gedaan om artikel 25 Mw toe te passen, af te wijzen.

2. Het verzoek een voorlopige last onder dwangsom op te leggen

2.1 De Telegraaf heeft verzocht aan de NOS en HMG een voorlopige last op te leggen, inhoudende de aanwijzing aan de NOS en HMG om met onmiddellijke ingang de programmagegevens van haar zenders tegen een marktconform tarief ter beschikking te stellen aan de Telegraaf op straffe van een dwangsom van f 50.000,- per dag. Dit verzoek is door de Telegraaf ter hoorzitting nader geconcretiseerd in die zin dat voor het bepalen van een marktconform tarief, de tarieven die in rekening worden gebracht aan dagbladen, uitgangspunt zouden moeten zijn.

2.2 De Telegraaf heeft ter onderbouwing van dit verzoek aangevoerd dat de publieke omroepen sedert 1 september 1997 de mogelijkheid hebben hun omroepbladen om te vormen tot tijdschriften die met uitgaven van de Telegraaf concurreren. Wanneer de Telegraaf niet over programmagegevens kan beschikken kan zij deze concurrentie niet op korte termijn beantwoorden en zal zij onherstelbare schade aan haar marktpositie lijden.

3. Het besluit tot afwijzing van een voorlopige last onder dwangsom

3.1 De afwijzing van 22 januari 1998 is gebaseerd op de overweging dat hoofdregel in het systeem van de Mededingingswet is dat aan de oplegging van een sanctie een onderzoek vooraf gaat, welk onderzoek uitmondt in een rapport. De mogelijkheid een voorlopige last onder dwangsom op te leggen is een uitzondering op deze hoofdregel voor gevallen waarin prima facie aannemelijk is dat sprake is van een overtreding en onverwijld spoed naar het voorlopig oordeel van de d-g NMa ingrijpen vereist.

Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet heeft de wetgever het oog gehad op ingrijpende onomkeerbare gevolgen. Daarvan is in elk geval sprake wanneer de existentie in het geding is van de onderneming(en) jegens wie de (gestelde) overtreding wordt begaan. Over het algemeen zal onrechtmatig veroorzaakt financieel nadeel niet onomkeerbaar zijn.

Uit het verzoek van de Telegraaf blijkt niet dat zich in casu dermate ernstige onomkeerbare gevolgen (dreigen) voor (te) doen, dat een onderzoek naar de gestelde overtreding niet kan worden afgewacht.

4. De gronden van het bezwaar

4.1 In bezwaar heeft de Telegraaf aangevoerd dat de afwijzing is gebaseerd op onjuiste maatstaven en op een onjuiste toepassing van de gehanteerde maatstaven.

4.2 Overtredingen van zodanige aard dat niet met het opleggen van een last gewacht kan worden, zijn meer dan alleen gevallen waarin zich onomkeerbare gevolgen voordoen en ook meer dan gevallen waarin de bedrijfscontinuïteit in gevaar komt. Ook in andere omstandigheden kan spoed geboden zijn. Dit geldt in ieder geval voor gevallen waarin de gevolgen wellicht niet volledig onomkeerbaar zijn, maar wel zo ernstig dat niet gewacht kan worden met het opleggen van een last.

4.3 Er is in casu sprake van een prima facie overtreding en van een spoedeisend belang. Sedert de inwerkingtreding van de Wet Liberalisering Mediawet is er een nieuwe markt ontstaan voor persuitgaven die te beschouwen zijn als normale publieksuitgaven waarin programmagegevens zijn opgenomen. Door de weigering van de NOS en HMG om hun

programmagegevens ter beschikking te stellen is het voor de Telegraaf onmogelijk zich een aandeel op die nieuwe markt te verwerven. Tegen de tijd dat de d-g NMa een onherroepelijke beslissing op het verzoek ten gronde zal hebben genomen, zal de Telegraaf een aanzienlijke achterstand hebben opgelopen. Het is de vraag of de Telegraaf zich dan alsnog een plaats zal kunnen verwerven. Daarmee zullen in ieder geval veel extra inspanningen en reclamekosten gemoeid zijn. Ter hoorzitting heeft de Telegraaf betoogd dat haar schade kan oplopen tot f per jaar.

5. Het standpunt van de NOS en HMG

5.1 De NOS heeft zich op het standpunt gesteld dat de d-g NMa is uitgegaan van een juiste opvatting inzake (het ontbreken van) spoedeisendheid. Zij voegt daaraan toe dat van rechtstreekse concurrentie van de zijde van de omroepen met uitgaven van de Telegraaf (nog) geen sprake is en dat van concurrentievervalsing ingevolge artikel 57 A van de Mediawet ook in de toekomst geen sprake zal zijn. Voorts betwist de NOS dat er sprake is van schending van de Mw. Zij stelt zich op het standpunt dat de weigering programmagegevens aan de Telegraaf te leveren, een rechtmatige uitoefening van haar auteursrecht is.

5.2 HMG sluit zich in grote lijnen bij het betoog van de NOS aan. Zij betwist dat er een afzonderlijke markt voor publiekstijdschriften met programmagegevens bestaat, althans dat dit een relevante productmarkt is. Zij geeft voorts aan geen concrete plannen voor de uitgave van een nieuw publiekstijdschrift te hebben.

6. De beoordeling van het bezwaar

6.1 Gelet op artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht en op de naar voren gebrachte bezwaren, staat ter heroverweging de vraag op basis van welke criteria moet worden beslist op een verzoek om toepassing van artikel 83 Mw en tot welke beslissing toepassing van die criteria in het onderhavige geval moet leiden.

6.2 Ingevolge artikel 83, eerste lid, Mw kan de d-g NMa een voorlopige last onder dwangsom opleggen, indien naar zijn voorlopige oordeel aannemelijk is dat artikel 6, eerste lid, of artikel 24, eerste lid, Mw is overtreden, en onverwijlde spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist.

6.3 De d-g NMa is voornemens een terughoudend gebruik te maken van de bevoegdheid die hem in artikel 83 Mw is toegekend. Deze beleidskeuze sluit aan bij hetgeen de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 83 Mw voor ogen heeft gestaan. Het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom door de d-g NMa is in beginsel een diepingrijpende maatregel. De Mw gaat er dan ook van uit dat een dergelijke maatregel met de grootste zorgvuldigheid wordt voorbereid. Elementen in deze zorgvuldigheid zijn hoor en wederhoor, onderzoek, rapportage door gespecialiseerde ambtenaren en beoordeling door andere ambtenaren die niet bij het onderzoek en de rapportage in de desbetreffende de zaak betrokken zijn geweest. De d-g NMa stelt zich op het standpunt dat slechts om zwaarwegende redenen op de resultaten van deze zorgvuldige besluitvorming vooruit kan worden gelopen. De vraag of zich zwaarwegende redenen voordoen die ertoe nopen op de resultaten van het onderzoek vooruit te lopen door het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom, moet telkens worden beantwoord met inachtneming

van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij kunnen, niet vooraf volledig in aantal en gewicht in te schatten, variabele factoren een rol spelen. Deze factoren zullen met name zwaarwegende redenen als hier bedoeld opleveren indien het tijdsverloop dat met de normale procedure is gemoeid naar verwachting tot gevolg zal hebben dat de te treffen maatregel niet meer ten volle het daarmee beoogde effect zal hebben, waardoor het belang van de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in het algemeen of van de door de overtreding getroffen onderneming(en) in het bijzonder, in ernstige mate wordt getroffen. De te treffen maatregel kan het beoogde effect in het bijzonder missen wanneer intussen onomkeerbare gevolgen zijn ontstaan. Van een onomkeerbaar gevolg is in ieder geval sprake wanneer een onderneming definitief van de markt is verdrongen. De d-g NMa handhaaft derhalve - met de hier genoemde nuanceringen - uitdrukkelijk het in de afwijzing neergelegde afwegingskader.

6.4 Toepassing van dit afwegingskader op het verzoek van de Telegraaf leidt - ook in heroverweging - tot afwijzing van het verzoek van de Telegraaf aan de NOS en HMG een voorlopige last onder dwangsom op te leggen. Het onderzoeksrapport dat inmiddels is verschenen ondersteunt het standpunt van de Telegraaf dat door de NOS en HMG misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie. De d-g NMa acht de door de Telegraaf gestelde belangen echter niet voldoende spoedeisend om het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom te rechtvaardigen. Er is geen sprake van onomkeerbare gevolgen die meebrengen dat een eventueel te treffen maatregel van de d-g NMa niet meer de daarmee beoogde effecten zal kunnen hebben.

6.5 Allereerst is van belang dat de continuïteit van de Telegraaf onbetwist niet in het geding is. Voorts is ter hoorzitting van de zijde van de Telegraaf verklaard dat het aantal tijdschriften dat jaarlijks van de markt verdwijnt en daartoe toetreedt groot is in verhouding tot het totale aantal publiekstitjdschriften. Dit impliceert dat de toetredingsdrempel tot de markt van publiekstitjdschriften in het algemeen niet hoog is. De Telegraaf heeft niets aangevoerd dat reden geeft te oordelen dat dit anders is voor wat betreft tijdschriften waarin programmegegevens zijn opgenomen.

6.6 Ter ondersteuning van het verzoek een voorlopige last onder dwangsom op te leggen heeft de Telegraaf aangevoerd dat latere toetreding tot de markt extra inspanningen en reclame-kosten zal vergen. Voorzover deze stelling al juist is - niet is gebleken dat de NOS of HMG dan wel de omroepverenigingen activiteiten hebben ontplooid ten gevolge waarvan reeds belangrijke wijzigingen in de marktverhoudingen in gang zijn gezet - levert zij niet een voldoende spoedeisend belang op. Ter hoorzitting is van de zijde van de NOS en HMG desgevraagd verklaard dat er geen reden is aan te nemen dat wanneer de burgerlijke rechter de NOS en HMG aansprakelijk zal achten voor schade veroorzaakt door handelen in strijd met de Mw, deze schade niet op de NOS en HMG zal kunnen worden verhaald, ook niet indien de rechter de Telegraaf zou volgen in het oordeel dat deze schade op vele tientallen miljoenen guldens moet worden begroot. Ook uit het onderzoeksrapport en hetgeen overigens algemeen bekend is, kan worden opgemaakt dat de NOS en HMG voldoende draagkrachtig zijn om verhaal voor onrechtmatig veroorzaakte schade te bieden. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de NOS en HMG bij uitstek partijen zijn aan wie desgevorderd zou kunnen worden opgelegd bij wege van schadevergoeding in natura een bijdrage te leveren aan de door de Telegraaf bedoelde reclame-inspanning. Niet aannemelijk is derhalve dat de door de Telegraaf gestelde schade een onomkeerbaar gevolg is dat aan het afwachten van een beslissing van de d-g NMa op het verzoek ten gronde in de weg staat.

Dit geldt temeer nu het onderzoek snel vordert. Een rapport is reeds uitgebracht en een besluit naar aanleiding daarvan is binnen enkele maanden te verwachten. De Telegraaf heeft ter hoorzitting aangevoerd dat de werking van een besluit op het verzoek ten gronde ingevolge artikel 63,

eerste lid, Mw in beginsel wordt opgeschort gedurende de termijn dat daartegen gerichte rechtsmiddelen aanhangig zijn. Deze situatie zal zich echter slechts voordoen indien de d-g NMa alsdan - wanneer het onder 6.3 bedoelde zorgvuldige onderzoek en beoordeling zullen hebben plaatsgevonden - zou besluiten geen toepassing te geven aan artikel 63, tweede lid, Mw. Dat laatste impliceert dat de d-g NMa alsdan van oordeel zal zijn dat het belang van de Telegraaf niet een onmiddellijke inwerkingtreding vergt. De regeling van artikel 63 Mw levert derhalve geen zelfstandige grond op die het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom rechtvaardigt.

6.7 Ten overvloede wordt opgemerkt dat de d-g NMa zich in zijn oordeel over het gestelde spoedeisend belang gesterkt ziet doordat de Telegraaf ook zelf geen aanleiding heeft gevonden onmiddellijk na inwerkingtreding van de Mw al het mogelijke te doen om de gewenste programmeergevens te verkrijgen. In het bijzonder heeft de Telegraaf deze niet in een civiel kort geding opgevorderd. Hierbij is van belang dat het oordeel van de d-g NMa dat wordt gehandeld in strijd met artikel 6 Mw of dat misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie als bedoeld in artikel 24 Mw niet constitutief is. Marktpartijen zijn niet van het oordeel van de d-g NMa afhankelijk voordat zij in rechte een beroep kunnen doen op deze bepalingen van de Mw. Van partijen die stellen een (spoedeisend) belang te hebben bij beëindiging van een handelen dat indruist tegen de Mw, kan binnen redelijke grenzen worden gevegd dat zij gebruik maken van de civielrechtelijke instrumenten die hen daartoe ter beschikking staan.

6.8 Aangezien ook in heroverweging is gebleken dat niet is voldaan aan het in artikel 83 Mw gestelde vereiste van onverwijlde spoed en ook overigens geen gebreken aan het besluit van 22 januari 1998 naar voren zijn gekomen, komt het bezwaar tegen de afwijzing van het verzoek om toepassing van artikel 83 Mw, niet voor gegrondverklaring in aanmerking.

Beslissing

De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit verklaart de bezwaren ongegrond en handhaaft het besluit van 22 januari 1998 tot afwijzing van het verzoek tot oplegging van een voorlopige last onder dwangsom.

Datum:

A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse mededingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking beroep instellen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Dit besluit is verzonden:

[terug](#)

Aan de inhoud van deze pagina's kunt u geen rechten ontleen.