

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot afwijzing van een aanvraag tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet.

Betreft: Zaaknummer 6: V.o.f. Regio Radio & T.V. Happy Radio vs. Stichting APR en Zaaknummer 9: Stichting Radio Octaaf vs. Stichting APR (gevoegde zaken)

I INLEIDING

1. Op 5 januari 1998, alsmede op 7 januari 1998, heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: Dg -NMa) een aanvraag ontvangen van v.o.f. Regio Radio & T.V. Happy Radio (verder: Happy Radio), respectievelijk de Stichting Radio Octaaf (verder: Radio Octaaf) tot (oorspronkelijke formulering van Happy Radio) 'het geven van een bindende aanwijzing ex artikel 82I van de Mediawet aan de Stichting Algemene Programma Raad (APR) van de regio Amsterdam, Purmerend en Zaanstad om het radioprogramma van Happy Radio op een zo kort mogelijke termijn alsnog op te nemen in het basispakket radio in 1998 en zo door te geven via het kabelnet van kabelexploitant A2000'. Het verzoek van Radio Octaaf is van dezelfde strekking.

2. Beide aanvragen waren aanvankelijk (eind 1997) ingediend bij het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat). Vóór 1 januari 1998, de datum van inwerkingtreding van de Mededingingswet (Stb. 1997, 242) was het Commissariaat bevoegd ex artikel 82I van de Mediawet een bindende aanwijzing te geven, indien de beheerder van een omroepinrichting en een programmaverzorger geen overeenstemming konden bereiken over de toegang tot de kabel.

3. Aangezien artikel 82I van de Mediawet per 1 januari 1998 is vervallen, betekent dit dat het Commissariaat vanaf 1 januari 1998 geen bevoegdheid meer heeft tot het doen van een bindende aanwijzing. Bij wet is geen ander orgaan expliciet aangewezen die deze bevoegdheid vanaf 1 januari 1998 heeft overgenomen.

4. De Dg-NMa is bevoegd op grond van de Mededingingswet (Mw) te oordelen over geschillen betreffende de toegang tot de kabel. Deze bevoegdheid van de Dg-NMa geldt echter slechts als het gaat om een geschil tussen een programma-aanbieder en een kabelexploitant. De Dg-NMa is niet bevoegd te oordelen over een geschil tussen een kabelexploitant en de programmaraad, aangezien de APR een adviesorgaan is en geen onderneming in de zin van de Mededingingswet.

5. Gezien bovenstaande en in ogenschouw genomen de formulering van de twee aanvragen, is het oorspronkelijk verzoek van partijen tot het geven van een bindende aanwijzing ex artikel 82I van de Mediawet aan de APR, door de NMa behandeld als klachten op grond van artikel 24 van de Mededingingswet gericht tegen de, in casu relevante, beheerder van een draadomroepinrichting, A2000 Kabeltelevisie en Telecommunicatie (hierna: A2000). In het kader van onderhavige procedure wordt derhalve bekeken of A2000 door Happy Radio en Radio Octaaf de toegang tot de kabel te weigeren artikel 24 van de Mededingingswet heeft overtreden.

6. Beide aanvragen worden, gezien hun onderlinge samenhang, in onderhavig besluit gevoegd behandeld.

II FEITELIJKE ACHTERGROND

A Betrokken partijen

-Aanvragers-

7. Happy Radio is klager/ aanvrager van het besluit. Zij is gevestigd te Edam en is eigenaar van het muziekstation met gelijklopende naam. Het programma van Happy Radio wordt sedert juli 1997 doorgegeven via het kabelnet van het Gemeentelijk Centrale Antennebedrijf Edam-Volendam, met - in 1997 - ruim 9.000 abonnees.

8. Radio Octaaf is eveneens klager/ aanvrager van het besluit. Zij is gevestigd te Amsterdam en heeft krachtens artikel 2 van haar statuten tot doel de bevordering van vrije lokale en eventueel regionale radio-uitzendingen in en rond Amsterdam, gedurende de gehele dag en nacht, met behulp van een daartoe bestemd vermogen. Het programma van Radio Octaaf wordt noch op de kabel noch anderszins (bijv. via de ether) uitgezonden.

-Beklaagden-

9. De Stichting Algemene Programma Raad, gevestigd te Amsterdam, (hierna aangeduid als APR) is de oorspronkelijke 'beklaagde'. De APR brengt jaarlijks advies uit aan A2000 over de opname van radio- en televisieprogramma's in het basispakket van A2000. Dit advies wordt afzonderlijk uitgebracht voor radio en televisie. In casu gaat het om het door de APR aan A2000 uitgebrachte advies Kabelplan Radio 1998.

10. A2000, gevestigd te Amsterdam, is de feitelijk beklaagde. A2000 is een kabelexploitant. Het uitzendgebied (verzorgingsgebied) van het kabelnetwerk van A2000 omvat de gemeenten Abcoude, Amsterdam, Diemen, Landsmeer, Nigtevegt, Oostzaan, Ouder-Amstel, Purmerend, Weesp en Zaanstad, met - in 1997 - ca. 513.000 abonnees.

B Activiteiten betrokken partijen en feitelijke omstandigheden

-Happy Radio-

11. Happy Radio profileert zichzelf als een regionale commerciële zender. Haar doelgroep richt zich, volgens eigen zeggen, op 'luisteraars die interesse hebben in regionaal nieuws, een band hebben met hun omgeving maar tegelijkertijd vermaakt willen worden door muziek'. Happy Radio wil dat haar muziekprogramma wordt opgenomen in het basispakket radio voor het verzorgingsgebied van A2000.

-Radio Octaaf-

12. Radio Octaaf heeft, blijkens haar presentatie aan de APR d.d. 16 oktober 1998, 'haar roots in de tachtiger jaren, de tijd van de vrije, lokale zenders, ook wel Piraten genoemd'. Zij wil interactieve radio bieden, hetgeen betekent dat een groot deel van haar zendtijd wordt gevuld met telefonisch contact met de luisteraars, afgewisseld met verzoekplaten. Het kenmerkende van haar doelgroep is, volgens eigen zeggen, 'dat ze behoefte hebben aan een zender die 'van ons' is, waar je invloed op kunt uitoefenen en zo een prima alternatief biedt voor het overige aanbod'. Net als Happy Radio wil Radio Octaaf dat haar muziekprogramma wordt opgenomen in het basispakket radio voor het verzorgingsgebied van A2000.

-APR-

13. De APR, opgericht op 6 juli 1995, brengt krachtens artikel 4, eerste lid, van haar statuten aan A2000 advies uit over de samenstelling van het basispakket dat jaarlijks door de exploitant wordt vastgesteld. Bij het uitbrengen van dit advies houdt de APR rekening met wettelijke bepalingen, alsmede met de tussen de gemeente Amsterdam en A2000 afgesloten verkoopovereenkomst. Hierover het volgende.

(i) wettelijke bepalingen

14. Krachtens artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet dient de gemeenteraad in gemeenten waar een draadomroepinrichting aanwezig is een programmaraad in te stellen die, met inachtneming van artikel 82i van de Mediawet, de beheerder van een draadomroepinrichting adviseert welke omroepprogramma's hij krachtens artikel 22e van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen ten minste uitzendt naar alle aangesloten op de draadomroepinrichting. Uit artikel 22e van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen blijkt dat het basispakket bestaat uit ten minste 15 televisie- en 25 radioprogramma's, waaronder de programma's genoemd in artikel 82i van de Mediawet. Het basispakket, als bedoeld in artikel 82k, eerste lid, kan dus uit meer dan 15 televisie- en 25 radioprogramma's bestaan. De APR fungeert in casu als wettelijk orgaan krachtens dit artikel.

15. Krachtens artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet kan A2000 slechts om zwaarwichtige redenen afwijken van het advies van de APR, als bedoeld in het eerste lid. Eenzelfde bepaling is opgenomen in de verkoopovereenkomst tussen de gemeente Amsterdam en A2000, zie infra punt 18.

16. Omtrent de interpretatie van het begrip zwaarwichtige redenen zijn door leden van kamerfracties vragen gesteld. Uit de Nota naar aanleiding van het verslag van de Eerste Kamer blijkt 'dat zwaarwegende redenen kunnen zijn gelegen in het in gevaar brengen van de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het kabelnet. Ook kan het zijn dat de auteursrechtelijke aspecten niet kunnen worden geregeld, of dat door de programmaraad te veel dure programma's worden geadviseerd en daardoor het abonnement voor de aangesloten fors dient stijgen. Tenslotte kan de kabelexploitant ook afwijken van het advies

indien dat in strijd met het recht zou komen, bijvoorbeeld indien het een illegaal programma betreft waarvoor geen binnen- of buitenlandse toestemming is gegeven of een van de verplicht door de geven programma's niet in het advies is opgenomen, dan wel de programmaraad een onvoldoende divers programmapakket adviseert, hetgeen in strijd is met de wettelijke taakopdracht van de programmaraad. De staatssecretaris van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen heeft ook nog het volgende gezegd: 'Regel is dat de beheerder het advies moet opvolgen. De beheerder kan slechts om een aantal redenen afwijken. Een reden kan zijn dat de economische exploitatie in gevaar komt doordat de programmaraad de duurste programma's uit het pakket kiest. Een mogelijke reden kan ook zijn dat de auteursrechten niet geregeld kunnen worden. Een andere reden kan zijn dat de abonnementsstarieven als gevolg van het advies van de programmaraad onaanvaardbaar zouden moeten stijgen.' Tenslotte noemt hij nog als mogelijke reden 'de situatie dat de programmaraad een piraat voorstelt'.

17. Krachtens artikel 82k, vierde lid, van de Mediawet gaat de programmaraad in zijn advisering uit van een 'pluriforme samenstelling van het pakket omroepprogramma's, rekening houdend met de in de gemeente levende maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke behoeften.' Deze inhoudelijke criteria zijn ook terug te vinden in het Advies

Kabelplan radio 1998.

(ii) contract gemeente Amsterdam-A2000

18. De APR heeft in casu tevens een functie toebedeeld gekregen in het op 6 juli 1995 tussen de gemeente Amsterdam, Landsmeer, Ouder Amstel, Purmerend en Zaanstad en A2000 gesloten verkoopovereenkomst. Krachtens artikel 13 ('het basispakket'), tweede lid van deze overeenkomst streeft A2000 er naar het basispakket te laten bestaan uit - omstreeks- 26 televisiekanalen en - omstreeks - 39 radiokanalen. Krachtens artikel 15 ('APR'), tweede lid, van deze overeenkomst brengt de APR adviezen aan A2000 uit en, voorzover die betrekking hebben op de vaststelling of wijziging van het basispakket, zal A2000 daarvan alleen kunnen afwijken indien daarvoor 'financieel zwaarwegende, de normale exploitatie van het basispakket belemmerende gronden' aanwezig zijn.

-A2000-

19. A2000 beheert een kabelnetwerk met als uitzendgebied de gemeenten genoemd onder punt 10 hierboven. A2000 wordt, voor wat betreft de samenstelling van het basispakket, geadviseerd door de APR, die jaarlijks aan A2000 advies uitbrengt in het Advies Kabelplan. A2000 stelt vervolgens het Kabelplan vast. In casu omvat het basispakket van A2000, voor wat betreft radio, momenteel 39 radiokanalen.

-Advieskabelplan 1998-

20. Het bestuur van de stichting APR heeft op 3 december 1997 het Advieskabelplan radio van 5 januari 1998 t/m 31 december 1998 uitgebracht aan A2000. Ingangsdatum van dit plan is 5 januari 1998. De programma's van Happy Radio en Radio Octaaf zijn daarin niet opgenomen. De APR motiveert de afwijzing van Happy Radio als volgt: 'Happy Radio biedt een regionaal programma voor Noord Holland en is reeds gestart in Edam-Volendam. Het is een leuk commercieel format voor boven het Noordzeekanaal met vrolijke muziek en regionale nieuwsvoorziening voor deze regio's. Het programma richt zich niet op Amsterdam en het zuidelijke gedeelte van de regio, althans, er is geen informatievoorziening die iets biedt ter aanvulling van de bestaande voorzieningen. Helaas kloppen de grenzen van het verspreidingsgebied van A2000 niet met de plannen om regionaal nieuws en reclame te brengen. Als er bereidheid zou zijn het gebied boven het Noordzeekanaal separaat te bedienen is Happy Radio daarvoor een geschikte kandidaat. Het kabelnet is echter technisch en inhoudelijk een geheel.'

De APR motiveert de afwijzing van Radio Octaaf als volgt: 'Radio Octaaf baseert zijn format nog steeds op het karakter van de oude lokale piratenzender van dezelfde naam uit de 80-er jaren. Het gaat om het ten gehore brengen van verzoeknummers, gefinancierd vanuit regionale reclame. Het muziekformat wordt uiteindelijk bepaald door de luisteraar. Wel zou er per dagdeel een structuur worden aangebracht in de interactie. De aanbieder denkt binnen een jaar een zenderaandeel van 5% te halen. De APR oordeelt dat dit erg optimistisch is omdat niet kan worden aangetoond dat 'interactieve programma's anders dan door het regionale karakter ervan, zich zou onderscheiden van wat elders op het net reeds wordt geboden. Het zou een outlet zijn voor volkse muziek kunnen worden, maar dat is niet zeker, waarschijnlijk wordt het een mix van muzieksoorten. Radio Octaaf biedt niet de aanvulling op het pakket waarvoor een andere zender moet wijken.'

21. A2000 heeft dit Advieskabelplan radio 1998 overgenomen en met ingang van 5 januari ten uitvoer gebracht. Happy Radio alsmede Radio Octaaf zijn niet in het pakket opgenomen, hetgeen betekent dat hen de toegang tot de kabel door A2000 is geweigerd.

III VERLOOP VAN DE PROCEDURE

22. Op 13 januari 1998 is de ontvangst van de 'klachten' aan partijen bevestigd.

23. Op 28 januari 1998 is aanvragers om aanvullende informatie verzocht, welke informatie op 5 februari 1998 is ontvangen.

24. Op 4 maart 1998 is aan aanvragers bevestigd dat de behandelingstermijn is verlengd.

25. Op 12 maart 1998 is A2000 om informatie verzocht, waarbij A2000 is gemeld dat Happy Radio en Radio Octaaf zich tot de NMa hebben gewend met het verzoek op grond van de Mededingingswet te oordelen over het negatieve advies van de APR om genoemde radioprogramma-aanbieders niet op te nemen in het Advies Kabelplan radio 1998 met betrekking tot het door A2000 door te geven basispakket. Na verleend uitstel is de verzochte informatie op 10 april 1998 ontvangen.

26. Op 29 april, 30 juni, alsmede op 6 augustus 1998 is A2000 om aanvullende informatie verzocht, welke informatie op 13 mei, 14 juli en 13 augustus 1998 is ontvangen.

27. Aan Happy Radio en Radio Octaaf is in september 1998 meegedeeld dat in verband met de voor het onderzoek te verrichten werkzaamheden een langere behandelingstermijn nodig is en dat de klachten met voorrang behandeld zouden worden.

28. Op 12 november 1998 is aan Happy Radio, Radio Octaaf, alsmede aan A2000 het feitelijk deel van het besluit toegezonden, teneinde hen in de gelegenheid te stellen eventuele feitelijke onjuistheden hierin aan te geven. Zij hebben geen feitelijke onjuistheden hierin geconstateerd.

IV BEOORDELING

29. Artikel 24 van de Mededingingswet verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie. Voor de toepassing van artikel 24 Mededingingswet dient in casu te worden aangetoond dat:

(i) A2000 een economische machtspositie heeft op de relevante markt in de zin van de Mededingingswet

en

(ii) A2000 hiervan misbruik maakt door Happy Radio en Radio Octaaf de toegang tot de kabel te weigeren.

Dit zijn cumulatieve voorwaarden. Er dient dus zowel aan het eerste als aan het tweede criterium te zijn voldaan wil er sprake zijn van overtreding van artikel 24 Mededingingswet door A2000.

Ad (i) economische machtspositie

30. Het eerste criterium behelst de vraag of A2000 beschikt over een economische machtspositie op de relevante markt. Het antwoord op deze vraag wordt, gezien het hierna onder ad (ii) gestelde, in het midden gelaten.

31. Het tweede criterium behelst de vraag of er in casu sprake is van misbruikelijk handelen door A2000. Hierover het volgende.

Ad (ii) misbruik

32. A2000 heeft als kabelexploitant het recht zijn kabelnetwerk zo optimaal mogelijk te exploiteren door het programma pakket weloverwogen samen te stellen. Wanneer zij een programma-aanbieder de toegang tot de kabel weigert, dient zij hiervoor niet alleen een te rechtvaardigen belang te hebben, maar dient zij ook de beweegredenen achter de weigering te kunnen motiveren en onderbouwen.

33. Bij de selectie en samenstelling van deze programma's is op basis van artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet, alsmede op grond van de overeenkomst tussen de gemeente Amsterdam en A2000, een belangrijke rol weggelegd voor de APR die voor wat betreft de samenstelling van het basispakket A2000, in het advieskabelplan radio 1998, adviseert over 39 radiokanalen.

34. Op grond van artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet, alsmede blijkend uit artikel 15, tweede lid, van de overeenkomst tussen de gemeente Amsterdam en A2000 kan A2000 slechts om zwaarwegende redenen van dit advies afwijken.

35. Wat betreft de motivering en onderbouwing van de beweegredenen van A2000 voor de weigering Happy Radio en Radio Octaaf op te nemen in het basispakket, het volgende. A2000 is verzocht gemotiveerd aan te geven op basis van welke criteria zij heeft besloten om radioprogramma-aanbieders in het basispakket op te nemen en welke afwegingen daarbij een rol hebben gespeeld. A2000 antwoordde hierop (bij brief d.d. 14 april 1998) dat zij (citaat):

'conform artikel 15 lid 2 van de overeenkomst met de gemeente gehouden is het advies van de APR op te volgen, tenzij financieel zwaarwegende, de normale exploitatie van het basispakket belemmerende gronden aanwezig zijn en dat zij derhalve geen beleidsvrijheid heeft om te bepalen welke stations onderdeel uitmaken van het pakket.'

36. Tevens is A2000 gevraagd gemotiveerd aan te geven op basis van welke overwegingen A2000 de programma-aanbieders Happy Radio en Radio Octaaf de toegang tot de kabel heeft geweigerd. A2000 heeft hierop (bij brief d.d. 14 april 1998) geantwoord dat zij 'het advies van de APR conform de overeenkomst met de gemeente heeft opgevolgd'.

37. Gezien bovenstaande moge blijken dat voor A2000 slechts één mogelijkheid openstaat af te wijken van het advies van de APR en dat is indien er sprake is van zwaarwichtige redenen in de zin van artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet en artikel 15, tweede lid, van de tussen de gemeente Amsterdam en A2000 gesloten verkoopovereenkomst.

38. Door aanvragers is niet gesteld, noch zijn er gedurende het onderzoek gegronde aanwijzingen gevonden dat er in casu sprake is of zou kunnen zijn van zwaarwichtige redenen in de zin van artikel 82k, tweede lid van de Mediawet en artikel 15, tweede lid, van de hierboven genoemde verkoopovereenkomst. Voor A2000 zijn er derhalve in casu geen redenen om af te wijken van het advies van de APR.

39. Derhalve kan gesteld worden dat er in casu geen gegronde aanwijzingen zijn dat A2000 misbruikelijk heeft gehandeld door Happy Radio en Radio Octaaf de toegang tot de kabel via het basispakket te weigeren.

40. Nu er geen gegronde aanwijzingen zijn dat A2000 misbruikelijk heeft gehandeld, is het niet nodig een uitspraak te doen over de in casu relevante markt, noch over de vraag of A2000 beschikt over een economische machtspositie op die relevante markt.

V BESLUIT

Gelet op bovenstaande is de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot de conclusie gekomen dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat er sprake is van overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet. De aanvraag om toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet wordt derhalve afgewezen.

Datum: 25 november 1998

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 verzending van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Sectie Beschikkingen, Bezwaar en Beroep, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

[terug](#)

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