

Aandachtsgebied: Besluit horizontale prijsbinding, ontheffingscriterium, ontheffingsverzoek, samenhang met civiele procedures, overgangsrecht

Instantie: De minister van Economische Zaken, mede namens de staatssecretaris van VWS

Rechtspartij: Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (de 'KNVB'); gemachtigde: M.B.W. Biesheuvel

Uitspraak: 22 december 1997

Bron: Staatscourant 1997, nr. 247/68

Verzoek tot ontheffing

De KNVB heeft op 22 januari 1997 een verzoek om ontheffing ingediend van het verbod van horizontale prijsbinding, zoals neergelegd in artikel 1 van het Besluit horizontale prijsbinding.¹ Het ontheffingsverzoek heeft betrekking op een regeling voor de collectieve verkoop van televisierechten voor samenvattingen van voetbalwedstrijden gespeeld in de (PTT Telecom) Eredivisie en de Eerste Divisie (de 'Regeling'). De Regeling is vastgelegd in artikel 6, lid 1 onder c van de statuten van de KNVB d.d. 1 juli 1979 en het (concept) artikel 59, lid 1 van het Reglement Betaald Voetbal en verplicht de leden van de KNVB verbintenissen die door de KNVB, mede namens individuele leden zijn aangegaan met betrekking tot rechten voor uitzending via radio of televisie, dan wel opname te aanvaarden en na te komen. De Regeling is zo ingericht dat de betrokken clubs niet zelfstandig de televisierechten met betrekking tot samenvattingen kunnen exploiteren gedurende de eerste 24 uur na afloop van de laatste wedstrijd in de desbetreffende speelronde. Na die periode kunnen de KNVB en/of de clubs zelf weer beschikken over het beeldmateriaal. De Regeling maakt mogelijk dat de betreffende televisierechten collectief op de markt kunnen worden gebracht. De KNVB fungeert daarbij als centraal verkoopkantoor. De Regeling wordt zodanig toegepast dat de rechten alleen als totaalpakket kunnen worden verworven. Ingevolge een besluit van de Buitengewone Algemene Vergadering van de KNVB berusten de rechten om de samenvattingen in die periode uit te zenden bij de NOS en SBS 6.

De ontheffingsaanvraag strekt zich echter niet uit tot de overeenkomsten met de NOS en SBS 6. Voorts ziet de aanvraag niet op de televisierechten met betrekking tot integrale live competitiewedstrijden.

Beslissing op het ontheffingsverzoek

Op 26 september 1997 heeft de minister de Commissie Economische Mededinging (de 'Cem') advies gevraagd met het oog op zijn voorgenomen beslissing een tijdelijke ontheffing van het Besluit tot 1 juli 1998 te verlenen.² De Cem heeft op 18 december 1997 haar advies uitgebracht. De Cem was van mening dat de Regeling niet aan alle vier de voorwaarden van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag voldeed, maar kon niet tot een unaniem eindoordeel komen. De meerderheid van de Cem was van oordeel dat de Regeling niet voor ontheffing in aanmerking kwam, ook niet bij wijze van overgangsvoorziening en adviseerde het ont-

heffingsverzoek in zijn geheel af te wijzen. Een minderheid van de Cem adviseerde daarentegen tot het verlenen van de in de adviesaanvraag voorgestelde ontheffing tot 1 juli 1998. De minister van Economische Zaken sluit zich in de onderhavige beslissing van 22 december 1997 aan bij dit laatste standpunt en verleent de ontheffing van het verbod van artikel 1 van het Besluit tot 1 juli 1998.³

Reeds in de uitvoerig gemotiveerde, tot de Cem gerichte adviesaanvraag stelde de minister zich op het standpunt dat de Regeling aan geen van de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3 EG voldoet. De minister kwalificeerde de Regeling als een prijsregeling die de concurrentie tussen de individuele clubs nadelig beïnvloedt en die de clubs beperkt in hun vrijheid zelf hun prijzen vast te stellen voor de betreffende televisierechten.

Voor wat betreft de eerste voorwaarde van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag ('verbetering van de productie of de distributie of van de technische of economische vooruitgang'), was de minister het weliswaar eens met de KNVB dat de collectieve verkoop van de samenvattingen (door middel van een exclusief exploitierecht aan één zendgemachtigde) in het belang zou kunnen zijn van het publiek aangezien de Regeling zou kunnen leiden tot het tonen op een vast tijdstip van een beknopt overzicht van het competitieverloop, maar hij constateerde vervolgens dat de Regeling om uiteenlopende redenen niet het door de KNVB beoogde effect had gesorteerd. De Regeling heeft immers niet geleid tot een competitie-overzicht in één programma. Ook het argument als zou de collectieve verkoop ineens leiden tot kostenbesparingen en efficiency-voordelen omdat niet met alle individuele voetbalclubs behoeft te worden onderhandeld (teneinde als zendgemachtigde in staat te zijn een competitie-overzicht te tonen) achtte de minister niet overtuigend. Hij stelde zich daarentegen op het standpunt dat de Regeling en de daarmee gepaard gaande beperking van de keuzemogelijkheden van de afnemers tot verstarring van de markt zou leiden. Voorts werd aangenomen dat door het ontbreken van iedere mogelijke concurrentie aan de aanbodzijde het prijspeil voor de televisierechten, zeker bij een toenemende vraag, wordt opgedreven. Uiteindelijk worden de kosten afgewenteld op de consument.

Bij gebreke van het (door de KNVB) nagestreefde totaaloverzicht van het competitieverloop en het kostenopdrijvend effect van de Regeling is ook niet voldaan aan het tweede vereiste van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag ('billijk aandeel ten gunste van de gebruikers'). Ook meende de minister dat de Regeling niet voldeed aan het vereiste van onmisbaarheid, aangezien de collectieve verkoop niet noodzakelijk is om een zendgemachtigde in staat te stellen alle samenvattingen te bemachtigen ten behoeve van een competitie-overzicht. Een dergelijk overzicht kan volgens

1 Besluit van 4 februari 1993, Stb. 1993, 80 (het 'Besluit').

2 Stcrt. 187/18 van 30 september 1997.

3 Beslissing inzake adviesaanvraag KNVB (Stcrt. 247/68 van 23 december 1997).

de minister ook middels de verwerving van individuele rechten op de samenvattingen worden samengesteld. Voorts zijn minder vergaande regelingen denkbaar, bijvoorbeeld in de vorm van afstemming tussen zendgemachtigden of sublicentieregelingen. Aangezien de samenvattingen een wezenlijk bestanddeel van de markt voor televisierechten op professioneel Nederlands competitievoetbal vormden, meende de minister tot slot dat de Regeling aan de deelnemers de mogelijkheid verschaft om voor een wezenlijk deel van de relevante markt de mededinging uit te schakelen.

Hoewel aan geen van de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3 werd voldaan, meende de minister toch een tijdelijke ontheffing te moeten geven tot 1 juli 1998. Een weigering om de ontheffing te verlenen zou, aldus de minister, aanleiding kunnen geven tot onduidelijkheden over de status en/of herziening van de overeenkomsten met de NOS en SBS 6, waardoor de uitzending van de samenvattingen onzeker kan worden, hetgeen niet in het belang van het publiek is. Een tijdelijke ontheffing achtte hij mede gerechtvaardigd om partijen een redelijke tijd te gunnen om zich voor te bereiden op een situatie waarin de Regeling niet meer van toepassing zal zijn.

Commentaar

De maand december van het afgelopen jaar kenmerkte zich door een verhevigde mededingingsrechtelijke activiteit aan de zijde van het Ministerie. De minister nam in die periode vijf beslissingen.⁴ Ook de onderhavige beslissing is wellicht onder enige tijdsdruk tot stand gekomen. De minister had uiteraard ook na 1 januari 1998 op de ontheffingsaanvraag kunnen reageren. Het ontheffingsverzoek was in dat geval ingevolge artikel 101 Mw aangemerkt als een ontheffingsverzoek in de zin van artikel 17 Mw en beoordeeld aan de hand van de in dat artikel vermelde criteria.⁵ Het is niet uitgesloten dat de ontheffing in dat geval in het geheel niet verleend had kunnen worden. Daarop kom ik hieronder nog kort terug. Gelet op de in artikel 18 Mw bij de voorbereiding van ontheffingsbeschikkingen voorgeschreven openbare voorbereidingsprocedure zou de beschikking in dat geval nog enige tijd op zich hebben laten wachten. Daarmee zou afbreuk zijn gedaan aan het doel van de tijdelijke ontheffing.

Een bijzonder aspect is de samenhang tussen de mededingingsrechtelijke beoordeling van de Regeling en de civielrechtelijke vraag omtrent de rechthebbende(n) van de televisierechten van voetbalwedstrijden. Aangewakkerd door het stijgende prijspeil van televisierechten op voetbalwedstrijden en de gevolgen van het *Bosman*arrest,⁶ is hierover al tijdens het (korte) leven van Sport 7 een discussie ontstaan die echter niet geleid heeft tot een definitief rechterlijk oordeel.⁷

De mededingingsrechtelijke relevantie van de rechtenvraag is gelegen in het volgende. Indien de televisierechten bij de clubs zouden berusten, zijn zij als rechthebbenden gerechtigd tot de verkoop daarvan. In dat geval

vallen afspraken of besluiten in KNVB-verband die ertoe strekken de clubs te beperken in hun vrijheid prijzen vast te stellen binnen de werkingssfeer van het Besluit. Indien, zoals de KNVB aanvoerde, de rechten daarentegen zouden toekomen aan de KNVB, of aan de KNVB en de clubs gezamenlijk, is er geen sprake van een prijsregeling die door het Besluit wordt getroffen, omdat de KNVB of de KNVB en de clubs gezamenlijk dan eigen product(en) verkoopt en daarvoor zelf de prijs bepaalt. In zijn beslissing neemt de minister als uitgangspunt dat de televisierechten met betrekking tot competitiewedstrijden aan de thuis spelende clubs toekomen.⁸ Aangezien ook aan de andere toepassingsvoorwaarden van het Besluit is voldaan, kwalificeert de minister de Regeling als een mededingingsregeling als bedoeld in artikel 1 van het Besluit.

Een tweede punt betreft de afbakening van de relevante productmarkt en, in het verlengde daarvan, de vraag of bij het bestaan van de Regeling voldoende restconcurrentie overblijft. De KNVB stelde dat dat het geval is; de Regeling heeft slechts betrekking op de televisierechten voor samenvattingen van Ere- en Eerste Divisie voetbalwedstrijden en ziet aldus slechts op een klein deel van de in de adviesaanvraag geformuleerde – en nadien niet meer gewijzigde – relevante markt voor televisierechten op (alle) voetbalwedstrijden waar Nederlandse professionele elftallen aan deelnemen.⁹ De minister komt daarentegen tot het oordeel dat de Regeling de deelnemers de mogelijkheid geeft om voor een wezenlijk deel van de betrokken relevante markt de mededinging uit te schakelen, aangezien het onderdeel samenvattingen een wezenlijk bestanddeel

-
- 4 Zie KNMP (Stcrt. 250/32 van 30 december 1997), De Vereniging van Muziekhandelaren en -uitgevers in Nederland (Stcrt. 180/33 van 30 december 1997), Winkelcomplex Middenwaard (Stcrt. 243/8 van 17 december 1997), Invaliditeitsverzekeringcentrale B.V. (Stcrt. 232/16 van 2 december 1997) en KNVB (zie, *supra*, noot 3). Zie ook Slotboom, elders in dit nummer.
- 5 Zie over de bepalingen van overgangsrecht in de Mw, Lugard en Pijnacker Hordijk, elders in dit nummer. De ontheffing wordt ingevolge artikel 102 Mw aangemerkt als ontheffing in de zin van artikel 17 Mw.
- 6 Zie HvJ EG, zaak C-415/93, KNVB/Bosman, 15 december 1995, *KBVB / Bosman*, C-415/93, Jur., 1995, I-4921; SEW 1996, pag. 141 (m. nt. K.J.M. Mortelmans).
- 7 Verscheidene clubs, waaronder Feyenoord, meenden dat deze exploitatierechten bij de thuis spelende clubs berusten. Zie Pres. Rb. Utrecht 19 maart 1996 Feyenoord-KNVB, nr. 04.21.177/96. Zie bijv. Geus, Voetbalverslaggeving: recht en/of plicht?, NJB 12 april 1996, afl. 15, pag. 554. Feyenoord beëindigde de hogereberoepsprocedure na het wijzen van een tussenvonnissen, zie, *infra*, noot 8.
- 8 Zijn beslissing is gebaseerd op een interpretatie van de tussenuitspraak van het Hof Amsterdam van 8 november 1996, nr. 448/96. Eerder leek uit het kort geding Feyenoord-KNVB (zie, *supra*, noot 7) het tegenovergestelde te volgen. Voorts betreft de minister in zijn oordeel uitspraken van het Kammergericht te Berlin van 8 november 1995, het Bundesgerichtshof van 11 december 1997 en de Engelse kartelautoriteit.
- 9 Een aantal Eredivisieclubs heeft exploitatierechten met betrekking tot integrale live wedstrijden (via Eredivisie N.V.) aan Canal+ verleend.

van de relevante markt vormt.¹⁰

Een volgend opmerkelijk punt heeft betrekking op de verhouding tussen het ontheffingscriterium van artikel 6 van het Besluit horizontale prijsbinding ('indien naar het oordeel van de bevoegde ministers het algemeen belang een ontheffing vereist') en de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag. In de Nota van Toelichting¹¹ bij het Besluit is weliswaar vermeld dat, wil een ontheffing verleend kunnen worden, aan de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag voldaan moet worden, maar de exacte verhouding tussen de twee beoordelingscriteria is niet geheel duidelijk. Ofschoon de minister in zijn adviesaanvraag oordeelde dat de regeling aan geen van de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag voldoet, gaf hij te kennen de Regeling op grond van de hierboven genoemde omstandigheden van algemeen belang bij wijze van overgangsvoorziening te willen ontheffen. De Cem was echter verdeeld over de vraag of, nu niet alle vier voorwaarden van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag vervuld waren, artikel 6 van het Besluit een (tijdelijke) ontheffing toeliet.¹² Een meerderheid van de Cem wenste vast te houden aan een strikte toepassing van de in artikel 85, lid 3 neergelegde toets. Een minderheid van de Cem meende echter dat het begrip algemeen belang onder bijzondere omstandigheden een iets ruimer toetsingskader kan bieden dan de voorwaarden van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag en dat daarvan in dit geval gebruik moest worden gemaakt. De minister sluit zich aan bij dit laatste standpunt, en merkt op dat het criterium 'algemeen belang' niet gelijk staat aan de criteria van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag, zodat ruimte is om op basis van andere criteria een ontheffing te verlenen. Het besluit van de minister om een tijdelijke ontheffing te verlenen wordt dus slechts door een minderheid van de leden van de Cem gesteund.¹³

Gelet op de beschikkingspraktijk onder artikel 85, lid 3 EG-Verdrag is het op zijn minst twijfelachtig of de door de minister gevreesde onduidelijkheden over de uitzendingen van de NOS en SBS6 en de mogelijke vermindering van het aantal televisiekijkers onder artikel 17 Mw voldoende grond voor een (tijdelijke) ontheffing zouden opleveren. Daaruit is af te leiden dat het ministerie toch wellicht enige haast heeft gemaakt om de beschikking voor 1 januari 1998 te nemen. Immers, ingevolge artikel 101 Mw worden ontheffingsverzoeken waarop op dat moment nog niet is beslist beoordeeld aan de hand van het nieuwe recht.

Tot slot een curieus punt. Bij het verlenen van de ontheffing tot 1 juli 1998 acht de minister naast de juridische onduidelijkheden omtrent de overeenkomsten met de NOS en SBS6 ook van belang dat die overeenkomsten na de val van Sport 7 in allerijl zijn afgesloten.¹⁴ Met het oog op het wegvallen van de Regeling zou aan de daarbij betrokken partijen een redelijke voorbereidingstijd gegund moeten worden. De duur van de ontheffing tot 1 juli 1998 valt bovendien samen met het einde van de huidige competitieronde. Enigszins verontschuldigd voegt de bewindsman daaraan toe geen principieel bezwaar te hebben tegen

het verlenen van een langere overgangstermijn tot het einde van de looptijd van de contracten met de NOS en SBS6 (tot 1 juli 1999). Dat acht hij echter niet mogelijk, omdat een ontheffing slechts kan worden verleend tot maximaal 1 juli 1998, het moment waarop het Besluit expireert.

Nu de Mw inmiddels in werking is getreden komt deze opmerking op het eerste gezicht vreemd voor. Immers, op grond van artikel 95 Mw is de Wem ingetrokken. Aangezien op de oude wet gebaseerde besluiten het lot van de Wem delen, is ook het Besluit mitsdien op 1 januari ingetrokken. Dat dit zou geschieden was overigens op het moment van het geven van de beschikking al bekend.¹⁵ De opmerking van de minister kan naar mijn mening derhalve niet anders geïnterpreteerd worden dan dat hij meent dat – nu de Mw nog niet van kracht is – de oorspronkelijke expiratedatum van het Besluit ook maatgevend is voor de ontheffing.¹⁶ Gegeven de situatie lijkt mij dit juist en overigens ook tegemoet te komen aan de belangen van de bij de Regeling betrokken partijen zoals die de minister kennelijk voor ogen staan. Voor wat betreft het niet verlenen van een ontheffing tot een latere datum dan 1 juli 1998 nog het volgende. De duur van het Besluit staat in de weg aan een ontheffing die zich ook zou uitstrekken tot de periode gelegen na de vervaldatum van 1 juli 1998 van het Besluit.

Mr. H.H.P. Lugard

10 Het is opvallend dat de beschikking vermeldt dat geen aparte markt bestaat voor de collectieve samenvatting (het product 'competitie-overzicht'), maar niet ingaat op de vraag op welk aandeel van de relevante markt de Regeling betrekking heeft. Zie bijv. Van Gerven Gyselen Maresceau Stuyk, *Kartelrecht*, 1996, pag. 199 e.v.

11 Zie hierover Mok, *Kartelrecht*, 1995, pag. 90 e.v. Zie voorts over de vraag of artikel 85, lid 3 EG-Verdrag en mitsdien artikel 17 Mw toelaat dat ook andere dan strikt economische belangen worden meegewogen, Biesheuvel, Mok en Sevenster, *Preadvies*, pag. 31 e.v. en de parlementaire geschiedenis, in het bijzonder de MvT onder 6.2, pag. 24.

12 De Cem beperkte zich tot de toetsing van de vierde voorwaarde van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag.

13 Zie voor een vergelijkbare situatie de beslissing op het ontheffingsverzoek van de Vereniging De Nederlandse Dagbladders (Stcrt. 205/8 van 24 oktober 1997). De inhoud van het ontheffingscriterium van artikel 6

van het Besluit is overigens niet slechts van historische waarde, maar is ook nog van belang voor voor 1 januari 1998 ingestelde bezwaarprocedures (zie artikel 103, lid 2 Mw).

14 Of de overeenkomsten met de NOS en SBS6 inderdaad op 1 juli 1998 ten einde komen, vloeit overigens niet automatisch uit de beschikking voort. Zie met name artikel 100 Mw.

15 Zie Besluit van 14 november 1997, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Mededingingswet, Stb. 1997/540 van 25 november 1997

16 Artikel 10, lid 4 Wem bepaalt dat de in dat artikel bedoelde generieke onverbindendverklaringen, behoudens eerdere intrekking, vijf jaren na het in werking treden vervallen, tenzij bij nadere wet anders wordt bepaald. Het Besluit horizontale prijsbinding is op 1 juli 1993 in werking getreden (zie artikel 7 Besluit).