

Beslissing van 30 augustus 2000 nr. 2000 – V/M – 27

VAN DE VOORZITTER VAN DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING TOT HET NEMEN VAN VOORLOPIGE MAATREGELEN INGEDIEND DOOR DE VZW RADIO TIENEN E.A. TEGEN SABAM CVBA

Gezien de klacht ten gronde gekend onder nr. CONC-I/O-97/0002;

Gezien de brief neergelegd op 9 juni 1999 waarbij een verzoek om voorlopige maatregelen werd ingediend door de VZW Radio Tienen, met zetel te 3300 Tienen, geregistreerd onder nr. CONC-I/O-99/0019, waarbij de Heer André Depré, bestuurder en voorzitter van de VZW Radio Tienen tevens als vertegenwoordiger optreedt van N.O.R. K.O.L.M. Radio VZW, Radio Trend VZW, VZW Delmare Radio, N.O.R. Radio Delta VZW, Radio Impuls VZW, Relax Radio VZW, Radio Houtland VZW KOMPAS, N.O.R. Impakt, VZW Radio Royaal en Radio Megavox VZW, met betrekking tot praktijken van de volgende onderneming:

De coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (C.V.B.A.) Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (afgekort SABAM) met maatschappelijke zetel te 1040 Brussel, Aarlenstraat 75/77, ingeschreven in het register der burgerlijke vennootschappen te Brussel onder het nr. 6;

Gezien het verslag van de Dienst voor de Mededinging neergelegd op 28 september 1999;

Gehoord op de zitting van 12 april 2000 en 24 mei 2000:

- De verslaggevers van de dienst;

- De VZW Radio Tienen, vertegenwoordigd door de heer André Depré en bijgestaan door Mr. Jean Defau en Mr. Ludo Depré, advocaten te Tienen;

- N.O.R. K.O.L.M. Radio VZW, Radio Trend VZW, VZW Delmare Radio, N.O.R. Radio Delta VZW, Radio Impuls VZW, Relax Radio VZW, Radio Houtland VZW KOMPAS, N.O.R. Impakt, VZW Radio Royaal en Radio Megavox VZW, vertegenwoordigd door de heer André Depré, bestuurder en Voorzitter van de VZW Radio Tienen;

- De C.V.B.A. Sabam, vertegenwoordigd door de Heer Christophe Depreter en Louis Vuchelen en bijgestaan door Mr. Eduard Marissens, advocaat te Brussel;

Gezien de stukken van het dossier;

Gezien de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (W.B.E.M.) en o.m. artikel 35 luidens hetwelk de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, op aanvraag van de klager of van de Minister, voorlopige maatregelen kan nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden, die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang;

I. DE FEITEN

1. De VZW Radio Tienen is een particuliere radio in de zin van het decreet van 7 juli 1998 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie gecoördineerd op 25 januari 1995, (B.S., 18 juli 1998).

Krachtens artikel 2 van de statuten heeft de VZW Radio Tienen tot doel radio-omroep te verzorgen, conform de vigerende regelgeving van de Vlaamse Gemeenschap, de Federale wetgever en de Europese Unie. Hiertoe mag zij alle mogelijke middelen aanwenden evenals, op bijkomstige wijze zelf of, indien aangewezen, via een exploitatiemaatschappij, zekere economische activiteiten uitoefenen.

Tien andere particuliere radio's hebben de heer André Depré, Voorzitter van de VZW Radio Tienen gemandateerd om tevens namens hen op te treden. Drie andere particuliere radio's hebben geen mandaat aan de Heer Depré verleend, zodat deze niet door hem vertegenwoordigd kunnen worden.

2. De C.V.B.A. Sabam is een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, opgericht in 1922, die krachtens artikel 1 van haar statuten tot doel heeft het innen, verdelen, administreren en beheren in de ruimste zin van het woord, van alle auteursrechten op Belgisch grondgebied alsook op de grondgebieden die vallen onder het toepassingsgebied van wederkerigheidsovereenkomsten afgesloten met zusterverenigingen, voor zichzelf, voor haar vennoten, voor mandanten en soortgelijke vennootschappen.

Er bestaat geen betwisting over het feit dat de C.V.B.A. Sabam als beheersvereniging een rechtspersoon is die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft en derhalve een onderneming is in de zin van artikel 1 van de W.B.E.M.

3. Op 6 februari 1997 werd een klacht ten gronde ingediend door de V.Z.W. Radio Tienen, die gekend is onder nr.CONC-I/O-97/0002 en die gericht is tegen een aantal restrictieve mededingingspraktijken uitgaande van de C.V.B.A. Sabam.

De V.Z.W. Radio Tienen is van oordeel dat deze praktijken van de C.V.B.A. Sabam een inbreuk uitmaken op artikel 3 van de W.B.E.M. De C.V.B.A. Sabam zou om de volgende reden misbruik maken van haar machtspositie:

- het eenzijdig opleggen van drie voorwaarden om van haar repertoire gebruik te kunnen maken, nl.:

* het betalen van uitvoeringsrechten ten belope van 6% op de bruto-inkomsten uit radiopubliciteit;

* of het betalen van een forfaitair minimum indien deze 6% dit minimum niet bereikt;

* de inzage in alle relevante boekhoudkundige documenten in verband met radioreclame.

- het vermoedelijk opleggen van geheel andere voorwaarden ten aanzien van de openbare radio's.

De VZW Radio Tienen stelt dat het werkelijk aantal luisteraars van de particuliere radio's gedaald is van 40% in de jaren '80 naar ongeveer 10% eind jaren '90. De C.V.B.A. Sabam zou haar forfaitaire tarieven nooit aan deze werkelijkheid aangepast hebben. Het procentueel tarief van 6% wordt sedert 1992 berekend op de netto-inkomsten uit radiopubliciteit, terwijl ze voordien op de bruto-reclame-inkomsten werden berekend. De V.Z.W. Radio Tienen stelt dat de forfaitaire minima, die van toepassing zijn wanneer het procentueel percentage van 6% niet gehaald wordt, voor een discriminatie tussen de particuliere radio's onderling zorgt, naast de discriminatie tussen de openbare en de particuliere radiostations. De forfaitaire minima worden immers bepaald aan de hand van twee criteria, nl. het aantal zenduren (gaande van minder dan 24 uur tot 168 uur) en het aantal potentiële luisteraars (gaande van minder dan 25.000 inwoners tot +125.001 inwoners). De door de C.V.B.A. Sabam gehanteerde barema's zouden ertoe leiden dat kleinere radiostations veel meer van hun inkomsten uit publiciteit aan uitvoeringsrechten zouden dienen af te staan. De openbare radio's zouden bovendien gunstiger tarieven van Sabam bekomen, waardoor de openbare radio's in verhouding tot hun reclame-inkomsten minder betalen dan de particuliere radio's.

4. Tussen de VZW Radio Tienen en de C.V.B.A. Sabam werden reeds procedures gevoerd voor de burgerlijke rechtbanken.

In een eerste procedure vorderde de C.V.B.A. Sabam betaling van de auteursrechten voor de periode gaande van 1990 t.e.m. 1994. Bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven d.d.10 maart 1995 werd de VZW Radio Tienen veroordeeld tot betaling van de auteursrechten voor deze periode. Bij arrest van het Hof van Beroep te Brussel d.d.23 april 1996 werd het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven bevestigd, waarbij het Hof tevens oordeelde dat er geen inbreuk op artikel 3 van de W.B.E.M. in hoofde van C.V.B.A. Sabam aangetoond werd, en waarbij het Hof stelde dat een berekening van de verschuldigde auteursrechten op basis van de publiciteitsinkomsten zeker niet als arbitrair kan beschouwd worden. Het Hof voegde er bovendien aan toe dat uit geen enkel element van de zaak bleek dat Sabam tarieven zou hanteren die merklijk hoger zouden liggen dan die welke in andere lidstaten van de Europese Unie in vergelijkbare omstandigheden worden toegepast.

De VZW Radio Tienen werd op 27 mei 1998 opnieuw gedagvaard door de C.V.B.A. Sabam voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven, waarbij betaling gevorderd werd van de auteursrechten voor de periode 1994 t.e.m. 1998 met voorbehoud voor de nog te vervallen auteursrechten. Deze procedure is nog hangende voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven. De VZW Radio Tienen heeft besluiten neergelegd op 15 juli 1999, terwijl de C.V.B.A. Sabam conclusies heeft neergelegd op 22 oktober 1999.

5. Partijen refereren voorts nog aan andere rechtspraak die inzake de door de C.V.B.A. Sabam gehanteerde tarificatie, uitspraak heeft gedaan.

De VZW Radio Tienen refereert aan :

- Een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen dd. 19 januari 1994 waarin de vordering van de C.V.B.A. Sabam tegen een vrije (thans particuliere) radio ongegrond werd verklaard en waarin gesteld werd dat Sabam geen duidelijk omschrijfbaar criterium en geen geldige rechtsgrond aangaf om haar vordering te onderbouwen zodat deze een arbitraire grondslag had.

- Een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent d.d. 13 januari 1999 waarin de VZW K.O.L.M. veroordeeld werd tot het betalen van auteursrechten voor de periode 1997-1998 aan Sabam. In dit vonnis werd

door de raadsman van Sabam verklaard dat enkel nog de betaling van het minimumtarief gevorderd werd en dat niet meer aangedrongen werd op de mededeling van de stukken betreffende de bruto-ontvangsten. De Rechtbank oordeelde voorts dat de door Sabam toegepaste minimumtarieven geen inbreuk op artikel 3 van de W.B.E.M. vormden.

De C.V.B.A. Sabam verwijst op haar beurt naar de volgende rechtspraak:

- Een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen d.d.13 december 1999, waarin het Hof oordeelde dat de wijze van berekening van de verschuldigde auteursrechten door Sabam overeenkomstig de wet is en geenszins arbitrair is. Het Hof voegt eraan toe dat nergens uit blijkt dat Sabam geen correcte toepassing zou hebben gemaakt van de objectieve parameters die zij ten aanzien van de niet-openbare (thans particuliere) radio's had gesteld en dat de toepassing van die parameters geen misbruik van machtspositie inhoudt.

- Een beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel d.d.17 juni 1999, waarin de door de internationale auteursvereniging (CISAC) voor televisieprogramma's voorgestelde tarificatie van 5% op de totale inkomsten, aanvaard zou zijn.

II. DE AANVRAAG TOT VOORLOPIGE MAATREGELEN

De VZW Radio Tienen vraagt aan de Voorzitter van de Raad :

“Om onmiddellijk en met terugwerkende kracht Sabam aan te zetten tot het opleggen van een uniform forfaitair tarief per potentiële luisteraar dat voor alle radiostations in het hele land hetzelfde is, waarbij aldus het bedrag dat de radiostations in de kleinere steden dienen te betalen teruggebracht wordt tot hetzelfde bedrag per potentiële luisteraar dat aan de stations in de grotere steden wordt gevraagd.”

Bij schrijven d.d.19 augustus 1999, gericht aan de Dienst, heeft de VZW Radio Tienen bovendien gevorderd dat “Sabam, overeenkomstig artikel 48 van de wet, verplicht zou worden om een kredietnota op te maken ten bedrage van wat we inmiddels op alle officiële facturen, die vallen binnen de verjaringstermijn van vijf jaar vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst Mededinging, zouden teveel betaald hebben, ten gevolge van het niet toepassen van een uniform tarief in het gehele land.”

III. OVER DE OPGEWORPEN WIJZIGING TER ZITTING VAN 12 APRIL 2000 DOOR DE DIENST VAN HET EIGEN VERSLAG EN DE INGEROEPEN ONONTVANKELIJKHEID

De C.V.B.A. Sabam stelt dat de Dienst ter zitting van 12 april 2000 mondeling de richting van haar eigen verslag zou gewijzigd hebben, waarbij zij een als het ware nieuw verslag in volledige tegenstrijdigheid met het enige officieel aan de Voorzitter van de Raad voorgelegd verslag zou vertolkt hebben.

Deze wijziging van het verslag door de Dienst zou door onontvankelijkheid, minstens ongegrondheid, dienen gesanctioneerd te worden.

Wij dienen evenwel vast te stellen dat uit niets blijkt dat de Dienst op de zitting van 12 april 2000 een ander standpunt zou verdedigd hebben dan het standpunt dat in het verslag d.d.28 september 1999 werd uiteengezet.

Wij zijn derhalve van oordeel dat er geen redenen voorhanden zijn om tot onontvankelijkheid te besluiten.

IV. TEN GRONDE

1. De verhouding met de rechtspraak van de hoven en rechtbanken.

Zowel de VZW Radio Tienen als Sabam verwijzen naar rechtspraak met betrekking tot de toepassing van artikel 3 van de W.B.E.M., geveld door hoven en rechtbanken.

Het betreft zowel rechtspraak waarbij Sabam en de VZW Radio Tienen (of een door haar vertegenwoordigde radio) betrokken zijn als rechtspraak tussen Sabam en andere particuliere radio's. De VZW Radio Tienen refereert voornamelijk aan het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen d.d.19 januari 1994, teneinde haar stelling te ondersteunen dat de door Sabam toegepaste tarificatie strijdig is met artikel 3 van de W.B.E.M., terwijl Sabam op haar beurt voornamelijk refereert aan het arrest van het Hof van Beroep te Brussel dd.23 april 1996 en het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen dd.13 december 1999, teneinde te besluiten dat de door haar toegepaste tarificatie niet arbitrair en niet strijdig is met artikel 3 van de W.B.E.M.

Wij zijn evenwel van oordeel dat partijen ten onrechte verwijzen naar de uitspraken van de gewone rechtbanken en hoven, teneinde hun stelling te ondersteunen.

De taak van de gewone rechtbanken en hoven is immers in beginsel volledig verschillend van de taak van de Dienst voor de mededinging en van de Raad voor de Mededinging. Het onderzoek van de zaak door de Raad heeft immers als achtergrond het geheel van de desbetreffende markt en verheft zich over het particulier belang naar het algemeen economisch belang. De gewone rechter daarentegen zal vermoedelijk zeer veel belang hechten aan de individuele belangen van de partijen die voor hem verschijnen. Het is derhalve niet uitgesloten dat beslissingen genomen door rechters en raadsheren van de rechterlijke macht zouden kunnen afwijken van de beslissingen genomen door de mededingingsorganen, in zoverre deze laatste rekening houden met het geheel van de markt als achtergrond (zie ook de Memorie van Toelichting bij de oorspronkelijke Wet van 5 augustus 1991, Gedr. St., Kamer, 1282/1-89/90, p. 34, waar als volgt gesteld werd: “(De bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging inzake mededingingspraktijken) belet niet dat de organen van de rechterlijke macht, voor het oplossen van conflicten die hen worden voorgelegd op basis van andere wetsbepalingen dan die van de huidige wet, ertoe gebracht worden om mededingingspraktijken te beoordelen. Hierdoor kan tussen de Raad en een rechtbank of hof een appreciatieverschil ontstaan over de beoordeling die aan deze praktijken moet worden gegeven; het zijn nochtans geen reële conflicten, omdat in dit soort van situaties, noch de gevraagde zaak (het herstel van een effectieve mededinging, enerzijds, het respect van eerlijke handelspraktijken of het herstel van een delictuele of quasi-delictuele fout, anderzijds), noch de wet waarop de eiser zich beroept, noch de betrokken partijen dezelfde zijn: de handelingen stellen zich op verschillende vlakken die elkaar niet overlappen....Het onderzoek van de zaak door de Raad heeft voortaan als achtergrond het geheel van de desbetreffende markt en verheft zich over het particulier belang naar het algemeen economisch belang”).

Wij zijn derhalve van oordeel dat wij niet gebonden zijn door de vonnissen en arresten geveld door de gewone rechtbanken en hoven inzake de vraag of de door Sabam gehanteerde tarificatie al dan niet de breuk uitmaakt op artikel 3 van de W.B.E.M. De gewone rechtbanken en hoven hebben immers geen kennis van het door de Dienst uitgevoerde onderzoek naar de marktsituatie.

Wij dienen bovendien vast te stellen dat de rechtspraak geveld door de gewone rechtbanken en hoven tegenstrijdig is. Ook het feit dat het Hof van Beroep te Brussel reeds uitspraak gedaan heeft en in een arrest d.d. 23 april 1996 geoordeeld heeft dat de door Sabam gehanteerde tarificatie niet strijdig zou zijn met artikel 3 van de W.B.E.M., vermag ons geenszins te verbinden. Ten onrechte stelt de C.V.B.A. Sabam dat wij bijzondere aandacht zouden dienen te hebben voor het arrest van het Hof van Beroep te Brussel d.d.23 april 1996, gezien het Hof van Beroep te Brussel in het institutioneel kader van de wet van 5 augustus 1991 de verhaalsinstantie is voor de beslissingen van de Voorzitter van de Raad, zetelend op grond van artikel 35 van de W.B.E.M.

Het arrest van het Hof van Beroep te Brussel dd.23 april 1996 werd immers geveld in het kader van een individueel geschil tussen VZW Radio Tienen (en de heer Depré) enerzijds en de C.V.B.A. Sabam anderzijds, waarbij het Hof van Beroep te Brussel geen kennis had van het door de Dienst voor de Mededinging gevoerde onderzoek naar de marktsituatie, hetgeen mogelijks een totaal ander licht op de zaak had kunnen werpen en derhalve geenszins verhindert dat ook het Hof van Beroep te Brussel als verhaalsinstantie van de beslissingen van de Raad en/of de Voorzitter van de Raad in het kader van artikel 43 van de W.B.E.M. mogelijks tot andere inzichten zou kunnen komen.

2. De verwijzing naar op internationaal niveau gehanteerde standaarden.

De C.V.B.A. Sabam stelt dat de door haar gehanteerde procentuele vergoeding a rato van 6% op de (thans) netto-inkomsten in overeenstemming is met de op internationaal niveau gehanteerde tarieven.

De internationale confederatie van auteursverenigingen, CISAC, heeft volgens Sabam immers als richtlijn voor het percentage op de reclame-inkomsten 6% vooropgesteld voor radio's. Voor televisieprogramma's zou het percentage 5% bedragen.

Sabam wijst erop dat de op internationaal vlak gehanteerde tarificatie door CISAC aanvaard werd in de beschikking dd. 17 juni 1999 van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, zetelend in kort geding.

Hoger werd reeds gesteld dat Wij niet gebonden zijn door de rechtspraak van de gewone rechtbanken, hetgeen tevens geldt voor de beschikking d.d.17 juni 1999.

Bovendien dient vastgesteld te worden dat het geschil, voorwerp van de beschikking dd. 17 juni 1999, betrekking had op auteursrechten voor Tv-stations terwijl in casu de problematiek van de particuliere radio's aan de orde is.

Wij zijn bovendien van oordeel dat de C.V.B.A. Sabam ten onrechte refereert aan de aanbeveling die de CISAC op internationaal niveau zou uitgevaardigd hebben, om te besluiten tot het feit dat de tarificatie van Sabam hiermede in overeenstemming zou zijn. Wij stellen immers vast dat Sabam zelf uitdrukkelijk stelt dat de situatie in België verschillend is van die in andere landen en dat de minimumtarificatie eigen is aan België in die zin dat

slechts in ons land zulk een - alleen politiek uit te leggen - hoog aantal particuliere radio's actief zijn met daaruit onvermijdelijk voortspruitende gevolgen van zeer lage advertentierendabiliteit. De forfaitaire minima zouden volgens Sabam derhalve slechts het resultaat zijn van het "absurd" (sic) hoog aantal particuliere radio's in België (505 in totaal) waaruit zou voortvloeien dat een groot aantal daarvan volstrekt verwaarloosbare reclame-inkomsten betrekken. (zie brief van de raadsman van Sabam d.d.2 oktober 1998, pag. 13 en aanvullende Memorie na de zitting dd.12 april 2000 van Sabam, pag. 9-10).

Uit het voorgaande blijkt derhalve dat Sabam zelf toegeeft dat de situatie in België specifiek is, en verschillend van die van de overige landen, zodat niet vermag gerefereerd te worden aan de internationaal gehanteerde normen, zoals aanbevolen door de CISAC, die niet zonder meer van toepassing kunnen zijn voor de specifieke situatie in België waar talrijke particuliere radio's actief zijn.

3. De toepassingsvoorwaarden voor voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M.

Om voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve voorwaarden vervuld te zijn:

- Het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager.
- Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden.
- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M. (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging, 1996, 836.)

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden vervuld zijn.

3.1. Een klacht ten gronde.

De VZW Radio Tienen heeft op 6 februari 1997 reeds een klacht neergelegd wegens schending van artikel 3 a) en c) van de W.B.E.M. Er is derhalve een procedure ten gronde aanhangig.

De VZW Radio Tienen heeft tevens een rechtstreeks en dadelijk belang bij haar vordering nu zij stelt dat de door Sabam gehanteerde tarificatie een discriminatie tussen de particuliere radio's onderling uitmaakt, waarbij de tarificatie bovendien gunstiger zou zijn ten aanzien van openbare radio's, zodat er ook een discriminatie tussen de particuliere radio's enerzijds en de openbare radio's anderzijds zou bestaan

De VZW Radio Tienen stelt concurrentieel benadeeld te worden en financiële schade te lijden door de gehanteerde tarificatie, gezien haar reclame-inkomsten een dalende lijn zouden vertonen.

De VZW Radio Tienen heeft derhalve een rechtstreeks en dadelijk belang.

De eerste voorwaarde is dan ook vervuld.

3.2. Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.

Er dient opgemerkt te worden dat het, in het kader van artikel 35 van de W.B.E.M., volstaat dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad van 14 januari 1998, Daube / Nationale Loterij, zaak nr. 98-VMP-1, waarin bovendien geoordeeld werd dat de Nationale Loterij prima facie misbruik gemaakt heeft van haar machtspositie enerzijds doch waarin gesteld werd dat er geen nadeel geleden werd door de Heer Daube anderzijds). In dezelfde zin oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg te Luxemburg dat het in het kader van voorlopige maatregelen voldoende is een prima facie inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen. (Ger., 24 januari 1992, T-44/90, Jur., II, 1992, p.1).

In casu stellen wij het volgende vast :

- Sabam is als beheersvereniging een rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft en zij is derhalve een onderneming in de zin van artikel 1 van de W.B.E.M.
- De betrokken markt is de "markt van het beheer van rechten die verbonden zijn aan literaire, muzikale of andere kunstwerken". De geografische markt bestaat uit het gehele Belgische grondgebied.
- Sabam is de enige beheersvennootschap die alle auteursrechten beheert, waardoor zij over een feitelijke machtspositie op de betrokken markt beschikt.

- Er dient onderzocht te worden of Sabam misbruik van haar machtspositie gemaakt heeft door het opleggen van onbillijke tarieven (artikel 3 a) van de wet) en het discrimineren van handelspartners die zich in een gelijke situatie bevinden (artikel 3, c) van de wet).

Hierbij dient het volgende vastgesteld te worden :

* Voor particuliere radio's past Sabam het volgende tarificatiesysteem toe:

ofwel een proportionele vergoeding van 6% ofwel een forfaitair minimum, dat uitgaat van twee parameters nl., het aantal zenduren en het aantal potentiële luisteraars.

Uit het onderzoek dat door de Dienst gevoerd werd blijkt dat ten aanzien van kleine radiostations het proportioneel systeem van 6% zelden wordt toegepast, gezien de kleine radiostations meestal onder het forfaitaire minimum vallen. Ten aanzien van deze radiostations is derhalve het forfaitair minimum van toepassing.

Uit de door de Dienst gemaakte berekeningen blijkt evenwel dat het systeem van forfaitaire minima ertoe leidt dat de kleinere radiostations enorm benadeeld worden, waarbij niet alleen grote verschillen tussen deze particuliere radio's onderling bestaan, doch sommige kleine particuliere radio's zelfs bijna 25% van hun reclame-inkomsten aan uitvoeringsrechten aan Sabam dienen af te staan.

Er dient vastgesteld te worden dat Sabam geen economische verklaring voor deze verschillen geeft en ook geen voorstellen formuleert om haar systeem aan te passen aan de economische realiteit, bestaande uit het verlies aan luisterpubliek bij de vrije radio's.

Sabam verschuilt zich ten onrechte achter de zgn. internationaal gehanteerde tarieven, waaromtrent hoger reeds geoordeeld werd dat deze niet zonder meer van toepassing zijn op de Belgische situatie.

Bovendien lijkt het systeem van potentiële luisteraars achterhaald en zou een systeem van tarificatie waarbij het effectief aantal luisteraars in aanmerking genomen wordt, tot de mogelijkheden dienen te behoren.

* Uit het onderzoek van de Dienst blijkt bovendien dat Sabam een veel gunstigere tarificatie hanteert ten aanzien van de openbare radio's. De openbare radio's blijken in verhouding tot hun reclame-inkomsten minder te betalen dan de particuliere radio's. Ook voor dit onderscheid in tarificatie werd geen economische verantwoording verstrekt door Sabam.

Gelet op het voorgaande zijn wij derhalve van oordeel dat er prima facie een inbreuk is op artikel 3 a) en c) van de W.B.E.M., door het systeem van de forfaitaire minima, waarvoor geen economische verantwoording verleend wordt en dat tot aanzienlijke verschillen leidt inzake verschuldigde auteursrechten door de particuliere radio's en door de tariefdiscriminatie tussen de particuliere radio's enerzijds en de openbare radio's anderzijds, waarvoor evenmin een economische verantwoording verstrekt werd.

3.3. Het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden.

Deze voorwaarden zijn cumulatief, in die zin dat het ontbreken van één van die voorwaarden de gegrondheid van het verzoek teniet doet. (zie beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 12 september 1994, S.A. Ets. Delhaize Frères et Cie. Le Lion/S.A. Dior, zaak 94-VMP-4.)

Voorlopige maatregelen mogen bovendien slechts genomen worden als het bestaan van een nadeel i.v.m. de aangeklaagde praktijk prima facie bewezen is.

Dit nadeel moet van concurrentiele aard zijn hetgeen impliceert dat niet alleen de situatie van de klager, maar ook die van de gehele betrokken markt in aanmerking dient genomen te worden. (zie beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 27 maart 1995, Interrosane, zaak nr. 95- VMP-1).

Het nadeel is ernstig van zodra een relevant onderdeel van de activiteit van de onderneming erdoor getroffen wordt. Het nadeel is onmiddellijk wanneer de uitwerking ervan op het ogenblik van het verzoek reëel of eminent is. Het nadeel is onherstelbaar wanneer de toestand zoals hij zou evolueren zonder de voorlopige maatregelen niet meer kan ongedaan gemaakt worden door de beslissing ten gronde van de Raad.

De hoogdringendheidsvereiste impliceert dat aan de hand van nieuwe feiten wordt aangetoond dat de situatie in vergelijking tot deze op het ogenblik van het indienen van de klacht, verergerd is.

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden in casu vervuld zijn met dien verstande dat de afwezigheid van één van de voorwaarden meteen tot de ongegrondverklaring van het verzoek tot voorlopige maatregel aanleiding geeft, gezien deze voorwaarden cumulatief aanwezig dienen te zijn.

In het verzoek om voorlopige maatregelen dd. 7 juni 1999 vermeldt de verzoeker enkel dat a) de door Sabam opgeëiste uitvoeringsrechten een zware last betekenen voor de private radiostations gezien hun toch al vrij beperkte inkomsten en middelen waardoor de door de overheid aan deze radio's opgelegde taken in het gedrang dreigen te komen en b) de tarieven de radio's in de kleinere steden en gemeenten benadelen.

Ook na het verzoek om bijkomende inlichtingen d.d. 12 augustus 1999 vanwege de Dienst werden geen concrete gegevens door de klagende partij verstrekt teneinde de hoogdringendheid om de praktijken van Sabam te schorsen, aan te tonen, noch werden nieuwe feiten aangebracht waardoor bewezen zou worden dat de situatie in vergelijking tot deze op het ogenblik van het indienen van de klacht ten gronde d.d.6 februari 1997 verergerd zou zijn.

Niettegenstaande de hoogdringendheidsvereiste met een zekere flexibiliteit gehanteerd wordt en reeds geoordeeld werd dat het feit dat de klagers +/- 9 maanden gewacht hadden om een vraag om voorlopige maatregelen te richten tot de Voorzitter met betrekking tot feiten die reeds van +/- 9 maanden voorheen dateerden, geen afbreuk aan het dringend karakter van het verzoek doet, wanneer partijen voordien reeds diverse rechtsvorderingen hadden ingeleid (zie beslissing van de Voorzitter van 4 april 1996, Occasie Markt De Arend B.V.B.A., e.a. /Honda Belgium N.V. e.a., zaak nr. 96- VMP-2), dient in casu vastgesteld te worden dat de verzoekende partij wel bijzonder lang gewacht heeft alvorens een verzoek tot voorlopige maatregelen in te dienen.

De klacht ten gronde dateert immers reeds van 6 februari 1997, terwijl het verzoek om voorlopige maatregelen slechts op 9 juni 1999 werd neergelegd, zij het +/- twee jaar en vier maanden later.

Het komt derhalve aan de klagende partij toe om zeer precies aan te geven welke nieuwe en/of verzwarende feiten zich voorgedaan hebben, waardoor het uitspreken van voorlopige maatregelen zich zou opdringen.

Wij zijn van oordeel dat de verzoekende partij niet slaagt in dit bewijs.

De verzoekende partij refereert weliswaar aan een nieuwe procedure die bij dagvaarding d.d.26 mei 1998 voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven werd ingeleid door Sabam tegen de VZW Radio Tienen, waarbij wederom betaling van auteursrechten op grond van de door Sabam gehanteerde tarificatie voor de periode van 1994 t.e.m. 1998 e.v. gevorderd wordt.

Wij dienen evenwel vast te stellen dat in het verzoek tot voorlopige maatregelen dd.9 juni 1999 (dat derhalve van geruime tijd na de inleidende dagvaarding d.d.26 mei 1998 dateert) op geen enkele wijze gerefereerd wordt aan deze nieuwe procedure teneinde de hoogdringendheid aan te tonen.

In de memorie van de raadsman van de verzoekende partij wordt evenmin geëxpliciteerd waarom deze tweede procedure een hoogdringend karakter aan het verzoek tot voorlopige maatregelen zou verlenen. Er wordt immers enkel gesteld dat "de hoogdringendheid voorzeker aanwezig is, daar een uitstel tot verdere nefaste gevolgen zal leiden".

Er worden evenwel geen concrete gegevens aangebracht teneinde de hoogdringendheid te bewijzen, zodat wij tot het ontbreken van deze hoogdringendheid dienen te besluiten.

Gelet op de afwezigheid van de hoogdringendheidsvereiste dienen wij niet verder te onderzoeken of de schade voor de verzoekende partij ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken, gezien de voorwaarden cumulatief aanwezig dienen zijn.

Bij gebreke aan één voorwaarde, zoals in casu, dient derhalve het verzoek tot voorlopige maatregelen ongegrond verklaard te worden wegens het ontbreken van hoogdringendheid en wegens het gebrek aan nieuwe en /of verzwarende feiten, waardoor er geen onderscheid kan vastgesteld worden tussen de situatie van de verzoekende partij tijdens het dossier voorlopige maatregelen en de situatie zoals die bestond ten tijde van de klacht.

Besluitend zijn Wij van oordeel dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk doch ongegrond dient verklaard te worden, wegens het ontbreken van hoogdringendheid, waarbij Wij niettemin van oordeel zijn dat er prima facie een inbreuk dient vastgesteld te worden.

OM DEZE REDENEN

Wij, Béatrice Ponet, Voorzitter ad interim van de Raad,

Verklaren het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk.

Stellen een inbreuk prima facie vast.

Oordelen niettemin dat er geen redenen zijn om voorlopige maatregelen te treffen in de zin van artikel 35 W.B.E.M., gezien het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden, niet bewezen wordt.

Aldus beslist op 30 augustus 2000 door Béatrice Ponet, Voorzitter ad interim van de Raad voor de Mededinging.