

Beslissing nr. 2003-V/M-20 van 20 maart 2003

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij tegen de N.V. Vlaamse Mediamaatschappij, de N.V. De Persgroep, de N.V. Aurex en de N.V. Uitgeverij De Morgen.

Gezien de klacht ten gronde dd. 7 oktober 2002, gekend onder nr. MEDE-P/K-02/0061;

Gezien het verzoek neergelegd op 8 oktober 2002, waarbij om voorlopige maatregelen werd gevraagd door de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij, met maatschappelijke zetel te 1702 Dilbeek, Gossetlaan 28, geregistreerd onder nr. MEDE-V/M-02/0062, met betrekking tot de praktijken van de volgende onderneming:

De Vlaamse Mediamaatschappij, met zetel te 1800 Vilvoorde, Medialaan 1,

De N.V. Persgroep, met zetel te Brusselsesteenweg 347, 1730 Asse ;

De N.V. Aurex, met zetel te Brusselsesteenweg 347, 1730 Asse ;

De N.V. Uitgeverij De Morgen, met zetel te Brogniezstraat 54, 1070 Brussel.

I. PROCEDURE

Gezien het onderzoeksdossier door de Dienst voor de Mededinging overgemaakt op 12 november 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van het Korps verslaggevers in toepassing van artikel 35 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna "W.B.E.M."), aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging overgemaakt op 13 november 2002;

Gehoord op de zitting van 29 november 2002:

- De Heer Bert Stulens, namens het Korps Verslaggevers en De heer J. Isselée en de Heer H. Sleebus namens de Dienst voor de Mededinging;
- De N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij, vertegenwoordigd door Mr. Dirk Vandermeersch en Mr. Karina Gistelinck, advocaten te Brussel;
- De Vlaamse Mediamaatschappij, vertegenwoordigd door de Heer Christophe Convent en bijgestaan door Mr. Dirk Arts, advocaat te Brussel;
- De N.V. Persgroep, vertegenwoordigd door Mevrouw Karen Van Brabant en bijgestaan door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel,
- De N.V. Aurex, vertegenwoordigd door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel;
- De N.V. Uitgeverij De Morgen, vertegenwoordigd door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel;

Gehoord op de zitting van 20 december 2002 :

- De Heer Henri Coremans, Voorzitter Vlaams Commissariaat voor de Media (VCM);
- en
- De Heer Bert Stulens, namens het Korps Verslaggevers en De heer J. Isselée en de Heer H. Sleebus namens de Dienst voor de Mededinging;
- De N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij, vertegenwoordigd door De Heer G. Steurbaut en Mevrouw Nicole Lasseel en bijgestaan door Mr. Dirk Vandermeersch en Mr. Karina Gistelinck, advocaten te Brussel;
- De Vlaamse Mediamaatschappij, vertegenwoordigd door De Heer Eric Claeys, en bijgestaan door Mr. Dirk Arts, advocaat te Brussel;

- De N.V. Persgroep, vertegenwoordigd door Mevrouw Karen Van Brabant, en bijgestaan door Mr. Filip van Elsen loco Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel,
- De N.V. Aurex, vertegenwoordigd door Mr. Filip Van Elsen loco Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel;
- De N.V. Uitgeverij De Morgen, vertegenwoordigd door Mr. Filip Van Elsen loco Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel;

Gehoord op de zitting van 31 januari 2003 :

- De Heer Bert Stulens, namens het Korps Verslaggevers en De heer H. Sleetbus namens de Dienst voor de Mededinging;
- De N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij, vertegenwoordigd door De Heer Van Croonenborch, de Heer Stefan Van Haute, de Heer Geert Steurbaut en Mevrouw Nicole Lasseel, de Heer Marc Appel en de Heer Koenraad Deridder en bijgestaan door Mr. Dirk Vandermeersch en Mr. Karina Gistelincx, advocaten te Brussel;
- De Vlaamse Mediamaatschappij, vertegenwoordigd door de Heer Eric Claeys, en bijgestaan door Mr. Dirk Arts, advocaat te Brussel;
- De N.V. Persgroep, vertegenwoordigd door Mevrouw Karen Van Brabant en de Heer Christophe Convent en bijgestaan door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel,
- De N.V. Aurex, vertegenwoordigd door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel;
- De N.V. Uitgeverij De Morgen, vertegenwoordigd door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel;

Gehoord op de zitting van 7 februari 2003 :

- De Heer Bert Stulens, namens het Korps Verslaggevers en De heer J. Isselée en de heer H. Sleetbus namens de Dienst voor de Mededinging;
- De N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij, vertegenwoordigd door De Heer Van Croonenborch, de Heer Geert Steurbaut, de Heer Marc Appel, Mevrouw Nicole Lasseel en de Heer Koenraad Deridder en bijgestaan door Mr. Dirk Vandermeersch en Mr. Karina Gistelincx, advocaten te Brussel;
- De Vlaamse Mediamaatschappij, vertegenwoordigd door de Heer Eric Claeys, de Heer C. Van Thillo en bijgestaan door Mr. Dirk Arts, advocaat te Brussel;
- De N.V. Persgroep, vertegenwoordigd door de Heer C. Van Thillo, Mevrouw Karen Van Brabant en de Heer Christophe Convent en bijgestaan door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel,
- De N.V. Aurex, vertegenwoordigd door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel;
- De N.V. Uitgeverij De Morgen, vertegenwoordigd door Mr. Geert Glas, advocaat te Brussel;

Gezien de beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier d.d. 29 november 2002;

Gezien de aanvullende beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier d.d. 17 december 2002;

Gezien de verzoekende partij op 30 januari 2003 een volledig bundel stukken heeft neergelegd, waarbij verzoekende partij niet meer aandringt op de vertrouwelijkheid van het voormalig vertrouwelijk stuk 1 (financiële verkiezen krantendivisie VUM);

Dat het past om Onze beslissing inzake vertrouwelijkheid der stukken d.d. 17 december 2002 op dit punt aan te passen en de vertrouwelijkheid van dit stuk (thans stuk 47 volgens de inventaris der stukken neergelegd op 30 januari 2003) op te heffen;

Gezien de Vlaamse Mediamaatschappij een synthesememorie heeft neergelegd op 24 januari 2003 in een vertrouwelijke en een niet-vertrouwelijke versie;

Dat het past Onze beslissing inzake de vertrouwelijke stukken aan te vullen;

Dat de vertrouwelijke synthesememorie van de Vlaamse Mediamaatschappij op pagina 28 melding maakt van zakengeheimen, zodat deze versie van de synthesememorie vertrouwelijk is en als een stuk C dient geclassificeerd te worden (hetgeen impliceert dat dit stuk enkel toegankelijk is voor de verweerder, het Korps Verslaggevers, de Dienst voor de Mededinging en de Voorzitter van de Raad);

Dat tenslotte volledigheidshalve Onze beslissing inzake de vertrouwelijke stukken nog aangevuld en aangepast wordt inzake de vertrouwelijke bijlagen bij het verslag van het Korps verslaggevers;

Dat bijlage 1 van het verslag gebaseerd is op bijlage IV van document 2.1.2 (de ruilovereenkomsten) waarvan de vertrouwelijkheid werd opgeheven bij beslissing van 17 december 2002, zodat de vertrouwelijkheid van deze bijlage 1 eveneens als opgeheven dient beschouwd te worden;

Dat bijlage 2 van het verslag daarentegen gebaseerd is op bijlage VI van document 2.1.2 (evolutie capaciteit in minuten 2000-2002), dat nog steeds als een vertrouwelijk stuk (classificatie C) gekwalificeerd wordt zodat deze bijlage 2 vertrouwelijk blijft en enkel toegankelijk was voor VMMA.

Gezien de memories en stukken neergelegd door de N.V. Vlaamse uitgeversmaatschappij op 28 november 2002, 9 januari 2003 en de presentatie neergelegd op 4 februari 2003;

Gezien de memories en stukken neergelegd door de N.V. Vlaamse mediamaatschappij op 18 december 2003 en 24 januari 2003 en de presentatie neergelegd op 7 februari 2003;

Gezien de memories en stukken neergelegd door de N.V. De Persgroep, de N.V. Aurex en de N.V. Uitgeverij De Morgen op 18 december 2002 en 23 januari 2003 en de presentatie neergelegd op 7 februari 2003;

Gezien de stukken van het dossier;

Gezien de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging (hierna W.B.E.M.), in het bijzonder artikel 35 van deze wet 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.

II. DE FEITEN

1. Verzoeker is de N.V. Vlaamse uitgeversmaatschappij, met zetel te Gossetlaan 28, 1702 Dilbeek (hierna "VUM").

VUM is de uitgeefster van de dagbladen De Standaard, Het Nieuwsblad/De Gentenaar en Het Volk. Daarnaast is VUM actief in de sector van de magazines en bezit zij participaties in een aantal lokale radio's.

Verzoeker stelt dat zij aanzienlijke verliezen lijdt en dat deze volledig te wijten zijn aan de kranten divisie van de VUM (stuk 47 van de VUM).

2. Verweerders zijn de N.V. Vlaamse Mediamaatschappij, de N.V. De Persgroep, de N.V. Aurex en de N.V. Uitgeverij De morgen.

De Vlaamse Mediamaatschappij("VMMA"), met zetel te Medialaan 1, 1800 Vilvoorde, is voor 50% eigendom van de N.V. Persgroep. De overige 50% van het kapitaal wordt gecontroleerd door de N.V. Roularta Media Groep.

VMMA exploiteert de televisieomroepkanalen VTM, Kanaal 2, JIMtv en de radio-omroepen Q-Music, Mango en Top Radio.

De N.V. Persgroep, met zetel te Brusselsesteenweg 347, 1730 Asse, is eigenaar van Aurex NV, Uitgeverij De Morgen NV en Sparta/Magnet Magazines NV. De Persgroep controleert voor 50% VMMA..

De N.V. Aurex, met zetel te Brusselsesteenweg 347, 1730 Asse, is de uitgeefster van de dagbladen Het Laatste Nieuws en De Nieuwe Gazet.

De N.V. Uitgeverij De Morgen, met zetel te Brogniezstraat 54, 1070 Brussel, is uitgeefster van het dagblad De Morgen.

De N.V. Sparta/N.V. Magnet Magazines is uitgeefster van magazines en is niet (meer) betrokken in het voorliggende verzoek tot voorlopige maatregelen. Het verzoek tot voorlopige maatregelen werd ten aanzien van deze onderneming ingetrokken omdat het verzoek, in tegenstelling tot de klacht, niet gericht is op de producten en diensten die door Sparta/Magnet Magazine op de markt worden gebracht. Tegen deze onderneming werd wel klacht neergelegd zodat deze onderneming wel betrokken is in de klachtprocedure.

3. De feiten die aan de basis van het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen liggen, kunnen bondig als volgt samengevat worden.

- In de mediasector lijkt het gebruikelijk te zijn dat (o.a.) televisiestations en kranten “ruilovereenkomsten” sluiten waarbij wordt afgesproken dat een krant reclameruimte krijgt op een televisiezender en dat tegelijkertijd de televisiezender reclameruimte krijgt in de krant. Hierbij is het de bedoeling om het eigen medium onder de aandacht te brengen van het publiek van het ander medium. De normale reclametarieven worden weliswaar gehanteerd maar gezien beide partners voor dezelfde som reclame bij de andere plaatsen heft de ene betaling de andere op zodat de facto een ruil ontstaat, hetgeen in het voordeel van beide partijen zou zijn.

In het rapport “Media Knipperlichtenmodel” van 21 augustus 2002, dat in opdracht van de Vlaamse Minister van Media door Ernst & Young gemaakt werd (en dat partijen bijgebracht hebben) wordt tevens melding gemaakt van dit systeem van ruilovereenkomsten, waarbij o.m. gesteld wordt:

“In de context van economische concentratie en meer bijzonder met betrekking tot de variant van cross-ownership, wensen wij stil te staan bij een specifieke vorm van reclame, met name de ruiladvertenties tussen de mediagroepen, waarbij wederzijds mediaproducten geadverteerd worden in andere vormen van mediaproducten (b.v. TV van eigenaar X op radio van eigenaar Y en omgekeerd, tijdschrift van A in krant B en omgekeerd).

Hier schuilt het gevaar dat niet-transparantie en niet-openheid van de markt ertoe zouden kunnen leiden dat mediagroepen met een groot cross-ownership misbruik maken van hun machtspositie door ruilen met derden steevast te verbieden.

Hierdoor zou er door de bewuste mediagroepen proportioneel een veel grotere mediadruk gecreëerd worden voor eigen producten dan voor concurrerende producten.

De sleutel tot een goed ruilbeleid is enerzijds transparantie in de bestede en te besteden bedragen en anderzijds open toegang voor iedereen.

Dit laatste aspect impliceert echter geenszins “verplichte ruil”! Wij bedoelen dat elke mediaspeler open moet staan voor ruil, doch zelf moet oordelen of die ruil ook tot voordelen voor partijen leidt, en aldus nog steeds autonoom beslist om al dan niet te ruilen.

Het bovenstaande betekent tevens dat nieuwe producten van andere mediabedrijven nauwelijks een kans krijgen gezien de intrededrempel van het te betalen reclame budget voor hen te zwaar is...” (pagina 34)

- Het onderwerp van het voorliggende dossier kan sterk vereenvoudigd als volgt worden samengevat: VUM stelt dat de Persgroep veel meer ruilmogelijkheden verkrijgt bij VMMA dan VUM. Gezien televisie een zeer belangrijk reclamemedium is, zouden de kranten van de VUM hierdoor sterk benadeeld worden. Dit zou een inbreuk vormen op artikel 2 en 3 van de W.B.E.M.. De ernst van de situatie zou het noodzakelijk maken om voorlopige maatregelen op te leggen.

Verzoeker vat de gevraagde voorlopige maatregelen als volgt samen :

"De gevraagde voorlopige maatregelen onder 1.b/c en 2. betekenen derhalve, sterk samengevat en zonder afbreuk te doen aan de volledige formulering van de gevraagde maatregelen, dat aan VMMA verbod wordt opgelegd om meer uitzendtijd te besteden aan de dagbladtitels van De Persgroep (...) dan VMMA besteedt aan de dagbladtitels van VUM (...) (maatregel 1).

Indien VMMA voor een grotere waarde dan de VUM-ruilrechten wenst uit te zenden ten voordele van de dagbladtitels van De Persgroep, kan VMMA dit doen, op voorwaarde dat een overeenstemmend bedrag bijkomend ter beschikking wordt gesteld van VUM bij wege van ruil (maatregel 2, tweede zin).

Verzoeker meent dat de discriminatie die in zijn nadeel gebeurt, kan worden opgeheven :

- hetzij door aan VUM dezelfde ruilcapaciteit te geven als de zendcapaciteit die VMMA aan De Persgroep toestaat, m.a.w. de ruilrechten van VUM worden verhoogd tot op het niveau van de mediadruk van De Persgroep bij VMMA;
- hetzij door VMMA te verbieden meer zendcapaciteit te besteden aan De Persgroep dan zij besteedt aan VUM, m.a.w. de mediadruk van De Persgroep bij VMMA wordt verminderd tot het niveau van de ruilrechten van VUM.

Verzoeker heeft zich bij brief van 24 oktober 2002 bereid verklaard genoeg te kunnen nemen met de tweede optie, waardoor het minst zou worden ingegrepen op de dagelijkse werking van VMMA, die aldus niet verplicht zou zijn om haar ruilcapaciteit te verhogen. Verzoeker meent dat zij hierdoor blijk geeft van haar goede wil om op de minst ingrijpende manier een einde te zien stellen aan de discriminatie.

4. Verzoeker en VMMA hebben een langlopende commerciële relatie waarbij zij onderling reclameruimte op hun respectieve media ruilen. Het ruilvolume tussen verzoeker en VMMA evolueerde als volgt de voorbije jaren:

- 1997 : 48,5 miljoen bfr.
- 1998 : 58 miljoen bfr.
- 1999 : 28 miljoen bfr.
- 2000 : 50 miljoen bfr.
- 2001 : 75 miljoen bfr.

Verzoeker stelt dat zij steeds vragende partij was voor een verhoging van het bedrag ter waarde waarvan de partijen zouden ruilen. Verzoeker wijst erop dat zij herhaaldelijk bij VMMA aangedrongen heeft op een verhoging (zelfs verdubbeling) van het ruilbedrag zowel voor 2002 als voor 2003. Zelfs na een verdubbeling van het ruilcontract blijft het ruilbedrag van verzoeker ver beneden het ruilbedrag waarover de Persgroep beschikt. Verzoeker stelt echter dat zij zich noodgedwongen akkoord diende te verklaren met een ruilbedrag ter waarde van 75 miljoen bfr. (1.859.201,40 euro) voor 2002, gezien VMMA het ruilbedrag niet wenste te verhogen.

Voor het werkjaar 2002 sloot VMMA een ruilovereenkomst met de N.V. Aurex ter waarde van 4.957.870, 50 euro en een ruilovereenkomst met Uitgeverij N.V. De Morgen ter waarde van 1.487.361, 10 euro, hetgeen impliceert dat VMMA voor het werkjaar 2002 ruilovereenkomsten met de persgroep gesloten heeft voor een totaal bedrag van 6.445.231,60 euro, hetzij bijna 3,5 keer meer als de ruil die VMMA toestond aan VUM.

De ruilovereenkomsten (waarvan de vertrouwelijkheid werd opgeheven) tussen VMMA en de Persgroep vermelden meer in het bijzonder de volgende bedragen:

	1999	2000	2001	2002
Persgroep/ Aurex	80 mio BEF	135 mio BEF	± 5 mio € = 200 mio BEF	± 5 mio € = 200 mio BEF
De Morgen	28,5 mio BEF	50 mio BEF	± 1,5 mio € = 60 mio BEF	± 1,5 mio € = 60 mio BEF
TOTAAL	108,5 mio BEF	185 mio BEF	± 6,4 mio € = 260 mio BEF	± 6,4 mio € = 260 mio BEF

Uit deze tabel blijkt dat de ruilbedragen tussen VMMA en de Persgroep meer dan drie maal zo hoog liggen als die tussen VMMA en verzoeker. Bovendien blijkt hieruit ook dat de ruilbedragen tussen VMMA en de Persgroep de laatste jaren sterk gestegen zijn: er werd meer dan een verdubbeling oreengekomen in de periode van 1999 naar 2001. Dit relateert dan ook de verhoging van de ruilomvang met 50 % die verzoeker verkreeg in 2000-2001.

Ook voor het werkjaar 2002 drong verzoeker nogmaals diverse malen aan bij VMMA op een verdubbeling van het ruilbedrag. Bij schrijven dd. 3 oktober 2002 heeft verzoeker dit een laatste maal bevestigd aan VMMA.

Bij gebreke aan een bevredigend antwoord van VMMA heeft verzoeker op 8 oktober 2002 een klacht neergelegd bij de Raad voor de Mededinging en op dezelfde datum een verzoek tot voorlopige maatregelen gericht aan de Voorzitter van de Raad, waarbij verzoeker de VMMA een inbreuk op artikel 3 van de W.B.E.M. verwijt en waarbij verzoeker meent dat alle verweerders een inbreuk op artikel 2 van de W.B.E.M. plegen.

5. Na de eerste hoorzitting van 29 november 2002 verzocht verzoeker aan VMMA om voor het jaar 2003 ten voorlopige titel een ruilovereenkomst in het verlengde van het bestaande contract af te sluiten. Hierop stelde VMMA voor om een ruilovereenkomst te sluiten voor het eerste kwartaal 2003, voorstel waarmee de VUM zich akkoord verklaard heeft.

III. DE AANVRAAG TOT VOORLOPIGE MAATREGELEN.

In het oorspronkelijk verzoek tot voorlopige maatregelen d.d. 8 oktober 2002 worden de volgende maatregelen gevraagd door de VUM:

"1. De N.V. Vlaamse Mediamaatschappij wordt, tot op het ogenblik van de uitspraak ten gronde betreffende de klacht neergelegd door de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij op 7 oktober 2002, verbod opgelegd om tijdens de televisie-uitzendingen van haar omroepen VTM, Kanaal 2 en JIMTv :

a. de dagbladtitels Het Laatste Nieuws, De Nieuwe Gazet of De Morgen aan te wenden, te vermelden of te tonen, bij wege van dagbladexemplaar, logo, naamsvermelding of anderszins, tijdens de programma's of daarrond;

b. de dagbladtitels Het Laatste Nieuws, De Nieuwe Gazet of De Morgen te vermelden of te tonen (d.m.v. een dagbladexemplaar, naamsvermelding, logo of anderszins) als sponsor of partner van programma's of van kijkerspromoties van VTM, Kanaal 2 of JIMtv, ten belope van een groter aantal minuten, op weekbasis gerekend, dan zij de dagbladtitels De Standaard, Het Nieuwsblad of Het Volk, op dezelfde omroep, vermeldt of toont als sponsor of partner van programma's of van kijkerpromoties van VTM, Kanaal 2 of JIMtv;

c. reclame uit te zenden voor of met vermelding van de dagbladtitels Het Laatste Nieuws, De Nieuwe Gazet of De Morgen tijdens de reclameblokken van VTM, Kanaal 2 of JIMtv, ten belope van een groter aantal minuten, op weekbasis gerekend, dan zij op dezelfde omroep uitzendt voor de dagbladtitels De Standaard, Het Nieuwsblad of Het Volk bij toepassing van en overeenkomstig de ruilovereenkomst tussen de N.V. Vlaamse Mediamaatschappij en de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij van 21 januari 2002, overeenkomstig het gebod bedoeld in paragraaf 2, of

overeenkomstig elke andere ruilovereenkomst die tussen voornoemde partijen zou tot stand komen met betrekking tot de periode na 1 januari 2003.

2. De N.V. Vlaamse Mediamaatschappij wordt gebod opgelegd, tot op het ogenblik van de uitspraak ten gronde betreffende de klacht neergelegd door de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij op 7 oktober 2002, om tijdens de televisie-uitzendingen van haar omroepen VTM, Kanaal 2 en JIMTV aan Vlaamse Uitgeversmaatschappij NV dezelfde ruilrechten op jaarbasis toe te kennen als de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij genoot tijdens het jaar 2002 krachtens de ruilovereenkomst van 21 januari 2002, m.n. voor een bedrag van € 1.860.000 per jaar. Indien VMMA spotreclame en sponsoring met betrekking tot de dagbladtitels Het Laatste Nieuws, De Nieuwe Gazet of De Morgen wenst uit te zenden in een bepaald kalenderjaar boven dat bedrag zal zij het meerbedrag mededelen aan de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij uiterlijk op 15 november van het voorafgaand jaar en aan Vlaamse Uitgeversmaatschappij NV een overeenstemmend bedrag ter beschikking te stellen bij wege van ruil.

3. De N.V. Vlaamse Mediamaatschappij bezorgt, tot op het ogenblik van de uitspraak ten gronde betreffende de klacht neergelegd door de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij op 7 oktober 2002, aan het secretariaat van de Raad voor de Mededinging op weekbasis elke donderdag per elektronische post de gegevens betreffende de minuten zendtijd, zoals bedoeld in par. 1.(a), (b) en (c) en par. 2 hiervoor, tijdens de voorgaande week, met betrekking tot de dagbladtitels Het Laatste Nieuws, De Nieuwe Gazet of De Morgen, respectievelijk de dagbladtitels De Standaard, Het Nieuwsblad of Het Volk, met opgave van datum, tijdstip en tijdsduur van elke dergelijke vermelding, promotie of spotreclame. Deze gegevens worden gevoegd bij het dossier aangaande de klacht en door het secretariaat doorlopend medegedeeld aan de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij.

4. De N.V. Vlaamse Mediamaatschappij wordt, tot op het ogenblik van de uitspraak ten gronde betreffende de klacht neergelegd door de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij op 7 oktober 2002, verbod opgelegd om de toegang van de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij tot ruilakkoorden en andere vormen van commerciële samenwerking op de televisieomroepen geëxploiteerd door VMMA afhankelijk te stellen van de inhoud van de redactionele berichtgeving in de dagbladen uitgegeven door de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij.

5. Bovenstaande maatregelen gelden met betrekking tot de voormelde dagbladtitels van De N.V. Persgroep, respectievelijk de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij, of van daarmee verbonden ondernemingen, alsmede nieuwe dagbladtitels die door hen in de toekomst zouden worden gelanceerd.

6. Ter naleving van de maatregelen bedoeld in par. 1 en par. 2 wordt aan de N.V. Vlaamse Mediamaatschappij een dwangsom opgelegd gelijk aan € 3.000 per minuut (of fractie daarvan) overtreding van een verbod bedoeld in par. 1 (a), (b) of (c) of gebod bedoeld in par. 2 (met een maximum van € 6.200 per dag).

Elke dag vertraging bij het overleggen van de volledige gegevens bedoeld in par. 3 wordt gesanctioneerd met een dwangsom van € 2.000 per dag.

Elke overtreding van het verbod op redactionele inmenging bedoeld in par. 4 wordt gesanctioneerd met een dwangsom van € 6.000 per dag."

In de memorie van 9 januari 2003 van verzoeker wordt dit verzoek gehandhaafd met dien verstande dat onder nummer 2 een bijkomende precisering wordt aangebracht die als volgt luidt:

"De ruilrechten die VMMA krachtens dit gebod aan VUM moet toekennen, moeten, door VUM kunnen worden opgenomen op tijdstippen van de dag die qua bereik en kijkdichtheid overeenstemmen met de tijdstippen waarop VMMA spotreclame en sponsoring uitzendt met betrekking tot de dagbladtitels Het laatste Nieuws, De Nieuwe Gazet of De Morgen."

IV. HET STANDPUNT VAN HET KORPS VERSLAGGEVERS

1. In zijn verslag komt het Korps Verslaggevers tot de volgende conclusie :

- in hoofde van de VMMA kan met betrekking tot het door verzoeker aangeklaagde beleid inzake ruilovereenkomsten met dagbladuitgeverijen prima facie geen inbreuk op artikel 3 van de WEM worden vastgesteld;
- in hoofde van de VMMA en de Persgroep kan met betrekking tot hun wederzijdse ruilovereenkomsten prima facie geen inbreuk op artikel 2 WEM worden vastgesteld;

Hieruit volgt dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen, door de N.V. VUM op 8 oktober 2002 ingediend bij de voorzitter van de Raad voor de Mededinging, tegen de VMMA enerzijds en De Persgroep anderzijds, niet ontvankelijk is.

Vermits aan de tweede toepassingsvoorwaarde voor het nemen van voorlopige maatregelen niet is voldaan, de drie voorwaarden dienen cumulatief te worden vervuld, dient de derde toepassingsvoorwaarde volgens het Korps niet verder onderzocht.

Het Korps Verslaggevers stelt de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging voor, de voorliggende aanvraag van VUM NV tot het nemen van voorlopige maatregelen als niet ontvankelijk te verklaren.

2. Ter zitting van 7 februari 2003 heeft het Korps Verslaggevers echter deels zijn standpunt gewijzigd (gelet op de bijkomende informatie die inmiddels door partijen uitgewisseld werd) met dien verstande dat het Korps van oordeel is dat verzoeker er terecht van uit gaat dat de ongelijke voorwaarden met betrekking tot de ruilakkoorden prima facie een inbreuk op artikel 3 van de W.B.E.M. kunnen vormen. Het Korps meent immers dat er minstens prima facie vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de objectieve gronden waarop VMMA zich beroept om VUM en de Persgroep op een verschillende manier te behandelen.

Het Korps is bijgevolg van oordeel dat aan de tweede toepassingsvoorwaarde voor het toekennen van voorlopige maatregelen (een prima facie inbreuk) voldaan is en dat onderzocht moet worden of 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.

Het Korps meent dat aan deze derde voorwaarde niet voldaan is en wijst er o.m. op dat er eerder sprake is van een structureel probleem inzake de opeenvolgende verliezen van de VUM en dat het tevens overdreven lijkt de pluraliteit van de pers (in het kader van het algemeen economisch belang) afhankelijk te stellen van het nemen van voorlopige maatregelen met betrekking tot de desbetreffende ruilakkoorden.

Partijen hebben zich uiteraard kunnen verweren ter zitting van 7 februari 2003 ten aanzien van het gewijzigd standpunt van het Korps verslaggevers.

V. OVER DE ONTVANKELIJKHEID EN DE GEGRONDHEID VAN HET VERZOEK.

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

- Het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager.
- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.
- Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. /Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 381; Jaarboek Handelspraktijken § Mededinging, 1996, 836).

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

1. Een klacht ten gronde en het daaraan gekoppelde belang.

1.1. De N.V. VUM heeft op 8 oktober 2002 een klacht tegen verweerders neergelegd, op grond van een schending van artikel 2 en artikel 3 van de W.B.E.M.

Aan deze voorwaarde is bijgevolg voldaan.

1.2. Wij dienen tevens te onderzoeken of er een rechtstreeks en dadelijk belang is in hoofde van de klager.

1.2.1. Overeenkomstig artikel 23 §1 c van de W.B.E.M. moet de klager aantonen dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij het indienen van de klacht.

Het Hof van Beroep te Brussel heeft, gesteund op de voorbereidende werken van de W.B.E.M. (Gedr.St., Senaat, Verslag, Commissie, 1289-2 (1990-91) p.55) vastgesteld dat het belang dat vereist wordt van een klager op hetzelfde niveau moet gesteld worden als het belang dat vereist is bij een vordering in rechte overeenkomstig artikel 18 Ger.W. (Brussel, 11 september 1996, R.T.B.F. e.a.t. Belgische Staat e.a. B.S., 20 september 1996, p.24607). Het Hof voegde hier bovendien aan toe dat, voor de precieze inhoud van artikel 18 van het Ger. W., teruggegrepen moet worden naar het Verslag van Reepinghen van 1964 en dus naar de voorbereidende werken van het Gerechtelijk Wetboek zelf. Op grond van deze voorbereidende werken besloot het Hof van Beroep dat de klager, wil hij zijn klacht ontvankelijk horen verklaren, moet aantonen dat hij een reeds verkregen en dadelijk belang heeft. Dit bestaat uit ieder materieel en moreel voordeel – effectief en niet theoretisch – dat de eiser uit zijn vordering kan halen en die hij formuleert op het ogenblik van het instellen van de vordering (Verslag van Reepinghen, 1964, p. 39, geciteerd door het Hof van Beroep). Tenslotte bepaalde het Hof van Beroep dat het belang persoonlijk moet zijn in hoofde van de klager waardoor de klager juridisch niet beschermd is wanneer het belang hem slechts indirect treft (Verslag van Reepinghen, 1964 p.39 en geciteerd door het Hof van Beroep). Het Hof van Beroep besluit dat het rechtstreeks verkregen en dadelijk belang, welke is vereist opdat een klacht ontvankelijk zou zijn op grond van artikel 23 §1 van de W.B.E.M., niet enkel reëel maar ook persoonlijk moet zijn in hoofde van de klager.

Deze rechtspraak werd voorts bevestigd door de Raad voor de Mededinging (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 1 april 1999, zaak 99 – VMP-04, François Detimmerman t. Association Pharmaceutique de Tournai et Conseil Provincial du Hainaut de l'Ordre des Pharmaciens, niet gepubliceerd in het B.S. ; beslissing van de Raad voor de Mededinging nr.2002-P/K-36 van 22 mei 2002, Ludwig Van Der Auwera t. Ziekenfondsen, Artsensyndicaten en de Belgische Staat, B.S, 12 februari 2003 ; beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2002 – V/M –72 van 4 oktober 2002, BVBA Gema Plastics tegen VZW Fechiplast/ VZW BCCA/ NV DYKA Plastics/ NV Martens Plastics/ NV Pipelife Belgium/NV Wavin Belgium/VZW BIN, nog niet gepubliceerd in het B.S.). Wij sluiten Ons bij deze rechtspraak aan.

1.2.2. Wij dienen thans in concreto te onderzoeken of de verzoekende partij wel over een rechtstreeks en dadelijk belang beschikt.

VUM en de Persgroep treden op als afnemer in de markt van de televisiereclame om zo publiciteit te kunnen voeren voor hun respectievelijke kranten. VUM stelt hierbij door VMMA benadeeld te worden tegenover de Persgroep.

Uit de stukken blijkt dat verzoeker als belangrijkste concurrent van de Persgroep een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij de ingediende klacht:

- Een belang is elk materieel of moreel voordeel dat de verzoeker kan halen uit zijn vraag op het ogenblik dat hij deze stelt.

Indien VUM, door de politiek van VMMA en de Persgroep i.v.m. de ruilovereenkomsten, minder op televisie aan bod kan komen dan de Persgroep, dan kunnen de VUM-kranten hierdoor concurrentieel benadeeld worden wat tot uiting kan komen in een verlaging van de verkoop van de VUM-kranten en in de resultaten van de onderneming.

- Er is een rechtstreeks en oorzakelijk verband tussen de door de klager/verzoeker opgelopen schade en het aangeklaagde gedrag : de verzoeker stelt dat het aangeklaagde gedrag van VMMA en de Persgroep leidt tot een veel kleinere aanwezigheid in televisiereclame voor VUM en dat gezien de impact van televisiereclame essentieel is voor o.a. de losse verkoop van kranten dit rechtstreeks leidt tot een voortdurende daling van o.a. de verkoop van haar belangrijkste krant, het Nieuwsblad en tot negatieve resultaten voor de VUM-groep.
- Het belang bestond reeds op het ogenblik dat de klacht werd ingediend : verzoeker wijst er op dat VMMA reeds een hele tijd lagere ruilovereenkomsten toestaat aan VUM dan aan de Persgroep en dat de invloed op de omzet en op de resultaten reeds aan de gang is.

* * *

Het verzoek tot voorlopige maatregelen is derhalve ontvankelijk.

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

In vorige rechtspraak werd reeds herhaaldelijk bevestigd 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 voor de Mededinging van 14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr. 98-VMP-1; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, zaak MEDE-V/M-27, VZW Radio Tienen, e.a./CVBA Sabam, B.S., 9 januari 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 januari 2001, zaak nr.2001 – V/M/02, BBUSO/LCM en Regionale Christelijke Ziekenfondsen, B.S., 5 mei 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 9 maart 2001, zaak nr. 2001 – V/M 12, BVBA Incine /N.V. Rendac, B.S., 28 september 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 13 november 2001, zaak nr. 2001 – V/M 58, BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie, B.S., 4 april 2002 ; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 24 december 2002, zaak nr. 2002 – V/M 95, N.V.MSA/Gilde van Vlaamse antiquairs, nog niet gepubliceerd in het B.S.)

Deze rechtspraak werd tevens bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 12 november 2002 (A.R. 2001/MR/1, N.V. Rendac/BVBA Incine, nog niet gepubliceerd in het B.S.), waar het Hof stelde dat het volstaat dat de inbreuk ogenschijnlijk (prima facie) bestaat. Wel moet de waarschijnlijkheid voldoende zijn om de voorlopige maatregelen te verantwoorden.

Wij dienen thans te onderzoeken of de toepassingsvoorwaarden van artikel 2 en 3 van de W.B.E.M. vervuld zijn.

2.1. Artikel 3 van de W.B.E.M.

2.1.1 Een onderneming

Verweerders exploiteren televisieomroepkanalen en geven tijdschriften uit. Zij streven op duurzame wijze een economisch doel na en kunnen zonder meer als een onderneming in de zin van artikel 1 en 3 van de W.B.E.M. beschouwd worden. Dit wordt overigens niet betwist door partijen.

2.1.2 De relevante markt

A. De relevante productmarkt.

Wij zijn van oordeel dat prima facie de markt voor televisiereclame een aparte productmarkt is.

Terecht stelt het Korps dat er wel degelijk sprake is van een aparte markt voor televisiereclame, los van de andere media.

Er dient vooreerst immers gewezen te worden op de grotere "call to action" van het medium televisie:

- printmedia (kranten, enz.) zijn louter visueel/ statisch en zijn veeleer imago-ondersteunend;
- radio heeft reeds een grotere "call to action" door het gebruik van stemmen en muziek;
- televisie combineert de voordelen van voornoemde media : beeld en klank.

De call to action die uitgaat van een reclameboodschap is maximaal bij reclame gevoerd via televisie. Televisie wordt dan ook beschouwd als het meest complete en doeltreffende medium voor actiereclame.

Deze marktafbakening is in overeenstemming met de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie (Beschikking van de Europese Commissie van 20 september 1995, 96/346, zaak RTL/VERONICA/Endemol, Pb EG, 5 juni 1996, p. 35 § 23 en Beschikking van de Europese Commissie van 21 maart 2000, 00/1889, zaak CLT-UFA/CANAL+/VOX , PB EG, 13 mei 2000, p. 13, § 12.) waarin de markt voor televisiereclame duidelijk wordt onderscheiden van andere reclamemarkten. De Europese Commissie stelt o.m. : "De markt voor televisiereclame moet worden onderscheiden van die voor reclame via andere media, met name die welke in druk verschijnen. De uiteenlopende typen reclame kunnen gericht zijn op aanzienlijk verschillende categorieën consumenten. De producten zelf zijn totaal verschillend in termen van techniek en produktiekosten (korte filmpjes voor televisiereclame, grafiek voor tijdschriften). Bovendien zijn de prijzen in verhouding tot de bereikte doelgroepen verschillend. (...) Hoewel schommelingen kunnen optreden tussen reclame op televisie en in de andere media, kan worden geconcludeerd dat reclame op televisie en advertenties van de in druk verschijnende media gescheiden markten vormen."

Ook eerdere rechtspraak van de Raad voor de Mededinging bevestigt deze marktafbakening. In de beslissingen van de Raad (Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 12 december 1994, zaak nr. 94-C/C-41, VUM/Het Volk, B.S. 28 januari 1995; Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 5 november 1996, zaak nr. 96-C/C-25, Concentra, B.S., 3 december 1996.) wordt niet alleen een onderscheid gemaakt tussen de verschillende media (kranten, tijdschriften, tv...) maar binnen het medium televisie wordt ook een aparte markt vermeld voor de regionale reclame op de regionale televisie (zaak Concentra). Uit de zaak Concentra kan afgeleid worden dat de in dit verslag besproken markt voor televisiereclame enkel betrekking heeft op de nationale zenders en niet op de regionale zenders. In een beslissing van de Raad over de uitgifte van telefoongidsen stelde de Raad dat de markt van de commerciële mededelingen een "te ruime marktomschrijving" is en dat de "vele media eerder complementair zijn dan een substitueert voor elkaar. Elk medium heeft zijn eigen kenmerken en zijn eigen specifiek publiek en zijn eigen modaliteiten om de klant te bereiken" (Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 24 augustus 1998, zaak nr. 98-C/C-13, Promedia / Belgacom Directory Services, B.S., 26 november 1998).

Ten onrechte menen verweerders bijgevolg dat er redelijke twijfel bestaat over de afbakening van de relevante productmarkt en dat de relevante productmarkt niet de televisiereclamemarkt is maar de themareclamemarkt zou zijn. VMMA is de mening toegedaan dat televisiereclame hoogstens als een segment van de bredere themareclamemarkt kan beschouwd worden. Verweerders menen hierbij dat er een zeer grote mate van substitueerbaarheid zou bestaan tussen de diverse mediatypes. VMMA is van oordeel dat verzoeker deze substitueerbaarheid zou erkend hebben door aan te geven dat een typisch nationale campagne over verschillende media loopt. Indien een bepaald medium (bv. televisie) te duur zou worden een ander medium (bv. krant) eventueel een groter aandeel in de mix krijgen. Terecht meent het Korps Verslaggevers echter dat elk reclamemedium zijn eigen publiek en zijn eigen soort impact heeft en dat elke adverteerder hierin een mix zoekt die het beste totaalresultaat geeft met de breedste impact en dat dit niet hetzelfde is als substitueerbaarheid van producten. Het argument dat door de verweerders wordt aangehaald, wijst immers op complementariteit veeleer dan op substitueerbaarheid. De verschillende reclamemedia zijn immers onderling niet substitueerbaar.

De markt voor televisiereclame omvat hierbij zowel de ruilcontracten als de klassieke betaalcontracten. De ruilcontracten situeren zich binnen de markt van de televisiereclame. Uit het onderzoek dat onder de leiding van het Korps werd gevoerd, blijkt immers dat er niet voldoende argumenten door de verzoeker worden aangehaald om de markt voor televisiereclame verder op te splitsen naar gelang de betalingsmodaliteit. Overigens lijkt verzoeker in zijn memories niet verder aan

te dringen op een verdere opsplitsing van de markt voor televisiereclame. Wij zijn bovendien van oordeel dat het bestaan van ruilovereenkomsten de niet-substutueerbaarheid van de reclamemedia onderling nog bevestigt.

Tenslotte zijn Wij van oordeel dat commerciële reclamespots en sponserspots niet tot dezelfde markt behoren. Op de markt voor televisiereclame in Nederlandstalig België zijn slechts twee spelers actief, nl VMMA en SBS (die de televisieomroep VT4 exploiteert). De VRT voert weliswaar een vorm van reclame, doch deze reclame is zodanig verschillend van de reclame die op de commerciële omroepen wordt uitgezonden dat er een onderscheid moet gemaakt worden tussen deze twee vormen van reclame. Op grond van de gecoördineerde decreten van 25 januari 1995 betreffende de radio-omroep en de televisie, mag de VRT immers slechts sponsoring (« billboard spots » en « sponsoringspots ») uitzenden en geen commerciële reclame. Bovendien is de sponsoring die de VRT mag uitzenden onderworpen aan strikte voorwaarden :

- de duur van de sponsoringspots wordt beperkt;
- de inhoud van de spots is strikt afgelijnd;
- de spots mogen niet aansporen tot aankoop door specifieke aanprijzingen van producten;
- door de voorgaande beperkingen worden klassieke reclameboodschappen zoals bv een oproep om mee te doen aan een knip- en spaaractie onmogelijk;
- één van de twee soorten sponsoring (billboard spots) mag enkel gebeuren met een stilstaand beeld. (artikel 80, 82 en 89 van het decreet van 25 januari 1995).

VMMA daarentegen zendt zowel commerciële televisiereclamespots (artikel 81 van het decreet van 25 januari 1995) als sponsoringspots (in welk geval deze evenzeer onderworpen zijn aan de stricte voorwaarden vervat in het decreet van 25 januari 1995) uit.

Uit het onderzoek blijkt echter dat de mediadruk die kan uitgaan van sponsoring niet kan vergeleken worden met de mediadruk die verkregen kan worden via commerciële reclamespots. Sponsoring op de VRT (en via de VMMA) behoort prima facie tot een aparte markt die los staat van de markt van de televisiereclame.

B. De relevante geografische markt

De relevante geografische markt voor de markt voor televisiereclame is Nederlandstalig België.

Dit standpunt sluit aan bij de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie(Beschikking van de Europese Commissie van 20 september 1995, 96/346, in de zaak RTL/Veronica/Endemol, reeds geciteerd) waarin de Commissie i.v.m. de markt van de televisie-uitzendingen (de kijkersmarkt) stelde : "De relevante geografische markt voor televisie-uitzendingen is in deze zaak beperkt tot Nederland. Tot de relevante factoren behoren de toepasselijke regelgeving, de bestaande taalbarrières, culturele factoren en andere mededingingsvoorwaarden die zich op deze markt laten gelden (...). Wat Vlaanderen betreft, zijn de verschillen in wettelijke voorschriften (...) zodanig dat op Nederland gerichte televisie-uitzendingen op een geografische markt concurreren die zelfs van dit aangrenzende gebied onderscheiden is. (...)" Vervolgens paste de Commissie deze redenering eveneens toe op de televisiereclame: "De geografische markt voor op de Nederlandse consument gerichte televisiereclame dient eveneens te worden beschouwd als onderscheiden van die voor televisiereclame in België. Ten aanzien van de concurrentie om reclameopbrengsten gelden er radicaal verschillende voorwaarden. (...)"

Deze geografische afbakening van de markt wordt tevens bevestigd door rechtspraak van de Raad inzake de televisiesector in Franstalig België: "Le marché géographique est celui de la Communauté française de Belgique." (Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 7 april 2000, 2000-C/C-09, in de zaak Canal + / Déficom, B.S., 20 juni 2000).

Er dient bijgevolg geconcludeerd te worden dat de markt van televisiereclame in Nederlandstalig België niet alleen onderscheiden is van die in Nederland maar ook van die in Franstalig België.

2.1.3 De machtspositie

* Een machtspositie is een positie die een onderneming in staat stelt om de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, afnemers of leveranciers, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen (artikel 1 b) W.B.E.M. en H.v.J., 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jur., 1978, 276 ; H.v.J., 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/ Commissie, 85/76, Jur., 1979, 461)

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg blijkt dat er mag aangenomen worden dat zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren." (H.v.J., 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche, zaak 85/76, Jur., 1979, 461, §41). Deze rechtspraak werd in recentere arresten nog bevestigd, waarbij o.m. geoordeeld werd dat het bestaan van een machtspositie op zichzelf reeds bewezen is bij een marktaandeel van 50% (H.v.J., 3 juli 1991, Akzo t Commissie, zaak C-62/86, Jur., 1991, I-3359, §60).. Ook een marktaandeel van 70 tot 80 % op de relevante markt, is op zichzelf een zo groot aandeel dat het een duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie op de relevante markt vormt (Gerecht, 12 december 1991, Hilti t Commissie, zaak T-30/89, Jur., 1991, II-1439, § 92 , bevestigd door H.v.J., zaak C-53/92, Jur., 1994 I-667). De rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg is bijzonder relevant nu artikel 1 b) van de W.B.E.M. in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof inzake de toepassing van artikel 82 (voorheen artikel 86) van het EG-verdrag, zodat de Raad voor de Mededinging zich bij de beoordeling van artikel 1 en 3 van de W.B.E.M. op deze rechtspraak inspireert (zie o.m. Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 19 juni 2002, zaak nr. 2002-P/K-45, De Smet/ Beroepsinstituut van vastgoedmakelaar, B.S., 12 februari 2003).

Uit de rechtspraak van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging blijkt voorts dat er niet kan worden getwijfeld aan de machtspositie van een onderneming met hoog marktaandeel, indien dat hoge marktaandeel in belangrijke mate stabiel is gebleven gedurende een middellange periode. Andere factoren zijn de concurrentiele structuur van de betrokken markt (m.n., de relatieve zwakte van de concurrenten), de naambekendheid van de onderneming en de barrières die de toegang tot de markt bemoeilijken." (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 11 mei 2001, 2001 - V/M - 22, UBA/Rode Kruis, B.S., 28 september 2001 en Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, van 9 maart 2001, 2001 – V/M – 12, Incine/Rendac, B.S., 28 september 2001).

* Wij dienen alleszins vast te stellen dat de VMMA over zeer grote marktaandelen beschikt (hetgeen niet door verweerders wordt tegengesproken). De marktaandelen voor de markt voor televisiereclame in Nederlandstalig België zijn de volgende (deze cijfers worden bevestigd door verzoeker en verweerders):

Markt voor televisiereclame in Vlaanderen (in € 1000)

	VMMA		SBS		VRT	
1996	197.094	78,6%	53.789	21,4%	0	0,0%
1997	243.039	78,9%	60.328	19,6%	4.740	1,5%
1998	295.496	77,7%	77.900	20,5%	6.708	1,8%
1999	300.694	75,4%	89.734	22,5%	8.465	2,1%
2000	339.515	77,8%	87.568	20,0%	9.751	2,2%
2001	383.246	80,7%	76.182	16%	15.253	3,2%

Tijdens het onderzoek is vastgesteld dat deze cijfers aansluiten bij de gegevens die het CIM (een onafhankelijk orgaan dat in afspraak met de sector cijfergegevens verzamelt) overhandigde bij brief van 4 november 2002.

Gezien de cijfers van de VRT enkel betrekking hebben op sponsoring, dienen deze cijfers uit het totaal van de markt van televisiereclame te worden gehaald. Indien slechts de cijfers van VMMA en SBS in

ogenschou worden genomen, blijkt dat VMMA in 2001 op de markt van de televisiereclame over een marktaandeel van 83,4 % i.p.v. 80,7 % beschikt:

Markt voor televisiereclame in Vlaanderen (dus zonder sponsoring VRT) - (in € 1000)

	VMMA		SBS		TOTAAL	
1996	197.094	78,5%	53.789	21,5%	250.8830	100%
1997	243.039	80.1%	60.328	19,9%	303.367	100%
1998	295.496	79.1%	77.900	20,9%	373.396	100%
1999	300.694	77.0%	89.734	23.0%	390.428	100%
2000	339.515	79.5%	87.568	20,5%	427.083	100%
2001	383.246	83,4%	76.182	16.6%	459.428	100%

Het marktaandeel van VMMA in de reclamemarkt in Nederlandstalig België bedroeg in 2001 bijgevolg 83,4 % en was vrij stabiel in de voorgaande jaren, nl. 77 à 80 %. Het hoge marktaandeel is, gelet op de bovenstaande rechtspraak, op zich reeds een bewijs van een machtspositie.

* Daarnaast wijzen nog andere elementen op de aanwezigheid van een machtspositie van VMMA. Zo heeft de komst van VT4 (geëxploiteerd door SBS) in 1995 slechts een beperkte impact gehad en is VMMA erin geslaagd een zeer groot marktaandeel te behouden. Er is bovendien een grote afstand tussen VMMA en zijn naaste concurrent, SBS.

Voorts controleert VMMA een overweldigend deel van de productiecapaciteit (d.w.z. de capaciteit voor televisiereclame in Vlaanderen), nl. 67,1 % (in 2001), waardoor VMMA een onvermijdbare partner voor haar handelspartners (in casu, de adverteerders) is. VMMA beschikt tevens over een zeer groot kijkersaandeel commerciële zenders (87 % in 2001). De televisiereclamemarkt wordt bovendien gekenmerkt door grote barrières voor toetreding tot de markt gezien het opstarten van een nieuwe televisieomroep een bijzonder dure en financieel riskante onderneming is. Met uitzondering van SBS (die VT4 exploiteert) is er geen enkele toetreding tot de markt geweest die zich richt tot een algemeen publiek.

Op basis van al deze elementen (zowel het hoge marktaandeel als de andere bijkomende gegevens) dient besloten te worden dat VMMA (prima facie) een machtspositie bekleedt op de markt voor televisiereclame in Nederlandstalig België.

* Ten onrechte stelt VMMA dat zij geen machtspositie zou hebben op de Vlaamse televisiereclamemarkt omwille van de afhankelijkheid van de volatieve kijkersmarkt, de « buying power » van de adverteerders en de zogenaamde zijdelingse concurrentiedruk.

Deze argumenten doen immers geen afbreuk aan de hogervastgestelde machtspositie van VMMA op de markt van de televisiereclame in Nederlandstalig België. Voor zover deze argumenten al feitelijk juist zouden zijn- waar Wij niet verder op dienen in te gaan -, zijn ze in ieder geval niet pertinent en niet van aard de vastgestelde machtspositie van VMMA in vraag te stellen.

2.1.4 Het misbruik

Verzoeker is van oordeel dat VMMA een inbreuk op artikel 3 van de W.B.E.M. pleegt, door het misbruik van economische machtspositie op de markten voor televisiereclame in Nederlandstalig België, welk misbruik er in bestaat ten aanzien van VUM :

- onbillijke contractuele voorwaarden op te leggen wat de toegang van VUM betreft tot ruilakkoorden en andere vormen van commerciële samenwerking op de televisiekanalen geëxploiteerd door VMMA, o.m. door dergelijke toegang afhankelijk te stellen van een wijziging van de redactionele berichtgeving in de dagbladen uitgegeven door VUM (schending van artikel 3(a) van de W.B.E.M.);
- ongelijke voorwaarden toe te passen wat de toegang van VUM betreft tot ruilakkoorden en andere vormen van commerciële samenwerking, o.m. product placement en redactionele promotie, op de televisiekanalen

geëxploiteerd door VMMA, door aan VUM dezelfde voorwaarden te weigeren als worden aangeboden aan Aurex, Uitgeverij De Morgen (schending van artikel 3(c) van de W.B.E.M.).

2.1.4.1. Wat betreft het opleggen van onbillijke voorwaarden lastens verzoeker met betrekking tot de redactionele berichtgeving

Verzoekers stelt dat de toegang tot hogere ruilakkoorden door VMMA afhankelijk gesteld wordt van een wijziging van de redactionele berichtgeving in de dagbladen uitgegeven door VUM, hetgeen volgens verzoeker tijdens een vergadering van 27 juni 2002 door VMMA zou gesteld zijn.

VMMA ontkent dat er in dit verband sprake zou zijn van onbillijke voorwaarden en verwijst naar het feit dat VMMA reeds bij schrijven van 5 juli 2002 uitdrukkelijk aangaf dat zij op geen enkele manier de redactionele onafhankelijkheid van de redacteurs van de VUM-kranten in vraag stelt of wenst te beperken, net zo min als zij trouwens de redactionele vrijheid van de voor haar werkzame journalisten inperkt. Voorts stelt VMMA dat zij op geen enkele wijze geëist heeft dat de VUM-dagbladen "gunstige" artikelen met betrekking tot VTM of andere VMMA programma's zouden publiceren alvorens de VMMA bereid zou zijn haar aankoop van reclameruimte bij de VUM-kranten op te drijven.

Wij dienen vast te stellen dat verzoeker inzake deze vermeende onbillijke voorwaarden ook geen enkel ander schriftelijk bewijs bijbrengt.

Terecht meent het Korps verslaggevers dat er geen prima facie inbreuk kan vastgesteld worden in de zin van artikel 3 lid 2, a) van de W.B.E.M. wat betreft het opleggen van onbillijke voorwaarden lastens verzoeker met betrekking tot de redactionele berichtgeving, bij gebreke aan bewijs. Wij sluiten ons bij dit standpunt aan en stellen vast dat ook tijdens de hoorzittingen hieromtrent geen nadere bewijsstukken zijn bijgebracht.

2.1.4.2. Wat betreft het opleggen van ongelijke voorwaarden met betrekking tot commerciële samenwerking (product placement en redactionele promotie)

Verzoeker stelt voorts dat er ongelijke voorwaarden zijn i.v.m. de toegang tot "product placement" en "redactionele promotie". Volgens verzoeker staat het vast dat de dagbladen uitgegeven door De Persgroep een voorkeurbehandeling genieten bij VMMA op het vlak van het product placement en de redactionele promotie. Verzoeker verwijst bij wijze van voorbeeld naar de volgende voorbeelden: de spectaculaire intrede van Het Laatste Nieuws in het Big Brother-huis nadat de Big Brother-inwoners weken van alle nieuws verstoken waren gebleven; in de redactionele sportuitzendingen van VMMA wordt een promotiewedstrijd (de "Gouden Elf") van Het Laatste Nieuws uitvoerig in beeld gebracht; hoofdredacteur Yves Desmet van De Morgen treedt op als huiscommentator van VTM, enz.

VMMA betwist deze inbreuk en stelt dat de verweten gedragingen met betrekking tot redactionele promotie en product placement (voor zover al bewezen) niet plaatsvinden op de relevante productmarkt van de televisiereclame. Het Korps heeft zich ter zitting van 7 februari 2003 aangesloten bij dit standpunt en geoordeeld dat dit vermeende misbruik op een andere markt plaatsvindt dan de hoger omschreven relevante markt. Wij sluiten ons bij dit standpunt aan en zijn van oordeel dat deze markt desgevallend tijdens het onderzoek ten gronde nader bestudeerd zal dienen te worden.

VMMA ontkent in haar memorie neergelegd op 24 januari 2003 dat op de VMMA-omroepen product placement of redactionele promotie wordt gevoerd voor welke krantentitels dan ook, weze het die van de Persgroep of die van de VUM zodat VMMA stelt dat zij geen nadere cijfergegevens hieromtrent kan verstrekken.

Teneinde de vermeende inbreuk te bewijzen heeft verzoeker tijdens de hoorzittingen een videocassette bijgebracht met diverse opnames aangaande de beweerdte feitelijkheden. Deze opnames komen ons op het eerste zicht echter weinig overtuigend over.

Ook de Dienst voor de Mededinging heeft tijdens het onderzoek op 16 oktober 2002 een verzoek om inlichtingen aan VMMA gericht, waarbij gevraagd werd een lijst te bezorgen van alle VMMA-programma's in 2001 en 2002 waarin of waarrond aan product placement werd gedaan voor één van de titels van De Persgroep met hierbij de vermelding van de aard van deze product placement.

VMMA verstreekte hierop informatie bij schrijven dd. 4 november 2002 i.v.m. het programma Big Brother, waarbij VMMA stelde dat de Persgroep, het productiehuis Endemol en VMMA een merchandisingovereenkomst sloten

Tijdens het onderzoek hebben noch verzoeker noch VMMA nadere informatie verstrekt over de problematiek "product placement" en "redactionele promotie".

Verzoeker vordert ten onrechte dat een geldboete op grond van artikel 37 van de W.B.E.M. aan VMMA zou opgelegd worden wegens het verstrekken van onjuiste en onvolledige gegevens. Gezien VMMA ontkent dat er redactionele promotie en product placement zou gevoerd worden –waarvan hic et nunc niet het tegenbewijs wordt geleverd noch door verzoeker noch door het onderzoek - ,dient deze vordering afgewezen te worden. Tijdens het onderzoek van de klacht ten gronde zal desgevallend nadere informatie aan VMMA aangaande dit vermeend misbruik dienen gevraagd te worden.

Gelet op de voorliggende gegevens zijn Wij van oordeel dat er geen prima facie inbreuk inzake het opleggen van ongelijke voorwaarden met betrekking tot commerciële samenwerking (product placement en redactionele promotie) in de zin van artikel 3 lid 2 c) van de W.B.E.M. kan vastgesteld worden.

2.1.4.3. Wat betreft het opleggen van ongelijke voorwaarden met betrekking tot de ruilovereenkomsten

A. De aanwezigheid van discriminatie

Verzoeker verwijt VMMA tenslotte een ongelijke toegang (en derhalve ongelijke voorwaarden in de zin van artikel 3 lid 2 c) van de W.B.E.M.) tot de ruilovereenkomsten.

* Hieromtrent dient vooreerst opgemerkt te worden dat uit het onderzoek is komen vast te staan dat alle reclame die VUM en de Persgroep enerzijds en VMMA anderzijds bij elkaar plaatsen, door middel van ruilovereenkomsten gebeurt. Verzoeker en verweerders plaatsen derhalve geen klassiek betalende reclame bij elkaar.

* Ten onrechte stellen verweerders bijgevolg dat VUM alternatieven heeft i.v.m. het maken van reclame: verzoeker zou volgens verweerders via de radio en andere media en door middel van sponsoring op de VRT over voldoende alternatieven beschikken. Deze media liggen echter buiten de markt van de televisiereclame en kunnen dan ook geenszins als alternatief gelden.

* Eveneens ten onrechte duiden verweerders op de mogelijkheid om ruilreclame te vervangen door het klassiek kopen van reclame-zendtijd : VMMA stelt dat zij nooit geweigerd heeft om VUM zendtijd te verkopen en dat zij bereid zou zijn om quasi onbepert in te gaan op een mogelijke vraag dienaangaande van verzoeker.

Als zodanig dient deze mogelijkheid onderzocht te worden. Bij de afbakening van de relevante markt werd immers gesteld dat de markt voor televisiereclame zowel de ruilcontracten als de klassieke betaalovereenkomsten omvat. Ruil en koop maken bijgevolg deel uit van dezelfde relevante markt en vormen enkel verschillende betalingsmodaliteiten.

Verzoeker stelt echter terecht dat hier sprake is van prijsdiscriminatie: de Persgroep kan alle nodige reclame opnemen via ruime ruilmogelijkheden terwijl verzoeker een deel zou moeten opnemen via normale betaling. Verzoeker wijst er op dat het aantal lezers van Het Nieuwsblad / Het Volk nauwelijks verschilt van dat van het Laatste Nieuws. Verzoeker meent bijgevolg dat VMMA, een

onderneming die zich in een machtspositie bevindt, zich niet aan discriminatie tussen gelijke partners mag schuldig maken.

Uit het onderzoek is gebleken dat ruilcontracten aan dezelfde tarieven gefactureerd worden als andere reclamecontracten maar doordat de tegenpartij hetzelfde bedrag moet betalen voor haar eigen reclame, er uiteindelijk geen geld over de toonbank dient te komen: zo kan verzoeker haar reclame op VMMA betalen met het toevoegen van extra bladzijden in haar kranten wat uiteindelijk een veel minder hoge kost is dan het effectief betalen van een reclamefactuur aan VMMA. Indien de Persgroep een veel groter ruilcontract kan bekomen van VMMA dan verzoeker, heeft de Persgroep niet alleen een grotere impact op televisie (wat van zeer grote commerciële waarde is) maar kan zij de-facto ook aanzienlijke besparingen realiseren op haar reclamefactuur zodat ze deze uitgespaarde financiële middelen kan investeren in een betere kwaliteit van haar product, in het aantrekken van meer gekwalificeerd personeel, enz. Verzoeker dient daarentegen elders alternatieven te zoeken, in andere media die niet dezelfde karakteristieken hebben als televisiereclame en die dus niet aangepast zijn aan haar noden en daarom ook minder effectief zijn. Op deze manier zorgt VMMA dat de Persgroep bevoordeligd wordt om de concurrentie aan te gaan met haar grootste concurrent, zijnde verzoeker.

Verzoeker merkt ook op dat er voor de Persgroep een terugverdieneffect bestaat via haar aandeelhouderschap in VMMA. Verzoeker wijst er hierbij op dat de omstandigheid dat de N.V. Persgroep een aandeelhouder van VMMA is, dergelijk misbruik niet rechtvaardigt. Volgens verzoeker betreft het integendeel een misbruik op een bepaalde markt (m.n. de markt voor televisiereclame voor Nederlandstalig België) ten einde een voordeel te verschaffen aan een aandeelhouder die actief is op een andere markt (m.n. de markten voor Nederlandstalige dagbladen/magazines.)

Terecht stelt verzoeker dat VMMA uit het oog verliest dat het discriminatieverbod van artikel 3 lid 2, c van de W.B.E.M. impliceert dat men gelijke toegang tegen gelijke voorwaarden moet geven aan de handelspartners. Wanneer de Persgroep alles mag betalen door middel van ruil en verzoeker een groot stuk cash moet betalen, ontstaat een ongelijke behandeling.

* Ten onrechte stelt VMMA dat verzoeker niet echt behoefte zou hebben aan meer reclametijd en dat de bedoeling van huidige procedure vooral zou beogen de Persgroep te treffen. Deze bewering van VMMA wordt echter geenszins gestaafd.

* Eveneens ten onrechte beweert VMMA dat verzoeker een aankoopverplichting tracht te « versieren » in hoofde van VMMA. Deze bewering wordt echter tegengesproken door het feit dat verzoeker zich, wat betreft de opheffing van de discriminatie die in haar nadeel gebeurt, bereid verklaard heeft genoeg te kunnen nemen met de tweede optie, waardoor het minst zou worden ingegrepen op de dagelijkse werking van VMMA, die aldus niet verplicht zou zijn om haar ruilcapaciteit te verhogen. Deze optie houdt in dat aan VMMA zou verboden worden meer zendcapaciteit te besteden aan De Persgroep dan zij besteedt aan VUM, m.a.w. de mediadruk van De Persgroep bij VMMA wordt verminderd tot het niveau van de ruilrechten van VUM (cfr. onder de feiten nummer 3)

* Onder de feiten werd reeds vastgesteld dat het ruilbedrag tussen VMMA en de Persgroep in orde van grootte meer dan driemaal het ruilbedrag tussen VMMA en verzoeker uitmaakt. Het verschil in ruilomvang bedraagt derhalve minstens een factor 3 (VMMA spreekt over een factor van 3,2).

Op basis van de bovenstaande elementen zijn Wij van oordeel dat er wel degelijk sprake is van een discriminatie door VMMA ten nadele van verzoeker, waardoor nadeel wordt berokkend bij de mededinging.

B. De afwezigheid van economische verantwoording.

De vraag dient gesteld te worden of VMMA een economische verantwoording heeft gegeven om deze discriminatie te rechtvaardigen. Artikel 3 lid 2 c) van de W.B.E.M. verbiedt immers het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties.

In eerdere rechtspraak oordeelde de voorzitter van de Raad voor de Mededinging dat het hanteren van discriminerende en onbillijke tarieven, zonder economische verantwoording, prima facie een inbreuk is op artikel 3 lid 2 a) en c) van de W.B.E.M. (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, zaak MEDE-V/M-27, VZW Radio Tienen, e.a./CVBA Sabam, B.S., 9 januari 2001). Het Hof van Beroep te Brussel hervormde weliswaar deze beslissing op feitelijke grondslagen doch oordeelde eveneens dat er in het betrokken geval prima facie sprake was van een misbruik van machtspositie door een praktijk van prijsdiscriminatie. Het Hof van Beroep onderzocht evenzeer of voor de vastgestelde prijsdiscriminatie en het behandelingsverschil een economische verantwoording kon verstrekt worden (Brussel, 21 januari 2002, CVBA Sabam/ VZW Radio Tienen e.a., A.R. 2000/MR/2, nog niet gepubliceerd in het B.S.).

Per analogie dient ook in huidige procedure onderzocht te worden of VMMA een economische verantwoording heeft om tot een discriminatie over te gaan.

Hierbij dient opgemerkt te worden dat, gelet op de reeds vastgestelde discriminatie in hoofde van VMMA, het aan VMMA toekomt om aan te tonen dat zij een economische verantwoording voor de ongelijke behandeling heeft.

* In zijn verslag van 13 november 2002 aanvaardde het Korps Verslaggevers oorspronkelijk dat er een economische verantwoording bestond voor de discriminatie (het Korps spreekt over objectieve redenen voor een verschil in behandeling). Het Korps oordeelde vooreerst dat de verschillen in profielen die door de verweerders aangebracht werden vrij belangrijk waren. Bovendien meende het Korps dat het logisch is dat de kostprijs voor een onderneming een grote rol speelt. Het Korps stelde vast dat deze kostprijs per duizend lezers bij het Laatste Nieuws lager bleek te zijn dan bij Het Nieuwsblad/ De Gentenaar en Het Volk, die een veel minder goede verhouding bereik/kostprijs bleken te hebben. Tenslotte was het Korps van mening dat ook qua sociale groepen en qua regionale spreiding HLN een profiel aanbood dat eerder in lijn lag met het profiel van VTM dan HN en HV. Gezien verzoeker geen argumenten aanbracht die dit ernstig in vraag stelde, oordeelde het Korps dan ook dat VMMA objectieve redenen had om verzoeker en de Persgroep op een verschillende manier te behandelen vermits deze zich niet in een gelijke situatie bevonden. Het Korps besloot oorspronkelijk dan ook dat er prima facie geen sprake was van een misbruik door een onderneming in een machtspositie.

Er dient echter opgemerkt te worden dat het Korps reeds in zijn verslag van 13 november 2002 toch wel twijfels uitte over het argument dat het profiel van de lezers van Het Laatste Nieuws/ De Nieuwe Gazet (verder HLN) veel beter zou aansluiten bij het profiel van de VMMA-kijker. Het Korps merkte het volgende op :

- inzake het argument dat HLN 19,3 % van de doelgroep bereikt : het Nieuwsblad / De Gentenaar en Het Volk (verder "HN/HV") bereiken samen toch ook 18,5 % van de doelgroep ;
- inzake het totaalbereik (aantal lezers) dat voor HLN 704.000 zou bedragen: HN/HV bereiken samen 767.000 lezers, hetgeen bijgevolg meer is dan HLN ;
- inzake het aantal lezers dat naar VTM kijkt : 53,5 % van de lezers van HLN kijken altijd of bijna altijd naar VTM. Bij HN is dit slechts 37,7 % doch bij HV (dat echter veel kleiner is) bedraagt het aantal VTM-kijkers ongeveer hetzelfde als HLN, nl. 53,2 %.

* Ter zitting van 7 februari 2003 heeft het Korps, zoals supra reeds gesteld, zijn opvatting gewijzigd aangaande dit punt en heeft het Korps gesteld dat er minimaal prima facie vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de objectieve gronden die door VMMA werden ingeroepen. Het Korps Verslaggevers stelt dat het ernstig twijfelt aan de door VMMA ingeroepen gronden inzake het zogenaamd beter bereik van Het laatste Nieuws/De Nieuwe Gazet, inzake de zogenaamde betere selectiviteit en de zogenaamde betere exclusiviteit en tenslotte inzake het argument van de betere « kostprijs- per- duizend » inwoners.

* Wij zijn van oordeel dat VMMA niet aantoont dat er economische gronden zijn die de discriminatie rechtvaardigen.

Vooreerst wordt ten onrechte door VMMA verwezen naar de zogenaamde profielverschillen waardoor het profiel van de lezers van Het Laatste Nieuws/De Nieuwe Gazet beter zou aansluiten bij het profiel van de VMMA-kijker. Hoger werd al opgemerkt dat ook het Korps Verslaggevers reeds ernstige twijfels heeft geuit over deze zogenaamde profielverschillen. De argumenten van VMMA inzake het zogenaamde betere bereik van Het Laatste Nieuws/ De Nieuwe Gazet overtuigen Ons geenszins. Wij maken Ons de bemerkingen dienaangaande van het Korps eigen en menen evenzeer dat de door VMMA aangehaalde cijfers inzake profielverschillen niet het bewijs leveren van een economische verantwoording.

Eveneens ten onrechte steekt VMMA een heel betoog af over het feit dat de hoofddoelgroep die zij wenst te bereiken de zogenaamde « VVA » (voornaamste verantwoordelijke voor aankopen in het gezin) 18-54 jarigen zou zijn. Uit de door verzoeker bijgebrachte stukken blijkt immers dat de beweerde VVA 18-54 niet de enige doelgroep van VMMA is (er zijn nog twee andere doelgroepen VVA 18-44 en Mannen 15+) en dat slechts 28 % van het VTM kijkerspubliek tot de doelgroep VVA 18-54 behoort (waardoor 72 % er niet toe behoort). De argumentatie inzake de doelgroepen is bijgevolg volstrekt niet pertinent om een economische verantwoording voor de discriminatie op te leveren.

Voorts meent VMMA dat Het Nieuwsblad en Het Volk een gebrek aan selectiviteit vertonen ten aanzien van de zogenaamde doelgroep VVA 18-54 waardoor VMMA verkiest om ruilovereenkomsten met betrekking tot reclame in Het Laatste Nieuws te sluiten nu deze de enige krant (samen met De Morgen) met een selectief bereik zou zijn. Wij merken echter op dat deze redenering gestoeld is op de veronderstelling dat VMMA zich richt op de hoofddoelgroep VVA 18-54, waaromtrent Wij zonet gesteld hebben dat deze argumentatie niet pertinent is. Verzoeker weerlegt bovendien de selectiviteitsindex aan de hand van de CIM gegevens voor 2002. Bovendien merkte het Korps ter zitting van 7 februari 2003 eveneens op dat het twijfelde aan deze argumentatie inzake betere selectiviteit. Wij besluiten dan ook dat deze zogenaamde betere selectiviteit van Het Laatste Nieuws geenszins op afdoende wijze bewezen wordt.

Inzake het argument dat de « kost-per-duizend » lezers zogenaamd lager zou zijn bij Het Laatste Nieuws/De Nieuwe Gazet dan bij Het Nieuwsblad/Het Volk, stellen Wij vast dat het verschil in kostprijs gebaseerd is op een selectieve keuze van het uitgangspunt (lagere sociale klasse) van de berekening van de « kost-per-duizend ». Uit de stukken die partijen naar aanleiding van de hoorzittingen hebben bijgebracht (en waarover het Korps Verslaggevers derhalve niet beschikte voor de redactie van zijn verslag) blijkt dat het prijsverschil dat voortvloeit uit de zogenaamde « kost-per-duizend » blijkbaar niet geldt wanneer VMMA met De Morgen ruilt. Uit de (nieuwe) stukken blijkt bovendien dat dit prijsverschil (waarop het argument « kost-per-duizend » gebaseerd is) als zodanig evenmin ervaren wordt door andere adverteerders. Tevens dient opgemerkt te worden dat de « kost-per-duizend » een zeer rekbaar begrip blijkt te zijn en afhangt van de doelgroep die men als uitgangspunt neemt. Een en ander heeft ertoe geleid dat ook het Korps Verslaggevers terug gekomen is op zijn standpunt verdedigd in zijn verslag van 13 november 2002, en ter zitting van 7 februari 2003 ernstige twijfels geuit heeft aangaande het argument inzake de « kostprijs-per-duizend ». Wij zijn van oordeel dat ook de argumentatie die gestoeld is op de zogenaamde lagere « kost-per-duizend » van de lezers van Het Laatste Nieuws/de Nieuwe Gazet, geen bewijs van een economische verantwoording vormt.

Voorts wordt geargumenteed dat ook qua sociale groepen en qua geografische spreiding Het Laatste Nieuws een profiel zou hebben dat beter aansluit bij het kijkersprofiel van VTM dan Het Nieuwsblad en Het Volk. Alhoewel het Korps dit argument in zijn verslag van 13 november 2002 overnam, kunnen Wij Ons hierbij geenszins aansluiten. Overigens dient opgemerkt te worden dat het verslag van het Korps deze argumentatie niet verder onderbouwt. Terecht merkt verzoeker op dat het niet opgaat dat VMMA inroept dat het lezersprofiel van HLN/DNG qua sociale groep beter aansluit bij de doelgroep van VMMA, nu HN precies slechter scoort bij de lagere sociale klassen door de massale mediadruk van HLN/DNG op VMMA. Het is bijgevolg precies ten gevolge van de discriminatie van VMMA ten nadele van verzoeker dat HN lezers in de lagere sociale klassen verloren zou hebben. Ook de zogenaamde betere geografische spreiding van HLN/DNG is niet van aard de discriminatie te

verantwoorden. De geografische verschillen in lezersprofiel blijken vooral te wijten aan de situatie in de provincie Antwerpen, waar de Gazet van Antwerpen de grote speler is. Hieruit kan echter geen argument geput worden voor huidige zaak.

Volledigheidshalve kan nog toegevoegd worden dat terecht dient getwijfeld te worden aan de door VMMA ingeroepen argumenten nu uit de bijgebrachte stukken blijkt dat deze blijkbaar niet gelden voor De Morgen, die een lezersprofiel zou hebben dat niet aansluit bij de beweerde doelgroep van VMMA. Ook de « kost-per-duizend » van de Morgen zou opmerkelijk hoger liggen dan die van HLN/DNG en dan die van HN/HV. Niettegenstaande het niet-aansluitend profiel en de hoge « kost-per-duizend » van De Morgen ruilt VMMA met De Morgen voor een bedrag van 1.487.361,10 euro, hetgeen bijna evenveel als het totale bedrag dat met verzoeker geruild wordt. Dat VMMA geen economische verantwoording voor haar ruilovereenkomstenbeleid heeft, wordt hierdoor bewezen.

Tenslotte merken Wij nog op dat, welke economische verantwoording VMMA ook moge invoeren, deze nooit kan rechtvaardigen dat een discriminatie met een factor van meer dan 3 gerechtvaardigd kan worden.

Besluitend zijn Wij van oordeel dat VMMA prima facie misbruik van machtspositie pleegt door ongelijke voorwaarden op te leggen aan verzoeker in zake de ruilovereenkomsten, waardoor prima facie (maar met een voldoende graad van waarschijnlijkheid) een inbreuk op artikel 3 lid 2 c) van de W.B.E.M. wordt bewezen.

2.2. Artikel 2 van de W.B.E.M.

Het verzoek tot voorlopige maatregelen van de VUM heeft eveneens betrekking op een mogelijke inbreuk op artikel 2 W.B.E.M. en dit in hoofde van VMMA enerzijds en de N.V. Persgroep, de N.V. Aurex, de N.V. Uitgeverij De Morgen en de N.V. Sparta/Magnet Magazine anderzijds.

Verzoeker meent dat er sprake is van een schending van artikel 2, §1, van de W.B.E.M., m.n. het sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten, het maken van mededingingsbeperkende afspraken en het ontwikkelen van onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken: “ de dagbladen en magazines van De N.V. Persgroep, de N.V. Aurex, de N.V. Uitgeverij De Morgen en de N.V. Sparta van een voorkeurbehandeling te doen genieten op de televisie- en radiokanalen geëxploiteerd door VMMA, o.m. wat betreft de toegang tot ruilakkoorden en andere vormen van commerciële samenwerking, product placement en redactionele promotie, ter uitsluiting of ten nadele van dagbladen en magazines van VUM, met het oogmerk en het gevolg de beperking van de mededinging op de markten waarop zowel VUM als De N.V. Persgroep, de N.V. Aurex, de N.V. Uitgeverij De Morgen of de N.V. Sparta actief zijn, m.n. de lezers- en reclamemarkten voor Nederlandstalige Belgische dagbladen en voor Nederlandstalige Belgische magazines”.

Het verzoek tot voorlopige maatregelen van VUM werd (cfr. supra) echter t.o.v. Sparta ingetrokken.

Terecht merkt het Korps Verslaggevers op dat zowel in het verzoek tot voorlopige maatregelen als in haar memorie, verzoeker de zogenaamde inbreuk op artikel 2 van de W.B.E.M. slechts in zeer beperkte mate uitwerkt. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de vermeende restrictieve mededingingspraktijk op grond van artikel 2 door de verzoeker bovendien afgeleid wordt uit het gedrag van de VMMA.

Hier stelt zich de vraag naar de cumulatieve toepassing van artikel 2 en 3 van de W.B.E.M. op eenzelfde gedraging.

Ter vergelijking kan verwezen worden naar de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg. De mogelijkheid van cumulatieve toepassing van artikel 81 lid 1 en 82 van het EG-verdrag werd door het Hof principieel bevestigend beantwoord in het arrest Hoffmann-La Roche (H.v.J., 13 februari 1979, 95/76, Hoffmann-La Roche /Commissie, Jur., 1979, 550, r.o. 116). Het Gerecht van Eerste aanleg heeft evenwel aan deze cumulatieve toepassing van artikel 81 lid 1 en 82

van het EG-verdrag voorwaarden verbonden inhoudende dat voor een vaststelling van een inbreuk op artikel 82 het niet voldoende is om de feiten, die een inbreuk op artikel 81 zouden vormen, te « recycleren » (Gerecht van Eerste Aanleg, 10 maart 1992, T 68/89, T 77/89, T 78/89, Italiaans Vlakglas, Jur., 1992, II, 1403, r.o. 356).

Aansluitend hierbij dient eveneens aangenomen te worden dat de omgekeerde stelling eveneens geldt. Het volstaat niet om de argumenten aangehaald om een misbruik van machtspositie vast te stellen, te « herbruiken » om tevens een inbreuk op artikel 2 van de W.B.E.M. vast te stellen.

De door de VMMA bijgebrachte ruilovereenkomsten (waarvan de vertrouwelijkheid werd opgeheven bij beslissing van 17 december 2002) betreffen de overeenkomsten gesloten tussen de VMMA enerzijds en de Persgroep (1999, 2000), de N.V. Aurex (2001, 2002) en de N.V. De Morgen (1999, 2000, 2001 en 2002) anderzijds. Uit de analyse van deze ruilovereenkomsten blijkt dat deze overeenkomsten louter modaliteiten m.b.t. de ruiloperatie bevatten en dat deze overeenkomsten prima facie geen mededingingsbeperkende elementen bevatten. De vraag kan echter gesteld worden of dit hele systeem van ruiloperaties tussen televisieomroepen en kranten mededingingsrechtelijk wel aanvaardbaar is. Deze vraag zal grondiger onderzocht dienen te worden tijdens de behandeling van de klacht ten gronde. Noch verzoeker noch verweerders hebben immers veel informatie verstrekt over dit ruilsysteem op zich, gezien alle partijen blijkbaar vragende partij zijn voor de handhaving van dit systeem. Het komt Ons voor dat deze vraag niettemin door het Korps Verslaggevers bij de behandeling van de klacht nader bestudeerd zal dienen te worden.

Besluitend met betrekking tot een beweerde inbreuk op artikel 2 van de W.B.E.M. oordelen Wij dat de argumentatie van de verzoeker om aan te tonen dat VMMA een inbreuk op artikel 3 W.B.E.M. heeft gepleegd, niet zonder meer kan getransponeerd worden naar een inbreuk op artikel 2 WEM. Verzoeker heeft niet aangetoond dat er een mededingingsbeperkende afspraak zou bestaan tussen de VMMA enerzijds en de Persgroep anderzijds. Wij zijn bijgevolg van oordeel dat er geen prima facie inbreuk op artikel 2 W.B.E.M. vastgesteld kan worden in hoofde van de verweerders.

3. Het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel of de schade aan het algemeen economisch belang dat dringend moet worden vermeden.

Deze voorwaarden zijn cumulatief, in die zin dat het ontbreken van één van deze voorwaarden de gegrondheid van het verzoek tenietdoet (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 12 september 1994, zaak nr. 1994 –VMP– 4, S.A. Ets. Delhaize Frères et Cie. Le Lion / S.A. Dior).

Voorlopige maatregelen mogen slechts genomen worden als het bestaan van een nadeel in verband met de aangeklaagde praktijk prima facie bewezen is. Als nadeel kan in aanmerking worden genomen elke comparatief minder gunstige toestand waarin de onderneming terecht komt ten aanzien van de toestand waarin ze zich zou bevinden mocht ze de restrictieve praktijk niet ondergaan (Brussel, 18 december 1996, NV Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 386 ; Brussel, 26 juni 1997, Iverlek CV e.a. t. Belgische Staat, B.S., 4 juli 1997, 17495).

Niet alleen de situatie van de klager maar van de gehele betrokken markt dient in aanmerking te worden genomen (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, 27 maart 1995, Intermosane/Interest t. Sabam/Agicoa, Tweede Activiteitenverslag Raad voor de Mededinging, 1994-95, 234). 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 (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 27 september 1995, zaak nr. 1995 - VMP-1, Intermosane).

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. De schade is onmiddellijk als de uitwerking ervan ten dage van het verzoek of op imminente wijze wordt ervaren, ongeacht de mogelijke maatregelen die de onderneming

meteen of op korte termijn ertegen kan ontwikkelen. Het nadeel is tenslotte onherstelbaar als de toestand zoals hij zou evolueren wanneer de gevraagde maatregel uitblijft niet meer ongedaan gemaakt kan worden door de beslissing ten gronde van de Raad, wanneer deze bij hypothese de klacht gegrond zou bevinden, zonder daarbij rekening te houden met mogelijke vervangende schadevergoeding.

De hoogdringendheidsvereiste, die geen afzonderlijke vereiste vormt, 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 (Brussel, 18 december 1996, NV Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 386; Brussel, 26 juni 1997, Iverlek CV e.a. t. Belgische Staat, B.S., 4 juli 1997, 17495).

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

3.1. Het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel of de schade aan het algemeen economisch belang

3.1.1 Het ernstig karakter van het nadeel

Wij stellen vast dat verzoeker ernstig benadeeld wordt in de promotie van haar dagbladen gezien zij niet over dezelfde toegang tot reclameruimte beschikt als haar belangrijkste concurrent, de Persgroep. Ten onrechte beweren verweerders dat verzoeker over alternatieven zou beschikken bestaande uit VT4 en VRT. Het spreekt voor zich dat VT4 geen volwaardig alternatief is nu deze omroep een veel kleiner kijkcijfertaandeel heeft. Dat VRT evenmin een alternatief is, werd supra reeds uiteengezet: de sponsoringspots die de VRT uitzendt behoren immers niet tot dezelfde relevante markt en kunnen bijgevolg geen alternatief/substituut vormen. Vanzelfsprekend vormen reclame op radio en in printmedia in dezelfde zin geen volwaardige alternatieven/substituten, gezien deze reclamevormen evenmin tot de relevante markt behoren.

Louter volledigheidshalve kan tenslotte verwezen worden naar een cijfervergelijking die tijdens het onderzoek bijgebracht werd i.v.m. de aanwezigheid van de Persgroep en VUM op VMMA en VRT, en dit niettegenstaande Wij van oordeel zijn dat de reclame op de VRT geenszins een volwaardig alternatief is. CIM (zoals supra reeds gesteld een onafhankelijk orgaan) deelt de volgende cijfers mee i.v.m. de hoeveelheid reclame die de Persgroep en VUM realiseerden op de VMMA- en VRT-tv-zenders in 2001 (in €) :

Adverteerder	VMMA	VRT	Totaal
De Persgroep	10.101.047		10.101.047
VUM	1.804.814	301.876	2.106.690
Totaal	11.905.861	301.876	12.207.737

Alhoewel de Persgroep geen toegang heeft tot de VRT-televisie (wel tot VRT-radio), blijkt uit deze objectieve gegevens wel degelijk dat verzoeker een veel kleinere aanwezigheid heeft op de televisie dan de Persgroep. Deze cijfers bevestigen nogmaals, voor zover nodig, dat het voor verzoeker van cruciaal belang is om naar orde van grootte aan de Persgroep evenwaardige ruilovereenkomsten te kunnen sluiten met VMMA.

Verweerders schermen tenslotte met de zogenaamde GRP-cijfers. Verweerders stellen dat de GRP-cijfers de ideale graadmeter zouden zijn voor de aanwezigheid van de beide krantengroepen op de televisiezenders te meten. GRP geeft het aantal keren weer dat de doelgroep (nl. de + 15-jarigen) bereikt wordt en zou dus een graadmeter voor het bereik van de reclameboodschap zijn. Ook hier weer dienen Wij echter, inzake de relevantie van deze cijfers, op te merken dat Wij van oordeel zijn dat reclame op de VRT geen volwaardig alternatief is, gezien deze reclame niet tot de relevante markt behoort. Voor 2001 bedragen de GRP-cijfers :

2001	VMMa	VRT	Totaal
De Persgroep	8.409	0	8.409
VUM	2.181	3.275	5.456

Terecht merkt het Korps op dat ook uit de GRP-cijfers 2001 blijkt dat de Persgroep een veel grotere aanwezigheid heeft op televisie (VMMa + VRT) dan verzoeker. Er wordt geenszins bewezen dat de GRP-cijfers van 2002 niet in dezelfde lijn zouden liggen.

Uit het voorgaande dienen Wij te besluiten dat het ernstig karakter van het nadeel bewezen is.

3.1.2. Het onmiddellijk karakter van het nadeel

Dat het nadeel dat verzoeker leidt onmiddellijk is, wordt bewezen door het feit dat VMMa weigert de ruilovereenkomst die zij met verzoeker heeft gesloten, uit te breiden tot een gelijk niveau als dat van de Persgroep. Hoger werd reeds opgemerkt dat de verhoging van 50% die verzoeker verkreeg van 2000 naar 2001 ernstig dient gerelativeerd te worden gelet op de verhoging van de ruilbedragen die de Persgroep verwierf. Bovendien werd tevens opgemerkt dat, zelfs na deze verhoging van 50%, de ruilwaarde die VMMa aan de Persgroep toekent, de ruilwaarde die zij aan verzoeker verstrekt met een factor van meer dan 3 blijft overschrijden.

Het ziet er geenszins naar uit dat VMMa van plan is een uitbreiding van de ruilovereenkomsten voor 2003 toe te kennen. Vooreerst heeft VMMa niet positief gereageerd op het schrijven van 3 oktober 2002 van verzoeker, waarna verzoeker een klacht en een verzoek tot voorlopige maatregelen heeft neergelegd. Noch tijdens de hoorzittingen noch in haar memories heeft VMMa voorts te kennen gegeven om in concreto bereid te zijn de ruilovereenkomsten met verzoeker uit te breiden. Dit wordt tevens bevestigd door het feit dat VMMa, na de hoorzitting van 29 november 2002, een ruilovereenkomst ten voorlopige titel voor het eerste kwartaal van 2003 gesloten heeft met verzoeker voor dezelfde waarde als in 2002.

3.1.3. Het onherstelbaar karakter van het nadeel

Het nadeel dat verzoeker lijdt is tevens onherstelbaar. Het nadeel is onherstelbaar als de praktijk die als een inbreuk wordt aangemerkt, een concurrentieel nadeel bezorgt aan degene die om de maatregelen vraagt, hetzij omdat zij dreigen uit de markt te verdwijnen, hetzij omdat de praktijk de mededingingsvoorwaarden onherstelbaar verstoort (Brussel, 21 januari 2002, CVBA Sabam/ VZW Radio Tienen e.a., A.R. 2000/MR/2, nog niet gepubliceerd in het B.S.).

Deze voorwaarden zijn in casu vervuld. Uit de financiële resultaten van de krantendivisie van verzoeker (oorspronkelijk een vertrouwelijk stuk van verzoeker, waarvan de vertrouwelijkheid werd opgeheven, thans stuk 47) en de overige door verzoeker bijgebrachte stukken blijkt dat verzoeker hoofdzakelijk verliezen in haar krantendivisie lijdt. In 2001 bedragen deze verliezen [VERTROUWELIJK] euro terwijl ook in 2002 de verliezen nog steeds [VERTROUWELIJK] euro bedragen. Deze verliezen in de krantendivisie zijn vooral te wijten aan de daling van de losse verkoop van Het Nieuwsblad/Het Volk. Deze daling in de losse verkoop blijkt in hoofdzaak te wijten aan de veel zwakkere mediadruk op televisie van de VUM-titels ten opzichte van de Persgroep-titels. Voor een product dat dagelijks een koopbeslissing veronderstelt van de koper kan de nodige constante mediadruk niet worden bereikt zonder televisiereclame. Het nadeel dat door verzoeker wordt geleden is bovendien onherstelbaar omdat het betrekking heeft op de verzwakking van haar concurrentiepositie op de markt t.o.v. haar concurrenten en inzonderheid de Persgroep. Verweerders stellen dat de voornaamste oorzaken van het verlies geleden door VUM herstructureringskosten in 2001, fors gestegen papierprijzen en een daling van de jobadvertentiemarkt in het algemeen, zouden zijn. Teneinde deze stelling te ondersteunen verwijzen verweerders naar een aantal verklaringen die o.m. de voorzitter en de gedelegeerd bestuurder van de VUM in de pers afgelegd hebben. Deze argumenten overtuigen Ons niet. Het spreekt voor zich dat de verantwoordelijken bij de VUM in de pers een verklaring trachten te

geven voor de door verzoeker geleden verliezen. Bovendien verklaren deze argumenten van verweerders niet waarom de verliezen van de VUM in 2002 nog steeds aanhouden.

Verzoeker bewijst bijgevolg op afdoende wijze dat zij dreigt uit de markt te verdwijnen zodat het onherstelbaar karakter van het nadeel bewezen is.

3.1.4. De schade aan het algemeen economisch belang

Alhoewel strict genomen deze voorwaarde niet verder onderzocht dient te worden, gelet op de aanwezigheid van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor verzoeker, wensen Wij hier toch bondig op in te gaan.

De notie algemeen economisch belang wordt niet gedefinieerd noch in de W.B.E.M. noch in de voorbereidende werken. In een recente beslissing werd geoordeeld dat een situatie die de belangen van de consumenten in het algemeen schaadt, een situatie kan zijn die het algemeen economisch belang schaadt (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 20 december 2002, nr. 2002-V/M- 91, Minister van Economie/ARGB e.a., nog niet gepubliceerd in het B.S.)

In casu stellen Wij ons ernstige vragen of het algemeen economisch belang, in deze bestaande uit het grote publiek/ de consumenten, niet geschaad kan worden. Niettegenstaande in België/ Vlaanderen geen reglementering bestaat die de zogenaamde “cross-ownership” (kruiseigendom tussen verschillende media) regelt, moeten de Belgische media-ondernemingen bij de exploitatie van hun activiteiten het mededingingsrecht in het algemeen en het verbod op misbruik van machtspositie in het bijzonder naleven, hetgeen in casu prima facie niet gebeurd is. Het hoger geciteerde rapport Media Knipperlichtenmodel van 21 augustus 2002 waarschuwt tevens tegen mogelijk misbruik van machtspositie in het kader van de ruilovereenkomsten die plaatsvinden in de context van cross-ownership (zie onder de feiten nummer 3).

Het is VMMA bijgevolg niet toegelaten om misbruik te maken van haar machtspositie op één markt (de televisiereclamemarkt) om de positie van verbonden ondernemingen op een andere markt (de dagbladen-en magazinemarkten) te versterken. Dergelijke praktijken kunnen de pluriformiteit van de Nederlandstalige dagbladpers in België in het gedrang brengen en derhalve het algemeen economisch belang schaden.

3.2. De hoogdringendheidsvereiste

Het verzoek is tevens hoogdringend, gezien het betrekking heeft op de structurele ondermijning van de concurrentiepositie van verzoeker op de markt ten opzichte van haar belangrijkste concurrent, nl. de Persgroep. Zoals supra reeds gesteld, beschikt verzoeker hic et nunc slechts ten voorlopige titel over een ruilovereenkomst voor het eerste kwartaal van 2003 en dit slechts ter waarde van de ruilovereenkomst van 2002, waarvan verzoeker een aanzienlijk verhoging van het ruilbedrag wenst te verkrijgen.

Verzoeker is bijgevolg volstrekt in het ongewisse over de mogelijkheid om na het eerste kwartaal van 2003 verder ruilovereenkomsten met VMMA te sluiten. In het beste geval lijkt het zo te zijn dat VMMA een ruilovereenkomst aan verzoeker zal toekennen ter waarde van de overeenkomst die in 2002 werd gesloten. In dat geval zal verzoeker ten vroegste in 2004 opnieuw om een verhoging van de ruilovereenkomsten kunnen verzoeken. Uit de rechtspraak blijkt dat situaties waar de markt voor een heel jaar wordt vergrendeld, niet kunnen worden aanvaard en voorlopige maatregelen de gepaste oplossing zijn (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 6 december 2000, nr. 2000 – V/M – 39, Ete-Kilt/Asaf, B.S., 27 februari 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 13 november 2001, nr. 2001 – V/M – 58, BVBA Daems Racing/VAS, B.S., 4 april 2002).

Het dringend karakter staat bijgevolg tevens vast.

Gezien de drie cumulatieve voorwaarden in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. bewezen zijn, wordt het verzoek (deels, onder voorbehoud van hetgeen volgt) gegrond verklaard.

4. De gevorderde maatregelen

De door verzoeker gevorderde maatregelen zijn te verregaand en worden dan ook herleid conform hetgeen in het beschikkend gedeelte wordt uiteengezet.

Ten onrechte stellen verweerders dat de door verzoeker gevorderde maatregel een aankoopverplichting voor VMMA zou inhouden. Verzoeker vordert enkel dat een einde zou gesteld worden aan de discriminatie die een misbruik van machtspositie in hoofde van VMMA uitmaakt. Verzoeker heeft zich hierbij uitdrukkelijk akkoord verklaard om genoeg te nemen met de tweede optie waardoor aan VMMA verboden zou worden meer zendcapaciteit te besteden aan de Persgroep dan zij besteedt aan de VUM, waardoor de mediadruk van de Persgroep bij VMMA verminderd wordt tot het niveau van de ruilrechten van de VUM.

Eveneens ten onrechte menen verweerders dat de gevorderde voorlopige maatregelen niet geoorloofd zijn. De opmerkingen van verweerders dienaangaande betreffen de eerste optie om de discriminatie op te heffen (aan verzoeker dezelfde ruilcapaciteit te geven als de zendcapaciteit die VMMA aan de Persgroep toestaat). Verzoeker dringt echter niet aan met betrekking tot deze eerste optie. Aangaande de tweede optie merken verweerders op dat deze “juridisch moeilijk te onderbouwen is”, zonder dit verder te preciseren, zodat Wij hier niet verder op dienen in te gaan.

Er dient opgemerkt te worden dat misbruikcontrole ook kan worden uitgeoefend t.a.v. handelingen die ook zonder het bezit van een machtspositie kunnen worden gesteld. Dit biedt de mogelijkheid ondernemingen in machtspositie bijkomende gedragsvoorschriften op te leggen, wanneer de bestreden praktijken een volledig andere (ongunstige) betekenis voor het behoud van de mededinging verkrijgen als wanneer ze onder competitieve marktvoorwaarden zouden worden verricht. Aan ondernemingen met een machtspositie, zoals in casu prima facie het geval is voor VMMA, kunnen derhalve strengere gedragsvoorschriften worden opgelegd.

De gevraagde (en door Ons herleide) maatregelen zijn bijgevolg niet ongeoorloofd.

Om deze redenen

Wij, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

Verklaren het verzoek tot nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk en deels gegrond.

Stellen vast dat VMMA prima facie over een machtspositie beschikt op de markt voor televisiereclame in Nederlandstalig België, dat VMMA prima facie misbruik pleegt van machtspositie in de zin van artikel 3 lid 2 c) van de W.B.E.M. door zich schuldig te maken aan discriminatie inzake de ruilovereenkomsten ten opzichte van VUM, waarvoor VMMA geen economische verantwoording kan geven, en dat dit misbruik een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor de VUM veroorzaakt en het algemeen economisch belang kan schaden, hetgeen dringend dient vermeden te worden.

Leggen aan de N.V. Vlaamse Mediamaatschappij het gebod op, tot op het ogenblik van de uitspraak ten gronde betreffende de klacht neergelegd door de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij op 8 oktober 2002, om tijdens de televisie-uitzendingen van haar omroepen VTM, Kanaal 2 en JIMTV aan Vlaamse Uitgeversmaatschappij NV dezelfde ruilrechten op jaarbasis toe te kennen als de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij genoot tijdens het jaar 2002 krachtens de ruilovereenkomst van 21 januari 2002, m.n. voor een bedrag van € 1.860.000 per jaar. Indien VMMA spotreclame en sponsoring met betrekking tot de dagbladtitels Het Laatste Nieuws, De Nieuwe Gazet of De Morgen

wenst uit te zenden in een bepaald kalenderjaar boven dat bedrag zal zij het meerbedrag mededelen aan de N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij uiterlijk op 15 november van het voorafgaand jaar en aan Vlaamse Uitgeversmaatschappij NV een overeenstemmend bedrag ter beschikking stellen bij wege van ruil.

Leggen aan de N.V. Vlaamse Mediamaatschappij een dwangsom op gelijk aan € 3.000 per minuut (of fractie daarvan) overtreding van het gebod (met een maximum van € 6.200 per dag).

Wijzen het overige deel van de vordering af als ongegrond.

Aldus beslist op 20 maart 2003 door Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging.