

## ***Beslissing nr. 2003-V/M-81 van 20 oktober 2003***

Beslissing van de voorzitter van de raad voor de mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door de VZW United Media Agencies.

Gezien de klacht ten gronde d.d. 3 april 2003, neergelegd op 4 april 2003, gekend onder het nr. CONC-P/K-03/0027, die gericht is tegen de volgende ondernemingen:

- De CVBA Belgische Federatie van Magazines Regie (Febelma), met zetel te 1070 Brussel, Boulevard Paepsem 22/8,
- De VZW Belgische Vereniging van de Dagbladuitgevers - l'Association Belge des
- Editeurs de Journaux (ABEJ/BVDU), met zetel te 1070 Brussel, Boulevard Paepsem 22/7,
- De N.V. Be-Media, met zetel te Antwerpen, Rijnkaai 101.

Gezien het verzoek om voorlopige maatregelen neergelegd op 4 april 2003, waarbij om voorlopige maatregelen gevraagd werd door de VZW United Media Agencies (hierna VZW UMA), en handelend in naam en voor rekening van het geheel van haar leden, met maatschappelijke zetel te 1050 Brussel, Belvédèrestraat 29 a, geregistreerd onder nr. MEDE-V/M-03/0028, met betrekking tot de praktijken van een aantal ondernemingen, waarbij het volgende gevorderd wordt:

" - aan de Belgische staat, en meer in het bijzonder aan de diensten van de Kancelarij van de Eerste Minister, uitdrukkelijk bevel te geven om geen enkele maatregel noch beslissing te nemen die het afsluiten van enig marktcontract betreffende de aankoop van reclameruimte in de media zou kunnen mogelijk maken, zonder dat de leden van de UMA op voorhand, in alle doorzichtigheid, en onder dezelfde voorwaarden als elke andere operator op deze markt, op de hoogte werden gebracht van het bestaan van deze potentiële markt(en).

- aan de N.V. Be-Media uitdrukkelijk bevel te geven om elk gebruik, of elke poging tot gebruik van bevoorrechte informatie te staken, met betrekking tot potentiële of huidige aankopen van reclameruimte door de overheid, in de media, met het oog op het sluiten of het doen sluiten van dergelijke aankopen, zolang deze informatie niet onder dezelfde voorwaarden, in alle doorzichtigheid, en op hetzelfde moment ter beschikking staat van alle marktoperatoren."

Gezien het verzoek om inlichtingen van de Dienst voor de Mededinging d.d. 10 april 2003 gericht aan de verzoekende partij, waarbij gevraagd werd aan de verzoekende partij om te verduidelijken welke concrete voorlopige maatregelen zij acht dat er genomen moeten worden en t.a.v. welke partijen het verzoek gericht is;

Gezien het schrijven van de VZW UMA d.d. 23 april 2003, waarin de VZW UMA stelt dat het verzoek tot voorlopige maatregelen bedoeld is om de uitwerking van de overeenkomst afgesloten op 17 december 2002 tussen de federale overheid en de CVBA Coöperatieve Marketing en Uitgeversvennootschap, gemandateerd door de vereniging ABEJ/BVDU, d.i. de Belgische Vereniging van Dagbladuitgevers, te schorsen.

Dat volgens de VZW UMA deze overeenkomst de voorwaarden voor de aankoop door de federale overheid van advertentieruimte in de Belgische dagbladen, vertegenwoordigd door de BVDU, regelt.

Dat de VZW UMA bovendien het vermoeden heeft dat een zelfde overeenkomst werd afgesloten of zal worden afgesloten tussen de federale overheid en Febelma, de Belgische Federatie van magazines en tijdschriften.

Dat de VZW UMA dan ook vordert dat de gevolgen van de overeenkomst zouden geschorst worden totdat de Raad voor de Mededinging een uitspraak ten gronde heeft gedaan.

## I. PROCEDURE

Gezien het onderzoeksdossier dat door de Dienst voor de Mededinging aan het Korps Verslaggevers werd overgemaakt;

Gezien het gemotiveerd verslag van het Korps Verslaggevers d.d. 25 juni 2003, dat in toepassing van artikel 35 van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna "W.B.E.M." genoemd), overgemaakt werd aan de Raad voor de Mededinging op 1 juli 2003;

Gezien Onze beslissing van 18 juli 2003 waardoor, alvorens recht te doen over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het verzoek tot voorlopige maatregelen, beslist werd dat de taal van de procedure voor de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging in de zaak nr. MEDE-V/M-03/0028 het Nederlands is en waardoor het verzoek van de raadslieden van de verzoekende partijen op grond van artikel 36 van de wet van 15 juni 1935, afgewezen werd;

Gezien de beslissing inzake de vertrouwelijkheid der stukken d.d. 30 juli 2003;

Gezien volledigheidshalve nog gepreciseerd wordt dat de schriftelijke opmerkingen neergelegd door de verzoekende en verwerende partijen niet-vertrouwelijke stukken zijn die voor alle partijen toegankelijk zijn, met uitzondering van bijlage 1 van de opmerkingen van de N.V. Be-Media, dat zakengeheimen bevat zodat het enkel toegankelijk is voor de verstrekker van het document, het Korps Verslaggevers, de Dienst voor de Mededinging en de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging (en het derhalve als stuk C dient gekwalificeerd te worden conform de kwalificatie vermeld in de beslissing vertrouwelijkheid van 30 juli 2003);

Gezien de beschikking dd. 30 juli 2003 waardoor een termijn vastgelegd werd voor partijen om schriftelijke opmerkingen te formuleren in het kader van de procedure voorlopige maatregelen en een datum voor de hoorzitting bepaald werd;

Gezien de memorie van de verzoekende partij neergelegd op 14 augustus 2003;

Gezien de opmerkingen namens de C.V.B.A. Febelma Regie neergelegd op 5 september 2003;

Gezien de opmerkingen namens de BVDU neergelegd op 5 september 2003;

Gezien de schriftelijke opmerkingen namens de N.V. Be-Media neergelegd op 5 september 2003;

Gezien de opmerkingen namens de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister, neergelegd op 4 september 2003;

Gehoord op de zitting van 19 september 2003:

- De Heer Bert Stulens, verslaggever, en de Heer Patrick Coppé namens de Dienst voor de Mededinging;
- De VZW UMA, vertegenwoordigd door Mr. Jean-Paul Hordies, Mr. Anne Van Winnendael en Mr. A. Detrycker, advocaten te Brussel;
- De CVBA Febelma, vertegenwoordigd door de Heer Alain Lambrechts en bijgestaan door Mr. Dirk Van Liedekerke en Mr. Counye, advocaten te Brussel;
- De VZW BVDU, vertegenwoordigd door Mevrouw Margaret Boribon, Mevrouw Catherine Anciaux en de Heren Rogier Goos en Alex Fordyn en bijgestaan door Mr. Marc Van der Woude, advocaat te Brussel ;
- De N.V. Be-Media, vertegenwoordigd door Mevrouw Ellen Veugen en bijgestaan door Mr. Hans Gilliams en Mr. Leen Goossens, advocaten te Brussel;
- De Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister, vertegenwoordigd door de Heer O. Alsteens, Directeur-generaal van de cel Externe Communicatie en de Heer Patrick Rottie en bijgestaan door Meester Thielemans en Meester Alain Strowel, advocaten te Brussel;

Gezien de stukken van het geding;

Gezien de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.) en o.m. artikel 35 luidens hetwelk de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op aanvraag van de klager of 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. HET VERZOEK TOT VOORLOPIGE MAATREGELLEN

Het oorspronkelijke verzoek tot voorlopige maatregelen (neergelegd in het Frans) d.d. 4 april 2003 luidt als volgt:

"- donner injonction à l'Etat belge, et plus particulièrement aux services de la chancellerie du Premier Ministre, de ne prendre aucune mesure ni décision susceptible de permettre la conclusion d'un quelconque marché relatif à l'achat d'espaces publicitaires dans les médias, sans que les membres de l'UMA soient préalablement avisés de l'existence de ce(s) marché(s) potentiel(s), en temps utile, dans la transparence, et dans les mêmes conditions que tout autre opérateur sur ce marché;

- donner injonction à la sprl Be-Media de suspendre toute utilisation, ou tentative d'utilisation de toute information privilégiée, se rapportant à des potentiels ou actuels achats d'espaces publicitaires par les pouvoirs publics dans les médias, en vue de conclure ou de faire conclure de tels achats, tant que ces informations ne sont pas mises à la disposition de tous les opérateurs du marché, dans les mêmes conditions, dans la transparence, et au même moment.

Ces mesures doivent être assorties d'une astreinte de 10 millions d'euros en cas d'inexécution de la décision à intervenir sur les mesures provisoires réclamées."

(vertaald: - aan de Belgische staat, en meer in het bijzonder aan de diensten van de Kanselarij van de Eerste Minister, uitdrukkelijk bevel te geven om geen enkele maatregel noch beslissing te nemen die het afsluiten van enig marktcontract betreffende de aankoop van reclameruimte in de media zou kunnen mogelijk maken, zonder dat de leden van de UMA op voorhand, in alle doorzichtigheid, en onder dezelfde voorwaarden als elke andere operator op deze markt, op de hoogte werden gebracht van het bestaan van deze potentiële markt(en).

- aan de N.V. Be-Media uitdrukkelijk bevel te geven om elk gebruik, of elke poging tot gebruik van bevoorrechte informatie te staken, met betrekking tot potentiële of huidige aankopen van reclameruimte door de overheid, in de media, met het oog op het sluiten of het doen sluiten van dergelijke aankopen, zolang deze informatie niet onder dezelfde voorwaarden, in alle doorzichtigheid, en op hetzelfde moment ter beschikking staat van alle marktoperatoren.

Deze maatregelen dienen vergezeld te worden van een dwangsom van 10 miljoen euro in geval van niet uitvoering van de tussen te komen beslissing inzake de gevraagde voorlopige maatregelen.")

Bij brief d.d. 23 april 2003 preciseert verzoeker zijn verzoek tot voorlopige maatregelen waarin de VZW UMA stelt dat het verzoek tot voorlopige maatregelen bedoeld is om de uitwerking van de overeenkomst, afgesloten op 17 december 2002 tussen de federale overheid en de CVBA Coöperatieve Marketing en Uitgeversvennootschap, gemandateerd door de vereniging ABEJ/BVDU, d.i. de Belgische Vereniging van Dagbladuitgevers, te schorsen. Volgens de VZW UMA regelt deze overeenkomst de voorwaarden voor de aankoop door de federale overheid van advertentieruimte in de Belgische dagbladen, vertegenwoordigd door de BVDU. De VZW UMA heeft bovendien het vermoeden dat een zelfde overeenkomst werd afgesloten of zal worden afgesloten tussen de federale overheid en Febelma, de Belgische Federatie van magazines en tijdschriften. De VZW UMA vordert dan ook dat de gevolgen van de overeenkomst zouden geschorst worden totdat de Raad voor de Mededinging een uitspraak ten gronde heeft gedaan. Tenslotte stelt de VZW UMA dat in de litigieuze

overeenkomsten een operator zal worden aangeduid die belast wordt met de coördinatie van de campagnes waarbij verzoeker ervan uit gaat dat de N.V. Be-Media zal worden aangesteld.

In zijn memorie neergelegd op 14 augustus 2003 vordert verzoeker:

" Er wordt dan ook verzocht de vordering tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen ontvankelijk en gegrond te horen verklaren en dienvolgens alle gevolgen van de overeenkomst van 17 december 2002 tussen de federale overheid en de SMCE, gemandateerde van de ABEY/BVDU te schorsen tot aan de uitspraak ten gronde, alsook die van de overeenkomst terzake gesloten tussen de federale overheid en Febelma of haar gemandateerde".

### III. De Feiten en Retroacten

1. De verzoekende partij is de VZW United Media Agencies (UMA), handelend in naam en voor rekening van het geheel van haar leden, met maatschappelijke zetel te 1050 Brussel, Belvédèrestraat, 29a.

De leden van UMA zijn :

- De NV Carat Crystal, met zetel te 1170 Brussel, Terhulpssteenweg, 189;
- De NV Initiative Media, met zetel te 1150 Brussel, Meiersplein, 2 ;
- De NV Mediaedge CIA, met zetel te 1180 Brussel, Stallestraat, 65;
- De NV Mindshare, met zetel te 1160 Brussel, Waverssteenweg, 1789;
- De NV OMD, met zetel te 1160 Brussel, Maurice Charlentstraat 53/1;
- De NV Optimedia Belgium, afdeling van Publicis NV, met zetel te 1050 Brussel, Flageyplein, 18;
- De NV Schreiner & Van Bokkel, met zetel te 1932 St-Stevens- Woluwe Lozenbergstraat, 18;
- De NV Space, met zetel te 1160 Brussel, Tedescolaan, 41 ;
- De NV Universal Media, met zetel te 1000 Brussel, Terhulpssteenweg, 122;
- De NV Zenith Media, afdeling van Zenith Optimedia Belgium NV, met zetel te 1050 Brussel, Belvédèrestraat, 29 ;
- De BVBA Media Force, met zetel te 1160 Brussel, Witvissenlaan 29.

De VZW UMA is een vereniging met als statutair doel "het promoten van het beroep van 'media agency' en het verzekeren van de vertegenwoordiging van haar leden bij alle instanties, organisaties en gezagsdragers die op directe of indirecte wijze een invloed hebben op of betrokken zijn door de evolutie van de sector van de communicatie en de media." (artikel 2 van de statuten).

Onder "media agency" wordt op grond van artikel 2 van de statuten begrepen " elke vennootschap naar Belgisch recht, onafhankelijk blijvend van de media-regies, de media en de adverteerders, waarvan de hoofdactiviteit erin bestaat om de adverteerders en/of hun publiciteitsbureau's te adviseren op het vlak van reclame-investeringen in alle media en in eigen beheer de aankoop van de advertentieruimte te verzekeren. "

De statuten van de VZW UMA werden op 17 maart 2003 ondertekend en gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 mei 2003.

#### 2. De verwerende partijen

Uit het onderzoek is gebleken dat het in een eerste fase onduidelijk was tegen wie de klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen gericht was.

- De klacht, geregistreerd onder het nummer CONC-P/K-03/0027, is gericht tegen de volgende ondernemingen:

1. De Belgische Federatie van Magazines Regie (Febelma), met zetel te 1070 Brussel, Boulevard Paepsem, 22/8. Deze Federatie is een coöperatieve vennootschap en verzamelt (een groot deel van) de magazinepers. De CVBA Febelma Regie werd opgericht bij notariële akte dd. 28 september 1993

2. De Belgische Vereniging van de dagbladuitgevers - L'Association Belge des Editeurs de Journaux (ABEJ/BVDU), met zetel te 1070 Brussel, Boulevard Paepsem, 22/7. Zij is een VZW en verenigt de dagbladen. De VZW BVDU/ ABEJ werd in 1964 opgericht om de gemeenschappelijke beroepsbelangen van de aangesloten dagbladuitgevers te verdedigen.

3. De NV Be-Media (voorheen de NV STATT) met zetel te 2000 Antwerpen, Rijnkaai, 101. De N.V. Statt werd opgericht bij notariële akte van 28 april 1999. Bij notariële akte van 5 november 2001 werd de naam gewijzigd in N.V. Be-Media.

Volgens verzoeker vertegenwoordigen Febelma en BVDU de meerderheid van de uitgevers van de geschreven pers, d.i. de dagbladen via BVDU en de magazines via Febelma (zonder evenwel de volledige geschreven pers te omvatten).

De N.V. Be-Media was oorspronkelijk een reclamebureau. De doelstelling van Be-Media zou thans erin bestaan om in functie van de behoeftes aan communicatie vanwege de overheidsinstanties bijstand te verlenen om de nodige budgetten op te stellen en erop toezien dat deze budgetten effectief uitgegeven worden. Be-Media is aldus naar eigen zeggen geen reclamebureau noch een aankoopcentrale voor de aankoop van advertentieruimte in de media. Het is een onderneming die op gemeenschappelijke vraag van de media en de openbare overheden een specifieke doelstelling beoogt en die vergoed wordt door de media. In haar memorie stelt Be-Media dat haar doelstelling erin bestaat " het voeren, ten behoeve van alle uitgevers, van collectieve promotie voor wat betreft "niet commerciële" overheidscommunicatie." Be-Media stelt dat haar activiteit best te vergelijken is met die van een reclameregie.

- In het oorspronkelijke verzoek tot voorlopige maatregelen d.d. 4 april 2003 worden maatregelen gevorderd tegen de diensten van de Kanselarij van de Eerste Minister en tegen de BVBA Be-Media, alhoewel in het verzoek ook melding gemaakt wordt van Febelma, BVDU en Be-Media (zonder dat tegen deze partijen voorlopige maatregelen worden gevorderd).

In de precisering van het verzoek tot voorlopige maatregelen d.d. 23 april 2003 wordt vermeld dat het verzoek zich enkel richt tot het nemen van maatregelen tot schorsing van de overeenkomsten tussen de federale overheid enerzijds en Febelma / BVDU / ABEJ anderzijds. Gezien in deze overeenkomsten gestipuleerd wordt dat een operator zal worden aangeduid en verzoeker er van uitgaat dat dit Be-Media zal zijn, wordt ook deze partij vernoemd.

In de memorie van verzoeker d.d. 14 augustus 2003 wordt gesteld dat de verwerende partijen uitsluitend Febelma, ABEJ/BVDU en Be-Media zijn doch dat de Kanselarij van de Eerste Minister geen verwerende partij is waartegen de klacht werd ingediend noch waartegen voorlopige maatregelen worden gevorderd, alhoewel in het kader van de voorlopige maatregelen de Kanselarij van de Eerste Minister eveneens wordt "geviseerd".

Gezien de onduidelijkheid tegen wie de klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen gericht zijn, onderzoekt het Korps Verslaggevers terecht welke partijen als verwerende partijen dienen aanzien te worden.

Wij zijn van oordeel dat zowel Febelma, BVDU, Be-Media als de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister in deze procedure als verwerende partijen dienen beschouwd te worden. Ten onrechte meent verzoeker in zijn memorie dat de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister geen verwerende partij zou zijn. Verzoeker stelt immers zelf dat de Belgische Staat, Kanselarij van de

eerste Minister "gevisieerd" wordt door de voorlopige maatregelen, terwijl het oorspronkelijk verzoek tevens uitdrukkelijk vermeldt dat aan de Belgische Staat en meer in het bijzonder aan de diensten van de Kanselarij van de Eerste Minister, een voorlopige maatregel dient opgelegd te worden.

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

3.1. Volgens verzoeker ontwikkelen de leden van UMA, de zgn. 'media agencies', als tussenpersoon tussen de adverteerder en de media, specifieke activiteiten op twee verschillende markten. De eerste markt betreft de Belgische markt van de aankoop van advertentieruimte in de media. Deze markt wordt volgens verzoeker gekenmerkt door de tussenkomst van de media agentschappen of 'media agencies' die ten voordele van de adverteerders onderhandelen met de media om de meest voordelige voorwaarden te bekomen. Deze 'agencies' zijn vertrouwd met de sector en kunnen deze specialisatie en knowhow benutten bij het onderhandelen voor de aankoop van advertentieruimte. De media-agentschappen zouden volgens verzoeker hierbij optreden als 'aankoopcentrale' voor de adverteerders door de inkopen van de verschillende klanten te groeperen. Hierdoor verwerft het agentschap 'buying power' waardoor de beste voorwaarden kunnen worden bekomen bij de media. Ten tweede zal het agentschap eveneens een aantal bijkomende diensten verlenen die erin hoofdzaak in bestaan om samen met de adverteerder een 'media plan' uit te werken. In het mediaplan zal de keuze van het mediaplatform (krant, magazine, TV, affiche,..) bepaald worden in functie van de behoeftes van de adverteerder, het ritme van de campagne, de bedoeling van de reclameboodschap, enz.. Volgens verzoeker bestaat er aldus een werkelijke markt van het 'media-advies' met haar eigen eigenschappen.

3.2. De recente evolutie van beide markten heeft de belangrijkste media-agentschappen ertoe aangezet om een eigen beroepsvereniging op te zetten en dit heeft in 2002 geleid tot de oprichting van de VZW UMA (United Media Agencie), die, zoals supra reeds gesteld, tot doel heeft het verdedigen van de belangen van alle leden en de promotie bij de media van het beroep van media agentschap. UMA stelt dat zij met een 11-tal leden ongeveer 85% vertegenwoordigt van de beide Belgische markten, d.i. de aankoop van advertentie-ruimte en het media-advies.

3.3. De klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen zijn specifiek gericht op het plaatsen van advertenties door de overheid, d.i. overheidscommunicatie naar de burger toe.

3.4. Verzoeker beweert vooreerst dat de overheid tijdens haar communicatiecampagnes de leden van de UMA uitsluit ten voordele van één enkele onderneming, nl. Be-Media. De overheid zou essentiële informatie m.b.t. de beslissing om advertentieruimte aan te kopen exclusief doorspelen aan Be-Media, waardoor de leden van UMA geen toegang zouden verkrijgen tot de hierboven omschreven markten. Be-Media zou op haar beurt deze informatie doorspelen aan de media welke bereid zou zijn om te betalen voor deze informatie. Volgens verzoeker zou deze informatie aldus een reële economische waarde hebben die een determinerend concurrentieel voordeel verleent aan Be-Media t.a.v. de media-agencies. Door het verkrijgen van deze geprivilegieerde informatie zou Be-Media een machtspositie op de markt van inkoop van advertentieruimte t.b.v. de overheid hebben. Be-Media zou haar machtspositie volgens verzoeker misbruiken door deze informatie te verkopen aan de verschillende media zonder aan de leden van UMA toegang te verlenen tot deze belangrijke informatie. Door het niet verkrijgen van deze informatie op het gepaste ogenblik zouden de media-agentschappen niet kunnen meedingen voor de aankoop van advertentieruimte en zouden zij de facto de toegang ontzegd worden tot beide vernoemde markten.

3.5. Verzoeker meent bovendien dat de leden van de beroepsfederaties van de dagbladen (BVDU/ABEJ) enerzijds en van de magazines anderzijds (Febelma) onderling hebben overlegd om het niveau van de kortingen die aangeboden zullen worden aan de overheid, vast te leggen en om de markt te verdelen.

Verzoeker hierbij drie fasen. In een eerste fase (begin jaren 1990) zou de markt nog open geweest zijn voor alle actoren, nl. de reclamebureaus, waaronder STATT (thans Be-Media) en de media-agentschappen. In een tweede fase, vanaf 1993, zou STATT (thans Be-Media) de bevoordeelde

partner geworden zijn van de overheid wat betreft de activiteiten van het media-advies. Sedert 1993 zouden er overeenkomsten bestaan tussen de overheid, de beroepsfederaties van de geschreven pers en STATT (thans Be-Media) waarbij een geprivilegieerde rol zou toegekend zijn aan STATT als tussenpersoon tussen de overheid en de media. Op deze wijze zouden de media agentschappen sinds 1993 uitgesloten worden van deelname op de markt van het media advies. De media-agentschappen en de reclamebureaus zouden op dat tijdstip wel nog steeds aan bod komen op de markt van de aankopen van mediaruimte in de geschreven pers. Volgens verzoeker zou, in een derde fase, de situatie gewijzigd zijn in 2002 met de oprichting van Be-Media. Vanaf 2002 zouden de overheid en de media samen beslist hebben om Be-Media in te schakelen als de exclusieve partner voor de afhandeling van de media-aankopen voor de overheidscommunicatie. Door deze nieuwe situatie zouden de leden van UMA aldus vanaf 2002 volledig uitgesloten zijn tot deelname op de markt voor aankoop van mediaruimte door de overheid.

3.6. Verzoeker wijst er in het bijzonder op dat er overeenkomsten op 17 december 2002 afgesloten werden tussen de overheid en de beroepsfederaties van de geschreven pers (zowel uitgevers van dagbladen als van magazines) waarin de voorwaarden worden vastgelegd die zullen gelden voor het uitvoeren van de aankopen in de media door de overheid.

De overeenkomsten zouden tot doel hebben om enerzijds de overheid toe te laten haar aankopen te organiseren via een aankoopcentrale, in casu Be-Media, hetgeen ook voordelig is als centraal aanspreekpunt voor de media en om anderzijds de beroepsfederaties de zekerheid te verlenen dat de overheids campagnes bij haar leden zullen geplaatst worden. In deze overeenkomsten zou tevens het niveau van de kortingen vastgelegd zijn die gezamenlijk aangeboden zullen worden door de beroepsfederaties aan de overheid. Vermits de leden van UMA niet op de hoogte zijn van de aangeboden kortingen door de beroepsfederaties, zou hen ook hier de toegang belemmerd worden tot de markt van de media-aankopen door de overheid.

[zakengeheim]

4. Op 3 april 2003 heeft verzoeker een klacht neergelegd bij de Raad voor de Mededinging. Op 4 april 2003 werd een verzoekschrift tot voorlopige maatregelen ingediend. Verzoeker (en haar leden) verwijt Febelma en BVDU/ABEJ om een inbreuk te plegen op artikel 2 van de W.B.E.M., waarbij verzoeker van oordeel is dat er marktverdelingsafspraken en prijsafspraken gemaakt worden. Aan Be-Media verwijt verzoeker (en haar leden) om een inbreuk te plegen op artikel 3 van de W.B.E.M., waarbij verzoeker Be-Media verwijt misbruik te maken van haar machtspositie (op de markt van de media-aankopen door de overheid in de geschreven pers) door zich de exclusieve informatie aangaande de behoeftes aan communicatie door de overheid voor te behouden voor de onderhandelingen met de geschreven pers, zodat de media-agentschappen, die niet beschikken over de betrokken informatie op deze markt, volledig uitgesloten worden.

#### IV. Het standpunt van het korps verslaggevers

Het Korps Verslaggevers stelt het volgende in zijn verslag:

- Inzake de vereiste van een klacht ten gronde en het rechtstreeks en dadelijk belang van de klager oordeelt het Korps: " Het verzoek tot voorlopige maatregelen is derhalve ontvankelijk voor zover het gericht is tegen Febelma, BVDU en Be-Media. Het verzoek is niet ontvankelijk ten overstaan van de Kanselarij van de Eerste Minister."
- Inzake het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M. analyseert het Korps zowel de vermeende inbreuk op artikel 2 (marktverdelingsafspraken en prijsafspraken) als de vermeende inbreuk op artikel 3 van de W.B.E.M.

Wat de inbreuk op artikel 2 van de wet door de federaties Febelma en BVDU/ABEJ betreft, wordt vooreerst geoordeeld dat " na analyse van alle aangebrachte documenten, geconcludeerd moet worden dat er prima facie geen sprake is van marktafspraken zoals bedoeld door de W.B.E.M.. Het verzoek tot voorlopige maatregelen is op dit vlak gebaseerd op vermoedens en vage aanwijzingen. Het bestaan van de aangeklaagde conventies gecombineerd met de wil van de federale overheid om rechtstreeks te

onderhandelen met de media voor de aankoop van de advertentieruimtes is niet voldoende om te besluiten tot marktverdeling.

Men kan immers redelijkerwijze aannemen dat de overheid de bevoegdheid wil behouden om tijdens een campagne zelf te beslissen via welke media zij het publiek wil bereiken. In deze context lijkt marktverdeling tussen de dagbladuitgevers onderling of tussen de uitgevers van magazines onderling weinig waarschijnlijk."

Inzake de prijsafspraken (de tweede vermeende inbreuk op artikel 2 van de W.B.E.M. oordeelt het Korps: "De beide conventies bevatten een artikel waarin een globale overheidskorting wordt voorzien. Dit betekent dat de beide federaties (of hun respectievelijke regies) globaal met de overheid een zelfde korting hebben onderhandeld, die van toepassing is voor elk van hun leden. Dit impliceert dat de leden onderling geen concurrentie meer kunnen voeren op het vlak van toe te stane kortingen voor publiciteit gevoerd door de overheid. Deze afspraken kunnen naar het oordeel van het Korps Verslaggevers als prijsafspraken in de zin van de mededingingswetgeving worden beschouwd. Deze prijsafspraken vormen dan ook prima facie een inbreuk op het artikel 2 van de W.B.E.M.."

Wat de inbreuk op artikel 3 van de W.B.E.M. door Be-Media betreft, oordeelt het Korps dat "vermits alle partijen bevestigen dat Be-Media een bevoorrechte partner is van de federale overheid, het aannemelijk is dat ze door de overheid in het bezit wordt gesteld van essentiële informatie aangaande de inhoud en de timing van de toekomstige overheidscampagnes. Vermits de federale overheid via de aangeklaagde conventies de bedoeling heeft om geen media-agentschappen in te schakelen, is het aannemelijk dat Be-Media deze essentiële informatie niet zal vrijgeven aan de bedoelde media-agentschappen. Deze informatie is essentieel om toegang te verkrijgen tot de aankoopmarkt voor advertentieruimte voor overheidscommunicatie, waarop de media-agentschappen actief zijn doch niet Be-Media. Wanneer een media-agentschap niet ingelicht wordt over het lanceren van een overheidscampagne, kan ze onmogelijk haar diensten als tussenpersoon aanbieden.

Dit heeft als direct gevolg dat de media-agentschappen uitgesloten worden van de aankoopmarkt voor overheidscommunicatie (de "media buying market").

Daarom stelt de Dienst principieel vast, onder voorbehoud van een beoordeling ten gronde, dat er door Be-Media prima facie een inbreuk wordt gepleegd op artikel 3 van de W.B.E.M.."

- Inzake het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel meent het Korps dat " uit gebrek aan informatie niet kan besloten worden tot een ernstig nadeel, uit het onderzoek niets wijst op het bestaan van een onherstelbaar nadeel en uit het onderzoek evenmin kan besloten worden tot hoogdringendheid van het verzoek."

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

"De drie voorwaarden in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. moeten cumulatief vervuld zijn. Alhoewel prima facie wel een inbreuk kan worden vastgesteld op artikel 2 en 3, is er niet voldoende evidentie om een situatie van ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel te erkennen in hoofde van de verzoeker. De vereiste hoogdringendheid is evenmin bewezen. Gezien de drie voorwaarden in voorliggende zaak niet cumulatief vervuld zijn, moet het verzoek derhalve ongegrond verklaard worden".

Het Korps Verslaggevers formuleert dan ook het volgende voorstel tot beslissing:

"Het Korps Verslaggevers stelt de voorzitter van de Raad voor de Mededinging voor, de voorliggende aanvraag van UMA als ontvankelijk te verklaren, met uitzondering van het verzoek gericht aan de Kanselarij van de Eerste Minister.

Op grond van de beschikbare informatie dient het verzoek evenwel als ongegrond te worden beschouwd, vermits niet is voldaan aan de vereisten van ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel in hoofde van verzoeker."



Ter zitting van 19 september 2003 heeft het Korps verslaggevers gereageerd opzichtsens het standpunt van verzoeker en van verweerders waarbij het Korps zowel procedurele als inhoudelijke bemerkingen geformuleerd heeft. Partijen hebben uiteraard de gelegenheid gekregen om hierop te reageren.

## V. Over de toepasselijkheid van de W.B.E.M.

Verweerders zijn van oordeel dat de W.B.E.M niet van toepassing is gezien het verzoek tot voorlopige maatregelen betrekking heeft op overeenkomsten die werden afgesloten tussen de federale overheid enerzijds en Febelma en BVDU anderzijds, waarbij de overheid optreedt als gebruiker van een dienst (een consument) en als beleidsorgaan. De overeenkomsten van 17 december 2002 zouden noch *ratione personae* noch *ratione materie* onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vallen nu de federale overheid (in casu de Kanselarij) niet als een onderneming in de zin van artikel 1 van de W.B.E.M kan beschouwd worden en er evenmin sprake zou zijn van overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 2 van de W.B.E.M., vermits de overeenkomsten van 17 december 2002 gesloten werden tussen partijen waarvan één partij (de federale overheid) geen onderneming is.

Artikel 1 van de W.B.E.M. stelt dat onder "onderneming" in de zin van de wet verstaan wordt: " alle natuurlijke of rechtspersonen, die op duurzame wijze een economisch doel nastreven". Artikel 2 van de W.B.E.M. verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging beperken.

In casu werden de overeenkomsten van 17 december 2002 afgesloten tussen de federale overheid en Febelma enerzijds en de federale overheid en CVBA Coöperatieve Marketing en Uitgeversvennootschap, gemandateerd door BVDU anderzijds.

Het is vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie dat overheidsondernemingen, overheidslichamen en de Staat zelf ondernemingen zijn in de zin van artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag, voor zover ze economische of commerciële activiteiten ontplooiën. Bepaalde activiteiten kwalificeert het Hof van Justitie als niet-economisch waardoor de betrokken entiteit geen onderneming is. Zo oordeelde het Hof o.m. in de zaak *Poucet et Pistre* dat ziekenkassen of organen die meewerken aan het beheer van de openbare dienst van de sociale zekerheid, een taak van zuivere sociale aard vervullen, waardoor er geen sprake is van een economische activiteit en de kassen derhalve geen ondernemingen zijn (H.v.J., 17 februari 1993, *Poucet/ AGF en Camulrac*, en *Pistre/ Cancava*, C-159/91 en C-160/91, Jur., 1993, I, 637). In dezelfde lijn oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg bij arrest van 4 maart 2003 (T-319/99, *Fenin*, nog niet gepubliceerd) dat een overheid die ten behoeve van haar openbare taak producten aankoopt geen onderneming is in de zin van de mededingingsregels.

Gezien de overeenkomsten van 17 december 2002 betrekking hebben op niet-commerciële overheidscommunicatie, waarbij de federale overheid tot doel heeft de communicatie met en de voorlichting van de burger zoveel mogelijk aan te moedigen, zijn wij (*prima facie*) van oordeel dat de federale overheid niet als een onderneming in de zin van artikel 1 van de W.B.E.M. in het kader van deze overeenkomsten d.d. 17 december 2002 kan aanzien worden.

Artikel 47 van de W.B.E.M is bijgevolg niet van toepassing nu de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister in deze als beleidsorgaan optreedt en geen economisch doel nastreeft.

Het verzoek tot voorlopige maatregelen opzichtsens de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister is om die reden onontvankelijk.

De overige verweerders betwisten echter geenszins ondernemingen in de zin van artikel 1 van de W.B.E.M. te zijn.

Verweerders menen echter ten onrechte dat er bovendien geen sprake zou zijn van een overeenkomst in de zin van artikel 2 van de W.B.E.M.

[zakengeheim]

Wij menen dat uit deze passus wel degelijk blijkt dat er “overeenkomsten” in de zin van artikel 2 van de W.B.E.M. bestaan welke gesloten werden tussen de leden onderling van de beroepsverenigingen Febelma en BVDU en mogelijkwijze ook tussen de beroepsverenigingen Febelma en BVDU zelf.

De W.B.E.M. is in casu bijgevolg wel van toepassing opzichthens de verwerende partijen, met uitzondering van de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister.

## VI. 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 of schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang 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; Dit is tevens vaste rechtspraak van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging: zie o.m. Jaarverslag van de Raad voor de mededinging, 2001, nrs. 67-81, p. 44-50).

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

Vooraf: volgorde van het onderzoek naar de voorwaarden

Alhoewel de (voorzitter) van de Raad het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager als eerste voorwaarde dient te onderzoeken, waarna de voorzitter meestal tot het onderzoek van het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M. overgaat, om tenslotte het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel te onderzoeken (zie over de volgorde van het onderzoek naar de voorwaarden: Jaarverslag van de Raad voor de Mededinging, 2000, nr. 69, p. 35-36), is de voorzitter niet verplicht deze volgorde naar het onderzoek van de voorwaarden steeds aan te houden.

In de procedure Sabam/ Radio Tienen e.a. (beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2000-V/M-27 van 30 augustus 2000, VZW Radio Tienen/Sabam, B.S., 9 januari 2001), verdedigde Sabam in beroep dat, aangezien de voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen cumulatief zijn, de voorzitter van de Raad voor de Mededinging die tot de vaststelling komt dat één voorwaarde ontbreekt, niet vermag te onderzoeken of de andere voorwaarden vervuld zijn. Om die reden verzocht Sabam het Hof van Beroep de bestreden beslissing teniet te doen in zoverre het bestaan van een inbreuk prima facie wordt vastgesteld, hoewel het gebrek aan hoogdringendheid tevens wordt vastgesteld.

Het Hof van Beroep oordeelde evenwel dat deze stelling niet kan gevolgd worden en stelde (Brussel, 21 januari 2002, Sabam/ Radio Tienen e.a., A.R. 2000/MR/2, niet gepubliceerd):

"Dat vooreerst uit geen enkele bepaling volgt dat een bepaalde volgorde bij de beoordeling van de respectieve grondvoorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen dient te worden gerespecteerd.

Dat er verder geen enkele reden voorhanden is om een volgorde op te leggen die het meest strookt met de belangen van een onderneming tegen wie de klacht gericht is.

Dat tenslotte het onderzoek naar het bestaan prima facie van een inbreuk het onderzoek van het bestaan van een onherstelbaar ernstig nadeel vooraf kan (Wij onderlijnen) gaan aangezien, bij ontstentenis van een vermoedelijke inbreuk, het bestaan van een ernstig en onherstelbaar nadeel dat uit deze praktijk voortvloeit, irrelevant is hoe ernstig dit nadeel weze."

## Vooraf: schending van artikel 6 EVRM en artikel 24 § 3 van de W.B.E.M.

Verweerders zijn van mening dat artikel 6 van het EVRM en artikel 24 § 3 van de W.B.E.M. geschonden werden, nu er geen mededeling van de punten van bezwaar door het Korps verslaggevers is geschied.

Op grond van artikel 24 § 3 van de W.B.E.M. dient de verslaggever op het einde van het onderzoek en voor het opstellen van een gemotiveerd verslag zijn eventuele punten van bezwaar mee te delen aan de betrokken ondernemingen en deze op te roepen zodat zij hun opmerkingen kunnen voorleggen.

Wij zijn echter van oordeel dat de procedure van het meedelen van de punten van bezwaar (vervat in artikel 24 § 3 van de W.B.E.M.) niet van toepassing is in het kader van de procedure voorlopige maatregelen op grond van artikel 35 van de W.B.E.M. (zie in dezelfde zin: Beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003-V/M-43 van 15 mei 2003, Codenet, Colt, Telecom, Versatel en Worldcom / Belgacom, nog niet gepubliceerd in het B.S.)

De W.B.E.M. voorziet immers enkel in een mededeling van punten van bezwaar in het kader van een procedure ten gronde betreffende restrictieve mededingingspraktijken. Artikel 35 van de W.B.E.M. verwijst echter niet naar artikel 24 § 3 van de W.B.E.M. en schrijft geen mededeling van punten van bezwaar voor. Uit de voorbereidende werken naar aanleiding van de wetwijziging van de wet van 5 augustus 1991 door de wetten van 26 april 1999 blijkt evenmin dat de wetgever de bedoeling had om de procedure van punten van bezwaar in te voeren in het kader van voorlopige maatregelen. Een mededeling van punten van bezwaar lijkt ons bovendien in strijd met de aard zelf van de procedure van voorlopige maatregelen die slechts ingeroepen kunnen worden in geval van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat dringend moet vermeden worden.

Dat ook op communautair vlak de specifieke aard van de procedure tot voorlopige maatregelen wordt onderkend, wordt bevestigd door Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag (Pb.L.1/1 van 4 januari 2003): artikel 11 lid 4 voorziet immers niet in de mededeling aan de Commissie van de beoogde beslissing of elk ander document waarin het voorgestelde optreden wordt aangegeven, in geval van een procedure voorlopige maatregelen.

Er is evenmin sprake zijn van een schending van artikel 6 van het EVRM, gezien verweerders hun rechten van verdediging ten volle in de procedure voorlopige maatregelen voor de voorzitter hebben kunnen laten gelden.

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

#### 1.1. Verzoeker heeft op 3 april 2003 een klacht tegen Febelma, BVDU en Be-Media neergelegd, op grond van een schending van artikel 2 en artikel 3 van de W.B.E.M.

Het verzoek tot voorlopige maatregelen is gericht tegen zowel Febelma, BVDU en Be-Media als tegen de Kanselarij van de Eerste Minister.

Aan de voorwaarde van het bestaan van een klacht ten gronde is bijgevolg voldaan opzichtens Febelma, BVDU en Be-Media.

Anders is het echter gesteld met het verzoek tot voorlopige maatregelen gericht tegen de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister, die - zoals supra uiteengezet - ook als een verwerende partij in de procedure voorlopige maatregelen dient aanzien te worden.

Vermits de klacht ten gronde niet tegen de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister is gericht, dient het verzoek tot voorlopige maatregelen gericht tegen de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister ook om deze reden als onontvankelijk te worden beschouwd.

Ten onrechte menen verweerders dat het verzoek tot voorlopige maatregelen ook opzichtens de overige verweerders onontvankelijk zou zijn gezien het verzoek onontvankelijk is in hoofde van één bij de overeenkomst betrokken partij of wanneer het slechts tegen één van die partijen gericht is.

Hoger hebben wij reeds opgemerkt dat de in de klacht aangeklaagde praktijken ook betrekking hebben op de (mogelijke) afspraken tussen de leden van Febelma en de leden van BVDU onderling en/ of tussen Febelma en BVDU. Wij zien dan ook geen reden om te oordelen dat het verzoek tot voorlopige maatregelen opzichtens de overige verwerende partijen onontvankelijk is.

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

1.2.1. Overeenkomstig artikel 23 §1 c van de W.B.E.M. moet de verzoekende partij 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., teruggesprepen 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, B.S., 17 oktober 2003). 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.

Verzoeker is een vereniging is die tot doel heeft de belangen van haar leden-media-agentschappen te verdedigen. Gezien media-agentschappen als tussenpersoon tussen de adverteerder en de media optreden, heeft verzoeker (en haar leden) een belang bij het transparant en concurrentieel functioneren van de aankoopmarkt waarop hij actief is. Het moreel voordeel bestaat er voor verzoeker (en haar leden) in dat zij niet in een kwaad daglicht wordt gesteld. Het materieel voordeel bestaat eruit dat verzoeker (en haar leden) een redelijke kans wensen te verkrijgen om opdrachten (en dus inkomsten) binnen te halen.

Verzoeker beweert dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het aangeklaagde gedrag van de verweerders en het feit dat zij en haar leden geen toegang hebben tot de markt van de niet

commerciële overheidscommunicatie. Daarom heeft verzoeker (en haar leden) een rechtstreeks belang bij het indienen van de klacht.

Het belang bestond reeds op het ogenblik dat de klacht werd ingediend, vermits volgens verzoeker de toegang tot de aankoopmarkt sinds 2002 door de verweerders belemmerd wordt. Het belang van verzoeker (en haar leden) is bijgevolg eveneens dadelijk.

Het verzoek tot voorlopige maatregelen is derhalve ontvankelijk voor zover het gericht is tegen Febelma, BVDU en Be-Media. Het verzoek is niet ontvankelijk ten overstaan van de Belgische Staat, Kanselarij van de Eerste Minister.

## 2. Een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden.

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).

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 hoogdringendheids-vereiste, 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).

Het Hof van Beroep bevestigde deze rechtspraak in de zaak Sabam/Radio Tienen waar het Hof stelde dat de voorwaarde betreffende het risico van ernstige en onherstelbare schade in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. vervuld is wanneer vaststaat dat maatregelen geen uitstel gedogen, teneinde een situatie af te wenden die aan degene die om dergelijke maatregelen verzoekt, ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen of die voor het algemeen belang schadelijk is. De dringende noodzaak van voorlopige maatregelen wordt hierbij aangetoond door de vaststelling van een gevaar van ernstige en onherstelbare schade. Het Hof voegt er nog aan toe dat voor het nemen van voorlopige maatregelen vereist wordt dat vaststaat dat de praktijk die als inbreuk is aangeklaagd, een concurrentieel nadeel berokkent 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, A.R. 2000/MR/2, reeds geciteerd).

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

Verzoeker stelt dat zij (en haar leden) door het bestaan van de overeenkomsten tussen de federale overheid en Febelma/BVDU uitgesloten wordt van deelname aan de aanbestedingen door de overheid voor de aankoop van mediaruimte, hetgeen op zich reeds zou volstaan om voorlopige maatregelen te verkrijgen. Het volstaat echter niet om uit het louter bestaan van mogelijke restrictieve mededingingspraktijken, automatisch af te leiden dat voorlopige maatregelen dienen toegekend te worden. Dit zou immers impliceren dat elke klacht tevens gepaard kan gaan met het toekennen van voorlopige maatregelen, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever is. Elke onderneming die het

slachtoffer is van een (mogelijke) restrictieve mededingingspraktijk ondervindt hiervan hinder (zowel financieel als marktaandeelsgewijs) doch dit volstaat niet om te concluderen tot het toekennen van voorlopige maatregelen. Hieronder worden de voorwaarden dan ook in detail onderzocht.

## 2.1. Het ernstig karakter van het nadeel.

Het nadeel is ernstig van zodra een relevant onderdeel van de activiteit van de onderneming erdoor getroffen wordt.

Verzoeker heeft het niet nodig geacht om het nadeel dat zij (en haar leden) ondervindt te specificeren. In bijlage bij het verzoek tot voorlopige maatregelen geeft UMA enkel de totale waarde op van de overheidscommunicatie, d.i. 'de bruto-investeringen in advertenties door de federale overheid'.

Volgens UMA waren haar leden tussen 1993 tot 2002 wel nog actief op de markt van de overheidscommunicatie. Dit blijkt uit de passage van de klacht waar de verzoeker de drie fasen beschrijft in de ontwikkeling van de aankoopmarkt voor mediaruimte. De leden van UMA zouden pas vanaf 2002 volledig uitgesloten zijn van de aankoopmarkt van mediaruimte voor overheidscommunicatie. Verzoeker verstrekt echter geen informatie om aan te tonen dat zij een ernstig nadeel ondervindt t.a.v. de situatie vóór 2002. UMA zou hiertoe o.m. de omzet dienen mee te delen die zij en haar leden realiseerden in 2002 op het vlak van overheidscommunicatie. Deze omzet zou vergeleken dienen te worden met de totale omzet (m.b.t. commerciële- én overheidscommunicatie) van UMA en haar leden, hetzij met de totale marktwaarde van de overheidscommunicatie. Deze informatie ontbreekt echter in het dossier.

Verzoeker bewijst evenmin dat zij (en/of haar leden) in een kwaad daglicht worden gesteld door Febelma, BVDU en/of Be-Media.

Bij gebreke aan voldoende informatie kan niet besloten worden tot een ernstig nadeel.

## 2.2. Het onherstelbaar karakter van het nadeel.

Het nadeel wordt geacht onherstelbaar te zijn als de schade die zou ontstaan wanneer de gevraagde maatregel uitblijft, niet meer ongedaan kan gemaakt worden door de beslissing ten gronde van de Raad, zonder rekening te houden met mogelijke vervangende schadevergoeding.

Ook inzake het onherstelbaar karakter van het nadeel ontbreekt de nodige informatie om erover te kunnen oordelen. Op het eerste zicht zijn er geen aanwijzingen dat verzoeker (en haar leden) op korte termijn definitief haar kansen verliest om mee te dingen op de aankoopmarkt voor overheidscommunicatie wanneer geen voorlopige maatregelen worden genomen. Van zodra de Raad zich op een later tijdstip ten gronde uitsprekt over de zaak, en verzoeker vrije toegang wordt verleend tot de "buying market", kan verzoeker (en haar leden) probleemloos meedingen en de beste concurrentiële voorwaarden aanbieden aan de overheid.

Indien verzoeker meent dat zij betere voorwaarden en kortingen kan aanbieden aan de overheid in vergelijking tot wat heden voorzien is in de overeenkomsten tussen de federale overheid en Febelma/BVDU, behoudt verzoeker (en haar leden) in de toekomst alle kansen om mee te dingen in de aanbesteding.

Noch verzoeker noch haar leden bewijzen evenmin dat zij het slachtoffer dreigen te worden van een totale uitsluiting uit de markt.

Er dient bijgevolg besloten te worden dat uit het onderzoek niets wijst op het bestaan van een onherstelbaar nadeel.

### 2.3. De vereiste van hoogdringendheid en het onmiddellijk nadeel

Er bestaan evenmin concrete aanwijzingen dat het dringend is om een situatie te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken.

De aangeklaagde overeenkomsten dd. 17 december 2002 bouwen voort op overeenkomsten van 1993, die ook reeds tot voorwerp hadden om de voorwaarden en modaliteiten waaronder de media aan de federale overheid mediaruimte zal verkopen, te bepalen. Deze overeenkomsten hadden ook reeds tot doel om aan de federale overheid "exclusieve tarieven" voor de aankoop van mediaruimte toe te kennen en hielden reeds een centralisatie van de aankoop van advertentieruimte voor niet-commerciële overheidscommunicatie in. Het komt ons voor dat de nieuwe overeenkomsten afgesloten in 2002 geen fundamentele verandering aan de situatie zoals die bestond sedert 1993 (reeds meer dan 9 jaar), aanbrengt.

Volgens verzoeker bestaat er pas sedert 2002 een akkoord tussen de overheid en de media waarbij de rechtstreekse aankoop van mediaruimte wordt geregeld inclusief een belangrijke overheidskorting. Hierdoor heeft verzoeker sedert 2002 de indruk dat de federale overheid beslist heeft om nog zo weinig mogelijk de media-agentschappen in te schakelen voor het aankopen van mediaruimte.

Vastgesteld dient te worden dat het systeem van rechtstreekse aankopen door de overheid reeds sedert 1993 bestaat. Niettemin stelt verzoeker (en haar leden) dat zij in de periode tussen 1993 en 2002 nog steeds actief is geweest inzake het aankopen van mediaruimte voor overheidsadvertenties. Het is dus niet duidelijk wat er precies is gewijzigd in de loop van 2002 (met uitzondering van het kortingpercentage). De aanvraag tot prijsofferte die in de loop van december 2002 verstuurd werd door het Ministerie van Defensie naar de NV Carat Crystal, d.i. een lid van de UMA, bewijst intengedeel dat de federale overheid wel blijft beroep doen op media-agentschappen.

Verzoeker toont evenmin aan dat de positie van Be-Media geëvolueerd zou zijn van een gewone naar een exclusieve operator, zoals zij voorhoudt.

Wij kunnen enkel maar vaststellen dat verzoeker (en haar leden) in gebreke blijft om aan te tonen dat haar economische situatie sinds 2002 zodanig aangetast werd, dat het dringend is om op te treden teneinde een ernstig nadeel te vermijden.

Uit het onderzoek kan dus evenmin besloten worden tot hoogdringendheid van het verzoek.

### 2.4. Het algemeen economisch belang

Verzoeker stelt tenslotte dat door de constructie van verweerders niet alleen de belangen van verzoeker (en haar leden) doch ook het algemeen economisch belang, zijnde de correcte aanwending van het belastinggeld van de burger in het licht van het bekomen van het beste resultaat, zou aangetast worden.

Verzoeker specificeert echter geenszins op welke wijze het algemeen economisch belang zou geschaad worden zodat een aantasting van het algemeen economisch belang evenmin kan weerhouden worden.

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

In vorige rechtspraak werd weliswaar reeds diverse malen geoordeeld 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.

In casu verkiezen wij om, in huidig stadium van het dossier, geen uitspraak te doen over een eventuele prima facie inbreuk.

Vastgesteld dient te worden dat de door verzoeker gevorderde maatregelen aan duidelijkheid ontbreken (zoals tevens terecht door het Korps Verslaggevers werd opgemerkt en zoals supra blijkt uit de omschrijving van de gevorderde maatregelen).

Het lijkt ons in deze context dan ook wenselijk dat de door verzoeker aangeklaagde praktijken verder onderzocht worden tijdens het onderzoek ten gronde, waarbij nu reeds opgemerkt kan worden dat de mededingingsautoriteiten niet gebonden zijn door hetgeen het voorwerp van de klacht uitmaakt noch door de partijen waartegen de klacht gericht is. Desgevallend zal derhalve het onderzoek door het Korps kunnen uitgebreid worden naar de leden van Febelma en BVDU toe.

Het verzoek tot voorlopige maatregelen wordt derhalve ongegrond verklaard opzichtsens Febelma, BVDU en Be-Media.

Om deze redenen,

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

Verklaren het verzoek tot voorlopige maatregelen in de procedure gekend onder MEDE-V/M-03/0028 onontvankelijk opzichtsens de Belgische Staat, Kanselarij van de eerste Minister.

Verklaren het verzoek tot voorlopige maatregelen in de procedure gekend onder MEDE-V/M-03/0028 ontvankelijk doch ongegrond opzichtsens de CVBA Febelma, de VZW BVDU/ABEJ en de NV Be-Media.

Aldus geoordeeld op 20 oktober 2003 door Béatrice Ponet, voorzitter van de Raad voor de Mededinging.