

onrechtmatig heeft gehandeld door de uitzending van de programma's van Eurosport stop te zetten en haar houding dus geen feitelijkheid uitmaakt;

dat in het kader van haar onderhandelingen met Eurosport, de NV Radio-Public uiteraard tevens de belangen van het geheel van haar abonnees in aanmerking moet nemen;

dat dit impliceert dat zij er rekening dient mee te houden dat de financiële voorwaarden die zij aanvaardt in ruil voor de toestemming tot uitzenden, hun weerslag zullen hebben op het abonnementsgeld dat zij zal dienen aan te rekenen;

Overwegende dat partijen Joris en Oversteijns niet aantonen dat de NV Radio-Public wat hun betreft een schijn heeft doen ontstaan waaruit zij een recht putten om te eisen dat de kabelmaatschappij de programma's van Eurosport verder zou uitzenden via de kabel;

Overwegende dat in de gegeven omstandigheden de eerste rechter terecht heeft gesteld dat prima facie niet bewezen is dat de NV Radio-Public in gebreke blijft haar contractuele verbintenissen uit te voeren door de uitzending van de Eurosport programma's te hervatten;

dat de hogere beroepen van partijen Joris en Oversteijns derhalve eveneens ongegrond zijn;

Om deze redenen,

Het hof,

Uitspraak doende na tegenspraak;

Verklaart de hogere beroepen ingesteld door Eurosport en gericht tegen geïntimeerden sub 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 18 en 19 niet ontvankelijk;

Verklaart de hogere beroepen voor het overige ontvankelijk, doch ongegrond;

Bevestigt dienvolgens de bestreden beschikkingen;

Veroordeelt Eurosport tot de kosten in hoger beroep m.b.t. de hoofdvordering begroot in haar hoofde op 140 982 fr + 8 000 fr + 2 000 fr en in hoofde van Iverlek en consorten samen op 8 000 fr;

Veroordeelt partijen Joris en Oversteijns tot de kosten in hoger beroep m.b.t. hun vordering in tussenkomst, begroot in hun hoofde op 8 412 fr + 8 000 fr. en in hoofde van de NV Radio Public op 8 000 fr.

Noot

TF1 en Eurosport: trekken en duwen voor een plaatsje op de kabel

1. De twee bovenvermelde uitspraken illustreren de strijd die sedert enige wordt gevoerd om een plaatsje op de kabelnetten in Vlaanderen en Brussel. Tegelijk houden de beide zaken verband met de monopoliepositie van de kabelnetten, waardoor deze in een dominante onderhandelingspositie staan tegenover de buitenlandse (commerciële) tv-omroepen die vragende partij zijn om via het kabelnet te worden doorgegeven.

2. In de zaak TF1 eisten de kabelmaatschappijen een financiële vergoeding voor de doorgifte van het TF1-programma, zoniet werd ermee gedreigd TF1 niet langer via het kabelnet door te geven. Door de kabelmaatschappijen werd aangevoerd dat de gevraagde vergoeding ertoe strekte de verschuldigde auteursrechten ingevolge de doorgifte van TF1, door de omroep in kwestie zelf te laten dragen. In het bevelschrift van 21 februari 1995 is de voorzitter van de rechtbank van koophandel evenwel van oordeel dat deze aanvullende vergoeding primo, helemaal geen uitstaans heeft met verschuldigde auteursrechten, en secundo van aard is een financiële vergoeding te innen ten nadele van de commerciële tv-zenders die «totaal vreemd is aan de doeleinden van algemeen nut die hun monopolie verrechtvaardigen». De kabelmaatschappijen beogen dus blijkbaar hun monopolie te gebruiken om hun eigen financiële belangen te behartigen i.e. voor het bereiken «van andere doeleinden dan deze die ten grondslag liggen aan het monopolie dat hen werd toegekend ten einde een dienst van algemeen nut te leveren». Mede op basis van schending van art. 86 EG-Verdrag (vrije mededingingsregels, verbod misbruik machtspositie) is de voorzitter van de rechtbank van koophandel van oordeel dat de aanvullende prijs die de kabelmaatschappijen aan TF1 willen opleggen «elke wettige juridische grondslag mist». Bijgevolg zijn de kabelmaatschappijen verplicht TF1 op gelijke voet te behandelen met de andere tv-omroepen en op een frequentie te blijven doorgeven die voor alle kabel-

abonnees beschikbaar is, een en ander onder de voorwaarden van het kabelcontract en de technische mogelijkheden terzake. TF1 bleef dus (voorlopig) op de kabel in Vlaanderen en Brussel.

3. Voor Eurosport leek het anders uit te draaien. De zaak stak ook anders in elkaar: hier was het de tv-omroep die bij de kabelmaatschappijen had aangevraagd op een gunstiger financiële regeling. Daar waar Eurosport tevoren een vergoeding betaalde aan de kabelmaatschappijen, werd er nu op aangevraagd dat de kabelmaatschappijen aan Eurosport een vergoeding zouden betalen voor de verdeling van haar programma's. Na het afspringen van de onderhandelingen tussen de kabelmaatschappijen en Eurosport, werd beslist Eurosport dan maar niet langer via de kabelnetten door te geven.

Met het arrest van 29 maart 1996 werd Eurosport (ESO: Eurosport Sales Organisation) afgewezen in haar vordering in kortgeding om de kabelmaatschappijen bevel te horen opleggen tot verdeling van het programma Eurosport via de 21 kabelmaatschappijen in de Vlaamse en Brusselse regio. In essentie is het hof van beroep van oordeel dat Eurosport het louter aan zichzelf te danken heeft dat zij door de kabelmaatschappijen niet langer wordt doorgegeven en dat Eurosport dus «zichzelf in de situatie heeft gebracht waarover zij zich thans beklaagt». Volgens het Hof heeft Eurosport niet kunnen aantonen dat door de kabelmaatschappijen misbruik is gemaakt van hun monopoliepositie en zij daardoor op discriminerende wijze is behandeld. De kabelmaatschappijen weigeren immers niet zomaar de programma's van Eurosport door te geven via hun kabelnet, zij weigeren de voorwaarden te aanvaarden die Eurosport aan de kabelmaatschappijen oplegt. Uiteindelijk hebben de kabelmaatschappijen, aldus nog het Hof «bij gebreke aan formele toestemming de uitzending van de Eurosport programma's stopgezet». Belangrijk is ook de overweging van het Hof dat geen rekening moet worden gehouden met het feit dat Eurosport «achteraf, zowel in een brief van (...) 15 februari 1996 als in de aanvullende besluiten (...) van 13 maart l.l. gepoogd heeft deze voor haar ongunstige ontwikkeling vooralsnog te keren door de kabelmaatschappijen, al dan niet onder bepaalde voorwaarden, aan te bieden verder haar programma's zonder ver-

goeding uit te zenden in afwachting van verdere onderhandelingen of van een definitieve beslissing in het geschil ten gronde». Dit gegeven is volgens het hof van beroep niet van aard om aan Eurosport het recht te geven op een, het weze tijdelijk, gedwongen herstel van de contractuele relatie.

Het leek er dus even op dat Eurosport de duimen moest leggen en de kabelabonnee-sportliefhebber van de uitzending van deze internationale sportprogramma's voortaan verstoken zou blijven.

4. Ondertussen raakte echter ook de beslissing bekend van 22 juli 1996 van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging inzake de aanvraag tot voorlopige maatregelen van Eurosport tegen dezelfde 21 kabelmaatschappijen, de beroepsvereniging van de Radio- en Televisiedistributie (RTD) en de feitelijke vereniging van de Vlaamse Kabelmaatschappijen (VVK) (beslissing nr. 96 VMP-9).

In deze werd de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging gevat overeenkomstig art. 35 van de WBEM luidens hetwelk deze op aanvraag van de klager, 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 onderneming waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk zijn voor het algemeen economisch belang. Tegelijk is door Eurosport ook een klacht ingediend bij de Raad voor de Mededinging.

In de beslissing van 22 juli 1996 wordt vastgesteld dat de kabelmaatschappijen, hiertoe aangemoedigd door hun beroepsvereniging, in februari 1996 hebben beslist geen gebruik te maken van de toelating tot uitzending van het programma van Eurosport, om reden dat deze toelating voor onbepaalde duur werd gegeven en de toelatingsvoorwaarden niet waren gespecificeerd. Voorts wordt ook geconstateerd dat de kabelmaatschappijen voor de periode juli – 31 december 1996 geweigerd hebben het programma te verdelen, hoewel Eurosport hiervoor geen tegenprestatie vroeg. De kabelmaatschappijen hebben ook geweigerd onderhandelingen te hervatten over de aan Eurosport toekomende financiële tegenprestatie voor de periode na 31

december 1996. Evenmin waren zij bereid om – bij gebreke aan een akkoord daarover – een beroep te doen op een gezamenlijk aan te stellen mediator.

In het licht van het voorgaande oordeelde de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging: «Dit geheel van beslissingen die, gelet op de hangende procedure ten gronde, alvast na overleg zijn genomen, maakt prima facie een misbruik van machtspositie uit. Zij komen erop neer dat de kabelmaatschappijen weigeren het programma Eurosport uit te zenden, hoewel zij hiervoor ongetwijfeld de vereiste toelating hebben, evenwel onder voorbehoud en zonder nadelige erkenning van ESO wat betreft de (schade-) vergoeding waarop zij meent aanspraak te kunnen maken voor de periode tijdens dewelke in afwachting van een akkoord of van een beslissing ten gronde, de kabelmaatschappijen een kanaal ter beschikking zouden stellen van het programma Eurosport international».

De Voorzitter is in haar beslissing van 22 juli 1996 voorts van oordeel dat de kabelmaatschappijen het gebruik van de hun verleende toelating tot verdeling van het programma Eurosport aan onredelijke voorwaarden verbinden die erop neerkomen dat ESO zou worden uitgesloten van de onderhandelingen tussen de RTD en een aantal tv-zenders in verband met het zgn. «kabelcontract».

Met de beslissing van 22 juli 1996 is aan de kabelmaatschappijen de verplichting opgelegd de verdeling van het tv-programma Eurosport via hun respectievelijke kabelnetten en binnen het door hen aan hun abonnees aangeboden basispakket onmiddellijk te hernemen, onder verbeurte van 100 000 BEF per dag vertraging en per kabelmaatschappij.

Deze verplichting tot doorgifte van het programma Eurosport geldt voor elk van de 21 kabelmaatschappijen die in het geding zijn betrokken, tot de dag waarop:

a. hetzij deze een akkoord sluit met ESO over de voorwaarden waaronder de toelating tot verdeling van het programma wordt gegeven, bekomen of gebruikt,

b. hetzij ESO haar toelating schriftelijk intrekt,

c. hetzij een beslissing ten gronde tussenkomt in het kader van de procedure ingesteld bij dagvaarding ten gronde voor de rechtbank van koophan-

del van 8 maart 1996 of van de klacht die ESO op 16 juli 1996 bij de Raad voor de Mededinging heeft ingediend.

Tegen de beslissing van de Voorzitter van de Raad is ondertussen beroep aangetekend bij het hof van beroep te Brussel.

5. Voor wat de zaak TF1 betreft is het wachten op een arrest van het hof van beroep te Brussel. Ook in de zaak Eurosport is het nu wachten op een arrest van het hof van beroep te Brussel, of op het vonnis ten gronde van de rechtbank van koophandel, of op de beslissing van de Raad voor de Mededinging voordat meer klaarheid komt in deze zaak, één en ander tegen de achtergrond van de onderhandelingen in verband met het zgn. «kabelcontract».

Dirk Voorhoof
Universiteit Gent

Civ. Bruxelles (réf.)
26 octobre 1995

Siège: M^{me} Donny
ASBL FRÉQUENCE ELLE (M^e F. Jongen) c. S.A. FRÉQUENCE MÉDIA (M^e Ch. Jonet)

Radios privées – Convention de cession de fréquence – Concession de temps d'antenne – Illicéité

La volonté du législateur national ou communautaire semble avoir visé à interdire les cessions de reconnaissance accordée aux radios privées ou à ne les permettre que moyennant l'acceptation d'une demande préalable. Les autorisations d'émettre ne sont accordées qu'à des personnes qui répondent à un certain nombre d'exigences. Il est dès lors difficile d'admettre qu'une autorisation, obtenue parce que des critères précis ont été remplis, puisse ensuite être cédée librement, par le biais d'un contrat de cession ou d'un engagement unilatéral de concession, à une personne n'offrant pas nécessairement les mêmes garanties.