

Beslissing nr. 2008-C/C-52 van 1 oktober 2008

Verzoek van Kinopolis tot opheffing van de voorwaarden opgelegd in Beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997

I. Procedure

1. Op 8 december 2006 hebben Kinopolis Group NV en Kinopolis Filmdistributie NV (hierna gezamenlijk: “Kinopolis”) bij de Raad voor de Mededinging een verzoek ingediend tot herziening en opheffing van de voorwaarden die werden opgelegd in Beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997 betreffende de concentratie tussen de groep Bert en de groep Claeys onder de benaming “Kinopolis groep” (hierna: “de Beslissing” of “de Beslissing van 1997”).

2. In de Beslissing van 1997 stelde de Raad voor de Mededinging het volgende:

“ De Raad voor de Mededinging stelt vast dat de aangemelde concentratie tot gevolg heeft dat de machtspositie die de groepen Bert en Claeys gezamenlijk bezitten, versterkt wordt, wat tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op de Belgische betrokken markt van het vertonen van films, en op wezenlijke delen daarvan, merkbaar wordt belemmerd; stelt vast dat de bijdrage van de aangemelde operatie tot de economische en technische vooruitgang, het wint van de aantasting van de mededinging die eruit voortvloeit, rekening houdend met de competitiviteit van de betrokken sectoren van filmproductie, -distributie en -vertoning ten opzichte van de internationale mededinging, alsook met het belang van de verbruikers.”

De Raad gaf zijn goedkeuring tot de verwezenlijking van de aangemelde concentratie onder de volgende voorwaarden en verbintenissen:

“1. De groep die uit de concentratie ontstaat zal:

a. geen exclusiviteit eisen van of vragen aan filmdistributeurs wat betreft het toewijzen van films ten aanzien van andere exploitanten van bioscopen;

b. de films die de groep zelf distribueert niet voorbehouden voor eigen zalen;

c. geen prioriteitsrecht – d.i. het recht dat de film eerst gedurende enige tijd in hun zalen speelt vóór de film voor anderen ter beschikking wordt gesteld – eisen van of vragen aan filmverdelers inzake het toewijzen van films aan andere exploitanten of prioriteitsrechten bekomen over films die de groep zelf verdeelt;

d. geen aanzienlijk betere promotie voeren voor films die de groep verdeelt, noch op onredelijke wijze meer gunstige criteria eisen voor deze producten inzake programmatie, looptijd of zaalkeuzen, noch de films die de groep distribueert anderszins op onredelijke wijze bevoordelen;

2. Binnen een termijn van één jaar vanaf heden zal een einde worden gesteld aan de bestaande overeenkomsten met onafhankelijke zaaluitbaters wat betreft de programmatie en zullen de ondernemingen die deel uitmaken van de groep geen nieuwe akkoorden sluiten met onafhankelijke zaaluitbaters wat betreft de programmatie.

3. De aanmeldende partijen zullen van de gewestelijke investeringsmaatschappij die bij de concentratie betrokken is, niet vragen noch bekomen dat zij niet participeert in of steun geeft aan andere ondernemingen die met de groep een concurrerende activiteit uitoefenen.

4. *De groep die uit de concentratie ontstaat zal geen nieuw één-of-meer zalencomplex oprichten of overnemen noch een bestaand complex uitbreiden, renoveren of vervangen zonder de voorafgaande instemming van de Raad voor de Mededinging.*

Deze voorwaarden van voorafgaande instemming van de Raad geldt niet bij een uitbreiding, renovatie van een bestaand complex, of vervanging van een bestaand complex door een ander complex, indien dit tot gevolg heeft dat het aantal zetels of zalen van het betrokken complex stijgt met minder dan 20% gedurende de termijn bepaald in punt 5 van dit beschikkend gedeelte.

De Raad zal op een verzoek tot instemming een beslissing nemen binnen de termijnen zoals deze thans gelden voor het concentratietoezicht na de partijen te hebben gehoord. Bij ontstentenis van beslissing binnen deze termijnen zal de Raad geacht worden met het verzoek in te stemmen.

5. *Deze voorwaarden gelden voor een periode van tien jaar, die stilzwijgend wordt verlengd voor gelijke termijnen van tien jaar tenzij de Raad, op verzoek van de partijen ingediend zes maanden voor het verstrijken van deze termijn, beslist deze voorwaarden op te heffen.*

De Raad zal worden geacht de voorwaarden te hebben opgeheven bij ontstentenis van een beslissing binnen de termijnen die thans gelden inzake concentratietoezicht.

6. *Deze voorwaarden gelden voor alle ondernemingen die na uitvoering van de aangemelde overeenkomst gecontroleerd zullen worden door de holdingmaatschappij van de groep.”*

3. Op 16 april 2007 sprak de Raad een beslissing uit waarin het verzoek van Kinopolis werd ingewilligd en de voorwaarden zoals opgelegd in de Beslissing van 1997, werden opgeheven. De Raad bepaalde dat haar beslissing uitwerking had vanaf de dag van kennisgeving.

4. Op 23 augustus 2007 schorste het Hof van beroep te Brussel (hierna: “het Hof van beroep”) de beslissing van de Raad van 16 april 2007, op verzoek van de Federatie van Cinema’s van België (FCB), Utopolis NV (hierna: “Utopolis”) en UGC Belgium NV (hierna: “UGC”), allen tussengekomen als derden in de procedure voor de Raad. Op 18 maart 2008 deed het Hof van beroep definitief uitspraak in het beroep tegen de beslissing van de Raad van 16 april 2007.

5. Het Hof vernietigde de beslissing van de Raad en verwees de behandeling van de zaak terug naar de Raad. De voorzitter van de Raad wees de verdere afhandeling van het verzoek van Kinopolis toe aan een anders samengestelde kamer. De zaak werd in behandeling genomen door de tiende kamer van de Raad voor de Mededinging.

6. Op 19 mei 2008 vond een zitting plaats van de Raad. Daarop werden Kinopolis en de auditeur gehoord door de Raad over de te volgen procedure na tussenkomst van het eindarrest van 18 maart 2008 van het Hof van beroep.

7. Tevens werden de derden gehoord die van de Raad reeds het recht hadden gekregen om gehoord te worden en waartoe ook behoren de appellanten in de procedure voor het Hof van beroep. Ter zitting werd door de kamer medegedeeld dat zij de status van derde belanghebbende behielden, aangezien de beslissingen van de Raad van 23 maart 2007 waarin hen die status werd verleend, niet aangetast waren door het tussengekomen arrest van het Hof van beroep. Voor de goede orde werd voor de ondernemingen Multiscope-Palace NV, Imagimons NV, Lumière NV en Imagix Tournai NV (hierna gezamenlijk: “Multiscope”) op 30 juni 2008 opnieuw beslist dat zij het recht kregen gehoord te worden.

8. Ter zitting werd een kalender bepaald voor de verdere behandeling van het verzoek van Kinopolis door de Raad. De kalender werd op 30 juni 2008 aangepast op verzoek van de auditeur.

9. Kinopolis kreeg een termijn om een aanvulling op het oorspronkelijk verzoek tot opheffing van de voorwaarden in te dienen. De auditeur kreeg een termijn om een bijkomend verslag neer te

leggen. De derden die het recht kregen om gehoord te worden, kregen een termijn om schriftelijke opmerkingen ter kennis te brengen van de Raad.

10. Op 30 juni, respectievelijk 7 juli 2008 besliste de Raad over de verzoekschriften van UGC, Multiscope, Utopolis, en FCB om toegang te krijgen tot bepaalde stukken van het dossier.

11. De Raad stelde, samengevat, eerst vast dat de derden die door de Raad gehoord worden daarom nog geen recht hebben op toegang tot procedurestukken of tot het onderzoeksdossier. In zoverre hun verzoek die absolute en algemene draagwijdte heeft, moet het worden verworpen. De vraag die zich stelt, volgens de Raad, is of toegang tot bepaalde stukken noodzakelijk moet worden geacht opdat de derden op nuttige wijze hun standpunt kunnen uiteenzetten.

12. De Raad stelt vast dat het Hof van beroep in de beroepsprocedure tegen de beslissing van de Raad van 16 april 2007, aan de derden toegang heeft verleend tot de niet-vertrouwelijke versie van het oorspronkelijke verzoek van Kinapolis van 8 december 2006 en de niet-vertrouwelijke versie van het verslag van de auditeur van 12 maart 2007.

13. Om de derden de mogelijkheid te bieden om zich op een voor de kamer nuttige wijze uit te laten over het verzoek van Kinapolis en de weerslag daarvan op de mededinging, vond de Raad het noodzakelijk dat zij toegang krijgen tot de aanvulling door Kinapolis van het oorspronkelijke verzoek en het bijkomend verslag als aanvulling op het oorspronkelijk verslag van de auditeur. Het gaat overigens om stukken die in het verlengde liggen van stukken waarvan zij in de procedure voor het Hof van beroep reeds kennis konden nemen.

14. Een en ander moet met name toelaten aan de derden om de schriftelijke opmerkingen die in een eerdere fase van de procedure bij de Raad werden ingediend, te actualiseren. Op die wijze kunnen de derden daadwerkelijk inhoud geven aan hun rol in de procedure die er voornamelijk in bestaat de Raad in te lichten over de gevolgen op de markt van de eventuele opheffing of herziening van de voorwaarden die aan Kinapolis werden opgelegd (zie het arrest van 22 januari 2008 van het Hof van Cassatie, Tecteo, H.07.0001.F., no. 24).

15. Voor wat betreft de toegang tot de inventaris van het onderzoeksdossier zoals deze door de auditeur, samen met de Dienst, wordt samengesteld, en waartoe sommigen derden toegang hadden gevraagd, merkte de Raad op dat aangezien het gaat om een stuk dat nog aan het dossier bij de Raad zal worden toegevoegd, en dat geen deel uitmaakte van het dossier in de fase voor het Hof van beroep, hij zich in dat stadium nog niet kon uitspreken over de vraag of het strikt noodzakelijk zou kunnen zijn om derden toegang te geven tot welbepaalde (andere) stukken, teneinde hen toe te laten om op nuttige wijze hun standpunt uiteen te zetten.

16. Ingevolge deze beslissingen, werd de niet-vertrouwelijke versie van de aanvulling van het verzoek van Kinapolis aan de derden overgemaakt. Op 13 augustus 2008 werd, tevens op basis van de genoemde beslissingen van 30 juni en 7 juli 2008, de niet-vertrouwelijke versie van het bijkomend verslag van de auditeur aan de derden overgemaakt, nadat Kinapolis in de gelegenheid werd gesteld zich over de vertrouwelijkheid, zoals beoordeeld door de auditeur, uit te laten.

17. Op 8 augustus 2008 besliste de Raad vervolgens over de verzoekschriften van de derden voor zover die nog andere stukken betroffen waarover ze niet eerder beschikten, met name de inventaris van het bijkomend onderzoeksdossier zoals neergelegd door de auditeur.

18. De Raad oordeelde dat de toegang tot de aanvulling van het verzoek van Kinapolis alsmede tot het bijkomend verslag van de auditeur neergelegd op 8 augustus 2008, aan de derden de mogelijkheid gaf kennis te nemen van de bijkomende feitelijke en juridische elementen die worden aangevoerd in verband met de gevolgen op de markt van de eventuele opheffing of herziening van de bovenvermelde voorwaarden. Dergelijke uitgebreide toegang werd door de Raad in deze specifieke zaak noodzakelijk geacht.

19. De voorgaande overweging gaat echter in dit geval niet op voor de toegang tot de inventaris of de stukken van het onderzoeksdossier.

20. Er is niet aangetoond dat toegang tot de inventaris of tot stukken van het onderzoeksdossier noodzakelijk is om de derden in staat te stellen zich op een voor de Raad nuttige wijze uit te laten.

21. De Raad stelt vast dat het Hof van beroep in een tussenarrest van 3 oktober 2007 naging hoe aan de relatieve toegang tot dossierstukken van derden concreet inhoud kan worden gegeven (nr. 19) en aangeeft dat door derden moet worden aannemelijk gemaakt waarom zij toegang behoeven tot bepaalde stukken.

22. In dat kader is aan derden een inventaris overgemaakt doch het ging klaarblijkelijk om de inventaris van het dossier bij de Raad, met andere woorden het procesdossier van de Raad. Over de inventaris van het onderzoeksdossier zoals neergelegd door de auditeur spreekt noch het tussenarrest van 3 oktober 2007 noch het eindarrest van 18 maart 2008 zich uit.

23. Het resultaat van de beoordeling van het Hof van beroep in het tussenarrest van 3 oktober 2007 was bovendien o.m. dat toegang werd verleend tot het verzoek van Kinopolis tot opheffing van de voorwaarden opgelegd in de Beslissing van 1997 en ook tot het verslag waarin de redenen werden uiteengezet waarom de auditeur zich grotendeels tegen het opheffen van de genoemde voorwaarden verzette.

Doorslaggevend leek dan ook te zijn dat de derden door deze toegang werden geïnformeerd over de voornaamste argumenten van zowel Kinopolis als de auditeur betreffende de kern van het verzoek dat aan de Raad werd gericht.

24. Hieraan werd in de onderhavige zaak reeds voldaan doordat werd beslist dat de derden toegang krijgen tot de aanvulling van Kinopolis en het bijkomend verslag van de auditeur in niet-vertrouwelijke versie.

25. Vervolgens wordt opgemerkt dat de Raad daarenboven rekening dient te houden met relevante nieuwe ontwikkelingen sinds het genoemde tussenarrest van het Hof, namelijk het arrest van het Hof van Cassatie in de zaak Tecteo (hiervoor vermeld onder 14) en het eindarrest van het Hof van beroep van 18 maart 2008.

26. In het genoemde cassatiearrest werd bevestigd dat niet het recht van verdediging de rechtsbasis is voor derden om in procedures in het kader van de concentratiecontrole toegang te krijgen tot stukken, aangezien zij zich in die procedures niet bevinden in een positie om zich te moeten verdedigen (nr. 24 van het cassatiearrest). Wel dient de derde die het recht krijgt om gehoord te worden, dat recht effectief te kunnen uitoefenen. Aan de derde kan bijgevolg onder bepaalde voorwaarden toegang worden verleend tot bepaalde stukken (nr. 28 van het cassatiearrest).

Zoals ook door het Hof van beroep aangehaald in het eindarrest komt het aan de Raad toe om te beslissen welke onderdelen van het verslag of van het onderzoeksdossier strikt vereist zijn om de derde in de mogelijkheid te stellen op nuttige wijze haar standpunt mede te delen (nr. 60).

27. In de beslissingen van 8 augustus 2008 in de onderhavige zaak stelt de Raad vast dat het onderzoeksdossier (inventaris inbegrepen), zoals neergelegd door de auditeur, geen (aanvullende) stukken bevat die voor de derden echt nodig zijn om hen in staat te stellen hun standpunt over het verzoek van Kinopolis en over de weerslag op de mededinging daarvan, op nuttige wijze uiteen te zetten (nr. 29 van het genoemde cassatiearrest). De uitgebreide toegang tot bepaalde stukken die reeds werd gegeven aan de derden en die toelaat om op gedetailleerde wijze kennis te nemen van het standpunt van Kinopolis en van de auditeur, speelt in deze overweging een belangrijke rol. In het bijzonder wat betreft de relevante stukken uit het onderzoeksdossier, wees de Raad erop dat deze reeds vermeld en verwerkt zijn in het bijkomend verslag van de auditeur.

28. Tenslotte werd op 8 september 2008 door de Raad een beslissing genomen omtrent de resterende verzoekschriften van derden, met name betreffende de toegang tot de (laatste) antwoorden van Kinopolis op de aanvulling van de auditeur.

De Raad herhaalde dat de toegang tot de aanvulling van het verzoek van Kinopolis alsmede de aanvulling door de auditeur van het verslag neergelegd op 8 augustus 2008, aan de derden de mogelijkheid geeft kennis te nemen van de voornaamste feitelijke en juridische elementen die worden aangevoerd in verband met de gevolgen op de markt van het verzoek van Kinopolis. Dergelijke uitgebreide toegang is volgens de kamer in deze specifieke zaak gerechtvaardigd.

29. Er is echter niet aangetoond dat toegang tot de antwoorden van Kinopolis op de aanvulling door de auditeur van zijn oorspronkelijk verslag noodzakelijk zou zijn om de derden in staat te stellen zich op nuttige wijze uit te laten. De Raad verwijst daarbij dienovereenkomstig naar haar eerdere beslissing inzake toegang tot het dossier van 8 augustus 2008.

30. De Raad stelt tenslotte vast dat de antwoorden van Kinopolis geen informatie bevatten die voor de derden echt nodig zijn om hen in staat te stellen hun standpunt over het verzoek aan de Raad en over de weerslag op de mededinging, op nuttige wijze uiteen te zetten.

31. De onderneming Sony Pictures Releasing NV, werd door de Raad opgeroepen om gehoord te worden omtrent de mogelijke gevolgen voor de markt van de eventuele opheffing van de voorwaarden die in 1997 aan Kinopolis werden opgelegd vanuit het perspectief van de film distributie. Deze onderneming deelde echter, voorafgaand aan de zitting van de Raad mee dat zij ter zitting niet aanwezig zou zijn, waarvan de kamer akte nam.

32. Ter zitting van 10 september 2008 werd de onderhavige zaak ten gronde behandeld. Kinopolis en de auditeur werden gehoord door de kamer van de Raad. De derden die het recht kregen om gehoord te worden, werden door de kamer gehoord, in het bijzijn van Kinopolis en de auditeur.

II. Voorwerp van het verzoek van Kinopolis

33. Het oorspronkelijke verzoekschrift van Kinopolis heeft tot doel de Raad voor de Mededinging te vragen om de bij de Beslissing van 1997 aan Kinopolis opgelegde voorwaarden integraal op te heffen vanaf de tussen te komen beslissing van de Raad.

34. Dit verzoekschrift steunt op drie pijlers. In de eerste plaats betoogt Kinopolis dat op basis van een reeks feitelijke ontwikkelingen in de markt kan worden vastgesteld dat de bioscoopmarkt sinds 1997 in belangrijke mate is gewijzigd waardoor de voorwaarden die toen werden opgelegd niet langer verantwoord zouden zijn. Daarnaast voert Kinopolis een aantal juridische argumenten aan waaruit zou blijken dat de voorwaarden niet langer wettelijk zijn en bovendien discriminerend en anticompetitief werken. Tenslotte baseert Kinopolis haar verzoek op een reeks economische argumenten die voortvloeien uit een economische studie, en een reeks aanvullingen die in de loop van de procedure werden toegevoegd, over de Belgische bioscoopmarkt en de positie van Kinopolis daarop, die door Prof. Verboven is gemaakt in opdracht van deze laatste.

35. In deze studie wordt onder meer betoogd dat de relevante productmarkt ruimer is dan de markt voor vertoning van films in de bioscoop en dat marktaandeelen een imperfecte maatstaf zijn voor marktmacht in de bioscoopsector. Op basis van een econometrische analyse wordt in de studie vervolgens aangetoond dat, gezien de elastische tot sterk elastische vraag van Kinopolis, een unilaterale prijsstijging tot een meer dan proportionele daling in de vraag zou leiden en dit in alle regio's verlieslatend zou zijn voor Kinopolis. Deze laatste zou zich met andere woorden niet onafhankelijk van haar concurrenten en consumenten kunnen gedragen. In die omstandigheden voert de studie aan dat de voorwaarden zoals opgelegd in 1997 niet langer verantwoord zijn. Specifiek wat betreft voorwaarde vier wordt nog betoogd dat een dergelijke beperking op de

investerings van Kinopolis enkel de concurrenten beschermt, ongeacht hun efficiëntie, en niet de consumenten aangezien de intensiteit van de concurrentie verminderd wordt.

36. Kinopolis somt ook voor iedere voorwaarde afzonderlijk een aantal redenen op waarom de handhaving ervan niet langer gerechtvaardigd zou zijn. Voor de eerste voorwaarde benadrukt Kinopolis dat zij niet over de nodige marktmacht beschikt ten aanzien van de distributeurs die haar in staat zou stellen om exclusiviteit dan wel enig prioriteitsrecht te eisen. KDF, de dochteronderneming van Kinopolis die zelf films verdeelt, heeft er ook geen enkel belang bij om de vertoning van films die zij verdeelt en het bijhorende promotiemateriaal aan andere bioscopen te ontzeggen. Hiermee zou ze haar eigen inkomsten naast die van de producenten en de hoofddistributeur waarvoor zij optreedt, hypothekeren. De tweede voorwaarde zou volgens Kinopolis onwettig zijn aangezien ervan wordt uitgegaan die iedere overeenkomst met een onafhankelijke zaaluitbater inzake programmatie als per se verboden is. De derde voorwaarde heeft geen bestaansreden meer omdat de GIMV geen aandeelhouder meer is van Kinopolis. Tegen de vierde voorwaarde voert Kinopolis onder meer aan dat zij in strijd is met de wil van de wetgever en de doelstellingen van de WBEM waarbij steeds minder concentraties het voorwerp dienen uit te maken van een voorafgaande controle door de Raad. Daarnaast zou deze voorwaarde discriminerend zijn ten aanzien van Kinopolis aangezien zij als enige marktspeler ex ante goedkeuring moet krijgen van de Raad voor uitbreidingsplannen, zelfs wanneer het louter interne groei betreft, en tot rechtsonzekerheid leiden.

37. Na het arrest van 18 maart 2008 van het Hof van beroep van Brussel heeft Kinopolis op 9 juni 2008 bij de Raad een aanvulling ingediend waarmee zij haar oorspronkelijk opheffingsverzoek bijwerkt met recente informatie en ook ingaat op een aantal opmerkingen die het Hof van beroep, de auditeur en de derden hebben geformuleerd. De drie pijlers waarop het verzoekschrift is gebaseerd blijven behouden.

III. Het verslag

38. In het kader van de procedure heeft de auditeur drie gemotiveerde verslagen ingediend bij de Raad.

39. In het eerste gemotiveerd verslag van 12 december 2006 heeft de auditeur zijn standpunt uiteengezet omtrent het juiste tijdstip voor de indiening van het verzoek van Kinopolis.

40. De auditeur gaat in zijn tweede gemotiveerd verslag (hierna: het "tweede verslag") van 12 maart 2007 op basis van de resultaten van het marktonderzoek ten gronde in op het verzoek tot opheffing van de voorwaarden van Kinopolis. Hij bekritiseert de economische studie van Prof. Verboven over de concurrentie in de Belgische bioscoopsector en hanteert een engere productmarkt dan voorgesteld door Kinopolis, met name de markt voor het vertonen van films in de bioscoop, die ook door de Raad was weerhouden in zijn beslissing van 1997. Bij de afbakening van de geografische markt gaat hij uit van een nationale markt waarmee hij opnieuw afwijkt van het standpunt van Kinopolis.

41. Uit de marktanalyse besluit de auditeur dat Kinopolis een zeer sterke marktmacht heeft op de Belgische markt voor het vertonen van films in de bioscoop. Zijn conclusie is gebaseerd op de volgende elementen.

Ten eerste is het marktaandeel van Kinopolis gemeten op basis van bezoekersaantallen de voorbije tien jaar ongeveer gelijk gebleven en het marktaandeel van haar concurrenten is een stuk lager. Ten tweede geniet Kinopolis van schaalvoordelen die verbonden zijn aan de omvang van haar bioscoopcomplexen. Ten derde fungeert volgens de auditeur het uitgebreide netwerk van multiplexen van Kinopolis, waardoor zij in tal van sleutelsteden over geheel België actief is, ook als

hefboom op de huurmarkt van films. Ten vierde benadrukt de auditeur de daling van de marktmacht van de grote filmdistributeurs (de ‘majors’) in vergelijking met 1997. Ten vijfde wijst hij op de verticale integratie van Kinopolis met KFD, waarbij de groep zich naast op de uitbating van bioscoopcomplexen ook toelegt op de distributie van films voor vertoning in de bioscoop, en in mindere mate met Kinopolis TV. Ten zesde spelen de keuze van de consument en de consumentenvoorkeuren in het voordeel van Kinopolis. Daarnaast beschikt Kinopolis over een grotere financiële slagkracht dan de meeste concurrenten, zeker in het vooruitzicht van de verdere digitalisering van de bioscoopsector. Ondanks het feit dat er een zekere beweging waarneembaar is in de markt, zijn er volgens de auditeur ook nog steeds belangrijke toetredingsdrempels die de oprichting van nieuwe complexen blijven beperken. Tenslotte gaat de auditeur ervan uit dat de zijdelingse druk die uitgaat van andere media, zoals onder meer DVD, gerelativeerd moet worden.

42. Bij de beoordeling van de voorwaarden gaat de auditeur per voorwaarde, en zonder vast te stellen of Kinopolis op het ogenblik van deze beoordeling over een machtspositie bezit, na of de opheffing ervan zou lijden tot de vestiging of een versterking van een machtspositie in hoofde van Kinopolis, in welk geval zij behouden dienen te blijven. De eerste voorwaarde moet volgens de auditeur worden gehandhaafd opdat concurrerende bioscopen de toegang behouden tot alle films, inclusief deze verdeeld door KFD, en zij daar op hetzelfde ogenblik als Kinopolis over kunnen beschikken. Hij meent ook dat de tweede voorwaarde dient te worden behouden omdat Kinopolis anders haar significante marktmacht ten aanzien van de distributeurs zou kunnen versterken en door het sluiten van programatieovereenkomsten met concurrenten aan marktverdeling zou kunnen doen. Voorwaarde drie moet niet langer worden gehandhaafd aangezien de GIMV geen referentieaandeelhouder meer is van Kinopolis. Tenslotte pleit de auditeur voor het gedeeltelijk behoud van de vierde voorwaarde. Op basis van een onderscheid tussen interne en externe groei, pleit hij enkel voor het behoud van de voorwaarde, en dus de voorafgaande instemming van de Raad, voor gevallen van externe groei waarbij Kinopolis een bioscoopcomplex wenst over te nemen van een concurrent aangezien er in dat geval geen voordelen zijn vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt. Hij stelt wel voor om de geldingsduur van de voorwaarden, rekening houdend met de technologische evoluties, in te perken tot vijf in plaats van tien jaar, met behoud van de stilzwijgende verlenging voor eenzelfde termijn.

43. Tot slot vraagt de auditeur aan de Raad om de procedurele modaliteiten voor het bekomen van een voorafgaande instemming te verduidelijken.

44. Na het arrest van het Hof van beroep van 18 maart 2008 heeft de auditeur, die de verantwoordelijkheid voor deze zaak heeft overgenomen van zijn collega, op vraag van de kamer een bijkomend onderzoek gevoerd. De aanvulling van Kinopolis op haar oorspronkelijk verzoek tot opheffing van de voorwaarden werd door de auditeur betrokken bij zijn onderzoek. De resultaten van dit bijkomende onderzoek zijn verwerkt in het derde gemotiveerd verslag (hierna: het “derde verslag”) dat op 8 augustus 2008 werd ingediend bij de Raad. Het derde verslag is geen volledig nieuw verslag in deze zaak maar bouwt grotendeels verder op het tweede verslag en bevat daarnaast een aantal nieuwe elementen die deels voortvloeien uit de resultaten van het bijkomend onderzoek en deels antwoorden op overwegingen die het Hof van beroep in haar arrest van 18 maart 2008 heeft geformuleerd.

45. De auditeur wijkt in het derde verslag op volgende punten af van het standpunt van de vorige auditeur zoals weergegeven in het tweede verslag.

46. Het derde verslag bevat niet langer felle kritiek op de economische studie van Prof. Verboven en de aanvullingen daarop. De auditeur stelt daarentegen vast dat de bevindingen van Prof. Verboven op een wetenschappelijke manier onderbouwd zijn, maar tezelfdertijd benadrukt hij dat de meerderheid van de ondernemingen die betrokken waren bij het marktonderzoek niet akkoord gaan met de conclusies van de economische studie. Dit is onder meer het geval voor wat betreft het al dan

niet bestaan van een machtspositie en het behoud van de voorwaarden. Gezien het beperkte tijdsbestek van het bijkomend onderzoek was het volgens de auditeur onmogelijk om zelf een gelijkwaardige economische studie te laten uitvoeren waaraan de bevindingen van Prof. Verboven zouden kunnen worden getoetst.

47. De auditeur stapt af van de geografische afbakening in het tweede verslag aangaande de markt voor het vertonen van films in de bioscoop. Op basis van de resultaten van het marktonderzoek is hij van oordeel dat deze markt vanuit de vraagzijde, met name beschouwd vanuit het standpunt van de bioscoopbezoeker, als lokaal dient te worden beschouwd. Een bioscoopbezoeker wenst slechts een bepaalde afstand af te leggen of beperkte tijd te besteden om naar een bioscoop te gaan.

48. Het standpunt omtrent het marktaandeel van Kinopolis is in het derde verslag gedeeltelijk afgezwakt. De auditeur geeft aan dat het marktaandeel rond de eeuwwisseling is beginnen dalen en dat het nadien niet meer is gestegen maar eerder op hetzelfde niveau is gebleven, met name meer dan 2% lager dan in 1996. In het derde verslag stelt hij in dat verband vast dat de opening van de nieuwe complexen in Brugge en Oostende de daling van het marktaandeel van Kinopolis, zowel nationaal als lokaal, gedurende de laatste jaren niet heeft kunnen tegenhouden. Hij wijst ook op de toename van de marktaandelen van de concurrenten in vergelijking met de situatie in 1997.

49. In het derde verslag nuanceert de auditeur het voordeel dat Kinopolis zou genieten op basis van de omvang van haar bioscoopcomplexen. De grotere bioscoopcomplexen kennen als gevolg van de huidige trend naar ‘proximity’ immers een lagere rendabiliteit.

50. De auditeur wijst op de recente consolidatie op de Belgische filmdistributiemarkt waarbij sinds 1 april 2008 alle films van Warner Bros verdeeld worden door 20th Century Fox dat daardoor met een marktaandeel van 27% veruit de grootste filmdistributeur is.

51. In het kader van de verticale integratie van Kinopolis wordt in het derde verslag ook melding gemaakt van de recente beslissing om Kinopolis TV stop te zetten zodat de verticale integratie op heden beperkt blijft tot KFD.

52. Tot slot nuanceert de auditeur in het derde verslag ook de grote financiële slagkracht waarover Kinopolis in vergelijking met haar concurrenten zou beschikken in verband met de omschakeling naar digitale projectie. Het systeem van een ‘virtual print fee’, waarbij de kosten voor digitalisering deels worden gefinancierd door de grote filmstudio’s, zou volgens de auditeur ook doorgang vinden in Europa en de kosten voor de bioscopen aanzienlijk verlagen. Hierdoor zal er niet noodzakelijk een verdere consolidatie plaatsvinden in de bioscoopmarkt en zullen kleinere bioscopen heel wat kansen krijgen.

53. Ondanks deze aanpassingen in het derde verslag, sluit de auditeur zich voor het overige aan bij het standpunt van de vorige auditeur en pleit hij voor het behoud van dezelfde voorwaarden (zie hierboven nr. 43). In zijn derde verslag formuleert de auditeur hetzelfde voorstel tot beslissing als dat opgenomen in het tweede verslag, met name:

- Voorwaarde 3 van de Beslissing op te heffen;
- Voorwaarde 4 van de Beslissing gedeeltelijk op te heffen door de woorden “oprichten of”, “noch een bestaand complex uitbreiden, rooveren of vervangen” te schrappen in de eerste paragraaf, en de tweede paragraaf volledig te schrappen;
- De woorden “tien jaar” in voorwaarde 5 van de Beslissing met instemming van Kinopolis te vervangen door “vijf jaar”;
- De procedurele modaliteiten te verduidelijken voor het indienen en behandelen van een aanvraag door Kinopolis tot instemming van de Raad, conform voorwaarde 4 van de Beslissing.

IV. Prealabele kwesties

4.1. Procedureel kader voor de verdere afhandeling door de Raad

54. Aangaande het procedureel kader voor de verdere afhandeling van het verzoek van Kinopolis na het eindarrest van het Hof van beroep van 18 maart 2008, overweegt de Raad het volgende.

55. Het Hof heeft de zaak terugverwezen naar de Raad voor “verdere afhandeling” van het verzoek van Kinopolis. Op basis daarvan is de Raad ervan uitgegaan dat het oorspronkelijke verzoek van Kinopolis van 8 december 2006 nog steeds aanhangig was bij de Raad en dat ook de oorspronkelijke verslagen van de auditeur alsook de beslissingen ten aanzien van verzoekschriften van derden, in stand bleven voor zover zij geen onderwerp waren van de beroepsprocedure of het Hof van beroep er geen afbreuk aan heeft gedaan in haar eindarrest.

56. Om redenen van proceseconomie leek het alleszins ook te verkiezen dat de Raad zou uitgaan van het feit dat het genoemde verzoek, de verslagen en de beslissingen ten aanzien van de derden, nog steeds deel uitmaken van het dossier bij de Raad. Noch Kinopolis, noch de derden hebben hiertegen een bezwaar geformuleerd.

57. Voor de behandeling van het verzoek van Kinopolis, bepaalde de Beslissing van 1997 geen procedure. Vast staat tevens dat er noch in de WBEM zoals die van toepassing was ten tijde van de beslissing van 1997, noch in de huidige WBEM een procedureregeling is voorzien die van toepassing is op de onderhavige zaak, meer bepaald met betrekking tot de opheffing van in het verleden door de Raad opgelegde voorwaarden in het kader van de concentratiecontrole.

58. In verband met de behandeling van het oorspronkelijke opheffingsverzoek van Kinopolis blijkt uit het dossier van de procedure voor de Raad, dat door partijen ter zitting van 20 december 2006 een tijdsfad afgesproken werd voor de behandeling van het verzoek door de Raad. Door deze afspraken werd bijgevolg afstand gedaan van de termijn zoals die terug te vinden is in de Beslissing van 1997.

59. In de Beslissing van 1997 was bepaald dat de Raad “zal worden geacht de voorwaarden te hebben opgeheven bij ontstentenis van een beslissing binnen de termijnen die thans gelden inzake concentratietoezicht”.

Zoals ook door het Hof van beroep gesteld (ov. 62), moet er van worden uitgegaan dat de Raad met deze formulering voor ogen had dat de thans geldende termijnen gelden, namelijk de termijnen onder de huidige WBEM. Het volgt uit de formulering van de Beslissing van 1997 dat de hiervoor geciteerde passage bedoeld is als bescherming voor Kinopolis, naar analogie met de bescherming die wordt geboden in de concentratiecontrole ingeval van afwezigheid van een beslissing binnen de door de wet geboden termijn.

Echter, door het vaststellen van een kalender naar aanleiding van de behandeling van het oorspronkelijk opheffingsverzoek voor de Raad, werd afstand gedaan van de mogelijkheid een stilzwijgende opheffing in te roepen, hetgeen volgens de Raad hoe dan ook moet kunnen aangezien de termijn in kwestie geen door de wet bepaalde termijn is. Zoals gezegd is door het Hof van beroep noch expliciet, noch impliciet afbreuk gedaan aan deze werkwijze.

Het Hof geeft overigens zelf aan dat de Raad in 1997 klaarblijkelijk voor ogen had dat de minimale onderzoekstermijn waarover de Raad wenste te beschikken zes maanden was.

60. Door de Raad is na de terugverwijzing door het Hof derhalve een gelijkaardige werkwijze gevolgd als naar aanleiding van de behandeling van het oorspronkelijk opheffingsverzoek: na toewijzing van de zaak aan een kamer van de Raad werd op de zitting van 19 mei 2008 een tijdsfad

vastgelegd en werd akte genomen van het feit dat Kinopolis daarmee afstand heeft gedaan van de termijn genoemd in de Beslissing van 1997.

4.2. Gegevens van derden en vertrouwelijkheid

61. Het onderzoeksdossier zoals neergelegd door de auditeur bij de Raad bevat de stukken afkomstig van Kinopolis in een vertrouwelijke en een niet-vertrouwelijke versie zoals door Kinopolis zelf bepaald. Voor wat betreft de gegevens afkomstig van derden, bevat het dossier van de auditeur enkel de niet-vertrouwelijke stukken en gegevens. Uit het verslag van de auditeur blijkt dat, wanneer de derden enkel een vertrouwelijke versie bezorgden, dit stuk uit het dossier werd verwijderd. Desbetreffend bevestigde de auditeur ter zitting dat deze werkwijze gebaseerd is op de procedure beschreven in artikel 44, § 7 WBEM.

62. De Raad heeft vastgesteld dat de auditeur de kwalificatie als vertrouwelijk van de derden overneemt, doorgaans zonder toetsing, en vervolgens de vertrouwelijke informatie verwijdert. In dat kader wordt niet specifiek gevraagd of de betreffende informatie alleen vertrouwelijk is ten aanzien van andere ondernemingen, dan wel dat de derde ook echt de bedoeling heeft de betreffende informatie ontoegankelijk te maken voor de Raad.

63. Nog afgezien van de vraag of de genoemde procedure van toepassing is in de onderhavige zaak, wijst de Raad erop dat de gevolgde werkwijze feitelijk tot gevolg heeft dat de kamer van de Raad aan wie de behandeling van deze zaak is toevertrouwd, verstoken kan blijven van gegevens van marktspelers, die noch partij zijn bij deze procedure, noch als derden worden gehoord.

Nochtans kan er van worden uitgegaan dat de Raad als rechtscollege gehouden is aan de beginselen inzake behoorlijke rechtsbedeling die impliceren dat zij een beslissing ten gronde niet baseert op stukken waarvan de betrokken ondernemingen geen kennis zouden hebben gekregen. Dit beginsel is thans ook uitdrukkelijk neergelegd in de artikelen 48, § 7 WBEM en artikel 57, § 4 WBEM.

Het is met deze beginselen niet noodzakelijk onverenigbaar dat de Raad kennis kan nemen van bepaalde gegevens over de markt, bijvoorbeeld schattingen van marktaandelen, zonder zich daar als zodanig op te baseren voor haar beslissing. Het is de verantwoordelijkheid van de Raad als rechtscollege om te oordelen op welke gegevens zij al dan niet haar beslissing kan baseren. Het feit dat de wetgever bepaalt dat de vertrouwelijke stukken van de derden uit het dossier worden verwijderd, impliceert in de opvatting van de Raad dat het moet gaan om het dossier zoals dat geheel of gedeeltelijk toegankelijk is voor de partijen, tenzij derden mogelijks een uitdrukkelijk voorbehoud zouden maken wat betreft de Raad zelf.

64. De Raad vond het verder nuttig en noodzakelijk om een vertegenwoordiger van de onderneming Sony Pictures Releasing NV (hierna: "Sony") op te roepen voor de zitting. Deze onderneming had tijdens het onderzoek een verzoek om inlichtingen gekregen van de auditeur en daarop geantwoord. De antwoorden waren gedeeltelijk als vertrouwelijk aangemerkt op een dergelijke wijze dat de Raad geen kennis kon nemen van de exacte cijfergegevens. Volgens de Raad waren er aanwijzingen in het dossier dat Sony goed geplaats was om haar inzicht te geven aangaande haar mate van afhankelijkheid ten aanzien van Kinopolis. Bovendien had de Raad bijkomende vragen willen stellen in het kader van haar eigen verantwoordelijkheid om in belangrijke mate rekening te houden met de economische gevolgen van haar beslissingen.

65. De Raad stelt vast dat de wetgever niet heeft voorzien in de mogelijkheid om een onderneming te sanctioneren voor het niet-verschijnen voor de Raad.

Het gebrek aan sanctioneringsmogelijkheden ontnemt het nuttig effect aan de mogelijkheid voor de Raad om elke natuurlijke of rechtspersoon te horen.

Bovendien creëert deze situatie een onevenwicht met de onderzoeksprocedure, waarvoor de Raad wel over de wettelijke mogelijkheid beschikt om ondernemingen te sanctioneren voor niet-medewerking (artikel 64, § 1 WBEM).

Tenslotte heeft het een en ander tot gevolg dat potentieel relevante informatie omtrent de markt onthouden wordt aan de Raad en derhalve de informatieassymetrie versterkt die hiervoor werd aangekaart met betrekking tot de keuze van de auditeur om vertrouwelijke stukken uit het dossier te verwijderen. Dit kan er uiteindelijk toe leiden dat de Raad zich in een bepaalde zaak onvoldoende ingelicht acht over de relevante feiten gelet op de geldende bewijsstandaard, en daaraan in haar beslissing ten gronde conclusies moet verbinden.

V. Marktafbakening

66. Volgens de auditeur dient in deze zaak nog steeds dezelfde marktdefinitie te worden gehanteerd als ten tijde van de Beslissing van 1997, met name de markt voor het vertonen van films in de bioscoop. Hij komt tot deze conclusie op basis van een analyse van de kenmerken, het gebruik en de prijs van een filmvoorstelling in een bioscoop.

67. Daaruit blijkt dat de filmindustrie in het kader van haar commerciële strategie nog steeds een exclusief (zij het wellicht korter in tijd) venster hanteert voor de vertoning van films in de bioscoop. Hierdoor genieten de bioscoopexploitanten gedurende een aantal maanden exclusiviteit ten opzichte van andere media zoals DVD of betaaltelevisie. De vertoning van een film in de bioscoop vereist ook een specifieke infrastructuur in vergelijking met de andere media. In combinatie met de hoge technische en kwaliteitsnormen die gehanteerd worden door de bioscopen, zoals comfortabele zetels, groot scherm en superieure geluidskwaliteit, heeft dit tot gevolg dat een bioscoopbezoek nog steeds dient te worden onderscheiden van andere filmmedia. Bovendien is een bioscoopbezoek een sociaal gebeuren dat niet valt te vergelijken met andere manieren om een film te bekijken en waarbij de consument in vergelijking met DVD's geen keuzemogelijkheden heeft bij het gebruik ervan. Tenslotte verschilt ook de prijs van een bioscoopticket van deze voor de huur of aankoop van een DVD of een abonnement voor betaaltelevisie.

68. De geografische afbakening van deze markt is volgens de auditeur lokaal van aard. Hij verwijst hiervoor naar de Beslissing van 1997 en naar vergelijkbare, maar veel recentere beslissingen van de Franse en de Britse mededingingsautoriteiten. Consumenten/bioscoopbezoekers wensen slechts een beperkte afstand of verplaatsingstijd af te leggen om naar een film te gaan kijken. Volgens de auditeur is het echter niet vereist om in het kader van deze zaak de lokale markt nauwkeuriger af te bakenen aan de hand van een specifiek aantal kilometer of minuten dat een bioscoopbezoeker bereid is te rijden. Belangrijke overlappingsen tussen de verschillende lokale gebieden en de onduidelijke grenzen tussen deze gebieden kunnen een exacte afbakening bemoeilijken.

69. Daarnaast weerhoudt de auditeur in navolging van de Beslissing van 1997 nog een tweede relevante productmarkt die zich stroomopwaarts bevindt ten opzichte van de markt voor het vertonen van films in de bioscoop. Het betreft de markt voor de verdeling van films voor vertoning in de bioscoop waar de distributeurs hun films ter beschikking stellen van de bioscopen tegen betaling van een zogenaamde 'rental fee'. Ook deze markt vormt volgens de auditeur een afzonderlijke markt waar de verdeling van films voor andere media niet toe behoort. Hij baseert zich hierbij op de vaststelling dat de distributie van films gescheiden gebeurt voor de verschillende media op basis van onderscheiden rechten en via andere aanbieders. Ook de afnemers en de prijzen verschillen naargelang het medium. Voor zijn bevindingen vindt hij in het kader van het marktonderzoek steun bij de meerderheid van de filmdistributeurs.

70. Aangezien de filmdistributeurs op nationaal niveau actief zijn, de filmrechten in de regel per land worden toegekend aan bioscopen en de releasedata nationaal worden bepaald, gaat de auditeur ervan uit dat deze markt nationaal is gestructureerd.

71. Kinopolis voert aan dat de definitie van de productmarkten die de auditeur hanteert te eng is en dat er in vergelijking met de Beslissing van 1997 geen onderscheid meer dient gemaakt te worden naargelang van het medium dat wordt gebruikt. De relevante productmarkten voor de beoordeling van deze zaak zijn volgens Kinopolis daarom de stroomopwaartse markt voor de verdeling van films en de markt voor de vertoning van films.

72. De grenzen tussen de verschillende media vervagen volgens Kinopolis sterk waardoor niet langer een onderscheid kan worden gemaakt bij de marktafbakening. Ter ondersteuning van haar standpunt voert Kinopolis in hoofdzaak vijf elementen aan. In de eerste plaats leidt de toenemende beschikbaarheid van films via andere media, zoals betaaltelevisie, pay-per-view, video-on-demand en in het bijzonder DVD, de succesvolle verkoop hiervan en de technische innovaties in de huiskamer tot een daling van het bioscoopbezoek. Ten tweede wordt de verruiming van de markt in de door Kinopolis gesuggereerde zin bevestigd door personen actief in de sector en door studies naar het consumentengedrag. Ten derde blijkt uit haar businessplannen dat Kinopolis haar strategie niet langer alleen in functie van de concurrerende bioscopen bepaalt maar rekening houdend met de tendensen die gelden voor alle filmmedia. Daarnaast wijst Kinopolis op bestaande econometrische studies waarin wordt bevestigd dat er zeker op lange termijn een behoorlijke kruiselasticiteit van de vraag bestaat tussen de bioscoop en andere filmmedia.

73. Tenslotte verwijst Kinopolis naar de economische studie die Prof. Verboven op haar vraag heeft verricht en waarin hij bevestigt dat op basis van de sterke volatiliteit en de significant dalende trend van het totale bioscoopbezoek in België de relevante productmarkt in ieder geval ruimer is dan enkel het vertonen van films in de bioscoop en minstens de markt is voor het vertonen van films, ongeacht het medium.

74. Voor wat het distribueren van films betreft, wijst Kinopolis op de globale strategie van de producenten/verdelers waar onder meer de distributie voor vertoning in de bioscoop en van DVD's deel van uitmaken. Binnen deze globale strategie zou de verdeling van films voor vertoning in de bioscoop minder belangrijk worden omdat de andere media meer inkomsten genereren. Bovendien zouden vaak dezelfde distributeurs instaan voor zowel de vertoning van films in de bioscoop als de verdeling via andere media.

75. Kinopolis gaat wel akkoord met de geografische afbakening door de auditeur van beide markten waarbij zij voor de stroomopwaartse markt ook uitgaat van een nationale afbakening en de markt voor het vertonen van films als lokaal beschouwt. Zij benadrukt dat in vergelijking met de situatie in 1997, de consument nog minder bereid is ver te rijden om naar een film te gaan kijken. Kinopolis deelt ook het standpunt van de auditeur zoals weergegeven in het derde verslag dat een precieze afbakening van de lokale markt, met name op basis van een straal van 15, 20 of 30 kilometer dan wel 15 of 20 minuten rijden, niet noodzakelijk is aangezien deze alternatieve afbakeningen weinig impact hebben op het resultaat van de analyse.

Toch geeft Kinopolis aan dat op basis van onderzoek onder haar bioscoopbezoekers en de resultaten van de studie van Prof. Verboven mag verondersteld worden dat een consument bereid is om gemiddeld ongeveer 20 minuten te rijden voor een bioscoopbezoek. Zij hanteert daarom als geografische markt zogenaamde 'catchment areas' van 20 minuten rijden rond een Kinopolis bioscoop. Er dient echter ook rekening te worden gehouden met overlappende 'catchment areas' en de concurrentiedruk die daarvan uitgaat.

76. De Raad sluit zich voor de definitie van de relevante productmarkten aan bij het standpunt van de auditeur en gaat uit van de stroomopwaartse markt voor de verdeling van films voor vertoning in de bioscoop en de stroomafwaartse markt voor de vertoning van films in de bioscoop.

77. In navolging van de auditeur en op basis van de resultaten van het marktonderzoek is de Raad van oordeel dat de stroomopwaartse markt voor de verdeling van films voor vertoning in de bioscoop onderscheiden dient te worden van de verdeling van films voor andere media. De verdeling van films gebeurt immers vaak door onderscheiden aanbieders, op basis van verschillende rechten en op een ander tijdstip. Naargelang het medium verschillen ook de afnemers en de toepasselijke prijzen. Deze marktdefinitie ligt ook in de lijn van de oorspronkelijke beslissing van 1997.

78. De globale strategie van de producenten/verdelers waar Kinopolis naar verwijst en waarvan de distributie voor zowel vertoning in de bioscoop als voor verkoop van DVD's deel zou uitmaken, noopt de Raad niet tot een andere conclusie. Ook het feit dat de verdeling van films voor vertoning in de bioscoop in het kader van deze globale strategie minder belangrijk zou worden omdat de andere media meer inkomsten genereren, is niet van doorslaggevend belang. Uit het onderzoek van de auditeur blijkt immers dat zelfs indien de bioscooprelease minder belangrijk zou zijn in termen van inkomsten, het afzonderlijke bioscoopvenster van cruciaal belang blijft voor het commerciële succes van de film in de andere media.

79. In het kader van de afbakening van een afzonderlijke markt voor het vertonen van films in de bioscoop is volgens de Raad onder meer het aparte venster dat aan bioscopen wordt voorbehouden door de distributeurs en de exclusiviteit die daarmee gepaard gaat van doorslaggevend belang. Dit betekent dat er voor de consument gedurende de eerste periode dat een film in de bioscoop speelt, geen onmiddellijke substitutiemogelijkheden voor handen zijn om deze film te bekijken. De consument kan met andere woorden niet overschakelen op andere media om dezelfde film te zien.

80. Daarnaast biedt een bioscoop ook een andere kijkervaring in vergelijking met het bekijken, al dan niet in besloten vriendenkring, van een film in de huiskamer. Zoals de auditeur terecht aangeeft in zijn verslag en zoals door het Hof van beroep wordt onderschreven (ov. 84), staat een bioscoopbezoek voor het genieten van een film vanuit comfortabele zetels, op groot scherm, met superieure geluidskwaliteit, in de aanwezigheid van andere kijkers, buitenshuis.

81. Tenslotte verschilt de normale ticketprijs voor de bioscoop van de prijs voor een film via andere media, zoals DVD, een medium waar Kinopolis zelf veelvuldig naar verwijst als mogelijk substituuut. Terwijl een bioscoopticket rond de 7 euro kost, blijkt uit het onderzoeksdossier dat een consument voor de aankoop van een recente DVD tussen de 15 en de 20 euro betaalt, met name tweemaal zoveel als voor de bioscoop. Kinopolis zelf voert echter aan dat de gemiddelde prijs van DVD's gedaald is tot 10,51 euro waardoor de prijs van een DVD dichterbij de buurt zou liggen van deze voor een bioscoopticket. Deze verwijzing naar de gemiddelde prijs lijkt de Raad echter geen overtuigend element in de beoordeling aangezien de prijs van een nieuwe film op DVD hoog blijft in vergelijking met een bioscoopticket en de door Kinopolis vermelde gemiddelde prijs sterk beïnvloed wordt door de lagere prijs voor oudere films die al geruime tijd niet meer te zien zijn in de bioscoop.

82. Het standpunt van de auditeur inzake de stroomafwaartse markt wordt ook bevestigd door recente beslissingen van de Franse en Britse mededingingsautoriteiten waarin zij ook nog steeds een aparte markt definiëren voor de vertoning van films in de bioscoop (zie onder meer OFT, beslissing van 7 januari 2005, Terra Firma Investments 2 Ltd/United Cinemas International Limited and Cinema International Corporation Limited; Competition Commission, beslissing van 24 februari 2006, Vue Entertainment Holdings Ltd/A3 Cinema Limited; Conseil de la concurrence, Décision n° 07-D-44 van 11 december 2007, GIE Ciné Alpes).

83. Deze afbakening van de productmarkt is verder niet op overtuigende manier weersproken door Kinopolis.

84. De technische innovaties in de huiskamer die Kinopolis vermeldt in haar verzoek zijn niet van die aard dat het bekijken van een film in de huiskamer vergeleken zou kunnen worden met de kwalitatieve aspecten en het sociaal gebeuren waaraan een bioscoopbezoek gelijkstaat (zie hiervoor nr. 88).

85. Hoewel sinds de Beslissing van 1997 met Kinopolis kan worden vastgesteld dat de lengte van het bioscoopvenster in zekere mate afneemt en DVD's bijgevolg sneller op de markt worden gebracht, zijn deze elementen, volgens de Raad, niet van die aard dat zij aanleiding geven tot een ruimere marktdefinitie dan deze die in 1997 werd gehanteerd. Kinopolis heeft immers zelf ter zitting verklaard dat een bioscoop voornamelijk gedurende de eerste weken de meeste inkomsten uit een film haalt.

86. Ook de stelling dat films in toenemende mate via andere media beschikbaar zijn en deze een grote afname kennen, doet geen afbreuk aan deze marktdefinitie. De distributie gebeurt immers nog steeds volgens de klassieke vensterstrategie van de filmindustrie en bijgevolg zal een bioscoop geen rechtstreekse concurrentiële druk ondervinden van het toenemende succes van andere media, zoals DVD, die, zoals Kinopolis zelf aanvoert, pas een viertal maand na de bioscooprelease worden uitgebracht. Bovendien blijkt uit het derde verslag van de auditeur dat zelfs de zijdelingse concurrentiële druk die mogelijks uitgaat van de andere media in die omstandigheden dient te worden gerelativeerd.

87. Met betrekking tot de resultaten van de studie van Prof. Verboren en de andere econometrische studies waarnaar verwezen wordt, merkt de Raad op dat de daarin vastgestelde elasticiteit van de vraag naar bioscoopbezoek, hoewel niet op overtuigende manier weerlegd door de auditeur of de derden, op zich in het licht van de hierboven weergegeven elementen aangaande de kenmerken, het gebruik en de prijs van een bioscoopbezoek, niet doorslaggevend kan zijn voor het weerhouden van een ruimere marktdefinitie.

De studie levert immers geen bewijs dat de consument op basis van de vastgestelde elasticiteit zou overschakelen op een substituuut noch wordt op overtuigende manier aangetoond welk substituuut daarvoor in aanmerking zou komen. Het valt daarom niet uit te sluiten dat ingeval van een prijsverhoging de vraag van de consument zal afnemen zonder over te schakelen op een substituuut.

88. Tenslotte kan de Raad in het kader van de marktafbakening geen belang hechten aan de businessplannen en strategie van Kinopolis waarnaar zij in haar verzoek verwijst, wanneer de stelling die daaruit naar voor komt op overtuigende en quasi-eenduidige wijze wordt weerlegd door de auditeur op basis van een ruim marktonderzoek.

89. Voor wat betreft het standpunt inzake de geografische dimensie van de relevante markten, zijn de partijen het in grote mate eens en de Raad sluit zich hierbij aan.

90. De stroomopwaartse markt voor de verdeling van films voor vertoning in de bioscoop is nationaal van aard. De filmdistributeurs zijn immers op nationaal niveau actief, de rechten worden per land toegekend en de releasedata worden nationaal bepaald.

91. De effectieve concurrentiedruk voor wat betreft de markt voor de vertoning van films in de bioscoop wordt hoofdzakelijk binnen een beperkte straal rond de bioscoop ondervonden en de concurrentie speelt zich bijgevolg vooral af op lokaal vlak. Hoewel Kinopolis en nagenoeg alle concurrenten uitgaan van zogenaamde 'catchment areas' van 20 minuten rijden rond een Kinopolis bioscoop, is het in de onderhavige zaak en gezien de mededingingsrechtelijke analyse die hierna volgt echter niet noodzakelijk om deze lokale markten nauwkeuriger af te bakenen.

92. De Raad merkt tot slot nog op dat niet enkel gekeken dient te worden naar de positie van Kinopolis op de lokale markt voor het vertonen van films in de bioscoop, maar dat gezien het uitgebreide netwerk van bioscopen waarover Kinopolis beschikt, in navolging van de Beslissing van 1997, de Raad ook de positie van Kinopolis op nationaal niveau in overweging dient te nemen. Dit geldt des te meer nu Kinopolis haar marketingbeleid en filmaanbod nationaal bepaalt en gezien haar naambekendheid en de verticale integratie met haar dochter KFD.

93. Bij de beoordeling hierna van de verschillende voorwaarden uit de Beslissing van 1997 gaat de Raad bijgevolg uit van een nationale markt voor de verdeling van films voor vertoning in de bioscoop en een lokale markt voor de vertoning van films in de bioscoop.

VI. De voorwaarden: algemeen

6.1. Aard en omvang van de toetsing door de Raad

94. De vraag kan gesteld worden welke de aard en de omvang moet zijn van de toetsing die door de Raad moet gebeuren in het kader van de verdere afhandeling van het verzoek tot opheffing van de in 1997 aan Kinopolis opgelegde voorwaarden.

De beslissing van 1997 zelf geeft niet aan op basis van welke parameters de voorwaarden na tien jaar heroverwogen moeten worden.

95. De Raad moet in dit kader oordelen of er redenen zijn om de in 1997 opgelegde voorwaarden op te heffen, en een dergelijke heroverweging staat niet gelijk met een onderzoek van de vraag of de voorwaarden destijds aangewezen waren dan wel of de modaliteiten die eraan verbonden werden zoals de geldingstermijn, adequaat waren op het moment van de beslissing.

96. In het arrest van 18 maart 2008 geeft het Hof aan dat de toetsingsomvang dezelfde moet zijn als diegene die door de Raad werd gehanteerd op het moment dat de concentratie in 1997 werd toegelaten met inachtnaam van de marktstructuur en de redelijkerwijs aanneembare weerslag van opheffing of behoud op de marktstructuur (ov. 75).

97. Het is duidelijk dat de Raad in 1997 voor de goedkeuring van de bij haar aangemelde concentratie tussen de groep Bert en de groep Claeys, de opgelegde voorwaarden onontbeerlijk vond. Tevens staat vast dat de Raad moet geacht worden tot dat besluit te zijn gekomen na rekening te houden met de marktomstandigheden op het moment van haar beslissing.

98. Zoals in elke beoordeling in het kader van de concentratiecontrole, moest de Raad in 1997 een prospectieve analyse uitvoeren op basis van de gegevens bekend op het moment van de beoordeling.

99. Bij de beoordeling van de effectiviteit van de voorwaarden nu, moet onvermijdelijk mee gewogen worden dat het eigen is aan een dergelijke prospectieve analyse dat niet alle effecten die men van de concentratie voorzag in de markt in 1997, zich ook daadwerkelijk zullen hebben voorgedaan in de jaren volgend op de beslissing.

100. Al moet de Raad thans niet beoordelen of de destijds opgelegde voorwaarden adequaat waren, niettemin dient hij rekening te houden met de doelstellingen die de Raad voor ogen had met de voorwaarden die aan de goedkeuring van de concentratie werden verbonden, in de mate dat deze doelstellingen kunnen worden afgeleid van de tekst van de Beslissing van 1997.

Meer nog, de Raad is van oordeel dat de doelstellingen van de Raad bij het nemen van haar beslissing in 1997 van groot belang zijn om thans te oordelen of de voorwaarden kunnen worden opgeheven of niet. De Raad zal voor elk van de voorwaarden nagaan of opheffing van de voorwaarden mogelijk is in het licht van de doelstellingen ervan, en in het licht van de huidige feitelijke en juridische situatie.

101. Het gaat dus in dit kader niet voornamelijk om een oefening waarbij zou moeten worden nagegaan wat er in de markt gebeurd zou zijn zonder de voorwaarden, en hoe de huidige marktsituatie eventueel het resultaat is van die voorwaarden, zoals door de derden gesuggereerd.

102. Wel wordt gekozen voor een aanpak waarbij wordt nagegaan of redelijkerwijze kan worden verondersteld voor elk van de voorwaarden dat ze nog beantwoorden aan de doelstellingen van de beslissing die de voorwaarden oplegde en de zorgen die bestonden omtrent de relevante markten in 1997.

103. Vervolgens moet naar beste vermogen worden getoetst of deze zorgen nog kunnen worden geacht te bestaan op dit moment en in de komende periode en, tenslotte, of behoud of opheffing van de voorwaarden aan die zorgen tegemoet komt.

Immers, het behoud van voorwaarden, hoe terecht ook in het verleden opgelegd, moet in ieder geval gerechtvaardigd zijn in de huidige marktomstandigheden en op basis van de huidige inzichten van het mededingingsrecht.

Het belang om zich voor de beoordeling te plaatsen in de huidige feitelijke en juridische context, werd door het Hof van beroep niet tegengesproken, doch het Hof was van oordeel dat, in zoverre de beslissing van de Raad van 16 april 2007 daar in hoofdzaak op gebaseerd was, onvoldoende gemotiveerd was waarom de Raad vond dat de marktomstandigheden substantieel waren gewijzigd (ov. 97).

104. Tot slot merkt de Raad voorafgaandelijk nog het volgende op.

Bij de beoordeling van het verzoek van Kinopolis houdt de Raad rekening met alle elementen die haar feitelijk en juridisch zijn aangebracht door Kinopolis, door de auditeur en door de derden. Binnen het kader van de beleidsruimte en de appreciatiemarge die ze in dat kader heeft, spreekt voor zich dat de onderhavige beslissing met redenen wordt omkleed overeenkomstig de plicht die de Raad in dat verband als rechtscollege heeft. Uit de beslissing moet blijken, aldus het Hof van beroep, dat alle relevante feiten in de afweging zijn meewogen en dat ze in samenhang zijn bekeken en adequaat zijn beoordeeld (ov. 97). Deze plicht impliceert stellig niet dat elk argument dat voor haar is opgeworpen, meer bepaald door de derden, moet worden besproken en desgevallend zou moeten worden weerlegd (Brussel, 18 december 2007, Tele2, ov. 68; HvJEG 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony, zaak C-413/06 P, r.o. 166-167).

6.2. Marktstructuur, marktmacht en consumentenbelang

105. Voor de Raad is door Kinopolis en de auditeur, en ook door de derden, veel aandacht besteed aan de evolutie van het marktaandeel van Kinopolis sinds 1997 en ook aan de vraag of Kinopolis een machtspositie bekleedt.

106. De beslissing van 1997 ging bij het opleggen van de voorwaarden uit van het feit dat de groepen Bert en Claeys een gezamenlijke machtspositie bezaten die versterkt werd door de concentratie en dat daardoor de daadwerkelijke mededinging op de markt merkbaar werd belemmerd. Het bestaan van een machtspositie wordt door de beslissing niet gemotiveerd op basis van de daartoe geldende criteria. De Beslissing van 1997 ging er van uit dat Kinopolis een machtspositie bekleedde maar dit moet vooral gezien worden in het licht van de concentratiecontrole die het kader vormde van de beoordeling: het tot stand brengen of het versterken van een machtspositie was en is nog steeds het substantiële criterium bij de beoordeling van een concentratie.

107. Gelet op de aanpak die de Raad in de onderhavige zaak kiest en de aard en omvang van haar toezicht (hiervoor in nr. 94-104), behoeft zij thans niet te beoordelen of Kinopolis een machtspositie

bekleedt in de zin van artikel 3 of artikel 8, § 3 WBEM. Ook de auditeur is van oordeel dat een dergelijk oordeel in deze context niet onontbeerlijk is. De Raad moet ervoor waken het kader van deze zaak niet te buiten te gaan.

108. Afgezien van het feit dat de context van deze beslissing noch een beoordeling van een mogelijk misbruik van machtspositie is, noch een beoordeling in het kader van de concentratiecontrole, moet bovendien in herinnering worden gebracht dat de marktafbakening volgens de Raad lokaal moet gebeuren. Dit betekent dat het vaststellen of er sprake is van een machtspositie ook strikt genomen voor elk van de relevante markten zou dienen te gebeuren.

109. Op basis van de Beslissing van 1997 en het eindarrest van het Hof van beroep, komt het de Raad voor dat hij in een eerste beweging zijn beoordeling moet baseren op de concurrentiestructuur en de concurrentieverhoudingen op de relevante markten. Dit betekent dat niet alleen het marktaandeel van Kinopolis moet doorwegen maar met name de verhoudingen op de markt, het aantal en de positie van de concurrenten en de evolutie die in al die parameters kan worden gezien. In een tweede beweging zal de Raad echter deze bevindingen in verband met de marktstructuur dienen te toetsen en te nuanceren aan de hand van andere gegevens en in het licht van de na te streven objectieven van het mededingingsbeleid, alvorens tot een besluit te komen over het al dan niet verantwoord zijn van het handhaven of opheffen van de voorwaarden.

110. Op basis van de cijfers zoals die voor de Raad zijn aangebracht, blijkt dat Kinopolis ongetwijfeld marktleider is op de relevante markten (voor inkoop en vertoning van films) en daarop een sterke positie bekleedt, hetgeen niet noodzakelijk hoeft te betekenen dat een machtspositie in mededingingsrechtelijke zin is vastgesteld of dat er sprake is van een belemmering van de daadwerkelijke mededinging.

111. Het al dan niet bestaan van marktmacht in hoofde van Kinopolis is een gegeven bij de beoordeling door de Raad van de individuele voorwaarden zoals destijds door de Raad opgelegd. Echter, deze marktmacht is niet doorslaggevend in het oordeel van de Raad zoals zal blijken uit de bespreking van de verschillende voorwaarden hierna. Er zijn een reeks andere, aan Kinopolis externe factoren, die daarbij tevens een rol spelen.

112. Voor wat betreft de marktstructuur en de concurrentieverhoudingen op de markt, en de aanpak indachtig die hiervoor werd beschreven, gaat de Raad uit van de volgende kwantitatieve gegevens.

113. Ten eerste voor wat betreft het marktaandeel van Kinopolis, wordt rekening gehouden met de volgende gegevens uit het derde verslag van de auditeur die gebaseerd zijn op het bezoekersaantal:

Evolutie nationaal marktaandeel Kinopolis 1996-2008

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Marktaandeel Kinopolis in %	46,74	48,90	48,96	51,62	51,82	51,75	50,76	48,85	44,58	45,33	44,63	44,4	43,83

114. Op basis van de evolutie van het nationaal marktaandeel van Kinopolis stelt de Raad vast dat dit marktaandeel de eerste jaren na de concentratie is toegenomen tot ongeveer 52%. Vanaf 2001 is het marktaandeel beginnen dalen tot in 2005, toen er zich een zeer beperkte stijging heeft voorgedaan, om vanaf 2006 verder te dalen tot ongeveer 44%.

Met de auditeur dient te worden opgemerkt dat de opening van de nieuwe bioscoopcomplexen te Brugge en Oostende deze daling niet heeft kunnen tegenhouden.

115. Ten tweede wordt wat betreft de marktaandelen van de belangrijkste concurrenten van Kinopolis uitgegaan van de volgende gegevens die door FCB werden verstrekt. Omtrent de juistheid van de cijfers bestond heel wat discussie, onder meer omdat er correcties op toegepast zouden zijn. Alle betrokkenen lijken het er echter over eens te zijn dat er altijd een beperkte foutenmarge is bij de berekening van marktaandelen. Het gaat de Raad met name om de trends die van de cijfers kunnen worden afgeleid. Het cijfer voor 2008 geeft een onvolledig beeld aangezien het slechts gebaseerd is op de eerste 21 weken van het jaar.

Evolutie nationaal marktaandeel concurrenten van Kinopolis 1997-2008

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Kinopolis	49,00%	48,00%	47,00%	50,20%	51,30%	50,40%	48,85%	44,85%	45,33%	44,47%	44,4%	43,83%
UGC	8,70%	8,20%	8,00%	13,50%	13,70%	14,50%	15,11%	14,94%	14,44%	14,02%	13,53%	12,37%
Hanne	4,90%	5,00%	4,50%	6,90%	6,80%	6,10%	5,92%	5,92%	6,47%	6,63%	6,72%	7,90%
Multiscoop (Carpentier)		6,00%	8,00%	5,30%	5,30%	4,80%	4,74%	4,97%	5,21%	5,67%	5,81%	7,34%
Utopolis (tot 2003 Cinecity)	3,50%	3,00%	3,10%	3,10%	3,00%	2,90%	4,56%	4,93%	4,99%	4,90%	4,95%	4,25%
Rastelli	2,80%	3,00%	2,80%	2,80%	2,30%	2,10%	1,91%	1,92%	2,11%	2,01%	1,94%	1,62%
Van de Casseye (tot 2004 Senden)						2,60%	2,81%	4,24%	4,67%	5,63%	6,12%	5,69%
Acinacitta (50% Vanschel en 50% Van de Casseye)								2,38%	2,52%	2,72%	2,91%	3,57
Vanschel						2,10%	2,62%	0,72%	0,73%	0,73%	0,76%	0,95%

116. Uit dit overzicht blijkt dat de marktaandelen van een aantal van de belangrijkste concurrenten de laatste jaren niet aan dezelfde tendens als Kinopolis onderhevig zijn. Terwijl het marktaandeel van Kinopolis vanaf 2001 is begonnen afnemen en de laatste jaren stabiel is gebleven, zijn de marktaandelen van een aantal concurrenten, zoals de groep Van de Casseye, Multiscoop en Hanne, aanvankelijk ook gedaald, maar valt vanaf 2004 opnieuw een stijging van hun marktaandeel waar te nemen. Deze stijging valt onder meer te verklaren door een beperkte consolidatie in de markt en door de oprichting van nieuwe of uitbreiding van bestaande bioscoopcomplexen. De groep Van de Casseye en de groep Vanschel bezitten samen, elk voor 50%, het bioscoopcomplex Acinapolis (Acinacitta). Indien het marktaandeel hiervan op gelijke voet zou worden toegerekend aan de beide eigenaars, zou blijken dat ook het marktaandeel van de groep Vanschel stabiel is gebleven en dat het marktaandeel van de groep Van de Casseye nog sterker is gestegen.

117. Doordat een aantal concurrenten van Kinopolis, zoals de groep Van de Casseye, UGC en Utopolis hun netwerk van bioscoopcomplexen de voorbije tien jaar hebben uitgebreid naar een groter aantal steden, hebben ze zich ook ontwikkeld tot nieuwe regionale concurrenten van

Kinepolis. In 2008 heeft UGC haar bioscoopcomplex te Louvain-La-Neuve definitief gesloten wat de daling van haar marktaandeel verklaart.

118. Uit het voorgaande onder IV. 1 is gebleken dat de Raad in deze zaak de zorgen of bekommernissen die ten grondslag lagen aan de Beslissing van 1997, moet toetsen aan de huidige feitelijke en juridische situatie. Anders gezegd, moet ze rekening houden met de marktstructuur zoals die bestaat en hoe die redelijkerwijze kan verondersteld worden te evolueren, alsmede met de inzichten en prioriteiten van het huidige mededingingsrecht.

119. Naast de kwantitatieve gegevens omtrent de marktaandelen van de spelers op de bioscoopmarkt, neemt de Raad in tweede beweging de volgende belangrijke elementen mee in zijn beoordeling.

120. Er zijn eerst en vooral een aantal toekomstige relevante evoluties met betrekking tot de marktstructuur- en omstandigheden die uitvoerig zijn toegelicht door de auditeur, Kinepolis en de derden.

Het gaat met name om de reeds vermelde digitale en driedimensionale projectie, het systeem van de "virtual print fee", de toegenomen zijdelingse concurrentiedruk door de opkomst van de DVD en homecinema-systemen, de verschuiving van de consumentenvoorkeur naar kleinere complexen dichter bij het stadscentrum of de uitgaansbuurt, nieuwe vormen van entertainment waarvoor cinemazalen kunnen gebruikt worden.

Hiervoor is gebleken dat uit deze tendenzen nog niet volgt dat de marktafbakening er ingrijpend door verandert maar desalniettemin zijn ze relevant.

Het is weliswaar niet altijd mogelijk om voor elk van deze tendensen de redelijk te verwachten gevolgen op het vlak van de mededinging nu reeds met zekerheid in te schatten en over de gevolgen die aan deze factoren moeten worden verbonden, is wel verschil van mening. Elkeen lijkt het er echter wel over eens dat deze factoren een rol spelen en dat de markt in evolutie en in beweging is. Dat is op zich een voor de Raad belangrijke vaststelling.

121. Ten tweede dient de Raad zich de vraag te stellen vanuit het belang van de consument, welk verwachtingspatroon reëel op basis van de huidige marktstructuur.

Hiervoor werd reeds vastgesteld dat Kinepolis over een zekere marktmacht beschikt. Over het algemeen wordt aangenomen dat marktmacht die samengaat met een grote concentratiegraad, falende marktwerking tot gevolg kan hebben die ertoe leidt dat consumenten een minder gunstig aanbod hebben aan minder gunstige voorwaarden. De vraag is echter of een dergelijk verwachtingspatroon ook in deze specifieke sector moet gelden.

122. Vooral is de Raad in dit verband echter van oordeel dat grote voorzichtigheid geboden is bij het beoordelen van de gevolgen van mogelijke marktmacht op de relevante (lokale) markten voor de consument.

123. Uit het dossier, onder meer de eerder geciteerde studie van Prof. Verboven en door hem geciteerde wetenschappelijke bronnen, leidt de Raad af dat de bioscoopmarkt gekenmerkt wordt door een relatief grote prijsstabiliteit die verband houdt met de relatief hoge prijselasticiteit van de vraag voor Kinepolis en de druk door de distributeurs vanwege het systeem van inkomstendeling tussen distributeurs en filmzaalexploitanten.

Het neerwaartse effect van toegenomen lokale mededinging op de prijzen van filmtickets dat zou kunnen worden verwacht, kan klaarblijkelijk in vraag worden gesteld, en het controleren van de eigendomsstructuur op lokale markten voor het vertonen van films (door middel van het tegengaan van concentraties) zou volgens de huidige inzichten geen of nauwelijks neerwaartse invloed hebben op de prijs. Filmzaalexploitanten met marktmacht kunnen tegenover distributeurs een incentive

hebben om hun winst te vergroten ten koste van de distributeurs door de ticketprijzen te drukken en meer bezoekers aan te trekken die meer winstgevende nevenproducten zoals bijvoorbeeld drank en snacks verbruiken en waarvan de inkomsten niet moeten gedeeld worden met de distributeurs. Op die wijze zou toegenomen concentratie zelf een neerwaarts effect op de prijzen kunnen hebben.

Door de auditeur is ook gesteld dat er na overnames in de bioscoopmarkt geen prijsverhogingen zijn vastgesteld en uit de cijfers die door partijen voor de Raad zijn aangebracht aangaande de door de verschillende exploitanten gerekende ticketprijzen, valt in ieder geval niet af te leiden dat er sprake zou zijn van prijsstijgingen. In het algemeen volgt daaruit dat er sprake is van weinig prijsconcurrentie.

124. De auditeur wijdt dit ondermeer aan de mogelijkheid van Kinopolis om een lagere gemiddelde rental fee te betalen aan de distributeurs. Daarnaast wijst hij op het feit dat Kinopolis andere kosten kan aanrekenen (beheersvergoeding voor aankoop ticketten via internet en automaten) en additionele inkomsten te genereren. De concurrenten van Kinopolis wijzen er op dat de marktmacht van Kinopolis juist blijkt uit de mogelijkheid die Kinopolis heeft om nieuwe diensten en additionele kosten aan te rekenen aan consumenten wat zou neerkomen op een eenzijdige prijsverhoging (ticket handling fee, kost voor zetelreservatie, toeslag voor digitale en 3D projectie). Er wordt echter geen enkel overtuigend bewijs aangevoerd waaruit zou blijken dat de concurrenten van Kinopolis hiertoe niet zouden in staat zijn, dat deze diensten niet door de consument gevraagd zouden worden of dat de prijs ervan kennelijk niet met de kost ervan zou overeenstemmen.

125. Deze meer recente inzichten betekenen volgens de Raad dat niet zonder meer als vaststaand en zeker aangenomen kan worden dat de (lokale) marktmacht van een cinema-exploitant de consumentenbelangen (in casu door hogere ticketprijzen) zou schaden en dat de bescherming van zwakkere (eventueel minder efficiënte) concurrenten ook automatisch goed is voor de consumenten.

Anders gezegd, is het niet evident om vertrekkende vanuit het consumentenbelang aan Kinopolis ingrijpende en quasi-permanente groeibeperkingen op te leggen wanneer de marktomstandigheden, los van de opgelegde voorwaarden, er naar alle waarschijnlijkheid reeds voor zorgen dat Kinopolis zijn marktmacht niet kan uitspelen op het vlak van de ticketprijzen.

126. Ten derde, moeten er vraagtekens geplaatst worden bij de vermeende positieve gevolgen van de inperking van de expansie van Kinopolis op de kwaliteit van haar aanbod of van de innovatie. Er lijken geen ernstige aanduidingen te zijn dat Kinopolis haar marktmacht zou misbruiken ten nadele van de consumenten door de verminderde kwaliteit van het filmaanbod of tragere innovatie. Door het beperkte belang van de prijsconcurrentie in de sector is het meer waarschijnlijk dat alle marktspelers, waaronder Kinopolis, hun aanbod op het gebied van films, nevenproducten en infrastructuur zoveel mogelijk proberen te optimaliseren en zodoende om marktaandeel strijden. Dit wordt tevens door de auditeur in zijn derde verslag erkend.

127. Ten vierde wijzen de auditeur en de concurrenten nog op de aankoopmacht van Kinopolis tegenover de distributeurs, op de verticale integratie van Kinopolis in de distributie van films via KFD en het toegenomen marktaandeel van KFD als elementen die de marktmacht van Kinopolis versterken.

Dat KFD zich profileert als marktleider voor de Vlaamse film valt moeilijk te ontkennen en is ontegensprekelijk een element dat bijdraagt tot de marktmacht van Kinopolis. Om de hierboven beschreven redenen is het echter niet evident dat een eventueel toegenomen marktmacht van Kinopolis op de aankoopmarkt van films of de verticale integratie van Kinopolis naar de distributie toe via KFD noodzakelijk of waarschijnlijk negatieve gevolgen hebben voor de consumenten. Integendeel zou een grotere marktmacht van Kinopolis tegenover de distributeurs een dalende tendens van de ticketprijzen kunnen meebrengen gezien de in bovenvermelde studie gesignaleerde

incentive die exploitanten daartoe hebben. Dat dit niet gebeurt wijst naar het oordeel van de Raad op de reële marktmacht van de distributeurs die die van Kinopolis vooralsnog in evenwicht houdt.

128. Ook op het vlak van de consumentenvoorkeuren toont de auditeur tenslotte aan dat Kinopolis door haar modern zalenpark een duidelijk concurrentievoordeel geniet. Dit argument kan echter bezwaarlijk aangevoerd worden om aan te tonen dat Kinopolis haar marktmacht ten nadele van de consumenten uitspeelt. Het beantwoorden aan de consumentenvoorkeuren zou juist een investeringsprikkel voor de concurrenten moeten uitmaken.

129. In de nr. 120 tot 128 worden elementen opgesomd die de Raad relevant acht voor haar beoordeling vanuit het oogpunt van het consumentenbelang en die ze naar beste vermogen afleidt uit de voor haar gebrachte feitelijke en economische argumenten.

In dat kader wordt nog opgemerkt dat de vraag gesteld kan worden waarom noch de derden noch de auditeur een economische studie hebben uitgevoerd om, voor zover ze dat zouden willen, de studie van Prof. Verboven tegen te spreken. De Raad heeft geen kennis genomen van overtuigende argumenten in dat verband. Het is van groot belang dat de auditeur, na de terugverwijzing door het Hof van beroep naar de Raad, thans de inhoud van de studie ook niet meer bekritiseert, wel integendeel (zie hiervoor nr. 38-53).

VII. De eerste en de tweede voorwaarde in de Beslissing van 1997

130. In de onderhavige beslissing worden de eerste en de tweede voorwaarde in hetzelfde onderdeel behandeld omdat deze voor de Raad in verband staan met elkaar.

131. De eerste en tweede voorwaarde luiden als volgt:

“1. De groep die uit de concentratie ontstaat zal:

a. geen exclusiviteit eisen van of vragen aan filmdistributeurs wat betreft het toewijzen van films ten aanzien van andere exploitanten van bioscopen;

b. de films die de groep zelf distribueert niet voorbehouden voor eigen zalen;

c. geen prioriteitsrecht – d.i. het recht dat de film eerst gedurende enige tijd in hun zalen speelt vóór de film voor anderen ter beschikking wordt gesteld – eisen van of vragen aan filmverdelers inzake het toewijzen van films aan andere exploitanten of prioriteitsrechten bekomen over films die de groep zelf verdeelt;

d. geen aanzienlijk betere promotie voeren voor films die de groep verdeelt, noch op onredelijke wijze meer gunstige criteria eisen voor deze producten inzake programmatie, looptijd of zaalkeuze, noch de films die de groep distribueert anderszins op onredelijke wijze bevoordelen;

2. Binnen een termijn van één jaar vanaf heden zal een einde worden gesteld aan de bestaande overeenkomsten met onafhankelijke zaaluitbaters wat betreft de programmatie en zullen de ondernemingen die deel uitmaken van de groep geen nieuwe akkoorden sluiten met onafhankelijke zaaluitbaters wat betreft programmatie.”

132. Uit de Beslissing van 1997 blijkt dat de eerste voorwaarde door de aanmeldende partijen zelf als verbintenis is voorgesteld.

133. De Raad ging er klaarblijkelijk vanuit dat deze voorwaarde noodzakelijk was om een vergelijkbare mededinging tussen de verschillende bioscoopuitbaters te garanderen en beoogde in het bijzonder een gelijke behandeling op het vlak van de distributievoorzaken van films te waarborgen voor alle bioscoopexploitanten.

134. De Raad vreesde destijds dat de distributeurs afhankelijk zouden worden van Kinopolis. Bijgevolg was de Raad er op basis van de stukken in het dossier en in het licht van zijn prospectieve analyse, van overtuigd dat Kinopolis op eigen verzoek in staat zou zijn exclusiviteit te bekomen van de filmdistributeurs wat een negatieve impact zou hebben op de mededinging en aanleiding kon geven tot een verschraving van het filmaanbod in het nadeel van de consument. Dit risico zou vooral reëel geweest zijn in situaties waar een distributeur slechts een beperkt aantal kopieën van een film beschikbaar maakt en er een duidelijke economische rechtvaardiging bestaat om deze niet aan alle exploitanten te verstrekken die erom vragen.

135. Uit de overwegingen van de beslissing van 1997 kan worden afgeleid dat de Raad de tweede voorwaarde noodzakelijk achtte om te beletten dat de concurrentiekracht van Kinopolis nog zou toenemen als gevolg van overeenkomsten met onafhankelijke bioscoopuitbaters inzake hun programmatie.

136. Deze tweede voorwaarde hangt nauw samen met de eerste voorwaarde. De eerste voorwaarde diende ervoor te zorgen dat Kinopolis qua filmaanbod geen exclusiviteit verkrijgt van de distributeurs zodat zij dezelfde films ook aan haar lokale concurrenten blijven verdelen en zij onderling op het gebied van het filmaanbod kunnen blijven concurreren. Zoals de auditeur opmerkt zou het risico dat de distributeurs afhankelijk zouden worden van Kinopolis nog kunnen toenemen indien op basis van afspraken tussen Kinopolis en haar concurrenten onderling wordt bepaald wie welke film zal programmeren. Op die manier zouden aan de filmdistributeurs bijkomende afzetmogelijkheden kunnen worden ontzegd en de aankoopmacht van Kinopolis ten aanzien van de distributeurs kunnen toenemen. Daarnaast kan met de tweede voorwaarde worden vermeden dat Kinopolis het verbod van exclusiviteit zou omzeilen door op lokaal vlak overeenkomsten te sluiten met haar concurrenten waardoor zij niet langer onderling zouden concurreren voor de aankoop van dezelfde films en dus de onderlinge mededinging op basis van hun filmaanbod zouden uitschakelen. Tussen concurrerende bioscopen vormt het filmaanbod immers één van de belangrijke factoren in de strijd om de bioscoopbezoeker.

137. Uit het dossier en met name het tweede verslag van de auditeur, blijkt dat de naleving van de eerste voorwaarde voor de periode 2001-2004 is onderzocht. Dit onderzoek heeft echter geen aanleiding gegeven tot de opening van een ambtshalve onderzoek. Er wordt in het verslag ook geen melding gemaakt van enige klacht die zou zijn ingediend wegens schending van deze voorwaarde.

138. Door derden, meer bepaald Utopolis, worden voorbeelden uit het recente verleden aangehaald van mogelijke inbreuken op de naleving van deze voorwaarde, maar bij gebrek aan een klacht ter zake zijn deze beweringen nooit op hun juistheid onderzocht, of althans hebben de concurrenten niet kunnen aantonen dat deze voorbeelden bij de mededingingsautoriteit of bij de rechter werden aangekaart.

139. De Raad meent te kunnen vaststellen dat de vrees voor de afhankelijkheid van de distributeurs ten aanzien van Kinopolis, die uit de beslissing van 1997 blijkt, niet is uitgekomen. De Raad baseert zich daarvoor op gegevens die zich in het oorspronkelijke onderzoeksdossier bevinden en op meer recente informatie uit het bijkomend onderzoek en andere stukken die bij de Raad zijn ingediend in het kader van de verdere afhandeling van het verzoek van Kinopolis.

140. Uit de stukken blijkt in de eerste plaats dat het marktaandeel van de grote distributeurs de voorbije periode is afgenomen van 85% tot minder dan 70%.

Volgens de Raad resulteert een daling in het marktaandeel van de grote filmdistributeurs op zich niet noodzakelijk en automatisch in een afhankelijkheid van Kinopolis. Zoals Kinopolis aanvoert, kan dit wijzen op een minder succesvolle output gedurende de voorbije jaren en op een toegenomen concurrentie van de onafhankelijke distributeurs. Ook de toegenomen interesse van het publiek voor lokale producties en het daaraan gekoppelde succes vormt hier mogelijk een verklaring voor. Het is

immers hoofdzakelijk als gevolg hiervan dat het marktaandeel van KFD de laatste jaren is toegenomen.

141. Naast deze daling van het marktaandeel van de distributeurs dient de Raad ook andere elementen in overweging te nemen die uit het dossier en het bijkomend onderzoek blijken. Zo vermeldt het derde verslag een belangrijke consolidatiebeweging die begin 2008 heeft plaatsgevonden op deze stroomopwaartse markt en waarbij twee grote filmdistributeurs, 20th Century Fox en Warner Bros, besloten hebben hun films samen te verdelen. Deze entiteit zou daardoor marktleider worden met een marktaandeel van ongeveer 27%, ongeveer het dubbele van het marktaandeel van de overige grote distributeurs. Er kan bezwaarlijk van uitgegaan worden dat een distributeur van dergelijke omvang in een afhankelijkheidspositie verkeert of zal verkeren ten opzichte van Kinopolis.

142. Uit de stukken blijkt dat de tweede grootste filmdistributeur heeft verklaard dat het moeilijk zou zijn voor Kinopolis om op lange termijn onafhankelijk van zijn leveranciers te handelen aangezien Kinopolis zelf een constante behoefte heeft aan films voor vertoning in haar zalen waar KFD alleen niet kan aan tegemoet komen. Een kleinere filmdistributeur pleit zelfs voor de afschaffing van de voorwaarden net omdat bioscopen niet in staat zouden zijn om exclusiviteit te eisen van een distributeur.

143. Een aantal van de grote distributeurs pleiten voor het behoud van deze voorwaarde, maar dit betekent niet noodzakelijk dat zij daarom afhankelijk zijn van Kinopolis. In vele gevallen wordt het behoud van de eerste voorwaarde gerechtvaardigd op basis van de noodzaak om de concurrentie op de markt voor het vertonen van films in de bioscoop in stand te houden. Het risico bestaat dat deze voorwaarde de grote distributeurs op artificiële wijze kan beschermen tegen enige toelaatbare onderhandelingsmacht vanwege Kinopolis. Uit het dossier blijkt immers dat zij hun commerciële strategie, waaronder de keuze van de bioscoopzalen en het aantal kopieën, in alle onafhankelijkheid bepalen.

144. De vrees van de Raad voor een ongelijke behandeling van de met Kinopolis concurrerende bioscopen op het vlak van de distributievoorwaarden en de vershraling van het filmaanbod, blijft in zekere mate wel nog relevant. In tegenstelling tot Kinopolis, zijn haar concurrenten immers voornamelijk regionale spelers die geen even uitgebreid, geografisch verspreid zalenpark kunnen aanbieden. Daardoor bevinden zij zich noodzakelijkerwijs in een minder gunstige positie ten opzichte van de (grote) filmdistributeurs en Kinopolis.

145. Gedurende de voorbije elf jaar hebben de concurrenten van Kinopolis in principe van deze bescherming tegen ongelijke distributievoorwaarden kunnen genieten.

Tezelfdertijd gold voor Kinopolis ook een groeibeperking. Daardoor moet er vanuit gegaan worden dat de toenmalige concurrenten van Kinopolis zich verder hebben kunnen ontwikkelen tot regionale spelers en zich kunnen wapenen tegen de concurrentie van Kinopolis.

146. Uit de Beslissing van 1997 blijkt dat de Raad het risico voor ongelijke distributievoorwaarden vooral reëel achtte in situaties waar een distributeur slechts een beperkt aantal kopieën van een film beschikbaar maakt en er bijgevolg een duidelijke economische rechtvaardiging bestaat om deze niet aan andere exploitanten te verstrekken.

147. In de toekomst zal het als gevolg van de digitalisering van de filmvertoning voor de distributeurs alleszins mogelijk zijn om films zonder meerkost een ruime verspreiding te geven. De digitalisering van de filmvertoning maakt het technisch immers mogelijk om een film onbeperkt te verdelen en dit zonder bijkomende kosten. Indien filmdistributeurs er in die omstandigheden toch zouden voor opteren om hun films slechts aan een beperkt aantal bioscopen te verdelen, is dit niet te wijten aan het beperkt aantal kopieën noch aan de kostprijs ervan.

148. Uit de stukken blijkt dat nu reeds een aantal bioscopen met digitale projectoren zijn uitgerust. Naast zalen van Kinopolis betreft het ook een aantal zalen van concurrenten van Kinopolis zoals onder meer Utopolis en Multiscope.

De verspreiding van digitale projectie in de Belgische bioscopen zal in de nabije toekomst nog verder toenemen. Uit het derde verslag van de auditeur blijkt immers dat het systeem van 'virtual print fee', waarbij de grote filmstudio's een deel van de kost voor de digitalisering op zich zullen nemen, ook ingang zal vinden in Europa. De filmindustrie is bereid hier financieel aan bij te dragen omdat de digitalisering voor hen een kostenbesparing betekent aangezien zij geen argentische kopieën meer zullen moeten maken en verdelen.

Uit het dossier blijkt, en dit werd ter zitting bevestigd, dat in België al twee ondernemingen actief zijn die dit systeem aanbieden. In dat verband heeft Kinopolis ook de stelling ontkracht dat vooral de grote bioscoopexploitanten, zoals zichzelf, daarvan zullen profiteren door ter zitting te verklaren dat ze geen gebruik zal maken van het op dit ogenblik aangeboden systeem van virtual print fee. De kansen voor haar concurrenten om van dit systeem gebruik te maken voor de digitalisering van hun zalen/bioscopen nemen hiermee toe, wat door hen ter zitting niet is weerlegd.

149. Over de digitalisering merkt de Raad tenslotte nog het volgende op. Sommige concurrenten lijken hun beklag te doen over het feit dat Kinopolis als marktleider hen dwingt tot grote investeringen, onder meer in het kader van de digitalisering. Nochtans lijkt iedereen het erover eens dat dit een innovatieve ontwikkeling is in het belang van de consument. Niet alleen het toenemend gewicht dat gegeven wordt aan het belang van de consument kenmerkt het huidige mededingingsrecht maar ook de aandacht voor innovatie. De prikkels tot innovatie en prijsconcurrentie vrijwaren in het uiteindelijke belang van de consument, moet leidinggevend zijn voor het optreden van de Raad.

150. De Raad stelt verder vast dat het risico niet helemaal valt uit te sluiten dat Kinopolis door middel van programmatieakkoorden met onafhankelijke bioscopen haar marktmacht zou versterken en de mededinging op de lokale markt kan beperken. Tussen concurrerende bioscopen vormt het filmaanbod immers één van de belangrijke factoren in de strijd om de bioscoopbezoeker.

151. Dit gevaar lijkt voornamelijk nog denkbaar voor lokale markten waar Kinopolis concurreert met kleine bioscopen zonder enige marktmacht. Indien Kinopolis via overeenkomsten inzake de programmatie de keuzevrijheid van deze onafhankelijke bioscopen bij het bepalen van hun filmaanbod zou kunnen beperken, komt dit de mededinging op de markt en finaal de diversiteit in het aanbod voor de consument niet ten goede.

152. In tegenstelling tot wat Kinopolis aanvoert, is deze voorwaarde niet in strijd met de WBEM. Net zoals ten tijde van de Beslissing van 1997, bevat de WBEM geen bepaling die de Raad verbiedt om dergelijke voorwaarde op te leggen. De gewijzigde aanpak in het kader van artikel 2 WBEM heeft geen invloed op de geldigheid van voorwaarden die voordien in het kader van de goedkeuring van een concentratie werden opgelegd.

153. Het relatief belangrijke marktaandeel van Kinopolis maakt dat deze onderneming wellicht over een sterkere onderhandelingspositie beschikt ten aanzien van klanten, concurrenten en leveranciers doch dat is eigen aan het functioneren van de vrije markt. Het toezicht van de Raad op de naleving van de regels inzake vrije mededinging kan er als zodanig niet op gericht zijn marktmacht aan banden te leggen, bij gebreke van een inbreuk op de artikelen 2 of 3 WBEM of buiten het kader van een concrete concentratie die moet worden beoordeeld.

154. Het kan onmogelijk de bedoeling zijn dat verbintenissen die in het kader van een concentratiebeslissing werden opgelegd zoals de eerste voorwaarde, gedurende een zeer lange periode worden opgelegd aan de betrokken partijen om (gerechtvaardigde) verschillen in

behandeling van afnemers te blijven corrigeren in afwezigheid van reële afhankelijkheid van de distributeurs ten aanzien van Kinopolis.

155. Het behoud van beide voorwaarden gedurende een overgangperiode moet toelaten dat de concurrenten zich aanpassen aan een nieuwe situatie en dat ze nauwkeurig op de naleving van voornamelijk de eerste voorwaarde toezien. Wat echter vooral doorslaggevend is voor de Raad om deze voorwaarde nog enige tijd te behouden is het belang van de consument dat nu nog meer prominent in rekenschap moet worden genomen dan dat het geval was in 1997.

Gelet op de ontwikkelingen met betrekking tot de distributie van films die reeds hebben plaatsgevonden en kunnen worden verwacht met name in verband met de digitalisering van de filmvertoning in de komende periode lijkt een behoud voor beperkte periode redelijkerwijze voldoende om toegang tot een ruim aanbod van films voor de concurrenten en de consumenten te verzekeren in een dergelijke overgangperiode.

156. De Raad is op basis van het voorgaande van oordeel dat de eerste en tweede voorwaarde in hun geheel nog dienen te worden behouden voor een beperkte periode die afloopt in de tijd (zie verder onder X).

VIII. De derde voorwaarde

157. De derde voorwaarde bepaalt:

“3. De aanmeldende partijen zullen van de gewestelijke investeringsmaatschappij die bij de concentratie betrokken is, niet vragen noch bekomen dat zij niet participeert in of steun geeft aan andere ondernemingen die met de groep een concurrerende activiteit uitoefenen.”

158. Uit de Beslissing van 1997 blijkt dat de Raad van oordeel was dat het exclusiviteitsbeding dat in de oorspronkelijke samenwerkingsovereenkomst, waar de GIMV partij bij was, werd opgenomen een onverantwoorde beperking vormde die niet onmisbaar was voor het bereiken van het doel van de concentratie.

159. Zowel Kinopolis, de auditeur als de derden, zijn het er intussen over eens dat deze voorwaarde zonder voorwerp is geworden en daarom niet behouden dient te blijven. De GIMV is immers geen referentieaandeelhouder meer van Kinopolis.

160. De Raad is bijgevolg van oordeel dat deze voorwaarde kan worden opgeheven.

IX. De vierde voorwaarde

161. Het gaat om de voorwaarde die als volgt door de Raad is geformuleerd:

“4. De groep die uit de concentratie ontstaat zal geen nieuw één-of-meer zalencomplex oprichten of overnemen noch een bestaand complex uitbreiden, renoveren of vervangen zonder de voorafgaande instemming van de Raad voor de Mededinging.

Deze voorwaarden van voorafgaande instemming van de Raad geldt niet bij een uitbreiding, renovatie van een bestaand complex, of vervanging van een bestaand complex door een ander complex, indien dit tot gevolg heeft dat het aantal zetels of zalen van het betrokken complex stijgt met minder dan 20% gedurende de termijn bepaald in punt 5 van dit beschikkend gedeelte.

De Raad zal op een verzoek tot instemming een beslissing nemen binnen de termijnen zoals deze thans gelden voor het concentratietoezicht na de partijen te hebben gehoord. Bij ontstentenis van beslissing binnen deze termijnen zal de Raad geacht worden met het verzoek in te stemmen.”

9.1. Beoordeling van het verzoek tot opheffing van de voorwaarde

162. Met betrekking tot deze specifieke voorwaarde, stelt de Beslissing van 1997 allereerst dat de aanmeldende partijen de voorwaarde zelf als verbintenis hadden aangeboden.

Ten aanzien van de verbintenis die door de aanmeldende partijen werd aangeboden, dient te worden bedacht dat de drempels voor de concentratiecontrole ten tijde van de Beslissing van 1997 aanzienlijk lager waren, waardoor Kinapolis waarschijnlijk toch de transacties die vielen binnen het toepassingsgebied van de vierde voorwaarde, had moeten aanmelden bij de Raad. Van een grote toegeving door Kinapolis was dan ook geen sprake.

In die zin is volgens de Raad de wijziging van de aanmeldingsdrempels (verhoging) die ondertussen is doorgevoerd, relevant. Niet omdat daardoor deze voorwaarde niet meer geldig zou zijn, zoals Kinapolis heeft aangevoerd, maar omdat in de huidige situatie de vierde voorwaarde veel meer dan in 1997, te beschouwen is als een last voor Kinapolis die niet zonder meer ook uit de wet volgt.

163. Volgens de Raad in 1997 was de voorwaarde onmisbaar om ondanks de concentratie een daadwerkelijke concurrentie op de Belgische betrokken markt te handhaven. De voorwaarde moest de bedreiging van de verdere groei van de groep op de Belgische markt tegenhouden, voor zover zou vaststaan dat een uitbreiding van het zalenpark van de groep in België de daadwerkelijke mededinging belemmert, en hierdoor betere mededingingsvoorwaarden creëert voor de andere zaalexploitanten.

164. Uit deze motivering zijn een aantal uitgangspunten af te leiden:

- de voorwaarde zou ertoe moeten leiden dat de verdere groei van de groep op de Belgische markt wordt tegen gehouden als ze bedreigend is;
- de groei van de groep is bedreigend wanneer vaststaat dat een uitbreiding van het zalenpark van de groep in België de daadwerkelijke mededinging belemmert;
- de voorwaarde zou voor de andere zaalexploitanten betere mededingingsvoorwaarden moeten creëren.

De Raad leidt hieruit af dat het instellen van de procedure van voorafgaande instemming dan als doel heeft om toe te laten aan de Raad om de eerste twee genoemde elementen te toetsen, hetgeen moet leiden tot een resultaat dat overeenstemt met het derde element.

165. Deze voorwaarde leidde in de afgelopen periode tot de volgende toepassingen. In 2000 oordeelde de Raad dat Kinapolis geen instemming diende te bekomen voor de overname van het complex Imagibraine ter vervanging van het geplande complex te Brugge. De Raad kwam in 2004 tot dezelfde conclusie voor de oprichting van een nieuw bioscoopcomplex te Brugge ter vervanging van een complex te Kortrijk en te Luik en voor de uitbreiding van haar complex te Leuven. In 2005 besliste de Raad dat de oprichting van een nieuw bioscoopcomplex te Oostende niet onderworpen was aan voorafgaande instemming. Tenslotte bevestigde de Raad in 2008 dat ook de vervanging van het Palace complex te Luik door een nieuw complex te Mediacité in dezelfde stad, niet onderhevig was aan voorafgaande instemming van de Raad. In deze vier gevallen kon Kinapolis zich telkens beroepen op de tweede paragraaf van de vierde voorwaarde waarbij deze laatste de mogelijkheid wordt geboden om zonder voorafgaande instemming een bestaand complex uit te breiden, te renoveren of te vervangen door een ander complex op voorwaarde dat het aantal zalen of zetels met minder dan 20% toeneemt.

166. Uit de weergave in nr. 164 hiervoor kan duidelijk worden afgeleid dat de Raad in 1997 in de groei van Kinapolis een mogelijke bedreiging zag, doch slechts in de hypothese dat de daadwerkelijke mededinging belemmerd zou worden door de uitbreiding van het zalenpark.

Ook hier leert de nauwkeurige analyse van de Beslissing van 1997 dat de Raad groei van Kinopolis als zodanig, of uitbreiding van het zalenpark als zodanig, niet als problematisch zag. De bedoeling was om een toezicht te organiseren om te vermijden dat er een aantasting van de mededinging zou plaatsvinden. Tot die conclusie is de Raad in de afgelopen periode nooit gekomen.

167. Uit de cijfers opgenomen in de Beslissing van 1997 blijkt ook dat de concentratie zondermeer een grote speler op de markt creëerde in de Belgische bioscoopsector na een periode die al gekenmerkt werd door een belangrijke groei van de groep Bert en Claeys en terwijl er aan de kant van de concurrenten een versnipperd beeld was met een aanzienlijke kloof tussen de nieuw te creëren groep en de eerstvolgende concurrent.

168. Vanuit dat oogpunt kan begrepen worden dat het de zorg was van de Raad dat de concurrenten zich zouden kunnen handhaven na de concentratie.

169. Het lijkt de Raad in ieder geval duidelijk dat het marktaandeel van Kinopolis alleszins niet wezenlijk is gegroeid en dat de afstand tussen Kinopolis en de concurrenten verkleind is in marktaandeel, zowel beschouwd in zetels als in toeschouwers, weze het niet substantieel. De markt is echter wel in beweging. Vanuit die optiek lijkt de doelstelling van de Raad in 1997 in de praktijk gedeeltelijk gerealiseerd.

Het is voor de Raad nagenoeg ondoenbaar na te gaan of de kloof tussen Kinopolis en de concurrenten nog minder groot of juist groter zou geweest zijn zonder het bestaan van deze voorwaarde.

Wat van belang is, is dat de concurrentie zich alleszins heeft gehandhaafd, dat de markt in beweging is, en dat er belangrijke ontwikkelingen zijn geweest binnen de groep van concurrenten. De groep Van de Casseye is toegetreten tot de markt en heeft de Eurocoop-groep in 2004 overgenomen, die zelf een nieuwe vestiging had geopend te Maasmechelen. Sindsdien heeft de groep Van de Casseye nog een nieuw complex geopend te Genk en is haar marktaandeel verder gestegen tot ongeveer 6% (zonder de participatie in Acinapolis mee te rekenen). Daarnaast heeft de groep Hanne nieuwe bioscopen geopend te Charleroi en Verviers. Ook Utopolis heeft een nieuw complex geopend te Turnhout en een complex overgenomen te Mechelen. In 2001 heeft UGC een nieuw complex geopend in Louvain-La-Neuve dat dit jaar om onduidelijke redenen werd gesloten. Tenslotte heeft Multiscope door de uitbreiding van haar complexen te Bergen en Doornik met een aantal extra zalen haar marktaandeel zien toenemen tot ongeveer 6%.

170. Voor zover de Raad dat kan beoordelen, blijkt ook dat sommige concurrenten verkiezen zich vooral te ontwikkelen op regionale of zelfs lokale markten, terwijl er anderen, en wellicht slechts maar één (UGC) ambiëren als speler een nationale positie op te bouwen. De Raad kon in 1997 onmogelijk voorzien op langere termijn hoe dit ging verlopen.

171. De vraag die de Raad zich thans stelt is of de doelstellingen van de Raad in 1997 pas echt gerealiseerd zouden zijn als de concurrenten een groter marktaandeel hadden of zich verder hadden geconcentreerd. De argumentatie van de derden in deze procedure lijkt daarop aan te sturen.

172. Er zijn echter geen indicaties welke concrete concurrentiestructuur de Raad destijds voor ogen had in haar Beslissing van 1997. Op basis van de huidige inzichten, lijkt het in het kader van het toezicht van een mededingingsautoriteit ook te verregaand om als doelstelling te hebben dat een welbepaalde concurrentiestructuur moet worden bereikt, want dat zou neerkomen op het reguleren van de markt of misschien zelfs nog verder gaan dan wat in het kader van marktregulering kan plaatsvinden.

173. De Raad beoogde mededingingsvoorwaarden te creëren waarin de concurrentie zich minstens kon handhaven. Thans is de Raad van oordeel dat deze doelstelling tenminste gedeeltelijk, is bereikt.

174. Dit gezegd zijnde, bestaat er bij de Raad ook anno 2008 nog steeds een zorg met betrekking tot de bioscoopmarkt in België. Deze zorg ligt in het verlengde van de zorgen die de Raad in 1997 had maar is genuanceerd op basis van hetgeen ondertussen kan worden vastgesteld in de markt en de nieuwe inzichten van de auditeur alsook de meer recente informatie waarover de Raad thans beschikt.

175. Het kan niet worden ontkend dat Kinopolis beschikt over een zekere marktmacht, voornamelijk door haar belangrijk marktaandeel wanneer dit op nationaal of lokaal niveau wordt bekeken.

176. De Raad stelt vast dat, in tegenstelling tot wat de Raad wellicht meende in 1997, er nog ruimte is voor groei op de Belgische markt, zij het wellicht in beperkte mate. Met name zijn er nog enkele regio's waar er nog ruimte lijkt te zijn voor nieuwe bioscoopcomplexen.

177. Hiervoor is vastgesteld dat de concurrentie voor de bioscooptoeschouwer zich op lokaal niveau afspeelt. De doelstellingen van de Beslissing indachtig, zou het voor de zogenaamde blinde vlekken, met name de regio's waar nog ruimte is voor uitbreiding of waar Kinopolis nog geen belangrijke speler is, van extra belang zijn dat de concurrenten daar op korte termijn kansen benutten om marktaandeel te verwerven.

Om die reden is behoud van de vierde voorwaarde voor wat betreft de oprichting en overname van nieuwe complexen door Kinopolis een mogelijkheid voor de Raad om een beperkt toezicht uit te oefenen.

178. Voor wat betreft de vervanging, volgt de Raad de stelling van de auditeur dat dit onderdeel van de voorwaarde kan vervallen. Vervanging van een bestaand complex door een ander complex leidt niet tot de uitschakeling van een bestaande concurrent of de oprichting van een bijkomende vestiging. Een bestaand complex wordt vervangen wanneer het niet langer voldoet aan onder meer de kwaliteits/comforteisen van de consument of zijn verwachtingen inzake bereikbaarheid. Bovendien geeft vervanging door een nieuw complex ook aanleiding tot innovatie en kwaliteitsverbetering wat ten goede komt aan de consument en de concurrentie tussen de bestaande bioscopen stimuleert.

Renovatie en uitbreiding liggen in dezelfde lijn en worden daarom door de auditeur op gelijkaardige wijze benaderd omwille van het positieve effect die de investeringen en de ermee gepaard gaande modernisering teweeg brengt voor de consument en omdat er geen bijkomende bioscoopcomplexen worden opgericht maar enkel extra zalen en/of zetels in een gevestigd complex.

Renovatie, uitbreiding en vervanging kunnen worden beschouwd als vormen van beheer en aanpassing van de bestaande infrastructuur aan de wijzigende omstandigheden en consumentenvoorkeur. Deze ingrepen zijn duidelijk te onderscheiden van de oprichting van een bijkomend of de overname van een concurrerend bioscoopcomplex waarbij de verdere groei van het aantal vestigingen van de onderneming centraal staat. Dit gaat gepaard met ofwel het verdwijnen van een concurrent of de overgang van de controle van een deel van zijn zalenpark ten voordele van Kinopolis ofwel het oprichten van een bijkomende vestiging door deze laatste zonder dat er een bestaand complex verdwijnt. In beide gevallen neemt het uitgebreide netwerk van bioscoopcomplexen en de eraan gekoppelde aankoopmacht van Kinopolis toe terwijl de marktmacht van de concurrenten in verhouding tot Kinopolis en mogelijk ook hun capaciteit daalt.

179. Uit de systematiek van de vierde voorwaarde kan ook worden afgeleid dat de Raad renovatie, uitbreiding en vervanging destijds al minder problematisch achtte. Ondanks de wens van de Raad om de groei van Kinopolis te beperken, vormde renovatie, uitbreiding en vervanging geen gevaar voor de mededinging. Enkel wanneer deze gepaard ging met een toename van het aantal zalen of zetels met meer dan 20% diende de transactie aan de Raad te worden voorgelegd. In het licht van de

vastgestelde trend naar kleinere en beter bereikbare complexen is het gevaar echter nog afgenomen dat renovatie, uitbreiding en vervanging gepaard zal gaan met aanzienlijke groei van het aantal zalen en/of zetels. Daarentegen is het risico reëel dat het behoud van dit onderdeel van de voorwaarde verdere innovatie en investeringen in bestaande bioscoopcomplexen afremt wat de mededinging op termijn en ultiem de consument niet ten goede komt.

180. Als Kinopolis verplicht wordt de bouw van nieuwe complexen en overname van bestaande complexen ter goedkeuring aan de Raad voor te leggen, kan de Raad nagaan of de geplande investering al dan niet zal leiden tot het innemen van een additionele lokale markt door Kinopolis, of er een realistische kans bestaat dat haar concurrenten een gelijkaardige investering zullen realiseren op de betrokken markt en of Kinopolis door haar marktmacht zich eventueel in gunstigere omstandigheden bevindt om bij voorrang schaarse vestigingsplaatsen en vereiste vergunningen te bekomen. De Raad zal desgevallend de voorgenomen investering of overname kunnen verbieden of voorwaarden aan haar eventuele goedkeuring verbinden die er toe strekken de gewenste pluraliteit van het cinema-aanbod op de betreffende markt te vrijwaren.

181. De Raad is van oordeel dat de vierde voorwaarde, voor wat betreft het oprichten en overnemen van bioscoopcomplexen moet worden behouden maar voor een beperkte periode die afloopt in de tijd zoals hierna verder zal worden toegelicht onder X.

Voor wat betreft de vierde voorwaarde, wordt hier meteen aangestipt dat het loutere bestaan van de huidige vierde voorwaarde op termijn concurrenten niet kan garanderen dat zij in de zogenaamde blinde vlekken of in de regio's waar nog ruimte is voor groei, effectief hun positie zullen versterken, als ze dat al willen. Er zijn ontegensprekelijk meerdere factoren die bepalen of er op een bepaalde site uiteindelijk een nieuwe bioscoop komt en wie die zal uitbaten.

9.2. Toepassingsmodaliteiten van de voorwaarde voor de resterende periode

182. Het lijkt nuttig allereerst te verduidelijken wat onder het begrip overnemen dient te worden verstaan. De Raad is van oordeel dat het aangewezen is voor de interpretatie van dat begrip de concentratiecontrole als uitgangspunt te nemen. Van overname in de zin van deze beslissing zal sprake zijn ingeval van het verkrijgen van zeggenschap in de zin van artikel 6, § 1, 2° WBEM.

183. Verder heeft de auditeur, daarin gesteund door enkele derden, de Raad verzocht te bepalen volgens welke modaliteiten de procedure van verzoek tot instemming moet plaatsvinden indien de Raad beslist deze te behouden.

184. Ook al is de betreffende procedure niet gelijk te stellen met de concentratiecontrole, kiest de Raad er voor de beperkte periode dat de voorwaarde nog geldt, voor om de analogie met de procedure voor concentratietoezicht te bestendigen en te verduidelijken op de hierna volgende wijze, hetgeen de rechtszekerheid van alle betrokkenen ten goede komt.

185. De Raad is van oordeel dat het verzoek door Kinopolis moet geschieden van zodra met voldoende zekerheid kan bepaald worden dat Kinopolis de intentie heeft tot oprichting of overname van een cinemacomplex, op een wijze analoog aan de aanmelding van een ontwerpovereenkomst in de zin van artikel 9 WBEM.

Het lijkt tevens aangewezen dat de Raad kennis kan nemen van een verslag van de auditeur waarop Kinopolis kan reageren en dat de auditeur samen met een onderzoeksdossier overmaakt aan de Raad.

186. De Raad is van oordeel dat de analogie met de termijnen van de concentratiecontrole die reeds voorzien was in de Beslissing van 1997, in het belang van alle partijen best een volledige dienovereenkomstige toepassing is van de bepalingen inzake concentratiecontrole, zodat

bijvoorbeeld ook artikel 58, § 3 WBEM van overeenkomstige toepassing is en dat de Raad, voor zover het verzoek ernstige twijfels oproept, een grondiger onderzoek noodzakelijk kan achten, naar analogie met artikel 58, § 2, eerste lid, 3° WBEM. Ook voor wat betreft de positie van de derden, is verkieslijk dat deze zaken worden behandeld in een kader voorzien door de geldende WBEM.

187. Het is echter niet opportuun om voor de praktische modaliteiten van het verzoek (het gebruik van het aanmeldingsformulier) ook te voorzien in strikte analogie met de concentratiecontrole. De hypothese van oprichting en van overname zijn al feitelijk zeer verschillend en het is verkieslijk dat het verzoek kan gebeuren in functie van de kenmerken van de zaak die Kinopolis voorlegt.

X. De geldingsduur van de voorwaarden

10.1. De mogelijke uitkomsten van de heroverweging van de Raad

188. De Beslissing van 1997 bepaalde dat de eerste tot en met de vierde voorwaarde zouden gelden voor een periode van tien jaar, die stilzwijgend wordt verlengd voor gelijke termijnen van tien jaar tenzij de Raad, op verzoek van partijen ingediend zes maanden voor het verstrijken van deze termijn, beslist de voorwaarden op te heffen.

De Raad voegde eraan toe dat zij zal worden geacht de voorwaarden te hebben opgeheven bij ontstentenis van een beslissing binnen de termijnen die thans gelden voor concentratietoezicht.

189. Hiervoor wordt onder IV.1. het laatstgenoemde onderdeel reeds besproken waar het gaat over de procedure die werd gevolgd voor de behandeling van het verzoek van Kinopolis en die leidde tot de onderhavige beslissing.

190. Zoals door het Hof van beroep bevestigd, heeft de Raad in 1997 klaarblijkelijk de bedoeling gehad dat de voorwaarden na de eerste periode van tien jaar niet zonder meer zouden aflopen, maar dat de aanmeldende partijen, thans Kinopolis, het initiatief moest nemen om opheffing te verzoeken.

191. De beslissing spreekt uitdrukkelijk en in neutrale bewoordingen over opheffing als mogelijk resultaat van de beoordeling van het verzoek van Kinopolis. Het gaat derhalve te ver om te veronderstellen dat de Raad destijds de lat hoog wilde leggen voor de heroverweging, in die mate alleszins dat er als het ware een vermoeden zou zijn dat de voorwaarden moesten blijven gelden, onbeperkt in de tijd.

192. Uit het feit dat de voorwaarden stilzwijgend werden verlengd kan een dergelijk vermoeden evenmin zonder meer worden afgeleid. Als de bedoeling van de Raad was dat de voorwaarden niet automatisch tot een einde zouden komen maar dat er een beoordelingsmoment door de Raad werd ingebouwd, is moeilijk in te zien hoe de modaliteiten anders konden worden geregeld dan door een systeem waarbij Kinopolis om opheffing moest verzoeken. In het toenmalige en ook in het huidige wettelijke kader, is het veel moeilijker te bewerkstelligen dat wordt voorzien door de Raad dat op een vast moment in de toekomst een marktsituatie of het gedrag van een bepaalde onderneming op het initiatief van de autoriteit zal worden onderzocht.

193. De Raad heeft dus, zoals ook bevestigd door het Hof van beroep, de opheffing van de voorwaarden niet willen uitsluiten maar vanuit haar zorgen omtrent de gevolgen van de concentratie die ze goedkeurde, willen voorzien dat de voorwaarden bleven bestaan tot als de Raad zelf deze voorwaarden weer aan een onderzoek onderwierp.

Er werd in de Beslissing van 1997 voorzien dat een verzoek tot opheffing alleen kon bij het verstrijken van de eerste tienjarige periode, maar er werd niets bepaald omtrent wat de uitkomst van een dergelijk onderzoek door de Raad kon zijn, afgezien van de hypothese van de opheffing, dewelke ook diegene is die door het Hof van beroep werd beoordeeld.

10.2. Het uitdovend karakter van de voorwaarden

194. Voor het nemen van de onderhavige beslissing moet de Raad, na terugverwijzing door het Hof van beroep voor de verdere afhandeling van het verzoek van Kinopolis, rekening houden met alle elementen die voor haar zijn aangedragen inclusief geactualiseerde gegevens omtrent de evolutie in de markt.

195. Uit het voorgaande is verder ook gebleken dat de auditeur op een aantal punten zijn zienswijze heeft aangepast ten opzichte van het oorspronkelijke verslag waarmee de Raad rekening hield bij het nemen van de beslissing van 16 april 2007 en waar ook het Hof zich op baseerde.

196. De Raad is van oordeel dat alles in ogenschouw nemend, er reden is om sommige van de voorwaarden, in gedeeltelijk gewijzigde vorm, te laten bestaan.

Echter, met dat oordeel is onlosmakelijk verbonden de overtuiging dat deze voorwaarden in beginsel moeten uitdoven, met andere woorden zonder dat nog moet worden voorzien dat een initiatief van Kinopolis daarvoor nodig is.

197. De Raad is de overtuiging toegedaan dat een deel van de vrees die de Raad had met betrekking tot de gevolgen op de mededinging van de concentratie, zich niet gematerialiseerd heeft en dat daardoor de zorgen die leefden bij de Raad in 1997 niet meer, of niet meer volledig, moeten worden geacht te bestaan.

Daarnaast is doorslaggevend dat het onzeker is of aan die zorgen kan worden tegemoet gekomen door het behoud van de voorwaarden op lange termijn en dat de afweging van de impact van de voorwaarden op basis van de huidige feitelijke en juridische context toch anders moet zijn dan in 1997.

198. Het moet worden erkend dat het opleggen van de voorwaarden zoals gebeurd in de Beslissing van 1997, een ingrijpende maatregel is vanwege een mededingingsautoriteit omdat zij de commerciële vrijheid van een onderneming aan banden legt.

199. Daar waar dergelijke maatregelen worden opgelegd als onontbeerlijke voorwaarden voor het goedkeuren van een concentratie waarvan ook de voordelen worden gezien, zijn zij begrijpelijk en beantwoorden ze aan het evenwicht dat moet worden gevonden tussen de bescherming van de vrije mededinging enerzijds en het niet ontmoedigen van expansie en innovatie anderzijds.

In dat geval is er ook een duidelijk verband tussen de concentratie die wordt onderworpen aan de preventieve concentratiecontrole en de voorwaarden die worden opgelegd. Hoe meer tijd er verstrijkt, hoe minder duidelijk dat verband bestaat.

Het is nu niet aan de Raad om een keuze te maken tussen gedragsmaatregelen of structurele maatregelen. Het is niet uitgesloten dat de Raad op basis van de huidige inzichten eerder zou gekozen hebben voor structurele maatregelen, maar thans moet de Raad zich zoals hiervoor beschreven, plaatsen in de beoordeling van het verzoek tot opheffing van de gedragsmaatregelen die door de Raad in de Beslissing van 1997 werden opgelegd.

200. Volgens de Raad wegen de gevolgen die werden verondersteld voort te vloeien uit de toepassing van de voorwaarden zoals opgelegd in de Beslissing van 1997 en de doelstellingen die zij dienden, nu minder op tegen het ingrijpende karakter van de maatregelen, althans voor zover ze zouden blijven gelden voor een nieuwe lange periode en stilzwijgend verlengd kunnen blijven worden.

201. Voor zowel de eerste, de tweede en de vierde voorwaarde geldt dat mag worden verondersteld dat zij een zekere bescherming boden aan de concurrenten van Kinopolis gedurende de afgelopen periode.

202. Aan de bescherming van de consument wordt in de Beslissing van 1997 niet uitdrukkelijk aandacht besteed, hetgeen mede verklaard kan worden door het feit dat het nastreven van de bescherming van de belangen van consumenten minder nadrukkelijk aanwezig was in het mededingingsrecht dan nu het geval is. In ieder geval zal de Raad destijds hebben willen bewerkstelligen dat de voorwaarden de concurrenten bescherming boden zodat daardoor voldoende aanbod en keuze voor de consument verzekerd was. Zo was de doelstelling tenminste onrechtstreeks om de belangen van consumenten te vrijwaren.

203. Anderszins valt in de Beslissing van 1997 op dat wel uitdrukkelijk rekening werd gehouden met de consumenten als overweging om te verantwoorden dat de bijdrage van de concentratie tot de economische en technische vooruitgang het won van de aantasting van de mededinging die eruit voortvloeit. Dat betekent dat de voordelen die voortvloeien uit de concentratie voor Kinopolis en haar geplande investeringen, werden gezien als voordelig voor de consumenten.

204. Het is thans niet meer vanzelfsprekend dat het behoud van de voorwaarden voor een lange periode nog gerechtvaardigd is vanuit de optiek van de bescherming van de concurrenten, noch vanuit het consumentenbelang. De Raad baseert dit oordeel vooral op de in de nrs. 121-128 hiervoor genoemde inzichten. Het is niet vanzelfsprekend dat het schadelijk is voor de consument dat marktmacht in hoofde van Kinopolis, als die al in een bepaalde relevante markt wordt vastgesteld, bestaat of zelfs vergroot zou worden door opheffing of verfijning van de voorwaarden.

205. Bij afwezigheid van doorslaggevend bewijs van het voordeel voor de consument, ziet de Raad geen redelijke verantwoording om te blijven streven naar een bepaalde door de concurrenten van Kinopolis gunstig geachte marktstructuur, temeer wanneer zoals aangegeven het onwaarschijnlijk is dat de bestaande voorwaarden tot de creatie van een groep met een gelijkaardige spreiding als Kinopolis zal leiden gezien de grote mate van marktverzadiging en de reeds ingenomen posities. Enkel het structureel samengaan van op dit ogenblik nog onafhankelijke groepen of de overname van meerdere kleinere concurrenten door een derde groep zou hieraan kunnen remediëren.

206. Een dergelijk resultaat kan onmogelijk bereikt worden door het loutere voortbestaan van de voorwaarden. De Raad kan met haar beslissingen maar in beperkte mate de commerciële strategie van ondernemingen sturen. Als de zorg al was in 1997 en thans nog zou zijn, om te bekomen dat de concurrenten van een onderneming met marktmacht hun marktpositie kunnen handhaven of zelfs doen groeien, kan de Raad dergelijke ondernemingen niet verplichten om daarvan een prioriteit te maken. Ook dat is een relevant element waarmee in de afweging van de voorwaarden rekening moet worden gehouden.

207. Als door het enkele bestaan van de voorwaarden al een bescherming werd geboden aan de concurrenten, heeft dergelijke bescherming daarenboven ook een keerzijde. Immers, zij kan leiden tot een gebrek aan stimulansen voor de concurrenten om producten en diensten aan te bieden die daadwerkelijk concurreren met de marktleider en die innovatief zijn.

208. Ook al moet worden erkend in navolging van het Hof van beroep, zeker op basis van de laatste cijfers, dat het marktaandeel van Kinopolis niet echt aanzienlijk is gedaald, mag een dergelijke daling ook niet de doelstelling op zich zijn en was dat ook destijds, ondanks wat de concurrenten beweren, niet de doelstelling van de Raad. Belangrijk is wel om na te gaan of de vrees nog steeds moet bestaan dat er onvoldoende daadwerkelijke concurrenten zijn voor Kinopolis en, als ze al bestaan, of er van die concurrenten wel echte concurrentiedruk uitgaat.

209. Uit de voorgaande overwegingen inzake de marktafbakening (nr. 66 tot 93), de positie van de verschillende spelers op de markt (nr. 105 tot 111) en de bespreking van de verschillende voorwaarden, kan worden geconcludeerd dat redelijkerwijze aannemelijk is gemaakt dat de concurrentiestructuur van de markt is geëvolueerd en dat er sprake is van daadwerkelijke

concurrentiedruk voor Kinopolis, ook al blijft ze de grootste speler wanneer de markt op nationaal niveau wordt bekeken.

Wat echter duidelijker naar voren komt in deze fase van de procedure, mede dankzij de nieuwe inzichten van de auditeur, is dat de concurrentie zich lokaal afspeelt en dat er nu alleszins regio's zijn waar Kinopolis voor de gunst van de bioscoopbezoeker terdege rekening moet houden met haar concurrenten. Er zijn geen indicaties dat het marktleiderschap van Kinopolis, die koos voor nationale strategie, nog steeds op de langere termijn de vrees rechtvaardigt dat concurrenten zich niet kunnen handhaven.

210. Het mededingingsrecht is ook in zeer belangrijke mate geëvolueerd sinds 1997, onder meer met betrekking tot zogenaamde remedies of voorwaarden. Deze ontwikkelingen worden niet relevant geacht om te oordelen of de betreffende voorwaarden wel een goede keuze waren maar brengen de Raad er vooral toe om het behoud van de voorwaarden te beperken in de tijd.

Immers, op basis van de uitgebreide ervaring die de Commissie in het kader van haar concentratiecontrole heeft opgedaan met corrigerende maatregelen, blijkt dat zij in geval van horizontale fusies een duidelijke voorkeur geeft aan structurele maatregelen (Europese Commissie, Draft revised notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004). Gedragsmaatregelen worden door de Commissie slechts in uitzonderlijke omstandigheden aanvaard, met name in het geval van conglomerale fusies. Zij worden over het algemeen niet in staat geacht de mededingingsrechtelijke bezwaren als gevolg van horizontale overlappingsen te verhelpen.

211. Niettegenstaande het voorgaande hecht de Raad uiteraard belang aan pluraliteit van aanbieders op de nationale en lokale markten die normaal gezien de variëteit in het filmaanbod en in de cinema-infrastructuur ten goede zal komen. Consumenten zijn niet alleen gediend met lage prijzen en een optimale prijs-kwaliteit verhouding, met technologische vooruitgang en kwaliteitsverbetering, maar ook met een voldoende ruime keuzemogelijkheid waar het gaat over types van filmzalen en filmgenres.

Daarom kan de Raad een selectief en tijdelijk preventief ingrijpen in de concurrentievoorwaarden verantwoord worden wanneer redelijkerwijs kan verwacht worden dat daardoor een effectieve stimulans ontstaat die bepaalde marktperfectionen kan remediëren en op korte termijn leidt tot een merkbare verbetering in de diversiteit van het aanbod inzake films en filmvertoninginfrastructuur voor de consumenten. Om die reden werd in de onderhavige beslissing voor de eerste, de tweede en de vierde voorwaarde opgelegd in de Beslissing van 1997 vastgesteld dat behoud voor een beperkte tijd nog aangewezen lijkt.

212. De groeiende twijfels omtrent de effecten van die voorwaarden nopen echter tot beperking in de tijd.

213. Het verder bestaan van de voorwaarden voor een beperkte periode is als een overgangperiode te beschouwen waarin de concurrenten, alsdan na meer dan veertien jaar, voldoende gewapend moeten zijn om de concurrentie met Kinopolis aan te gaan.

214. Na afloop van die periode moet volgens de Raad de vrije markt in de bioscoopsector, zoals in alle andere economische sectoren waar vaak een afgetekende marktleider is maar toch concurrentiedruk uitgaat van de andere spelers, normaal kunnen functioneren. Er is geen indicatie dat de bioscoopmarkt dermate eigen kenmerken heeft dat zij moet worden onderworpen aan een quasi-permanent toezicht of gereguleerd op een wijze die eerder het ex ante toezicht door sectorregulators benadert.

215. Zelfs indien de huidige concurrentiestructuur al niet diegene zou zijn die de Raad destijds voor ogen had, dan nog kan en mag de Raad zich nu niet uitspreken over de maatregelen die wellicht

aangewezen waren geweest of deze alsnog proberen te bewerkstelligen door het behoud van deze voorwaarden op lange termijn.

216. De WBEM en de Europese mededingingsregels moeten na afloop van de periode van drie jaar in staat worden geacht om eventueel marktfalen dat in rechtstreeks causaal verband staat met de marktmacht van Kinopolis, te sanctioneren, zij het middels artikel 2 of 3 WBEM en/of de artikelen 81 of 82 EG-Verdrag.

Het Hof van beroep heeft niet willen uitsluiten dat met het bestaan van deze bepalingen rekening wordt gehouden in dit verband (ov. 76), zeker niet wanneer daar geen overwegende betekenis aan wordt gegeven maar het slechts één van de elementen is, in casu vooral bij de beoordeling van de duur van de voorwaarden.

Gezien de toegenomen slagkracht en marktkennis die de mededingingsautoriteit ondertussen in de betroffen sector heeft opgebouwd en gelet op de eerder door de Raad gesignaleerde grote markttransparantie en de scherpe verhoudingen in de sector mag redelijkerwijs verwacht worden dat zij in staat moet zijn onwettige gedragingen van Kinopolis effectief te beteugelen op een manier die ontradend werkt zonder dat een blijvend structureel en preventief toezicht nodig is.

217. De Raad baseert de duur van de beperkte periode van drie jaar op al de voorgaande overwegingen en is van oordeel, rekening houdend met haar beleidsmarge, dat de concurrenten in die periode van een uitgangspositie zullen genieten die hen in staat kan stellen potentieel rendabele projecten te ontwikkelen voor de oprichting van nieuwe bioscoopcomplexen, teneinde zich voldoende efficiënt te ontplooiën op de markten die nog niet verzadigd zijn.

XI. Conclusie en werking van de beslissing in de tijd

218. Door het behoud van de aangepaste voorwaarden maar ook het beperken in de tijd van de geldigheidsduur van de voorwaarden en de beëindiging van rechtswege, beoogt de Raad op basis van de huidige marktsituatie en de huidige inzichten in het mededingingsrecht, een evenwicht te bewerkstelligen tussen de commerciële vrijheid van Kinopolis enerzijds en de nood die er nog kan bestaan voor een zekere interventie op de relevante markt ter bescherming van de concurrentie en van de consument anderzijds.

De gronden op basis waarvan de Raad tot een genuanceerde wijziging van de inzichten die aan de basis lagen van de Beslissing van 1997 is gekomen, zijn in deze beslissing naar beste vermogen en rekening houdend met de appreciatiemarge en de beleidsruimte die de Raad heeft, uiteengezet (ov. 70 en 77 van het eindarrest van het Hof van beroep).

219. Deze beslissing heeft uitwerking vanaf de datum van haar kennisgeving.

220. Het Hof van beroep heeft zich niet uitgesproken over de gevolgen van haar rechtspraak in de tijd. Door alle betrokkenen is met name rechtsonzekerheid aan gevoeld met betrekking tot de terugwerkende kracht van het vernietigingsarrest en wat die impliceerde voor de verplichtingen van Kinopolis onder de oude Beslissing.

Voor zover het nog van belang is voor feiten die zich hebben voorgedaan voor de datum van deze beslissing, overweegt de Raad het volgende. Gelet op het feit dat het arrest van het Hof van beroep de eerdere beslissing van de Raad van 16 april 2007 eerst had geschorst op 23 augustus 2007 en vervolgens heeft vernietigd op 18 maart 2008, gaat de Raad ervan uit dat de voorwaarden voor Kinopolis zijn blijven gelden in hun oorspronkelijke vorm.

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

- I. Willigt het verzoek van Kinopolis Group NV en Kinopolis Filmdistributie NV in voor wat betreft de derde voorwaarde zoals neergelegd in Beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997 en bepaalt dat deze voorwaarde vanaf de datum van de kennisgeving van deze beslissing opgeheven is;
 - II. Wijst het verzoek van Kinopolis Group NV en Kinopolis Filmdistributie NV gedeeltelijk af voor wat betreft de eerste, de tweede voorwaarde, de vierde en de vijfde voorwaarde zoals neergelegd in Beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997, op de wijze zoals hierna onder III en IV bepaald;
 - III. Beslist dat Kinopolis Group NV of Kinopolis Filmdistributie NV:
 - 1) a. Geen exclusiviteit zal eisen van of vragen aan filmdistributeurs wat betreft het toewijzen van films ten aanzien van andere exploitanten van bioscopen;
 - b. De films die de groep zelf distribueert niet zal voorbehouden voor eigen zalen;
 - c. Geen prioriteitsrecht – d.i. het recht dat de film eerst gedurende enige tijd in hun zalen speelt vóór de film voor anderen ter beschikking wordt gesteld – zal eisen van of vragen aan filmverdelers inzake het toewijzen van films aan andere exploitanten of prioriteitsrechten zal bekomen over films die de groep zelf verdeelt;
 - d. Geen aanzienlijk betere promotie zal voeren voor films die de groep verdeelt, noch op onredelijke wijze meer gunstige criteria zal eisen voor deze producten inzake programmatie, looptijd of zaalkeuzen, noch de films die de groep distribueert anderszins op onredelijke wijze zal bevoordelen;
 - 2) Geen eventueel bestaande overeenkomsten met onafhankelijke zaaluitbaters wat betreft de programmatie zal handhaven noch nieuwe akkoorden zal sluiten met onafhankelijke zaaluitbaters wat betreft de programmatie.
 - 3) Geen nieuw één-of-meer zalencomplex zal oprichten of overnemen zonder de voorafgaande instemming van de Raad voor de Mededinging, volgens de modaliteiten neergelegd in de onderhavige beslissing.
- IV. Beslist dat de hiervoor in III genoemde voorwaarden zullen gelden voor een periode van drie jaar vanaf de datum van de kennisgeving van de onderhavige beslissing en dat ze na het verstrijken van deze periode van rechtswege ophouden te bestaan.

Aldus beslist op 1 oktober 2008 door de tiende kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit Laura Parret, kamervoorzitter, Jeroen Capiiau, voltijds raadslid en Eric Bodson, deeltijds raadslid.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt overeenkomstig artikel 67 WBEM aan Kinopolis, UGC, Utopolis, Multiscope, FCB en aan de Minister die de Economie onder zijn bevoegdheid heeft.