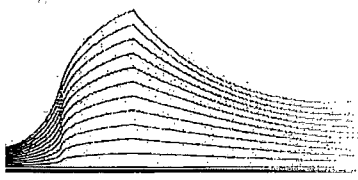


541
[Handwritten signature]



Repertoriumnummer 2018 / 9251
Datum van uitspraak 21 november 2018
Rolnummer 2018/MR/3

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op	op	op
€	€	€
BUR	BUR	BUR

**Hof van beroep
Brussel
Sectie Marktenhof**

19^{de} kamer A

Kamer voor marktzaken

Aangeboden op 27 NOV. 2018
Niet te registreren Rudy De Troch <i>[Handwritten signature]</i>

Arrest

492+dos

EUROSCOOP NV, met maatschappelijke zetel te Zetellaan (E) 74, 3630 Maasmechelen, België, met ondernemingsnummer 0422.108.960, rechtsgeldig vertegenwoordigd door de heer Luc Van De Casseye, in zijn hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder,

verzoekster,

vertegenwoordigd door Mr. Johan Ysewyn, advocaat te 1040 Brussel, Kunstlaan 44, bij wie woonstkeuze wordt gedaan ;

tegen

DE BELGISCHE MEDEDINGS AUTORITEIT, met maatschappelijke zetel te Vooruitgangstraat 50, 1210 Brussel, met ondernemingsnummer 0535.765.741, rechtsgeldig vertegenwoordigd door zijn Voorzitter op basis van artikel IV.20, §1, 4° WER,

vertegenwoordigd door Mr. RYELANDT Grégoire, advocaat te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7 ;

In aanwezigheid van:

KINEPOLIS GROUP N.V., vrijwillig tussenkomende partij, met maatschappelijke zetel te 1020 BRUSSEL, Eeuwfeestlaan 20,

vertegenwoordigd door Mr. WIJCKMANS Frank en Mr. DECLERCK Eline, advocaten te 1930 ZAVENTEM, Minervastraat 5 ;

1. Rechtsmacht van het hof:

Het hof put zijn rechtsmacht uit een verzoekschrift dat door EUROSCOOP NV op 12 juni 2018 werd neergelegd ter griffie van het hof en waarbij een beroep tot vernietiging wordt ingesteld tegen een beslissing (gekend onder nummer BMA-2018-C/C-12) van 26 april 2018 van het Mededingingscollege van de BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT (hierna "BMA").

Bij dit verzoekschrift verzoekt EUROSCOOP NV de bestreden beslissing te vernietigen en de BMA te veroordelen tot het betalen van de gerechtskosten.

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 19 juni 2018 is KINEPOLIS GROUP NV vrijwillig tussengekomen.

2. De bestreden beslissing :

De bestreden beslissing luidt als volgt:

"Beslist het Mededingingscollege bij toepassing van artikel IV.61, §2 WER:

1. Dat het verzoek door Kinopolis valt binnen het toepassingsgebied van Boek IV van het Wetboek van Economisch Recht als gevolg van de voorwaarden opgelegd door de Raad voor de Mededinging bij beslissing van 17 november 1997, zoals gewijzigd bij beslissing van 1 oktober 2008 en het arrest van het Hof van Beroep van 11 maart 2010;

2. Dat de Vierde Voorwaarde wordt opgeheven met ingang van twee jaar na de datum van onderhavige beslissing voor wat betreft de nieuwe oprichtingen door Kinopolis (organische groei). Deze Voorwaarde luidt dus als volgt vanaf 26 april 2020:

"De groep die uit de concentratie ontstaat zal geen één-of-meer-zalencomplex overnemen zonder de voorafgaande instemming van de Belgische Mededingingsautoriteit".

3. Dat de geldingsduur en andere modaliteiten ongewijzigd blijven voor de voorwaarden die worden behouden."

3. De vorderingen voor het Hof :

Bij syntheseconclusie neergelegd ter griffie van het Marktenhof op 31 augustus 2018 vordert EUROSLOOP NV :

“Het door middel van huidig verzoekschrift ingesteld beroep ontvankelijk te verklaren;

Het door middel van huidig verzoekschrift ingesteld beroep gegrond te verklaren;

Dienvolgens de beslissing van het Mededingingscollege van 26 april 2018 (gekend onder nummer BMA-2018-C/C-12) te vernietigen;

Verwerende partij tot de kosten te veroordelen, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding begroot op EUR 1.440, de kosten van het verzoekschrift en de rolrechten;”

Bij syntheseconclusie neergelegd ter griffie van het Marktenhof op 14 september 2018 vordert de BMA :

“- Te zeggen voor recht dat het beroep ontvankelijk doch ongegrond is;

- Verzoekers te veroordelen tot alle kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.440 EUR.”

Bij syntheseconclusie neergelegd ter griffie van het Marktenhof op 14 september 2018 vordert KINEPOLIS GROUP NV :

“- De vrijwillige tussenkomst van conluante in deze zaak ontvankelijk te verklaren;

- Het beroep van Eurosloop onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren;

en dienvolgens:

- De bestreden beslissing integraal te bevestigen.”

Partijen zijn akkoord dat alle conclusies als neergelegd conform de conclusiekalender moeten aangezien worden.

4. Met betrekking tot de voorgaanden :

4.1.

EUROSCOOP NV geeft volgend relaas:

I. FEITEN EN PROCEDURELE VOORGAANDEN

1. *Op 31 maart 2017 heeft Kinopolis een verzoekschrift ingediend bij het Auditoraat van de BMA tot opheffing van de Voorwaarden opgelegd door de Raad voor de Mededinging in beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997 (zie Stuk 2), zoals gewijzigd in het arrest 2008/MR/22-23-24 van het Hof van Beroep te Brussel van 11 maart 2010 (zie Stuk 3). De vierde voorwaarde luidde op het ogenblik van het verzoekschrift van Kinopolis als volgt: "De groep die uit de concentratie ontstaat, zal geen nieuw één-of-meer-zalencomplex oprichten of overnemen zonder de voorafgaande instemming van de Raad voor de Mededinging."*

A. DE OPRICHTINGSBESLISSING VAN DE RAAD VAN 1997

2. *Zoals werd uiteengezet in het gemotiveerd ontwerp van beslissing van het Auditoraat - zoals opgenomen in de Bestreden Beslissing (zie Stuk 1), keurde de Raad voor de Mededinging bij beslissing van 17 november 1997 nr. 1997-C/C-25 (zie Stuk 2) de concentratie tussen de groepen Bert en Claeys onder de benaming Kinopolis goed onder voorwaarden ("de Voorwaarden"). Samengevat kwam de Raad voor de Mededinging tot de conclusie dat de concentratie leidde tot een versterking van de gezamenlijke machtspositie van de aanmeldende partijen, met tot gevolg een merkbare belemmering op de Belgische betrokken markt van het vertonen van films. Desondanks kwam de Raad voor de Mededinging tot de conclusie dat er redenen voorhanden waren om de concentratie toe te laten, en dit in toepassing van artikel 10 § 3 van de [toenmalige] wet, inzonderheid rekening houdend met de competitiviteit van de betrokken sector ten opzichte van de internationale mededinging. Als vierde voorwaarde stelde de Raad het volgende:*

"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 voorwaarde van voorafgaande instemming van de Raad geldt niet bij een uitbreiding, renovatie van een bestaand complex of vervanging van ene 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 beschikkende gedeelte [i.e. een periode van tien jaar, die stilzwijgend wordt verlengd voor gelijke termijnen van tien jaar tenzij de Raad, op verzoek van de partijen, beslist deze voorwaarden op te heffen.]

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”.

De Raad kaderde deze voorwaarde als volgt:

“Overwegende dat de onder punt 4 van het beschikkend gedeelte van deze beslissing gestelde voorwaarde die partijen zelf als verbintenis hebben aangeboden - evenwel in andere termen en met andere modaliteiten - onmisbaar is om een daadwerkelijke mededinging op de Belgische markt te handhaven ondanks de concentratie, door de bedreiging van verdere groei van de groep op de Belgische markt tegen te houden, voor zover zou vaststaan dat een uitbreiding van het zalenpark van de groep in België de daadwerkelijke mededinging belemmert, en hierdoor betere mededingingsvoorwaarden te creëren voor de andere zaalexploitanten”.

B. HET (VOORGAAND) VERZOEK VAN KINEPOLIS TOT OPHEFFING VAN DE VOORWAARDEN IN 2006

3. *Op 8 december 2006 heeft Kinopolis bij de Raad een eerste verzoek ingediend tot herziening en opheffing van de Voorwaarden. In zijn beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 oordeelde de Raad dat er een substantiële wijziging van de betrokken markt had plaatsgevonden en dat dit een voldoende reden was om de Voorwaarden op te heffen, aangezien zij niet meer noodzakelijk waren om de gevreesde gevolgen van de fusie tegen te gaan. Tegen deze Raadsbeslissing zijn FCB (Federatie van Cinema's van België) en concurrenten UGC en Utopolis in beroep gegaan bij het Hof van Beroep te Brussel.*

C. DE DAAROPVOLGENDE ARRESTEN VAN UW HOF IN HET KADER VAN HET OPHEFFINGSVERZOEK IN 2006

4. *Op 23 augustus 2007 schorste Uw Hof de tenuitvoerlegging van de beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 van de Raad voor de Mededinging. Uw Hof stelde*

vast dat er enkele ernstige middelen werden aangevoerd en dat de beslissing een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich bracht en dat dit inhield dat de kans bepaald gering was dat bij de beoordeling van de verzoeken ten gronde de beslissing alsnog overeind zou blijven.¹

5. *Op 18 maart 2008 vernietigde Uw Hof beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 en stuurde de zaak terug naar de Raad voor de Mededinging.² Het eerste verzoek tot opheffing van de Voorwaarden dat was ingediend door Kinopolis, werd aldus opnieuw behandeld door (een anders samengestelde kamer van) de Raad voor de Mededinging. De Raad besliste uiteindelijk in zijn beslissing nr. 2008/C/C-52 van 29 september 2008 het verzoek van Kinopolis tot opheffing van de Voorwaarden slechts gedeeltelijk in te willigen (zie Stuk 4). Tegen deze beslissing zijn FCB, UGC en Multiscope opnieuw in beroep gegaan.*
6. *Op 19 mei 2009 verwierp Uw Hof het verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing nr. 2008/C/C-52 van 1 oktober 2008 van de Raad voor Mededinging.³ Uw Hof was van oordeel dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing geen risico op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel opleverde in hoofde van de verzoekende partijen.*
7. *Op 11 maart 2010 vernietigde Uw Hof beslissing nr. 2008/C/C-52 van 1 oktober 2008 van de Raad echter wel en nam ditmaal zelf een nieuwe beslissing (zie Stuk 3).⁴ Uw Hof perkte de vierde voorwaarde als volgt in: "De groep die uit de concentratie ontstaat zal geen nieuw één-of-meer-zalencomplex oprichten of overnemen zonder de voorafgaande instemming van de Raad voor de Mededinging."*
8. *De vernietiging van de toenmalige beslissing door Uw Hof steunde onder meer op volgende bevindingen:*
 - *Vanuit het oogpunt van de marktstructuur is er geen fundamentele wijziging opgetreden in de positie van Kinopolis en van haar drie grootste*

¹ Schorsingsarrest van het Brussels Hof van Beroep van 23 augustus 2007 (gevoegde zaken 2007/MR/2 tot 4).

² Arrest van het Brussels Hof van Beroep van 18 maart 2008 (gevoegde zaken 2007/MR/2 tot 4).

³ Schorsingsarrest van het Brussels Hof van Beroep van 19 mei 2009 (gevoegde zaken 2008/MR/22 tot 24).

⁴ Arrest van het Brussels Hof van Beroep van 11 maart 2010 (gevoegde zaken 2008/MR/22 tot 24).

concurrenten tussen april 2007 en oktober 2008, die de twee relevante peildata vormen. (§ 54)

- *Op het vlak van de lokale geografische markten, die kunnen bepaald worden aan de hand van "catchment-area's", zijn de toetredingsbelemmeringen overwegend gebleven wat ze voorheen waren (...). De zeer sterke posities die Kinopolis innam op lokaal of regionaal niveau neemt ze nog steeds in in sleutelsteden (Antwerpen, Brugge, Brussel, Gent, Hasselt, Kortrijk, Leuven, Eigenbrakel, Luik en Oostende). (§ 54)*
- *Wegens de ruime marktverzadiging is er van ruimte voor mogelijke omkering van marktaandelen nog steeds geen sprake. (§ 54)*
- *Er kon niet worden verantwoord waarom algemene beschouwingen inzake de marktstructuur en het consumentenbelang het dienden te halen van de oorspronkelijke inzichten van de BMA. Daarom diende de verhindering van de mededinging blijvend beoordeeld te worden vanuit de marktmacht van Kinopolis op lokaal en nationaal niveau. (§ 58)*
- *De toenmalige beslissing nam aan dat, indien er geen voordeel voor de consument voorhanden is, er geen redelijke verantwoording is om via de voorwaarden te blijven streven naar "een bepaalde door de concurrenten van Kinopolis gunstig geachte marktstructuur". De toenmalige beslissing liet uitschijnen dat er geen voordeel voor de consument voorhanden was, maar ze veronachtzaamt om in de overweging te betrekken of die appreciatie wel met de bekommernissen van de concentratiebeslissing valt te verenigen. Verder betreft ze ook niet in de appreciatie of de door de concentratiebeslissing gekoesterde vrees – een door Kinopolis ingepalmde markt – die volgens de Raad ongegrond is gebleken, precies niet is afgewend dankzij de voorwaarden. (§ 58).*
- *Betreffende de handhaving van de vierde voorwaarde – beperkt tot de oprichting van nieuwe complexen of de overname van bestaande complexen – geeft de Raad aan dat de mededinging zich afspeelt op lokaal niveau en dat er regionaal nog 'blinde vlekken' zijn die beperkte ruimte bieden voor uitbreiding en waar concurrenten kansen kunnen benutten om marktaandeel te verwerven.*

Het leek Uw Hof een plausibele hypothese dat de controle op de groeimogelijkheden die bij de Raadsbeslissing van 17 november 1997 voor Kinopolis werd ingesteld hieraan niet vreemd is en de Raad nam zulks ook impliciet aan aangezien hij ervoor opteert om nog een beperkt toezicht uit te oefenen voor wat de oprichting en overname betreft van nieuwe complexen door Kinopolis. (§ 59)

D. HET ONDERZOEK VAN 2017 - ZAAK NR. MEDE-C/C-17/0014

9. *Op 31 maart 2017 heeft Kinopolis opnieuw een verzoekschrift ingediend bij de BMA met de vraag tot opheffing van de Voorwaarden.*
10. *Euroscop heeft substantieel bijgedragen in het daaropvolgend onderzoek door middel van haar antwoorden op verzoeken om inlichtingen en haar bijdrage tot het door het Auditoraat uitgevoerde postcode-onderzoek. Op 16 mei 2017 werd de niet-vertrouwelijke versie van het gemotiveerd ontwerp van beslissing van het Auditoraat aan Euroscop overgemaakt.*
11. *Euroscop heeft op 18 mei 2017 haar schriftelijke opmerkingen overgemaakt aan de Voorzitter van het Mededingingscollege. Op 23 mei 2017 heeft het Mededingingscollege Euroscop, alsook Kinopolis en andere belanghebbende derde partijen, ter zitting gehoord. Op 31 mei 2017 heeft het Mededingingscollege zijn beslissing genomen (zie Stuk 5 – hierna “de Oorspronkelijke Beslissing”).*
12. *Het Mededingingscollege heeft in de Oorspronkelijke Beslissing*
 - *de oplegging van de eerste en tweede voorwaarde behouden;*
 - *de oplegging van de vierde voorwaarde, wat betreft overnames, behouden; en*
 - *de oplegging van de vierde voorwaarde, wat betreft nieuwe oprichtingen (organische groei), opgeheven met ingang van twee jaar na de datum van de beslissing.*

E. HET DAAROPVOLGENDE ARREST VAN UW HOF IN HET KADER VAN HET OPHEFFINGSVERZOEK IN 2017

13. *Bij arrest van 28 februari 2018 (rolnummer 2017/AR/1139 gevoegd met 2017/MR/1 - zie Stuk 6) heeft Uw Hof de Oorspronkelijke Beslissing vernietigd wat betreft de opheffing van de vierde voorwaarde met ingang van twee jaar na de datum van de beslissing voor wat betreft de nieuwe oprichting door Kinopolis (organische groei), omwille van een motiveringsgebrek.*

14. *Uw Hof oordeelde dat de termijn van twee jaar die door het Mededingingscollege gekoppeld werd aan de opheffing van de vierde voorwaarde, niet onderhouden was, daar de gegevens waar - aldus het Mededingingscollege - op zou worden gesteund, niet weergegeven of verduidelijkt werden in de Oorspronkelijke Beslissing. Bijgevolg kon, aldus Uw Hof, niet worden nagegaan of het College was uitgegaan van gegevens die juist zijn, of zij die gegevens correct had beoordeeld, en of het op grond daarvan in redelijkheid tot zijn beslissing was kunnen komen.*

F. HET "ONDERZOEK" VAN 2018 - ZAAK NR. MEDE-C/C-17/0014

15. *Zonder dat er een nieuw verzoek tot opheffing van de voorwaarden werd ingediend of enig nieuw of bijkomend onderzoek werd gevoerd door de BMA, heeft het Mededingingscollege deze zaak klaarblijkelijk terug heropend en op 26 april 2018 de Bestreden Beslissing gewezen, die het voorwerp uitmaakt van huidig verzoekschrift (zie Stuk 1).*
16. *De Bestreden Beslissing wijkt af van de Oorspronkelijke Beslissing op twee punten:*
- *Vooreerst betreft de Bestreden Beslissing enkel de vierde voorwaarde voor wat betreft nieuwe oprichtingen door Kinopolis (organische groei). Voor de eerste, tweede en vierde voorwaarde (voor wat betreft de overnames) verwijst het Mededingingscollege naar de Oorspronkelijke Beslissing; en*
 - *Daarnaast is de motivering van de Bestreden Beslissing, klaarblijkelijk in antwoord op de kritiek van Uw Hof, meer omstandig. De specifieke overgangperiode van twee jaar wordt bijvoorbeeld nu als volgt gemotiveerd: "na analyse van de wettelijke voorziene termijnen van de nodige vergunningen in de drie gewesten" (para. 35 Bestreden Beslissing).*
17. *Om het Marktenhof toe te laten de Bestreden Beslissing te vergelijken met de Oorspronkelijke Beslissing wordt een vergelijkende versie bijgevoegd als Stuk 7.*

4.2.

De BMA vat de voorgaande als volgt samen:

"I UITEENZETTING VAN DE VOOR HET GESCHIL RELEVANTE FEITEN EN
PROCEDURELE VOORGAANDEN

1. OPRICHTING KINEPOLIS GROEP EN VOORWAARDEN

1. *Bij beslissing van 17 november 1997 nr. 1997-C/C-25 keurde de Raad voor de Mededinging de concentratie tussen de groepen Bert en Claeys onder de benaming Kinopolis goed onder voorwaarden. Samengevat kwam de Raad voor de Mededinging tot de conclusie dat de concentratie leidt tot een versterking van de gezamenlijke machtspositie van de aanmeldende partijen, met tot gevolg een merkbare belemmering op de Belgische betrokken markt van het vertonen van films. Desondanks kwam de Raad voor de Mededinging tot de conclusie dat er redenen voorhanden zijn om de concentratie toe te laten, en dit in toepassing van artikel 10, §3 van de [toenmalige] wet, inzonderheid rekening houdend met de competitiviteit van de betrokken sector ten opzichte van de internationale mededinging.*
2. *Concreet overwoog de Raad voor de Mededinging dat de concentratie ongetwijfeld ertoe kan bijdragen dat de groep zich op Europees niveau ontwikkelt ondanks de aanwezigheid van in Europa reeds gevestigde belangrijke verticaal geïntegreerde groepen, dat de groep dankzij een schaalvergroting op Europees niveau een bijdrage kan blijven leveren tot de technische audiovisuele vooruitgang in de sector die ook ten goede komt van de toeschouwers, en dat verwacht kan worden dat de groei van de groep op internationaal vlak op zijn beurt tot gevolg kan hebben dat er in België een beter evenwicht tot stand komt tussen de uitbaters van bioscopen in België en de grote internationale groepen die de filmwereld beheersen, waardoor het filmaanbod, dat in België beperkt is, ook verruimt.*
3. *De Raad voor de Mededinging besliste evenwel dat voorwaarden moeten worden opgelegd die alle ertoe strekken de gevolgen op de Belgische markt te beperken, "mede gelet op het doel dat de aanmeldende partijen met de concentratie, met name dankzij een beursintrodactie een investeringsprogramma uit te voeren in het buitenland"⁵.*
4. *Bijgevolg keurde de Raad voor de Mededinging de concentratie tussen de groepen Bert en Claeys onder de benaming Kinopolis goed onder de volgende voorwaarden⁶:*
 - "1. De groep die uit de concentratie ontstaat zal:*
 - a. geen exclusiviteit eisen 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 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;*

⁵ Bestreden beslissing, §§ 18-22.

⁶ B.S., 4 februari 1998, p. 3276 e.v. Zie ook Bestreden beslissing §§ 23-27.

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 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 voorwaarde 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”.

2. VERZOEK VAN KINEPOLIS TOT OPHEFFING VAN DE VOORWAARDEN VAN 8 DECEMBER 2006 EN GEDEELTELIJKE OPHEFFING VAN DE VOORWAARDEN DOOR HET HOF VAN BEROEP

5. *Op 8 december 2006 heeft Kinopolis bij de Raad voor de Mededinging een verzoek ingediend tot herziening en opheffing van de voorwaarden. In haar Beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 oordeelde de Raad voor de Mededinging dat er een substantiële wijziging van de betrokken markt had plaatsgevonden en dat dit een voldoende reden was om de in 1997 opgelegde voorwaarden op te heffen. Tegen deze beslissing zijn FCB (Federatie van Cinema's van België) en concurrenten UGC en Utopolis in beroep gegaan bij het Hof van Beroep te Brussel.*
6. *Op 23 augustus 2007 schorste het Hof van Beroep de tenuitvoerlegging van de beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 van de Raad voor de Mededinging. Het Hof van Beroep stelde vast dat er enkele ernstige middelen werden aangevoerd en dat de beslissing een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel met zich bracht en dat dit inhield dat de kans gering was dat bij de beoordeling van de verzoeken ten gronde de beslissing alsnog overeind zou blijven.*
7. *Op 18 maart 2008 vernietigde het Hof van Beroep beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 van de Raad voor de Mededinging en stuurde de zaak terug naar de Raad voor de Mededinging. Daarop besliste de Raad in haar Beslissing nr. 2008/C/C-52 van 1 oktober 2008 om het verzoek van Kinopolis tot opheffing van*

de voorwaarden gedeeltelijk in te willigen. Tegen deze beslissing zijn FCB, UGC en Multiscope in beroep gegaan. Zij dienden eveneens een verzoek tot schorsing van deze beslissing in.

8. Op 19 mei 2009 verwierp het Hof van Beroep het verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de Beslissing nr. 2008/C/C-52 van 1 oktober 2008 van de Raad voor Mededinging. Het Hof was van oordeel dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing geen risico op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel opleverde in hoofde van de verzoekende partijen.
9. Op 11 maart 2010 vernietigde het Hof van Beroep Beslissing nr. 2008/C/C-52 van 1 oktober 2008 van de Raad en nam zelf een nieuwe beslissing waarin zij het verzoek van Kinopolis tot opheffing van de voorwaarden gedeeltelijk inwilligde, met name:

"Willigt het verzoek van NV Kinopolis Group tot opheffing van de voorwaarden die zijn bepaald in het dictum van de Raadsbeslissing nr. 907-C/C-25 van 17 november 1997 in zoals hierna bepaald en verwerpt het voor het overige:

- de voorwaarde vermeld onder punt 3. wordt opgeheven;
- de voorwaarde vermeld onder punt 4. houdt enkel op uitwerking te hebben in zoverre de uitbreiding, renovatie en vervanging van een bestaand bioscoopcomplex wordt geïmplementeerd;
- in de voorwaarde vermeld onder punt 5. wordt de termijn van tien jaar verminderd tot drie jaar; de termijn binnen dewelke de Raad zal moeten beslissen over een ingediend verzoek is deze bepaald in artikel 58, § 2 derde lid WBEM".

3. VERZOEK VAN KINEPOLIS TOT OPHEFFING VAN DE VOORWAARDEN VAN 31 MAART 2017 EN PROCEDURE VOOR DE BMA

10. Op 31 maart 2017 heeft Kinopolis een verzoekschrift ingediend bij het Auditoraat van de BMA tot opheffing van de Voorwaarden opgelegd door de Raad voor de Mededinging in beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997, zoals gewijzigd in het arrest 2008/MR/22-23-24 van het Hof van Beroep te Brussel van 11 maart 2010. De Vierde Voorwaarde luidde op het ogenblik van het verzoekschrift van Kinopolis als volgt: "De groep die uit de concentratie ontstaat, zal geen nieuw een-of-meer-zalencomplex oprichten of overnemen zonder de voorafgaande instemming van de Raad voor de Mededinging".
11. Er kan volgens Kinopolis worden vastgesteld dat concurrenten zich de voorbije 20 jaar verder ontwikkeld hebben en dat nieuwe marktspelers zijn toegetreden. Er hebben zich ook andere significante ontwikkelingen op de markt voorgedaan, zoals de digitalisering van de filmvertoning en de toegenomen concurrentiedruk van alternatieve vormen van filmbeleving. Het kan echter nooit het doel zijn van concentratiecontrole om de markt blijvend te reguleren op basis van gedragsmaatregelen die zonder tijdslimiet blijven bestaan bij ongewijzigde marktomstandigheden. Dit geldt des te meer nu de wijziging van die marktomstandigheden volledig afhankelijk is van de gedragingen van de overige marktspelers en dus buiten de controle van Kinopolis ligt. Het is dan ook niet de bedoeling geweest van de Raad voor de Mededinging om de marktomstandigheden als dusdanig te wijzigen maar wel om een tijdelijk kader te

creëren waarbinnen de concurrenten de mogelijkheid kregen om de nodige maatregelen te nemen zodat zij zich op de markt konden handhaven⁷.

12. Kinopolis vraagt via haar verzoekschrift voor de BMA de opheffing van de Voorwaarden van de Beslissing van 1997 en dit in overeenstemming met punt 5 van de Voorwaarden uit de Beslissing van 1997, aldus gewijzigd door Arrest van 2010, namelijk 6 maanden voor het verstrijken van de (intussen tweemaal stilzwijgend verlengde) termijn van drie jaar. Volgens Kinopolis blijkt dat de concurrentie zich de voorbije 20 jaar wel degelijk heeft kunnen handhaven en zich ook blijvend zal kunnen handhaven bij het wegvallen van de Voorwaarden, waardoor deze hun bestaansredenen hebben verloren en moeten worden opgeheven⁸.

13. Op 31 mei 2017 besliste het Mededingingscollege bij toepassing van artikel IV.61, §2 WER:

1. dat het verzoek door Kinopolis valt binnen het toepassingsgebied van Boek IV van het Wetboek van Economisch recht als gevolg van de voorwaarden opgelegd door de Raad voor de Mededinging bij beslissing van 17 november 1997, zoals gewijzigd bij beslissing van 1 oktober 2008 en het arrest van het Hof van Beroep van 11 maart 2010;

2. dat de Eerste Voorwaarde wordt behouden die luidt als volgt:

"De groep die uit de concentratie zal ontstaan zal:

- a. geen exclusiviteit eisen 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 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".

3. dat de Tweede Voorwaarde wordt behouden die luidt als volgt:

"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."

⁷ Bestreden Beslissing § 14.

⁸ Bestreden Beslissing § 16.

4. dat de Vierde Voorwaarde wordt behouden voor wat betreft de overname van bestaande één-of-meer zalencomplexen (externe groei), maar wordt opgeheven met ingang van twee jaar na de datum van onderhavige beslissing voor wat betreft de oprichting van nieuwe één-of-meer zalencomplexen door Kinopolis (organische groei). Deze Voorwaarde luidt dus als volgt vanaf 31 mei 2019:

“De groep die uit de concentratie ontstaat, zal geen één-of-meer-zalencomplex overnemen zonder de voorafgaande instemming van de Belgische Mededingingsautoriteit.”

5. dat de geldingsduur en andere modaliteiten ongewijzigd blijven voor de voorwaarden die worden behouden.

4. BEROEP TEGEN DE BESLISSING DOOR DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING EN ARREST VAN HET MARKTENHOF VAN 28 FEBRUARI 2018

14. Tegen deze beslissing is opnieuw beroep ingesteld door Euroscop en I-Magix.
15. Op 28 februari 2018 vernietigde het Hof de beslissing omwille van een gebrek aan motivering. Het Hof baseerde zich hiervoor op volgende elementen:
- *“Het Mededingingscollege reikt derhalve geen argumenten aan waarom zij het ontwerp van beslissing niet kan volgen” wat betreft de beperking van de opheffing tot kleinere complexen;*
 - *“Het Mededingingscollege verwijst naar gegevens van KINEPOLIS en van derde partijen om de termijn van twee jaar te verantwoorden. Deze gegevens worden evenwel niet weergegeven of verduidelijkt in de bestreden beslissing. Bijgevolg kan niet worden nagegaan of het College is uitgegaan van gegevens die juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen. De bestreden beslissing voldoet op dit punt dan ook niet aan de motiveringsplicht”.*
16. Aan de andere middelen van Euroscop en I-Magix werd door het Hof geen gevolg gegeven.”

4.3.

KINEPOLIS GROUP NV vat de voorgaande als volgt samen:

A. ACHTERGROND

1. Voorliggende procedure vindt zijn oorsprong in een concentratiecontrole die ruim 20 jaar geleden werd uitgevoerd door de toenmalige Raad voor de Mededinging. Het dossier betrof de concentratie waarbij Kinopolis zou ontstaan door de fusie van de toen als Groep Bert en Groep Claeys gekende groepen. Deze groepen baatten reeds zeer grote bioscoopcomplexen (de zogenaamde mega- en multiplexen) uit op de Belgische markt. De Raad werd dan ook geconfronteerd met een grote speler die vooral investeerde in de toen relatief nieuwe mega- en multiplexen waarvan gevreesd werd dat deze de concurrentie in het gedrang zouden kunnen brengen.

2. In die context oordeelde de Raad voor de Mededinging dat de concurrenten een overgangperiode (10 jaar) nodig hadden om zich aan te passen aan deze nieuwe situatie. In beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997 (stuk 1) werd de concentratie goedgekeurd onder enkele voorwaarden waarmee de Raad beoogde te verzekeren dat de concurrentie zich zou kunnen blijven handhaven (hierna: de "Voorwaarden"):

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 voorwaarde 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. In overeenstemming met punt 5 van de Voorwaarden, heeft Kinopolis op 7 december 2006 een eerste verzoek ingediend tot opheffing van de Voorwaarden. In beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 (stuk 2) besliste de Raad tot de volledige opheffing van de Voorwaarden. De Raad oordeelde dat de marktomstandigheden intussen dermate gewijzigd waren dat het niet meer verantwoord was om de Voorwaarden die in 1997 werden opgelegd te behouden.

4. Tegen deze beslissing werd een beroep ingesteld door concurrenten UGC en Utopolis en de Federatie van Cinema's van België (FCB). In het arrest 2007/MR/2-3-4 van het Hof van beroep te Brussel van 18 maart 2008 (stuk 3) werd de beslissing van de Raad vernietigd. Het Hof van beroep weerhield twee procedurele middelen:

- Een onwettige samenstelling van de kamer van de Raad die de beslissing had genomen (pagina 29, randnummer 56 van het arrest).
- Een schending van het recht van verdediging van de belanghebbende derden aangezien hun verzoek om toegang tot dossierstukken werd verworpen zonder voorafgaande vaststelling of deze stukken al dan niet noodzakelijk waren om hen toe te laten hun standpunt op nuttige wijze mee te delen (pagina 32, randnummer 63 van het arrest).

5. Daarnaast stelde het Hof ook inhoudelijke gebreken vast in de beslissing. Zo stelde het Hof dat de beslissing niet alle relevante feiten in de afweging had betrokken, dat de juistheid van sommige van de in aanmerking genomen feiten en cijfers kennelijk betwistbaar was en dat de feiten in hun onderlinge samenhang kennelijk niet adequaat werden beoordeeld (pagina 48, randnummer 97 van het arrest).

6. Het Hof van beroep besloot dat de Raad het verzoek van Kinopolis opnieuw diende te behandelen. Aangezien de Raad een administratief rechtscollege was,

diende het anders te zijn samengesteld bij het hernemen van de behandeling van het verzoek (pagina 51, randnummer 105 van het arrest).

7. Overeenkomstig de instructies van het Hof besliste een nieuw samengestelde kamer van de Raad opnieuw over het verzoek van Kinopolis in Beslissing nr. 2008-C/C-52 van 1 oktober 2008 (stuk 4). Daarbij hield de Raad rekening met een aanvulling van Kinopolis op het oorspronkelijke verzoek, een bijkomend verslag van de auditeur en schriftelijke opmerkingen van de derden die het recht hadden gekregen om gehoord te worden (pagina 2, randnummer 6 e.v. van de beslissing).

8. De Raad besliste tot een gedeeltelijke opheffing van de Voorwaarden (i.e. de derde Voorwaarde en de vierde Voorwaarde voor wat betreft de uitbreiding, renovatie of vervanging van bestaande complexen) en het behoud van de overige Voorwaarden voor een aflopende periode van drie jaar.

9. Tegen deze beslissing werd opnieuw beroep ingesteld door een reeks concurrenten (UGC, Utopolis, Multiscope Palace, Imagimons, Lumière en I-Magix) en de Federatie van Cinema's van België (FCB). In het arrest 2008/MR/22-23-24 van het Hof van beroep te Brussel van 11 maart 2010 (stuk 5) werd de beslissing van de Raad opnieuw vernietigd maar besliste het Hof dat er geen reden was om de zaak terug te verwijzen naar de Raad. Het Hof was het immers eens met het dictum van de beslissing (de gedeeltelijke opheffing van de Voorwaarden) maar meende dat voor de overige Voorwaarden de toestand opnieuw diende te worden geëvalueerd na afloop van de periode van drie jaar (pagina 30, randnummer 67 van het arrest). De aflopende periode werd dus omgezet in een stilzwijgend hernieuwbare periode van drie jaar.

10. De gewijzigde Voorwaarden zouden volgens het Hof ingaan op de datum die in de beslissing van 2008 was bepaald (i.e. 1 oktober 2008). Sinds 1 oktober 2008 golden aldus nog de volgende Voorwaarden:

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.

[...]

4. De groep die uit de concentratie ontstaat zal geen nieuw één-of-meer zalencomplex oprichten of overnemen [...] zonder de voorafgaande instemming van de Raad voor de Mededinging.

Deze voorwaarde 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 [...].

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 [drie] jaar, die stilzwijgend wordt verlengd voor gelijke termijnen van [drie] 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.

B. HET VERZOEKSCHRIFT VAN KINEPOLIS

11. Op 31 maart 2017, d.i. zes maanden voor het verstrijken van de (intussen tweemaal stilzwijgend verlengde) termijn van drie jaar, heeft Kinopolis een nieuw verzoekschrift ingediend tot opheffing van de Voorwaarden (stuk 6). Het betreft een uitgebreid document van 180 pagina's. Voor een overzichtelijke samenvatting van de argumentatie van Kinopolis wordt dan ook verwezen naar pagina 46-52 van het verzoekschrift.

12. Het centrale onderdeel van het verzoekschrift (pagina 76-106, randnummers 73 tot 130) toont op onderbouwde wijze aan dat de marktomstandigheden die in 1997 golden en de Raad ertoe hebben gebracht om de Voorwaarden op te leggen ingrijpend gewijzigd zijn en dat de concurrentie zich niet alleen heeft gehandhaafd maar ook significant sterker is geworden. Bijgevolg hebben de Voorwaarden hun bestaansreden verloren en moeten zij integraal worden opgeheven. De verschillende wijzigingen werden samengevat op pagina 105-106, randnummer 127 van het verzoekschrift en worden hieronder hernomen:

	1997	2017
Marktaandeel Kinopolis	46,74%	41,30%
Marktaandeel eerstvolgende concurrent	8,9% (UGC)	16,07% (UGC)
Marktaandeel daaropvolgende concurrent	< 5%	12,75% (Euroscop)
Belangrijke toetredingen	Geen	Euroscop, Pathé, Belga Films
Ruime geografische dekking	Enkel Kinopolis	Ook UGC, Euroscop, Pathé
Verzadiging markt	Stabiel bioscopenpark, geen belangrijke nieuwe projecten in de pijplijn	Ruimte voor groei op vlak van filmaanbod en locaties (proximiteitstrend), nieuwe projecten aangekondigd
Concurrentiedruk alternatieve media	Beperkt (videocassettes, TV), geen invloed op bezoekersaantallen	Uitgebreid aanbod, daling in bezoekers, één van voornaamste bedrijfsrisico's, bevestigd door consument
Marktpositie majors	85%	65% maar opgevangen door consolidatiebeweging
Marktpositie KFD	1%	[10-15%] maar sterk fluctuerend, negatieve trend, verlieslatend, voorbijgestoken door Belga Films
Kans op exclusiviteit	Risico groot wanneer	Risico onbestaande

aan Kinopolis	slechts een bepaald aantal kopieën beschikbaar	ingevolge digitalisering en samenspel van andere factoren
---------------	--	---

13. Daarnaast wijst het verzoekschrift ook nog onder meer op:

- *Het uitzonderlijke en ingrijpende karakter van de Voorwaarden, zowel wat de inhoud betreft als de duurtijd ervan (pagina 65-75, randnummers 37 tot 72 van het verzoekschrift). Dit geldt in het bijzonder voor wat de vierde Voorwaarde inzake organische groei betreft: organische groei wordt mededingingsrechtelijk immers als positief onthaald omdat er aanbod wordt toegevoegd, wat de consument ten goede komt. Onderzoek heeft dan ook uitgewezen dat er noch op Europees, noch op nationaal niveau precedenten terug te vinden zijn van een dergelijke maatregel (pagina 66-70, randnummer 43 tot 56 van het verzoekschrift). In dit onderdeel van het verzoekschrift wordt ook gewezen op de contraproductieve werking van de Voorwaarden in de zin dat zij de concurrenten weerhouden om te innoveren / nieuwe initiatieven op te zetten die concurreren met die van Kinopolis (pagina 72-74, randnummers 65 tot 67 van het verzoekschrift).*
- *Het feit dat Kinopolis, onder meer op basis van de hiervoor reeds uiteengezette wijzigingen in de marktomstandigheden, niet kan geacht worden een machtspositie te hebben op de relevante markten (pagina 107-134, randnummers 131 tot 212 van het verzoekschrift). Deze vraag werd behandeld op uitdrukkelijk verzoek van het Auditoraat. Naar het oordeel van Kinopolis was dit echter geen relevante vraag in het kader van het opheffingsverzoek. De vraag of de Voorwaarden nog steeds een bestaansreden hebben, hangt immers niet af van de vaststelling of Kinopolis al dan niet dominant is, maar wel van de vraag of de concurrentie zich zonder de Voorwaarden zal kunnen blijven handhaven.*
- *Dat de specifieke bezorgdheden en "theories of harm" die aan de oorsprong lagen van de oplegging van de Voorwaarden niet langer gelden (pagina 135-177, randnummers 213 tot 372 van het verzoekschrift). Deze bijkomende analyse werd eveneens op uitdrukkelijk verzoek van het Auditoraat uitgevoerd en bevestigde de uitkomst van de analyse in de eerdere delen van het opheffingsverzoek, namelijk dat het niet redelijk verantwoord zou zijn om te stellen dat er op dit ogenblik nog enig risico bestaat dat de concurrentie zich zonder de Voorwaarden niet zou kunnen handhaven.*

C. DE ONDERZOEKSFASE

14. In het kader van het onderzoek van het verzoekschrift heeft het Auditoraat onder meer een marktbevraging uitgevoerd via verzoeken om inlichtingen aan verschillende concurrenten van Kinopolis. Euroscop heeft twee verzoeken om inlichtingen beantwoord. In de eerste antwoorden (stuk 7) heeft Euroscop de algemene vraag beantwoord naar wat het gevolg zou zijn van een opheffing van elk van de Voorwaarden voor haar concurrentiepositie ten opzichte van Kinopolis, andere bioscoopexploitanten en filmdistributeurs. In de tweede antwoorden (stuk 8) werden meer specifieke vragen beantwoord met betrekking tot de opheffing van elk van de Voorwaarden.

15. Daarnaast heeft het Auditoraat ook een consumentenonderzoek laten uitvoeren door een gespecialiseerde consultant, InSites Consulting (stuk 9).⁹ Dit onderzoek stelde onder meer in hoofdte van de consument een proximitéitswens vast die voorlopig niet wordt ingevuld. Voor een nuttige samenvatting van de volledige resultaten van dit onderzoek kan verwezen worden naar pagina 86-90, randnummers 95 tot 96 van het verzoekschrift van Kinopolis. De resultaten van het consumentenonderzoek bevestigen op objectieve wijze de door Kinopolis aangekaarte contraproductieve werking van de Voorwaarden.

16. Op 8 mei 2017 heeft het Auditoraat zijn onderzoek afgerond en een ontwerpbeslissing (stuk 10) overgemaakt aan Kinopolis en het Mededingingscollege.

17. Op basis van zijn onderzoek stelde het Auditoraat voor om het opheffingsverzoek van Kinopolis gedeeltelijk in te willigen:

- De tweede Voorwaarde wordt opgeheven, in essentie omdat het onderzoek had aangetoond dat programmatie-overeenkomsten in de praktijk niet worden afgesloten en omdat Kinopolis ook na de opheffing van deze Voorwaarde geen prikkel zou hebben om dergelijke overeenkomsten af te sluiten (pagina 122-123, randnummers 619 tot 622 van de ontwerpbeslissing).
- De vierde Voorwaarde inzake organische groei wordt versoepeld: zij wordt opgeheven voor wat betreft de oprichting van bioscopen tot maximum 7 zalen en 1.500 zetels en de bouw van grotere complexen

⁹ Het consumentenonderzoek betrof een online vragenlijst die werd ingevuld door een groep van 1020 personen boven de 15 jaar. 767 van hen betroffen cinema bezoekers, 253 van hen niet cinema bezoekers. In het onderzoek werd onder meer gepolst naar de frequentie van het bioscoopbezoek, de redenen voor meer/minder bioscoopbezoek, de impact van meer bioscopen of meer bioscopen in de nabijheid, de impact van alternatieve vormen van filmbeleving en prijsverhogingen.

zou voortaan via de vereenvoudigde procedure inzake concentratiecontrole kunnen worden goedgekeurd (pagina 144-145, randnummers 739 tot 743 van de ontwerpbeslissing). Ter onderbouwing van deze versoepeling stelt het Auditoraat tot tweemaal toe dat organische groei pro-competitief is (pagina 138, randnummer 698 en pagina 142, randnummer 726 van de ontwerpbeslissing). Het Auditoraat laat echter na een duidelijke of omstandige motivering te geven voor de beperking van de opheffing tot kleinere complexen.

18. *Op 18 mei 2017 hebben concurrenten Euroscoop en I-Magix schriftelijke opmerkingen (stuk 11) ingediend op de ontwerpbeslissing van het Auditoraat. Beide partijen verzetten zich daarin tegen de opheffing van de Voorwaarden in het algemeen en tegen het voorstel van het Auditoraat om de vierde Voorwaarde inzake organische groei slechts te behouden voor grotere complexen in het bijzonder.*

19. *Op 22 mei 2017 heeft ook Kinopolis schriftelijke opmerkingen ingediend op de ontwerpbeslissing van het Auditoraat. Hierin wordt grotendeels hernomen wat reeds in het verzoekschrift van Kinopolis werd uiteengezet.*

20. *Op 23 mei 2017 vond de hoorzitting plaats voor het Mededingingscollege. Op de zitting werden het Auditoraat, Kinopolis en concurrenten UGC, Euroscoop en I-Magix gehoord. Zowel de opheffing van de Voorwaarden in het algemeen, als het voorstel van het Auditoraat om de vierde Voorwaarde inzake organische groei te beperken tot grotere complexen werd besproken. Euroscoop en I-Magix hebben het Mededingingscollege ook om een in camera bespreking gevraagd – deze besprekingen werden toegekend en hebben elk 20 minuten geduurd.*

D. DE BESLISSING VAN HET MEDEDINGINGSCOLLEGE

21. *In Beslissing BMA-2017-C/C-22 van 31 mei 2017 (stuk 12) besliste het Mededingingscollege tot het behoud van alle Voorwaarden met uitzondering van de vierde Voorwaarde inzake organische groei. Deze Voorwaarde zou worden opgeheven met ingang van 31 mei 2019. In tussentijd zouden nieuwe openingen wel mogen worden voorbereid door Kinopolis.*

22. *De beslissing is een omvangrijk document van 221 pagina's en herneemt alle standpunten die het Mededingingscollege in rekening heeft gebracht bij het nemen van haar beslissing, i.e. de ontwerpbeslissing van het Auditoraat (pagina 3), de schriftelijke opmerkingen van Euroscoop en I-Magix (pagina 141 en 146) en de schriftelijke opmerkingen van Kinopolis (pagina 154). Vervolgens wordt de beoordeling door het Mededingingscollege uiteengezet (pagina 214) en haar beslissing (pagina 220).*

23. De specifieke redenering voor deze gedeeltelijke opheffing van de Voorwaarden is terug te vinden op pagina 215-216, randnummers 21 tot 22 en pagina 218-220, randnummers 30 tot 36 van de beslissing en kan als volgt worden samengevat:

- Voorafgaand stelt het Mededingingscollege dat er zich sinds 1997 een aantal significante wijzigingen in de marktstructuur hebben voorgedaan die maken dat de huidige concurrentiedruk op Kinopolis significant verschilt met de concurrentiedruk op Kinopolis in 1997 (pagina 215, randnummer 21 van de beslissing). Het betreffen elementen die ook werden aangereikt door Kinopolis in haar verzoekschrift (supra, nr. 12):

- a. de toetredingen van Euroscop, Pathé en Belga Films tot de markt;
- b. de recente overname door UGC van de Utopolis complexen en de daaropvolgende verhoging van het marktaandeel van UGC en de vermindering van de kloof tussen de marktaandelen van Kinopolis enerzijds en van UGC anderzijds;
- c. de verruiming van hun geografische dekking van bepaalde concurrenten van Kinopolis, met name UGC, Euroscop en Pathé;
- d. de internationale slagkracht van concurrenten als UGC en Pathé die minstens een vergelijkbare of zelfs hogere financiële draagkracht hebben dan Kinopolis;
- e. de voltooide digitalisering van de bioscoopfilms die resulteert in lagere toetredings- en uitbreidingsbarrières aangezien de beperking van aantal filmkopies dat door distributeurs in omloop wordt gebracht niet langer bestaat.

- Vervolgens past het Mededingingscollege een "proportionaliteitstoets" toe waarbij de mededingingsbeperkende en -bevorderende gevolgen van elke Voorwaarde tegen elkaar worden afgewogen in het licht van de huidige gewijzigde marktstructuur. Het Mededingingscollege verduidelijkt daarbij dat de beoordeling van de vierde Voorwaarde verschillend zal zijn naargelang deze overnames of organische groei betreft. Bij overnames verdwijnt immers steeds automatisch een bestaande concurrent, wat niet het geval is bij organische groei (pagina 216, randnummer 22 van de beslissing).
- Voor wat de vierde Voorwaarde inzake organische groei betreft, stelt het Mededingingscollege dat het Auditoraat terecht opmerkt dat het oprichten van een nieuw bioscoopcomplex "op zichzelf niet

concurrentiebeperkend is" en in tegendeel, tot meer aanbod leidt wat de consument ten goede komt (pagina 218, randnummer 30 van de beslissing). Het Mededingingscollege wijst vervolgens ook op het "zeer ingrijpende" karakter van deze maatregel - die wellicht te verantwoorden was in de marktcontext van 1997, maar deze marktcontext is intussen significant gewijzigd (pagina 218, randnummer 31 van de beslissing). Tot slot stelt het Mededingingscollege dat het risico voldoende aannemelijk is gemaakt dat deze maatregel leidt 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". Deze stellingen zijn in lijn met de argumentatie die Kinopolis heeft ontwikkeld in haar verzoekschrift (supra, nr. 13).

- Het Mededingingscollege volgt het Auditoraat vervolgens niet in de redenering dat de oprichting van een nieuw complex door Kinopolis enkel pro-concurrentieel is wanneer het een kleiner bioscoopcomplex betreft. Het Mededingingscollege meent dat "elke vorm van organische groei, ongeacht of dit gebeurt door de oprichting van een kleiner dan wel een groter complex, pro-concurrentiële effecten heeft, zoals een verhoogde kwaliteit en verruimde keuzemogelijkheden voor de consument" (pagina 218, randnummer 34 van de beslissing).
- Hoewel de vierde Voorwaarde de proportionaliteitstoets niet langer doorstaat in het licht van de huidige marktstructuur, besluit het Mededingingscollege de concurrentie alsnog een overgangperiode van twee jaar toe te kennen - een periode gedurende welke de concurrenten zich kunnen voorbereiden op de opheffing van de vierde Voorwaarde inzake organische groei. Het Mededingingscollege oordeelde als volgt (pagina 218-219, randnummer 35 van de beslissing):

[...] Om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de Vierde Voorwaarden oordeelt het College dat de Vierde Voorwaarde wat betreft de oprichting van nieuwe complexen door Kinopolis slechts opgeheven kan worden mits een overgangperiode van twee jaar. De door Verzoekster voorgestelde termijn van één jaar acht het College niet afdoende gelet op een realistische doorlooptijd van het effectief in exploitatie nemen van een nieuw op te richten complex. Het verder bestaan van de Vierde Voorwaarde inzake oprichting voor dergelijke beperkte periode van twee jaar vanaf de datum van onderhavige beslissing is als een overgangperiode te beschouwen waarin de concurrenten, na meer dan twintig jaar, voldoende gewapend moeten zijn in de concurrentiestrijd met Kinopolis. Daarbij merkt het College op dat de WER en de Europese mededingingsregels ook na afloop van de periode van twee jaar in staat moeten worden geacht om een eventueel marktfalen dat

in rechtstreeks causaal verband staat met de marktmacht van Kinapolis, te remediëren. Het College baseert de duur van twee jaar op gegevens van zowel Verzoekster als derde partijen en is van oordeel, rekening houdend met zijn 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 complexen, teneinde zich voldoende efficiënt te ontplooien op de markten die nog niet verzadigd zijn. Het handhaven van de voorwaarde gedurende een termijn van twee jaar houdt in dat Verzoekster weliswaar nieuwe oprichtingen kan voorbereiden, doch deze niet voor 31 mei 2019 effectief in exploitatie kan nemen aangezien dit het moment is waarop het nieuwe complex een effect zal ressorteren op de markt.

E. HET BEROEP VAN EUROSLOOP EN I-MAGIX

24. *Tegen deze beslissing van het Mededingingscollege werd een beroep ingesteld door concurrenten Euroscope en I-Magix. Het beroep van beide strekte ertoe de beslissing van het Mededingingscollege te laten bevestigen voor wat betreft de verlenging van de eerste, de tweede en de vierde Voorwaarde inzake overnames en deze te laten vernietigen voor wat betreft de opheffing van de vierde Voorwaarde inzake organische groei met een overgangperiode van twee jaar. Daartoe riepen de partijen vier middelen in:*

- 1) De beslissing miskent de op het Mededingingscollege rustende motiveringsplicht;*
- 2) De beslissing schendt de rechten van Euroscope en I-Magix omdat zij niet werden gehoord over de uiteindelijk weerhouden beslissing;*
- 3) De beslissing steunt op een manifest foutieve feitelijke beoordeling; en*
- 4) De beslissing miskent de wettelijke criteria inzake het opleggen van verbintenissen.*

25. *Kinapolis was van oordeel dat de beslissing van het Mededingingscollege veel verder had moeten gaan (er lagen immers overtuigende elementen voor die pleiten voor een volledige opheffing van de Voorwaarden) en was het niet eens met alle stellingen van het Mededingingscollege (het stelt ten onrechte dat er nog sprake zou zijn van een machtspositie in hoofde van Kinapolis). Kinapolis meende echter wel dat het Mededingingscollege terecht had besloten tot de opheffing van de vierde Voorwaarde inzake organische groei. Om die reden werd beslist om niet in beroep te gaan tegen de beslissing van het Mededingingscollege maar om vrijwillig tussen te komen in de procedure ter ondersteuning van de beslissing van het Mededingingscollege.*

26. *Kinapolis maakte wel een uitdrukkelijk voorbehoud om deze elementen van de beslissing, en de gedeeltelijke handhaving van de Voorwaarden die*

eruit voortvloeit, in een latere fase en/of volgende procedure(s) in vraag te stellen.

F. HET VERNIETIGINGSARREST VAN HET HOF

27. In het arrest 2017/AR/1139 – 2017/MR/1 van het Hof van beroep te Brussel van 28 februari 2018 (stuk 13) werd de beslissing van het Mededingingscollege vernietigd voor wat betreft de opheffing van de vierde Voorwaarde inzake organische groei met een overgangperiode van twee jaar. Volgens het Hof miskent de beslissing de op het Mededingingscollege rustende motiveringsplicht om twee redenen:

- Het Mededingingscollege motiveert niet op overtuigende wijze waarom het afwijkt van de ontwerpbeslissing van het Auditoraat wat betreft de beperking van de opheffing tot kleinere complexen (pagina 19, randnummer 25 van het arrest).
- In de beslissing worden de gegevens niet weergegeven of verduidelijkt die de overgangstermijn van twee jaar verantwoorden (pagina 20, randnummer 26 van het arrest).

28. Het Hof gaat verder niet in op de overige middelen die werden ingeroepen door Euroscoop en I-Magix en vernietigt de beslissing van het Mededingingscollege zonder terugwijzing of enige instructies aan het Mededingingscollege.

G. DE NIEUWE BESLISSING VAN HET MEDEDINGINGSCOLLEGE

29. In een nieuwe Beslissing nr. BMA-2018-C/C-12 van 26 april 2018 (stuk 14) heeft het Mededingingscollege de door het Hof van beroep vastgestelde motiveringsgebreken rechtgezet. Deze nieuwe beslissing beperkt zich tot het deel van de oorspronkelijke beslissing dat werd vernietigd, namelijk de opheffing van de vierde Voorwaarde inzake organische groei met een overgangperiode van twee jaar. Voor het overige is de oorspronkelijke beslissing van het Mededingingscollege immers overeind gebleven.

30. De beoordeling van het Mededingingscollege is terug te vinden op pagina 159-166, randnummers 18-45 van de beslissing. Een vergelijkende versie met de motivering in de oorspronkelijke beslissing van het Mededingingscollege is toegevoegd als stuk 15. Hieruit blijkt dat het Mededingingscollege ruim twee pagina's aan motivering heeft toegevoegd. Deze bijkomende motivering betreft een loutere explicitering van de redenering die aan de basis lag van de oorspronkelijke beslissing van het Mededingingscollege. Er werden geen bijkomende of nieuwe stukken gebruikt.

31. Om tegemoet te komen aan de eerste bezorgdheid van het Hof, verduidelijkt het Mededingingscollege nu veel uitgebreider waarom het is afgeweken van de ontwerpbeslissing van het Auditoraat voor wat betreft de beperking van de opheffing tot kleinere complexen:

35. [...] Het College deelt echter niet het standpunt van de auditeur inzake het te hanteren criterium voor de afbakening van de drempel waaronder opheffing van de vierde Voorwaarde in het kader van oprichting kan worden verleend: type/omvang van het bioscoopcomplex (ontwerpbeslissing, randnrs 721-730). Het is weliswaar correct dat grote complexen meer bezoekers aantrekken waardoor de oprichting van een groot complex in principe een grotere impact zal hebben op de mededingingssituatie op de door de auditeur geanalyseerde markten dan een klein complex. De auditeur analyseert de impact van het aantal zalen in combinatie met het aantal zetels op het nationale marktaandeel en komt tot de conclusie dat de combinatie van een 7 zalen complex met maximaal 1.500 zetels tot een increment leidt van 1% of minder (ontwerpbeslissing, randnr. 706). Op basis van deze analyse is de auditeur van oordeel dat een voorafgaande goedkeuring niet meer vereist is in geval van een nieuwe oprichtingsaanvraag door Kinopolis voor een complex van 7 zalen of minder, en van 1500 zetels. Deze twee drempels gelden cumulatief.

36. Echter, het College stelt vast dat de auditeur in zijn analyse uitgaat van een impact op het marktaandeel van de oprichting van één complex terwijl de oprichting van meerdere complexen niet wordt geanalyseerd. Zo zou de oprichting van twee bioscoopcomplexen met zeven zalen en 1500 zetels een veel grotere impact hebben op het nationale marktaandeel dan de oprichting van één complex met acht zalen en 1400 zetels. De oprichting van meerdere bioscoopcomplexen kan ook een significante impact hebben op de lokale markten indien deze nieuwe complexen in elkaars nabije omgeving worden opgericht. Zo kunnen gecombineerde kleinere complexen een groter filmaanbod aanbieden waardoor ze gecombineerd meer bezoekers kunnen aantrekken dan elk afzonderlijk. Op basis van het door de auditeur naar voren geschoven criterium zou de goedkeuring van de BMA echter niet langer vereist zijn voor de oprichting van verschillende "kleinere" bioscoopcomplexen terwijl de oprichting van één "groot" bioscoopcomplex wel onderworpen is aan een voorafgaande goedkeuring. Bijgevolg is het College van oordeel dat het criterium type/omvang van het bioscoopcomplex geen pertinente basis vormt voor de door de auditeur voorgestelde gedeeltelijke opheffing van de vierde voorwaarde. Daarenboven geeft de auditeur in zijn analyse aan dat uit marktonderzoek duidelijk naar voren komt dat de nieuwe vormen van oprichting allemaal kleine tot middelgrote complexen betreffen en dat er in de afgelopen 20

jaar slechts een beperkt aantal multiplexen van grote omvang op de markt gekomen zijn en dat de groei in dit segment in de afgelopen 10 jaren sterk is teruggelopen (ontwerpbeslissing, randnr. 722). Het College is ervan overtuigd dat ook op basis van dit marktonderzoek de pertinentie van het door de auditeur gehanteerde criterium type/omvang van het bioscoopcomplex verder sterk moet worden gerelativeerd.

37. Het College wijkt daarom af van het ontwerp van beslissing van de Auditeur en zal de mededingingsbevorderende gevolgen van een nieuwe oprichting afwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

32. Het Mededingingscollege geeft ten overvloede ook nog enkele verduidelijkingen bij de elementen die het in acht heeft genomen bij de toepassing van die proportionaliteitstest:

- De stelling dat het Auditoraat terecht opmerkt dat het oprichten van een nieuw bioscoopcomplex "op zichzelf niet concurrentiebeperkend is" wordt verder onderbouwd door het toevoegen van de onderliggende analyse van het Auditoraat:

38. Inzake de mededingingsbevorderende gevolgen van een nieuwe oprichting onderschrijft het College de analyse van de auditeur waar hij stelt dat een nieuw complex in zones waar nog geen complex aanwezig is, een bioscoopaanbod creëert in de nabijheid voor de inwoners van het betreffende verzorgingsgebied (ontwerpbeslissing, randnr. 698). In zones waar al complexen gevestigd zijn, maar nog voldoende restmarkt is voor een bijkomend complex, creëert een nieuw complex niet alleen bijkomend aanbod voor consumenten die vandaag niet of onvoldoende bediend worden. Een nieuw complex in de zone van bestaande complexen zorgt daarenboven voor een verhoogde concurrentie tussen de complexen op lokaal niveau (ontwerpbeslissing, idem). Tenslotte zijn er zones waarin mogelijks slechts ruimte is voor één commerciële multiplex, maar waar naast dit commercieel multiplex wel voldoende vraag is voor een bioscoopexploitant met een art- en-essai aanbod of een klein(er) commercieel complex (ontwerpbeslissing, idem).

- Wat betreft het standpunt dat de vierde Voorwaarde inzake organische groei een "zeer ingrijpende" maatregel is, voegt het Mededingingscollege nog toe dat "noch het Belgische mededingingsrecht noch het Europese mededingingsrecht organische groei aan banden legt, zelfs niet voor ondernemingen die beschikken over een dominante positie" (pagina 164, randnummer 39), een punt dat ook werd aangehaald door Kinopolis in haar verzoekschrift (supra, randnummer 13).

- *Het Mededingingscollege geeft daarnaast ook mee dat in het kader van de proportionaliteitstoets rekening moet worden gehouden met het feit dat "een groot deel van de door de Auditeur gedeelde bezorgdheid van de marktspelers over de mededingingsbeperkende gevolgen van een nieuw complex door de dominante marktspeler kunnen worden opgevangen via de toepassing van het gemene mededingingsrecht waaronder het verbod op misbruik van machtspositie" (pagina 164, randnummer 39 in fine).*
- *Wat betreft het verschil in beoordeling tussen overnames en organische groei, voegt het Mededingingscollege nog toe - deels op basis van door partijen afgelegde verklaringen, deels op basis van algemene bekendheid over de lange doorlooptijd van het vergunningstraject van infrastructuurprojecten - dat het oprichten van een nieuwe bioscoop een langzaam en moeizaam proces is en dat de snelste en dus meest disruptieve mededingingsbeperkende gevolgen van bijkomende vestigingen voor een dominante marktspeler bijgevolg ontstaan uit de overname van bestaande vestigingen (pagina 164, randnummer 42).*

33. *Om tegemoet te komen aan de tweede bezorgdheid van het Hof, verduidelijkt het Mededingingscollege nu uitgebreider de onderliggende reden voor de toekenning van een overgangstermijn van twee jaar, namelijk om andere marktspelers de kans te geven om hun potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten verder te zetten vooraleer Kinopolis de markt opnieuw kan betreden:*

44. Wat betreft het tijdstip van de opheffing van de vierde voorwaarde is het redelijk om aan te nemen dat een onmiddellijke opheffing een disruptief effect zou kunnen hebben op de markt en dus op zich mededingingsbeperkende gevolgen zou kunnen genereren. Deze bezorgdheid is gebaseerd op het effect dat een onmiddellijke opheffing van de vierde voorwaarde voor wat betreft de oprichting van bioscopen door Kinopolis kan hebben op de potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten van andere marktspelers. Het College is van oordeel dat de andere marktspelers een redelijke termijn moeten krijgen om deze potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten uit te voeren voordat Kinopolis haar marktpositie zou kunnen versterken door organische groei. Op deze wijze krijgen de andere huidige of nieuwe marktspelers de kans om, zonder de concurrentiedruk die zou uitgaan van mogelijke nieuwe Kinopolis bioscoopcomplexen, de markt (verder) te betreden en de bestaande machtspositie van Kinopolis minstens te verminderen.

34. *Wat vervolgens de duur van de overgangstermijn betreft, heeft het Mededingingscollege een beleidsmatige afweging moeten maken: enerzijds*

moet deze termijn "lang genoeg zijn om de potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten van andere marktspelers een goede kans op slagen te geven" maar anderzijds "ook niet te lang, zodat de andere marktspelers voldoende prikkels hebben om potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten effectief uit te voeren" (pagina 166, randnummer 44).

35. Deze laatste bezorgdheid is ingegeven door de vaststelling van het Mededingingscollege dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de vierde Voorwaarde inzake organische groei geleid heeft 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" (supra, randnummer 23).

36. Het Mededingingscollege voegt daar nog aan toe dat deze "uitzonderlijke situatie reeds meer dan 20 jaar duurt en problematisch wordt op basis van de door de Auditeur in het ontwerp van beslissing vastgestelde gewijzigde marktstructuur".

37. Het Mededingingscollege verduidelijkt dat zij de wettelijke voorziene termijn van de nodige vergunningen in de drie gewesten heeft geanalyseerd en op basis daarvan tot de conclusie komt dat een periode van twee jaar de andere marktspelers "voldoende voorsprong" geeft om hun potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten uit te voeren.

38. Het Mededingingscollege behoudt het besluit uit de oorspronkelijke beslissing maar de overgangstermijn van twee jaar gaat pas in op de datum van deze nieuwe beslissing waardoor de vierde Voorwaarde inzake organische groei pas zal worden opgeheven op 26 april 2020, in plaats van de origineel voorziene datum van 31 mei 2019.

39. Zoals ook voorzien in de oorspronkelijke beslissing, kan Kinopolis wel reeds voorbereidende handelingen stellen met het oog op de toekomstige oprichting van nieuwe vestigingen maar deze niet voor 26 april 2020 effectief in exploitatie nemen. Het Mededingingscollege verduidelijkt daarbij nog dat het algemene verbod op misbruik van machtspositie moet volstaan om de bestaande marktdeelnemers te beschermen tegen voorbereidende handelingen die de potentiële of bestaande investeringsprojecten van andere marktspelers op een ongeoorloofde wijze zouden schaden (pagina 165, randnummer 44 in fine)."

5. Bespreking :

5.1. De ontvankelijkheid van het beroep ingesteld door EUROSCOOP NV:

5.1.1.

De BMA betwist de ontvankelijkheid van het door EUROSCOOP NV ingestelde beroep niet, de vrijwillig tussenkomende partij KINEPOLIS GROUP NV betwist de ontvankelijkheid wel en stelt dat EUROSCOOP NV geen belang heeft om de vernietiging te vorderen.

Het beroep is niet gericht tegen KINEPOLIS GROUP NV.

5.1.2.

De vrijwillig tussenkomende partij kan geen vorderingen stellen met betrekking tot de ontvankelijkheid of de grond van het ingestelde verhaal.

Zij kan de ontvankelijkheid van het beroep niet in vraag stellen wanneer de BMA zulks niet doet en wanneer het Marktenhof geen ambtshalve grond van niet ontvankelijkheid opwerpt.

Het door KINEPOLIS GROUP NV ingeroepen middel van niet ontvankelijkheid van het door EUROSCOOP NV ingestelde beroep is niet ontvankelijk.

5.1.3.

Het beroep voor het Marktenhof kan, ingevolge artikel IV.79, § 3 WER als volgt worden ingesteld:

“Een hoger beroep bij het Marktenhof kan worden ingesteld door elke bij de aangevochten beslissing betrokken partij. Het hoger beroep kan ook ingesteld worden door elke persoon die overeenkomstig artikel IV.45, § 5, of artikel IV.60, § 2, een belang kan doen gelden en die aan het Mededingingscollege gevraagd heeft te worden gehoord. Het beroep kan eveneens door de minister worden ingesteld zonder dat deze een belang moet aantonen en zonder dat hij vertegenwoordigd was voor het Mededingingscollege.”

Het beroep wordt ingesteld tegen een beslissing van het Mededingingscollege van de BMA en het Marktenhof oordeelt over de aangevochten beslissing in zaken betreffende de toelaatbaarheid van concentraties of door het Mededingingscollege opgelegde voorwaarden of verplichtingen, en in zaken

waarin het hof, anders dan de aangevochten beslissing, een inbreuk vaststelt op de artikelen 101 of 102 VWEU, alleen met vernietigingsbevoegdheid.

Het is te dezen niet betwist dat de beslissing betrekking heeft op door het Mededingingscollege opgelegde voorwaarden of verplichtingen naar aanleiding van een concentratie, derwijze dat te dezen de rechtsmacht van het Marktenhof beperkt is tot het toetsen van de wettigheid van de bestreden beslissing met als gevolg dat het Marktenhof bij schending van deze wettigheid gehouden is om de bestreden beslissing te vernietigen zonder dat het Marktenhof over enige andere appreciatiebevoegdheid beschikt.

5.1.4.

EUROSCOOP NV laat dienaangaande terecht gelden:

“24.. Op basis van artikel IV.79 §3 WER kan hoger beroep bij het Hof van Beroep worden ingesteld door “elke bij de aangevochten beslissing betrokken partij”. Het hoger beroep kan ook ingesteld worden door elke persoon die overeenkomstig artikel IV.45, §5 WER (betreft “ondernemingen en natuurlijke personen op wier activiteit het onderzoek betrekking had, alsook de klager en natuurlijke en rechtspersonen die blijk geven van voldoende belang en die tijdens de behandelingen ter zitting door het Mededingingscollege gehoord worden”) of artikel IV.60, §2 WER (betreft “ondernemingen die aan de concentratie deelnemen”) een belang kan doen gelden en die aan het Mededingingscollege gevraagd heeft te worden gehoord. De WER-IV koppelt dus de ontvankelijkheid van het hoger beroep rechtstreeks aan de betrokkenheid van de onderneming in de procedure voor de BMA. Zodoende volstaat het dat het Mededingingscollege het belang van Euroscop heeft erkend door haar actief te laten tussenkomen in de procedure voor de BMA opdat Euroscop een ontvankelijk beroep kan instellen.

25. Euroscop heeft een cruciale rol gespeeld bij het oorspronkelijke onderzoek, dat geleid heeft tot de Oorspronkelijke Beslissing:

- Euroscop heeft meegewerkt aan het postcodeonderzoek van het Auditoraat (Stuk 1, p. 24);*
- De positie van Euroscop was een cruciaal element in de marktbevraging en de conclusies van het Auditoraat (Stuk 1, p. 45, 78, 84, en 86-88);*
- Euroscop heeft gedetailleerde schriftelijke opmerkingen neergelegd die volledig zijn weergegeven in de Oorspronkelijke (en Bestreden) Beslissing; en*
- Het belang van Euroscop is erkend en Euroscop is gehoord door het Mededingingscollege ter zitting van 23 mei 2017.*

26. Het past dan ook in deze juridische logica dat de BMA aan Euroscop de Bestreden Beslissing ter kennis heeft gebracht per aangetekende brief d.d. 15 mei 2018 (Stuk 8) overeenkomstig de bepalingen van artikel IV.65 WER. Artikel IV.65 WER stelt expliciet dat "[d]e beslissingen van het Mededingingscollege en van de voorzitter door het secretariaat van de Belgische Mededingingsautoriteit bij een aangetekende brief met ontvangstbewijs ter kennis [worden] gebracht van de partijen, de klagers en de minister alsook van elke persoon die overeenkomstig artikel IV.45, §5, of artikel IV.60, §2, een belang kan doen gelden en die aan het Mededingingscollege gevraagd heeft te worden gehoord".

27. Voorts werd Euroscop in de brief van 15 mei 2018 expliciet geïnformeerd over het feit dat de Bestreden Beslissing vatbaar was "voor hoger beroep bij het Hof van beroep te Brussel binnen een termijn van 30 dagen die loopt vanaf de datum van de kennisgeving en dit volgens de bepalingen van artikel IV. 79 van het Wetboek van economisch recht".

5.1.5.

De criteria van de artikelen 17 en 18 Ger. W. zijn niet deze die het Marktenhof dient in acht te nemen voor het beoordelen van de vraag of een verzoekende partij een afdoende belang heeft om een beroep bij het Marktenhof in te stellen (artikel IV.79 § 3 WER bepaalt als *lex specialis* wie afdoende belang heeft – zie hiervoor -).

De enkele omstandigheid dat de bestreden beslissing aan EUROSCOOP NV ter kennis werd gebracht per aangetekende brief d.d. 15 mei 2018 (haar stuk 8) overeenkomstig de bepalingen van artikel IV.65 WER volstaat opdat zij voldoende belang zou hebben - in het licht van voornoemde *lex specialis* - om een beroep in te stellen.

Het door EUROSCOOP NV ingestelde beroep is ontvankelijk.

5.2. De problematiek van de wijze waarop de bestreden beslissing te dezen feitelijk werd getroffen (daarin begrepen de problematiek van de samenstelling van de BMA ter gelegenheid van het nemen van de bestreden beslissing) :

5.2.1.

Overeenkomstig boek IV van het WER – anders dan de Europese regels inzake concentratiecontrole¹⁰ – bepaalt de wetgever niet wat het lot van de zaak is nadat het Marktenhof een concentratiebeslissing van het Mededingingscollege of de auditeur heeft vernietigd.

5.2.2.

EUROSCOOP NV laat gelden dat de bestreden beslissing ten onrechte genomen is door dezelfde fysieke leden van de BMA die de, voorheen door het Marktenhof vernietigde, beslissing hadden genomen.

EUROSCOOP NV laat als toelichting bij het door haar ingeroepen middel *“van openbare orde: de bestreden beslissing had door het mededingingscollege in een andere samenstelling moeten worden genomen”* gelden:

- *“De principes van artikel 828 Ger. Wb. kunnen ook van toepassing zijn op andere personen dan de rechters van de rechterlijke orde wanneer de wet het voorziet, oftewel “les principes de l'article 828 du Code judiciaire peuvent s'appliquer à d'autres personnes que des juges de l'ordre judiciaire lorsque la loi le prévoit.”¹¹*
- *De overwegingen volgens dewelke een beslissing van de leden van het betrokken College kunnen beschouwd worden als een beslissing van een administratieve overheid met rechtspersoonlijkheid en die beslist, na vernietiging van een beslissing, in hetzelfde stadium als voor de vernietiging, zijn in casu irrelevant, oftewel “Les considérations en vertu desquelles la décision des membres du Collège litigieux peut être considérée comme une décision d'une autorité administrative dotée de la personnalité juridique et qui statue, après l'annulation d'une décision, au même stade qu'avant l'annulation, sont sans pertinence [...]”¹².*

¹⁰ Zie art. 10, 5° lid van de Concentratieverordening: ‘Wanneer het Hof van Justitie een arrest wijst waarbij een beschikking van de Commissie[...], geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, wordt de concentratie door de Commissie opnieuw onderzocht met het oog op het geven van een beschikking overeenkomstig artikel 6, lid 1. De concentratie wordt opnieuw onderzocht in het licht van de marktomstandigheden. De aanmeldende partijen dienen onverwijld een nieuwe aanmelding in of vullen de oorspronkelijke aanmelding aan, indien de oorspronkelijke aanmelding onvolledig is geworden doordat er zich wijzigingen hebben voorgedaan in de marktomstandigheden of in de verstrekte informatie. Indien er zich geen dergelijke wijzigingen hebben voorgedaan, leggen de partijen onverwijld een verklaring in die zin af. De in lid 1 gestelde termijnen vangen aan op de eerste werkdag na de ontvangst van volledige gegevens in een nieuwe aanmelding, van een aanvullende aanmelding of van een verklaring zoals bedoeld in de derde alinea. [...]’.

Ook op Europees vlak geldt dat de Commissie, na vernietiging van een concentratiebeslissing, een nieuwe beslissing zal nemen in het licht van gewijzigde marktomstandigheden en desgevallend op grond van een nieuwe aanleiding.

¹¹ Stuk 10, p. 13.

¹² *Ibid.*

- *[De leden van het College] hebben de beslissing genomen die het voorwerp is van de vernietiging door het Marktenhof bij arrest van 27 juni 2018, en bijgevolg kunnen dezelfde fysieke personen geen deel uitmaken van het Mededingingscollege dat geroepen is om de nieuwe beslissing te nemen die de vernietigde beslissing zal vervangen, oftewel "[Les membres du Collège] ont pris la décision qui a fait l'objet de l'annulation par la Cour des marchés par arrêt du 27 juin 2018, ces mêmes personnes physiques ne peuvent dès lors plus faire partie du Collège de la concurrence qui est appelé à prendre la (nouvelle) décision qui remplacera la décision annulée."*

In casu moet men vaststellen dat :

- o *Euroscop nooit is opgeroepen voor het Mededingingscollege - en op geen enkel ogenblik is geïnformeerd dat het College, in dezelfde samenstelling, de procedure had heropend. Bijgevolg heeft Euroscop nooit de kans gekregen om de wrakingsprocedure te initiëren.*
- o *De samenstelling van het Mededingingscollege, zowel wat betreft de Oorspronkelijke Beslissing als in de Bestreden Beslissing is identiek: de Heer David Szafran, de Heer Gerben Pauwels, en Mevr. Peggy Valcke.*

Op basis van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel d.d. 7 augustus 2018 inzake GCL en TOPS Trading Belgium, konden dezelfde leden van het Mededingingscollege in de Oorspronkelijke Beslissing niet zetelen in de procedure die geleid heeft tot de Bestreden Beslissing."

5.2.3.

EUROSCOOP NV verwijst dienaangaande naar een arrest van 7 augustus 2018¹³ waarin het Marktenhof - in een geschil waarbij de leden van de BMA gewraakt werden - beslist heeft dat er effectief aanleiding was tot wraking en dat het nemen van een beslissing, na een door het Marktenhof bij een eerder arrest vernietigde beslissing van de BMA, moest overgedaan worden door de BMA maar in een andere samenstelling.

EUROSCOOP NV betwist de rechtmatigheid van de thans bestreden beslissing, zij stelt niet enkel "*Middel 1 van Openbare Orde: De Bestreden Beslissing had door het Mededingingscollege in een andere samenstelling moeten worden genomen*", maar tevens : "*Euroscop nooit is opgeroepen voor het Mededingingscollege - en op geen enkel ogenblik is geïnformeerd dat het College, in dezelfde samenstelling, de procedure had heropend. Bijgevolg heeft Euroscop nooit de kans gekregen om de wrakingsprocedure te initiëren. De samenstelling van het Mededingingscollege, zowel wat betreft de Oorspronkelijke Beslissing als in de Bestreden Beslissing is identiek: de Heer David Szafran, de Heer Gerben Pauwels, en Mevr. Peggy Valcke*" en : "*vooraleer dieper in te gaan op de hierboven aangehaalde middelen, meent Euroscop dat het belangrijk is om te duiden dat het originele opheffingsverzoek in 2017, alsook de Bestreden Beslissing, door het Auditoraat en het Mededingingscollege werden behandeld volgens de regels*

¹³ Cour des marchés 2018/AR/1293.

die gelden inzake concentratietoezicht. Doorheen dit verzoekschrift wordt er door Eurocoop dan ook van uitgegaan dat de regels inzake concentratietoezicht gelden over de algehele procedure. Dit wordt noch door de BMA, noch door Kinopolis betwist."

EUROSCOOP NV betwist aldus dat het Mededingingscollege van de BMA, zoals deze dit in de bestreden beslissing heeft gedaan, deze beslissing oprechtsgeldige wijze kon treffen. De BMA heeft kennis genomen van dit middel en heeft zich daarop kunnen verdedigen (zie de conclusie pagina 19 tot 24, randnummers 40 tot 60 : onder de hoofding "*het mededingingscollege heeft geen procedurele vereiste miskend bij het aannemen van de bestreden beslissing*").

De rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen niet miskent ¹⁴.

5.2.4.

Wanneer het Marktenhof inzake concentraties, waar het Hof enkel over de rechtsmacht beschikt om de beslissing al dan niet te vernietigen, een beslissing van het Mededingingscollege van de BMA vernietigt, dan heeft deze vernietiging gevolgen *ex tunc*, dit wil zeggen, dan geldt de juridische fictie dat er geen beslissing is genomen.

Opdat het Mededingingscollege van de BMA een (nieuwe) beslissing zou kunnen nemen, is het onontbeerlijk dat de volledige rechtspleging zoals zij in boek IV van het WER is gesteld, zou nageleefd worden. Het kan met name niet zo zijn dat het Mededingingscollege van de BMA er zich toe beperkt, in dezelfde samenstelling een soort "reparatiebeslissing" te nemen, daarmee

¹⁴ Cass. 28 september 2012, <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer C.12.0049.N; *JLMB* 2013, 1297, noot VAN DROOGHENBROECK, J.; *RW* 2012-13, 895, concl. VANDEWAL, C., noot VAN DONINCK, J.; *TBBR* 2013, 234, noot TANGHE, T. – zie ook: VAN DONINCK, J., Grenzen aan de taak van de rechter als hoeder van het algemeen belang, *RW* 2012-13, 897-899 - VAN DROOGHENBROECK, J., *Chronique de l'office du juge*, *JLMB* 2013, 1307-1320.

bedoelt het Marktenhof een beslissing waarbij getracht wordt om de vernietigde beslissing - die vernietigd werd omwille van een motiveringsgebrek - een beetje beter te motiveren, anders gesteld, het kan niet zo zijn dat het Mededingingscollege van de BMA de beslissing eigenlijk behoudt mits enige motieven toe te voegen aan de vernietigde beslissing (om tegemoet te komen aan het motiveringsgebrek en de beslissing zelf voor het overige integraal onverkort te laten).

Opdat een rechtsgeldige "nieuwe" beslissing zou kunnen genomen worden - die ingevolge voornoemde juridische fictie de enige beslissing is - dient de rechtspleging *ab initio* hernomen te worden.

De Voorzitter van de BMA dient het Mededingingscollege samen te stellen conform artikel IV.21 WER en de rechtspleging dient hernomen te worden zoals deze geregeld is in de artikelen IV.58 en volgende WER.

Nadat de voorzitter van de BMA het Mededingingscollege samengesteld heeft, beschikken de belanghebbenden immers over alle middelen tot rechtsbescherming zoals deze door het WER zijn vastgelegd.

Dit betekent evenwel niet dat bijvoorbeeld alle onderzoeks-daden die niet het voorwerp van vernietiging zijn *ab ovo* moeten overgedaan worden maar wel dat alle stappen van de besluitvorming minstens moeten geactualiseerd worden tot op het moment van het opstellen van de motivering die leidt naar de nieuwe beslissing.

Zo moet voor elke stap van het onderzoek, voor hetwelk er geen nieuw onderzoek *ab ovo* wordt verricht, verduidelijkt worden waarom het voorheen gevoerde onderzoek niets aan relevantie heeft ingeboet, dan wel welke de nieuwe elementen zijn die intussen aan het onderzoek moeten toegevoegd worden en welke hun impact is op de besluitvorming zelf.

5.2.5.

Te dezen is het niet betwist dat, zonder enige kennisgeving, het Mededingingscollege van de BMA (in dezelfde samenstelling en zonder dat enige maatregel van samenstelling werd genomen) de thans bestreden "reparatie" beslissing heeft genomen.

Van zodra er een beslissing is genomen door het Mededingingscollege van de BMA, kan er geen rechtspleging van wraking meer ingesteld worden. Eens de beslissing genomen is kan zij weliswaar bestreden worden, doch niet (meer) op grond van een rechtspleging van wraking en al evenmin door de rechtspleging van wraking *mutatis mutandis* toe te passen nadat een beslissing werd genomen.

Artikel IV.32 eerste lid WER stelt: *“de voorzitter, de assessor-ondervoorzitter of de voor een zaak aangeduide assessoren, de auditeur-generaal en de door hem aangeduide auditeurs kunnen worden gewraakt om de redenen vermeld in artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek”*.

Uit deze bepaling volgt dat het voor de wetgever cruciaal is dat de belanghebbenden de mogelijkheid moeten krijgen om desgevallend één of meer leden, die aangeduid zijn conform artikel IV.21 WER - om het Mededingingscollege te vormen voor wat de beoordeling betreft van de betreffende concentratie - te wraken.

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid maken de grondpijlers uit van elke beoordeling ongeacht of het gaat om een beoordeling die leidt tot de beslissing van een rechter dan wel tot de beslissing van een administratieve overheid.

Dit is te dezen des te meer zo, nu de wetgever in de *lex specialis* (WER) expliciet heeft bepaald dat de regels van artikel 828 Ger. W. *mutatis mutandis* toepasselijk zijn en dit hoewel de leden van het Mededingingscollege geen rechters zijn in de zin van het Ger. W.

De wraking strekt ertoe te beletten dat bepaalde personen - wiens onpartijdigheid *sensu lato* betwist wordt - een beslissing zouden nemen.

In het kader van artikel IV.32 WER heeft het Marktenhof bij arrest van 7 augustus 2018 ¹⁵ onder meer overwogen :

« De vereiste onpartijdigheid is echter het element dat het artikel 828, 9° Ger. W. rechtvaardigt op een zodanige manier dat elke aanslag op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid een in overweging te nemen element is om te onderzoeken of er een mogelijke schending voorligt van artikel 828, 9° Ger. W.

In dit opzicht moet zelfs een schijn van vooringenomenheid moet worden vermeden”

[letterlijk in de Franse taal : “L’impartialité requise est cependant l’élément qui justifie l’article 828, 9° du Code judiciaire de telle sorte que toute atteinte à l’indépendance et à l’impartialité est un élément à prendre en considération pour examiner la violation éventuelle de l’article 828, 9° du Code judiciaire.

¹⁵ Referte zie hiervoor.

A ce titre, même une apparence de partialité doit être évitée
¹⁶.]

en verder :

« Op grond van artikel 1068 Ger. W. heeft het hoger beroep een devolutieve werking, hetgeen juist tot gevolg heeft dat het nooit dezelfde rechter is die beslist na beroep (behalve wanneer de beslissing is bevestigd), maar dat de rechter in hoger beroep uitspraak doet in de plaats van de eerste rechter. De rechter – die zijn beslissing hervormd ziet – kan niet 'een tweede keer' recht spreken. De rechter wiens beslissing wordt hervormd beschikt niet over een tweede kans om te trachten om een beslissing te nemen die niet bekritiseerd zal worden in hoger beroep. Wanneer een rechtelijke beslissing vernietigd wordt door het Hof van cassatie wordt de zaak verwezen naar een andere rechtbank van hetzelfde niveau. Wanneer er geen andere rechtbank van hetzelfde niveau bestaat (dit is bijvoorbeeld het geval voor het Marktenhof), dan wordt de zaak terugverwezen naar dezelfde rechtbank, maar "anders samengesteld". Er moet dus aangezien worden dat het feit dat na de nietigverklaring van een rechterlijke beslissing, de verwijzing geschiedt naar een ander rechter of naar dezelfde" rechter, anders samengesteld, het gemeen recht inzake het gerechtelijk recht uitmaakt.

De rechtvaardiging van dit principe is de vrees van vooringenomenheid of de vrees voor een schijn van vooringenomenheid.

De rechter die een eerste maal een beslissing nam in een zaak, en naar wie de zaak terugverwezen wordt na de vernietiging van zijn eerste beslissing, riskeert geneigd te zijn om gewoon zijn initiële motivering te verbeteren om beter de besluitvorming tot dewelke hij de eerste keer was gekomen te rechtvaardigen, eerder dan over te gaan tot een nieuw totaal onpartijdig onderzoek van de zaak.

Een dergelijk risico zou duidelijk aanwezig zijn indien dezelfde leden van het College van de BMA moeten beslissen opnieuw over de maatregelen die zij hebben genomen op 20 december 2017 en die vernietigd werden door het Hof op grond van een gebrek in de motivering. »

[letterlijk in het Frans : « En vertu de l'article 1068 du Code judiciaire, l'appel a un effet dévolutif ce qui a précisément

¹⁶ Comp. : Bruxelles (1re ch.) 29 mars 2011, TBO 2011, 176.

comme conséquence que ce n'est jamais le même juge qui statuera après appel (sauf lorsque sa décision est confirmée), mais que c'est le juge d'appel qui statue en lieu et place du premier juge. Le juge – qui voit son jugement réformé – ne peut pas se prononcer 'une seconde fois'. Le juge dont le jugement est réformé ne dispose pas d'une deuxième chance pour essayer de rendre une décision qui ne sera pas critiquable par la voie de l'appel. Lorsqu'une décision judiciaire est annulée par la Cour de cassation, la cause est renvoyée à une autre juridiction du même degré. Lorsqu'il n'y a pas une autre juridiction du même degré (ce qui est par exemple le cas pour la Cour des marchés), la cause est renvoyée à la même juridiction mais « autrement composée ». Il y a donc lieu de considérer qu'après l'annulation d'une décision, le renvoi à une autre juridiction ou à la même juridiction autrement composée, constitue le droit commun en droit judiciaire.

La justification de ce principe est la crainte de préjugé ou d'apparence de préjugé. Le juge qui a une première fois pris une décision dans une affaire, et à qui l'affaire est renvoyée après annulation de sa première décision, risque d'être enclin à simplement améliorer sa motivation initiale pour mieux justifier la conclusion à laquelle il était déjà arrivé la première fois, plutôt que de procéder à un nouvel examen totalement impartial de l'affaire. Un tel risque serait manifestement présent en l'espèce si les mêmes membres du Collège de l'ABC devaient se prononcer une seconde fois sur les mesures provisoires qu'ils ont prises le 20 décembre 2017 et qui ont été annulées par la Cour en raison d'un vice de motivation. »]

5.2.6.

Het is te dezen zo, dat aan EUROSCOOP NV, door de wijze van handelen van het Mededingingscollege van de BMA, de mogelijkheid tot het toepassen van de regels van artikel IV.32 WER, werd ontzegd.

Te dezen heeft EUROSCOOP NV de vraag naar de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de leden van het Mededingingscollege van de BMA - de

fysieke personen die de beslissing hebben genomen – niet door het Marktenhof kunnen laten toetsen voordat de (reparatie) beslissing werd genomen.

Aan de belanghebbenden de mogelijkheid ontnemen om een controleerbaar proces te voeren dit wil zeggen een proces waarvan de wettelijkheid ten allen tijde door het Marktenhof kan getoetst worden, druist in tegen de regels van openbare orde met betrekking tot de procesvoering.

Deze grief alleen en het eruit geputte middel, is gegrond en rechtvaardigt de vernietiging van de thans bestreden beslissing.

6. Beslissing,

Het door EUROSCOOP NV ingestelde beroep is ontvankelijk en gegrond.

De tussenkost van KINEPOLIS GROUP NV is ontvankelijk maar zonder voorwerp.

7. De kosten,

Overeenkomstig de wet van 21 april 2007 en het KB van 26 oktober 2007 wordt de rechtsplegingvergoeding begroot op de basisvergoeding van € 1.440,00.

Overeenkomstig artikel IV.66 § 2, tweede lid WER worden de beslissingen van het Marktenhof bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad en ter kennis gebracht van de partijen door toedoen van de betrokken griffie, bij aangetekende brief met ontvangstbewijs. Het past dienvolgens de BMA in haar hoedanigheid van in het ongelijk gestelde partij te veroordelen tot het ten laste nemen en provisioneren van de kosten van bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, invorderbaar op aanbieden van de kostenstaat van het Belgisch Staatsblad.

OM DEZE REDENEN,**HET MARKTENHOF**

Gezien artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

Geeft aan KINEPOLIS GROUP NV akte van haar vrijwillige tussenkomst;

Verklaart het door EUROSCOOP NV ingestelde beroep ontvankelijk en gegrond;

Verklaart de tussenkomst van KINEPOLIS GROUP NV ontvankelijk maar zonder voorwerp.

Vernietigt de beslissing van 26 april 2018 (BMA-2018-C/C-12);

Veroordeelt de BMA tot de kosten van het geding, de rechtsplegingvergoeding ten voordele van EUROSCOOP NV begroot op € 1.440,00;

Veroordeelt de BMA tot het ten laste nemen en provisioneren van de kosten van bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, invorderbaar op-aanbieden van de kostenstaat van het Belgisch Staatsblad (artikel IV.66 § 2, tweede lid WER);

Laat de kosten voor KINEPOLIS GROUP NV ten hare laste.

* * *

* * *

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 21 november 2018
door

M. BOSMANS	Raadsheer dd. voorzitter
K. PITEUS	Raadsheer
C. VERBRUGGEN	Raadsheer
B. HEYMANS	Griffier



B. HEYMANS



C. VERBRUGGEN



K. PITEUS

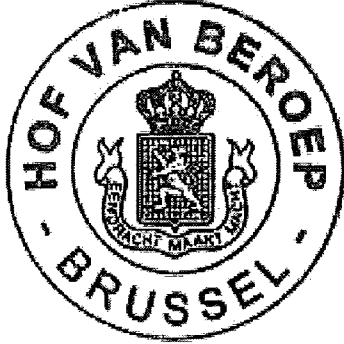


M. BOSMANS

Eensluidend verklaarde kopie
Afgeleverd aan: BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

art. Economische Mededinging
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Brussel, 13-12-2018




B. VANDERGUCHT
Griffier