Uitgifte

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

Repertoriumnummer
2022 / 6788
Datum van uitspraak
5 oktober 2022
Rolnummer
2022/AR/695 &2022/AR/708

× Niet aan te bieden aan de ontvanger

N°

Voorlopige maatregelen

Ten gronde:

22/2/2023 om 9u30

Hof van beroep Brussel

Sectie Marktenhof
19de kamer A
Kamer voor marktzaken

Arrest

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00002914668-0001-0021-02-01-1

1. **ADS & DATA NV,** (ON 0809.309.701) met maatschappelijke zetel gevestigd te 1800 VILVOORDE, Harensesteenweg 226, vertegenwoordigd door de heer VAN WICHELEN Christophe in zijn hoedanigheid van bestuurder en Eiferman BV, vertegenwoordigd door dhr. VERWEE Koen, in zijn hoedanigheid van bestuurder.

Appellant of verzoekende partij,

vertegenwoordigd door mr. DE MEESE Thomas en Van Nieuwenborgh Marieke, advocaten te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7
vertegenwoordigd door mr. L'ECLUSE Peter en De Meeus Charlotte, advocaten te 1170 WATERMAAL-BOSVOORDE, Terhulpsesteenweg 166 (Glaverbel building)

tegen

1. **BELGISCHE MEDEDINGINSAUTORITEIT**, ON 0535.765.741, met maatschappelijke zetel te 1210 SINT-JOOST-TEN-NODE, City Atrium, 6de verdieping, Vooruitgangsstraat 50,
geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. RYELANDT Grégoire, DE FAUW Jasper en RYS M, advocaten te 1050 BRUSSEL, Eugène Flageyplein 7,

In aanwezigheid van :

1. **DPG MEDIA NV**, ON 0432.306.234, c/o Me VAN SCHOORISSE Melissa, 1210 SINT-JOOST-TEN-NODE, Bolwerklaan 21,
partij,

vertegenwoordigd door mr. YSEWYN Johan, VAN KRUIJSDIJK L. en WETTINCK C., advocaten te 1210 SINT-JOOST-TEN-NODE, Bolwerklaan 21,

2. **ROSSEL & CIE SA**, ON 0403.537.816, c/o Me DE BACKER Marjolein, 1050 ELSENE, Louizalaan 480 bus 13a,
partij,

vertegenwoordigd door mr. DE BACKER Marjolein, advocaat te 1050 ELSENE, Louizalaan 480 bus 13a

3. **RTL BELGIUM SA**, ON 0428.201.847, c/o Mr WIJCKMANS Frank, 1831 MACHELEN, Grensstraat 7,
partij,

vertegenwoordigd door mr. WIJCKMANS Emmelie, advocaat te 1831 MACHELEN, Grensstraat 7

4. **NOSTALGIE SA**, ON 0442.436.893, met maatschappelijke zetel te 1140 EVERE, Leuvensesteenweg 775,
partij,

vertegenwoordigd door mr. WOUTERS Jan, advocaat te 1170 WATERMAAL-BOSVOORDE, Terhulpsesteenweg 166

5. **NRJ SA**, ON 0443.136.382, met maatschappelijke zetel te 1140 EVERE, Leuvensesteenweg 775,
partij,

vertegenwoordigd door mr. WOUTERS Jan, advocaat te 1170 WATERMAAL-BOSVOORDE, Terhulpsesteenweg 166

6. **IPM GROUP SA**, ON 0403.508.716, met maatschappelijke zetel te 1040 ETTERBEEK, Frankenstraat 79,
partij,

vertegenwoordigd door mr. STAS Karl, advocaat te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

7. **SBS BELGIUM NV**, ON 0473.307.540, met maatschappelijke zetel te 1800 VILVOORDE, Harensesteenweg 224,
partij,

vertegenwoordigd door mr. DE MEESE Thomas, advocaat te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

8. **TELENET BV**, ON 0473.416.418, met maatschappelijke zetel te 2800 MECHELEN, Liersesteenweg 4,
partij,

vertegenwoordigd door mr. DE MEESE Thomas, advocaat te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

9. **MEDIAHUIS NV**, ON 0439.849.666, met maatschappelijke zetel te 2050 ANTWERPEN, Katwilgweg 2,
partij,

vertegenwoordigd door mr. ARTS Dirk, advocaat te 1150 SINT-PIETERS-WOLUWE, Tervurenlaan 268A

10. **VLAANDEREN EEN NV**, ON 0890.243.036, met maatschappelijke zetel te 2050 ANTWERPEN, Katwilgweg 2,
partij,

vertegenwoordigd door mr. ARTS Dirk, advocaat te 1150 SINT-PIETERS-WOLUWE, Tervurenlaan 268A

11. **ADS & DATA**, ON 0809.309.701, met maatschappelijke zetel te 1800 VILVOORDE, Harensesteenweg 226,
partij,

vertegenwoordigd door mr. L'ECLUSE Peter, advocaat te 1170 WATERMAAL-BOSVOORDE, Terhulpsesteenweg 166 (Glaverbel building)

12. **RMB**, ON 0427.916.686, met maatschappelijke zetel te 1040 ETTERBEEK, Louis Schmidtlaan 2,
partij,

vertegenwoordigd door mr. SZAFRAN David, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 250 5th Floor

13. **RTBF**, ON 0223.459.690, met maatschappelijke zetel te 1030 SCHAARBEEK, Auguste Reyerslaan 52,
partij,

vertegenwoordigd door mr. SZAFRAN David, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 250 5th Floor

14. De **MINISTER VAN WERK EN ECONOMIE**, vertegenwoordigd door de heer DERMAGNE Pierre-Yves, met burelen gevestigd te 1000 BRUSSEL, Hertogstraat 59-61,
partij,

en (2022/AR/708)

1. **IPM GROUP NV**, ON 0403.508.716, c/o Mr STAS Karl, 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7,
Appellant of verzoekende partij,

vertegenwoordigd door mr. STAS Karl, advocaat te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

tegen

1. **DE BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT**, ON 0535.765.741, met maatschappelijke zetel te 1210 SINT-JOOST-TEN-NODE, City Atrium, 6de verdieping, Vooruitgangsstraat 50,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. RYELANDT Grégoire, DE FAUW Jasper en RYS M, advocaten te 1050 BRUSSEL, Eugène Flageyplein 7,

in aanwezigheid van:

1. **DPG MEDIA NV**, ON 0432.306.234, c/o Me VAN SCHOORISSE Melissa, 1210 SINT-JOOST-TEN-NODE, Bolwerklaan 21
partij,

vertegenwoordigd door mr. YSEWYN Johan, VAN KRUIJSDIJK L. en WETTINCK C., advocaten te 1210 SINT-JOOST-TEN-NODE, Bolwerklaan 21,

2. **ROSSEL & CIE SA**, ON 0403.537.816, c/o Mr DE BACKER Marjolein, 1050 ELSENE, Louizalaan 480 bus 13a,
partij,

vertegenwoordigd door mr. DE BACKER Marjolein, advocaat te 1050 ELSENE, Louizalaan 480 bus 13a

3. **RTL BELGIUM SA**, ON 0428.201.847, c/o Mr. WIJCKMANS Frank, 1831 MACHELEN, Grensstraat 7,
partij,

vertegenwoordigd door mr. WIJCKMANS Emmelie, advocaat te 1831 MACHELEN, Grensstraat 7

4. **NOSTALGIE SA**, ON 0442.436.893, met maatschappelijke zetel te 1140 EVERE, Leuvensesteenweg 775,
partij,

vertegenwoordigd door mr. WOUTERS Jan, advocaat te 1170 WATERMAAL-BOSVOORDE, Terhulpsesteenweg 166

5. **IPM GROUP SA**, ON 0403.508.716, met maatschappelijke zetel te 1040 ETTERBEEK, Frankenstraat 79,
partij,

vertegenwoordigd door mr. STAS Karl, advocaat te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

6. **SBS BLGIUM NV**, ON 0473.307.540, met maatschappelijke zetel te 1800 VILVOORDE, Harensesteenweg 224,
partij,

vertegenwoordigd door mr. DE MEESE Thomas, advocaat te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

7. **TELENET BV**, ON 0473.416.418, met maatschappelijke zetel te 2800 MECHELEN, Liersesteenweg 4,
partij,

vertegenwoordigd door mr. DE MEESE Thomas, advocaat te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

8. **NRJ S.A.**, ON 0443.136.382, met maatschappelijke zetel te 1140 BRUSSEL, Leuvensesteenweg 775,
partij,

vertegenwoordigd door mr. WOUTERS Jan, advocaat te 1170 WATERMAAL-BOSVOORDE, Terhulpsesteenweg 166

9. **MEDIAHUIS N.V.**, ON 0439.849.666, met maatschappelijke zetel te 2050 ANTWERPEN, Katwilgweg 2,
partij,

vertegenwoordigd door mr. ARTS Dirk, advocaat te 1150 SINT-PIETERS-WOLUWE, Tervurenlaan 268A

10. **VLAANDEREN EEN N.V.**, ON 0890.243.036, met maatschappelijke zetel te 2050 ANTWERPEN, Katwilgweg 2,
partij,

vertegenwoordigd door mr. ARTS Dirk, advocaat te 1150 SINT-PIETERS-WOLUWE, Tervurenlaan 268A

11. **ADS & DATA N.V.**, ON 0809.309.701, met maatschappelijke zetel te 1800 VILVOORDE, Harensesteenweg 226,
partij,

vertegenwoordigd door mr. DE MEESE Thomas, advocaat te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7
vertegenwoordigd door mr. L'ECLUSE Peter, advocaat te 1170 WATERMAAL-BOSVOORDE, Terhulpsesteenweg 166 (Glaverbel building)

12. **REGIE MEDIA BELGIE N.V.**, ON 0427.916.686, met maatschappelijke zetel te 1040 BRUSSEL, Louis Schmidtlaan 2,
partij,

vertegenwoordigd door mr. SZAFRAN David, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 250 5th Floor

13. **R.T.B.F.**, RADIO-TELEVISION BELGE DE LA COMMUNAUTE FRANCAISE, 1030 BRUSSEL, Auguste Reyerslaan 52 CIT,
partij,

vertegenwoordigd door mr. SZAFRAN David, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 250 5th Floor

14. **MINISTER VAN WERK EN ECONOMIE**, vertegenwoordigd door de heer DERMAGNE Pierre-Yves, met burelen gevestigd te 1000 BRUSSEL, Hertogstraat 59-61,
partij,

Gelet op de Beslissing BMA-2022-C/C-08 van 29 maart 2022 van het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit in toepassing van artikel IV.66 §1-2 WER in de zaak MEDC/C-22/0004, RTL JV/Rossel/DPG Media (hierna de "**Bestreden Beslissing**");

Gelet op het verzoekschrift overeenkomstig artikel IV.90 WER namens Ads & Data van 27 mei 2022, waarmee de zaak met rolnummer 2022/AR/695 werd ingeleid (hierna "**Verzoekschrift Ads & Data**")

Gelet op de verzoekschrift overeenkomstig artikel IV.90 WER namens IPM van 30 mei 2022, waarmee de zaak met rolnummer 2022/AR/708 werd ingeleid (hierna "**Verzoekschrift IPM**");

Gelet op het verzoekschrift in vrijwillige tussenkomst in beide zaken namens DPG van 7 juni 2022;

Gelet op het verzoekschrift in vrijwillige tussenkomst in beide zaken namens Rossel & Cie van 9 juni 2022;

Gelet op het verzoekschrift in vrijwillige tussenkomst in beide zaken namens RTL Belgium van 15 juni 2022;

Gelet op de inleidingszitting van 15 juni 2022, waarbij het akkoord inzake de conclusiekalenders over de voorlopige maatregelen enerzijds en de discussie ten gronde anderzijds werden geakteerd door het Hof met toepassing van artikel 747, §1 Gerechtelijk Wetboek;

Gelet op de PV's van de inleidingszitting van 15 juni 2022;

Gelet op de conclusies beperkt tot de door verzoekende partijen gevorderde voorlopige maatregel alvorens recht te doen (artikel 19 §3 Ger.W. juncto artikel IV.90 §7 WER);

Gelet op het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst namens RTBF en RMB in beide zaken, neergelegd ter griffie op 23 augustus 2022;

Ter terechtzitting van 7 september 2022 worden de debatten beperkt tot de gevraagde voorlopige maatregelen. Na de pleidooien worden de debatten gesloten op dit punt en na in beraadneming wordt de uitspraak voorzien op 5 oktober 2022.

I. Feiten en procedurele voorgaanden

De uiteenzetting van de feiten kan als volgt samengevat worden in deze stand van het geding. Het Marktenhof herneemt hier enkel een summier feitenrelaas. Bij de verdere beoordeling wordt uiteraard rekening gehouden met het geheel van de feiten en de neergelegde dossierstukken van de partijen.

DPG Media is een grote Belgische pers- en mediagroep, met activiteiten in binnen- en buitenland. In België is DPG Media vooral actief in de Vlaamse Gemeenschap op het gebied van televisie (VTM-zenders), radio (o.a. QMusic en Joe), nieuwswebsites (o.a. hln.be, demorgen.be), dagbladen (Het Laatste Nieuws, De Morgen), tijdschriften (Dag Allemaal, Humo, Story, enz.), online diensten en reclameregie. In de Franse Gemeenschap is DPG Media voornamelijk actief op het gebied van nieuwswebsites (7sur7.be) en reclameregie (TV-reclameregie voor Discovery en Viacom).

Rossel is actief als uitgever van Franstalige dagbladen (Le Soir, Sudpresse, L'Echo) en tijdschriften (o.a. Soir Mag, Ciné Télé Revue), gratis dag- en weekbladen (Metro, Vlan), lokale radio (Maximum en Must FM), nieuwswebsites (lesoir.be, sudpresse.be, lecho.be), online diensten en reclameregie (Rossel Advertising). In de Vlaamse Gemeenschap is Rossel actief op het gebied van dagbladen (De Tijd, via een joint venture met Roularta, Mediafin) en gratis bladen (Metro, via de vennootschap Mass Transit Media die thans volledig in handen is van Rossel).

DPG Media en Rossel (samen de "**aanmeldende partijen**" en samen met RTL de "Partijen") hebben door middel van de concentratie die door de bestreden beslissing toelaatbaar is verklaard gezamenlijke zeggenschap verworven over RTL Belgium SA, Audiopresse SA, New Contact SA, Radio H SA, RTL Belux SA en RTL Belux SA & Cie SECS, evenals (indirect) alle aandelen in de dochtervennootschappen van deze vennootschappen (hierna "**RTL**" of de "**doelonderneming**").

RTL is voornamelijk actief in de Franse Gemeenschap op het gebied van televisie (RTL-TVI, Club RTL, Plug RTL), radio (Bel RTL, Radio Contact, Mint), nieuwswebsites (RTL Info) en reclameregie (via dochtervennootschap IP Belgium, die naast de zenders van RTL zelf ook de Franse zenders TF1 en TMC in België vertegenwoordigt). In de Vlaamse Gemeenschap is RTL vooral actief als reclameregie voor radio (Nostalgie Vlaanderen, NRJ Vlaanderen).

Op 28 juni 2021 hebben de aanmeldende partijen aangekondigd dat ze RTL Belgium SA, Audiopresse SA, New Contact SA, Radio H SA, RTL BELux SA en RTL BELux SA & Cie SECS evenals indirect alle aandelen in de dochterondernemingen van vermelde entiteiten gezamenlijk zouden overnemen (de "**Transactie**").

De Transactie werd formeel aangemeld bij de BMA op 13 januari 2022. De zaak kreeg het nummer: MEDE-C/C-22/0004 - RTL JV/Rossel/DPG Media.

De Transactie was het voorwerp van een pre-notificatie fase die begon op 22 juli 2021 met een eerste *briefing paper* van de Aanmeldende Partijen gevolgd door vier ontwerpen van aanmelding waarin telkens de antwoorden op de verschillende verzoeken tot inlichtingen, gericht aan de Aanmeldende Partijen, werden opgenomen. Dit pre-notificatie onderzoek resulteerde in een lijst van 14 mogelijke schadetheorieën. Deze werden door het Auditoraat aan de Aanmeldende Partijen voorgelegd in een "Eerste Aanzet van Schadetheorieën" op 22 oktober 2021. De Aanmeldende Partijen hebben hierop geantwoord en ook een bijkomende *briefing paper* neergelegd. De Aanmeldende Partijen hebben ook verschillende vergaderingen met het Auditoraat bijgewoond om meer informatie te verschaffen over de Transactie.

Het Auditoraat heeft tijdens de pre-notificatiefase ook vergaderingen gehouden met derde partijen, zoals verzoeksters. De bezwaren geuit over de Transactie door verzoeksters tijdens een vergadering op 1 september 2021 werden door het Auditoraat onder andere opgenomen in de "Eerste Aanzet van Schadetheorieën" van 22 oktober 2021. Verzoekende Partijen, en andere relevante derden (klanten, concurrenten, leveranciers, etc.), ontvingen minstens één uitgebreid verzoek tot inlichtingen in de pre-notificatie fase. Het Auditoraat organiseerde ook een online bevraging (de "**survey**") onder de voornaamste adverteerders en mediacentrales die klant zijn bij de Partijen.

Het Auditoraat zette na de notificatie haar onderzoek verder door middel van verzoeken tot inlichtingen aan de Aanmeldende Partijen, relevante derden (waaronder Verzoekende Partijen) en de online bevraging.

Dit onderzoek door het Auditoraat resulteerde in de conclusie van de Auditeur dat er geen ernstige twijfels bestaan over het belemmeren van de daadwerkelijke mededinging, behalve wat betreft een mogelijke uitsluiting van Vlaanderen Eén in de Vlaamse Gemeenschap. Deze twijfel werd door de Aanmeldende Partijen weggenomen door verbintenissen. Alle andere bezwaren die geuit werden door Verzoekende Partijen, en andere concurrenten, werden weerlegd door het onderzoek van het Auditoraat zoals besproken in het voorstel van Beslissing.

Het waren inderdaad enkel concurrenten, geen klanten of leveranciers, die tijdens de hoorzitting van 22 maart 2022 hun bezwaren tegen de Transactie uitten.

De procedure voor het Marktenhof heeft betrekking op de Beslissing van het Mededingingscollege van de BMA, BMA-2022-C/C-08 van 29 maart 2022, waarbij de Transactie onder voorwaarden werd goedgekeurd (hierna 'de Bestreden Beslissing").

Verzoekende Partijen vragen zowel de toepassing van voorlopige maatregelen als – ten gronde – de vernietiging van de bestreden beslissing.

Voorwerp van de vorderingen inzake de huidige procedure 'voorlopige maatregelen'

1. Het beroep van Verzoekende Partijen strekt er toe:

Alvorens recht te doen

- Op grond van artikel 19, derde lid Ger. W. in combinatie met artikel IV.90, §7 WER, bij wijze van maatregel alvorens recht te doen, aan de BMA te bevelen de volgende stukken uit het proceduredossier over te leggen:

1. De antwoorden van adverteerders en media-agentschappen op de verzoeken om inlichtingen die hen werden gericht;

2. De geconsolideerde resultaten van de survey die bij adverteerders en media-agentschappen werd afgenomen.

De zaak voor het overige aan te houden.

2. De BMA vraagt het Marktenhof :

De zaken te voegen en vervolgens alvorens recht te doen, uitspraak doende over het verzoek van Verzoekende Partijen tot het opleggen van een maatregel alvorens recht te doen:

de vordering van de verzoeksters ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;

ondergeschikt:

Overeenkomstig artikel IV.90 par. 7 laatste lid WER de nodige maatregelen te nemen om de vertrouwelijkheid van de gevorderde documenten te bewaren, door bijvoorbeeld de toegang tot de niet vertrouwelijke versies van de gevraagde documenten te beperken tot de raadslieden van verzoeksters waarbij deze laatste zich ertoe verbinden deze stukken niet vrij te geven aan hun respectievelijke cliënten;

nog meer ondergeschikt:

de BMA te bevelen om de verzoeksters toegang te verschaffen tot de niet vertrouwelijke versie van de resultaten van de survey bij de adverteerders en media agentschappen en de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen die werden gericht aan de adverteerders en media agentschappen;

de zaak voor het overige aan te houden.

3. De tussenkomende partijen vragen allen – ter ondersteuning van de positie van de BMA - de gevraagde voorlopige maatregel als ongegrond af te wijzen.

II. De Bestreden Beslissing

De beslissing van de BMA luidt samengevat als volgt:

Beslist het Mededingingscollege bij toepassing van artikel 66, §1, 2de en §2 1ste WER:

1. Dat de concentratie aangemeld bij de Belgische Mededingingsautoriteit onder nr. MEDE C/C-22/0004 binnen het toepassingsgebied valt van de regels inzake concentratietoezicht in Boek IV WER,

2. Dat het verwerven van de gezamenlijke zeggenschap door DPG Media NV en Rossel & Cie SA (de aanmeldende partijen) over RTL Belgium SA, Audiopresse SA, New Contact SA, Radio H SA, RTL BELux SA en RTL BELux SA & Cie SECS, aangemeld bij de Belgische Mededingingsautoriteit onder nr. MEDE-C/C-22/0004, toelaatbaar is onder voorwaarde dat de aanmeldende partijen de verbintenissen nakomen die zij op 23 maart 2022 hebben neergelegd en die opgenomen zijn in bijlage bij deze beslissing waar zij integraal deel van zijn;

3. Dat het verwerven van de gezamenlijke zeggenschap door DPG Media NV en Rossel & Cie SA (de aanmeldende partijen) over IPB, Inadi SA en Cobelfra SA aangemeld bij de Belgische Mededingingsautoriteit onder nr. MEDE-C/C-22/0004 toelaatbaar is onder voorwaarde dat de aanmeldende partijen de verbintenissen nakomen die zij op 23 maart 2022 hebben neergelegd en die opgenomen zijn in bijlage bij deze beslissing waar zij integraal deel van zijn;

4. Dat:

a. Indien betwisting ontstaat over de interpretatie, uitvoerbaarheid of het respecteren van de verbintenissen bedoeld onder (2) en (3) in dit dispositief, de aanmeldende partijen zich tot de auditeur-generaal kunnen wenden. De auditeur-generaal of een door hem aangestelde auditeur zijn bevoegd om deze verbintenissen te interpreteren en op het respecteren er van toe te zien bij toepassing van artikel IV.26, §3,7° WER.

b. Indien de interpretatie of een beslissing van de auditeur-generaal of de door hem aangestelde auditeur betwist wordt, of gemeend wordt dat de maatregelen dienen te worden gewijzigd of ingetrokken, de aanmeldende partijen of de auditeurgeneraal of de door hem aangestelde auditeur de voorzitter kunnen vragen om een verbintenis te interpreteren, te herzien of in te trekken.

c. Indien de auditeur-generaal oordeelt dat een onder (2) en (3) in dit dispositief opgelegde verbintenis niet naar behoren wordt uitgevoerd, kan hij de voorzitter vragen om een dwangsom op te leggen.

d. Indien de voorzitter gevat wordt, wordt dat verzoek onverwijld door het Secretariaat meegedeeld aan de andere betrokkene. Die moet over een termijn van vijf werkdagen beschikken om op dit verzoek te antwoorden. De voorzitter vat het College dat zal beslissen op de stukken tenzij de voorzitter een zitting organiseert.

Aldus beslist op 29 maart 2022 door het Mededingingscollege samengesteld uit Jacques Steenbergen, voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit en van het Mededingingscollege, Jan Blockx en Isabelle Buelens, assessoren van de Belgische Mededingingsautoriteit.

III. Juridisch kader

Artikel 19.3 Ger.W.

Alvorens recht te doen, kan de rechter, in elke stand van de rechtspleging, een voorafgaande maatregel bevelen om de vordering te onderzoeken of een tussengeschil te regelen dat betrekking heeft op een dergelijke maatregel, dan wel de toestand van de partijen voorlopig te regelen. De meest gerede partij kan hiertoe de zaak in elke stand van het geding voor de rechter brengen bij eenvoudig schriftelijk verzoek neergelegd ter of toegezonden aan de griffie [[2] in zoveel exemplaren als er partijen in het geding zijn, vermeerderd met één][2]; de griffier roept de partijen en, in voorkomend geval, hun advocaat op bij gewone brief of, ingeval de partij verstek heeft laten gaan op de inleidingszitting en geen advocaat heeft, bij gerechtsbrief.) [2] Bij deze oproeping wordt een exemplaar van het verzoek gevoegd.

Artikel IV.90 par 7 WER:

§ 7. Het Marktenhof kan te allen tijde de personen die partij waren in de procedure die leidde tot het nemen van de aangevochten beslissing [[3] of handeling][3] van rechtswege in de zaak betrekken, als het hoofdberoep of het incidenteel beroep hun belangen of verplichtingen kan aantasten. Het Marktenhof kan de Belgische Mededingingsautoriteit verzoeken om de mededeling van het proceduredossier.
De minister kan zijn schriftelijke opmerkingen bij de griffie van het hof van beroep te Brussel indienen en het dossier ter plaatse op de griffie raadplegen. Het Marktenhof stelt de termijnen vast waarbinnen deze opmerkingen moeten worden ingediend. De griffie brengt deze opmerkingen ter kennis van de partijen.

Het Marktenhof regelt de vertrouwelijkheid van de documenten en gegevens. Het neemt doeltreffende maatregelen om vertrouwelijke documenten en gegevens te beschermen.

Artikel 47 van het EU handvest van de grondrechten :

Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.

Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.

Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.

IV. Bespreking en beoordeling door het Marktenhof beperkt tot de gevraagde voorlopige maatregelen

Vooraf: de voeging van beide zaken

De BMA vordert dat de zaken met rolnummers 2022/AR/695 en 2022/AR/708 in toepassing van artikel 30 Gerechtelijk Wetboek worden gevoegd. Ten gronde betreffen zij hetzelfde voorwerp, namelijk een vernietigingsberoep tegen de Bestreden Beslissing. Ook inzake de maatregel alvorens recht te doen, vorderen beide verzoeksters dezelfde maatregel. Ter zitting bevestigen alle aanwezige procespartijen zich niet tegen deze voeging te verzetten. Het Marktenhof beslist uit procesefficiëntie en gelet op hogervermeld verzoek, beide zaken te voegen.

De gevraagde maatregelen alvorens recht te doen

In de huidige zaak stelt zich de rechtsvraag of In het kader van een objectief contentieux ook derden die zijn tussengekomen in de concentratie procedure met een subjectief belang, toegang moeten (kunnen) krijgen tot bepaalde stukken van het dossier. In de procedure van onderhavig hoger beroep tegen een beslissing van de BMA gaat het om grieven tegen een beslissing die een concentratie toelaat met verbintenissen op basis van de mededingingsregels. De rol van belanghebbende derden (in dit geval concurrenten) is dus beperkt tot het onderbouwen van het standpunt dat zij innemen ten aanzien van de beslissing van de BMA: derden spelen daarbij niet de rol van de auditeur. Ze hebben niet de opdracht om het bestaan van een inbreuk te bewijzen. De rechtspositie van de belanghebbende derde verschilt eveneens zeer fundamenteel van deze van de eisende of tussenkomende partijen in een gewone procedure (subjectief contentieux).

De BMA meent dat derden in dit kader geen toegang moeten krijgen tot de litigieuze stukken en voert hiervoor een aantal middelen aan.

Verzoeksters argumenteren dat dit wel degelijk mogelijk moet zijn.

De hogervermelde rechtsvraag moet beoordeeld worden in het licht van de contextuele vraag of de partijen post-transactie de mogelijkheid of de prikkel hebben om concurrenten (verzoekende partijen in onderhavig geschil) op de advertentiemarkten uit te sluiten.

Het is vooreerst passend twee fundamenteel verschillende fases te onderscheiden:

1. Het administratieve beslissingstraject voor de BMA (die een administratief beslissingsorgaan is en geen rechtscollege). In deze fase is de regel dat derden geen toegang hebben tot het proceduredossier. In die fase is de relevante wettelijke bepaling artikel IV.65, par 2 WER, die luidt als volgt:

> *§ 2. De derden die het Mededingingscollege zal horen kunnen uiterlijk drie werkdagen voor de zitting schriftelijke opmerkingen en stukken meedelen aan het Mededingingscollege, met kopie op dezelfde dag per e-mail aan de aanmeldende partijen en aan de auditeur.*
>
> *Ingeval de derden vertrouwelijke informatie aan het Mededingingscollege wensen mee te delen, wijst de voorzitter van het Mededingingscollege, zonder kennis te nemen van de betrokken documenten of gegevens, een assessor aan die geen deel uitmaakt van het Mededingingscollege en die zich uitspreekt over de vertrouwelijkheid bij overeenkomstige toepassing van de procedure bedoeld in artikel IV.41, §§ 1 tot 4. Ingeval de kennisneming door het Mededingingscollege of bepaalde betrokken partijen de rechten van verdediging van een andere betrokken partij in het gedrang zou brengen, beslist de assessor dat het betrokken document of gegeven niet wordt opgenomen in het proceduredossier en wordt vervangen door de niet-vertrouwelijke versie of samenvatting. De beslissing van de assessor is niet vatbaar voor afzonderlijk beroep.*
>
> ***De derden die het Mededingingscollege zal horen hebben geen recht van toegang tot het onderzoeksdossier en het proceduredossier, tenzij de voorzitter van het Mededingingscollege hiertoe een andersluidende beslissing neemt voor de stukken van het proceduredossier die hij aanduidt.****(het Marktenhof benadrukt)*

Op het niveau van het administratieve beslissingstraject hebben de aan de belanghebbende derden verleende rechten een instrumenteel karakter, aldus begrepen dat hun rechten om te worden gehoord en om informatie te verstrekken, zoals vermeld in het WER, beogen om de BMA in staat te stellen een in alle opzichten correct onderbouwde beslissing te nemen.

Verzoeksters hebben In de procedure voor de BMA toegang gekregen tot de niet vertrouwelijke versie van het voorstel van beslissing en tot een niet vertrouwelijke versie van de verbintenissen. De voorzitter van het Mededingingscollege heeft het kennelijk niet noodzakelijk geacht verdere toegang tot andere stukken te verschaffen.

In haar tweede middel wijst de BMA op het basisprincipe vervat in artikel IV.65 par 2 WER (geen toegang tot het proceduredossier en het onderzoeksdossier voor derde-partijen bij de concentratie). Het Marktenhof is, zoals gezegd, van oordeel dat dit basisprincipe geldt voor de fase van het administratieve beslissingstraject voor de BMA.

2. De fase van het contentieux voor het Marktenhof. De toepasselijke wettelijke bepaling is daar enerzijds artikel IV.90 par 7 WER, zoals hierboven geciteerd, maar anderzijds ook alle bepalingen die de naleving van het Unierecht verzekeren en rechtsbescherming bieden aan de rechtszoekenden waaronder alle hierbij betrokken partijen. De nationale rechterlijke instanties en het Europees Hof van Justitie vervullen de opdracht om de volledige toepassing van het recht van de Unie in alle lidstaten en de rechterlijke bescherming van de rechten die de justitiabelen aan dat recht ontlenen, te waarborgen. Ook de nationale rechter is met andere woorden een "Unierechter" en is in die hoedanigheid verplicht de volle werking van het Unierecht te verzekeren.

   Door het feit dat bepaalde stukken als vertrouwelijk kunnen beschouwd worden in het kader van de behandeling van mededingingsgeschillen, onderscheidt dit soort geschillen zich ook fundamenteel van de klassieke procedures die traditioneel bij de rechtbanken en hoven worden beslecht, waar het in principe niet mogelijk is om bepaalde stuken als 'vertrouwelijk' te kwalificeren en uit het dossier te verwijderen.

   De rechtspositie van de belanghebbende derde die een beslissing van de BMA bestrijdt in een rechtsgang voor het Marktenhof is geheel anders dan tijdens het administratieve beslissingstraject. Wanneer die partij een beslissing bestrijdt die een concentratie toestaat, vergen de effectiviteit van het beroep, de wapengelijkheid en de uitoefening van de volle rechtsmacht door het Marktenhof dat de aangevoerde grieven mee kunnen gestoffeerd worden op basis van de relevante feitelijke gegevens uit het dossier dat over de aangemelde concentratie werd samengesteld. Immers, bij de uitoefening van de volle rechtsmacht ten aanzien van de redengeving, die in dit geval enkel kan leiden tot vernietiging van de Bestreden Beslissing zonder dat een beslissing in de plaats kan worden gesteld, behoort het Marktenhof alle feiten en rechtsregels in aanmerking te nemen die voor de beoordeling van de zaak relevant zijn.

   Naar aanleiding van de pleitzitting heeft de BMA, onder alle voorbehoud en zonder enige nadelige erkentenis en om het Marktenhof de mogelijkheid te geven om met kennis van zaken te oordelen over het voorwerp van het verzoek om toegang tot de geïdentificeerde stukken, de gevorderde stukken overgemaakt op een USB stick die uitsluitend toegankelijk is voor de leden van het Marktenhof. Het Marktenhof apprecieert deze blijk van proceseconomie in hoofde van de BMA.

De BMA concludeert echter daarop in haar eerste middel dat er geen reden is om toepassing te maken van artikel IV.90 paragraaf 7 WER en dat het verzoek terzake dient worden afgewezen. Dit middel is niet gegrond in de mate dat (i) het onderhavig verzoek uitgaat van derden-concurrenten en niet van het Marktenhof zelf en zich heden niet richt op het volledige proceduredossier maar op twee soorten stukken uit het proceduredossier, (ii) dit artikel wel degelijk een gedeeltelijke (naast de hogervermelde bepalingen) wettelijke basis kan vormen voor het verzoek en (iii) het Marktenhof zelf op basis van deze rechtsgrond te allen tijde de BMA kan verzoeken het volledige proceduredossier mee te delen, hetgeen vooralsnog niet is gebeurd.

Het Marktenhof heeft in een arrest van 19 november 2014 (waar verzoeksters zelf ook naar verwijzen), onder meer, gelet op het rechtsbeginsel van wapengelijkheid, geoordeeld dat een derde toegang kon krijgen tot bepaalde stukken, met name wanneer het beroep niet behoorlijk op tegenspraak kon worden behandeld indien deze stukken niet toegankelijk werden gemaakt voor de verzoekende partij, dan wel indien de verzoekende partij niet werd geïnformeerd over de inhoud ervan.

Het Marktenhof meent - net zoals het Hof van Cassatie - dat derden enkel maar toegang kunnen krijgen tot bepaalde stukken van het proceduredossier in zoverre de beoordeling van de middelen die tegen de beslissing van het Mededingingscollege worden aangevoerd, niet behoorlijk op tegenspraak kunnen worden behandeld ten aanzien van deze derden zonder dat deze toegang hebben tot welbepaalde stukken van het proceduredossier. Bovendien mogen de middelen die ik door verzoeksters worden aangehaald niet kennelijk ongegrond zijn.

Criteria voor toegang door belanghebbende derden

Anders geformuleerd kunnen derden voor het Marktenhof enkel maar toegang krijgen tot bepaalde stukken van het proceduredossier onder de dubbele cumulatieve voorwaarde dat a) de wapengelijkheid en de doeltreffendheid van het beroep in het licht van het Unierecht en de behoorlijke uitoefening van de volle rechtsmacht door het Marktenhof, toegang vereisen tot bepaalde stukken van het proceduredossier binnen het kader van een beroep tot nietigverklaring en b) indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissing *prima facie* kan verantwoorden. Het Marktenhof is - zelfs indien beide cumulatieve voorwaarden vervuld zijn - niet verplicht toegang te verlenen. c) Het Marktenhof kan de voordelen van toegang voor de verzoekende (derde) partij afwegen tegen de nadelen voor het algemeen belang zoals aangehaald door de BMA[1].

[1] De BMA verwijst in haar tweede middel naar een aantal 'perverse neveneffecten' indien het Marktenhof zou ingaan op het verzoek van de verzoekende partijen:

- Ten eerste zouden de geadresseerden van een survey en of verzoeken om inlichtingen van de BMA In de toekomst minder snel geneigd zijn om deel te nemen aan deze bevragingen. Dit zou het onderzoek door het auditoraat bemoeilijken of zelfs uithollen.

d) Het Marktenhof kan ook de toegang beperken en vertrouwelijke documenten en gegevens beschermen.

Verzoeksters stellen (samengevat) :

- Dat de Bestreden Beslissing op verschillende plaatsen wordt gesteund op de antwoorden van adverteerders en media centrales op de verzoeken om inlichtingen en de resultaten van de survey afgenomen door de auditeur.

- Dat blijkt uit een citaat door het Mededingingscollege in de Bestreden Beslissing onder V.3 concurrentiële analyse waar het aangeeft dat adverteerders en mediacentrales geen bezwaren hebben geuit tegen de concentratie daarbij 'verkeerdelijk' steunend op een resultaat uit de survey aangaande data:

  "het College stelt op de eerste plaats vast dat uit hun antwoorden blijkt dat adverteerders en mediacentrales, dus de klanten, en rechtenhouders, dus de leveranciers, geen bezwaar uiten tegen de concentratie. Ruim 50% van de respondenten op de survey die het Auditoraat organiseerde verklaarden overtuigd te zijn dat de overname een verbetering van de data van Partijen voor advertentiedoeleinden tot gevolg zal hebben. Slechts 4 percent was hier niet van overtuigd." Verzoekende partijen leiden hieruit af *"dat er sprake is van kennelijk niet afdoende gemotiveerde en onjuiste conclusies die aan deze survey werden verbonden".*

- Verzoekende partijen verwijzen ook naar een "kennelijk onjuiste interpretatie van de resultaten van de survey".

- Tot slot wordt het argument van de sectorkennis aangehaald namelijk dat verzoekende partijen bijzonder goed geplaatst zijn om de antwoorden van de adverteerders en media centrales te interpreteren en toe te lichten teneinde het Marktenhof toe te laten het rechterlijk toezicht op dit punt volwaardig uit te oefenen.

Prima facie beoordeling van die criteria

- Ten tweede zouden tussenkomende partij bij de concentratie misbruik kunnen maken van het aanvechten van een beslissing van het Mededingingscollege om alsnog inzage te krijgen In het proceduredossier of het onderzoeksdossier om op die manier toegang te krijgen tot informatie die normaliter niet voor hen toegankelijk zou zijn.

Het Marktenhof neemt deze overwegingen mee wanneer ze eventueel zou overgaan tot een belangenafweging. Het staat vast dat elke mogelijke toegang voor derden alleszins gemoduleerd zal zijn en dat het hof er streng over zal waken dat derden niet enkel beroep instellen om toegang tot bepaalde stukken te krijgen.

Wat betreft de survey

Binnen de grenzen van het ingestelde verhaal, en onverminderd het gegeven dat het WER -IV tot de openbare orde behoort, toetst het Marktenhof of de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur (onder meer inzake motivering) zijn in acht genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, of er al dan niet reden bestaat om aan te nemen dat de BMA die feiten kennelijk onjuist heeft beoordeeld dan wel of er misbruik van bevoegdheid voorhanden is.

Verzoeksters voeren in de zaak ten gronde 11 middelen aan om de vernietiging te bekomen van de Bestreden Beslissing waaronder de vermeende schending door de BMA van de materiële motiveringsplicht en van de zorgvuldigheidsplicht.

Ofschoon in concentratiezaken in de regel enkel het publieke belang van de mededinging ter beoordeling staat, en de rechtsgang voor het Marktenhof dus een objectief karakter heeft, heeft de Bestreden Beslissing onmiskenbaar ook een subjectieve dimensie ten aanzien van verzoekende partijen, die de concurrenten zijn van de aanmeldende partijen en wier belangen rechtstreeks en individueel door de Bestreden Beslissing worden beroerd.

Uit de door verzoekende partijen geciteerde paragraaf (nr 37) uit de Bestreden Beslissing blijkt dat de survey de Bestreden Beslissing op de betrokken punten heeft ondersteund. Het tweede middel van verzoekende partijen heeft hierop betrekking: In dit middel bekritiseren verzoekende partijen een gebrek aan motivering o.a. wat betreft de conclusies uit de "survey" die werd afgenomen bij de adverteerders en mediacentrales. Dit middel is louter *prima facie* oordelend niet kennelijk ongegrond.

In het zevende middel van verzoekende partijen halen zij de vermeende kennelijk onjuiste interpretatie van de resultaten van de survey aan. Volgens DPG Media gaat het daar over giswerk. Het Marktenhof is *prima facie* van oordeel dat dit middel onderbouwd en onderzocht moet worden.

Wat betreft de VOI's en de antwoorden erop

Het Marktenhof merkt op dat de verzoekende partijen geen enkel concreet voorbeeld aanhalen, om hun verzoek tot maatregel alvorens recht te doen te ondersteunen, van een punt waarop de Bestreden Beslissing steunt op de verzoeken tot inlichtingen (VOI) die verstuurd werden aan adverteerders en media centrales. Bovendien halen verschillende tussenkomende partijen daarin de positie van de BMA ondersteunend aan dat de antwoorden van adverteerders en media-agentschappen op de traditionele VOI's commercieel gevoelige informatie bevatten (zelfs in de niet-vertrouwelijke versie). Tot slot wordt de BMA door het Marktenhof bijgetreden in haar vrees dat de medewerking en oprechtheid van de dialoog tussen de auditeur en zijn onderzoeksteam en de betrokken ondernemingen in het gedrang zou komen indien belanghebbende derden toegang zouden krijgen tot dergelijke documenten.

Beperking van de toegang

De toegang beperken tot de raadslieden van verzoekende partijen, zoals de BMA in uiterst ondergeschikte orde voorstelt, zou evenmin volstaan om de wapengelijkheid te garanderen en een effectief tegensprekelijk debat mogelijk te maken. De onmogelijkheid om de survey te delen met verzoekende partijen zelf, zou het onmogelijk maken voor de betrokken raadslieden om conclusies namens een partij in te dienen waarin passages staan die zij zelfs niet met die partij zouden mogen delen. Het volstaat dat de documenten waartoe toegang wordt verleend uitsluitend mogen worden gebruikt in het kader van onderhavige procedure zoals voorgesteld door de verzoekende partijen zelf.

V. Conclusie

Gelet op het voorgaande, moet – bij wijze van voorlopig en *prima facie* oordeel - worden beslist dat wat de "survey" betreft, verzoekende partijen toegang moeten krijgen uitsluitend voor de doeleinden van onderhavig beroep en enkel tot de geconsolideerde en geanonimiseerde resultaten, d.w.z. het Excelbestand met de 55 tabbladen dat de Partijen bij de concentratie reeds hebben gekregen tijdens de procedure voor het Mededingingscollege (niet-vertrouwelijke versie).

De conclusiekalender en de pleitdatum ten gronde worden hieraan aangepast.

VI. Gerechtskosten

Er is geen grond om in deze stand van de procedure reeds uitspraak te doen over de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen.

De beslissing aangaande de kosten/rechtsplegingsvergoedingen worden aangehouden.

OM DEZE REDENEN,

HET HOF,

Rechtdoende op tegenspraak ;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken;

Voegt de zaken met rolnummers 2022/AR/695 (ingeleid door Ads & Data) en 2022/AR/708 (ingeleid door IPM), die hetzelfde voorwerp hebben, samen in toepassing van artikel 30 Ger.W. en in het belang van een goede rechtsbedeling, zowel wat betreft de maatregel alvorens recht te doen als wat betreft de vordering ten gronde.

Alvorens recht te doen en op grond van artikel 19, derde lid Ger. W. in combinatie met artikel IV.90, §7 WER, bij wijze van maatregel alvorens recht te doen, beveelt aan de BMA het volgende stuk uit het proceduredossier over te leggen uitsluitend voor de doeleinden van onderhavig beroep, **binnen een termijn van 5 werkdagen na kennisgeving van onderhavig arrest**:

De geconsolideerde en geanonimiseerde resultaten van de survey die bij adverteerders en media-agentschappen werd afgenomen d.w.z. het Excelbestand met de 55 tabbladen dat de Partijen bij de concentratie reeds hebben gekregen tijdens de procedure voor het Mededingingscollege (niet-vertrouwelijke versie).

Past de conclusiekalender en de pleitdatum ten gronde aan als volgt:

Ieder van de hierna vermelde partijen zal conclusies meedelen en ter griffie neerleggen ten laatste op de hierna aangeduide dagen:

Appellanten of verzoekende partijen: 21 november 2022

De BMA en alle andere mede inzake zijnde partijen : 2 januari 2023

De zaak wordt vastgesteld op de zitting van 22 februari 2023 om 9u30 voor 360 minuten pleidooi wat betreft de zaak ten gronde.

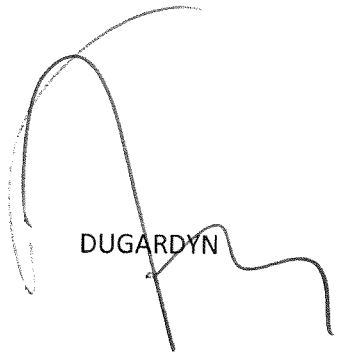
Houdt al het overige aan.

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 19e kamer A van het hof van beroep te Brussel op 5 oktober 2022,

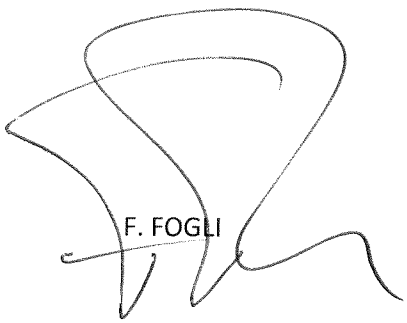
waar aanwezig waren:

Mevr. A-M. WITTERS,	Raadsheer,
Dhr. F. FOGLI,	Raadsheer,
Dhr. O. DUGARDYN,	Plaatsvervangend Raadsheer,
Dhr. S. DE COOMAN,	Griffier,

S. DE COOMAN



DUGARDYN



F. FOGLI

A-M. WITTERS